

BAB II

Tinjauan Hukum Mengenai Alternatif Penyelesaian Sengketa di Indonesia

A. Alternatif Penyelesaian Sengketa di Indonesia

Di Indonesia proses penyelesaian melalui ADR tersebut bukanlah sesuatu hal yang baru dalam nilai-nilai kebudayaan Indonesia yang bersifat *kooperatif*. Nilai kooperatif dan kompromi dalam penyelesaian sengketa muncul dimana saja di Indonesia. Di Masyarakat Batak yang relatif memiliki nilai *litigious*, masih mengandalkan forum runggun adat yang intinya penyelesaian sengketa secara musyawarah dan kekeluargaan.²⁸ Di suku Jawa konsep pembuatan keputusan dalam pertemuan desa tidak didasarkan suara mayoritas tetapi dibuat oleh keseluruhan yang hadir sebagai suatu kesatuan.²⁹ ADR mempunyai daya Tarik yang khusus di Indonesia karena keserasian dengan sistem sistem sosial-budaya tradisional yang berdasarkan musyawarah mufakat,³⁰ pencapaian konsensus bersama (*Community Consensus Finding*) seperti yang terdapat dalam masyarakat hukum adat di Indonesia, selain menyelesaikan sengketa tertentu, juga membangun, melindungi serta mempertahankan komunitas masyarakat adat agar dapat berlangsung langgeng dan terus menerus.³¹

²⁸ Suyud Margono, *Op.cit.* Hlm. 2.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Suyud Margono, *Op.cit.* Hlm. 23.

³¹ Gary Goodpaster, *Tinjauan terhadap Penyelesaian Sengketa, Seri Dasar-Dasar Hukum Ekonomi, Arbitase di Indonesia*, dalam, Suyud Margono, *Op.Cit*, Hlm. 6.

Seluruh suku bangsa di Indonesia mengenal makna dari istilah tersebut, walaupun penyebutannya berbeda, tetapi memiliki *philosophy* yang sama.³²

Tahun 1996 *Alternatif Dispute Resolution* (ADR) di Indonesia. Salah satu upaya yang dilakukan adalah ketika Bappenas dengan bantuan Bank Dunia menyelenggarakan proyek “*Diagnostic Assesment of Legal Development in Indonesia*” yang mencakup bidang-bidang kajian: sumber daya manusia hukum (termasuk penyelesaian sengketa alternatif dan sistem peradilan).³³ Kemudian Pemerintah merespon dengan membuat payung hukum mengenai APS/ADR yaitu Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

1. Pengertian Alternatif Penyelesaian Sengketa

Ada dua pemahaman yang berbeda terhadap arti ADR tersebut. Pertama, ADR diartikan sebagai *alternative to litigation* dan yang kedua, ADR diartikan dengan *alternative to adjudication*. Pemilihan terhadap salah satu dari kedua pengertian tersebut menimbulkan implikasi yang berbeda. Apabila pengertian pertama yang menjadi acuan (*alternative to litigation*), maka seluruh mekanisme penyelesaian sengketa di luar pengadilan termasuk arbitrase merupakan bagian dari ADR. Tetapi apabila ADR diartikan sebagai *alternative to adjudication*, maka hanya mekanisme yang bersifat konsensus atau kooperatif saja yang merupakan ADR. Sedangkan

³² Surya Perdana, *Perkembangan Alternative Dispute resolution (ADR) di Indonesia dan Beberapa Negara di Dunia*, Ratu Jaya, Medan, 2009, Hlm. 33.

³³ Dwi Rezki Sri Astarini, *Mediasi Pengadilan Salah Satu Bentuk Penyelesaian Sengketa Berdasarkan Asas Peradilan Cepat, Sederhana, Biaya Ringan*, PT. Alumni, Bandung, 2013, Hlm. 69.

arbitrase yang bersifat adjudikatif tidak termasuk didalamnya, karena sama halnya dengan pengadilan cenderung menghasilkan putusan dengan solusi menang kalah (*win-lose*).³⁴ Pengembangan ADR di Amerika Serikat, maka ADR yang dimaksud adalah *alternative to adjudication*. Sebab pada dasarnya hasil (*outcome*) adjudikasi baik pengadilan maupun arbitrase cenderung menghasilkan solusi *win-lose*, dan bukan *win-win*. Sehingga solusi yang dapat diterima kedua belah pihak yang bersengketa (*mutually acceptable solution*) sangat kecil kemungkinannya tercapai.³⁵

Jika dilihat Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, maka Indonesia juga merupakan salah satu penganut dari pandangan yang kedua, karena undang-undang tersebut memisahkan secara tegas istilah arbitrase dengan alternatif penyelesaian sengketa.³⁶ Definisi ADR/APS di Indonesia secara khusus dapat diketahui berdasarkan Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, berbunyi:

“Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.”

³⁴ *Ibid*, Hlm. 8.

³⁵ *Ibid*, Hlm. 19.

³⁶ *Ibid*, Hlm. 19.

Belum ada suatu kesepakatan dikalangan para ahli untuk menjatuhkan pilihan pada salah satu konsep tersebut di atas,³⁷ namun definisi mengenai ADR dapat ditemukan dari literatur-literatur hukum dan pendapat beberapa ahli yang telah mendefinisikan mengenai ADR/ APS.

Black's Law Dictionary memberikan definisi:

*“A procedure for settling a dispute by means other than litigation, such as arbitration or mediation.”*³⁸

Stanford M. Altschul memiliki definisi bahwa ADR/APS itu adalah:

*“A trial of a case before a private tribunal agreed to by the parties so as to save legal cost, avoid lengthy trial delays.”*³⁹

Sedangkan Philip D. Bostwick memiliki definisi bahwa APS/ ADR yaitu:

“A set of practices and legal techniques that aim:
a. to permit legal disputes to be resolved outside the courts for the benefit of all disputans;
b. to reduce the cost of conventional litigation and delay which is ordinary subjected;
*c. to prevent legal disputes that would otherwise likely to be brought to the courts.”*⁴⁰

2. Keuntungan Menggunakan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Perlu diketahui bahwa penyelesaian sengketa melalui APS tidak akan selalu menjamin hasil yang memuaskan bagi para pihak yang bersengketa.⁴¹ Namun

³⁷ *Ibid*, Hlm. 18.

³⁸ *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, West Publishing Co., 2004. Hlm 86.

³⁹ Stanford M. Altschul, *The Most Important Legal Terms Yo'll Ever Need to Know* dalam, Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase & Alternatif Penyelesaian Sengketa- Suatu Pengantar*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2002, Hlm. 18.

⁴⁰ Phillip D. Bostwick, *Going Private with the judicial System* dalam, Priyatna Abdurrasyid, *Ibid*, Hlm. 86.

⁴¹ Frans Hendra Winarta, *Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase Nasional Indonesia & Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, Hlm. 31.

penggunaan APS/ADR memiliki banyak kelebihan dibandingkan ketika para pihak yang terlibat dalam sengketa memilih melalui cara penyelesaian sengketa di Pengadilan. Beberapa hal di bawah ini merupakan keuntungan yang sering muncul dalam ADR.⁴²

1. Sifat kesukarelaan dalam proses
Para pihak percaya bahwa ADR memberikan jalan keluar yang potensial untuk menyelesaikan masalah dengan lebih baik daripada melakukannya dengan prosedur litigasi dan prosedur lainnya, yang mengalibatkan para pembuat keputusan dari pihak ketiga. Secara umum tidak seorangpun dipaksa mengikuti prosedur ADR.
2. Prosedur yang cepat
Karena prosedur ADR bersifat kurang formal, maka pihak-pihak yang terlibat mampu untuk menegosiasikan syarat-syarat penggunaannya. Hal ini mencegah penundaan dan mempercepat proses penyelesaiannya.
3. Keputusan *non-judicial*
Wewenang untuk membuat keputusan dipertahankan oleh pihak-pihak yang terlibat daripada dedelegasikan kepada pembuat keputusan dari pihak ketiga. Hal ini berarti bahwa pihak-pihak terlibat mempunyai lebih banyak kontrol dan lebih dapat meramalkan hasil-hasil sengketa.
4. Kontrol tentang kebutuhan organisasi
Prosedur ADR menempatkan keputusan di tangan orang yang mempunyai posisi baik untuk menafsirkan tujuan-tujuan jangka panjang dan jangka pendek dari organisasi yang terlibat, dan dampak-dampak positif dan negative dari setiap pilihan penyelesaian sengketa tertentu.
5. Prosedur rahasia (*Confidential*)
Prosedur ADR memberikan jaminan kerahasiaan bagi para pihak sama besar. Pihak-pihak menjajaki pilihan-pilihan sengketa yang potensial dan tetap melindungi hak-hak mereka untuk mempresentasikan data untuk menyerang balik mereka.
6. Fleksibilitas dalam merancang syarat-syarat penyelesaian masalah
Prosedur MAPS bisa juga memberikan fleksibilitas yang lebih besar bagi parameter-parameter isu yang sedang didiskusikan dan cakupan dari penyelesaian masalah. Memungkinkan pengembangan cara penyelesaian yang lebih komprehensif untuk membahas penyebab persengketaan. Prosedur ini menghindarkan ganjalan dari kendala prosedur *judicial* yang sangat terbatas pada pembuatan keputusan pengadilan yang didasarkan pada titik sempit hukum.
7. Hemat waktu

⁴² Christopher W. Moore (CDR associates), dalam Suyud Margono, *Ibid*, Hlm. 34- 36.

Dengan kelambatan yang cukup berarti dalam menunggu kepastian tanggal persidangan, prosedur ADR menawarkan kesempatan yang lebih untuk menyelesaikan sengketa tanpa harus menghabiskan waktu bertahun-tahun untuk melakukan litigasi. Dalam banyak hal, dimana waktu adalah uang dan dimana penundaan penyelesaian masalah memakan biaya yang sangat mahal, penyelesaian sengketa dikembangkan melalui penggunaan prosedur ADR mungkin merupakan alternatif penyelesaian masalah waktu yang tepat.

8. Hemat Biaya

Biaya ditentukan oleh kegunaan dan besarnya waktu yang dipakai, dan pihak ketiga yang netral rata-rata memasang tariff yang lebih rendah untuk mengganti waktu yang mereka habiskan daripada membayar para pengacara hukum.

9. Pemeliharaan hubungan

Cara penyelesaian sengketa menghasilkan kesepakatan-kesepakatan yang dinegosiasikan yang memperhatikan kebutuhan-kebutuhan pihak-pihak terlibat. Lebih jauh mampu untuk mempertahankan hubungan-hubungan kerja yang sekarang sedang berjalan maupun untuk waktu mendatang daripada menang/kalah seperti misalnya litigasi.

10. Tinggi kemungkinan kesepakatan dilaksanakan

Para pihak yang telah mencapai kesepakatan pada umumnya cenderung untuk mengikuti dan memnuhi syarat-syarat kesepakatan, dan ketika sebuah kesepakatan telah ditentukan oleh pengambil keputusan pihak ketiga. Faktor ini membantu para peserta dalam prosedur ADR untuk menghindari litigasi yang tidak efektif.

11. Kontrol dan lebih mudah memperkirakan hasil

Pihak-pihak yang menegosiasikan penyelesaian sengketa sendiri mempunyai lebih banyak kontrol terhadap hasil-hasil atau akibat sengketa. Keuntungan dan kerugian lebih mudah diperkirakan dalam cara penyelesaian yang di negosiasikan atau melalui mediasi daripada kasus tersebut diselesaikan atau melalui arbitase atau diselesaikan di depan seorang hakim.

12. Keputusan bertahan sepanjang waktu

Penyelesaian sengketa prosedur ADR cenderung untuk bertahan sepanjang waktu, dan jika kemudian hari persengketaan itu menimbulkan masalah, maka pihak-pihak terlibat kelihatannya mau memanfaatkan bentuk pemecahan masalah yang kooperatif untuk menyelesaikan perbedaan kepentingan daripada menerapkan pendekatan adversial atau pertentangan.

3. Jenis-jenis Metode dalam Alternatif Penyelesaian Sengketa Menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Di Indonesia, undang-undang Arbitrase dan APS mengatur penyelesaian sengketa atau beda pendapat antar para pihak dalam suatu hubungan hukum tertentu yang secara tegas menyatakan bahwa semua sengketa atau beda pendapat yang timbul atau yang mungkin timbul dari hubungan hukum tersebut akan diselesaikan dengan cara arbitrase atau melalui alternatif penyelesaian sengketa.⁴³

a. Arbitrase

1) Pengertian

Arbitrase berasal dari kata *Arbitrare* (latin) yang berarti kekuasaan untuk menyelesaikan sesuatu menurut kebijaksanaan⁴⁴. Proses penyelesaian sengketa dalam arbitrase melibatkan pihak ketiga yang disebut arbiter, yang disepakati bersama untuk memutuskan sengketa.⁴⁵ Seorang arbiter juga memiliki wewenang untuk memutuskan siapa yang menang dan yang kalah.⁴⁶

Definisi menurut *Black's Law Dictionary* arbitrase adalah:

“A method of dispute resolution involving one or more neutral third parties who are usually, agreed to by the disputing parties and whose decision is binding”⁴⁷

⁴³ Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit*, Hlm. 70.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid*, Hlm. 71.

⁴⁷ Black's Law Dictionary, *Op.cit*, Hlm.321.

Definisi menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 yaitu:

“Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.”

2) Perjanjian Arbitrase

Pasal 7 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 mengatur bahwa para pihak dapat menyetujui perjanjian suatu sengketa yang terjadi atau yang akan terjadi diantara mereka untuk diselesaikan melalui arbitrase dengan suatu perjanjian tertulis yang disetujui para pihak.⁴⁸ Keabsahan perjanjian arbitrase harus memenuhi ketentuan Pasal 1320 KUH Perdata mengenai klausula pilihan hukum, para pihak bebas menentukan pilihan hukum yang akan berlaku terhadap penyelesaian sengketa yang mungkin atau telah timbul antara para pihak.⁴⁹ Sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa dibidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikusasi sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa.⁵⁰

Ada dua jenis perjanjian arbitrase, yaitu:

a) *Pactum de Compromittendo*

Pactum de Compromittendo yang berarti para pihak mengikatkan diri untuk menyelesaikan sengketa (*deiputes*) yang mungkin timbul melalui forum arbitrase.⁵¹

Pada saat mereka mengikatkan diri belum terjadi perselisihan. Klausula arbitrase

⁴⁸ Frans Hendra Winarta, *Op.cit*, Hlm.38 ; Lihat juga Pasal 7 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

⁴⁹ Dwi Rezi Sri Astarini, *Op.cit*, Hlm.72.

⁵⁰ Frans Hendra Winarta, *Op.cit*, Hlm. 42; Lihat juga Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

⁵¹ Dwi Rezki Sri Astarini, *Loc.cit*.

dipersiapkan untuk mengantisipasi perselisihan yang mungkin timbul di masa yang akan datang.⁵² Bentuk klausula *Pactum de Compromittendo* diatur dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999,⁵³ seperti yang telah disebutkan. Pembuatan *Pactum de Compromittendo* ada dua acara yaitu:⁵⁴

- (1) Mencantumkan klausula *Pactum de Compromittendo* dalam perjanjian pokok. Cara ini merupakan cara yang paling lazim digunakan;
- (2) Klausula *Pactum de Compromittendo* dibuat terpisah dalam akta tersendiri.

b) Akta Kompromis

Merupakan suatu akta yang dibuat para pihak untuk menyelesaikan suatu sengketa yang timbul melalui lembaga arbitrase.⁵⁵ Akta kompromis diatur dalam Pasal 9 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa yang berbunyi:

“Dalam hal para pihak memilih penyelesaian sengketa melalui arbitrase setelah sengketa terjadi, persetujuan mengenai hal tersebut harus dibuat dalam suatu perjanjian tertulis yang ditandatangani oleh para pihak.”

3) Arbiter

Arbiter merupakan orang yang ditunjuk untuk melaksanakan fungsi dan wewenang arbitrase.⁵⁶ Jumlah arbiter yang dipilih bergantung pada keinginan para pihak bisa satu (tunggal), bisa juga lebih misalnya 3 (tiga) oleh mereka bersama sehingga dicapai jumlah ganjil.⁵⁷ Dalam hal hanya satu arbiter para pihak yang

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

bersengketa bisa mendelegasikan pilihan mereka pada institusi arbitrase.⁵⁸ Sedangkan dalam hal pemilihan tiga arbiter, maka setiap pihak biasanya memilih satu arbiter dari daftar yang diberikan oleh institusi, selanjutnya kedua arbiter tersebut akan memilih arbiter ketiga untuk bergabung sebagai ketua majelis.⁵⁹

Mengenai syarat untuk menjadi seorang arbiter terdapat pada Pasal 12 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa yang berbunyi:

“(1) Yang dapat ditunjuk atau diangkat sebagai arbiter harus memenuhi syarat :

- a. cakap melakukan tindakan hukum;
- b. berumur paling rendah 35 tahun;
- c. tidak mempunyai hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak bersengketa;
- d. tidak mempunyai kepentingan finansial atau kepentingan lain atas putusan arbitrase; dan
- e. memiliki pengalaman serta menguasai secara aktif di bidangnya paling sedikit 15 tahun.”

“(2) Hakim, jaksa, panitera dan pejabat peradilan lainnya tidak dapat ditunjuk atau diangkat sebagai arbiter.”

Penunjukan arbiter tidak selamanya berjalan dengan baik sesuai kesepakatan para pihak, ada kalanya salahsatu pihak tidak menyetujui dengan pemilihan seorang arbiter. Tuntutan ingkar dalam penunjukan arbiter dapat diajukan apabila terdapat cukup alasan dan cukup bukti otentik yang menimbulkan keraguan bahwa arbiter akan melakukan tugasnya tidak secara bebas dan akan berpihak dalam mengambil putusan.⁶⁰

⁵⁸ Frans Hendra Winarta, *Op.cit*, Hlm. 49.

⁵⁹ *Ibid*.

⁶⁰ *Ibid*, Hlm 55; Lihat juga Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Tuntutan ingkar terhadap seorang arbiter dapat pula dilaksanakan apabila terbukti adanya hubungan kekeluargaan, keuangan atau pekerjaan dengan salah satu pihak atau kuasanya.⁶¹

4) Jenis Arbitase

(a) Arbitase *Ad-Hoc*

Jenis Arbitase ini disebut juga sebagai arbitase *volunteer*.⁶² Pengertian arbitase *ad-hoc* ialah arbitas yang dibentuk khusus untuk menyelesaikan atau memutus perselisihan tertentu, atau dengan kata lain arbitase *ad-hoc* bersifat insidental.⁶³ Pada prinsipnya arbitase *ad-hoc* tidak terikat dan terkait dengan salah satu badan arbitase, para arbiternya ditentukan sendiri dengan kesepakatan para pihak.⁶⁴

(b) Arbitase Institusional

Arbitase ini merupakan wadah yang sengaja didirikan untuk menampung perselisihan yang timbul dari perjanjian.⁶⁵ Arbitase Institusional (*institutional arbitration*) merupakan lembaga yang “permanen”, karena sifatnya yang permanen tersebut, maka disebut “*permanent arbitral body*”.⁶⁶ Arbitase institusional sengaja didirikan pembentukannya ditunjukan untuk menangani sengketa yang mungkin timbul bagi mereka yang menghendaki penyelesaian diluar pengadilan.⁶⁷

⁶¹ Lihat Pasal 22 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

⁶² Suyud Margono, *Op.cit*, Hlm.155.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid*, Hlm. 158.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

b. Alternatif Penyelesaian Sengketa

Mengenai alternatif penyelesaian sengketa Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 dikatakan:

“ Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.”

Berdasarkan Pasal 1 angka 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 memberikan batasan mengenai APS di Indonesia yakni konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli yang akan dijelaskan sebagai berikut :

1) Negosiasi

a) Pengertian

Negosiasi berasal dari Bahasa latin yaitu “*Neg*” yang berarti tidak, dan “*atium*” yang berarti berhenti.⁶⁸ Seperti dikemukakan oleh Larry L. Teply:

*“... the word “negotiate” in Latin, consist of “neg” meaning not and “atium”, meaning “ease” These Latin words suggest that one will not be at ease during the process or until the agreement is made furthermore in certain contexts, some individual are uncomfortable with compromising ; they consider it an unprincipled “selling out”.”*⁶⁹

Hal ini mengandung pengertian bahwa seseorang tidak akan berhenti selama proses berlangsung.⁷⁰ Negosiasi merupakan bentuk penyelesaian sengketa yang paling umum.⁷¹ Alasan yang paling utama dalam menempatkan bentuk ini sebagai hal yang

⁶⁸ Dwi Rezi Sri Astarini, *Op.cit*, Hlm. 76.

⁶⁹ Larry L. Teply, *Legal Negotiation: In a Nutshell*, dalam Surya Perdana, *Op.cit*, Hlm. 133.

⁷⁰ W. Poeggel and E. Oeser, *Method of Diplomatic Settlement*, dalam Dwi Rezki Sri Astarini, *Ibid*.

⁷¹ M. Siahaan, *Bunga Rampai Makalah Hukum Acara Perdata*, Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2006, Hlm. 126.

karena tekanan yang diberikan pada hubungan-hubungan yang bersifat pribadi sebagai dasar yang amat fundamental dalam hubungan dangang.⁷² Jerome T. Barret menggambarkan negosiasi merupakan bentuk dasar dari APS:

*“The most basic form of ADR is negotiation; at its core, two people simply talk about a problem and attempt to reach a resolution both can concept”.*⁷³

Seiring perkembangan Zaman terdapat banyak definisi mengenai negosiasi, seperti definisi negosiasi menurut Mark E. Roszkowski yaitu:

*“ Negotiation is a process by which two parties, who differing demands reach an agreement generally trough compromise and consession”.*⁷⁴

Black’s Law Dictionary mendefinisikan negosiasi sebagai

*“ a consensual bargaining process in wich the parties attempt to reach agreement on a disputed or pottentially disputed matter. Negotiation also involves complete auronomy for the parties involved, without the intervention of third parties.”*⁷⁵

Negosiasi secara sederhana merupakan suatu proses penyesuaian dengan mana dua pihak dengan tujuan masing-masing berunding bersama untuk mencapai kesepakatan yang secara timbal balik dapat diterima, mengenai suatu masalah yang merupakan kepentingan bersama.⁷⁶ Jika melihat rumusan yang diberikan dalam Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, disana dikatakan bahwa pada

⁷² *Ibid.*

⁷³ Jerome T. Barret, *A History of Alternatif Dispute Resolution*, dalam Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit.* Hlm. 77.

⁷⁴ Mark E. Roszkowski, *Bussines Law, Principle, Cases and Policy*, dalam Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Alternatif Penyelesaian Sengketa*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001, Hlm.88.

⁷⁵ *Black’s Law Dictionary, Op.cit*, Hlm 1064.

⁷⁶ M. Siahaan, *Op.cit*, Hlm. 126.

dasarnya para pihak dapat dan berhak untuk menyelesaikan sendiri sengketa yang timbul diantara mereka. Kesepakatan mengenai penyelesaian tersebut harus dituangkan dalam bentuk tertulis dan disetujui oleh para pihak.⁷⁷

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa memberikan rumusan mengenai negosiasi ini yang tertera pada Pasal 6 ayat (2) berbunyi:

“(2) Penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diselesaikan dalam pertemuan langsung oleh para pihak dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dan hasilnya dituangkan dalam suatu kesepakatan tertulis.”

Dalam negosiasi para pihak yang bersengketa melakukan perundingan secara langsung (adakalanya didampingi pengacaranya masing-masing) tanpa dibantu oleh pihak ketiga. Penyelesaian sengketa sepenuhnya dikontrol para pihak sendiri melalui kesepakatan bersama berdasarkan prinsip *win-win*.⁷⁸

b) Macam Negosiasi

Sebenarnya ada dua macam negosiasi, yaitu (a) Negosiasi kepentingan, dan (b) Negosiasi Hak. Yang dimaksudkan sebagai berikut :⁷⁹

(1) Negosiasi Kepentingan

Negosiasi Kepentingan (*Interest Negotiation*) merupakan negosiasi yang sebelum bernegosiasi sama sekali para pihak tidak ada hak-hak apapun dari suatu pihak kepada pihak lain. Akan tetapi, mereka bernegosiasi karena masing-masing pihak ada kepentingan untuk melakukan negosiasi tersebut. Misalnya negosiasi terhadap harga, penyerahan, waktu pembayaran, *terms* dan kondisi dari kontrak jual beli, antara calon pembeli dan penjual dalam hal pembelian benda tertentu. Karena itu, dalam negosiasi kepentingan, jika para

⁷⁷ Gunawan Widjaja, *Op.cit*, Hlm. 87.

⁷⁸ Surya Perdana, *Op.cit*, Hlm, 114.

⁷⁹ Munir Fuady, *Op.cit*, Hlm. 43.

pihak yang bernegosiasi tidak berhasil menentukan suatu kata sepakat, maka secara umum dapat dikatakan bahwa tidak satu pihakpun dapat memaksa dilanjutkan negosiasi.

(2) Negosiasi Hak

Sebaiknya dalam negosiasi hak (*right negotiation*), sebelum para pihak bernegosiasi, antara para pihak sudah terlebih dahulu mempunyai hubungan hukum tertentu, sehingga antara para pihak tersebut telah menimbulkan hak-hak tertentu (*pre-existing rights*), yang dijamin pemenuhannya oleh hukum. Kemudian para pihak bernegosiasi bagaimana hak-hak tersebut dapat dipenuhi oleh pihak lawan dalam negosiasi tersebut.

Orang yang bernegosiasi disebut *negosiator*. Menjadi *negosiator* tidaklah mudah, butuh pembelajaran dan *skill* yang cukup untuk itu. *Skill* dapat berupa kemampuan untuk berkomunikasi, terbuka, dan peka terhadap perasaan dirinya dan orang lain, dapat menjadi pendengar yang baik, dapat berfikir jernih dan mencari solusi kreatif, mampu menganalisis persoalan, dan bijaksana dalam mengambil keputusan.⁸⁰ Selain itu sebagai *negosiator* perlu mengetahui berbagai teknik negosiasi.

c) Tahapan Negosiasi

Untuk menghasilkan suatu negosiasi yang efektif, perlu diperhatikan tahapan-tahapan dalam proses negosiasi.⁸¹ Howard Raiffa dalam pengamatannya, membagi tahap-tahap negosiasi, menjadi:⁸²

- (1) Tahap persiapan;
- (2) Tahap tawaran (*opening gambit*);
- (3) Tahap pemberian konsesi;
- (4) Tahap akhir permainan (*commitment*)

⁸⁰ Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit.* Hlm. 81.

⁸¹ Dwi Rezki, *Op.cit.* Hlm. 81.

⁸² Howard Raiffa, *The Art and Science of Negotiation*, dalam Suyud Margono, *Op.Cit.* Hlm. 48.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tidak memberikan batasan mengenai apa saja yang dapat di”negosiasi”kan,⁸³ Selanjutnya oleh karena kesepakatan tertulis hasil negosiasi adalah suatu persetujuan diantara parapihak, maka selayaknya juga jika hasil negosiasi tidak dapat dibantah dengan alasan kekhilafan mengenai hukum atau dengan alasan bahwa satu pihak telah dirugikan, walau demikian masih terbuka kemungkinan untuk dapat dibatalkan.⁸⁴

2) Mediasi

a) Pengertian

Istilah mediasi berasal dari Bahasa lain “*medius*” “*mediam*” yang artinya berada di tengah.⁸⁵ Mediasi merupakan salah satu bentuk negosiasi antara dua pihak (“*dyadic model*”) dengan melibatkan pihak ketiga (“*triadic model*”) dengan tujuan membantu tercapainya penyelesaian yang bersifat kompromis⁸⁶ dalam suatu penyelesaian sengketa. Pihak ketiga yang membantu menyelesaikan sengketa tersebut disebut dengan “Mediator”.⁸⁷ Pihak mediator tidak mempunyai kewenangan untuk memberi putusan terhadap sengketa tersebut, melainkan hanya berfungsi untuk membantu menemukan solusi terhadap para pihak yang bersengketa tersebut.⁸⁸

⁸³ Gunawan Widjaja, *Op.cit*, Hlm. 90.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit*, Hlm. 87.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Gunawan Widjaja, *Op.cit*, Hlm. 47.

⁸⁸ *Ibid.*

Pengaturan mengenai mediasi dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 6 ayat (3), Pasal 6 ayat (4) dan Pasal 6 ayat (5) Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 yang berbunyi:

“(3) Dalam hal sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak dapat diselesaikan, maka atas kesepakatan tertulis para pihak, sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasehat ahli maupun melalui seorang mediator.”

“(4) Apabila para pihak tersebut dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dengan bantuan seorang atau lebih penasehat ahli maupun melalui seorang mediator tidak berhasil mencapai kata sepakat, atau mediator tidak berhasil mempertemukan kedua belah pihak, maka para pihak dapat menghubungi sebuah lembaga arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa untuk menunjuk seorang mediator.”

“(5) Setelah penunjukan mediator oleh lembaga arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa, dalam waktu paling lama 7 (tujuh) hari usaha mediasi harus sudah dapat dimulai.”

Ketentuan mengenai mediasi yang diatur dalam Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 merupakan suatu proses kegiatan sebagai kelanjutan dari gagalnya negosiasi yang dilakukan para pihak menurut ketentuan Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999,⁸⁹ namun definisi mediasi dapat dilihat dari literatur hukum lain dan beberapa pendapat para ahli hukum. Menurut Peraturan Mahkamah Agung (selanjutnya disebut PERMA) Nomor 1 Tahun 2008 pada Pasal 1 ayat (7) :

“Mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak yang dibantu oleh mediator”

⁸⁹ *Ibid*, Hlm. 90.

Black's Law Dictionary mediasi adalah:

“a method of nonbinding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution”.⁹⁰

Nolan Halley mengemukakan definisi :⁹¹

“a short term structured task oriented, participatory by which a neutral third party invention process. Disputing parties work with a neutral third party, the mediator, assist disputing parties in reaching a mutually acceptable agreement”.

Dwi Rezki Sri Astarini mengemukakan mediasi :

“Proses penyelesaian sengketa alternative bahwa para pihak yang bersengketa dengan itikad baik berusaha mendamaikan sengketa diantara mereka, dengan dibantu oleh mediator netral, untuk mencapai hasil akhir yang adil dan dapat diterima oleh kedua belah pihak untuk dilaksanakan dengan sukarela”.⁹²

Sir Laurence street, menguraikan mediasi sebagai proses yang memiliki tiga unsur pengenal :⁹³

Pertama, bahwa pihak-pihak mengundang bantuan pihak ketiga untuk menyusun suatu proses bagi mereka dalam mana mereka boleh merundingkan suatu penyelesaian sengketa untuk mana mereka akan bertemu dan berbicara bersama dengan mediator dan mediator akan berbicara tersendiri dengan setiap pihak dalam rangkaian diskusi.

Kedua, bahwa pihak ke tiga tersebut tidak berwenang sma sekali untuk memaksakan suatu keputusan atau memberikan keputusan. Pihak ketiga ada hanya untuk memfasilitasi arus komunikasi dan mengembangkan pengertian bersama serta membantu pihak-pihak menuju ke arah suatu konsesus.

Ketiga, bahwa proses ini bersifat konsensual. Konsensual dari awal artinya bahwa mediasi berlanjut sepanjang para pihak ingin meneruskan untuk berunding dan konsensual dalam puncaknya yang artinya bahwa mediasi yang akan berakhir dengan sebuah kontrak yang sama-sama dapat dipaksakan seperti halnya dengan setiap kontrak-kontrak lain.

⁹⁰ *Black's Law Dictionary, Op.cit*, Hlm. 1003.

⁹¹ Nolan Halley, *Alterative Dispute Resolution*, dalam Suyud Margono, *Op.cit*, Hlm 54.

⁹² *Ibid*, Hlm. 89.

⁹³ M. Siahaan, *Op.cit*, Hlm. 128

b) Mediator

Salah satu pihak penting yang terlibat dalam proses mediasi adalah mediator.⁹⁴

Sebagai “penengah” atau pihak yang netral dalam proses mediasi, mediator “membantu” para pihak dalam menyelesaikan sengketa yang dihadapinya. Secara umum mediator tidak membuat keputusan, mediator hanya membantu dan memfasilitasi para pihak yang bersengketa untuk merumuskan berbagai opsi pilihan penyelesaian, sengketa yang dapat diterima oleh kedua belah pihak, sehingga untuk mencapai hasil yang maksimal, seorang mediator, disamping memiliki kemampuan sebagai seorang mediator, juga harus menguasai teknik-teknik mediasi secara baik.⁹⁵ Mediator sebagai pihak ketiga yang netral memiliki peran tersendiri bagi para pihak dalam menyelesaikan permasalahan sengketa.

Howard Raiffa melihat peran mediator sebagai sebuah garis rentang, yakni dari sisi peran yang terlemah hingga sisi peran yang terkuat. Sisi peran terlemah adalah apabila mediator hanya melaksanakan perannya, yakni: ⁹⁶

- (1) Penyelenggara pertemuan;
- (2) Pemimpin diskusi netral;
- (3) Pemelihara atau penjaga aturan perundingan agar proses perundingan berlangsung beradab;
- (4) Pengendali emosi para pihak;
- (5) Pendorong pihak/ perunding yang kurang mampu atau segan mengemukakan pandangannya.

⁹⁴ Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit*, Hlm. 92.

⁹⁵ *Ibid*.

⁹⁶ Howard Raiffa, *The Art and Science of Negotiation*, dalam Suyud Margono, *Op.cit*. Hlm. 55.

Sisi peran yang kuat oleh mediator bila dalam perundingan mengerjakan/melakukan hal-hal diantaranya:⁹⁷

- (1) Memepersiapkan dan membuat notulen perundingan;
- (2) Merumuskan titik temu/kesepakatan para pihak;
- (3) Membantu para pihak menyadari, bahwa sengketa bukan sebuah pertarungan untuk dimenangkan, tapi diselesaikan;
- (4) Menyusun dan mengusulkan alternative penyelesaian masalah;
- (5) Membantu para pihak menganalisis alternative pemecahan masalah itu.

Selain itu mediator memiliki fungsi tersendiri bagi para pihak dalam proses mediasi. Fuller dalam Riskin and Westbrook menyebutkan tujuh fungsi mediator yaitu sebagai:⁹⁸

- (1) *Catalyst*;⁹⁹
- (2) *Educator*;¹⁰⁰
- (3) *Translator*;¹⁰¹
- (4) *Resourceperson*;¹⁰²
- (5) *Bearer of bad news*;¹⁰³
- (6) *Agent of reality*;¹⁰⁴ dan
- (7) *Scapegoat*¹⁰⁵

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Leonard L. Riskin and James E. Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers*, dalam Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit.*, Hlm. 94.

⁹⁹ Kehadiran mediator dalam proses perundingan mampu mendorong suasana yang konstruktif bagi diskusi; Selengkapnya lihat Dwi Rezki Astarini, *Mediasi Pengadilan Salah Satu Bentuk Penyelesaian Sengketa Berdasarkan Asas Peradilan Cepat, Sederhana, Biaya Ringan*, Hlm.94.

¹⁰⁰ Seorang mediator harus berusaha memahami aspirasi, prosedur kerja, keterbatasan politis dan kendala usaha dari para pihak; Selengkapnya lihat, *Ibid.*

¹⁰¹ Seorang mediator harus mampu menyampaikan dan merumuskan usulan pihak yang satu kepada pihak yang lainnya melalui Bahasa atau ungkapan yang baik; Selengkapnya lihat, *Ibid.*

¹⁰² Seorang mediator harus mendayagunakan sumber-sumber informasi yang tersedia; Selengkapnya lihat, *Ibid.*

¹⁰³ Seorang mediator harus menyadari bahwa para pihak dalam proses perundingan dapat bersikap emosional; Selengkapnya lihat, *Ibid.*

¹⁰⁴ Mediator harus berusaha memberi pengertian dengan jelas kepada salah satu pihak bahwa sasarannya tidak mungkin/ tidak masuk akalakan tercapai melalui perundingan; Selengkapnya lihat, *Ibid.*

¹⁰⁵ Seorang mediator harus siap disalahkan, Selengkapnya lihat, *Ibid.*

Jika mengikuti ketentuan dalam Pasal 6 ayat (4) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, dapat dikatakan bahwa undang-undang membedakan mediator kedalam:¹⁰⁶

- (1) Mediator yang ditunjuk secara bersama oleh para pihak (Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang No 30 Tahun 1999); dan
- (2) Mediator yang ditunjuk oleh lembaga arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa yang ditunjuk oleh para pihak Pasal 6 ayat (4) Undang-Undang No 30 Tahun 1999.

Berdasarkan Perma Nomor 8 Tahun 2008 Tentang prosedur mediasi di pengadilan seorang mediator harus memiliki sertifikat mediator setelah mengikuti pelatihan yang diadakan oleh lembaga yang terakreditasi oleh Mahkamah Agung, sehingga berwenang untuk mengeluarkan sertifikat mediator. Pasal 5 Ayat (1) berbunyi:

“(1) Kecuali keadaan sebagaimana dimaksud oleh Pasal 9 ayat (3) dan Pasal 11 ayat (6), setiap orang yang menjalankan fungsi sebagai mediator pada dasarnya wajib memiliki sertifikat mediator yang diperoleh setelah mengikuti pelatihan yang diselenggarakan oleh lembaga yang telah memperoleh akreditasi dari Mahkamah Agung”

c) Model-model Mediasi

Ada 4 model dalam mediasi yang dilakukan oleh para pihak yang terlibat dalam suatu sengketa, masing-masing memiliki ciri-ciri yang dapat diidentifikasi yaitu:

(1) *Settlement mediation*

Settlement mediation, yang juga dikenal sebagai kompromi merupakan mediasi yang tujuan utamanya untuk mendorong terwujudnya kompromi dari tuntutan kedua belah pihak yang bertikai. Dalam mediasi model ini tipe mediator yang dikehendaki

¹⁰⁶ Gunawan Widjaja, *Op.cit*, Hlm. 92.

adalah yang berdedikasi tinggi sekalipun tidak terlalu ahli dalam proses dan teknik-teknik mediasi.¹⁰⁷

(2) *Facilitative Mediation*

Facilitative Mediation, yang juga dikenal sebagai mediasi yang berbasis kepentingan (*interest based*) dan *problem solving* merupakan mediasi yang bertujuan untuk menghindarkan *disputants* dari posisinya dan menegosiasikan kebutuhan dan kepentingan para *disputants* dari hak-hak legal mereka secara kaku. Dalam model ini, mediator ahli harus menguasai teknik-teknik mediasi, meskipun penguasaan terhadap materi tentang hal-hal yang dipersengketakan tidak terlalu penting. Mediator juga harus dapat memimpin proses mediasi dan mengupayakan dialog yang konstruktif antara *disputants*, serta meningkatkan upaya-upaya negosiasi dan mengupayakan kesepakatan.¹⁰⁸

(3) *Transformative mediation*

Transformative mediation, yang juga dikenal sebagai mediasi terapi dan rekonsiliasi, merupakan mediasi yang menekankan untuk mencari penyebab yang mendasari munculnya permasalahan diantara mereka melalui pengakuan dan pemberdayaan sebagai dasar dari resolusi (jalan keluar) dari pertikaian yang ada. Dalam model ini sang mediator harus dapat menggunakan terapi dan teknik profesional

¹⁰⁷ Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit*, Hlm. 96.

¹⁰⁸ *Ibid.*

sebelum dan selama proses mediasi serta mengangkat isu relasi/hubungan melalui pemberdayaan dan pengakuan.¹⁰⁹

(4) *Evaluative Mediation*

Evaluative Mediation yang juga dikenal sebagai mediasi normatif merupakan model mediasi yang bertujuan untuk mencari kesepakatan berdasarkan hak-hak legal dari para *disputants* dalam wilayah yang diantisipasi oleh pengadilan. Dalam hal ini sang mediator harus seorang ahli dan menguasai bidang-bidang yang dipersengketakan meskipun tidak ahli dalam teknik-teknik mediasi. Peran yang biasa dijalankan oleh mediator dalam hal ini ialah memberikan saran serta mempersuafkan kepada para *disputants*, serta memberikan prediksi tentang hasil-hasil yang akan didapat.¹¹⁰

d) Proses Mediasi

Garry Goodpaster membagi proses pelaksanaan melalui empat tahap yaitu:¹¹¹

- (1) Tahap Pertama : Menciptakan Forum
- (2) Tahap kedua: Pengumpulan dan Pembagian Informasi
- (3) Tahapan Ketiga: Penyelesaian Masalah
- (4) Tahap keempat: Pengambilan Keputusan

Usaha penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui mediator dengan memegang teguh kerahasiaan, dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari harus tercapai kesepakatan dalam bentuk tertulis yang ditandatangani oleh semua pihak yang terkait.¹¹²

¹⁰⁹ Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit*, Hlm. 97.

¹¹⁰ David Spencer dan Michael Brogan, dalam Gunawan Widjaja, *Op.Cit.*, hlm. 101-103.

¹¹¹ Gary Goodpaster, *Negosiasi dan Mediasi : Sebuah Pedoman dan Penyelesaian Sengketa Melalui Negosiasi*, dalam Dwi Rezki Astarini, *Op.cit*. Hlm. 101-103.

¹¹² Lihat Pasal 6 ayat (6) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

3) Konsiliasi

Seperti dalam mediasi, konsiliasi (*conciliation*) juga merupakan suatu proses penyelesaian sengketa diantara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan tidak memihak.¹¹³ Pihak ketiga yang netral dan membantu para pihak dalam menyelesaikan sengketa ini disebut konsiliator,¹¹⁴ atau oleh suatu komisi konsiliasi yang dibentuk oleh para pihak.¹¹⁵ Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tidak memberikan suatu rumusan yang eksplisit mengenai pengertian atau definisi konsiliasi ini.¹¹⁶ Namun dapat dilihat definisinya melalui literatur Hukum dan pendapat ahli hukum, seperti dari *Black's Law Dictionary* yang memberikan definisi:

*“A process in which a neutral person meets with the parties to a dispute and explores how the dispute might be resolved; esp., a relatively unstructured method of dispute resolution in which a third party facilitates communication between parties in an attempt to help them settle their difference.”*¹¹⁷

Seperti juga mediator, tugas dari konsiliasi hanyalah sebagai pihak fasilitator untuk melakukan komunikasi diantara para pihak sehingga dapat diketemukan solusi oleh para pihak sendiri.¹¹⁸ Dalam proses konsiliasi pihak ketiga netral bertindak sebagai konsiliator memainkan peran yang pasif yang biasanya terbatas pada fungsi prosedural saja, sedangkan mediator mempunyai peran yang aktif.¹¹⁹ Dalam konsiliasi, usulan-usulan yang dibuat bersifat formal, karena didasarkan pada fakta-fakta yang

¹¹³ Munir Fuady, *Op.cit*, Hlm. 52.

¹¹⁴ *Ibid*.

¹¹⁵ Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit*, Hlm. 120.

¹¹⁶ Gunawan Widjadja, *Op.cit*, Hlm 121.

¹¹⁷ *Black Law's Dictionary*, *Op.cit*. Hlm. 872.

¹¹⁸ Gunawan Widjadja, *Loc.cit*.

¹¹⁹ Surya Perdana, *Op.cit*, Hlm. 124.

diperoleh dari penyelidikan yang dilakukan oleh komisi konsiliasi.¹²⁰ Komisi konsiliasi berfungsi untuk menetapkan persyaratan-persyaratan penyelesaian yang diterima oleh para pihak, kemudian mengadakan persidangan yang biasanya terdiri atas dua tahap yaitu tahap tertulis dan tahap lisan.¹²¹

Apabila para pihak telah mencapai kesepakatan maka, sesuai dengan ketentuan Pasal 6 ayat (7) jo Pasal 6 ayat (8) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, kesepakatan tertulis hasil konsiliasi tersebut, harus didaftarkan di Pengadilan Negeri dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal penandatanganan, dan dilaksanakan dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal pendaftaran di Pengadilan Negeri, kesepakatan tertulis hasil konsiliasi bersifat final dan mengikat para pihak.¹²²

4) Penilaian Ahli

Penilaian ahli atau biasa disebut pendapat ahli adalah suatu keterangan yang dimintakan oleh para pihak yang sedang bersengketa kepada seorang ahli tertentu yang dianggap lebih memahami tentang suatu materi sengketa yang terjadi.¹²³ Permintaan pendapat ahli disebabkan karena adanya perbedaan pendapat diantara kedua belah pihak.¹²⁴ Pendapat ahli yang dimintakan terhadap suatu persoalan yang sedang

¹²⁰ Dwi Rezki Sri Astarini, *Op.cit*, Hlm. 121.

¹²¹ *Ibid*, Hlm. 120.

¹²² Gunawan Widjadja, *Op.cit*, Hlm 94.

¹²³ D.Y Witanto, *Hukum Acara Mediasi Dalam PerkaraPerdata di Lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama Menurut PERMA No.1 Tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*, Alfabeta, Bandung, 2011, Hlm. 21.

¹²⁴ *Ibid*.

dipertentangkan harus disepakati terlebih dahulu oleh para pihak, apakah akan dianggap mengikat ataukah tidak.¹²⁵ Hal ini dimaksudkan agar tidak terjadi perselisihan menyangkut hasil dari pendapat ahli yang dimintakan terhadap proses pengambilan kesimpulan. Jika dianggap sebagai pendapat yang mengikat, maka pendapat tersebut akan dijadikan pedoman dalam mengambil kesimpulan, namun jika pendapatnya hanya sebatas menjadi pandangan saja, para pihak tetap dapat mengenyampingkan pendapat tersebut.¹²⁶

5) Kekuatan Mengikat Hasil Putusan Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase

Alternatif penyelesaian sengketa sebagai suatu mekanisme penyelesaian sengketa selain dari litigasi di pengadilan memiliki ciri yang khas yaitu, mekanisme ini dilandasi oleh prinsip “pemecahan masalah dengan berkerja sama yang disertai dengan itikad baik (*te goede trouw*) oleh kedua belah pihak”.¹²⁷ Jenisnya pun bermacam-macam seperti yang telah penulis paparkan sebelumnya, baik tanpa menggunakan pihak ketiga, maupun yang menggunakan pihak ketiga yang netral atau pihak ketiga sebagai pemberi putusan dalam suatu penyelesaian sengketa. Pada dasarnya setiap keputusan yang dihasilkan dari berbagai macam metode penyelesaian sengketa berdasarkan kesepakatan tersebut mengikat bagi para pihak. Mengikatnya putusan APS pada para pihak yang menyepakatinya ini tidak lain karena didasari Pasal 1338 KUH

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*, Hlm.22.

¹²⁷ Frans Hendra Winarta, *Op.cit.*, Hlm.28.

Perdata (asas *pacta sunt servanda*) yang pada intinya mengatur kekuatan mengikat suatu perikatan.¹²⁸ Pasal 1338 KUH Perdata, yang terdiri dari tiga ayat, yaitu:

- “(1) semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya
- (2) perjanjian-perjanjian itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan sepakat kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang oleh undang-undang dinyatakan cukup untuk itu
- (3) perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”

Pada ayat (1), “secara sah” disini artinya memenuhi Pasal 1320 KUH Perdata tentang syarat sahnya perjanjian.¹²⁹ Dari Pasal 1338 ayat (1) ini tersirat adanya asas kebebasan berkontrak dan asas kekuatan mengikat, asas kebebasan berkontrak tercermin dari kata “semua” artinya setiap orang diperbolehkan membuat perjanjian apa saja asal tidak bertentangan dengan-undang-undang, ketertiban dan kesusilaan umum.¹³⁰ Asas kekuatan mengikat tercermin dari kata ”berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya”,¹³¹ oleh karena itu kontrak sebagai hasil kesepakatan para pihak menjadi sesuatu yang suci yang harus dihormati dan dipatuhi oleh para pihak yang membuat kontrak.¹³² Kebebasan berkontrak ini dibatasi oleh hukum yang sifatnya memaksa, sehingga para pihak yang membuat persetujuan harus mentaati hukum yang sifatnya memaksa tersebut, misalnya terhadap Pasal 1320.¹³³ Dalam sistem hukum modern dewasa ini, kebebasan berkontrak diatas tidak hanya dibatasi oleh larangan-larangan yang diciptaan peraturan perundang-undangan (*statury*

¹²⁸ *Ibid*, Hlm. 31.

¹²⁹ M. Yahya Harahap, *Segi-Segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1982., Hlm. 79.

¹³⁰ *Ibid*.

¹³¹ *Ibid*.

¹³² Ridwan Khairandy, *Loc.cit*.

¹³³ R. Setiawan, *Pokok-Pokok Hukum Perikatan*, Putra A Bardin, Bandung, 1999, Hlm.64.

prohibition), tetapi juga oleh *extra legal standart*.¹³⁴ *Extra legal standart* tersebut merupakan standar yang berkaitan dengan agama, moral dan keadilan.¹³⁵

Dalam Pasal 1338 ayat (2), tersirat adanya kekuatan mengikat yang sebelumnya telah dijelaskan, karena perjanjian tidak boleh ditarik kembali secara sepihak kecuali dengan kesepakatan para pihak dan alasan lain yang dibolehkan oleh undang-undang. Kata ditarik kembali memiliki arti luas, yaitu:¹³⁶

- a) dibatalkan;
- b) diubah;
- c) ditambah;
- d) dikurangi

Pada Pasal 1338 ayat (3) mengatur bahwa persetujuan-persetujuan harus dilaksanakan dengan itikad baik. Adapun yang dimaksud dengan itu adalah menjelaskan persetujuan menurut kepatutan dan keadilan¹³⁷, sebagaimana diatur dalam Pasal 1339 KUH Perdata, yaitu:

“ suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan didalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian, diharuskan oleh kepatutan kebiasaan atau undang-undang”.

Dalam hukum kontrak, itikad baik memiliki tiga fungsi yang pertama mengajarkan bahwa seluruh kontrak harus ditafsirkan fungsi itikad baik, fungsi kedua adalah fungsi menambah (*aanvullende werking van de geode trouw*), fungsi ketiga adalah fungsi membatasi dan meniadakan (*beperkende en derogerende werking van de*

¹³⁴ Reinhart Zimmerman, *The Law of Obligation, Roman foundation of Rule Civilian Tradition*, dalam Ridwan Khairandy, *Op.cit*, Hlm. 125.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Husni Syawali, Harumiati dan Ahmad Suja'I Abdulah, *Hukum Perikatan*, Tjempaka Offset, Bandung, 2010, Hlm.80.

¹³⁷ R. Setiawan, *Loc.cit*, Hlm. 64.

geode trouw).¹³⁸ *Hoge Raad* berpendapat bahwa ketentuan mengenai itikad baik adalah ketentuan yang menyangkut ketertiban umum dan kesusilaan yang tidak boleh dikesampingkan oleh para pihak.¹³⁹ Sedangkan kekuatan mengikat putusan arbitrase sebaliknya yaitu putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak.¹⁴⁰ Dalam hal para pihak tidak melaksanakan putusan arbitrase secara sukarela, putusan dilaksanakan berdasarkan perintah Ketua Pengadilan Negeri atas permohonan salah satu pihak yang bersengketa.¹⁴¹ Perintah tersebut diberikan dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari setelah permohonan eksekusi didaftarkan kepada Panitera Pengadilan Negeri apabila telah memenuhi syarat.¹⁴² Putusan arbitrase yang telah dibubuhi perintah Ketua Pengadilan Negeri, dilaksanakan sesuai ketentuan pelaksanaan putusan dalam perkara perdata yang putusannya telah mempunyai kekuatan hukum tetap.¹⁴³

¹³⁸ H.G. van der Werf, *Redelijkheid en Billijkheid in het Contractenrecht: Enkele beshouwingen over Goede Trouw, Redelijkheid en Billijkheid in het Huidige en het Komende Contractenrecht*, dalam Ridwan Khairandy, *Op.cit*, Hlm. 216.

¹³⁹ *Hoge Raad* adalah Bahasa Belanda yang berarti Mahkamah Agung, di Belanda bernama *Hoge Raad der Nederlanden*; R. Setiawan, *Op.cit*, Hlm. 65.

¹⁴⁰ Lihat Pasal 60 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

¹⁴¹ Lihat Pasal 61 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

¹⁴² Lihat Pasal 62 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

¹⁴³ Lihat Pasal 64 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

4. Alternatif Penyelesaian Sengketa dalam Prespektif Islam

Alternatif penyelesaian sengketa, seperti yang telah dijelaskan tadi mengutamakan persepakatan para pihak dan *win-win solution* bagi para pihak atau dalam masyarakat adat dikenal dengan musyawarah. Dalam syariat islam prosesnya dikenal dengan *shulhu* (perdamaian)¹⁴⁴, yang mengutamakan prinsip musyawarah. Pada *shulhu*, masing-masing pihak dituntut untuk mau berkorban demi terlaksananya tujuan musyawarah untuk perdamaian demi tercapainya kesepakatan dalam penyelesaian sengketa antara keduanya sehingga tidak ada pihak yang kalah maupun menang, keduanya saling diuntungkan.¹⁴⁵ Musyawarah dalam upaya perdamaian terhadap sengketa disyariatkan dalam ajaran Islam, sebagaimana tercantum dalam Al-qura'n surah Al-Hujarat ayat (9) yang artinya sebagai berikut:¹⁴⁶

“dan jika dua golongan dari orang-orang mukmin berperang, maka damaikanlah antara keduanya, jika salah satu dari kedua golongan itu berbuat aniaya terhadap golongan lain, maka perangilah golongan yang berbuat aniaya itu, sehingga golongan itu kembali kepada perintah Allah, jika golongan itu telah kembali (kepada perintah Allah) maka damaikanlah antara keduanya dengan adil dan berlaku adillah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berlaku adil”

Selain itu prinsip musyawarah juga tercantum dalam surah Ali Imran Ayat (159), yang artinya:

“Maka disebabkan rahmat Allahlah, engkau bersikap lemah lembut terhadap mereka. Seandainya engkau bersikap kasar dan berhati keras. Niscaya mereka akan menjauhkan diri dari sekelilingmu. Karena itu, maafkanlah mereka, mohonkanlah ampun bagi mereka, dan bermusyawarahlah dengan mereka dalam urusan tertentu. Kemudian apabila engkau telah membulatkan tekad,

¹⁴⁴ Ahmad Mujahidin, *Prosedur Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2010, Hlm. 137.

¹⁴⁵ *Ibid.* 138.

¹⁴⁶ *Ibid.*

bertawakallah kepada Allah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertawakkal kepada-Nya”.

Perintah *shulhu* (perdamaian) dalam sengketa juga disebut dalam Hadis, yang artinya sebagai berikut:¹⁴⁷

“Dari Abu Daud, At-Tarmidzi, Ibnu Majah, Al-Hikam, Ibnu Hikkam meriwayatkan dari ‘Amar bin Auf, Bahwa Rasulullah saw. Bersabda perjanjian diantara orang-orang muslim itu boleh, kecuali perjanjian yang menghalakan yang haram atau mengharamkan yang halal”, At Tarmidzi dalam hal ini menambahkan ”Dan (muamalah) orang-orang Muslim itu berdasarkan syarat-syarat mereka.”

Penyelesaian sengketa menurut hukum Islam juga mengenal pihak ketiga yang membantu dalam penyelesaian sengketa yang disebut *hakam* (penengah/wasit). Dasar hukumnya yaitu surah An-nisa Ayat (35) yang artinya:

“Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal”

Perkara yang boleh didamaikan menurut para ahli hukum islam adalah meliputi:¹⁴⁸

- a. sengketa berbentuk hart yang dapat dinilai;
- b. dapat diketahui secara jelas, sehingga tidak menumbuhkan kesamaran dan ketidakjelasan yang dapat menimbulkan pertikaian baru;
- c. perjanjian perdamaian hanya terbatas pada persoalan-persoalan muamalah saja (hubungan keperdataan), sedangkan persoalan-persoalan yang menyangkut hal Allah swt, tidak dapat diadakan perdamaian.

Penyelesaian sengketa melalui perdamaian memiliki rukun yang harus dipenuhi.

Rukun perdamaian meliputi:¹⁴⁹

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid*, Hlm. 140.

¹⁴⁹ *Ibid*, Hlm. 139.

- a. adanya ijab;
- b. adanya kabul; dan
- c. adanya lafal

Ketiga rukun ini sangat penting artinya dalam suatu perjanjian perdamaian sebab tanpa adanya ijab, Kabul, dan lafal tidak diketahui adanya perdamaian diantara mereka.¹⁵⁰ Apabila rukun ini telah terpenuhi, maka dari perjanjian perdamaian itu lahirlah suatu ikatan hukum, yaitu masing-masing pihak berkewajiban untuk mentaati perjanjian.¹⁵¹ Dalam Al-qura'n surah Al-Isra menegaskan mengenai peneguhan pelaksanaan perjanjian, yang artinya:

“Dan penuhilah janji, sesungguhnya janji itu pasti dimintai pertanggungjawabannya.”

Perjanjian itu dapat dipaksa pelaksanaannya, tidak dapat dibatalkan secara sepihak dan walaupun dibatalkan harus berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak.¹⁵²

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*