

## **BAB II KAJIAN PUSTAKA**

### **A. Tinjauan tentang Sengketa**

#### **1. Pengertian Sengketa**

Sengketa dapat terjadi pada siapa saja dan dimana saja. Sengketa dapat terjadi antara individu dengan individu, antara individu dengan kelompok, antara kelompok dengan kelompok, antara perusahaan dengan perusahaan, antara perusahaan dengan negara, antara negara satu dengan yang lainnya, dan sebagainya. Dengan kata lain, sengketa dapat bersifat publik maupun bersifat keperdataan dan dapat terjadi baik dalam lingkup lokal, nasional maupun internasional.

Sengketa adalah suatu situasi dimana ada pihak yang merasa dirugikan oleh pihak lain, yang kemudian pihak tersebut menyampaikan ketidakpuasan ini kepada pihak kedua. Jika situasi menunjukkan perbedaan pendapat, maka terjadi lah apa yang dinamakan dengan sengketa. Dalam konteks hukum khususnya hukum kontrak, yang dimaksud dengan sengketa adalah perselisihan yang terjadi antara para pihak karena adanya pelanggaran terhadap kesepakatan yang telah dituangkan dalam suatu kontrak, baik sebagian maupun keseluruhan. Dengan kata lain telah terjadi wanprestasi oleh pihak-pihak atau salah satu pihak (Nurnaningsih Amriani, 2012: 12).

Menurut Nurnaningsih Amriani (2012: 13), yang dimaksud dengan sengketa adalah perselisihan yang terjadi antara pihak-pihak dalam perjanjian karena adanya wanprestasi yang dilakukan oleh salah

satu pihak dalam perjanjian. Hal yang sama juga disampaikan oleh Takdir Rahmadi (2011: 1) yang mengartikan bahwa konflik atau sengketa merupakan situasi dan kondisi di mana orang-orang saling mengalami perselisihan yang bersifat faktual maupun perselisihan-perselisihan yang ada pada persepsi mereka saja.

Dengan demikian, yang dimaksud dengan sengketa ialah suatu perselisihan yang terjadi antara dua pihak atau lebih yang saling mempertahankan persepsinya masing-masing, di mana perselisihan tersebut dapat terjadi karena adanya suatu tindakan wanprestasi dari pihak-pihak atau salah satu pihak dalam perjanjian.

## **2. Sebab-sebab Timbulnya Sengketa**

Berikut ini beberapa teori tentang sebab-sebab timbulnya sengketa, antara lain :

### **a. Teori hubungan masyarakat**

Teori hubungan masyarakat, menitikberatkan adanya ketidakpercayaan dan rivalisasi kelompok dalam masyarakat. Para penganut teori ini memberikan solusi-solusi terhadap konflik-konflik yang timbul dengan cara peningkatan komunikasi dan saling pengertian antara kelompok-kelompok yang mengalami konflik, serta pengembangan toleransi agar masyarakat lebih bisa saling menerima keberagaman dalam masyarakat (Takdir Rahmadi, 2011: 8).

### **b. Teori negosiasi prinsip**

Teori negosiasi prinsip menjelaskan bahwa konflik terjadi karena adanya perbedaan-perbedaan diantara para pihak. Para penganjur teori ini berpendapat bahwa agar sebuah konflik dapat diselesaikan, maka pelaku harus mampu memisahkan perasaan pribadinya dengan masalah-masalah dan mampu melakukan negosiasi berdasarkan kepentingan dan bukan pada posisi yang sudah tetap (Takdir Rahmadi, 2011: 8).

c. Teori identitas

Teori ini menjelaskan bahwa konflik terjadi karena sekelompok orang merasa identitasnya terancam oleh pihak lain. Penganut teori identitas mengusulkan penyelesaian konflik karena identitas yang terancam dilakukan melalui fasilitasi lokakarya dan dialog antara wakil-wakil kelompok yang mengalami konflik dengan tujuan mengidentifikasi ancaman-ancaman dan kekhawatiran yang mereka rasakan serta membangun empati dan rekonsiliasi. Tujuan akhirnya adalah pencapaian kesepakatan bersama yang mengakui identitas pokok semua pihak (Takdir Rahmadi, 2011: 9).

d. Teori kesalahpahaman antar budaya

Teori kesalahpahaman antar budaya menjelaskan bahwa konflik terjadi karena ketidakcocokan dalam berkomunikasi diantara orang-orang dari latar belakang budaya yang berbeda. Untuk itu, diperlukan dialog antara orang-orang yang mengalami konflik guna mengenal dan memahami budaya masyarakat lainnya, mengurangi *stereotype* yang mereka miliki terhadap pihak lain (Takdir Rahmadi, 2011: 9).

e. Teori transformasi

Teori ini menjelaskan bahwa konflik dapat terjadi karena adanya masalah-masalah ketidaksetaraan dan ketidakadilan serta kesenjangan yang terwujud dalam berbagai aspek kehidupan masyarakat baik sosial, ekonomi maupun politik. Penganut teori ini berpendapat bahwa penyelesaian konflik dapat dilakukan melalui beberapa upaya seperti perubahan struktur dan kerangka kerja yang menyebabkan ketidaksetaraan, peningkatan hubungan, dan sikap jangka panjang para pihak yang mengalami konflik, serta pengembangan proses-proses dan sistem untuk mewujudkan pemberdayaan, keadilan, rekonsiliasi dan pengakuan keberadaan masing-masing (Takdir Rahmadi, 2011: 9).

f. Teori kebutuhan atau kepentingan manusia

Pada intinya, teori ini mengungkapkan bahwa konflik dapat terjadi karena kebutuhan atau kepentingan manusia tidak dapat terpenuhi/ terhalangi atau merasa dihalangi oleh orang/ pihak lain.

Kebutuhan dan kepentingan manusia dapat dibedakan menjadi tiga jenis yaitu substantif, prosedural, dan psikologis. Kepentingan substantif (*substantive*) berkaitan dengan kebutuhan manusia yang berhubungan dengan kebendaan seperti uang,

sandang, pangan, papan/rumah, dan kekayaan. Kepentingan prosedural (*procedural*) berkaitan dengan tata dalam pergaulan masyarakat, sedangkan kepentingan psikologis (*psychological*) berhubungan dengan non-materiil atau bukan kebendaan seperti penghargaan dan empati (Takdir Rahmadi, 2011: 10).

## **B. Tinjauan tentang Penyelesaian Sengketa**

### **1. Penyelesaian Sengketa melalui Litigasi**

Proses penyelesaian sengketa yang dilaksanakan melalui pengadilan atau yang sering disebut dengan istilah “litigasi”, yaitu suatu penyelesaian sengketa yang dilaksanakan dengan proses beracara di pengadilan di mana kewenangan untuk mengatur dan memutuskannya dilaksanakan oleh hakim.

Litigasi merupakan proses penyelesaian sengketa di pengadilan, di mana semua pihak yang bersengketa saling berhadapan satu sama lain untuk mempertahankan hak-haknya di muka pengadilan. Hasil akhir dari suatu penyelesaian sengketa melalui litigasi adalah putusan yang menyatakan *win-lose solution* (Nurnaningsih Amriani, 2012: 35).

Prosedur dalam jalur litigasi ini sifatnya lebih formal dan teknis, menghasilkan kesepakatan yang bersifat menang kalah, cenderung menimbulkan masalah baru, lambat dalam penyelesaiannya, membutuhkan biaya yang mahal, tidak responsif dan menimbulkan permusuhan diantara para pihak yang bersengketa. Kondisi ini menyebabkan masyarakat mencari alternatif lain yaitu penyelesaian sengketa di luar proses peradilan formal. Penyelesaian sengketa di luar proses peradilan formal ini lah yang

disebut dengan “*Alternative Dispute Resolution*” atau ADR (Yahya Harahap, 2008: 234).

## 2. Penyelesaian Sengketa melalui Non-Litigasi

Dalam penyelesaian sengketa melalui non-litigasi, kita telah mengenal adanya penyelesaian sengketa alternatif atau *Alternative Dispute Resolution* (ADR), yang dalam perspektif Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, *Alternative Dispute Resolution* adalah suatu pranata penyelesaian sengketa di luar pengadilan berdasarkan kesepakatan para pihak dengan mengesampingkan penyelesaian sengketa secara litigasi di pengadilan.

Akhir-akhir ini pembahasan mengenai alternatif dalam penyelesaian sengketa semakin ramai dibicarakan, bahkan perlu dikembangkan untuk mengatasi kemacetan dan penumpukan perkara di pengadilan maupun di Mahkamah Agung (Buku Tanya Jawab PERMA No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, 2008: 1). Alternatif dalam penyelesaian sengketa jumlahnya banyak diantaranya :

### a. Arbitrase

Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menjelaskan bahwa arbitrase (wasit) adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar pengadilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Arbitrase digunakan untuk mengantisipasi perselisihan yang mungkin terjadi

maupun yang sedang mengalami perselisihan yang tidak dapat diselesaikan secara negosiasi/konsultasi maupun melalui pihak ketiga serta untuk menghindari penyelesaian sengketa melalui Badan Peradilan yang selama ini dirasakan memerlukan waktu yang lama.

b. Negosiasi

Menurut Ficher dan Ury sebagaimana dikutip oleh Nurnaningsih Amriani (2012: 23), negosiasi merupakan komunikasi dua arah yang dirancang untuk mencapai kesepakatan pada saat kedua belah pihak memiliki berbagai kepentingan yang sama maupun yang berbeda. Hal ini selaras dengan apa yang diungkapkan oleh Susanti Adi Nugroho (2009: 21) bahwa negosiasi ialah proses tawar menawar untuk mencapai kesepakatan dengan pihak lain melalui proses interaksi, komunikasi yang dinamis dengan tujuan untuk mendapatkan penyelesaian atau jalan keluar dari permasalahan yang sedang dihadapi oleh kedua belah pihak.

c. Mediasi

Mediasi pada dasarnya adalah negosiasi yang melibatkan pihak ketiga yang memiliki keahlian mengenai prosedur mediasi yang efektif, dapat membantu dalam situasi konflik untuk mengkoordinasikan aktivitas mereka sehingga dapat lebih efektif dalam proses tawar menawar (Nurnaningsih Amriani, 2012: 28). Mediasi juga dapat diartikan sebagai upaya penyelesaian sengketa para pihak dengan kesepakatan bersama melalui mediator yang bersikap

netral, dan tidak membuat keputusan atau kesimpulan bagi para pihak tetapi menunjang fasilitator untuk terlaksananya dialog antar pihak dengan suasana keterbukaan, kejujuran, dan tukar pendapat untuk tercapainya mufakat (Susanti Adi Nugroho, 2009: 21).

d. Konsiliasi

Konsiliasi merupakan lanjutan dari mediasi. Mediator berubah fungsi menjadi konsiliator. Dalam hal ini konsiliator menjalankan fungsi yang lebih aktif dalam mencari bentuk-bentuk penyelesaian sengketa dan menawarkannya kepada para pihak. Jika para pihak dapat menyetujui, solusi yang dibuat konsiliator akan menjadi *resolution*.

Kesepakatan yang terjadi bersifat final dan mengikat para pihak. Apabila pihak yang bersengketa tidak mampu merumuskan suatu kesepakatan dan pihak ketiga mengajukan usulan jalan keluar dari sengketa, proses ini disebut konsiliasi (Nurnaningsih Amriani, 2012: 34).

e. Penilaian ahli

Penilaian ahli merupakan cara penyelesaian sengketa oleh para pihak dengan meminta pendapat atau penilaian ahli terhadap perselisihan yang sedang terjadi (Takdir Rahmadi, 2011: 19).

f. Pencari fakta (*fact finding*)

Pencari fakta adalah sebuah cara penyelesaian sengketa oleh para pihak dengan meminta bantuan sebuah tim yang biasanya terdiri atas para ahli dengan jumlah ganjil yang menjalankan fungsi

penyelidikan atau penemuan fakta-fakta yang diharapkan memperjelas duduk persoalan dan dapat mengakhiri sengketa (Takdir Rahmadi, 2011: 17).

## **C. Tinjauan tentang Mediasi**

### **1. Pengertian Mediasi**

Mediasi merupakan kosakata atau istilah yang berasal dari kosakata Inggris yaitu *mediation*. Mediasi sering diungkapkan dalam berbagai definisi, diantaranya sebagai berikut :

- a. Menurut Takdir Rahmadi, mediasi adalah suatu proses penyelesaian sengketa antara dua pihak atau lebih melalui perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus (Takdir Rahmadi, 2011 :12).
- b. Menurut Christopher W. Moore (1986) yang dikutip oleh Susanti Adi Nugroho (2009:24), mediasi adalah intervensi terhadap suatu sengketa atau negosiasi oleh pihak ketiga yang dapat diterima, tidak berpihak dan netral yang tidak mempunyai kewenangan untuk mengambil keputusan dalam membantu para pihak yang berselisih dalam upaya mencapai kesepakatan secara sukarela dalam penyelesaian permasalahan yang disengketakan.
- c. Sedangkan menurut Folberg dan Taylor (1986) sebagaimana dikutip oleh Susanti Adi Nugroho (2009: 24), mediasi adalah suatu proses dimana para pihak dengan bantuan seseorang atau beberapa orang, secara sistematis menyelesaikan permasalahan yang disengketakan



untuk mencari alternatif dan mencapai penyelesaian yang dapat mengakomodasi kebutuhan mereka.

Dengan demikian, yang dimaksud dengan mediasi ialah suatu perundingan antara pihak-pihak yang bersengketa dengan dibantu oleh seorang atau lebih mediator yang netral dalam rangka untuk mencapai kata mufakat dalam penyelesaian sengketa, yang saling menguntungkan kedua belah pihak.

Pendekatan konsensus atau mufakat dalam proses mediasi mengandung pengertian bahwa segala sesuatu yang dihasilkan dalam proses mediasi harus merupakan hasil kesepakatan atau persetujuan para pihak. Mediasi dapat ditempuh oleh para pihak yang terdiri atas dua pihak yang bersengketa maupun lebih dari dua pihak (*multiparties*) (Takdir Rahmadi, 2011: 13).

Penyelesaian dapat dicapai atau dihasilkan jika semua pihak yang bersengketa dapat menerima penyelesaian itu. Namun, ada kalanya karena berbagai faktor, para pihak tidak mampu mencapai penyelesaian sehingga mediasi berakhir dengan jalan buntu (*deadlock, stalemate*). Situasi ini yang membedakan mediasi dari litigasi. Litigasi pasti berakhir dengan sebuah penyelesaian hukum, berupa putusan hakim, meskipun penyelesaian hukum belum tentu mengakhiri sebuah sengketa karena ketegangan diantara para pihak masih berlangsung dan pihak yang kalah selalu tidak puas (Takdir Rahmadi, 2011: 13).

Mediator yang netral mengandung pengertian bahwa mediator tidak berpihak (*impartial*), tidak memiliki kepentingan dengan perselisihan yang sedang terjadi, serta tidak diuntungkan atau dirugikan jika sengketa dapat diselesaikan atau jika mediasi menemui jalan buntu. Bantuan mediator yang bersifat prosedural antara lain mencakup tugas-tugas memimpin, memandu, dan merancang sesi-sesi pertemuan atau perundingan, sedangkan bantuan substansial berupa pemberian saran-saran kepada pihak yang bersengketa tentang penyelesaian pokok sengketa (Takdir Rahmadi, 2011: 14).

Peran mediator dapat bersifat aktif maupun pasif dalam membantu para pihak. Peran aktif harus dilakukan bila para pihak yang bersengketa tidak mampu melaksanakan perundingan yang konstruktif. Sebaliknya mediator memainkan peran pasif jika para pihak sendiri mampu melaksanakan perundingan yang konstruktif dalam arti para pihak sendiri mampu mengusulkan kemungkinan-kemungkinan pemecahan masalah dan membahas usulan pemecahan masalah itu guna mengakhiri sengketa. Dengan demikian, tingkatan peran mediator dalam membantu para pihak menyelesaikan perbedaan-perbedaan mereka sangat situasional, yaitu tergantung pada kemampuan para pihak dalam melaksanakan perundingan (Takdir Rahmadi, 2011: 14).

## **2. Keuntungan Menyelesaikan Sengketa melalui Mediasi**

Adapun keuntungan penyelesaian sengketa melalui mediasi antara lain :

- a. Penyelesaian bersifat informal

Penyelesaian melalui pendekatan nurani, bukan berdasarkan hukum. Kedua belah pihak melepaskan diri dari kekakuan istilah hukum (*legal term*) kepada pendekatan yang bercorak nurani dan moral. Menjauhkan pendekatan doktrin dan asas pembuktian ke arah persamaan persepsi yang saling menguntungkan (Yahya Harahap, 2008: 236).

b. Penyelesaian sengketa dilakukan para pihak sendiri

Penyelesaian melalui mediasi tidak diserahkan kepada kemauan dan kehendak hakim atau arbiter, tetapi diselesaikan oleh para pihak sendiri sesuai dengan kemauan para pihak, sehingga akan dicapai keputusan yang *win-win solution* (Yahya Harahap, 2008: 237).

c. Jangka waktu penyelesaian pendek

Pada umumnya, jangka waktu penyelesaian hanya satu atau dua minggu atau paling lama satu bulan, asal ada ketulusan dan kerendahan hati dari kedua belah pihak. Itu sebabnya disebut bersifat *speedy* (cepat) antara 5-6 minggu (Yahya Harahap, 2008: 237).

d. Biaya ringan

Penyelesaian dengan mediasi tidak memakan biaya yang tinggi yang dapat memberatkan kedua belah pihak seperti dalam proses litigasi. Para pihak hanya membutuhkan biaya yang ringan dalam mediasi (Yahya Harahap, 2008: 237).

e. Aturan pembuktian tidak perlu

Tidak ada pertarungan yang sengit antara para pihak untuk saling membantah dan menjatuhkan pihak lawan melalui sistem dan prinsip pembuktian yang formil dan teknis yang sangat menjemukan seperti halnya dalam proses arbitrase dan pengadilan (Yahya Harahap, 2008: 237).

f. Proses penyelesaian bersifat konfidensial

Penyelesaian melalui perdamaian, benar-benar bersifat rahasia atau konfidensial karena penyelesaian tertutup untuk umum dan yang tahu hanya mediator, konsiliator, atau *advisor* maupun ahli yang bertindak membantu penyelesaian.

Dengan demikian, tetap terjaga nama baik para pihak dalam pergaulan masyarakat. Tidak demikian penyelesaian melalui pengadilan. Persidangan terbuka untuk umum yang dapat menjatuhkan martabat seseorang (Yahya Harahap, 2008: 237).

g. Hubungan para pihak bersifat kooperatif

Oleh karena yang berbicara dalam penyelesaian adalah hati nurani, terjalin penyelesaian berdasarkan kerjasama. Mereka tidak saling berperang sehingga menimbulkan permusuhan, tetapi mereka akrab dalam suasana persaudaraan dan kerjasama (Yahya Harahap, 2008: 237).

h. Komunikasi dan fokus penyelesaian

Dalam penyelesaian perdamaian terwujud komunikasi aktif antara para pihak. Dalam komunikasi itu, terpancar keinginan memperbaiki perselisihan dan kesalahan masa lalu menuju hubungan

yang lebih baik untuk masa depan. Jadi melalui komunikasi itu apa yang mereka selesaikan bukan masa lalu (*not the past*) tetapi untuk masa yang akan datang (*for the future*) (Yahya Harahap, 2008: 237).

i. Hasil yang dituju sama menang

Hasil yang dicari dan dituju para pihak dalam penyelesaian perdamaian, dapat dikatakan sangat luhur yaitu sama-sama menang yang disebut konsep *win-win solution*, dengan menjauhkan diri dari sifat egoistik dan serakah, mau menang sendiri (Yahya Harahap, 2008: 238).

Dengan demikian, tidak ada yang kalah dan tidak ada yang menang atau bukan *winning or losing* seperti penyelesaian melalui putusan pengadilan atau arbitrase (Yahya Harahap, 2008: 238).

j. Bebas emosi dan dendam

Penyelesaian sengketa melalui perdamaian, meredam sikap emosional tinggi dan bergejolak, ke arah suasana bebas emosi selama berlangsung penyelesaian maupun setelah penyelesaian dicapai. Tidak diikuti dendam dan kebencian, tetapi rasa kekeluargaan dan persaudaraan (Yahya Harahap, 2008: 238).

### 3. Kekuatan dan Kelemahan Mediasi

Mediasi sebagai bentuk penyelesaian sengketa memiliki kekuatan-kekuatan sehingga mediasi menjadi salah satu pilihan yang dapat dimanfaatkan oleh mereka yang tengah bersengketa.

- a. Keluwesan atau fleksibilitas dari proses mediasi dibandingkan dengan proses litigasi, merupakan unsur yang menjadi daya tarik dari mediasi karena para pihak dapat dengan segera membahas masalah-masalah substansial, dan tidak terperangkap dalam membahas atau memperdebatkan hal-hal teknis hukum (Takdir Rahmadi, 2011: 21).
- b. Pada umumnya mediasi diselenggarakan secara tertutup atau rahasia. Artinya adalah bahwa hanya para pihak dan mediator yang menghadiri proses mediasi, sedangkan pihak lain tidak diperkenankan untuk menghadiri sidang-sidang mediasi. Kerahasiaan dan ketertutupan ini sering kali menjadi daya tarik bagi kalangan tertentu terutama pengusaha, yang tidak menginginkan masalahnya dipublikasikan (Takdir Rahmadi, 2011: 22).
- c. Para pihak dalam proses mediasi dapat menggunakan bahasa sehari-hari yang lazim mereka gunakan, dan sebaliknya tidak perlu menggunakan bahasa-bahasa atau istilah-istilah hukum seperti yang lazim digunakan oleh para advokat dalam beracara di persidangan pengadilan (Takdir Rahmadi, 2011: 23).

- d. Para pihak melalui proses mediasi dapat membahas berbagai aspek atau berbagai sisi dari perselisihan mereka, tidak hanya aspek hukum, tetapi juga aspek-aspek lainnya (Takdir Rahmadi, 2011: 24).
- e. Sesuai sifatnya yang konsensual atau mufakat dan kolaboratif, mediasi dapat menghasilkan penyelesaian menang-menang bagi para pihak (*win-win solution*). Sebaliknya, litigasi dan arbitrase cenderung menghasilkan penyelesaian menang-kalah (*win-lose solution*) (Takdir Rahmadi, 2011: 24).
- f. Mediasi merupakan proses penyelesaian sengketa yang relatif murah dan tidak makan waktu jika dibandingkan dengan proses litigasi atau berperkara di pengadilan (Takdir Rahmadi, 2011: 24).

Selain memiliki kelebihan, mediasi juga memiliki beberapa kelemahan, antara lain :

- a. Mediasi hanya dapat diselenggarakan secara efektif jika para pihak memiliki kemauan atau keinginan untuk menyelesaikan sengketa secara konsensus. Jika hanya salah satu pihak saja yang memiliki keinginan menempuh mediasi, sedangkan pihak lawannya tidak memiliki keinginan yang sama, maka mediasi tidak akan pernah terjadi dan jikapun terlaksana tidak berjalan efektif. Keadaan ini terutama jika penggunaan mediasi bersifat sukarela (Takdir Rahmadi, 2011: 27).
- b. Pihak yang tidak beriktikad baik dapat memanfaatkan proses mediasi sebagai taktik untuk mengulur-ulur waktu penyelesaian sengketa, misalnya dengan tidak mematuhi jadwal sesi-sesi mediasi atau berunding sekedar untuk memperoleh informasi tentang kelemahan lawan (Takdir Rahmadi, 2011: 27).
- c. Beberapa jenis kasus mungkin tidak dapat dimediasi, terutama kasus-kasus yang berkaitan dengan masalah ideologis dan nilai dasar yang tidak menyediakan ruang bagi para pihak untuk melakukan kompromi-kompromi (Takdir Rahmadi, 2011: 27).
- d. Mediasi dipandang tidak tepat untuk digunakan jika masalah pokok dalam sebuah sengketa adalah soal penentuan hak karena soal penentuan hak haruslah diputus oleh hakim, sedangkan mediasi lebih tepat untuk digunakan menyelesaikan sengketa terkait dengan kepentingan (Takdir Rahmadi, 2011: 28).
- e. Secara normatif mediasi hanya dapat ditempuh atau digunakan dalam lapangan hukum privat dan tidak dalam lapangan hukum pidana (Takdir Rahmadi, 2011: 28).

#### **4. Bentuk-bentuk Mediasi**

- a. Mediasi di Pengadilan

Landasan formil adanya integrasi mediasi dalam sistem peradilan pada dasarnya bertitik tolak dari ketentuan Pasal 130 HIR (*Het Herziene Indonesisch Reglement*) dan Pasal 154 RBg (*Rechreglement Buitengewesten*). Namun, untuk lebih memberdayakan dan mengefektifkannya, Mahkamah Agung memodifikasikannya ke dalam Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, terdiri dari 8 Bab dan 27 pasal. Bab 1 tentang Ketentuan Umum, Bab II tentang Tahap Pra Mediasi, Bab III tentang Tahap Proses Mediasi, Bab IV tentang Tempat Penyelenggaraan Mediasi, Bab V tentang Perdamaian di Tingkat Banding, Kasasi, dan Peninjauan Kembali, Bab VI tentang Kesepakatan di Luar Pengadilan, Bab VII tentang Pedoman Perilaku Mediator dan Insentif, serta yang terakhir Bab VIII yaitu Penutup.

Hal-hal yang mendasari Mahkamah Agung dalam menetapkan Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 diantaranya :

- 1) Untuk mengisi kekosongan hukum terhadap pengaturan prosedur mediasi yang terintegrasi ke dalam proses litigasi karena belum ada pengaturan yang memfasilitasi perihal bagaimana tata cara melakukan mediasi yang terintegrasi ke dalam proses litigasi. HIR (*Het Herziene Indonesisch Reglement*) dan RBg (*Rechreglement Buitengewesten*) memang mewajibkan Pengadilan Negeri untuk

terlebih dahulu mendamaikan para pihak sebelum perkara diputus tetapi HIR dan RBg tidak mengatur secara rinci prosedur perdamaian yang difasilitasi oleh pihak ketiga yang netral.

- 2) Untuk mengatasi masalah penumpukan perkara di pengadilan
- 3) Mediasi merupakan salah satu proses penyelesaian sengketa yang dianggap lebih cepat dan murah, serta dapat memberikan akses seluas mungkin kepada para pihak yang bersengketa untuk memperoleh keadilan
- 4) Memperkuat dan memaksimalkan fungsi lembaga pengadilan dalam penyelesaian sengketa disamping proses memutus (*adjudikative*)
- 5) Terdorong oleh keberhasilan negara-negara lain dalam penerapan mediasi terintegrasi dengan proses litigasi seperti di Jepang, Singapura, dan Amerika Serikat (Buku Tanya Jawab PERMA No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, 2008: 1).

Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 mengatur tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Prosedur diartikan sebagai suatu ketentuan-ketentuan tentang tahapan dan tata cara atau langkah-langkah melaksanakan atau menyelenggarakan sesuatu. Prosedur mediasi dapat dibedakan atas enam (6) ketentuan-ketentuan yaitu :

- 1) Tahap Pra Mediasi

Tahap ini meliputi langkah-langkah berikut : *pertama*, hakim atau ketua majelis hakim mewajibkan para pihak untuk menempuh mediasi pada sidang yang dihadiri oleh para pihak sesuai ketentuan Pasal 7 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. *Kedua*, hakim ketua menjelaskan kepada para pihak tentang prosedur mediasi berdasarkan ketentuan Pasal 7 ayat (6) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008.

*Ketiga*, para pihak dalam waktu paling lama tiga hari melakukan pemilihan seorang atau lebih mediator diantara pilihan-pilihan yang tersedia sesuai dengan ketentuan Pasal 8 ayat (1). *Keempat*, jika setelah dalam waktu tiga hari para pihak tidak dapat bersepakat dalam pemilihan mediator, ketua majelis hakim segera menunjuk hakim bukan pemeriksa perkara yang bersertifikat mediator dan jika tidak ada hakim bukan pemeriksa perkara bersertifikat, hakim pemeriksa perkara dengan atau tanpa sertifikat wajib menjalankan fungsi mediator.

## 2) Tahap Proses Mediasi

*Pertama*, para pihak menyerahkan *resume* perkara satu sama lainnya kepada mediator. Penyiapan *resume* perkara oleh para pihak secara timbal balik dan kepada mediator memang tidak bersifat wajib tetapi bersifat anjuran atau pilihan sesuai rumusan ketentuan Pasal 13 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Tujuan penyiapan dan penyerahan *resume* adalah untuk mempermudah dan membantu para pihak dan



mediator dalam memahami posisi dan kepentingan para pihak, serta pokok masalah sengketa atau perkara, sehingga para pihak dan mediator dapat hemat waktu dalam mencari berbagai kemungkinan pemecahan masalah (Takdir Rahmadi, 2011: 184-185).

*Kedua*, mediator menyelenggarakan sesi-sesi atau pertemuan-pertemuan mediasi. Berdasarkan Peraturan Mahkamah Agung No.1 tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, proses mediasi berlangsung paling lama dalam waktu empat puluh (40) hari kerja sejak mediator dipilih atau ditunjuk dan dapat diperpanjang paling lama empat belas (14) hari kerja sejak berakhirnya waktu empat puluh hari. Namun, Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, tidak mengatur secara rinci bagaimana mediator menyelenggarakan sesi-sesi mediasi selama proses mediasi berlangsung, bahkan bilamana perlu mediator dapat mengadakan kaukus dengan salah satu pihak. Kaukus adalah pertemuan antara mediator dengan salah satu pihak saja tanpa dihadiri oleh pihak lawan. Alasannya antara lain untuk menemukan kepentingan tersembunyi salah satu atau para pihak dalam sengketa.

### 3) Proses Mediasi yang Menghasilkan Kesepakatan Perdamaian

Akhir dari proses mediasi menghasilkan dua kemungkinan, yaitu para pihak berhasil mencapai kesepakatan perdamaian atau gagal mencapai kesepakatan perdamaian. Jika para pihak berhasil mencapai kesepakatan perdamaian, maka :

- a) Para pihak dengan bantuan mediator wajib merumuskan secara tertulis kesepakatan yang dicapai dan ditandatangani oleh para pihak dan mediator
  - b) Jika dalam proses mediasi para pihak diwakili oleh kuasa hukum, para pihak wajib menyatakan secara tertulis persetujuan atas kesepakatan yang dicapai
  - c) Sebelum para pihak menandatangani kesepakatan, mediator memeriksa materi kesepakatan perdamaian untuk menghindari ada kesepakatan yang bertentangan dengan hukum atau yang tidak dapat dilaksanakan atau yang memuat iktikad tidak baik
  - d) Para pihak wajib menghadap kembali kepada hakim pada hari sidang yang telah ditentukan untuk memberitahukan kesepakatan perdamaian
  - e) Para pihak dapat mengajukan kesepakatan perdamaian kepada hakim untuk dikuatkan dalam bentuk akta perdamaian
  - f) Jika para pihak tidak menghendaki kesepakatan perdamaian dikuatkan dalam bentuk akta perdamaian, kesepakatan perdamaian harus memuat klausula pencabutan gugatan dan atau klausula yang menyatakan perkara telah selesai (Pasal 17 Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan).
- 4) Proses Mediasi yang Gagal Menghasilkan Kesepakatan Perdamaian

Dalam konteks Peraturan Mahkamah Agung No.1 tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, kegagalan mediasi dapat terjadi karena :

- a) Mediasi dianggap gagal jika setelah batas waktu maksimal yang ditentukan, yaitu empat puluh hari kerja atau waktu perpanjangan empat belas hari telah terpenuhi, namun para pihak belum juga menghasilkan kesepakatan. Maka mediator wajib menyatakan secara tertulis bahwa mediasi telah gagal dan memberitahukan kegagalan itu kepada hakim pemeriksa untuk selanjutnya memeriksa perkara sesuai dengan ketentuan hukum acara yang berlaku (Pasal 18 ayat (1) PERMA No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan)
- b) Mediator juga memiliki kewenangan untuk menyatakan mediasi telah gagal meskipun batas waktu maksimal belum terlampaui jika mediator menghadapi situasi sebagaimana dinyatakan dalam ketentuan Pasal 14 ayat (1) dan (2) Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 2008:
  - (1) Jika salah satu pihak atau para pihak atau kuasa hukumnya telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri pertemuan mediasi sesuai jadwal pertemuan mediasi yang telah disepakati atau telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri pertemuan mediasi tanpa alasan setelah dipanggil secara patut.

(2) Jika setelah proses mediasi berjalan, mediator memahami bahwa dalam sengketa yang sedang dimediasi melibatkan aset atau harta kekayaan atau kepentingan yang nyata-nyata berkaitan dengan pihak lain yang tidak disebutkan dalam surat gugatan sehingga pihak lain yang berkepentingan tidak dapat menjadi salah satu pihak dalam proses mediasi, mediator dapat menyampaikan kepada para pihak dan hakim pemeriksa bahwa perkara yang bersangkutan tidak layak untuk dimediasi dengan alasan para pihak tidak lengkap.

#### 5) Prosedur Pengulangan Mediasi

Setelah kegagalan upaya mediasi pada tahap sebelum proses pemeriksaan perkara, peluang bagi para pihak untuk menempuh lagi mediasi atau upaya perdamaian tidak tertutup sama sekali. Bahkan Peraturan Mahkamah Agung No.1 tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan mengandung semangat untuk terus memberikan peluang bagi penyelesaian sengketa perdamaian pada tiap tahapan pemeriksaan perkara setelah kegagalan mediasi pada tahap awal seperti yang tercermin dalam Pasal 18 ayat (3) PERMA No. 1 Tahun 2008 (Takdir Rahmadi, 2011: 190).

#### b. Mediasi di luar Pengadilan

Proses mediasi di luar pengadilan pada dasarnya tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, akan tetapi didasarkan pada

pengalaman para praktisi. Oleh karenanya, pengetahuan tentang proses dan teknik-teknik mediasi dapat diperoleh melalui karya-karya tulis para praktisi mediasi.

Para pihak dengan bantuan mediator bersertifikat yang berhasil menyelesaikan sengketa di luar pengadilan dengan kesepakatan perdamaian dapat mengajukan kesepakatan perdamaian tersebut ke pengadilan yang berwenang untuk memperoleh akte perdamaian dengan cara mengajukan gugatan. Pengajuan gugatannya harus dilampiri dengan kesepakatan perdamaian dan dokumen-dokumen yang membuktikan ada hubungan hukum para pihak dengan objek sengketa.

Hakim dihadapan para pihak hanya akan menguatkan kesepakatan perdamaian dalam bentuk akta perdamaian apabila kesepakatan perdamaian tersebut memenuhi syarat-syarat :

- 1) Sesuai kehendak para pihak
- 2) Tidak bertentangan dengan hukum
- 3) Tidak merugikan pihak ketiga
- 4) Dapat dieksekusi
- 5) Dengan iktikad baik (Pasal 23 PERMA No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan).

## **5. Jenis-jenis Perkara yang dapat diselesaikan melalui Mediasi**

Kecuali perkara yang diselesaikan melalui prosedur pengadilan niaga, pengadilan hubungan industrial, keberatan atas putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen, dan keberatan atas putusan Komisi

Pengawas Persaingan Usaha, semua sengketa perdata yang diajukan ke Pengadilan Tingkat Pertama wajib lebih dahulu diupayakan penyelesaian melalui perdamaian dengan bantuan mediator, hal ini terdapat dalam Pasal 4 Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

## **6. Peran dan Fungsi Mediator**

Kovach menyebutkan peran mediator mencakup hal-hal berikut :

- a. Mengarahkan komunikasi diantara para pihak
- b. Memfasilitasi atau memimpin proses perundingan
- c. Mengevaluasi kemajuan proses perundingan
- d. Membantu para pihak untuk mempelajari dan memahami pokok masalah dan berlangsungnya proses perundingan secara baik
- e. Mengajukan usul atau gagasan tentang proses dan penyelesaian sengketa
- f. Mendorong para pihak kearah penyelesaian
- g. Mendorong kemampuan diri dan pemberdayaan para pihak untuk melaksanakan proses perundingan
- h. Mengendalikan jalannya proses perundingan (Nurnaningsih Amriani, 2012: 63-64).

Menurut Fuller, sebagaimana dikutip oleh Takdir Rahmadi (2011: 14), mediator memiliki beberapa fungsi yaitu katalisator, pendidik, penerjemah, narasumber, penyandang berita jelek, agen realitas, dan

sebagai kambing hitam (*scapegoat*). Fungsi-fungsi ini dijabarkan sebagai berikut :

- a. Katalisator, yang diperlihatkan dengan kemampuan mendorong lahirnya suasana yang konstruktif bagi dialog atau komunikasi diantara para pihak dan bukan sebaliknya, yakni menyebarkan terjadinya salah pengertian dan polarisasi diantara para pihak.
- b. Pendidik, yaitu dimaksudkan berusaha memahami kehendak, aspirasi, prosedur kerja, keterbatasan politis, dan kendala usaha dari para pihak
- c. Penerjemah, artinya mediator harus berusaha menyampaikan dan merumuskan usulan pihak yang satu kepada pihak lainnya melalui bahasa atau ungkapan yang enak didengar oleh pihak lainnya, tetapi tanpa mengurangi maksud atau sasaran yang hendak dicapai oleh si pengusul.
- d. Narasumber, mediator harus mampu mendayagunakan atau melipatgandakan kemanfaatan sumber-sumber informasi yang tersedia.
- e. Sebagai penyandang berita jelek, mediator harus menyadari bahwa para pihak dalam proses perundingan dapat bersikap emosional, maka mediator harus siap menerima perkataan dan ungkapan yang tidak enak dan kasar dari salah satu pihak.
- f. Sebagai agen realitas, mediator harus memberitahu atau memberi pengertian secara terus terang kepada satu atau para pihak, bahwa sasarannya tidak mungkin atau tidak masuk akal untuk dicapai melalui sebuah proses perundingan.

g. Sebagai kambing hitam, mediator harus siap menjadi pihak yang dipersalahkan apabila orang-orang yang dimediasi tidak merasa sepenuhnya puas terhadap prasyarat-prasyarat dalam kesepakatan.

Mediator dalam mediasi, berbeda halnya dengan arbiter atau hakim. Mediator tidak mempunyai kekuasaan untuk memaksakan suatu penyelesaian pada pihak-pihak yang bersengketa. Kelebihan penyelesaian sengketa melalui mediasi adalah penyelesaian sengketa dilakukan oleh orang yang benar-benar dipercaya kemampuannya untuk mempertemukan kepentingan pihak-pihak yang bersengketa. Mediator membimbing para pihak untuk melakukan perundingan sampai terdapat kesepakatan yang mengikat para pihak. Kesepakatan ini selanjutnya dituangkan dalam suatu perjanjian. Dalam mediasi tidak ada pihak yang menang atau kalah. Masing-masing pihak sama-sama menang, karena kesepakatan akhir yang diambil adalah hasil dari kemauan para pihak itu sendiri.

Kemampuan seorang mediator sangat menentukan keberhasilan proses mediasi, apalagi dalam sengketa yang bersifat internasional. Tidak saja berupa pemahaman dan penguasaan terhadap konsep dan teknik mediasi, tetapi juga mengenai substansi masalah yang menjadi objek sengketa.

Mediasi dapat berhasil baik jika para pihak mempunyai posisi tawar menawar yang setara dan mereka masih menghargai hubungan antara mereka dimasa depan. Jika ada keinginan untuk menyelesaikan



persoalan tanpa niat permusuhan secara lama dan mendalam, maka mediasi adalah pilihan yang tepat (Nurnaningsih Amriani, 2012: 29).

Menurut Komisi SPIDR (*The Society of Professionals in Dispute Resolution*), kriteria seorang mediator antara lain sebagai berikut :

- a. Memiliki kemampuan untuk menegosiasikan proses dan menerangkan proses
- b. Kemampuan untuk mendapatkan kepercayaan dan menjaga hubungan
- c. Kemampuan untuk menempatkan posisi dan keinginan para pihak sesuai dengan kemauan dan tujuan
- d. Kemampuan untuk memahami permasalahan dan hal-hal yang tidak terselesaikan
- e. Kemampuan untuk membantu para pihak menemukan jalan keluar atau alternatif pilihan lain
- f. Kemampuan untuk menolong memahami prinsipil masalah dan menolong mereka untuk mengambil keputusan
- g. Kemampuan untuk menolong para pihak mengukur alternatif yang tidak dapat diselesaikan
- h. Kemampuan untuk menolong para pihak mengerti akan pilihan serta menginformasikannya kepada pihak lain
- i. Kemampuan untuk memberikan pengertian apakah keputusan mereka kelak dapat dilaksanakan atau tidak (Susanti Adi Nugroho, 2009: 30).

## **7. Faktor-faktor yang Mendorong Para Pihak Berkehendak Menempuh Mediasi**

Satu pertanyaan esensial dalam kaitannya dengan upaya membangun sistem penyelesaian sengketa berdasarkan pendekatan konsensus, yaitu negosiasi dan mediasi, adalah mengapa orang atau para pihak yang bersengketa berkehendak menyelesaikan sengketa melalui cara konsensus atau mufakat yaitu :

- a. Pandangan teoritis pertama merujuk pada kebudayaan sebagai faktor dominan. Berdasarkan pandangan ini, cara-cara penyelesaian konsensus seperti negosiasi dan mediasi dapat diterima dan digunakan oleh masyarakat karena pendekatan itu sesuai dengan cara pandang kehidupan masyarakat. Orang-orang atau masyarakat yang mewarisi tradisi kebudayaan yang menekankan hal penting keharmonisan dan kebersamaan dalam kehidupan akan lebih dapat menerima dan menggunakan cara-cara konsensus dalam penyelesaian sengketa (Takdir Rahmadi, 2011: 40).
- b. Pandangan teoritis kedua lebih melihat kekuatan (*power*) yang dimiliki oleh para pihak yang bersengketa sebagai faktor dominan. Menurut pandangan ini, orang bersedia untuk menempuh mediasi lebih disebabkan oleh adanya kekuatan (*power*) para pihak yang relatif seimbang. Orang bersedia menempuh perundingan bukan karena ia merasa belas kasihan pada pihak lawannya atau karena terikat dengan nilai budaya atau nilai spiritual tetapi karena ia memang membutuhkan kerjasama dari pihak lawan agar ia dapat mencapai tujuannya atau mewujudkan kepentingannya.

Menurut Moore (dalam Takdir Rahmadi, 2011: 43), jika para pihak sama-sama memiliki kekuatan yang simetris dan seimbang, mereka cenderung menempuh perundingan dan perundingan dapat berjalan secara lebih efektif. Jika para pihak memiliki kekuatan yang tidak seimbang atau asimetris perundingan dapat juga berlangsung, tetapi pihak yang kuat mungkin memanipulasi dan mengeksploitasi pihak yang lemah.

Selain dua hal diatas, ada pula hal yang mendorong masyarakat berkehendak menempuh mediasi, yaitu adanya kritik yang ditujukan kepada lembaga peradilan. Dari beberapa kepustakaan yang ada mengenai penyelesaian sengketa melalui pengadilan di beberapa negara, kritik yang paling umum dilontarkan yaitu penyelesaian sengketa melalui litigasi sangat lambat, biaya perkara mahal, putusan pengadilan tidak menyelesaikan masalah, kemampuan para hakim bersifat generalis, dan berbagai ungkapan yang mengurangi citra pengadilan (Nurnaningsih Amriani, 2012: 40).

#### **D. Tinjauan tentang Pengadilan**

Pengadilan adalah lembaga/badan yang mengadili/lembaga yang melakukan peradilan, yaitu menerima, memeriksa, dan memutus sengketa hukum dan pelanggaran hukum atau undang-undang (Sri Hartini, 2008: 15). Sedangkan Pengadilan Negeri sebagai pengadilan tingkat pertama, berwenang mengadili semua perkara baik perkara perdata maupun pidana

(Soeroso, 2006: 5). Dalam penelitian ini, pembahasan dikhususkan pada persoalan perdata.

Pengadilan Negeri merupakan pelaksana kekuasaan kehakiman di lingkungan peradilan umum. Pengadilan Negeri berkedudukan di Kotamadya atau di Ibu kota Kabupaten dan daerah hukumnya meliputi wilayah Kotamadya atau Kabupaten (Sudikno Mertokusumo, 2002: 40).

Selama ini, pengadilan dikenal sebagai lembaga yang memiliki fungsi penyelesaian sengketa atau perkara dengan cara memutus (*ajudicative*). Fungsi pengadilan seperti ini dapat dikatakan berlaku di semua negara. Namun, pada perkembangan beberapa tahun terakhir banyak negara mengintegrasikan mediasi sebagai cara penyelesaian sengketa ke dalam proses pengadilan seperti di Amerika Serikat, Singapura dan Australia. Bahkan Jepang telah mengintegrasikan upaya mediasi ke dalam sistem peradilan jauh lebih awal yaitu melalui prosedur *wakai*.

Dalam proses *wakai*, hakim pemeriksa perkara menjalankan fungsi mediasi untuk mengusahakan kesepakatan atau kompromi diantara para pihak yang berperkara. Penggunaan mediasi ke dalam sistem peradilan di banyak negara selain didasarkan pada pertimbangan ekonomis, seperti hemat waktu dan uang, pengurangan beban perkara di pengadilan, juga dapat dilihat sebagai upaya mewujudkan keadilan menurut rasa keadilan para pihak (Takdir Rahmadi, 2011: 92).

Sistem hukum Indonesia melalui pemberlakuan Peraturan Mahkamah Agung No.1 tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan juga telah mengintegrasikan mediasi sebagai upaya mendorong perdamaian ke dalam sistem ber perkara di pengadilan. Oleh sebab itu, pengadilan juga dapat dilihat sebagai lembaga yang memiliki fungsi mediasi.

Berdasarkan Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, tiap Pengadilan Negeri menyediakan tenaga-tenaga mediator yang berasal dari kalangan hakim, advokat, akademisi hukum, dan profesi bukan hukum serta fasilitas ruang mediasi (Takdir Rahmadi, 2011: 93).

Pengadilan Negeri mempunyai yurisdiksi untuk melakukan mediasi atas semua sengketa sebagaimana yang diatur dalam Pasal 130 HIR (*Het Herziene Indonesisch Reglement*) maupun Pasal 154 RBg (*Rechreglement Buitengewesten*). Semua sengketa yang diajukan ke pengadilan tingkat pertama, wajib lebih dahulu diupayakan penyelesaian melalui mediasi dengan bantuan mediator, kecuali perkara yang diselesaikan melalui prosedur Pengadilan Niaga, Pengadilan Hubungan Industrial, keberatan atas putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) tidak perlu dimediasikan.