



BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Mediasi atau Perdamaian Dalam Islam

1. Pengertian Tahkim

Tahap pertama yang harus dilaksanakan oleh hakim dalam menyidangkan suatu perkara yang diajukan adalah mengadakan perdamaian antara pihak yang bersengketa. Kewajiban hakim dalam mendamaikan pihak-pihak yang berperkara adalah sejalan dengan tuntunan ajaran islam. Ajaran islam memerintahkan agar menyelesaikan setiap perselisihan yang terjadi di antara manusia sebaiknya diselesaikan dengan jalan perdamaian atau islah.²⁰

Tahkim yakni berlindungnya dua pihak yang bersengketa kepada orang yang mereka sepakati dan setuju serta rela menerima keputusannya untuk

²⁰ Abdul Manan. Op.Cit. hlm : 151.

menyelesaikan persengketaan mereka, berlindungnya orang yang bersengketa pada orang yang mereka tunjuk (sebagai penengah) untuk memutuskan atau menyelesaikan perselisihan yang terjadi diantara mereka.²¹ Sedangkan pengertian Tahkim dalam terminologi fiqih ialah adanya dua orang atau lebih yang meminta kepada orang lain agar diputuskan perselisihan yang terjadi diantara mereka dengan hukum Syar'i.²² yang sekarang kita sebut dengan istilah mediasi.

Lembaga tahkim telah dikenal sejak jauh sebelum masa Islam. Orang-orang Nasrani apabila mengalami perselisihan di antara mereka mengajukan perselisihan tersebut kepada Paus untuk diselesaikan secara damai.

Lembaga tahkim juga dilakukan oleh orang-orang arab sebelum datangnya agama Islam. Pertikaian yang terjadi di antara mereka biasanya diselesaikan menggunakan lembaga tahkim. Pada umumnya apabila terjadi perselisihan antar anggota suku, maka kepala suku yang bersangkutan yang mereka pilih dan mereka angkat sebagai hakamnya. Namun, jika perselisihan terjadi antar suku maka kepala suku lain yang tidak terlibat dalam perselisihan yang mereka minta untuk menjadi hakam.

Pada masa Rasulullah juga sudah penyelesaian perselisihan atau sengketa seperti itu. Ada beberapa peristiwa di masa Rasulullah dan para sahabat yang diselesaikan melalui lembaga tahkim. Peristiwa-peristiwa tersebut antara lain yaitu:

1. Peristiwa tahkim pada waktu pelaksanaan renovasi Ka'bah. Ketika itu terjadi perselisihan antara masyarakat Arab untuk meletakkan kembali

²¹ Ensiklopedia Hukum Islam (Jakarta : PT Ichtiar Baru Van Hoeve, 2003), 1750.

²² Samir Aliyah. Op.Cit. hlm : 328.

Hajar Aswad ke tempat semula. Mereka semua merasa dirinya berhak dan merupakan kehormatan bagi mereka untuk mengangkat Hajar Aswad tersebut. Pada mulanya mereka sepakat bahwa siapa yang paling cepat bangun pada keesokan harinya, maka dialah yang berhak mengangkat Hajar Aswad dan meletakkannya kembali ke tempat semula. Ternyata mereka serentak bangun pagi itu, sehingga tidak ada seorang pun diantara mereka yang lebih berhak atas yang lainnya. Lalu mereka meminta kepada Nabi Muhammad SAW, yang pada waktu itu belum diangkat menjadi rasul, untuk memutuskan persoalan mereka. Dengan bijaksana Nabi Muhammad SAW membentangkan selendangnya dan meletakkannya Hajar Aswad di atasnya, lalu meminta wakil dari masing-masing suku untuk mengangkat pinggir selendang tersebut. Kebijakan Nabi Muhammad SAW tersebut disambut dan diterima baik oleh masing-masing pihak yang ikut berselisih pendapat pada waktu itu.

2. Perselisihan yang terjadi di antara Alqamah dan Amr bin Tufail yang memperebutkan posisi jabatan sebagai kepala suku lain untuk diangkat sebagai hakim. Peristiwa ini terjadi pada tahun 620.²³

2. Dasar Hukum Tahkim

Ketentuan atau dasar hukum yang menjelaskan tentang adanya Tahkim atau perdamaian telah tertera pada Al-Qur'an, hadis, dan ijma' ulama. Landasan tahkim di dalam Al-qur'an disebutkan dalam beberapa surah yaitu :

- a. QS. An-Nisa' ayat : 128

²³ Ibid. hlm : 1751

وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٧٨﴾

Artinya : dan jika seorang wanita khawatir akan nusyuz, atau sikap tidak acuh dari suaminya, Maka tidak mengapa bagi keduanya Mengadakan perdamaian yang sebenar-benarnya dan perdamaian itu lebih baik (bagi mereka) walaupun manusia itu menurut tabiatnya kikir dan jika kamu bergaul dengan isterimu secara baik dan memelihara dirimu (dari nusyuz dan sikap tak acuh), Maka Sesungguhnya Allah adalah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.²⁴

b. QS. Al-Hujurat ayat : 9

وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَت إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٩﴾

Artinya : dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! tapi kalau yang satu melanggar Perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar Perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. kalau Dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu Berlaku adil; Sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang Berlaku adil.²⁵

c. QS An Nisa' ayat : 114

²⁴ Departemen Agama. Op. Cit. hlm : 78

²⁵ Departemen Agama. Op. Cit. hlm :412

﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ
النَّاسِ ۗ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ۝﴾

Artinya : tidak ada kebaikan pada kebanyakan bisikan-bisikan mereka, kecuali bisikan-bisikan dari orang yang menyuruh (manusia) memberi sedekah, atau berbuat ma'ruf, atau Mengadakan perdamaian di antara manusia. dan Barangsiapa yang berbuat demikian karena mencari keredhaan Allah, Maka kelak Kami memberi kepadanya pahala yang besar.²⁶

Dalam hadis yang diriwayatkan dari Syuraih bin Heni dari ayahnya, Hani bahwa ketika ia (Hani) bersama-sama kaumnya menjadi utusan menemui Rasulullah SAW. Kaumnya menjuluki dia sebagai Aba al-hakam (Bapak juru damai); lalu Rasulullah SAW memanggilnya dan bersabda kepadanya: “Sesungguhnya Allah SWT lah yang menjadi hakim, kepada-nya lah hukum dikembalikan.” “Mengapa engkau dijuluki Aba al-hakam?” hani berkata: “Apabila kaumku berselisih tentang sesuatu, mereka menemuiku (minta penyelesaian), maka saya putuskan persoalan mereka dan mereka yang berselisih setuju.” Maka Rasulullah SAW bersabda: “Betapa baiknya hal ini” (HR. Abu Dawud). Dalam sebuah hadis disebutkan :

عَنْ أَبِي حُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ)
إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَمًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا (رواه ابوداود)

Artinya : Dari Abu Hurairah ia berkata, Rasulullah SAW bersabda :
“Perdamaian antar kaum muslim dibolehkan, kecuali perdamaian yang

²⁶ Departemen Agama. Op. Cit. hlm : 77

menghalalkan perkara yang haram, dan perdamaian yang mengharamkan perkara yang halal.” (HR. Abu Daud).²⁷

Telah terjadi tahkim di kalangan para sahabat dan tidak ada yang mempersoalkan dan tidak ada pula sahabat yang menentanginya. Contoh ijmak yang melandasi tahkim adalah peristiwa yang terjadi antara Umar bin al-Khattab dan seorang penjual kuda. Ketika itu Umar ingin membeli kuda yang ditawarkan dan Umar mencoba kuda tersebut. Pada waktu ditunggangi kaki kuda tersebut patah.lalu Umar bermaksud untuk mengembalikan kuda tersebut kepada pemiliknya, tetapi pemiliknya menolak. Kemudian Umar berkata: “tunjuklah seseorang untuk menjadi hakam yang akan bertindak sebagai penengah di antara kita berdua. Pemilik kuda berkata: “Aku setuju Syuraih al-Iraqy untuk menjadi hakam.” Kemudian mereka berdua bertahkim kepada Syuraih dan Syuraih menyatakan kepada Umar: “Ambillah apa yang telah kamu beli atau kembalikan seperti keadaan semula (tanpa cacat).” Maksudnya, Umar harus membayar harga kuda tersebut.

Cara penyelesaian perselisihan semacam ini tidak ada yang membantahnya. Ayat dan hadis-hadis di atas semuanya menunjukkan kebolehan melakukan tahkim. Dengan kata lain, tahkim merupakan lembaga yang diakui oleh syarak. Bahkan menurut Ibnu Qayyim al-Jauziah, seorang ulama²⁸ terkemuka umar bin al- Khattab menyebutkan: “Selesaikanlah pertikaian sehingga mereka berdamai, sesungguhnya penyelesaian melalui pengadilan akan menyebabkan timbulnya rasa benci di antara mereka.”

²⁷ Nashiruddin, Muhammad. Shohih Sunan Abu Daud (Jakarta : Pustaka Azzam, 2007), 634.

Dalam riwayat lain disebutkan, Umar berkata: “Selesaikanlah perselisihan apabila di antara pihak-pihaknya mempunyai hubungan kerabat. Sesungguhnya penyelesaian melalui pengadilan akan melahirkan kemarahan diantara mereka”.²⁸

3. Hakam dan Syarat Pengangkatanya

Hakam berasal dari Bahasa Arab yang berasal dari kata Alhakamu yang berarti wasit, pendamai atau juru tengah.²⁹ Hakam atau juru damai dalam tahkim dapat terdiri dari satu orang atau lebih. Ulama berbeda pendapat tentang siapa yang mengangkat dan mengutus hakam atau mediator dalam sengketa syiqaq. Mazhab Hanafi, Syafi’I dan Hambali berpendapat bahwa berdasarkan zhahir ayat 35 surat an-Nisa’ bahwa hakam atau mediator diangkat oleh pihak keluarga suami atau istri, dan bukan suami atau istri secara langsung. Pandangan ini berbeda dengan dengan pandangan Wahbah Zuhaili dan Sayyid Sabiq bahwa hakam dapat diangkat oleh suami istri yang disetujui oleh mereka.³⁰

As-Sya’bi dan Ibn Abbas mengatakan bahwa pihak ketiga atau hakam dalam kasus syiqaq diangkat oleh hakim atau pemerintah. Dalam hal ini pengadilan Agama yang berada dalam jajaran pemerintah yang dimaksud. Menurut Ali bin Abu Bakar al- Marginani (w.593 H/1197 M), seorang ulama terkemuka dalam Mazhab Hanafi mengemukakan, seorang hakam yang akan diminta menyelesaikan perselisihan harus memenuhi syarat-syarat sebagai orang yang akan diminta menjadi hakim. Oleh karena itu tidak dibenarkan mengangkat orang kafir dzimmi, orang yang terhukum hudud karena qazaf, orang fasik, dan

²⁸ Rahmiyati. Pandangan Hakim Mediator Terhadap Keberhasilan Mediasi Di Pengadilan Agama Malang Dan Kabupaten Malang., skripsi, (Malang : UIN Maulana Malik Ibrahim). 56.

²⁹ Ahmad Warson Munawwir. Al-Munawwir kamus Arab-Indonesia (Yogyakarta : Pustaka Progresif, 1984), 286.

³⁰ Syahrizal Abbas. Op,Cit. 187.

anak-anak untuk menjadi hakim, karena dilihat dari segi keabsahannya, mereka tidak termasuk ahliyyah al- qada' (orang yang berkompeten mengadili).

Hakam dan Hakim juga mempunyai perbedaan dan persamaan yaitu; (1) Hakim harus memeriksa dan meneliti secara seksama perkara yang diajukan kepadanya dan dilengkapi dengan bukti, sedangkan hakam tidak harus demikian. (2) wilayah dan wewenang hakim ditentukan oleh akad pengangkatannya dan tidak tergantung kepada kerelaan dan persetujuan pihak yang diadilinya, sedangkan hakam mempunyai wewenang yang terbatas pada kerelaan dan persetujuan pihak-pihak yang mengangkat dirinya sebagai hakam. (3) Tergugat harus dihadirkan didepan hakim, sedangkan dalam tahkim masing-masing pihak tidak dapat memaksa lawan perkaranya untuk hadir di majelis tahkim, kedatangan masing-masing pihak tersebut berdasarkan kemauan masing-masing. (4) Putusan hakim hakim mengikat dan dapat dipaksakan kepada kedua belah pihak yang berperkara, sedangkan putusan hakam akan dilaksanakan berdasarkan kerelaan masing-masing pihak yang berperkara. (5) Di dalam tahkim ada beberapa masalah yang tidak boleh diselesaikan, sedangkan di dalam peradilan semua persoalan dapat diperiksa dan diselesaikan (diputus) ³¹

4. Kekuatan Hukum Putusan Tahkim

Ulama fiqih berbeda pendapat mengenai kekuatan hukum bagi putusan tahkim. Menurut Ulama Mazhab Hanafi, apabila hakam telah memutuskan perkara pihak-pihak yang bertahkim dan mereka menyetujuinya, maka pihak-pihak yang bertahkim terikat dengan putusan tersebut. Apabila

³¹ Ensiklopedia Hukum Islam. Op.Cit. hlm : 1751

mengadukannya ke Pengadilan dan hakim sependapat dengan putusan hakim, maka hakim pengadilan tidak boleh membatalkan putusan hakim tersebut. Akan tetapi, jika hakim pengadilan tidak sependapat dengan putusan hakim, maka hakim berhak membatalkannya.

Menurut pendapat ulama mazhab Maliki dan Ulama Mazhab Hambali, apabila keputusan yang dihasilkan oleh hakim melalui proses tahkim tidak bertentangan dengan Al-Qur-an, hadis, dan ijma', maka hakim pengadilan tidak berhak membatalkan putusan hakim, sekalipun hakim pengadilan tersebut tidak sependapat dengan putusan hakim.

B. Sumber Hukum Di Indonesia

1. Ruang Lingkup Sumber Hukum di Indonesia

Pada Umumnya orang untuk mengetahui serta mengenal hukum, maka orang itu akan mencari dari mana sumber yang menimbulkan hukum atau sumber terbentuknya hukum itu sendiri. Hal ini berarti peninjauan mengenai faktor-faktor yang mempengaruhi timbulnya hukum, dari mana hukum itu dapat ditemukan, dari mana asal mulanya hukum dan lain sebagainya.

Sumber-sumber hukum itu dapat ditinjau dari beberapa sudut. Akibat peninjauan dari beberapa sudut inilah maka arti dari sumber hukum itu berbeda-beda pendapatnya antara satu dengan yang lainnya, dan tergantung dari sudut mana orang itu meninjaunya.³²

Menurut Zevenbergen, sumber hukum adalah sumber terjadinya hukum; atau sumber yang menimbulkan hukum. C.S.T. Kansil menyebutkan bahwa yang

³² Hasanuddin dkk. *Pengantar Ilmu Hukum*. (Jakarta : Pustaka Al-Husna Baru. 2004), 149.

dimaksud dengan sumber hukum ialah, segala apa saja yang menimbulkan aturan-aturan yang mempunyai kekuatan yang bersifat memaksa, yakni aturan-aturan yang kalau dilanggar mengakibatkan sanksi yang tegas dan nyata.³³ Yang dimaksudkan dengan segala apa saja, adalah faktor-faktor yang berpengaruh terhadap timbulnya hukum. Sedang faktor-faktor yang merupakan sumber kekuatan berlakunya hukum secara formal artinya ialah, dari mana hukum itu dapat ditemukan, dari mana asal mulanya hukum, di mana hukum dapat dicari atau di mana hakim dapat menemukan hukum sebagai dasar dari putusannya.

Sumber Hukum di Indonesia adalah segala sesuatu yang memiliki sifat normatif yang dapat dijadikan tempat berpijak bagi dan atau tempat memperoleh informasi tentang system hukum yang berlaku di Indonesia.³⁴

Sedangkan menurut Ishaq sumber Hukum adalah segala sesuatu yang menimbulkan aturan yang mengikat dan memaksa, sehingga apabila aturan tersebut dilanggar akan menimbulkan sanksi yang tegas dan nyata bagi pelanggarnya. Maksud segala sesuatu disini adalah faktor-faktor yang berpengaruh terhadap timbulnya hukum, faktor-faktor yang merupakan sumber kekuatan berlakunya hukum secara formal, yakni dari mana hukum itu dapat ditemukan dari mana asal mula hukum, dimana hukum dapat dicari atau hakim menemukan hukum, sehingga dasar putusannya dapat diketahui bahwa suatu peraturan tertentu mempunyai kekuatan mengikat atau berlaku.³⁵

Menurut Sudikno Mertokusumo sumber hukum itu sendiri sring digunakan dalam beberapa arti, yaitu :

³³ Kansil. *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*. (Jakarta : Balai Pustaka. 1986) , 46.

³⁴ Ilham Bisri. *Sistem Hukum Indonesia*. (Jakarta : PT Raja Grafindo Persada. 2004) hlm : 6

³⁵ Ishaq. *Dasar-dasar Ilmu Hukum* . (Jakarta : Sinar Grafika. 2008) hlm : 91

- a. Sebagai asas hukum, yang merupakan permulaan hukum, misalnya kehendak tuhan, akal manusia, jiwa bangsa, dan sebagainya
- b. Menunjukkan hukum terdahulu yang member bahan-bahan hukum yang berlaku sekarang, hukum Perancis, Hukum Romawi
- c. Sebagai sumber berlakunya, yang member kekuatan berlaku secara formal kepada peraturan hukum (penguasa, masyarakat)
- d. Sebagai sumber dari kita mengenal hukum, misalnya dokumen, Undang-undang, lontar, batu tulis, dan sebagainya.
- e. Sebagai sumber terjadinya hukum, sumber yang menimbulkan hukum.³⁶

Pada umumnya para pakar membedakan sumber hukum ke dalam dua kriteria yaitu Sumber hukum materiil dan Sumber hukum formal. Sumber Hukum Materiil yaitu perasaan hukum atau keyakinan hukum individu dan pedapat umum yang menentukan isi dari hukum. Keyakinan hukum individu adalah keyakinan mengenai patokan-patokan yang tetap mengenai keadilan yang harus ditaati oleh pembentuk undang-undang atau para pembentuk hukum dalam melaksanakan tugasnya.³⁷

Menurut Ishaq sumber hukum materiil adalah sumber hukum yang menentukan isi hukum itu. Kemudian yang menjadi sumber hukum materiil di Indonesia adalah Pancasila yang merupakan norma tertib hukum tertinggi serta menjadi pokok kaedah Negara yang fundamental (*staats fundamentalnorm*).³⁸

Menurut Sudikno Mertokusumo, Sumber Hukum Materiil adalah tempat dari mana materiil itu diambil. Sumber hukum materiil ini merupakan faktor yang

³⁶ Sudikno Mertokusumo. *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*. (Yogyakarta : Liberti. 1999) , 76.

³⁷ Hasanuddin dkk. Op.Cit. hlm : 150

³⁸ Ishaq. Op.Cit. hlm : 92

membantu pembentukan hukum, misalnya hubungan social, hubungan kekuatan politik, situasi social ekonomis, tradisi (pandangan keagamaan, kesusilaan), hasil penelitian ilmiah (kriminologi, lalu lintas), perkembangan internasional, keadaan geografis, dll.

Sedangkan Sumber Hukum Formal, merupakan tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Hal ini berkaitan dengan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu formal berlaku. Yang diakui umum sebagai sumber hukum formal ialah UU, perjanjian antar Negara, yurisprudensi dan kebiasaan.

Sumber hukum formal adalah sumber hukum dari mana secara langsung dapat dibentuk hukum yang akan mengikat masyarakatnya. Dinamai dengan sumber hukum formal karena semata-mata mengingat cara untuk mana timbul hukum positif, dan bentuk dalam mana timbul hukum positif, dengan tidak lagi mempersoalkan asal-usul dari isi aturan-aturan hukum tersebut. Yang termasuk Sumber-sumber Hukum Formal adalah :

a. Undang-undang

Undang-undang di sini identik dengan hukum tertulis (*ius scripta*) sebagai lawan dari hukum yang tidak tertulis (*ius non scripta*). Pengertian hukum tertulis sama sekali tidak dilihat dari wujudnya yang ditulis dengan alat tulis. dengan perkataan lain istilah tertulis tidak dapat kita artikan secara harfiah, namun istilah tertulis di sini dimaksudkan sebagai dirumuskan secara tertulis oleh pembentukan hukum khusus (*speciali rechtsvormende organen*).

Undang-undang dapat dibedakan atas :

- Undang-undang dalam arti formal, yaitu keputusan penguasa yang dilihat dari bentuk dan cara terjadinya sehingga disebut undang-undang. Jadi undang-undang dalam arti formal tidak lain merupakan ketetapan penguasa yang memperoleh sebutan undang-undang karena cara pembentukannya.
- Undang-undang dalam arti materiil, yaitu keputusan atau ketetapan penguasa, yang dilihat dari isinya dinamai undang-undang dan mengikat setiap orang secara umum.³⁹

b. Kebiasaan

Kebiasaan adalah perbuatan manusia yang tetap dilakukan berulang-ulang dalam hal yang sama. Apabila suatu kebiasaan tertentu diterima oleh masyarakat , dan kebiasaan itu selalu berulang-ulang dilakukan sedemikian rupa, sehingga tindakan yang berlawanan dengan kebiasaan itu dirasakan sebagai pelanggaran perasaan hukum, yang oleh pergaulan hidup dipandang sebagai hukum.⁴⁰

c. Traktat atau Perjanjian Internasional

Perjanjian Internasional atau traktat juga merupakan salah satu sumber hukum dalam arti formal. Dikatakan demikian oleh karena treaty itu harus memenuhi persyaratan formal tertentu agar dapat diterima sebagai treaty atau perjanjian internasional. Dasar hukum Pasal 11 ayat (1 & 2) UUD

1945 yang berisi :

³⁹ Hasanuddin dkk. *Op.Cit.* hlm : 153

⁴⁰ Kansil. *Op.Cit.* hlm : 48

- 1) Presiden dengan persetujuan DPR menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan Negara lain
 - 2) Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan Negara, dan /atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan DPR.
- d. Keputusan-keputusan Hakim Yurisprudensi
- Pengertian yurisprudensi di Negara-negara yang hukumnya Common Law (Inggris atau Amerika) sedikit lebih luas, di mana yurisprudensi berarti ilmu hukum. Sedangkan pengertian yurisprudensi di Negara-negara Eropa Kontinental (termasuk Indonesia) hanya berarti putusan pengadilan. Adapun yurisprudensi yang kita maksudkan dengan putusan pengadilan, di Negara Anglo Saxon dinamakan *precedent*. Yurisprudensi dalam arti sebagai putusan pengadilan dibedakan lagi dalam dua macam :
- a. Yurisprudensi tetap yakni keputusan hakim yang terjadi karena rentetan keputusan yang sama dan dijadikan dasar atau patokan untuk memutuskan suatu perkara. (*standard arresten*),
 - b. Yurisprudensi tidak tetap yaitu putusan hakim yang terdahulu yang belum masuk menjadi yurisprudensi tetap. (*standard arresten*).⁴¹
- e. Doktrin.

Doktrin adalah pendapat pakar senior yang biasanya merupakan sumber

⁴¹ Ishaq. *Op.Cit.* hlm : 110

hukum, terutama pandangan hakim selalu berpedoman pada pakar tersebut.

Doktrin bukan hanya berlaku dalam pergaulan hukum nasional, melainkan juga dalam pergaulan hukum internasional, bahkan doktrin merupakan sumber hukum yang paling penting.

2. Kedudukan PERMA berdasarkan Undang-undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Undang-undang dalam arti formil adalah undang-undang yaitu keputusan tertulis sebagai hasil kerja sama antara pemegang kekuasaan eksekutif (Presiden) dan legislative (DPR) yang berisi aturan tingkah laku yang bersifat atau mengikat umum. Hal ini dipertegas dalam rumusan Pasal 1 ayat 3 Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004 yang dimaksud dengan undang-undang adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh DPR dengan persetujuan bersama Presiden. Sedangkan undang-undang dalam arti materil adalah peraturan perundangan-undangan yaitu setiap keputusan tertulis yang dikeluarkan pejabat yang berwenang yang berisi aturan tingkah laku atau mengikat secara umum disebut juga undang-undang dalam arti materil.

Dapat disimpulkan untuk membedakan antara undang-undang dalam arti materil dan formil tidak lain adalah menyangkut organ pembentuk dan isinya. Jika organ yang membentuk itu adalah pejabat yang berwenang dan isi berlaku dan mengikat umum maka disebut sebagai undang-undang dalam arti materiil. Hal ini berarti jika ada ketentuan tertulis yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang namun isinya tidak bersifat dan mengikat umum maka ketentuan tersebut tidak

dapat disebut sebagai undang-undang dalam arti materil atau perundang-undangan. Dalam hukum tata negara kita sejarah tentang jenis dan hirarki diatur dulu diatur dalam TAP MPRS No.XX/MPRS/1966 jo TAP MPR No. V/MPR/1973. Adapun jenis dan hirarki dimaksud sebagai berikut :

1. UUD 1945
2. TAP MPR
3. UU/PERPU
4. Peraturan Pemerintah
5. Keputusan Presiden
6. Peraturan pelaksana lainnya yang meliputi Peraturan menteri, instruksi menteri dan lain-lain.

Selanjutnya setelah reformasi berdasarkan TAP MPR Nomor III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-Undangan jenis peraturan perundang-undangan adalah:

1. Undang-Undang Dasar 1945
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Republik Indonesia
3. Undang-undang
4. Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu)
5. Peraturan Pemerintah
6. Keputusan Presiden
7. Peraturan Daerah.

Penyebutan jenis peraturan perundang-undangan di atas sekaligus merupakan hirarki atau tata urutan peraturan perundang-undangan. Artinya, suatu

peraturan perundang-undangan selalu berlaku, bersumber dan berdasar pada peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber dan berdasar pada peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi lagi, dan seterusnya sampai pada peraturan perundang-undangan yang paling tinggi tingkatannya. Konsekuensinya, setiap peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

TAP MPR Nomor III/MPR/2000 diatas melalui Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan mengalami perubahan lagi. Menurut UU No. 10 tahun 2004 pada Pasal 7 Ayat 1 jenis dan hirarki peraturan perundnag-undangan sebagai berikut:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945
2. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu)
3. Peraturan Pemerintah
4. Peraturan Presiden
5. Peraturan Daerah

Peraturan Daerah sebagaimana dimaksud diatas meliputi:

- a. Peraturan Daerah Provinsi dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi bersama Gubernur
- b. Peraturan Daerah Kabupaten atau Kota dibuat oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah
- c. Kabupaten atau Kota bersama Bupati atau Walikota

- d. Peraturan Desa atau Peraturan yang setingkat dengan itu, dibuat oleh Badan Perwakilan Desa atau nama lainnya bersama dengan Kepala Desa atau nama lainnya.⁴²

Demikian peraturan perundang-undangan berdasarkan Pasal 7 ayat 1 Undang-undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Akan tetapi, apa yang ditentukan pada pasal 7 ayat 1 tersebut tidak bersifat final dan tidak bersifat limitative karena terdapat jenis peraturan perundang-undangan lain yang diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi sebagaimana disebut dalam pasal 7 ayat 4 dan penjelasan Pasal 7 ayat 4 Undang-undang No. 10 tahun 2004.

Pasal 7 ayat 4 berbunyi sebagai berikut :

“jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat 1, diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi.”

Penjelasan Pasal 7 ayat 4 Undang-undang No. 10 Tahun 2004 berbunyi :

“Jenis Peraturan Perundang-undangan selain dari ketentuan ini, antara lain peraturan yang dikeluarkan oleh MPR dan DPR, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, BPK, Bank Indonesia,

⁴² Widodo Ekatjahjana. *Pembentukan Peraturan Perundang-undangan* (Bandung : PT. Citya Adutya Bakti, 2008), 63.

*Menteri, Kepala Badan Lembaga atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-undang atau Pemerintah atas Perintah Undang-undang.*⁴³

C. Mediasi dalam Sistem Peradilan

1. Pengertian Mediasi

Mediasi merupakan kosakata atau istilah yang berasal dari kosa kata Inggris yaitu *mediation* yang artinya penyelesaian sengketa dengan cara menengahi. Menurut kamus besar Bahasa Indonesia mediasi adalah proses mengikutsertakan pihak ketiga dalam menyelesaikan suatu masalah sebagai penasihat.⁴⁴ Penjelasan mediasi dari sisi kebahasaan (etimologi) lebih menekankan pada keberadaan pihak ketiga yang menyematani para pihak yang bersengketa untuk menyelesaikan perselisihannya. Penjelasan ini amat penting guna membedakan dengan bentuk-bentuk alternative penyelesaian lainnya seperti arbitrase, negosiasi, adjudikasi dan lain-lain.⁴⁵ Yang nantinya juga terdapat mediasi peradilan dan non peradilan.

Dalam kepustakaan ditemukan banyak dfinisi tentang mediasi. Menurut Prof. 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. Pihak netral tersebut disebut mediator⁴⁶ dengan tugas memberikan bantuan procedural dan substansial.⁴⁷

⁴³ Yahya Harahap. Op.Cit, hlm : 166-167

⁴⁴ Tim Penyusun Kamus Besar Bahasa Indonesia. Op. Cit. hlm : 569.

⁴⁵ Syahrizal Abbas, Op.Cit. hlm : 3.

⁴⁶ Menurut syahrizal Abbas mediator adalah pihak ketiga yang membantu penyelesaian sengketa para pihak, yang mana ia tidak melakukan intervensi terhadap pengambilan keputusan.

⁴⁷ Takdir Rahmadi. Op. Cit. hlm : 12-13.

Menurut Khotibul Umam mediasi adalah proses negoisasi pemecahan masalah dimana pihak luar yang tidak memihak (impartial) bekerjasama dengan pihak yang bersengketa untuk mencari kesepakatan bersama. Mediator tidak berwenang memutuskan sengketa, tetapi hanya membantu para pihak untuk menyelesaikan persoalan yang dikuasakan kepadanya.⁴⁸

Dalam Undang-undang No 30 tahun 1999⁴⁹ tidak ditemukan penjelasan tentang pengertian mediasi namun hanya memberikan penjelasan bahwa jika sengketa tidak mencapai kesepakatan maka sengketa bias diselesaikan melalui penasihat ahli atau mediator.⁵⁰

Dalam Pasal 1851 KUHPerdara dikemukakan bahwa yang dimaksud mediasi atau perdamaian adalah suatu persetujuan dimana kedua belah pihak dengan menyerahkan, menjanjikan, atau menahan suatu barang, mengakhiri suatu perkara yang sedang bergantung atau mencegah timbulnya suatu perkara.⁵¹

Dalam PERMA No 1 tahun 2008 juga telah dijelaskan bahwa mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator. Dengan Demikian, dari definisi-definisi atau pengertian mediasi diatas, dapat di identifikasikan unsure-unsur esensi mediasi, yaitu :

⁴⁸ Khotibul Umam. *Penyelesaian Sengketa di luar pengadilan*. (Yogyakarta : Pustaka Yustisia, 2010), 10.

⁴⁹ UU No 30 tahun 1999 adalah Undang-undang tentang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian sengketa.

⁵⁰ Muhammad Saifullah, *Mediasi dalam Tinjauan Hukum Islam dan Hukum Positif di Indonesia*. (Semarang : Walisongo Press, 2009), 75.

⁵¹ Abdul Manan. *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*. (Jakarta : KENCANA, 2000) , 152.

- Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa melalui perundingan berdasarkan pendekatan mufakat atau konsensus para pihak.
- Para pihak meminta bantuan pihak lain yang bersifat tidak memihak yang disebut mediator.
- Mediator tidak memiliki wewenang memutus, tetapi hanya membantu para pihak yang bersengketa dalam mencari penyelesaian yang dapat diterima para pihak.⁵²

2. Dasar Hukum Mediasi dalam Hukum Positif

Berdasarkan realitas, pelaksanaan mediasi di Indonesia dilakukan oleh lembaga peradilan, khususnya Pengadilan Agama dan non peradilan, seperti lembaga-lembaga mediasi, instansi pemerintah, advokat dan lain-lainnya. Atas dasar pelaku mediasi, maka mediasi di Indonesia dapat dikategorikan menjadi dua bentuk, yaitu mediasi yang dilaksanakan di dalam peradilan atau yang dikenal dengan court mandated mediation dan mediasi di luar peradilan.⁵³ Mediasi yang dilaksanakan di pengadilan hingga saat ini memiliki sejarah landasan yuridis, yaitu Peraturan Mahkamah Agung No. 2 tahun 2003 yang disempurnakan dengan PERMA No 1 tahun 2008.

Dalam tinjauan sejarah peradilan di Indonesia, penyelesaian sengketa melalui upaya damai telah diatur dalam pasal 130 HIR/Pasal 154 RBg. dan beberapa peraturan lainnya. Namun upaya damai yang dimaksud dalam peraturan di atas berbeda dengan mediasi sebagaimana yang berkembang sekarang. Berikut beberapa aturan hukum tentang upaya mediasi di Indonesia.

⁵² Takdir Rahmadi. Op. Cit. Hlm : 13

⁵³ Syahrizal Abbas. Op.Cit. hlm : 301

1. HIR pasal 130 (Pasal 154 RBg./Pasal 31 Rv)

Pada masa pemerintahan Hindia Belanda melalui Reglement op de burgerlijke Rechtsvordering atau disingkat Rv. Pada tahun 1894 penyelesaian perkara dengan cara damai sudah diperkenalkan. Bunyi pasal diatas sebagai berikut :

- 1) jika pada hari yang ditentukan itu, kedua belah pihak datang, maka pengadilan negeri dengan pertolongan ketua mencoba akan mendamaikan mereka,
- 2) Jika perdamaian yang demikian itu dapat dicapai, maka pada waktu bersidang, diperbuat sebuah surat (akta) tentang itu, dalam mana kedua belah pihak di hukum akan menepati perjanjian yang diperbuat itu, surat mana akan berkekuatan dan akan dijalankan sebagai putusan yang biasa,
- 3) Keputusan yang sedemikian itu tidak dapat diijinkan dibanding,
- 4) Jika pada waktu mencoba akan mendamaikan kedua belah pihak, perlu dipakai seorang juru bahasa, maka peraturan pasal yang berikut dituruti untuk itu.⁵⁴

2. UU No. 1 tahun 1974 Pasal 39, UU No. 7 tahun 1989 Pasal 65, KHI Pasal 115, 131 (2), 143 (1-2), 144, dan PP No. 9 tahun 1975 Pasal 32

Undang-undang, peraturan Pemerintah, dan KHI sebagaimana diatas menyebutkan bahwa hakim harus mendamaikan para pihak yang berperkara sebelum putusan dijatuhkan. Usaha untuk mendamaikan pihak yang bersengketa ini dilakukan pada setiap pemeriksaan. Agar upaya damai dapat terwujud, maka hakim wajib pula menghadirkan keluarga atau orang-orang

⁵⁴ Soesilo. *RIB/HIR dengan penjelasan*. (Bogor : Politea. 1995) , 88.

terdekat dari pihak yang berperkara untuk di dengar keterangannya, sekaligus hakim meminta bantuan kepada keluarga agar mereka dapat berdamai. Jika upaya ini tetap gagal maka barulah dilakukan penyelesaian hukum secara litigasi.

3. SEMA No. 1 tahun 2002 tentang Pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama Menerapkan Lembaga Damai.

Surat Edaran Mahkamah Agung No. 1 tahun 2002 merupakan tindak lanjut hasil Rapat Kerja Nasional I Mahkamah Agung yang dilaksanakan di Yogyakarta pada tanggal 24 - 27 September 2001. Surat edaran ini menekankan kembali pemberdayaan pengadilan tingkat pertama dalam menerapkan upaya damai (lembaga dading) sebagaimana ditentukan dalam pasal 130 HIR/pasal 154 RBg dan pasal-pasal lainnya dalam hukum acara yang berlaku di Indonesia, khususnya pasal 132 HIR/pasal 154 RBg. Hasil Rakernas ini pada dasarnya merupakan penjabaran rekomendasi Sidang Tahunan MPR tahun 2000, agar Mahkamah Agung mengatasi tunggakan perkara. Isi SEMA No. 1 tahun 2002 ini mencakup :

- 1) Upaya perdamaian hendaklah dilakukan dengan sungguh-sungguh dan optimal, tidak sekedar formalitas,
- 2) melibatkan hakim yang ditunjuk dan dapat bertindak sebagai fasilitator dan atau mediator, tetapi bukan hakim majlis (namun hasil rakernas membolehkan dari hakim majlis dengan alasan kurangnya tenaga hakim di daerah dan karena lebih mengetahui permasalahan),

- 3) untuk pelaksanaan tugas sebagai fasilitator maupun mediator kepada hakim yang bersangkutan diberikan waktu paling lama 3 (tiga) bulan, dan dapat diperpanjang apabila terdapat alasan untuk itu dengan persetujuan ketua PN, dan waktu tersebut tidak termasuk waktu penyelesaian perkara sebagaimana dimaksud dalam SEMA No. 6 tahun 1992
 - 4) persetujuan perdamaian dibuat dalam bentuk akte perdamaian (dading), dan para pihak dihukum untuk mentaati apa yang telah disepakati,
 - 5) apabila mediasi gagal, hakim yang bersangkutan harus melaporkan kepada ketua PN / ketua majlis dan pemeriksaan perkara dilanjutkan oleh majlis hakim dengan tidak menutup peluang bagi para pihak untuk berdamai selama proses pemeriksaan berlangsung, dan
 - 6) Keberhasilan penyelesaian perkara melalui perdamaian, dapat dijadikan bahan penilaian (reward) bagi hakim yang menjadi fasilitator/mediator.⁵⁵
4. PERMA No. 2 tahun 2003
- SEMA No. 1 tahun 2002 tentang Pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama Menerapkan Lembaga Damai dipandang belum sempurna. Upaya damai atau penyelesaian sengketa melalui mediasi seharusnya diatur melalui peraturan perundang-undangan. Undang-undang yang telah ada hanya menyinggung mediasi sebagai salah satu *alternative dispute resolution*, yaitu UU No. 30 tahun 1999. Undang-undang ini lebih tepat dikatakan undang-undang tentang arbitrase, bukan tentang ADR, karena ketentuan ADR hanya dimuat dua pasal

⁵⁵ Mukhsin Jamil. *Op.Cit* hlm :. 215.

saja, yaitu pasal 1 butir 10 dan pasal 6 yang terdiri atas 9 ayat. Memperhatikan realitas seperti ini dan sambil menunggu adanya peraturan Perundang-undangan yang baru, Mahkamah Agung perlu menerbitkan Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 2 tahun 2003. Perma ini mengatur tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan Mahkamah Agung Republik Indonesia, yang meliputi pra mediasi, proses mediasi, tempat dan biaya mediasi. Sebanyak 18 pasal dalam PERMA ini semuanya mengatur mediasi yang integrated dalam proses berperkara di pengadilan, dan tidak menyinggung mediasi di luar pengadilan, karena memang dimaksudkan untuk penerapan mediasi dalam peradilan.

5. PERMA No 1 Tahun 2008

Peraturan Mahkamah Agung RI No 1 Tahun 2008 tentang prosedur mediasi dalam Pengadilan Agama adalah penyempurnaan terhadap Peraturan Mahkamah Agung Ri No. 2 tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan Agama. Penyempurnaan tersebut dilakukan oleh Mahkamah Agung karena dalam PERMA No 2 tahun 2003 ditemukan beberapa masalah, sehingga tidak efektif penerapannya di Pengadilan. Mahkamah Agung mengeluarkan PERMA No 1 tahun 2008 sebagai upaya mempercepat, mempermudah, mempermudah penyelesaian sengketa serta memberikan akses yang lebih besar kepada pencari keadilan. Mediasi merupakan instrument efektif untuk mengatasi penumpukan perkara di Pengadilan, dan sekaligus

memaksimalkan fungsi lembaga Pengadilan dalam menyelesaikan sengketa, disamping proses pengadilan yang bersifat memutus (adjudikatif).⁵⁶

3. Prinsip-prinsip mediasi dalam PERMA No 1 tahun 2008

Dalam literatur ditemukan sejumlah prinsip mediasi. Prinsip dasar adalah landasan filosofis dari diselenggarakannya kegiatan mediasi. Prinsip atau kerangka dasar tersebut yang harus diketahui oleh mediator, sehingga dalam menjalankan mediasi tidak tidak keluar dari arah filosofi yang melatar belakangi lahirnya mediasi.⁵⁷ Peraturan Mahkamah Agung No 1 tahun 2008 memuat sepuluh prinsip pengaturan tentang penggunaan mediasi dalam pengadilan, kesepuluh prinsip tersebut adalah :

1. Mediasi wajib ditempuh
2. Otonomi para pihak
3. Mediasi dengan Iktikad baik
4. Efisiensi waktu
5. Sertifikasi Mediator
6. Tanggung jawab mediator
7. Kerahasiaan
8. Pembiayaan
9. Pengulangan mediasi
10. Kesepakatan perdamaian di luar pengadilan.

⁵⁶ Syahrizal Abbas. *Op.Cit.* hlm : 306-311.

⁵⁷ Syarizal Abbas. *Op.Cit.* hlm : 28

4. Prosedur dan Tahapan Mediasi dalam Pengadilan Agama

Proses mediasi dibagi dalam tiga tahap, yaitu tahap pra mediasi, tahap pelaksanaan mediasi dan tahap akhir implementasi hasil mediasi. Ketiga tahap ini merupakan jalan yang akan ditempuh oleh mediator dan para pihak dalam menyelesaikan sengketa mereka. Dengan penjelasan sebagai berikut :

1. Tahap Pra Mediasi

Dalam tahap ini meliputi langkah-langkah sebagai berikut :

- Hakim atau ketua majelis Hakim mewajibkan para pihak untuk menempuh mediasi pada sidang yang dihadiri oleh para pihak sesuai dengan ketentuan Pasal 7
- Hakim Ketua menjelaskan pada para pihak tentang prosedur mediasi berdasarkan PERMA No 1 tahun 2008.
- Para pihak dalam waktu paling lama 3 hari melakukan pemilihan seorang atau lebih mediator diantara pilihan-pilihan sesuai dengan ketentuan Pasal 8 ayat 1
- Jika setelah dalam waktu 3 hari para pihak tidak dapat bersepakat dalam memilih mediator, ketua majelis hakim segera menunjuk hakim bukan yang memeriksa perkara yang bersertifikat mediator dan jika tidak ada hakim bukan pemeriksa yang bersertifikat, hakim pemeriksa perkara dengan atau tanpa serifikat wajib menjalankan fungsi mediator.⁵⁸

⁵⁸ Takdir Rahmadi. *Op.Cit.* hlm : 184

2. Tahap Pelaksanaan Mediasi

Tahap pelaksanaan mediasi adalah tahap dimana pihak-pihak yang bertikai sudah berhadapan satu sama lain, dan memulai proses mediasi, dalam langkah ini memiliki tahapan sebagai berikut :

- Sambutan Pendahuluan mediator
- Presentasi dan pemaparan Kisah para pihak
- Mengurutkan dan menjernihkan permasalahan
- Berdiskusi dan negoisasi masalah yang disepakati.
- Menciptakan opsi-opsi
- Menemukan butir kesepakatan dan merumuskan keputusan
- Mencatat dan menuturkan kembali keputusan
- Penutup mediasi

3. Tahap Akhir Implementasi Hasil Mediasi

Tahap ini merupakan tahap dimana para pihak hanyalah menjalankan hasil-hasil kesepakatan, yang mereka tuangkan bersama dalam suatu perjanjian tertulis. Para Pihak menjalankan hasil kesepakatan berdasarkan komitmen yang telah mereka tunjukkan selama proses mediasi. Umumnya, pelaksanaan hasil mediasi dilakukan oleh pihak sendiri, tetapi tidak tertutup kemungkinan juga ada bantuan pihak lain untuk mewujudkan kesepakatan atau perjanjian tertulis. Keberadaan pihak lain disini hanyalah sekedar membantu menjalankan hasil kesepakatan tertulis, setelah ia mendapatkan persetujuan dari kedua belah pihak.⁵⁹

⁵⁹ Syahrizal Abbas. Op.Cit. hlm : 44

4. Mediasi Mencapai Kesepakatan.

- Jika mediasi menghasilkan kesepakatan perdamaian maka wajib dirumuskan secara tertulis dan ditandatangani oleh para pihak dan Mediator.
- Jika mediasi diwakili oleh Kuasa Hukum para maka pihak wajib menyatakan secara tertulis persetujuan atau kesepakatan yang dicapai.
- Para pihak wajib menghadap kembali kepada Hakim pada hari Sidang yang telah ditentukan untuk memberi tahukan kesepakatan perdamaian tersebut.
- Para pihak dapat mengajukan kesepakatan perdamaian kepada Hakim untuk dikuatkan dalam bentuk “Akta Perdamaian”.
- Apabila para pihak tidak menghendaki kesepakatan perdamaian dikuatkan dalam bentuk Akta perdamaian maka harus memuat clausula pencabutan Gugatan dan atau clausula yang menyatakan perkara telah selesai.

5. Mediasi Tidak Mencapai Kesepakatan.

- Jika Mediasi tidak menghasilkan kesepakatan, Mediator wajib menyatakan secara tertulis bahwa proses mediasi telah gagal dan memberitahukan kegagalan tersebut kepada Hakim.
- Pada tiap tahapan pemeriksaan perkara Hakim pemeriksa perkara tetap berwenang untuk mengusahakan perdamaian hingga sebelum pengucapan Putusan.

- Jika mediasi gagal, pernyataan dan pengakuan para pihak dalam proses mediasi tidak dapat digunakan sebagai alat bukti dalam proses persidangan.
6. Tempat Penyelenggaraan Mediasi.
- Mediator Hakim tidak boleh menyelenggarakan Mediasi diluar Pengadilan.
 - Penyelenggaraan mediasi disalah satu ruang Pengadilan Agama tidak dikenakan biaya.
7. Perdamaian di tingkat Banding, Kasasi, dan Peninjauan Kembali.
- Para pihak yang bersepakat menempuh perdamaian di tingkat Banding/Kasasi/Peninjauan Kembali wajib menyampaikan secara tertulis kepada Ketua Pengadilan Agama yang mengadili.
 - Ketua Pengadilan Agama yang mengadili segera memberitahukan kepada Ketua Pengadilan Tinggi Agama (bagi perkara Banding) atau Ketua Mahkamah Agung (bagi perkara Kasasi dan Peninjauan Kembali) tentang kehendak para pihak untuk menempuh perdamaian.
 - Hakim Banding/Kasasi/Peninjauan Kembali wajib menunda pemeriksaan perkara yang bersangkutan selama 14 hari kerja sejak menerima pemberitahuan tersebut.
 - Para pihak melalui Ketua Pengadilan Agama dapat mengajukan Kesepakatan perdamaian secara tertulis kepada Majelis Hakim Banding/Kasasi/Peninjauan Kembali untuk dikuatkan dalam Akta perdamaian.

- Akta perdamaian ditanda tangani oleh Majelis Hakim Banding/Kasasi /Peninjauan Kembali dalam waktu selambat – lambatya 30 hari kerja sejak dicatat dalam Register Induk Perkara.

Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 pada dasarnya lebih dimaksudkan untuk mengatur prinsip dan prosedur penggunaan mediasi terhadap perkara atau sengketa perdata yang telah diajukan ke Pengadilan. Namun, sebagai upaya untuk lebih memperkuat penggunaan mediasi dalam sistem hukum Indonesia dan memperkecil timbulnya persoalan-persoalan hukum yang mungkin timbul dari penggunaan mediasi diluar pengadilan, Mahkamah Agung ternyata melalui PERMA No. 1 Tahun 2008 telah memuat ketentuan yang dapat digunakan oleh pihak-pihak yang bersengketa yang berhasil menyelesaikan sengketa itu melalui mediasi diluar pengadilan untuk meminta kepada pengadilan agar kesepakatan diluar pengadilan dikuatkan dengan akta perdamaian.⁶⁰

Para pihak yang bersengketa yang berhasil menyelesaikan sengketa itu melalui mediasi diluar pengadilan diharuskan untuk meminta kepada pengadilan agar dikuatkan dengan akta perdamaian dengan cara melakukan gugatan, seseuai dengan Pasal 23 ayat 1 dalam PERMA No. 1 Tahun 2008, dan dalam pasal selanjutnya menjelaskan tentang diharuskanya untuk melampirkan kesepakatan perdamaian dan dokumen-dokumen yang ada yang terkait dengan objek sengketa dalam gugatan tersebut.

⁶⁰ Takdir Rahmadi. Op.Cit. hlm : 183

5. Peran dan Fungsi Mediator

Dalam sebuah proses mediasi, mediator menjalankan peran untuk menengahi para pihak yang bersengketa. Peran ini diwujudkan melalui tugas mediator yang secara aktif membantu para pihak dalam memberikan pemahamannya yang benar tentang sengketa yang mereka hadapi dan memberikan alternative solusi yang terbaik bagi penyelesaian sengketa diajukan mediator sepenuhnya berada dan ditentukan sendiri oleh kesepakatan para pihak yang bersengketa. Mediator tidak dapat memaksakan gagasannya sebagai penyelesaian sengketa yang harus dipatuhi.

Prinsip ini kemudian menuntut mediator adalah orang yang memiliki pengetahuan yang cukup luas tentang bidang-bidang terkait yang dipersengketakan oleh para pihak. Bila diperhatikan berbagai macam cara untuk penyelesaian sengketa memiliki keunggulan dan kelemahan masing-masing,

Dalam memandu proses komunikasi, mediator ikut mengarahkan para pihak agar membicarakan secara bertahap upaya yang mungkin ditempuh keduanya dalam rangka mengakhiri sengketa. Ada beberapa peran mediator yang sering yang ditemukan ketika proses mediasi berjalan. Peran tersebut antara lain⁶¹ :

1. Menumbuhkan dan mempertahankan kepercayaan diri antara para pihak
2. Menerangkan proses dan mendidik para pihak dalam hal komunikasi dan menguatkan suasana yang baik.
3. Membantu para pihak untuk menghadapi situasi atau kenyataan
4. Mengajar para pihak dalam proses dan ketrampilan tawar-Menawar

⁶¹ Syarizal Abbas. Op. Cit. hlm : 79

5. Membantu para pihak mengumpulkan informasi penting, dan menciptakan pilihan-pilihan untuk memudahkan penyelesaian problem.

Dengan demikian, seorang mediator tidak hanya bertindak sebagai penengah belaka yang hanya bertindak sebagai penyelenggara dan pemimpin diskusi saja, tetapi juga harus membantu para pihak untuk mendesain penyelesaian sengketanya, sehingga dapat menghasilkan kesepakatan bersama. Dalam hal ini seorang mediator juga harus memiliki kemampuan mengumpulkan sebanyak mungkin informasi yang nantinya akan dipergunakan sebagai bahan untuk menyusun dan mengusulkan berbagai pilihan penyelesaian masalah yang disengketakan. Kemudian, mediator ini pun juga akan membantu para pihak dalam menganalisis sengketa atau pilihan penyelesaiannya, sehingga akhirnya dapat mengemukakan rumusan kesepakatan bersama sebagai solusi penyelesaian masalah yang juga akan ditindaklanjuti bersama pula.⁶²

Sedangkan Menurut Howard Raiffa, mediator mempunyai dua peran, yakni peran yang terlemah dan peran yang terkuat. Sisi peran terlemah apabila mediator hanya melaksanakan peran-peran :

1. Penyelenggaraan pertemuan
2. Pemimpin diskusi yang netral
3. Pemelihara atau menjaga aturan-aturan perundingan agar perdebatan dalam proses perundingan berlangsung secara beradab
4. Pengendalian emosi para pihak

⁶² Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa Di Luar Pengadilan*. (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003), 79

5. Pendorong pihak atau peserta perundingan yang kurang mampu atau segan untuk mengungkapkan pandangannya.

Dan sisi peran yang kuat mediator, bila mediator bertindak atau mengerjakan hal-hal berikut dalam proses perundingan:

1. Mempersiapkan dan membuat notulen perundingan
2. Merumuskan atau mengartikulasikan titik temu atau kesepakatan para pihak;
3. Membantu para pihak agar menyadari bahwa sengketa bukan sebuah pertarungan untuk dimenangkan, melainkan untuk diselesaikan
4. Menyusun dan mengusulkan berbagai pilihan pemecahan masalah
5. Membantu para pihak untuk menganalisis berbagai pilihan pemecahan masalah.⁶³

Fuller dalam Leonard L. Riskin dan James E. Westbrook menyebutkan 7 fungsi mediator, yaitu:

1. Sebagai “katalisator” (catalyst), bahwa kehadiran mediator dalam proses perundingan mampu mendorong lahirnya suasana yang konstruktif bagi diskusi, dan bukan sebaliknya menyebabkan terjadinya salah pengertian dan polarisasi diantara para pihak walaupun dalam praktek dapat saja setelah proses perundingan para pihak tetap mengalami polarisasi.

⁶³ Suyud Margono, *ADR & Arbitrase Proses Pelembagaan Dan Aspek Hukum* (Cet. II; Bogor: Ghalia Indonesia, 2004), 59-60.

2. Sebagai “pendidik” (educator), berarti mediator berusaha memahami kehendak aspirasi, prosedur kerja, keterbatasan politis, dan kendala usaha dari para pihak. Oleh sebab itu, ia harus melibatkan dirinya kedalam dinamika perbedaan diantara para pihak agar membuanya mampu menangkap alasan-alasan atau nalar para pihak untuk menyetujui atau menolak usulan atau permintaan satu sama lainnya.
3. Sebagai “penerjemah” (translator), berarti mediator harus berusaha menyampaikan dan merumuskan usulan pihak yang satu kepada pihak yang lainnya melalui bahasa atau ungkapan yang enak didengar oleh pihak lainnya, tetapi tanpa mengurangi maksud atau sasaran yang hendak dicapai oleh pengusul.
4. Sebagai “narasumber” (resource person), berarti mediator harus mampu mendayagunakan atau melipatgandakan kemanfaatan sumber-sumber informasi yang tersedia.
5. Sebagai “penyandang berita jelek” (bearer of bad news), berarti mediator harus bisa menyadari para pihak dan dalam proses perundingan dapat bersikap emosional. Bila salah satu pihak menyampaikan usulan kemudian usulan itu ditolak secara tidak sopan dan diiringi dengan serangan kata-kata pribadi pengusul, maka pengusul mungkin juga akan melakukan hal yang sama.
6. Sebagai “agen realitas” (agent of reality), berarti mediator harus berusaha memberi tahu atau memberi peringatan secara terus terang kepada satu atau para pihak, bahwa sasarannya tidak mungkin atau

tidak masuk akal untuk dicapai melalui sebuah proses perundingan. Dan juga mengingatkan para pihak agar jangan terpadu pada sebuah pemecahan masalah saja yang bisa jadi tidak realistis.

7. Sebagai “kambing hitam” (scapegoat), artinya mediator harus siap menjadi pihak yang dipersalahkan. Misalnya, seorang juru runding menyampaikan prasyarat-prasyarat kesepakatan kepada orang-orang yang diwakilinya, ternyata orang-orang yang diwakilinya tidak merasa sepenuhnya puas terhadap prasyarat-prasyarat dalam kesepakatan.⁶⁴

6. Kekuatan Hukum yang melekat pada Putusan Perdamaian

Dalam proses mediasi memiliki hasil akhir berupa akta perdamaian, yang pengertiannya adalah akta yang memuat isi kesepakatan perdamaian dan putusan hakim yang menguatkan kesepakatan perdamaian tersebut yang tidak tunduk pada upaya hukum biasa maupun luar biasa.⁶⁵

Dalam pasal 1858 KUH Perdata dikemukakan bahwa semua putusan perdamaian yang dibuat dalam sidang majlis hakim mempunyai kekuatan hukum tetap seperti keputusan pengadilan lainnya dalam tingkat penghabisan. Putusan perdamaian itu tidak bisa di bantah dengan alasan kekhilafan mengenai hukum atau dengan alasan salah satu pihak telah dirugikan oleh putusan perdamain itu. Dalam pasal 130 ayat 2 HIR dikemukakan pula bahwa jika perdamaian dapat dicapai, maka pada waktu itu pula dalam persidangan dibuat putusan perdamaian dengan menghukum para pihak untuk mematuhi persetujuan damai yang telah

⁶⁴ Usman Rachmadi, Op. Cit., 90-92.

⁶⁵ Anggota IKAPI. *Himpunan Peraturan Perundang-undangan* (Bandung : Fokusmedia, 2009), 150

mereka buat. Putusan perdamaian itu berkekuatan hukum tetap dan dapat diujalakan sebagaimana putusan bias lainnya.

Melihat peraturan perundang-undangan tersebut diatas, maka dapat diketahui bahwa putusan perdamaian yang dibuat dalam persidangan Majelis Hakim sama kedudukannya dengan putusan pengadilan lainnya (*In kracht van gewijsde*). Putusan perdamaian dapat dibatalkan jika dalam perjajjian perdamaian itu sudah terjadi kekhilafan mengenai orangnya atau mengenai pokok perselisihan, atau juga karena adanya penipuan atau paksaan dalam membuatnya.

Ketentuan tersebut adalah sejalan dengan apa yang telah disebutkan dalam pasal 1861 KUH Perdata, dimana dikemukakan bahwa suatu putusan perdamaian yang diadakan atas dasar surat-surat yang kemudian dinyatakan palsu adalah sama sekali batal.⁶⁶

HIR dan Rbg secara tegas telah mengatur bahwa para pihak dapat meminta pada hakim untuk mengukuhkan kesepakatan perdamaian yang mereka hasilkan dengan sebuah putusan hakim. Dengan demikian putusan akta perdamaian memiliki kekuatan hukum yang sama dengan putusan hakim yang dibuat ,elalui proses memutus.⁶⁷

⁶⁶ Abdul Manan. Op.Cit. hlm : 160

⁶⁷ Takdir Rahmadi. Op, Cit. hlm : 81