

BAB III

KAJIAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Mediasi

1. Pengertian Mediasi

Secara etimologi, istilah mediasi berasal dari bahasa latin *mediare* yang artinya berada di tengah. Makna ini merujuk pada peran yang ditampilkan pihak ketiga sebagai mediator dalam menjalankan tugasnya menengahi dan menyelesaikan sengketa antara para pihak. Berada di tengah juga memiliki makna bahwa mediator harus berada pada posisi netral dan tidak memihak dalam menyelesaikan sengketa, karena ia harus bersikap adil dan sama agar kedua pihak yang bersengketa bisa mempercayai ia selaku penengah atau penasihat.¹ Sedangkan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata “mediasi” diartikan proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasihat.² Pengertian yang diberikan Kamus Besar Bahasa Indonesia mengandung tiga unsur penting. Pertama, mediasi merupakan proses penyelesaian sengketa yang terjadi antara dua pihak atau lebih. Kedua, pihak yang terlibat dalam penyelesaian sengketa adalah pihak-pihak yang berasal dari luar pihak yang bersengketa. Ketiga, pihak yang terlibat

¹ Juni Iriani Sitinjak, “Penyelesaian Sengketa Melalui Mediasi” dalam *Jurnal Ilmiah Research Sains*, Vol.5 No.1 (Februari 2019), Universitas Simalungun Medan, h. 3.

² Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1988, h.569.

dalam penyelesaian sengketa tersebut bertindak sebagai penasihat dan tidak memiliki kewenangan apa-apa dalam pengambilan keputusan.

Sementara itu, pengertian mediasi menurut terminologi tercantum pada Pasal 1 ayat 1 Perma No.1 tahun 2016 tentang prosedur mediasi di Pengadilan yang berbunyi, Mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh Mediator.³ Selain itu juga para ahli mengemukakan pengertian mediasi, salah satunya Prof. Takdir Rahmadi yang mengatakan bahwa mediasi adalah suatu proses penyelesaian sengketa antara dua belah pihak atau lebih melalui perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus. Pihak meditaor tersebut memiliki tugas memberikan bantuan secara prosedural dan subtansial. Dengan demikian, dari pengertian mediasi di atas dapat diidentifikasi unsur-unsur esensial mediasi, yaitu :

- a. Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa melalui perundingan berdasarkan pendekatan mufakat atau konsensus para pihak;
- b. Para pihak meminta bantuan pihak lain yang bersifat tidak memihak (mediator);
- c. Mediator tidak memiliki kewenangan memutus, tetapi hanya membantu para pihak yang bersengketa dalam mencari penyelesaian yang dapat diterima para pihak;⁴

³ Pasal 1 Ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, h. 3.

⁴ Juni Iriani Sitinjak, "Penyelesaian Sengketa Melalui Mediasi" dalam *Jurnal Ilmiah Research Sains*, Vol.5 No.1 (Februari 2019), Universitas Simalungun Medan, h. 4.

2. Dasar Hukum Mediasi

a. Dasar Hukum Mediasi dalam Al-Qur'an dan Hadits

Mediasi dalam literatur Hukum Islam dapat diartikan dengan *tahkim*, yang secara etimologis berarti menjadikan seseorang atau pihak ketiga (hakam) sebagai seorang penengah dalam suatu sengketa atau perselisihan. *Tahkim* adalah “menjadikan hakim” atau dapat juga diartikan “berlindungnya dua pihak yang bersengketa kepada orang yang mereka sepakati atau setuju serta rela menerima keputusannya menyelesaikan persengketaan mereka.⁵ Bentuk *tahkim* ini sudah dikenal oleh orang Arab pada masa jahiliyah. Apabila terjadi sengketa, maka para pihak pergi menghadap hakam untuk meminta solusi.

Pada zaman Rasulullah Saw, Peradilan diformulasikan sebagai diri Rasulullah Saw. Dalam jabatan hakim, beliau melarang persengketaan sahabat sampai ke tangannya, karena hal itu terjadi, maka beliau akan memutuskan sesuatu dengan hukum yang berlaku. Hal ini sejalan dengan mediasi yang tidak memutus.

Dasar hukum mediasi dalam hukum Islam terdapat dalam Firman Allah Qs. Al-Hujurat ayat 9;

وَإِنْ طَافَتِنِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى

⁵ Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedia Hukum Islam*, (Jakarta: Pt Ichtiar Baru Van Hoeve, 2001), h. 750.

أَمْرَ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا ۗ
 إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ

“Dan apabila ada dua golongan orang mukmin berperang, maka damaikanlah antara keduanya. Jika salah satu dari keduanya berbuat zalim terhadap (golongan) yang lain, maka perangilah (golongan) yang berbuat zalim itu, sehingga golongan itu kembali kepada perintah Allah. Jika golongan itu telah kembali (kepada perintah Allah), maka damaikanlah antara keduanya dengan adil. Sungguh Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil.”⁶

Tafsir ayat di atas untuk memerintahkan perdamaian diantara dua kelompok orang yang beriman. Seruan ini menggunakan lafadz “*ashlihu*” yang berasal dari kata “*ishlah-shalaha*” yang artinya manfaat, tiadanya atau terhentinya kerusakan atau diraihinya manfaat. *Ishlah* adalah upaya menghentikan kerusakan atau meningkatkan kualitas sehingga manfaatnya lebih banyak lagi. Dalam konteks hubungan manusia, nilai-nilai ini tercermin dalam keharmonian hubungan. Jika hubungan diantara kedua belah pihak retak, akan terjadi kerusakan atau berkurangnya kemanfaatan yang diperoleh dari mereka. Sehingga menuntut adanya *ishlah*, yakni perbaikan agar kembali harmonis sehingga akan menimbulkan kemaslahatan.⁷

⁶ Departemen Agama RI, *Al-Qur’an dan Terjemahannya*, (Bandung: CV. Gema Risalah Press, 1993), h. 846.

⁷ Tafsir, *Resolusi Konflik*, Semarang: Karya Abadi Jaya, 2015, h.75.

Kata damai dalam bahasa Arab juga dikenal dengan istilah *al-sulhu*, yang artinya perdamaian, penghentian perselisihan, penghentian peperangan. *Al-Sulhu* dikategorikan sebagai salah satu akad yang berisi perjanjian antara kedua pihak yang berselisih atau mereka yang sedang berperkar untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi di antara keduanya.⁸

Selain itu landasan Al-Qur'an yang menjelaskan tentang anjuran menyelesaikan konflik dengan cara mediasi juga terdapat dalam Qs. An-Nisa' ayat 35.

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا، إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا

*“Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal.”*⁹

Juru damai dalam ayat di atas adalah lafadz *“hakam,”* fungsi utamanya adalah untuk mendamaikan. Menurut satu riwayat, *hakam* disini kedudukannya hanya sebagai penengah yang mendamaikan kedua belah pihak (suami dan istri) yang sedang bertikai. Hakam tidak memiliki kewenangan untuk

⁸ Tafsir, *Resolusi Konflik*, h.71.

⁹ Dapertemen Agama Republik Indonesia, *Al-Quran Dan Terjemahannya*, h. 79.

mengambil keputusan bercerai atau tidak, kewenangan tetap berada di antara kedua belah pihak tersebut.¹⁰ Tafsir di atas juga menjelaskan bahwa juru damai yang dimaksud adalah pihak keluarga ataupun tokoh masyarakat yang dipercaya dan mampu menengahi perselisihan antara pasangan suami dan istri sebelum mereka dimediasi oleh hakim mediator Pengadilan Agama.

Selain dalil Al-Qur'an yang menerangkan tentang mediasi atau perdamaian di atas, dalam hadits juga dijelaskan mengenai perdamaian. Seperti hadits di bawah ini;

حد ثنا محمد بن عبد الله حد ثنا عبد العزيز ابن عبد الله الأويسي
 وإسحاق بن محمد الفروي قال حدثنا محمد بن جعفر عن أبي
 حازم عن سهل بن سعد رضي الله عنه أن أهل قباء اقتتلوا حتى
 ثرا مواجا لحجارة، فأخبر رسول الله صل الله عليه وسلم بذلك،
 اذهبوا بنا نصلح بينهم. (رواه البخاري)

Telah menceritakan kepada Muhammad bin Abdullah menceritakan kepada kita Abdul Aziz bin Abdullah Al-Uwaisyuu dan Ishaq bin Muhammad Al-Farwiyyu mengatakan telah menceritakan kepada kita Muhammad bin Ja'far dari Abu Hazm dari Sahal bin Sa'ad Radhiyallahu anhu bahwa penduduk Quba' telah bertikai hingga saling lempar batu, lalu Rasulullah Shallallahu 'alaihi wasallam dikabarkan tentang peristiwa itu,

¹⁰ M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Misbah; Pesan, Kesan, dan Keserasian al-Qur'an*, (Jakarta: Lentera Hati, 2012), cetakan kelima, h. 521-522.

maka beliau bersabda: “*Mari kita pergi untuk mendamaikan mereka.*” (HR. Bukhari).¹¹

b. Dasar Hukum Mediasi dalam Peradilan Indonesia

Berikut adalah beberapa landasan yuridis upaya mendamaikan pada Peradilan yang mengharuskannya melaksanakan mediasi dalam setiap perkara perdata di Indonesia;

- 1) Berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 yang menyiratkan dalam filosofinya bahwa penyelesaian sengketa berdasarkan asas musyawarah dan mufakat.
- 2) HIR Pasal 30 dan Pasal 154 RBg.
- 3) Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) No 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

3. Prinsip - Prinsip Mediasi

Mediasi profesional ditandai dengan adanya prinsip tertentu yang menuntun proses mediasi berjalan sesuai yang diharapkan. Prinsip-prinsip mediasi itu membedakan antara modern yang terstruktur dengan mediasi tradisional yang hanya berdasarkan di masyarakat. Selain itu prinsip-prinsip mediasi bertindak sebagai rambu-rambu dan kode etik bagi mediator dalam menjalankan fungsinya.

Prinsip-prinsip mediasi tersebut secara umum telah disepakati oleh para ahli, meskipun untuk beberapa prinsip belum

¹¹ Abu Abdillah Muhammad bin Ismail Al-Bukhari, Kitab *Hadits Shahih Al-Bukhari*, Bandung: PT. Al-Ma'arif, 1991, h.112.

menjadi konsesus bersama.¹² Sementara itu, David Spenser dan Michael Brogan merujuk pada pandangan Ruth Carton tentang lima prinsip dasar mediasi.¹³ Lima prinsip tersebut dikenal dengan lima prinsip dasar filsafat mediasi. Kelima prinsip tersebut adalah prinsip kerahasiaan (*confidentiality*), prinsip sukarela (*volunteer*), prinsip pemberdayaan (*empowerment*), prinsip netralitas (*neutrality*) dan prinsip solusi yang unik (*a uniuqi solution*).

a. Prinsip Kerahasiaan (*Confidentiality*)

Prinsip Kerahasiaan yang dimaksud disini adalah bahwa segala sesuatu yang terjadi dalam pertemuan yang diselenggarakan oleh mediator dan pihak-pihak yang bersengketa tidak boleh disiarkan kepada publik atau pers oleh para pihak yang bersangkutan. Demikian juga mediator yang menjadi penengah harus bisa menjaga kerahasiaan dari isi mediasi tersebut, serta sebaiknya menghancurkan seluruh dokumen di akhir sesi mediasi yang dilakukan. Mediator juga tidak dapat dipanggil sebagai saksi di Pengadilan dalam kasus yang ia prakasai penyelesaiannya melalui mediasi.

¹² Fanani Ahwan, *Pengantar Mediasi, Prinsip, Metode, dan Teknik*, Semarang: Fakultas Tarbiyah IAIN Walisongo Semarang, 2012, h.29.

¹³ John Michael Hoynes, dkk, *Mediation: Positive Conflict Management*, Terjemahan. Sahrizal Abbas, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011, h.28-30.

b. Prinsip Sukarela (*Volunteer*)

Pinsip kedua ini menjelaskan bahwa masing-masing pihak yang bersengketa datang untuk melakukan mediasi atas keinginan dan kemauan mereka sendiri secara sukarela dan tidak tanpa adanya paksaan dan tekanan dari pihak manapun.

c. Prinsip Pemberdayaan (*Empowerment*)

Prinsip ini didasarkan pada asumsi bahwa orang yang ingin datang ke tempat mediasi sebenarnya memiliki kemampuan untuk menegosiasikan masalah mereka sendiri dan dapat mencapai kesepakatan yang mereka inginkan. Penyelesaian sengketa harus muncul dari pemberdayaan masing-masing pihak.

d. Prinsip Netralitas (*Neutrality*)

Maksud dari ini ialah peran mediator yang hanya memfasilitasi prosesnya saja dan isinya tetap menjadi milik kedua belah pihak yang bersengketa. Mediator hanya berwenang mengontrol proses berjalan atau tidaknya mediasi tersebut.

e. Prinsip Solusi yang Unik (*a uniuqi solution*)

Prinsip terakhir ini menjelaskan bahwa solusi yang dihasilkan dari proses mediasi tidak harus sesuai dengan standar legal, tetapi juga dapat dihasilkan dari proses kreatifitas. Oleh karena itu, hasil mediasi mungkin akan lebih banyak mengikuti keinginan kedua belah pihak, yang terkait erat dengan pemberdayaannya masing-masing.¹⁴

¹⁴ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, (Jakarta: Kencana Prenada Media group, 2009), h.30.

4. Prosedur Pelaksanaan Mediasi

Adapun prosedur mediasi menurut PERMA No. 1 Tahun 2016 adalah sebagai berikut :

a. Tahap Pra-Mediasi

Pasal 17 PERMA No. 1 Tahun 2016 menerangkan bahwa; “Pada hari sidang yang telah ditentukan dan dihadiri oleh para pihak, hakim pemeriksa perkara mewajibkan para pihak untuk menempuh mediasi.” Yang dimana harus disertai dengan itikad baik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1). Kemudian hakim wajib menunda proses siding perkara untuk memberi kesempatan para pihak menempuh proses mediasi. Disamping itu, hakim pemeriksa perkara wajib menjelaskan prosedur mediasi kepada kedua belah pihak.

Sementara itu dalam Pasal 19 ayat (1) dan ayat (2) dijelaskan bahwa kedua belah pihak berhak memilih seorang atau lebih mediator yang tercatat dalam daftar mediator yang ada di Pengadilan tersebut. Jika dalam proses mediasi terdapat lebih dari satu orang mediator, maka pembagian tugas mediator ditentukan dan disepakati oleh para mediator. Honorarium mediator (biaya jasa mediator) dijelaskan dalam Pasal 8 ayat (1) dan (2) yang menerangkan apabila para pihak menggunakan jasa mediator hakim dan pegawai Pengadilan tidak dikenakan biaya, tetapi apabila kedua belah pihak menggunakan jasa mediator non-hakim dan bukan pegawai Pengadilan maka biayanya ditanggung bersama atau berdasarkan kesepakatan para pihak tersebut.

Batas waktu pemilihan mediator diatur dalam Pasal 20 ayat (1) sampai dengan ayat (7), yang menerangkan bahwa setelah para pihak hadir pada sidang pertama, hakim pemeriksa perkara mewajibkan para pihak pada hari itu juga atau paling lama 2 (dua) hari berikutnya untuk berunding guna memilih mediator termasuk biaya yang mungkin timbul akibat pilihan penggunaan jasa mediator non-hakim dan bukan pegawai Pengadilan. Jika sampai dengan batas waktu yang ditentukan para pihak tidak dapat sepakat memilih mediator yang dikehendaki, para pihak wajib menyampaikan kegagalan mereka kepada ketua majelis hakim. Setelah menerima pemberitahuan kegagalan memilih mediator tersebut, ketua majelis hakim pemeriksa segera menunjuk mediator hakim atau pegawai Pengadilan yang telah bersertifikat untuk menjalankan fungsinya sebagai mediator.

Apabila para pihak telah memilih mediator, ketua hakim pemeriksa perkara menerbitkan penetapan yang memuat perintah untuk melakukan mediasi dan menunjuk mediator. Hakim pemeriksa perkara memberitahukan penetapan mediator melalui panitera pengganti. Hakim wajib menunda proses persidangan untuk memberikan kepada para pihak menempuh mediasi.¹⁵

b. Tahap Proses Mediasi

Pasal 24 ayat (1) sampai dengan ayat (4) menerangkan bahwa, dalam waktu paling lama 5 (lima) hari sejak penetapan mediasi, para pihak dapat menyerahkan resume perkara kepada

¹⁵ Pasal 20 Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, h.17.

pihak lain dan mediator. Proses mediasi berlangsung paling lama 30 (tiga puluh) hari dihitung sejak penetapan perintah melakukan mediasi dan atas dasar kesepakatan para pihak, jangka waktu mediasi dapat diperpanjang paling lama 30 (tiga puluh) hari dihitung sejak berakhirnya jangka waktu mediasi.

Kewajiban beritikad baik dalam menempuh mediasi diatur dalam Pasal 7 ayat (1) dan (2), para pihak atau kuasa hukumnya wajib menempuh mediasi dengan itikad baik. Salah satu pihak atau para pihak dan/atau kuasa hukumnya dapat dinyatakan tidak beritikad baik oleh mediator dalam hal yang bersangkutan;

- 1) Tidak hadir setelah dipanggil secara patut 2 (dua) kali berturut-turut dalam pertemuan mediasi tanpa alasan sah;
- 2) Menghadiri pertemuan mediasi pertama, tetapi tidak pernah hadir dalam pertemuan berikutnya meskipun telah dipanggil secara patut 2 (dua) kali berturut-turut tanpa alasan sah;
- 3) Ketidakhadiran berulang-ulang yang mengganggu jadwal pertemuan mediasi tanpa alasan sah;
- 4) Menghadiri pertemuan mediasi, tetapi tidak mengajukan dan/atau menanggapi resume perkara pihak lain;
- 5) Tidak menandatangani konsep kesepakatan perdamaian yang telah disepakati tanpa alasan sah.

Pasal 26 ayat (1) dan (2) atas persetujuan para pihak dan atau kuasa hukum, mediator dapat menghadirkan seseorang atau

lebih ahli, tokoh masyarakat, tokoh agama atau tokoh adat. Para pihak harus terlebih dahulu mencapai kesepakatan tentang kekuatan mengikat atau tidak mengikat dari penjelasan dan atau penilaian ahli dan atau tokoh masyarakat.¹⁶

c. Mediasi Mencapai Kesepakatan

Pasal 27 ayat (1) sampai dengan ayat (6) menjelaskan jika mediasi berhasil mencapai kesepakatan, para pihak dengan bantuan mediator wajib merumuskan kesepakatan secara tertulis dalam kesepakatan perdamaian yang ditandatangani oleh para pihak dan mediator. Dalam proses mediasi yang diwakili oleh kuasa hukum, penandatanganan kesepakatan perdamaian hanya dapat dilakukan apabila terdapat pernyataan para pihak secara tertulis yang memuat persetujuan atas kesepakatan yang dicapai. Kemudian para pihak melalui mediator dapat mengajukan kesepakatan perdamaian kepada hakim pemeriksa perkara agar dikuatkan dalam akta perdamaian.

Dalam Pasal 28 ayat (1) sampai (5) menerangkan bahwa, setelah menerima kesepakatan perdamaian, hakim pemeriksa segera mempelajari dan menelitinya dalam waktu 2 (dua) hari, jika akta perdamaian belum memenuhi ketentuan, hakim pemeriksa perkara wajib mengembalikan kesepakatan perdamaian kepada mediator dan para pihak disertai petunjuk tentang hal yang harus diperbaiki. Setelah mengadakan pertemuan dengan para pihak, mediator wajib mengajukan

¹⁶ Pasal 26 Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, h.20.

kembali kesepakatan perdamaian yang telah diperbaiki kepada hakim paling lama 7 (tujuh) hari, dan paling lama 3 (tiga) hari setelah menerima kesepakatan yang telah memenuhi ketentuan, hakim pemeriksa perkara menerbitkan penetapan hari sidang untuk membacakan akta perdamaian.

Dalam hal kesepakatan perdamaian sebagian diatur dalam Pasal 29 ayat (1) sampai (5) yang menerangkan bahwa dalam proses mediasi mencapai kesepakatan antara penggugat dan sebagian pihak tergugat, penggugat mengubah gugatan dengan tidak lagi mengajukan pihak tergugat yang tidak mencapai kesepakatan sebagai pihak lawan. Kesepakatan perdamaian sebagian antara pihak sebagaimana dimaksud, dibuat dan ditandatangani oleh penggugat dengan sebagian pihak tergugat yang mencapai kesepakatan dan mediator. Kesepakatan perdamaian sebagian dapat dikuatkan dengan akta perdamaian sepanjang tidak menyangkut aset, harta kekayaan dan/atau kepentingan pihak yang tidak mencapai kesepakatan.¹⁷

d. Mediasi Tidak Berhasil atau Tidak dapat Dilaksanakan

Apabila mediasi tidak berhasil atau tidak dapat dilaksanakan sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 32 ayat (1) sampai (3), mediator wajib menyatakan mediasi tidak berhasil mencapai kesepakatan dan memberitahukannya secara tertulis kepada hakim pemeriksa perkara dalam hal:

¹⁷ Pasal 29 Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, h. 22.

- 1) Para pihak tidak menghasilkan kesepakatan sampai batas waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari berikut perpanjangannya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 ayat (2) dan ayat (3); atau
- 2) Para pihak dinyatakan tidak beritikad baik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2) huruf d dan huruf e.

Mediator wajib menyatakan mediasi tidak dapat dilakukan dan memberitahukannya secara tertulis kepada hakim pemeriksa perkara dalam hal;

- 1) Melibatkan aset, harta kekayaan atau kepentingan yang nyata-nyata berkaitan dengan pihak lain.
- 2) Melibatkan wewenang kementerian/lembaga/instansi di tingkat pusat/daerah dan/atau Badan Usaha Milik Negara/Daerah yang tidak menjadi pihak berperkara, kecuali pihak berperkara yang terkait dengan pihak-pihak tersebut telah memperoleh persetujuan tertulis dari kementerian/lembaga/instansi dan/atau Badan Usaha Milik Negara/Daerah untuk mengambil keputusan dalam proses mediasi.
- 3) Para pihak dinyatakan tidak beritikad baik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2) huruf a, huruf b dan huruf c.

Dan setelah menerima pemberitahuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2), hakim pemeriksa perkara segera menerbitkan penetapan untuk melanjutkan pemeriksaan perkara sesuai dengan ketentuan hukum acara yang berlaku.¹⁸

5. Tujuan dan Manfaat Mediasi

Tujuan dilakukannya mediasi ialah menyelesaikan sengketa para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang *netral* dan *impartial*. Mediasi dapat mengantarkan para pihak pada perwujudan kesepakatan damai yang permanen dan lestari, mengingat penyelesaian sengketa melalui mediasi menepatkan kedua belah pihak yang posisinya sama tidak ada pihak yang dimenangkan atau pihak yang dikalahkan (*win-win solution*).

Dalam penyelesaian sengketa melalui jalur mediasi sangat dirasakan manfaatnya karena para pihak telah mencapai kesepakatan yang mengakhiri persengketaan secara adil dan menguntungkan. Bahkan dalam mediasi yang gagal pun dimana para pihak belum mencapai kesepakatan sebenarnya juga telah dirasakan manfaatnya. Kesiediaan para pihak untuk bertemu dalam suatu proses mediasi, paling tidak telah mampu mengklarifikasikan akar persengketaan dan perselisihan di antara para pihak. Tentunya hal ini menunjukkan adanya keinginan para pihak untuk menyelesaikan sengketa, namun para pihak belum menemukan formulasi tepat yang dapat disepakati oleh kedua belah pihak.

¹⁸ Pasal 32 Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, h.25.

Dalam penyelesaian sengketa memang sulit dilakukan, namun bukan berarti tidak mungkin diwujudkan. Dengan adanya mediasi dapat memberikan keuntungan, antara lain :

- a. Mediasi diharapkan dapat menyelesaikan sengketa secara cepat dan relatif murah dibandingkan dengan membawa perselisihan tersebut ke Pengadilan atau lembaga arbitrase.
- b. Mediasi akan memfokuskan perhatian para pihak pada kepentingan mereka secara nyata pada kebutuhan emosi atau psikologi mereka, sehingga mediasi bukan hanya tertuju pada hak-hak hukumnya.
- c. Mediasi memberikan kesempatan para pihak untuk berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan perselisihan mereka.
- d. Mediasi memberikan para pihak kemampuan untuk melakukan kontrol terhadap proses dan hasilnya.
- e. Mediasi dapat mengubah hasil, yang dalam litigasi dan arbitrase sulit diprediksi, dengan suatu kepastian melalui konsensus.
- f. Mediasi memberikan hasil yang tahan uji dan akan mampu menciptakan saling pengertian yang lebih baik di antara para pihak yang bersengketa karena mereka sendiri yang memutuskannya.
- g. Mediasi mampu menghilangkan konflik atau permusuhan yang hampir selalu mengiringi setiap

putusan yang bersifat memaksa yang dijatuhkan oleh hakim di Pengadilan atau arbitrase pada lembaga arbitrase.¹⁹

Dalam kaitannya dengan keuntungan mediasi, para pihak dapat mempertanyakan pada diri mereka masing-masing dari hasil yang dicapai melalui mediasi walaupun itu hasilnya mengecewakan atau lebih buruk dari apa yang diharapkan. Tetapi jika direnungkan lebih dalam, bahwa hasil kesepakatan yang diperoleh melalui jalur mediasi jauh lebih baik, bila dibandingkan dengan para pihak yang terus menerus bersengketa tanpa pernah selesai, meskipun kesepakatan tersebut tidak seluruhnya mengakomodasi keinginan para pihak yang bersengketa.

B. Teori Efektivitas Hukum

1. Pengertian Teori Efektivitas Hukum

Adanya Peraturan perundang-undangan, baik dari tingkatan hirarki yang paling rendah sampai pada tingkatan hirarki yang lebih tinggi bertujuan agar masyarakat maupun aparaturnya penegak hukum dapat melaksanakan secara komitmen dan konsisten tanpa membedakan kelas masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lain. Karena semua orang dipandang sama dihadapan hukum (*equality before the law*). Namun dalam realitanya, peraturan perundang-undangan yang tersebut sering kali dilanggar, sehingga aturan tersebut tidak berlaku efektif.

¹⁹ Wirhanuddin, *Mediasi Perspektif Hukum Islam*, (Semarang: Fatawa Publishing, 2014), h. 33-35.

Tidak efektifnya suatu undang-undang bisa disebabkan karena undang-undangnya kabur atau tidak jelas, aparaturnya yang tidak konsisten dan masyarakat dan atau masyarakatnya tidak mendukung pelaksanaan dari undang-undang tersebut. Teori yang mengkaji dan menganalisa tentang hal itu, ialah teori efektivitas hukum.²⁰

Istilah teori efektivitas hukum berasal dari terjemahan bahasa Inggris, yaitu “*effectiveness the legal of theory*,” dari bahasa Belanda disebut dengan “*effectiviteit van de juridische theorie*” dan bahasa Jermannya disebut “*wirksamkeit der rechtlichen theorie*.”

Ada tiga suku kata yang terkandung dalam teori efektivitas hukum, yaitu teori, efektivitas dan hukum. Di dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, ada dua istilah yang berkaitan dengan efektivitas, yaitu efektif dan keefektifan. Efektif artinya (1) ada efeknya (akibatnya, pengaruhnya, kesannya), (2) dapat membawa hasil, berhasil guna, (3) mulai berlaku (tentang undang-undang, peraturan). Sedangkan keefektifan (1) keadaan berpengaruh, hal berkesan, (2) keberhasilan (usaha, tindakan), dan (4) hal mulai berlakunya (undang-undang, peraturan).²¹

²⁰ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013), h. 301.

²¹ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1988, h. 219.

2. Teori Efektivitas Hukum Menurut Para Ahli

Teori efektivitas hukum banyak dikemukakan oleh para ahli, diantaranya Lawrence M. Friedman, Soerjono Soekanto dan Hans Kelsen.

Lawrence M Friedman²², paling tidak ada tiga unsur utama setiap sistem hukum, yaitu struktur hukum, substansi hukum dan budaya hukum. Untuk lebih jelasnya unsur tersebut akan dijelaskan sebagai berikut:

- a. Struktur Hukum (*Legal Struktur*), berkaitan dengan bentuk atau format yang mencakup unsur-unsur kelembagaan, penegakan, pelayanan, pengelolaan hukum padan umumnya, seperti badan pembentuk undang-undang, Peradilan, Kepolisian, Kejaksaan dan Administrasi Negara yang mengelola pembentukan atau pemberian pelayanan hukum dan sebagainya.
- b. Substansi Hukum (*Legal Substance*), mencakup berbagai aturan formal, aturan yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dan berbagai produk yang timbul akibat penerapan hukum.
- c. Budaya Hukum (*Legal Culture*), berkenaan dengan sikap-sikap dan nilai-nilai terhadap hukum, sikap tersebut berkaitan dengan sikap budaya pada umumnya, karenanya akan memberi pengaruh baik positif maupun negatif pada tingkah laku yang

²² Lawrence M. Friedman, *Law and Society*, Penterjemah: Wirhanuddin, Semarang: Fatawa Publishing, 2014, h.78.

berkaitan dengan hukum.²³ Budaya hukum seperti yang digambarkan oleh Friedman adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum, suasana pikiran dan kekuatan sosial atau masyarakat yang menentukan bagaimana hukum itu digunakan. Artinya, hukum tidak saja diatur secara eksplisit dalam buku tapi juga bagaimana konteks dan prakteknya. Setiap sistem masyarakat mempunyai strukturnya sendiri dan struktur ini bertahan karena perilaku sosial dan sikap sosial-adat, budaya, tradisi dan norma informal. Dalam masyarakat yang dinamis, sistem hukum akan berkembang sejalan dengan perkembangan masyarakat.²⁴

Soerjono Soekanto dengan dikutip Wirhanuddin mengemukakan ada 5 (lima) faktor yang sangat berpengaruh dalam penegakan hukum. Di antara kelimanya saling berkaitan erat satu dengan yang lainnya, karena merupakan esensi dari penegakan hukum dan merupakan tolak ukur dari efektivitas penegakan hukum. Faktor yang dimaksud diharapkan akan menjadi landasan untuk mengukur efektivitas penegakan hukum melalui peran dan pengaruh hakim dan mediator dalam melakukan mediasi (mendamaikan) kasus-kasus yang ada di Pengadilan. Kelima faktor tersebut adalah sebagai berikut :

²³ Salim HS, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013, h. 306.

²⁴ Hatta Ali, *Peradilan Sederhana, Cepat dan Biaya Ringan Menuju Keadilan Restoratif*, Bandung: ALUMNI, 2012, h. 99.

a. Faktor Hukum

Faktor hukum yang dimaksud di sini adalah peraturan perundang-undangan. Suatu peraturan perundang-undangan yang baik paling tidak yang dapat berlaku secara yuridis, sosiologis dan filosofis (unsur kepastian, kemanfaatan dan keadilan).

Suatu peraturan hukum dikatakan berlaku secara yuridis adalah peraturan hukum yang berlaku secara piramida. Hukum membentangkan proses yang bertahap dari norma yang paling tinggi, yang paling abstrak dan makin ke bawah semakin konkrit. Suatu peraturan hukum berlaku secara sosiologis bilamana peraturan hukum tersebut diakui oleh masyarakat, kepada siapa hukum tersebut ditujukan atau diperlakukan. Sedangkan suatu peraturan berlaku secara filosofis apabila peraturan hukum tersebut sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi. Apabila peraturan hukum tidak memiliki ketiga unsur keberlakuan itu, maka peraturan hukum tersebut bisa menjadi peraturan yang mati atau dirasakan sebagai peraturan yang tirani karena tidak berakar.

b. Faktor Penegakan Hukum

Faktor penegakan hukum disini maksudnya ialah pihak-pihak yang membentuk maupun yang menerapkan hukum. Penegakan hukum mencakup segala elemen yang secara langsung atau tidak langsung berkecimpung di bidang penegakan hukum adalah mereka yang memiliki peranan yang sangat menentukan keberhasilan usaha penegakan hukum dalam masyarakat, seperti polisi, jaksa, hakim, pengacara dan lain-lain.

c. Faktor Sarana atau Fasilitas yang Mendukung Penegakan Hukum

Sarana atau fasilitas sangat mendukung dalam penegakan hukum, tanpa adanya sarana atau fasilitas yang memadai, penegakan hukum tidak akan lancar, penegakan hukum tidak akan baik dalam menjalankan peranannya. Sarana atau fasilitas tersebut antara lain, tenaga yang berpendidikan profesional, organisasi yang baik, sarana yang memadai, keuangan yang mencukup dan lain sebagainya.

d. Faktor masyarakat

Yaitu lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan. Salah satu faktor yang mempengaruhi proses penegakan hukum adalah kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin memungkinkan penegakan hukum yang baik. Sebaliknya semakin rendah tingkat kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin sukar untuk melaksanakan atau menerapkan penegakan hukum tersebut.

e. Faktor Kebudayaan

Yaitu sebagai hasil karya, cipta dan rasa berdasarkan prakarsa di dalam pergaulan hidup.²⁵

Kelima faktor di atas harus diperhatikan dalam proses penegakan hukum, karena apabila hal itu kurang mendapat perhatian, maka penegakan hukum tidak akan tercapai.

Sedangkan dalam teori validitas dan efektivitas yang dikemukakan oleh Hans Kelsen agar hukum dapat menjadi valid, hukum tersebut haruslah diterima oleh masyarakat. Demikian pula sebaliknya bahwa, agar dapat diberlakukan terhadap masyarakat suatu kaidah hukum haruslah merupakan hukum valid dan legitimate. Namun demikian, suatu kaidah hukum yang

²⁵ Wirhanuddin, *Mediasi Perspektif Hukum Islam*, h.78-81.

valid belum tentu merupakan suatu kaidah yang efektif. Dalam hal ini, suatu validitas norma merupakan hal yang tergolong ke dalam yang seharusnya (*das Sollen*), sedangkan “efektivitas” suatu norma merupakan sesuatu dalam kenyataan (*das Sein*).

Hans Kelsen mempersyaratkan hubungan timbal balik antara unsur “validitas” dan “efektivitas” dalam suatu kaidah hukum. Menurutnya, sebelum berlaku secara efektif, suatu norma hukum harus terlebih dahulu valid, maka hakim misalnya tidak akan menerapkan hukum tersebut, sehingga kaidah hukum tersebut tidak pernah efektif berlaku. Tetapi sebaliknya adalah benar juga bahwa efektivitas merupakan syarat mutlak bagi sebuah kaidah hukum yang valid. Adapun agar suatu kaidah hukum dapat efektif, haruslah memenuhi dua syarat utama. Pertama, kaidah hukum tersebut harus dapat diterapkan. Kedua, kaidah hukum tersebut harus dapat diterima oleh masyarakat.²⁶

Jadi kesimpulan menurut Hans Kelsen ialah suatu aturan harus dalam keadaan valid terlebih dahulu baru diketahui apakah aturan tersebut dapat menjadi efektif. Jika setelah diterapkan ternyata peraturan yang sebenarnya sudah valid tersebut ternyata tidak dapat diterapkan atau tidak diterima oleh masyarakat secara meluas dan atau secara terus menerus, maka ketentuan tersebut menjadi hilang unsur validitasnya, sehingga berubah sifat dari aturan yang valid menjadi aturan yang tidak valid.

²⁶ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Terjemahan. Fuady Munir, Teori-teori Besar *Grand Theory* dalam Hukum, Jakarta: Kencana, 2013, h.116-117.