

BAB II

LANDASAN TEORI

A. Landasan Teori

1. Harta Bersama

a. Pengertian

Harta bersama atau gono gini dalam perkawinan merupakan harta yang diperoleh selama hubungan perkawinan berjalan. Seorang suami atau istri memiliki hak serta kewajiban yang sama terhadap harta tersebut. Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 pasal 35 tentang harta benda dalam perkawinan telah mengatur ketentuan tersebut dan menjelaskan mengenai harta bersama sebagai berikut:

- a) Harta benda diperoleh selama menjalani hubungan perkawinan yang kemudian menjadi harta bersama.
- b) Mengenai harta bawaan masing-masing pihak, mereka memiliki hak sepenuhnya untuk penguasaan harta bendanya tersebut.⁵

Setelah putusnya hubungan perkawinan, seorang istri memiliki hak yang sama dengan bekas suaminya terhadap seluruh hal yang berhubungan dengan harta mereka yang diperoleh saat menikah tanpa mengurangi hak anak. Hal tersebut sesuai dengan ketentuan tertulis dalam peraturan perundang-undangan. Harta yang diperoleh bersama selama masa perkawinan dikuasai bersama suami istri. Sesuai dengan istilahnya, yakni harta bersama, maka selama mereka dalam

⁵ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2006), hlm. 104

ikatan suami istri (perkawinan) harta tersebut tidak dapat dibagi. Harta tersebut mereka manfaatkan hasilnya dan dibagi apabila melakukan perceraian atau putusnya ikatan perkawinan baik cerai hidup ataupun cerai mati.

Mengenai jenis harta bersama, maka perlu dijelaskan secara detail jenis atau bagian harta mana yang dapat dikatakan harta bersama. Jika diperhatikan asal usul harta tersebut maka dapat diklasifikasikan dalam empat sumber yakni:

- a) Harta hibah dan harta waris yang diperoleh baik dari suami maupun istri
- b) Harta hasil usaha pribadi sebelum menikah
- c) Harta yang diperoleh pada saat hubungan perkawinan atau sebab perkawinan
- d) Harta yang diperoleh selama hubungan perkawinan selain dari pemberian atau hibah khusus untuk salah seorang dari suami istri dan selain dari harta waris (selain point a).⁶

Harta bawaan yang dimaksud adalah harta benda yang dimiliki oleh masing-masing pihak yang diperoleh atau dimiliki sebelum terjadinya ikatan perkawinan atau yang diperoleh sebagai warisan atau hadiah. Terkait jenis harta bawaan, Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 87 ayat (1) menjelaskan bahwa “harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan”. Harta bawaan bukan termasuk ke dalam klasifikasi harta bersama, mereka berhak

⁶ Damanhuri, *Segi-Segi Hukum Perjanjian Perkawinan Harta Bersama* (Bandung: Mandar Maju, 2007), hlm. 29

memanfaatkan harta bawaan tersebut dengan penuh dan dapat melakukan perbuatan hukum terhadapnya. Sebagai dasar hukum atas argumentasi tersebut, undang-undang perkawinan pasal 36 ayat (2) yang menjelaskan “bahwa mengenai harta bawaan masing-masing suami atau istri memiliki hak penuh untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya.”⁷

Nafkah yang diberikan suami kepada keluarganya merupakan sebab utama seorang suami layak dikatakan sebagai pemimpin bagi setiap hal urusan rumah tangga. Maka dari itu, apabila suami mampu memberikan nafkah kepada istrinya namun ia tetap tidak melakukannya maka ia telah melakukan perbuatan yang haram atau dilarang dalam islam.⁸ Sebaliknya, jika seluruh harta yang diperoleh istri maka harta tersebut menjadi miliknya sendiri. Suami tidak boleh berusaha mengambil dan menguasai secuil pun kecuali dengan kalimat kerelaan tanpa tekanan atau paksaan dari pihak apapun dan hal apapun. Istri yang memiliki harta lebih tidak menutup kewajiban seorang suami untuk tetap memberikan nafkah kepadanya. Seorang istri memiliki hak untuk menuntut suami melakukan cerai apabila seorang suami tidak memberikan nafkah kepadanya baik itu sebab fakir maupun bakhil.

Menurut Soebakti Pesponoto dalam bukunya yang berjudul asas-asas dan susunan hukum adat bahwa harta bersama adalah harta benda yang dimiliki oleh pasangan suami istri sebagai hubungan keluarga sebab adanya ikatan perkawinan dan hidup bersama. Sehingga mengenai kedudukan harta tersebut

⁷ M. Anshary MK, *Hukum Perkawinan di Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), hlm. 139.

⁸ Muhammad Ya'qub Thalib Ubaidi, *Nafkah Istri* (Jakarta: Darus Sunah Press, 2007), hlm. 38.

yang berasal dari dari hadiah atau warisan tersebut masing-masing tidak sama. Benda pusaka tetap menjadi hak milik suami atau istri yang menerimanya dari warisan atau hibah, meskipun mereka melakukan perceraian atau putus perkawinan. Apabila salah seorang pihak meninggal serta tidak memiliki keturunan maka harta tersebut kembali kepada keluarga dari suami atau istri yang meninggal. Jadi harta tersebut tidak diwariskan kepada keluarga dari suami atau istri yang masih hidup dengan tujuan supaya barang tersebut tidak berpindah atau hilang.

Kompilasi Hukum Islam (KHI) menjelaskan dalam Pasal 1 huruf f tentang adanya harta bersama (suami istri) bahwa harta kekayaan dalam perkawinan atau yang disebut dengan Syirkah adalah harta yang diperoleh baik dari diri sendiri maupun bersama-sama selama ikatan perkawinan berlangsung, selanjutnya harta itu disebut dengan harta Goni Gini, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun. Pasal 92 KHI menyebutkan bahwa suami atau istri jika tanpa persetujuan dari pihak lain tidak diperbolehkan menjual atau memindahkan harta Goni Gini. Bila perkawinan putus sebab perceraian, harta benda tersebut kemudian diatur sesuai hukumnya masing-masing. Sesuai dengan ketentuan Pasal 97 KHI disebutkan bahwa janda atau duda cerai masing-masing bentuk $\frac{1}{2}$ (seperdua) dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan dalam perjanjian perkawinan.

Berdasarkan ketentuan tersebut, bilamana terjadi perceraian ditengah perjalanan rumah tangga, maka secara hukum masing-masing dari mereka berhak memiliki $\frac{1}{2}$ (seperdua) dari harta Goni Gini (harta bersama) tersebut.

Namun bilamana terjadi perselisihan atau sengketa dalam harta tersebut, maka masing-masing dari mereka dapat merujuk pada Pasal 88 KHI yang menyebutkan bahwa penyelesaian sengketa itu diajukan kepada Pengadilan Agama. Konsep kepemilikan harta benda bersama merupakan produk hukum adat dan diderivikasikan dari premis folosofis, nilai-nilai lokal yang menetapkan keseimbangan antara hubungan suami istri dalam kehidupan rumah tangga. Terkait harta tersebut, maka kedua belah pihak memiliki hak yang sama dibawah hukum sebab mereka telah memelihara rumah tangga sejak pertama dilakukannya akad nikah dan dipandang sebagai tugas yang harus dipikul bersama secara seimbang oleh kedua belah pihak.

Nafkah yang merupakan salah satu bagian dari harta gono gini dan digunakan untuk kepentingan keluarga pada dasarnya tidak dapat digunakan di luar kebutuhan keluarga terkecuali mendapatkan hak dari pihak yang menghasilkan nafkah tersebut. Jika penggunaan harta gono gini tidak mendapatkan persetujuan dari salah satu pihak maka tindakan tersebut (memanfaatkan harta gono gini) melanggar hukum sebab merupakan tidak pidana yang dapat diadili secara hukum. Hal itu tercantum pada Pasal 92 KHI bahwa “suami atau istri tanpa persetujuan pihak lain tidak diperbolehkan menjual atau memindahkan harta bersama”. Suami atau istri juga dapat memanfaatkan harta bersama sebagai barang jaminan dengan syarat ia harus mendapatkan persetujuan dari salah satu pihak. Hal tersebut tecantum dalam Pasal 91 ayat 3 mengatur bahwa “harta bersama dapat digunakan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan dari pihak lainnya.”

Pasal 93 KHI mengatur ketentuan hukum harta bersama yang berhubungan dengan hutang. Dalam Pasal 93 Ayat 1 disebutkan bahwa “pertanggungjawaban terhadap hutang suami atau istri dibebankan kepada hartanya masing-masing”, dengan artian bahwa hutang yang secara dimiliki salah satu pihak menjadi beban tanggungjawab masing-masing. Dalam Ayat 2 juga disebutkan bahwa “pertanggungjawaban terhadap hutang yang dilakukan untuk kepentingan keluarga dibebankan kepada suami”. Dalam hal ini suami merupakan kepala rumah tangga yang wajib memberikan nafkah keapda istrinya. Jika harta gono gini tidak mencukupi untuk membayar hutang bersama, maka beban tersebut ditanggung oleh suami sebagai kepala keluarga.

b. Harta Bersama Menurut Hukum Islam

Paradigma hukum islam tentang harta bersama tidak dapat terlepas dari pembahasan tentang konsep *syirkah* dalam perkawinan. Beberapa ulama berpendapat bahwa harta bersama termasuk ke dalam konsep *syirkah*. Konsep tentang harta bersama tidak ditemukan dalam teks nash baik Al-Qur'an maupun Hadits, maka sesungguhnya kita dapat melakukan penarikan hukum (*istinbath*) dengan menggunakan *qiyas* (perbandingan). Jadi, kosep harta bersama tidak dapat dikatakan bahwa masalah tersebut tidak tercantum dalam Al-Qur'an sehingga juga tidak dapat dikatakan pula bahwa harta tersebut menjadi hukum yang mengada-ada.⁹

⁹ Happy Susanto, *Pembagian Harta Gon-Gini Setelah Terjadinya Perceraian* (Jakarta: Visimedia Pustaka, 2008), 59.

Yahya Harahap dalam bukunya yang dikutip oleh Abdul Manan mengatakan bahwa sudut pandang hukum islam terhadap harta bersama merupakan kajian yang masuk kedalam *rub'u mu'amalah*, akan tetapi secara khusus tidak dibahas terkait hal itu. Hal tersebut disebabkan karena pada umumnya pengarang kitab-kitab fiqh adalah ulama yang berasal dari Arab yang tidak mengenal adanya adat mengenai pencarian harta bersama suami istri. Namun para ulama membicarakan tentang kerjasama yang dalam bahasa arab dikenal dengan *syirkah*. Oleh sebab itu, problem pencarian harta bersama adalah termasuk ke dalam perkongsian atau kerjasama, maka untuk mengetahui *istinbath* hukumnya perlu dikaji lebih dalam tentang macam-macam kerjasama sebagaimana yang telah dikaji oleh para Ahli Fiqh dalam kitab mereka.

Sedangkan menurut Amir Syarifuddin mengatakan bahwa hukum islam mengatur tentang perjanjian dalam perkawinan yang wajib dilaksanakan pada saat akad nikah atau setelahnya dan harus dilakukan dengan akad khusus dalam bentuk *syirkah*. Bilamana kedua unsur tersebut tidak diterapkan, maka harta pribadi yang diperoleh sebelum adanya akad perkawinan tidak dapat dikategorikan dalam harta bersama dan hukumnya tetap menjadi harta masing-masing pribadi.¹⁰

Pada dasarnya, hukum islam tidak mengenal adanya pencampuran harta pribadi ke dalam harta bersama namun dianjurkan adanya saling memahami antara suami dan istri dalam pengelolaan harta pribadi tersebut sehingga terhindar dari adanya kerusakan hubungan perkawinan. Maka hukum

¹⁰ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2006), hlm. 176

islam membolehkan adanya perjanjian perkawinan sebelum dilaksanakannya perkawinan. Perjanjian atau ikatan tersebut dapat berupa penggabungan harta pribadi menjadi harta bersama atau dapat pula ditetapkan tidak adanya penggabungan harta milik pribadi menjadi harta bersama. Jika tersebut dibuat sebelum ikatakan hubungan perkawinan dilakukan maka perjanjian tersebut dikatakan sah dan harus dilaksanakan.¹¹

Hukum islam mengatur konsep terpisahnya harta antara yang dimiliki oleh suami dan harta yang dimiliki oleh istri sepanjang yang bersangkutan tidak melakukan perjanjian lain yang ditentukan dalam perjanjian perkawinan. Hukum islam juga memberikan kebolehan kepada mereka untuk melakukan perjanjian perkawinan sesuai dengan keinginan mereka dan perjanjian tersebut mengikat mereka secara hukum. Ketentuan harta bersama tersebut dalam hukum islam tetap berlaku hingga berakhirnya ikatan perkawinan baik sebab perceraian karena meninggal atau tidak.¹²

Gambaran harta bersama dalam ikatan perkawinan dapat ditentukan dari objek harta bersama itu sendiri. Memang benar baik Pasal 35 Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 maupun yurisprudensi hakim telah menentukan segala hal tentang harta yang diperoleh selama ikatan perkawinan dengan sendirinya menurut hukum menjadi harta milik bersama. Namun tentu hal tersebut bukan masalah yang sederhana untuk dilaksanakan dalam masalah yang kongkrit. Maka dari itu, diperlukan analisa yang mendalam dan

¹¹ Sayyid Sabiq, *Fiqh al-Sunnah* terj. Kamaluddin A. Marzuki jilid 13 (Bandung: Alma'arif, 1986), hlm. 194

¹² Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Setelah Terjadinya Perceraian*, hlm. 51

kemampuan mengkaji problematika tersebut untuk dapat diterapkan. Analisa mendalam dan kajian tersebut kemudian diuraikan melalui pendekatan yurisprudensi atau putusan pengadilan.

c. Dasar Hukum Harta Bersama dalam Kompilasi Hukum Islam

Pengaturan harta bersama diatur dalam KHI dalam Bab XIII pasal 85 sampai dengan pasal 97. Peraturan yang paling baru berkenaan harta bersama ada dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara singkat dapat diuraikan sebagai berikut :

Pasal 85 Kompilasi Hukum Islam (KHI)

*“Adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami atau istri”.*¹³

Pasal 86

1. *Pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta isteri karena perkawinan.*
2. *Harta isteri tetap menjadi hak isteri dan dikuasai penuh olehnya, demikian juga harta suami tetap menjadi hak suami dan dikuasai penuh olehnya.*

Pasal 87

1. *Harta bawaan dari masing-masing suami dan isteri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan.*
2. *Suami dan isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing berupa hibah, hadiah, sodaqah atau lainnya.*¹⁴

Pasal 88

¹³ Pasal 85 Kompilasi Hukum Islam

¹⁴ Pasal 87 Kompilasi Hukum Islam

“Apabila terjadi perselisihan antara suami istri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama”.

Pasal 89

“Suami bertanggung jawab menjaga harta bersama, harta isteri mupun hartanya sendiri”.

Pasal 90

“Istri turut bertanggung jawab menjaga harta bersama maupun harta suami yang ada padanya”.

Pengaturan kekayaan harta bersama diatur dalam Pasal 91 KHI :

1. *Harta bersama sebagaimana tersebut dalam pasal 85 di atas dapat berupa benda berwujud atau tidak berwujud;*
2. *Harta bersama yang berwujud dapat meliputi benda tidak bergerak, benda bergerak dan surat- surat berharga;*
3. *Harta bersama yang tidak berwujud dapat berupa hak maupun kewajiban;*
4. *Harta bersama dapat dijadikan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak lainnya.*

Pasal 92 KHI mengatur menganai persetujuan penggunaan harta bersama :

“suami atau istri tanpa persetujuan pihak lain tidak diperbolehkan menjual atau memindah- mindahkan harta bersama.”

Penggunaan harta bersama, lebih lanjut diatur dalam Pasal 93, 94, 95, 96, dan 97 KHI.

Pasal 93 KHI

1. *Pertanggung jawaban terhadap utang suami atau istri dibebankan pada hartanya masing-masing.*
2. *Pertanggung jawaban terhadap utang yang dilakukan untuk kepentingan keluarga, dibebankan kepada harta bersama.*
3. *Bila harta bersama tidak mencukupi, dibebankan kepada harta suami.*

4. *Bila harta suami tidak ada atau tidak mencukupi dibebankan kepada harta istri.*

Pasal 94 KHI

1. *Harta bersama dari perkawinan seorang suami yang mempunyai istri lebih dari seorang, masing-masing terpisah dan berdiri sendiri.*
2. *Pemilikan harta bersama dari perkawinan seorang suami yang mempunyai istri lebih dari seorang sebagaimana tersebut pada ayat (1), dihitung pada saat berlangsungnya akad perkawinan yang kedua, ketiga, atau yang keempat.*

Pasal 95 KHI

1. *Dengan tidak mengurangi ketentuan Pasal 24 ayat (2) huruf c Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 dan Pasal 136 ayat (2), suami atau istri dapat meminta Pengadilan Agama untuk meletakkan sita atau jaminan atas harta bersama tanpa adanya permohonan gugatan cerai, apabila salah satu melakukan perbuatan yang merugikan dan membahayakan harta bersama seperti judi, mabuk, boros, dan sebagainnya.*
2. *Selama masa sita dapat dilakukan penjualan atas harta bersama untuk kepentingan keluarga dan izin Pengadilan Agama.*

Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam

1. *Apabila terjadi cerai mati, maka separoh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama.*
2. *Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau isteri yang isteri atau suaminya hilang harus ditangguhkan sampai adanya kepastian matinya yang hakiki atau matinya secara hukum ata dasar putusan Pengadilan Agama.*

Pasal 97

“Janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”.

2. Mediasi

a. Pengertian Mediasi

Mediasi berasal dari istilah “*mediation*” yang pada gilirannya berasal dari kata latin “*mediare*” yang berarti “berada di tengah” atau “*medius*” yang berarti “tengah” maka dapat didefinisikan secara bebas sebagai “setiap tindakan yang diambil oleh seseorang atau suatu institusi untuk dengan prakarsanya mencoba menyelesaikan suatu silang selisih dengan cara bertindak menengahi dua (atau lebih) pihak yang tengah bersengketa. Kata *mediation* ini dapat juga diartikan pihak ketiga yang ikut campur perkara cendrung mencari penyelesaiannya.¹⁵

Mediasi merupakan tata cara berdasarkan “itikad baik” dimana para pihak yang bersengketa menyampaikan saran-saran melalui jalur yang bagaimana sengketa akan diselesaikan oleh mediator, karena mereka sendiri tidak mampu melakukannya. Melalui kebebasan ini dimungkinkan kepada mediator memberikan penyelesaian yang inovatif melalui suatu bentuk penyelesaian yang tidak dapat dilakukan oleh pengadilan, akan tetapi para pihak yang bersengketa memperoleh manfaat yang saling menguntungkan.¹⁶

Dalam *collins english dictionary and the saurus* disebutkan bahwa mediasi adalah kegiatan menjembatani antara dua pihak yang bersengketa guna menghasilkan kesepakatan (*agreement*). Kegiatan ini dilakukan oleh mediator

¹⁵ Riska Fitriani, Alternatif Penyelesaian Sengketa Melalui Mediasi dalam Masyarakat Adat Melayu Riau, Riau Law Journal Vol. 1 No.2, November 2017, hlm. 231

¹⁶ Mardalena Hanifah, Mediasi sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdata di Pengadilan, Jurnal Hukum Acara Perdata, Vol 2, No.1.2016,hlm. 3

sebagai pihak yang ikut membantu mencari berbagai alternatif penyelesaian sengketa. Posisi mediator dalam hal ini adalah mendorong para pihak untuk mencapai kesepakatan-kesepakatan yang dapat mengakhiri perselisihan dan persengketaan. Mediator tidak berhak memaksa para pihak yang bersengketa untuk menerima tawaran penyelesaian sengketa darinya. Para pihaklah yang menentukan kesepakatan-kesepakatan apa yang mereka inginkan. Mediator hanya membantu mencari alternatif dan mendorong mereka secara bersama-sama ikut menyelesaikan sengketa.¹⁷

Alternative Dispute Resolution (ADR) adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yaitu penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli. Menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, *Alternative Dispute Resolution* adalah suatu pranata penyelesaian sengketa di luar pengadilan berdasarkan kesepakatan para pihak dengan mengesampingkan penyelesaian sengketa secara litigasi di pengadilan.¹⁸

Para ahli dalam resolusi konflik memberikan beberapa definisi mengenai mediasi sesuai dengan sudut pandangnya masing-masing. Laurence Bolle menyatakan:

“mediation is a decision making process in which the parties areassisted by a mediator; the mediator attempt to improve theprocess of decision making and to assist the parties the reach anoutcome to which of them can assent.”

¹⁷ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, Kencana, Depok 2017, cetakan ke-3, hlm. 2

¹⁸ Mia Hadiati, Mariske Myke Tampi, Efektivitas Mediasi dalam Penyelesaian Sengketa Konsumen oleh Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) di D.K.I Jakarta. Jurnal Hukum Prioris. Vol 6.No.1.2017.hlm.65-66.

Sedangkan J. Folberg dan A. Taylor memakai mediasi dengan

“... the process by which the participants, together with the assistance of a neutral persons, systematically isolate dispute in order to develop options, consider alternative, and reach consensual settlement that will accommodate their needs.”

Pengertian mediasi yang diberikan oleh kedua ahli diatas lebih menggambarkan esensi kegiatan mediasi dan peran mediator sebagai pihak ketiga. Bolle menekankan bahwa mediasi adalah proses pengambilan keputusan yang dilakukan para pihak dengan dibantu oleh pihak ketiga yang bertugas sebagai mediator. Pernyataanya sebagai ahli menunjukkan bahwa kewenangan pengambilan keputusan sepenuhnya berada ditangan para pihak, dan mediator hanyalah membantu para pihak didalam proses pengambilan keputusan. Sementara itu J. Folberg dan A. Taylor lebih menekankan pada konsep mediasi pada upaya yang dilakukan mediator dalam menjalankan kegiatan mediasi. Kedua ahli ini menyatakan bahwa penyelesaian sengketa melalui jalur mediasi dilakukan secara bersamaan oleh pihak yang bersengketa dimana hal tersebut dibantu oleh pihak yang netral.

Dalam mediasi, penyelesaian perselisihan atau sengketa lebih banyak muncul dari keinginan dan inisiatif para pihak, sehingga mediator berperan membantu mereka mencapai kesepakatan-kesepakatan. Dalam membantu pihak yang bersengketa, mediator bersifat imparisial atau tidak memihak kedudukan mediator seperti ini amat penting, karena akan menumbuhkan kepercayaan yang memudahkan mediator melakukan kegiatan mediasi.

Kedudukan mediator yang tidak netral, tidak hanya menyulitkan kegiatan mediasi tetapi dapat membawa kegagalan tersebut.

Sebagaimana sesuai amanat PERMA Nomor 1 Tahun 2016, pada hari sidang pertama majelis hakim mempersilahkan para pihak untuk melakukan mediasi. Para pihak dipersilahkan memilih mediator dari luar pengadilan maupun dari dalam pengadilan. Batas waktu pelaksanaan mediasi selama 30 (tiga puluh) hari kerja ditambah 30 (tiga puluh) hari atas kesepakatan para pihak. Apabila mediasi mengalami kegagalan, maka dibuatkan berita acara, selanjutnya perkara dikembalikan kepada majelis hakim.

Pada proses mediasi meliputi langkah-langkah berikut, pertama, para pihak menyerahkan resume perkara atau satu sama lainnya kepada mediator. Anjuran ini sesuai dengan ketentuan rumusan Pasal 24 ayat (1), yang berbunyi : Para Pihak dapat menyerahkan Resume Perkara kepada pihak lain dan Mediator. Tujuan penyiapan penyerahan resume adalah untuk mempermudah dan membantu para pihak, mediator dalam memahami posisi dan kepentingan para pihak, serta pokok masalah sengketa. Kedua, ayat (2), proses mediasi berlangsung paling lama dalam waktu 30 (tiga puluh) hari kerja sejak mediator dipilih atau ditunjuk atas dasar kesepakatan para pihak dapat diperpanjang paling lama 30 (tiga puluh) hari kerja sejak berakhirnya waktu tiga puluh hari. Kemudian tugas-tugas mediator, yaitu :

1. Mempersiapkan jadwal pertemuan mediasi kepada para pihak;
2. Mendorong para pihak untuk secara langsung berperan dalam proses mediasi;

3. Mendorong para pihak untuk berperan serta dalam proses mediasi;
4. Melakukan kaukus bilamana perlu;
5. Mendorong para pihak untuk menelusuri dan menggali mereka; dan
6. Mencari berbagai pilihan atau opsi-opsi penyelesaian yang terbaik bagi para pihak.

Dalam mediasi, para pihak diberi kesempatan untuk aktif dan mengekspresikan emosiemosi mereka dalam proses pembuatan keputusan dengan berusaha mencari identitas dari kepentingan fundamental mereka, untuk kemudian mencapai keputusan. Kesepakatan yang dapat diterima oleh kedua bela pihak yang merupakan keputusan akhir adalah tujuan utama dilakukannya proses mediasi. Mediasi memiliki beberapa karakteristik utama, yaitu:

1. Adanya kesepakatan para pihak untuk melibatkan pihak ketiga yang netral.
2. Mediator berperan sebagai penengah yang memfasilitasi keinginan para pihak untuk berdamai.
3. Mediator secara bersama menentukan sendiri keputusan yang akan disepakati.
4. Mediator dapat mengusulkan tawaran- tawaran penyelesaian sengketa kepada para pihak tanpa ada kewenangan memaksa dan memutuskan.
5. Mediator membantu pelaksanaan isi kesepakatan yang dicapai dalam mediasi.

Dalam konteks tindak lanjut upaya perdamaian yang berhasil diwujudkan, para pihak dengan bantuan mediator wajib merumuskan secara tertulis kesepakatan yang dicapai dan ditandatangani oleh para pihak dan mediator. Dokumen kesepakatan damai akan dibawa kehadapan Hakim Pemeriksa Perkara untuk dapat dikukuhkan menjadi akta perdamaian.

Hakim memiliki kekuasaan untuk memberikan keputusan terhadap akta perdamaian yang dibuat oleh para pihak dihadapan mediator ketika kesepakatan itu dibentuk. Akta perdamaian dibuat ketika mediasi telah mencapai kesepakatan antara dua belah pihak dan akta perdamaian juga dituangkan ke dalam sebuah tulisan yang diputus oleh hakim.

Akta perdamaian yang dituangkan secara tertulis merupakan sebuah kepastian hukum bagi kedua belah pihak yang bersengketa, karena akta perdamaian (*acte van vergerlijk*), yang diajukan kepada hakim untuk diputus menjadi putusan perdamaian, maka dalam diktum putusan hakim tersebut memuat bahwa kedua belah pihak dihukum untuk mentaati dan melaksanakan isi akta perdamaian tersebut. Mengenai hal ini lebih lanjut ditegaskan dalam Pasal 130 ayat (2) HIR.

Bentuk perdamaian tersebut harus tertulis. Persetujuan perdamaian itu sah apabila dibuat secara tertulis, syarat ini bersifat *imperative* (memaksa), jadi tidak ada persetujuan perdamaian apabila dilaksanakan dengan cara lisan dihadapan pejabat yang berwenang. Jadi, akta perdamaian harus dibuat

secara tertulis sesuai dengan format yang telah ditetapkan oleh ketentuan yang berlaku.¹⁹

b. Jenis-Jenis Mediasi

Mediasi merupakan suatu proses damai dimana para pihak yang bersengketa menyerahkan penyelesaiannya kepada seorang mediator untuk mencapai hasil akhir yang adil, tanpa membuang biaya yang terlalu besar akan tetapi tetap efektif dan diterima sepenuhnya oleh kedua belah pihak yang bersengketa secara sukarela. Mediasi dapat dibagi menjadi dua kategori, yakni:²⁰

1) Mediasi Secara Hukum

Mediasi secara hukum adalah merupakan bagian dari litigasi, hakim meminta para pihak untuk mengusahakan penyelesaian sengketa mereka dengan cara menggunakan proses mediasi sebelum proses mediasi dilanjutkan. Mediasi Hukum ini sejak tahun 2002 sudah mulai diterapkan di pengadilan-pengadilan negeri di Indonesia, dengan diterbitkannya Surat Edaran Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama menerapkan Lembaga damai. Tujuannya adalah untuk mencapai pembatasan kasasi secara substantif, Surat Edaran tersebut mengatur antara lain:

¹⁹ Maisa, “Penyelesaian Pembagian Harta Bersama Melalui Mediasi Di Pengadilan Negeri Kelas IA Palu”, Journal of Philosopy, Vol.1 No.2 Desember 2020, hlm. 264

²⁰ Asmawati, Mediasi Salah Satu Cara dalam Penyelesaian Sengketa Pertanahan. Jurnal Ilmu Hukum, Maret 2014. hlm, 58.

- a) Mengharuskan semua hakim yang menyidangkan perkara agar sungguh-sungguh mengusahakan perdamaian dengan menerapkan ketentuan pasal 130 HIR/154 RBg, tidak hanya sekedar formalitas saja menganjurkan perdamaian sebagaimana yang telah biasa dilakukan selama ini.
- b) Hakim yang ditunjuk dapat bertindak sebagai fasilitator/mediator untuk membantu para pihak yang berpekerja untuk mencapai perdamaian.
- c) Hakim yang ditunjuk sebagai fasilitator/mediator oleh para pihak tidak dapat menjadi hakim majelis dalam perkara yang bersangkutan, untuk menjaga objektifitas.
- d) Jangka waktu untuk mendamaikan para pihak adalah 3 bulan dan dapat diperpanjang, apabila ada alasan untuk itu dengan persetujuan ketua pengadilan negeri.
- e) Apabila tercapai perdamaian, akan dituangkan dalam persetujuan tertulis dan ditandatangan oleh para pihak.

Tanggal 11 September 2003, Ketua Mahkamah Agung mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung RI (PERMA) No.02 tahun 2003, tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Dengan keluarnya PERMA ini mencabut Surat Edaran Mahkamah Agung No.1 tahun 2002 tentang pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama menerapkan Lembaga damai, karena dipandang belum lengkap. Pertimbangan ditetapkannya PERMA ini adalah:

- a) Pengintegrasian mediasi ke dalam proses beracara dipengadilan dapat menjadi salah satu instrument efektif mengatasi kemungkinan penumpukan perkara di pengadilan.
- b) Proses mediasi lebih cepat, lebih murah dan dapat memberikan akses kepada para pihak yang bersengketa untuk memperoleh keadilan mendapatkan penyelesaian sengketa yang dihadapinya dengan memuaskan.
- c) Pelembagaan proses mediasi kedalam sistem peradilan dapat memperkuat dan meaksimalkan fungsi lembaga peradilan dalam penyelesaian sengketa.

PERMA No.02 Tahun 2003 di revisi dengan keluarnya PERMA No.01 Tahun 2008, dalam Perma ini diatur secara tegas yang menjadi objek (jenis perkara yang boleh di mediasi) yaitu semua sengketa perdata yang diajukan ke pengadilan Tingkat Pertama, kecuali:

- a) Perkara yang diselesaikan melalui Pengadilan Niaga.
 - b) Perkara yang diselesaikan melalui Pengadilan Hubungan Industrial.
 - c) Keberatan atas Putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK)
 - d) Keberatan atas putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)
- 2) Mediasi Pribadi

Penyelesaian sengketa melalui mediasi pribadi, diatur oleh para pihak itu sendiri dibantu oleh mediator terkait atau mengikuti pendapat /pandangan para ahli yang teknik dan caranya sangat bervariasi, tetapi tujuannya sama,

yaitu membantu para pihak dalam rangka menegosiasikan persengketaan yang dihadapi dalam rangka mencapai kesepakatan bersama secara damai dan saling menguntungkan. Langkah-langkah penyelesaian sengketa melalui mediasi adalah:

- a) Para Pihak setuju untuk melakukan mediasi, karena mediasi sifatnya adalah sukarela.
- b) Seleksi terhadap mediator, yang dilakukan oleh para pihak yang bersengketa.
- c) Pertemuan mediator dengan para pihak yang bersengketa, pertemuan dilakukan oleh mediator secara terpisah antara pihak yang satu dengan yang lainnya.
- d) Fase-fase mediasi yang dilakukan sebagai berikut:
 1. Melakukan identifikasi dan penjelasan terhadap persoalan dan permasalahan.
 2. Mengadakan ringkasan terhadap permasalahan dan membuat agenda untuk didiskusikan.
 3. Mendiskusikan setiap permasalahan satu demi satu.
 4. Kesiapan memecahkan masalah.
 5. Kerjasama memecahkan masalah
 6. Membuat suatu persetujuan tertulis.

Proses mediasi diluar pengadilan tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, pengaturannya hanya terbatas pada penggunaan mediasi, tetapi tidak tentang proses penyelenggaraan mediasi.oleh sebab itu

proses mediasi didasarkan atas pengalaman praktisi mediasi dan penelitian para ahli. Ketiadaan pengaturan proses mediasi dalam undang-undang merupakan kekuatan sekaligus kelemahan proses mediasi. Ketiadaan pengaturan tahapan mediasi dipandang sebagai kekuatan mediasi adalah karena keadaan itu menyediakan keleluasaan bagi para pihak maupun mediator.

Untuk menyelenggarakan proses mediasi menurut kebutuhan para pihak sesuai dengan jenis permasalahan kasusnya. Disebut sebagai kelemahan karena ketiadaan pengaturan memperlihatkan ketiadaan pembakuan dan kepastian. Proses mediasi pada asasnya tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, maka proses mediasi cenderung bersifat universal dan tidak bersifat legalistik. Oleh karena itu pengetahuan tentang proses dan teknik mediasi dapat diperoleh melalui karya-karya tulis para praktisi mediasi, khususnya parapraktisi mediasi di Negara-negara yang berbahasa Inggris terutama Amerika Serikat dan Australia.

c. Tujuan dan Manfaat Mediasi

1) Tujuan Mediasi

Tujuan dilakukannya mediasi adalah suatu penyelesaian sengketa antara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan imparisial. Tujuan dari mediasi ini juga untuk mendapatkan *win-win solution* dimana mediasi dapat mengantarkan para pihak yang bersengketa pada perwujudan kesepakatan damai yang permanen dan lestari, karena dalam mediasi ini memposisikan para pihak yang

bersengketa pada posisi yang sama, tidak ada pihak yang dikalahkan maupun pihak yang akan dimenangkan.

2) Manfaat Mediasi

Penyelesaian sengketa yang dilakukan secara mediasi ini memiliki banyak manfaat bagi para pihak yang menjalaninya, karena para pihak sudah mencapai kesepakatan yang mengakhiri persengketaan secara adil dan saling menguntungkan. Bahkan didalam mediasi yang gagal saja, para pihak sudah mendapatkan manfaatnya. Dimana para pihak yang bersengketa bersedia untuk bertemu dalam suatu proses mediasi, setidaknya mampu memberi klarifikasi akar dari persengketaan tersebut. Sehingga mempersempit perselisihan yang ada diantara mereka. Hal ini menunjukkan bahwa adanya keinginan dari para pihak untuk menyelesaikan persengketaan yang ada, hanya saja mereka belum menemukan sesuatu yang tepat yang dapat disepakati oleh kedua belah pihak yang sedang bersengketa.

d. Prinsip-Prinsip Mediasi

Dalam berbagai literature ditemukan beberapa prinsip mediasi. Prinsip dasar (*basic principles*) adalah landasan filosofis inimerupakan kerangka kerja yang harus diketahui oleh mediator, sehingga pada saat menjalankan mediasi tidak menyimpang dari arah filosofi yang melatarbelakangi lahirnya institusi mediasi. David Spencer dan Michael Brogan merujuk pada pandangan Ruth Carlton tentang lima prinsip dasar mediasi. Lima prinsip dasar ini

dikenal dengan lima dasar filsafat mediasi. Kelima Prinsip tersebut adalah sebagai berikut:

1) Prinsip Kerahasiaan (*confidentiality*)

Kerahasiaan yang dimaksud adalah bahwa segala hal yang terjadi pada pertemuan yang diselenggarakan oleh mediator dan para pihak yang bersengketa tidak boleh disebarluaskan kepada publik atau bahkan pers oleh masing-masing pihak terkait. Begitu juga dengan mediator harus menjaga semua kerahasiaan tersebut, sehingga lebih baik menghancurkan seluruh dokumen diakhir sesi yang ia lakukan. Sehingga para pihak yang bersengketa dapat mengungkapkan pendapat atau klarifikasinya secara terang-terangan atau disebut terbuka.

2) Prinsip Sukarela (*volunteer*)

Pada prinsip ini masing-masing pihak datang ke mediasi atas kemauan sendiri dan tanpa paksaan dan tekanan dari pihak lain atau pihak luar. Prinsip ini dibangun atas dasar bahwa orang akan mampu bekerjasama untuk menemukan jalan keluar dari persengketaan yang ada, bila para pihak datang atas pilihan orang itu sendiri.

3) Prinsip Pemberdayaan (*empowerment*)

Prinsip ini didasarkan pada asumsi bahwa seseorang yang mau hadir pada saat mediasi sebenarnya memiliki kemampuan untuk menegosiasi masalah mereka sendiri dan dapat mencapai kesepakatan yang diinginkan. Sehingga penyelesaian tersebut harus datang dari para

pihak yang bersengketa agar memungkinkan para pihak menerima solusinya.

4) Prinsip Netralitas (*neutrality*)

Di dalam mediasi, peran seorang mediator hanya memfasilitasi prosesnya saja, dan isinya tetap menjadi milik para pihak yang bersengketa. Bahwa mediator hanya memiliki kewenangan mengontrol apakah prosesnya berjalan atau tidak. Mediator juga tidak berhak berlaku layaknya hakim yaitu memutuskan benar atau salahnya salah satu pihak atau bahkan mendukung pendapat dari salah satu pihak yang bersengketa atau memaksakan pendapat dan penyelesaiannya kepada kedua belah pihak yang bersengketa.

5) Prinsip Solusi yang Unik (*a unique solution*)

Bahwasanya solusi yang dihasilkan dari proses mediasi tersebut tidaklah harus sesuai dengan standar legal, tetapi dapat dihasilkan dari proses kreativitas. Oleh karena itu, hasil mediasi mungkin akan lebih banyak mengikuti keinginan kedua belah pihak, yang terkait erat dengan konsep pemberdayaan masing-masing pihak.

e. Proses Mediasi dan Berakhirnya Mediasi

1) Proses Mediasi

Dalam hal ini ada proses mediasi yang ditempuh oleh mediator dan juga para pihak dalam menyelesaikan persengketaan yang ada, dibagi dalam tiga tahap, yaitu sebagai berikut:

a) Tahap Mediasi

Tahap ini adalah tahap awal dimana mediator menyusun sejumlah langkah dan juga persiapan sebelum mediasi akan benar-benar dimulai. Tahap pramediasi ini merupakan tahap paling penting karena pada tahap inilah menentukan berjalan atau tidaknya mediasi selanjutnya. Pada tahap ini mediator beberapa langkah lain, yaitu: membangun kepercayaan diri, menghubungi para pihak, menggali dan memberikan informasi awal mediasi, fokus pada masa depan, mengkoordinir pihak yang bersengketa, mewaspadai perbedaan budaya, menentukan siapa saja yang hadir, menentukan tujuan diadakannya pertemuan, kesepakatan waktu dan tempat, dan menciptakan rasa aman bagi kedua belah pihak untuk bertemu dan membicarakan perselisihan yang ada diantara mereka.

b) Tahap Pelaksanaan Mediasi

Tahap pelaksanaan mediasi ini adalah tahap dimana pihak-pihak yang bersengketa sudah saling berhadapan, dan siap memulai proses mediasi dalam proses ini juga ada beberapa langkah, diantaranya adalah sebagai berikut: sambutan pendahuluan oleh mediator, presentasi dan juga pemaparan kisah oleh para pihak, mengurutkan dan mencari titik terang permasalahan para pihak, berdiskusi dan

negosiasi masalah yang disepakati, menciptakan pilihan-pilihan, menemukan titik kesepakatan dan merumuskan keputusan, mencatat dan membacakan kembali keputusan, dan menutup mediasi.

c) Tahap Akhir dan Implementasi Hasil Mediasi

Pada tahap ini dimana para pihak hanyalah menjalankan hasil-hasil yang sudah disepakati, dimana hal tersebut sudah tertuang dalam satu perjanjian tertulis. Para pihak yang bersengketa menjalankan hasil kesepakatan berdasarkan komitmen yang telah ditunjukkan oleh para pihak selama dalam proses mediasi.

2) Berakhirnya Mediasi

Berakhirnya mediasi akan membawa konsekuensi bagi para pihak sebagai berikut:

- a) Masing-masing para pihak mempunyai kebebasan setiap saat untuk menarik diri dari proses mediasi. Penarikan diri tersebut tidak menghilangkan beberapa konsekuensi yang timbul, misalnya keharusan untuk mengeluarkan biaya atau segala hal yang telah disetujui, selama berjalannya diskusi-diskusi didalam mediasi.
- b) Jika mediasi berjalan dengan sukses, para pihak akan menandatangani suatu dokumen yang menguraikan beberapa persyaratan penyelesaian sengketa. Kesepakatan penyelesaian tidak tertulis (*oral statement*) sangat tidak disarankan, karena hal itu akan menimbulkan perselisihan baru. Dalam praktek kadang-kadang sering ditemukan para pihak menolak untuk mengikatkan diri dalam suatu perjanjian tertulis,

setelah mereka merasa puas dan berhasil membangun kembali hubungan baik atau mencapai kesepahaman yang memuaskan atas masalah-masalah yang mereka persengketakan.

- c) Kadang-kadang jika mediasi tidak berhasil pada tahap pertama, para pihak mungkin setuju untuk menunda mediasi sementara waktu. Selanjutnya, jika mereka ingin meneruskan atau mengaktifkan kembali mediasi, hal tersebut akan memberikan kesempatan terjadinya diskusi-diskusi baru, yang sebaiknya dilakukan pada titik mana pembicaraan sebelumnya ditunda.

Apabila sengketa para pihak tetap tidak berhasil maka parapihak secara otomatis memegang semua hak mereka sebagaimana pada saat para pihak tersebut masuk kedalam proses mediasi. Dalam hal ini hak-hak para pihak sama sekali tidak berkurang atau bisa dikatakan bahwa hak-hak para pihak sama sekali tidak berpengaruh sedikit pun selama proses mediasi tersebut berjalan. Demikian pula halnya diskusi yang dilakukan selama proses mediasi berlangsung tetap bersifat rahasia.

f. Kelemahan dan Kekuatan Mediasi

1) Kelemahan Mediasi

Mediasi di sisi lain sebagai salah satu cara penyelesaian sengketa juga memiliki beberapa kelemahan yang perlu disadari oleh peminat mediasi atau praktisi mediasi. Adapun kelemahan mediasi yang dimaksud adalah sebagai berikut:

- a) bahwa mediasi hanya dapat diselenggarakan secara efektif jika para pihak memiliki kemauan atau keinginan untuk menyelesaikan sengketa secara konsensus. Jika hanya salah satu pihak saja memiliki keinginan menmpuh mediasi, sedangkan pihak lawannya tidak memiliki keinginan yang sama, maka mediasi tidak akan pernah terjadi dan jika punterlaksana tidak berjalan efektif. Keadaan ini terutama jika penggunaan mediasi bersifat sukarela.
- b) pihak yang tidak beritikad baik dapat memanfaatkan proses mediasi sebagai taktik untuk mengulur-ngulur waktu penyelesaian sengketa, misalnya dengan tidak mematuhi jadwalsesi-sesi mediasi atau berunding sekedar untuk memperoleh informasi tentang kelemahan lawan. Ketiga, 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.
- c) mediasi dipandang tidak tepat untuk digunakan jika masalah pokok dalam sebuah sengketa adalah soal penentuan hak (*rights*) karena sengketa soal penentuan hak haruslah diputus oleh hakim, sedangkan mediasi lebih tepat untuk digunakan menyelesaikan sengketa terkait dengan kepentingan (*interests*).
- d) secara normatif mediasi hanya dapat ditempuh atau digunakan dalam lapangan hukum privat tidak dalam lapangan hukum pidana. Larangan ini didasarkan pada pembedaan kategoris antara hukum privat dan

hukum pidana, khususnya terhadap delik biasa. Pembedaan kategoris antara hukum privat dan hukum pidana dalam sistem hukum nasional Indonesia bersumber dari sistem hukum Eropa Kontinental. Menurut sistem hukum Eropa Kontinental dalam lapangan hukum privat, prakarsa dan bentuk penyelesaian nasalah hubungan privat atau personal sepenuhnya diserahkan kepada para pihak, mereka dapat menyelesaikan persoalan dengan atau tanpa bantuan institusi negara sepanjang cara-cara penyelesaian itu sah menurut hukum.

2) Kekuatan Mediasi

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

- a) penyelenggaraan proses mediasi tidak diatur secara rinci dalam peraturan perundang-undangan sehingga para pihak memiliki keluwesan atau keleluasaan dan tidak terperangkap dalam bentuk-bentuk formalism, seperti halnya dalam proses litigasi.
- 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 juga sering menjadi daya tarik bagi kalangan tertentu, terutama para penguasa yang tidak menginginkan masalah yang dihadapinya

dipublikasikan dimedia massa. Sebaliknya jika sengketa di bawa ke proses litigasi atau pengadilan, maka secara hukum sidang-sidang pengadilan terbuka untuk umum karena keterbukaan itu merupakan perntah ketentuan undang-undang. Ketika Peraturan Mahkamah Agung No. 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi Pengadilan masih berlaku, proses mediasi untuk kasus-kasus “sengketa publik”, yaitu sengketa-sengketa lingkungan, pertanahan, hak asasi manusia, produsen dan konsumen wajib terbuka untuk umum. Hal ini dimaksudkan agar dalam sengketa-sengketa yang melibatkan kepentingan orang banyak, masyarakat dapat memperoleh pembelajaran dari proses mediasi dan juga untuk menjamin berlangsungnya mediasi yang bermutu dan adil, namun dalam Peraturan Mahakamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan yang mencabut berlakunya Peraturan Mahkamah Agung No. 2 Tahun 2003, tidak lagi mengenal istilah “sengketa publik” sehingga pada asasnya proses mediasi bersifat tertutup untuk umum, kecuali para pihak mengizinkan mediasi yang mereka tempuh terbuka untuk umum.

- c) dalam proses mediasi, pihak materiil atau prinsipal dapat secara langsung berperan serta dalam melakukan perundingan dan tawar-menawar untuk mencari penyelesaian masalah tanpa harus diwakili oleh kuasa hukum masing-masing, karena prosedur mediasi amat luwes dan para pihak yang tidak memiliki latar belakang pendidikan hukum atau advokat dapat berperan serta dalam proses mediasi. Para pihak

dalam proses mediasi dapat menggunakan bahasa sehari-hari yang lazim digunakan oleh para advokat dalam beracara di persidangan pengadilan.

- d) para pihak melalui proses mediasi dapat membahas berbagai aspek atau sisi dari perselisihan mereka, tidak hanya aspek hukum, tetapi juga aspek-aspek lainnya. Pembuktian merupakan aspek hukum terpenting dalam proses litigasi. Pernyataan tanpa dukungan bukti yang kuat, maka posisi seseorang akan lemah. Dalam proses mediasi bisa saja aspek pembuktian dikesampingkan demi kepentingan lain, misalnya demi terpeliharanya hubungan baik, maka satu pihak bersedia memenuhi permintaan pihak lain walau tanpa dukungan buktikuat, ataupun situasi sebaliknya terdapat bukti kuat adanya keterlambatan pembayaran, namun pihak berpiutang tetap tetap bersedia menjadwalkan ulang kewajiban pembayaran demi hubungan bisnis yang baik di masa depan. Dalam sengketa-sengketa tertentu, misalnya sengketa lingkungan hidup, seringkali berkaitan dengan berbagai aspek tidak saja aspek hukum, tetapi juga aspek ekonomi, sosial dan teknologi. Proses pengadilan tidak dirancang atau dibangun untuk menyelesaikan sengketa-sengketa dengan multi aspek seperti itu, tetapi lebih fokus pada aspek hukum semata. Sebaliknya mediasi karena keluwesan dan sifatnya yang mufakat dapat digunakan untuk membahas berbagai sisi sebuah sengketa.

- 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*) karena prosesnya bersifat permusuhan dan memutus.
- f) mediasi merupakan proses penyelesaian sengketa yang relative murah dan tidak makan waktu jika dibandingkan proses litigasi atau berperkara di pengadilan. Hasil mediasi berupa kesepakatan merupakan penyelesaian yang di upayakan oleh para pihak sendiri, sehingga para pihak tidak akan mengajukan keberatan atas hasil kerjanya sendiri. Sebaliknya putusan pengadilan yang merupakan produk dari berperkara di pengadilan adalah solusi yang diputus oleh pihak lain, yaitu hakim. Putusan itu pasti memenangkan dan memuaskan satu pihak, tapi pasti mengalahkan dan mengecewakan pihak lainnya. Oleh sebab itu, pihak yang kalah akan selalu mengajukan perlawanan hukum berupa banding atau kasasi dan PK. Proses banding, kasasi dan PK pasti memakan waktu dan memerlukan biaya. Di Indonesia memang belum ada penelitian yang secara empiris membuktikan bahwa mediasi lebih murah dan tidak makan waktu dibandingkan litigasi, tetapi di Amerika Serikat telah ada sebuah penelitian yang membuktikan bahwa mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa yang murah dan hemat waktu.

3. Maqashidi Syari'ah

a. Pengertian Maqashidi Syari'ah

Maqashid al-syariah secara bahasa terdiri dari dua suku kata yakni *maqashid* dan *syariah*. Kedua term tersebut berasal dari bahasa arab yaitu *maqashid* yang merupakan bentuk jamak dari kata *maqsud* dengan makna “maksud, sasaran, prinsip, niat, tujuan akhir”, sedangkan *syariah* berarti “jalan ke sumber mata air” yakni jalan yang harus diikuti oleh setiap umat islam. Secara istilah, syariah adalah pedoman atau jalan hidup setiap muslim yang memuat ketetapan-ketetapan Allah (Al-Qur'an) dan ketentuan Rasul-Nya (Hadits) baik berupa perintah maupun larangan yang meliputi seluruh aspek kehidupan di dunia.

Sedangkan makna *maqashid syariah* jika ditarik dari segi kebahasaan adalah tujuan yang menjadi latarbelakang ketentuan-ketentuan hukum islam atau secara sederhana merupakan tujuan disyariatkannya hukum. Disyariatkannya hukum dalam agama islam bertujuan untuk tercapainya kebahagiaan manusia dalam kehidupannya di dunia dan akhirat dengan cara mengambil jalan yang bermanfaat dan mencegah adanya kerusakan.

Al-Syatibi memberikan penjelasan bahwa hukum disyariatkan adalah untuk kemaslahatan umat. Sedangkan inti dari *maqashid syariah* adalah untuk mewujudkan kebaikan dan menghindari keburukan. Keberadaan *maqashid syariah* sebagaimana sama dengan disyariatkannya hukum dalam agama islam yakni mencapai kebaikan hidup manusia baik di dunia maupun di akhirat kelak

dengan terpenuhinya lima unsur *maqashid syariah* yaitu pemeliharaan agama, akal, jiwa, keturunan dan harta.²¹

b. Pembagian Maqashidi Syari'ah

Al-Syathibi mengatakan bahwa *maqashid* diklasifikasikan secara garis besar menjadi menjadi tiga bagian yaitu:

- 1) *Qashdu asy-Syari'fi Wadh'I asy-Syari'ah* (tujuan Allah dalam menetapkan syariat)
- 2) *Qashdu asy-Syari'fi Wadh'I asy-Syari'ah lil Ifham* (tujuan Allah dalam menetapkan syariahnya ini adalah agar dapat dipahami)
- 3) *Qashdu asy-Syari'fi Wadh'I asy-Syari'ah li al-Taklif bi Muqatadhaha* (tujuan Allah dalam menetapkan syariah agar dapat dilaksanakan)

Menurut Syathibi, Allah menurunkan syariat bertujuan untuk menciptakan kemanfaatan dan menghindari adanya kemadaran baik di dunia maupun di akhirat. Aturan-aturan dalam syariat tidak dibuat untuk syariah itu sendiri namun ditujukan untuk tujuan kemaslahatan. Kemudian Syathibi membagi *maqashid* dalam tiga gradasi tingkat yakni *dharuriyyat* (primer), *hajjiyyat* (sekunder) dan *tahsiniyyat* (tersier). *Dharuriyyat* yakni memelihara kebutuhan yang bersifat esensial. Kebutuhan itu terbagi menjadi lima hal yakni *al-diin* (agama), *al-nafs* (jiwa), *an-nasl* (keturunan), *al-mal* (harta), dan *al-aql* (akal).

²¹ Nur Hayati, Ali Imran Sinaga, *Fiqh dan Ushul Fiqh* (Jakarta: Prenadamedia Group, Ed. 1, 2018), hlm. 75

Sebaliknya, *hajjiyyat* adalah kebutuhan yang tidak memiliki sifat esensial dalam kehidupan manusia melainkan adalah kebutuhan yang dapat menghindarkan manusia dari kesulitan. Tidak terpeliharanya kebutuhan *hajjiyyat* tidak memberikan pengaruh ancaman kepada lima kebutuhan dasar manusia diatas. Sedangkan kebutuhan *tahsiniyyat* adalah kebutuhan yang menunjang peningkatan martabat manusia dalam kehidupannya dengan manusia yang lain serta di hadapan Tuhan.

Umar Chapra menjelaskan bahwa istilah “menjaga” dalam *maqashid* memiliki makna “pengembangan dan pengayaan” yang dilakukan secara kontinu. Umar Chapra menyebutkan bahwa meletakkan agama (*al-diin*) dalam urutan pertama *maqashid* dan harta (*al-mal*) pada urutan terakhir merupakan suatu hal yang bijaksana. Beliau mengatakan bahwa tidak selamanya urutan pertama menunjukkan bahwa yang pertama adalah yang lebih penting atau sebaliknya.²²

Secara detail pembagian lima kebutuhan memiliki penjelasan dalam hal kemaslahatannya masing-masing berikut :

a) Memelihara Agama

Memelihara agama berdasarkan kepentingannya dibedakan menjadi tiga hal yaitu: (1) memelihara agama dalam segi *dharuriyyat*, yakni memelihara dan melaksanakan perintah agama seperti melaksanakan perintah shalat lima waktu, (2) memelihara agama dari segi *hajjiyyat*, yakni

²² Ekarina Katmas, *Analisis Program Pengentasan Kemiskinan di Kecamatan Toyando Tam Perspektif Maqashid Al-Syari'ah*, Skripsi Fakultas Hukum UIN Maulana Malik Ibrahim, Malang, 2018, hlm. 34

melaksanakan ketentuan agama dengan tujuan untuk menghindari kesulitan dalam hidup seperti shalat jamak dan qashar.

Ketentuan memelihara agama dari segi *tahsiniyyat*, yakni apabila idak dilaksanakan maka tidak akan memberikan ancaman pada eksistensi agama itu sendiri namun hanya memberikan dampak berupa mempersulit diri bagi yang melakukannya, (3) memelihara agama dalam segi *tahsiniyyat*, yakni mengikuti pedoman agama dengan tujuan untuk menjunjung martabat manusia serta sebagai pelengkap pelaksanaan kewajibannya kepada Tuhan seperti contohnya menutup aurat.

b) Memelihara Jiwa

Pemeliharaan jiwa berdasarkan tingkat urgensinya diklasifikasikan menjadi tiga bagian yaitu : (1) pemeliharaan jiwa dalam segi *dharuriyyat*, contohnya dalam bentuk aktivitas keseharian adalah pemenuhan kebutuhan makan untuk mempertahankan hidup, (2) pemeliharaan jiwa dalam segi *hajjiyyat*, contohnya adalah boleh berburu binatang untuk memenuhi kebutuhan biologis manusia. Sebab kebolehan adalah jika tidak terpenuhi maka akan mengancam keberadaan manusia di muka bumi, (3) pemeliharaan jiwa dalam segi *tahsiniyyat*, contohnya adalah ditetapkannya cara makan dan minum yang benar. Hal tersebut semata untuk menjaga etika dalam berkehidupan.

c) Memelihara Akal

Pemeliharaan akal jika dilihat dari segi urgensinya dapat diklasifikasikan menjadi tiga bagian yaitu : (1) pemeliharaan akal dalam

segi *dharuriyyat*, contohnya adalah keharaman meminum minuman keras atau alkohol, (2) pemeliharaan akal dalam segi *hajjiyyat*, contohnya adalah dianjurkannya menggali ilmu pengetahuan, (3) pemeliharaan akal dalam segi *tahsiniyyat*, contohnya adalah menghindari diri dari sesuatu yang bersifat khayalan.

d) Memelihara Keturunan

Pemeliharaan keturunan jika ditinjau dari segi kebutuhannya dapat diklasifikasikan menjadi tiga bagian yaitu : (1) pemeliharaan keturunan dari segi *dharuriyyat*, contohnya seperti disyariatkannya nikah dan dilarangnya berzina, (2) pemeliharaan keturunan dari segi *hajjiyyat*, contohnya adalah ketetapan tentang mahar bagi suami ketika dilaksanakannya akad nikah dan diberikan hak talak kepadanya, (3) pemeliharaan keturunan dari segi *tahsiniyyat*, contohnya adalah ditetapkannya syariat *khitbah* (meminang) atau *walimah* dalam proses perkawinan.

e) Memelihara Harta

Pemeliharaan harta jika ditinjau dari segi urgensinya maka dapat diklasifikasikan dalam tiga bagian yaitu : (1) pemeliharaan harta dari segi *dharuriyyat*, contohnya adalah syariat tentang pelaksanaan kepemilikan harta dan diharamkannya mengambil harta milik orang lain dengan cara yang dilarang, (2) pemeliharaan harta dari segi *hajjiyyat*, contohnya adalah syariat tentang jual beli dengan cara salam, (3) pemeliharaan harta dari segi *tahsiniyyat*, contohnya adalah adanya asuransi sebagai pelengkap kebutuhan darurat.

Ekarian Katmas dalam skripsinya yang mengatakan bahwa dalam segi ekonomi yang berkaitan dengan *maqashid syariah* berpengaruh dalam kesejahteraan. Sedangkan Umar Chapra berpendapat bahwa pemeliharaan bukanlah pelestarian melainkan memiliki makna “pengembangan dan pengayaan” secara kontinu. Maka dari itu, kebutuhan dasar yang masuk ke dalam lima pokok *maqashid syariah* dapat berkembang sesuai dengan perkembangan zaman dan kondisi masyarakat saat itu.