

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Tentang Perkawinan dan Perceraian

1. Pengertian dan Dasar Hukum Perkawinan

a. Pengertian perkawinan

Perkawinan berasal dari kata نكح yang artinya “berhimpun” dan kata زوج yang berarti “pasangan” dan kata ini menjadi istilah pokok dalam Al Qur’an untuk menunjuk pada perkawinan, kemudian dalam berbagai bentuknya kata nakaha ditamukan 23 kali, sementara kata zawaja ditemukan tidak kurang dari 80 kali dalam Al Qur’an. Dengan demikian, secara bahasa perkawinan di simpulkan yaitu berkumpulnya dua insan yang semula berpisah atau sendiri-sendiri, berhimpun menjadi satu kesatuan yang utuh dalam suatu ikatan.¹

Dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Pasal 1, perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.²

Adapun pengertian perkawinan dari Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah akad yang sangat kuat atau untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.

¹<http://ganjaran-ngelmu.blogspot.co.id/2012/12/pengertian-dan-dasar-hukum-perkawinan.html>, diakses tanggal 23 Agustus 2016

²*Undang-Undang Pokok Perkawinan No. 1 Tahun 1974*, Surabaya: Arkola, 2007, h. 5.

b. Dasar hukum perkawinan

Menurut *Fiqh Munakahat*, ada dua dalil yang menjadi dasar hukum perkawinan. *Pertama*, adalah Dalil Al-Qur'an. Allah SWT berfirman dalam surat An-Nisa Ayat 3 sebagai berikut :³

“ Dan jika kamu takut tidak akan berlaku adil terhadap anak yatim, maka kawaniilah perempuan-perempuan lain yang kamu senangi, dua, tiga atau empat dan jika kamu takut tidak akan berlaku adil cukup sayu orang.” (An-Nisa :3).

Dalam ayat ini memerintahkan kepada orang laki-laki yang sudah mampu untuk melaksanakan nikah, yang dimaksud adil dalam ayat ini adalah adil didalam memberikan istri berupa pakaian, tempat tinggal dan lain-lain yang bersifat lahiriah. Ayat ini juga menerangkan bahwa islam memperbolehkan poligami dengan syarat-syarat tertentu.

Menurut surat Al A'raaf ayat 189 yang berbunyi :

“ Dialah yang menciptakan kamu dari suatu zat dan daripadanya Dia menciptakan istrinya agar Dia merasa senang.” (Al A'raaf :189)

Sehingga perkawinan adalah menciptakan kehidupan keluarga antar suami istri dan anak-anak serta orang tua agar tercapai suatu kehidupan yang aman dan tentram (*Sakinah*), pergaulan yang saling mencintai (*Mawaddah*) dan saling menyantuni (*Rohmah*).⁴

Kedua, adalah Dalil As-Sunnah. Diriwayatkan dari Abdullah bin Mas'ud dari Rasulullah yang bersabda.

“Wahai para pemuda barangsiapa diantara kalian memiliki kemampuan, maka nikahlah, karena itu dapat lebih baik menahan pandangan dan menjaga kehormatan. Dan siapa yang tidak memiliki kemampuan itu, hendaklah ia selalu berpuasa, sebab puasa itu merupakan kendali baginya. (H.R.Bukhari-Muslim)⁵

³ Prof.Dr.Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia : Antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan*, Jakarta : Kencana 2009, h.35

⁴ Moh. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam*, h. 3-4

⁵ Syekh Muhammad Sholeh Al Utsain, Syekh Abdul Aziz Ibn Muhammad Dawud, *Pernikahan Islami : Dasar Hidup Berumah Tangga*, Surabaya : Risalah Gusti 1991, h.29

Menurut *Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 197*, Landasan hukum terdapat dalam Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Perkawinan yang rumusannya :⁶ Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu. Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan-peraturan, perundang-undangan yang berlaku.

Sedangkan menurut *Kompilasi Hukum Islam (KHI)*, dasar perkawinan dalam Pasal 2 dan 3 disebutkan bahwa :

Perkawinan menurut Hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau mitsaaqan ghaliizhan untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah. Perkawinan bertujuan untuk mewujudkan kehidupan rumah tangga yang sakinah, mawwadah, dan warahmah.⁷

2. Rukun dan Syarat sahnya Perkawinan

Pada pelaksanaan perkawinan, calon mempelai harus memenuhi rukun dan syarat perkawinan. Rukun perkawinan adalah hakekat dari perkawinan itu sendiri, jadi tanpa adanya salah satu rukun maka perkawinan tidak mungkin dilaksanakan. Sedangkan yang dimaksud dengan syarat perkawinan adalah sesuatu yang harus ada dalam perkawinan tetapi tidak termasuk hakekat perkawinan. Kalau salah satu syarat-syarat perkawinan tidak terpenuhi maka perkawinan itu tidak sah.⁸

Terkait dengan rukun dan syarat sahnya suatu perkawinan telah disebutkan didalam *Kompilasi Hukum Islam (KHI)*, antara lain :⁹

⁶Moh. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam*, h.50

⁷<http://hukum.unsrat.ac.id/ma/kompilasi.pdf>, diakses tanggal 23 Agustus 2016

⁸<http://handarsubhandi.blogspot.co.id/2015/05/rukun-dan-syarat-sah-perkawinan.html>, diakses tanggal 23 Agustus 2016

⁹<https://mihwanuddin.wordpress.com/2011/03/17/rukun-dan-syarat-pernikahan-menurut-khi-kompilasi-hukum-islam/> diakses tanggal 23 Agustus 2016

- a. *Shighat (ijab-kabul)*, akad nikah menurut KHI dalam pasal 1 bagian c akad nikah ialah: rangkaian ijab yang diucapkan oleh wali dan Kabul yang diucapkan oleh mempelai pria atau wakilnya disaksikan oleh 2 orang saksi. Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sudah diatur ketentuan untuk pelaksanaan akad nikah yang dituangkan dalam beberapa pasal, diantaranya :

Pasal 27 :

- 1). Ijab dan Qabul antara wali dan calon mempelai pria harus jelas beruntun dan tidak berselang waktu.

pasal 28 :

- 1) Akad nikah dilaksanakan sendiri secara pribadi oleh wali nikah yang bersangkutan. Wali nikah dapat mewakilkan pada orang lain.

Pasal 29 :

- (1) Yang berhak mengucapkan Qabul ialah calon mempelai pria secara pribadi.
- (2) Dalam hal-hal tertentu ucapan Qabul nikah dapat dilakukan pada pria lain dengan ketentuan calon mempelai pria memberi kuasa yang tegas secara tertulis bahwa penerimaan wakil atas akad nikah itu adalah untuk mempelai pria.¹⁰

- b. *Kedua calon mempelai*, sifat-sifat calon mempelai yang baik seperti yang digambarkan oleh nabi Muhammad ialah

ت نكح المرأة لارب مع لمالها ولد حسد بها وجمالها ولدي نها

¹⁰ Syaikh Kamil Muhammad 'Uwaidah, *Fiqh Wanita*, terjemahan Abdul Ghoffar, Jakarta : Pustaka Al-Kautsar, h.404

“Nikahilah seorang wanita yang mempunyai ciri-ciri empat dari hartanya, dari keturunannya, dari dari kecantikannya, dari agamanya. Diriwayatkan oleh Bukhari”.

Syarat-syarat calon suami lainnya adalah:

1. Tidak dalam keadaan ihrom, meskipun diwakilkan.
2. Kehendak sendiri
3. Mengetahui nama, nasab, orang, serta keberadaan wanita yang akan dinikahi.
4. Jelas laki-laki

Syarat-syarat calon istri:

1. Tidak dalam keadaan ihrom
2. Tidak bersuami
3. Tidak dalam keadaan iddah (masa penantian)
4. Wanita.¹¹

Dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 15 ayat 1 menyatakan bahwa untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga perkawinan hanya boleh dilakukan calon mempelai yang telah mencapai umur yang telah ditetapkan dalam Pasal 7 Undang-Undang No 1 tahun 1974 tentang Perkawinan yakni calon suami berumur 19 tahun dan calon istri sekurangnya berumur 16 tahun. Sedangkan dalam pasal 16 ayat 1 menyatakan bahwa perkawinan didasarkan atas persetujuan calon mempelai.

- c. *Wali*, Wali adalah rukun dari beberapa rukun pernikahan yang lima, dan tidak sah nikah tanpa wali laki-laki.

Dalam KHI pasal 19 menyatakan wali nikah dalam perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya.

¹¹EM. Yusmar, *Wanita dan Nikah Menurut Urgensinya*, Kediri : Pustaka ‘Azm, h.16

Dalam hadis nabi :

لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل وما كان من ذكاح غير ذلك فهو باطل

“Tidak ada pernikahan kecuali dengan wali dan dua saksi yang adil. Jika ada pernikahan tanpa itu maka pernikahan itu dianggap batal.” (HR. Ibnu Hiban)

Syarat-syarat wali :

1. Islam
2. Sudah baligh
3. Berakal sehat
4. Merdeka
5. Laki-laki
6. Adil
7. Sedang tidak melakukan ihram

Yang diprioritaskan menjadi wali:

1. Bapak.
2. Kakek dari jalur Bapak
3. Saudara laki-laki kandung
4. Saudara laki-laki tunggal bapak
5. Kemenakan laki-laki (anak laki-lakinya saudara laki-laki sekandung)
6. Kemenakan laki-laki (anak laki-laki saudara laki-laki bapak)
7. Paman dari jalur bapak
8. Sepupu laki-laki anak paman
9. Hakim bila sudah tidak ada wali –wali tersebut dari jalur nasab.

Wali nikah itu sendiri terdiri dari wali nasab dan wali hakim. Pada Pasal 21 dibahas empat kelompok wali nasab yang pembahasannya sama dengan fikih Islam seperti *pertama*, kelompok kerabat laki-laki garis lurus keatas. *Kedua*, kelompok kerabat saudara laki-laki saudara kandung, seayah dan keturunan laki-laki mereka. *Ketiga*, kelompok kerabat paman, yakni saudara laki-laki kandung ayah, saudara seayah dan keturunan laki-laki mereka. Kelompok saudara laki-laki kandung kakek, saudara laki-laki seayah kakek dan keturunan laki-laki mereka.

Wali dapat di pindah oleh hakim bila:

1. Jika terjadi pertentangan antar wali.
2. Jika tidak adanya wali, ketidak adanya di sini yang dimaksud adalah benar-benar tidak ada satu kerabat pun, atau karena jauhnya tempat sang wali sedangkan wanita sudah mendapatkan suami yang kufu'.

Menyangkut dengan wali hakim dinyatakan pada pasal 23 yang berbunyi:

1. Wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah apabila wali nasab tidak ada atau tidak mungkin menghadiri atau tidak diketahui tempat tinggal atau ghaibnya atau 'adhalnya atau enggan.
2. Dalam hal wali 'adhal atau enggan maka wali hakim baru dapat bertindak sebagai wali nikah setelah ada putusan pengadilan agama tentang wali tersebut.¹²

d. Saksi, Dalam pasal 24 ayat 1 KHI menyatakan saksi dalam perkawinan merupakan rukun pelaksanaan akad nikah. Dalam pasal 26 saksi harus hadir dan menyaksikan secara langsung akad nikah serta menandatangani akta pada waktu dan ditempat akad nikah dilangsungkan.

¹² Nuruddin dan Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta : Prenada Media, h.73

Syarat-syarat saksi :

1. Islam
2. Baligh
3. Berakal
4. Mendengarkan langsung perkataan Ijab-Qabul
5. Dua orang laki-laki dan yang terpenting adil.

Dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 24 ayat 2 menyebutkan bahwa setiap perkawinan harus disaksikan 2 orang saksi.

Menurut Pasal 6 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyebutkan syarat-syarat perkawinan sebagai berikut :

1. Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua calon mempelai.
2. Untuk melangsungkan perkawinan seorang yang belum mencapai umur 21 (duapuluh satu) tahun harus mendapat izin kedua orang tua.
3. Dalam hal salah seorang dari kedua orang tua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu menyatakan kehendaknya, maka izin dimaksud ayat (2) pasal ini cukup diperoleh dari orang tua yang masih hidup atau dari orang tua yang mampu menyatakan kehendaknya.
4. Dalam hal kedua orang tua telah meninggal dunia atau dalam keadaan tidak mampu untuk menyatakan kehendaknya, maka izin diperoleh dari wali, orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan lurus keatas selama mereka masih hidup dan dalam keadaan dapat menyatakan kehendaknya.

5. Dalam hal ada perbedaan pendapat antara orang-orang yang disebut dalam ayat (2), (3) dan (4) pasal ini, atau salah seorang atau lebih diantara mereka tidak menyatakan pendapatnya, maka Pengadilan dalam daerah hukum tempat tinggal orang yang akan melangsungkan perkawinan atas permintaan orang tersebut dapat memberikan izin setelah lebih dahulu mendengar orang-orang tersebut dalam ayat (2), (3) dan (4) pasal ini.
6. Ketentuan tersebut ayat (1) sampai dengan ayat (5) pasal ini berlaku sepanjang hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu dari yang bersangkutan tidak menentukan lain.

Sedangkan pada Pasal 7 disebutkan :

1. Perkawinan hanya diizinkan jika pihak pria sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai umur 16 (enam belas) tahun.
2. Dalam hal penyimpangan terhadap ayat (1) pasal ini dapat meminta dispensasi kepada Pengadilan atau Pejabat lain yang ditunjuk oleh kedua orang tua pihak pria maupun pihak wanita.
3. Ketentuan-ketentuan mengenai keadaan salah seorang atau kedua orang tua tersebut dalam Pasal 6 ayat (3) dan (4) Undang-undang ini, berlaku juga dalam hal permintaan dispensasi tersebut ayat (2) pasal ini dengan tidak mengurangi yang dimaksud dalam Pasal 6 ayat (6).

3. Pengertian dan Dasar Hukum Perceraian

a. Pengertian perceraian

Perceraian secara terminologi berasal dari kata dasar cerai yang berarti pisah, kemudian mendapat awalan per yang berfungsi pembentuk kata benda abstrak kemudian menjadi perceraian yang berarti hasil dari perbuatan cerai. Sehingga secara bahasa berarti putusya hubungan suami isteri, talak, hidup perpisahan antara suami isteri selagi keduanya masih hidup.

Didalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pada Pasal 38 dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada Pasal 113 menyatakan bahwa perceraian itu merupakan salah satu sebab putusya perkawinan. Jadi secara yuridis perceraian berarti putusya perkawinan, yang mengakibatkan putusya hubungan sebagai suami istri.¹³

Menurut istilah agama talak dari kata “ithlaq” yang artinya melepaskan atau meninggalkan. Talak berarti melepaskan ikatan perkawinan atau bubarnya hubungan perkawinan. Cerai talak adalah cerai yang dijatuhkan oleh suami terhadap istrinya sehingga perkawinan mereka menjadi putus. Seorang suami yang bermaksud menceraikan istrinya harus terlebih dahulu mengajukan permohonan ke Pengadilan Agama yang berkedudukan di wilayah tempat tinggalnya. Sedangkan cerai gugat adalah cerai yang didasarkan atas adanya gugatan yang diajukan oleh isteri kepada suaminya dengan maksud untuk memutus perkawinan. Seorang isteri yang bermaksud bercerai dari suaminya harus lebih dulu mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama.

Menurut definisi-definisi diatas maka dapat disimpulkan bahwa perceraian adalah putusya hubungan suami isteri atau putusya perkawinan selagi mereka masih hidup, yang dapat terjadi dengan talak (cerai talak) atau khuluk (cerai gugat).

¹³ Muhammad Syaifudin, *Hukum Perceraian*, Palembang : Sinar Gravika, 2012, h.15

b. Dasar hukum perceraian

Dasar hukum perceraian pada Undang-Undang Perkawinan terdapat dalam Bab VIII tentang Putusnya Perkawinan Serta Akibatnya dalam Pasal 38 dan Pasal 39 sedangkan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada Bab XVI tentang putusnya Perkawinan Pasal 113 dan Pasal 128.

Selain dalam aturan-aturan yang dikodifikasi, para ahli fiqih juga memiliki pendapat yang berbeda mengenai hukum perceraian menurut Islam, pendapat yang paling benar ialah pendapat dari golongan Hanafi dan Hambali. Mereka mengatakan “terlarang” kecuali karena alasan yang benar. Adapun alasannya yaitu :

Rasulullah SAW bersabda :

“Allah melaknat tiap-tiap orang yang suka merasai dan bercerai.”

Dalam sabda Rasulullah diatas beliau mengatakan bahwa Allah melaknat tiap orang yang suka merasai (suka kawin) dan bercerai, hal ini disebabkan karena bercerai itu kufur terhadap nikmat Allah SWT. sedangkan kawin adalah suatu nikmat dan kufur terhadap nikmat hukumnya adalah haram. Talak haram yaitu talak tanpa adanya alasan, karena merugikan bagi suami dan istri serta tidak ada kemaslahatan yang mau dicapai dengan perbuatan talaknya itu, oleh sebab itu talaknya menjadi haram. Jadi perceraian itu tidak akan menjadi halal kecuali karena suatu yang darurat. Darurat memperbolehkan cerai bila suami meragukan kebersihan tingkah laku istri, atau sudah tidak punya cinta lagi.

Golongan Hambali lebih menjelaskannya secara terperinci dengan baik, yang ringkasnya sebagai berikut :

“ Talak itu adakalanya wajib, adakalanya haram, adakalanya mubah da nada kalanya sunnah”

Menurut Sayyid Sabiq, talak wajib yaitu talak yang dijatuhkan oleh pihak hakam (penengah), karena perpecahan antara suami istri sudah berat. Hal ini terjadi jika hakam berpendapat bahwa talaklah jalan satu-satunya untuk menghentikan perpecahan

4. Akibat Hukum Perceraian

a. Akibat hukum perceraian dalam Undang-Undang Perkawinan

Perceraian mempunyai akibat hukum yang luas, baik dalam lapangan Hukum Keluarga maupun dalam Hukum Kebendaan serta Hukum Perjanjian.¹⁴

Akibat pokok dari perceraian adalah bekas suami dan bekas istri, kemudian hidup sendiri-sendiri secara terpisah.

Dalam pemutusan perkawinan dengan melalui Pengadilan, tentu akan menimbulkan akibat hukum diantara suami-istri yang bercerai tersebut, dan terhadap anak serta harta dalam perkawinan yang merupakan hasil yang diperoleh mereka berdua selama perkawinan. Adanya putusnya hubungan perkawinan karena perceraian maka akan menimbulkan berbagai kewajiban yang dibebankan kepada suami-istri masing-masing terhadapnya.

Seperti yang terdapat di dalam Pasal 41 Undang-Undang Perkawinan, disebutkan bahwa akibat hukum yang terjadi karena perceraian adalah sebagai berikut:

- a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, pengadilan memberi keputusannya.
- b. Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilamana bapak dalam kenyataannya tidak dapat

¹⁴ Martiman Prodjohamidjojo, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Jakarta : Indonesia Legal Centre Publishing 2002, h.2

memenuhi kewajiban tersebut, maka pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.

- c. Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas istri. Oleh karena itu, dampak atau akibat dari putusnya hubungan perkawinan karena perceraian, telah jelas diatur dalam Undang-Undang Perkawinan.

b. Akibat Hukum Perceraian Terhadap Hubungan Suami-Istri

Meskipun diantara suami-istri yang telah menjalin perjanjian suci, namun tidak menutup kemungkinan bagi suami-istri tersebut mengalami pertikaian yang menyebabkan perceraian dalam sebuah rumah tangga. Hubungan suami-istri terputus jika terjadi putusya hubungan perkawinan.

Seorang istri yang ditinggal mati oleh suaminya, tidak boleh melaksanakan atau melangsungkan perkawinan sebelum masa iddahya habis atau berakhir, yakni selama 4 (empat) bulan 10 (sepuluh) hari atau 130 (seratus tiga puluh) hari. Apabila perkawinan putus karena perceraian, waktu tunggu bagi yang masih berdatang bulan ditetapkan 3 (tiga) kali suci dengan sekurang-kurangnya 90 (sembilan puluh) hari dan bagi yang tidak berdatang bulan ditetapkan 90 (sembilan puluh) hari. serta apabila ketika pada saat istrinya sedang hamil, maka jangka waktu bagi istri untuk dapat kawin lagi adalah sampai dengan ia melahirkan anaknya.¹⁵ Hal tersebut dilakukan untuk memastikan apakah si-istri itu sedang hamil atau tidak. Seorang suami yang telah bercerai dengan istrinya dan akan menikah lagi dengan wanita lain ia boleh langsung menikah, karena laki-laki tidak mempunyai masa iddah.

¹⁵ Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

c. Akibat Hukum Perceraian Terhadap Anak

Menurut Undang-Undang Perkawinan meskipun telah terjadi perceraian, bukan berarti kewajiban suami istri sebagai ayah dan ibu terhadap anak di bawah umur berakhir. Suami yang menjatuhkan talak pada istrinya wajib membayar nafkah untuk anak-anaknya, yaitu belanja untuk memelihara dan keperluan pendidikan anak-anaknya itu sesuai dengan kedudukan suami. Kewajiban memberi nafkah anak harus terus-menerus dilakukan sampai anak-anak tersebut baliq dan berakal serta mempunyai penghasilan sendiri.

Baik bekas suami maupun bekas istri tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya berdasarkan kepentingan anak. Suami dan istri bersama bertanggung jawab atas segala biaya pemeliharaan dan pendidikan anak-anaknya. Apabila suami tidak mampu, maka pengadilan dapat menetapkan bahwa ibu yang memikul biaya anak-anak.

d. Akibat Hukum Perceraian Terhadap Harta Bersama

Akibat lain dari perceraian adalah menyangkut masalah harta benda perkawinan khususnya mengenai harta bersama seperti yang ditentukan dalam Pasal 37 Undang-Undang Perkawinan, bahwa bila perkawinan putus karena perceraian, maka harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing. Menurut penjelasan resmi pasal tersebut, yang dimaksud dengan hukumnya masing-masing adalah hukum agama, hukum adat dan hukum lain-lainnya. Memperhatikan pada Pasal 37 dan penjelasan resmi atas pasal tersebut undang-undang ini tidak memberikan keseragaman hukum positif tentang bagaimana harta bersama apabila terjadi perceraian.

Tentang yang dimaksud pasal ini dengan kata “Diatur”, tiada lain dari pembagian harta bersama apabila terjadi perceraian. Maka sesuai dengan cara pembagian, Undang-undang menyerahkannya kepada “Hukum yang hidup” dalam lingkungan masyarakat dimana perkawinan dan rumah tangga itu berada. Kalau kita kembali pada Penjelasan Pasal 37 maka Undang-Undang memberi jalan pembagian :

1. Dilakukan berdasar hukum agama jika hukum agama itu merupakan kesadaran hukum yang hidup dalam mengatur tata cara perceraian;
2. Aturan pembagiannya akan dilakukan menurut hukum adat, jika hukum tersebut merupakan kesadaran hukum yang hidup dalam lingkungan masyarakat yang bersangkutan;
3. Atau hukum-hukum lainnya.

Harta bawaan atau harta asal dari suami atau istri tetap berada ditangan pihak masing-masing. Apabila bekas suami atau bekas istri tidak melaksanakan hal tersebut diatas, maka mereka dapat digugat melalui pengadilan negeri ditempat kediaman tergugat, agar hal tersebut dapat dilaksanakan.

Mengenai penyelesaian harta bersama karena perceraian, suami-istri yang bergama Islam menurut Hukum Islam, sedangkan bagi suami-istri non-Islam menurut Hukum Perdata.¹⁶

e. Terhadap Nafkah

Menurut pendapat umum sampai sekarang biaya istri yang telah ditalak oleh suaminya tidak menjadi tanggungan suaminya lagi, terutama dalam perceraian itu si-istri yang bersalah. Namun dalam hal istri tidak bersalah, maka paling tinggi yang

¹⁶Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam, Suatu Analisis Dari Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam*, Cet. 2, Jakarta: Bumi Aksara, April 1999, h. 2, mengutip Prof. Dr. Hazairin., S. H., *Hukum Kekeluargaan Indonesia*, Jakarta: Tintamas, 1961, h. 189.

diperolehnya mengenai biaya hidupnya ialah pembiayaan hidup selama ia masih dalam masa iddah yang lebih kurang selama 90 (sembilan puluh) hari. Tetapi sesudah masa iddah, suami tidak perlu lagi membiayai bekas istrinya lagi. Bahkan sesudah masa iddah, bekas istri itu harus keluar dari rumah suaminya andaikata ia masih hidup di rumah yang disediakan oleh suaminya. Jadi baik wanita yang masih dalam masa iddah ataupun masa iddahnya telah habis asal dalam perceraian ia bukan berada di pihak yang bersalah, maka ia berhak menerima atas biaya penghidupan. Ketentuan itu bisa dengan damai atas persetujuan bekas suami begitupun mengenai jumlah biaya hidupnya atau dapat pula dengan putusan perdamaian apabila bekas suami tidak dengan sukarela menyediakan diri untuk memberi biaya hidup tersebut. Ketentuan kemungkinan pembiayaan sesudah bercerai itu dalam Undang-Undang Perkawinan diatur dalam Pasal 41 huruf C, yang berbunyi pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas istri.

Dan apabila bekas istri tidak mempunyai mata pencaharian untuk nafkah sehari-harinya, maka bekas suami harus memberikan biaya hidup sampai bekas istrinya itu menikah lagi dengan pria lain.

B. Tinjauan Tentang Mediasi di Indonesia

1. Sejarah munculnya Mediasi di Indonesia

Penyelesaian damai terhadap sengketa atau konflik sudah ada sejak dahulu. Di Indonesia penyelesaian sengketa dengan cara damai telah dilakukan jauh sebelum Indonesia merdeka, biasanya ini dilakukan dengan musyawarah atau kekeluargaan.

Istiah mediasi pertama kali muncul di Amerika pada tahun 1970-an. Pada dasarnya munculnya mediasi secara resmi dilatarbelakangi adanya realitas social dimana pengadilan sebagai suatu lembaga penyelesaian perkara dipandang belum mampu menyelesaikan perkaranya sesuai dengan harapan masyarakat. Karena dipandang litigasi prosesnya lambat, pemeriksaan sangat formal, perkara yang masuk ke pengadilan sudah *overloaded*. Hal ini berbeda dengan jalur mediasi, putusan ini mengedepankan kepentingan kedua belah pihak sehingga putusannya bersifat *win-win solution*.

Latar belakang kelahiran mediasi diatas pun tidak jauh beda dengan apa yang terjadi di Indonesia. Oleh karenanya keberadaan mediasi sangat penting ditengah semakin banyaknya perkara yang masuk ke pengadilan. Pertama kali aturan tersebut diperkenalkan oleh pemerintah belanda melalui *reglement op de burgerlijke Rechtsvordering* pada tahun 1894.

Penyelesaian non litigasi ini telah dirintis sejak lama oleh para ahli hukum. Mahkamah Agung sebagai lembaga tinggi Negara merasa paling bertanggungjawab untuk merealisasikan undang-undang tentang mediasi. MA menggelar Rapat Kerja Nasional pada September 2001 di Yogyakarta yang membahas secara khusus penerapan upaya damai dilembaga peradilan. Hasil Rakernas ini adalah SEMA No. 1 Tahun 2002 tentang perberdayaan pengadilan tingkat pertama menerapkan lembaga

damai. MA juga menyelenggarakan tetmu karya tentang mediasi pada Januari 2003. Hasil temu karya tersebut adalah SEMA No. 2 Tahun 2003. Semangat untuk menciptakan lembaga mediasi sudah ada sejak ketua MA RI, Bagir Manan menyampaikan pidatonya pada 7 Januari 2003 dalam temu karya mediasi. Bagir Manan mendorong pembentukan pusat mediasi nasional (*National Mediation Center*). Delapan bulan kemudian, tepatnya 4 September 2003 Pusat Mediasi Nasional resmi berdiri, sesaat sebelum MA mengeluarkan Perma No. 2 Tahun 2003. Yang kemudian Perma No.2 Tahun 2003 diperbarui dengan Perma No. 1 Tahun 2008 tentang prosedur mediasi di Pengadilan. Melalui perma ini mediasi dimasukkan kedalam proses peradilan formal. Namun pada tanggal 03 Februari 2016 MA kembali memperbarui menjadi Perma No. 1 Tahun 2016 tentang prosedur mediasi di Pengadilan.

2. Latar belakang diberlakukanya Mediasi dalam proses berperkara di Pengadilan

Dengan ditetapkannya Perma No.1 Tahun 2016 Mahkamah Agung mewajibkan para pihak untuk menempuh mediasi sebelum perkara diputus oleh Hakim. Kebijakan Mahkamah Agung memberlakukan mediasi ke dalam proses berperkara di Pengadilan didasari atau dilatarbelakangi atas beberapa alasan yaitu:

Pertama, proses mediasi diharapkan dapat mengatasi masalah penumpukan perkara. Jika para pihak dapat menyelesaikan sendiri sengketa tanpa harus diadili oleh Hakim, jumlah perkara yang harus diperiksa oleh hakim akan berkurang pula. Jika sengketa dapat diselesaikan melalui perdamaian, para pihak tidak akan menempuh upaya hukum kasasi karena perdamaian merupakan hasil dari kehendak bersama para pihak, sehingga mereka tidak akan mengajukan upaya hukum. Sebaliknya, jika perkara diputus

oleh Hakim, maka putusan merupakan hasil dari pandangan dan penilaian hakim terhadap fakta dan kedudukan hukum para pihak. Pandangan dan penilaian hakim belum tentu sejalan dengan pandangan para pihak, terutama pihak yang kalah, sehingga pihak yang kalah selalu menempuh upaya hukum banding dan kasasi. Pada akhirnya semua perkara bermuara ke Mahkamah Agung yang mengakibatkan terjadinya penumpukan perkara.

Kedua, proses mediasi dipandang sebagai cara penyelesaian sengketa yang lebih cepat dan murah dibandingkan dengan proses litigasi. Jika perkara dapat diselesaikan dengan perdamaian, maka para pihak dengan sendirinya dapat menerima hasil akhir karena merupakan hasil kerja mereka yang mencerminkan kehendak bersama para pihak. Sebaliknya jika perkara tersebut diputus, pihak yang kalah sering kali mengajukan upaya hukum, banding maupun kasasi, sehingga membuat penyelesaian perkara dapat memakan waktu bertahun-tahun dari sejak pemeriksaan di pengadilan tingkat pertama hingga pemeriksaan tingkat kasasi Mahkamah Agung.

Ketiga, pemberlakuan mediasi diharapkan dapat memperluas akses para pihak untuk memperoleh rasa keadilan. Rasa keadilan tidak hanya dapat diperoleh melalui proses litigasi, tetapi juga melalui proses musyawarah mufakat oleh para pihak, dengan diberlakukannya mediasi ke dalam sistem peradilan formal, masyarakat pencari keadilan pada umumnya para pihak yang bersengketa pada umumnya dan pada khususnya dapat terlebih dahulu mengupayakan penyelesaian atas sengketa mereka melalui pendekatan musyawarah mufakat yang dibantu oleh seorang penengah yang disebut Mediator.

Keempat, institusionalisasi proses mediasi ke dalam sistem peradilan dapat memperkuat dan memaksimalkan fungsi lembaga pengadilan dalam penyelesaian sengketa. Jika pada masa-masa lalu fungsi lembaga pengadilan yang lebih menonjol

adalah fungsi memutus, dengan diberlakukannya Perma tentang mediasi diharapkan fungsi mendamaikan atau memediasi dapat berjalan seiring dan seimbang dengan fungsi memutus. Perma tentang mediasi diharapkan dapat mendorong perubahan cara pandang para pelaku dalam proses peradilan perdata, yaitu Hakim dan Advokad, bahwa lembaga pengadilan tidak hanya memutus, tetapi juga mendamaikan. Perma ini memberikan panduan untuk dicapai perdamaian.

Untuk mengisi kekosongan hukum terhadap pengaturan prosedur mediasi yang terintegrasi ke dalam proses litigasi, karena belum adanya pengaturan yang memfasilitasi perihal bagaimana tata cara melakukan mediasi yang terintegrasi ke dalam proses litigasi. HIR dan Rbg mewajibkan pengadilan negeri untuk lebih dahulu mendamaikan para pihak sebelum perkara diputus, tetapi HIR dan Rbg tidak mengatur secara rinci prosedur perdamaian yang difasilitasi oleh pihak ketiga netral. Selain adanya alasan di atas yaitu untuk mengurangi penumpukan perkara ditingkat kasasi, penyelesaian perkara yang lebih cepat dan murah serta akses keadilan yang lebih luas, penerbitan Peraturan Mahkamah Agung tentang prosedur mediasi juga didorong oleh keberhasilan negara-negara lain seperti Jepang, Singapore Dan Amerika Serikat dalam penerapan mediasi terintegrasi dalam proses litigasi, hal inilah yang menjadi alasan Mahkamah Agung merevisi Perma No. 2 Tahun 2003 menjadi Perma No.1 Tahun 2008 dan yang saat ini menjadi Perma No.1 Tahun 2016.

3. Perbedaan Perma No. 1 Tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan dan Perma No. 1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Pertama, terkait batas waktu mediasi yang lebih singkat dari 40 hari menjadi 30 hari dihitung sejak penetapan perintah melakukan mediasi.

Kedua, adanya kewajiban bagi para pihak (*inperson*) untuk menghadiri secara langsung pertemuan mediasi dengan atau tanpa didampingi oleh kuasa hukum, kecuali ada alasan sah seperti kondisi kesehatan yang tidak memungkinkan hadir dalam pertemuan mediasi berdasarkan surat keterangan dokter; di bawah pengampunan; mempunyai tempat tinggal, kediaman atau kedudukan di luar negeri; atau menjalankan tugas negara, tuntutan profesi atau pekerjaan yang tidak dapat ditinggalkan.

Ketiga, hal yang paling baru adalah adanya aturan tentang iktikad baik dalam proses mediasi dan akibat hukum para pihak yang tidak beriktikad baik dalam proses mediasi. Pasal 7 menyatakan: (1) Para Pihak dan/atau kuasa hukumnya wajib menempuh mediasi dengan iktikad baik. 2) Salah satu pihak atau Para Pihak dan/atau kuasa hukumnya dapat dinyatakan tidak beriktikad baik oleh Mediator dalam hal yang bersangkutan:

- a. Tidak hadir setelah dipanggil secara patut 2 (dua) kali berturut-turut dalam pertemuan mediasi tanpa alasan sah;
- b. Menghadiri pertemuan mediasi pertama, tetapi tidak pernah hadir pada pertemuan berikutnya meskipun telah dipanggil secara patut 2 (dua) kali berturut-turut tanpa alasan sah;
- c. Ketidakhadiran berulang-ulang yang mengganggu jadwal pertemuan mediasi tanpa alasan sah;

- d. Menghadiri pertemuan mediasi, tetapi tidak mengajukan dan/atau tidak menanggapi resume perkara pihak lain; dan/atau
- e. Tidak menandatangani konsep kesepakatan perdamaian yang telah disepakati tanpa alasan sah.

Apabila penggugat dinyatakan tidak beriktikad baik dalam proses mediasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2), maka berdasarkan Pasal 23, gugatan dinyatakan tidak dapat diterima oleh Hakim Pemeriksa Perkara. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 22 PERMA No.1 Tahun 2016. Penggugat yang dinyatakan tidak beriktikad baik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dikenai pula kewajiban pembayaran biaya mediasi. Mediator menyampaikan laporan penggugat tidak beriktikad baik kepada Hakim Pemeriksa Perkara disertai rekomendasi pengenaan biaya mediasi dan perhitungan besarannya dalam laporan ketidakberhasilan atau tidak dapat dilaksanakannya mediasi. Berdasarkan laporan Mediator sebagaimana dimaksud pada ayat (3), Hakim Pemeriksa Perkara mengeluarkan putusan yang merupakan putusan akhir yang menyatakan gugatan tidak dapat diterima disertai penghukuman pembayaran biaya mediasi dan biaya perkara.

Biaya mediasi sebagai penghukuman kepada penggugat dapat diambil dari panjar biaya perkara atau pembayaran tersendiri oleh penggugat dan diserahkan kepada tergugat melalui kepaniteraan Pengadilan. Apabila Tergugat yang dinyatakan tidak beriktikad baik sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2), dikenai kewajiban pembayaran biaya mediasi. Mediator menyampaikan laporan tergugat tidak beriktikad baik kepada Hakim Pemeriksa Perkara disertai rekomendasi pengenaan biaya mediasi dan perhitungan besarannya dalam laporan ketidakberhasilan atau tidak dapat

dilaksanakannya mediasi. Berdasarkan laporan Mediator sebagaimana dimaksud pada ayat (2), sebelum melanjutkan pemeriksaan, Hakim Pemeriksa Perkara dalam persidangan yang ditetapkan berikutnya wajib mengeluarkan penetapan yang menyatakan tergugat tidak beriktikad baik dan menghukum tergugat untuk membayar biaya mediasi. Biaya Mediasi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) merupakan bagian dari biaya perkara yang wajib disebutkan dalam amar putusan akhir. Dalam hal tergugat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dimenangkan dalam putusan, amar putusan menyatakan biaya mediasi dibebankan kepada tergugat, sedangkan biaya perkara tetap dibebankan kepada penggugat sebagai pihak yang kalah.

Dalam perkara perceraian di lingkungan peradilan agama, tergugat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dihukum membayar Biaya Mediasi, sedangkan biaya perkara dibebankan kepada penggugat. Pembayaran Biaya Mediasi oleh tergugat yang akan diserahkan kepada penggugat melalui kepaniteraan Pengadilan mengikuti pelaksanaan putusan yang telah berkekuatan hukum tetap. Dalam hal para pihak secara bersama-sama dinyatakan tidak beriktikad baik oleh Mediator, gugatan dinyatakan tidak dapat diterima oleh Hakim Pemeriksa Perkara tanpa penghukuman biaya mediasi.

Ketentuan Pasal 7, Pasal 22 dan Pasal 23 inilah yang nyata berbeda dari ketentuan Perma No.1 Tahun 2008, disinilah ruh esensial dan indikasi efektifitas proses mediasi dalam menyelesaikan perkara. Dengan adanya iktikad baik inilah maka proses mediasi akan berjalan dengan efektif dan efisien. Perma No.1 Tahun 2016 ini pula yang menegaskan kembali peranan Mediator independen untuk berperan lebih aktif dalam menyelesaikan perkara atau sengketa di luar pengadilan, yang kemudian hasil

mediasi yang disepakati dapat diajukan penetapan ke Pengadilan melalui mekanisme gugatan.

4. Perdamaian Dalam Prespektif Islam

a. Pengertian perdamaian dalam prespektif Islam

Dalam Islam perdamaian dikenal dengan *Al-Islah* yang berarti memperbaiki, mendamaikan dan menghilangkan sengketa atau kerusakan. Berusaha menciptakan perdamaian, membawa keharmonisan, menganjurkan orang untuk berdamai antara satu dengan lainnya, melakukan perbuatan baik berperilaku sebagai orang suci.¹⁷

Dalam bahasa Arab, perdamaian diistilahkan dengan “*Ash Shul-hu*” secara harfiah mengandung pengertian “memutus pertengkaran”. Dalam pengertian syari’at dirumuskan sebagai berikut: “suatu jenis akad (perjanjian) untuk mengakhiri perlawanan (perselisihan)”.¹⁸

Menurut Imam Taqiy Al-Din Abu Bakar Ibnu Muhammad Al-Husaini dalam kitab *Kifayatul Akhyar*, *Ash Shulhu* adalah:

العقد الذي ينقطع به خصومه المتخاصمين¹⁹

Artinya: ”akad yang memutuskan perselisihan antara dua pihak yang berselisih”

Shulhu (perdamaian) adalah perjanjian untuk saling menghilangkan permusuhan, perbantahan, perdendaman dan sikap-sikap yang dapat menimbulkan permusuhan dan peperangan.²⁰

¹⁷Abdul Aziz Dahlan (et.el), *Ensikopledi Hukum Islam*, Jakarta: PT Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996, h. 740

¹⁸Chairuman Pasaribu, Suhrawardi K, *Hukum Perjanjian Dalam Islam*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, h. 26

¹⁹Imam Taqiy Al-Din Abu Bakar Ibnu Muhammad Al-Husaini, *Kifayatul Akhyar*, juzI, Semarang: Toha Putra, h.271

²⁰M. Abdul Mujid, et al, *Kamus Istilah Fiqih*, Jakarta: Pustaka Firdaus, cet ke-4, 1994, h. 328

Islah merupakan sebab untuk mencegah suatu perselisihan dan memutuskan suatu pertentangan dan pertikaian. Pertentangan itu apabila berkepanjangan akan mendatangkan kehancuran, untuk itu maka *islah* mencegah hal-hal yang menyebabkan kehancuran dan menghilangkan hal-hal yang membangkitkan fitnah dan pertentangan dan yang menimbulkan sebab-sebab serta menguatkannya persatuan dan persetujuan, hal ini merupakan suatu kebijakan yang diajarkan oleh syara'.

Al-Qur'an menjelaskan *islah* merupakan kewajiban umat Islam baik secara personal maupun sosial. Penekanan *islah* ini lebih terfokus pada hubungan antara sesama umat manusia dalam rangka pemenuhan kewajiban kepada Allah SWT. Damai mempunyai arti tidak bermusuhan, keadaan tidak bermusuhan, berbaik kembali, tentram, aman, sedang mendamaikan, memperdamaikan yaitu menyelesaikan permusuhan (pertengkaran) supaya kedua belah pihak berbaik kembali, merundingkan supaya mendapat persetujuan dan mendamaikan sendiri mempunyai arti sendiri yaitu penghentian permusuhan.²¹

Perjanjian damai (*shulh*) menjadi hak para makhluk yang sebagian ada pada sebagian lain yang memungkinkan untuk di gugurkan dan diganti rugi. Sedangkan hak Allah SWT, seperti, hukuman dan zakat, maka tidak ada jalan untuk damai di dalamnya. Perdamaian di dalamnya adalah melaksanakannya secara sempurna.

Perjanjian damai meliputi lima macam, *pertama*: damai antara kaum muslim dan kaum yang berperang dengannya, *kedua*: perjanjian damai antara kelompok yang memiliki keadilan dengan kelompok yang menyerang diantara kaum muslimin, *ketiga*: perjanjian damai antara sepasang suami isteri jika dikhawatirkan terjadi perpecahan

²¹ W.J.S. Poerwo Darminto, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Jakarta: P.N. Balai Pustaka, cet ke-8, 1985, h. 225.

keduanya, *keempat*: perbaikan hubungan antara dua pihak yang bertikai bukan dalam perkara harta, *kelima*: perbaikan hubungan antara dua pihak yang bertikai dalam perkara harta. Perdamaian ini macam ini terbagi dua macam, yaitu perdamaian damai tentang keputusan dan perdamaian damai tentang pengingkaran.²²

Ruang lingkup perdamaian sangat luas baik pribadi maupun sosial. Diantara *islah* yang diperintahkan Allah SAW adalah dalam hal masalah rumah tangga. Untuk mengatasi kemelut dan sengketa rumah tangga (*syiqoq* dan *nusyus*) dalam surat An-Nisa' ayat 35, surat tersebut menegaskan bahwa setiap terjadi persengketaan diperintahkan untuk mengutus pihak ketiga (*hakam*) dari pihak suami atau istri untuk mendamaikan mereka. Dalam hal ini ulama fiqh sepakat untuk menyatakan bahwa kalau hakam (juru damai dari pihak suami dan istri) berbeda pendapat maka putusan mereka tidak dapat dijalankan dan kalau hakam sama-sama memutuskan untuk mendamaikan suami-istri kembali, maka putusannya harus dijalankan tanpa minta kuasa mereka.²³

Ayat ini juga menjelaskan tentang pengangkatan hakim, jika kamu tahu ada pertengkaran antara suami istri, sedang kamu tidak mengetahui siapa yang bersalah dan mereka terus mempersengkatakan, ayat ini menunjukkan kebolehan untuk pengangkatan hakim.²⁴

Di kalangan umat Islam dulu juga dikenal dengan adanya *tahkim* yaitu orang yang mereka sepakati dan tunjuk sebagai seorang hakam²⁵ untuk menyelesaikan sengketa. Tahkim berasal dari bahasa arab yang artinya menyerahkan putusan pada seseorang dan

²² As-Shan'ani, *Subulus Salam juz 3*, Beirut-Libanon: Darul Kitab Ilmiah, 1182 H, h. 110.

²³ Abdul Aziz Dahlan et.al, *Ensikopledi Hukum Islam*, Jakarta: PT Ihtiar Baru Van Hoeve, 1996, h. 1750

²⁴ *Ibid*, h.741.

²⁵ Tahkim adalah menjadikan sebagai hakam. Berlindungnya dua pihak yang bersengketa kepada orang yang mereka sepakati dan setuju serta rela menerima keputusannya untuk menyelesaikan persengketaan mereka, berlindungnya dua pihak yang bersengketa kepada orang yang mereka tunjuk (sebagai penengah) untuk memutuskan atau menyelesaikan perselisihan yang terjadi diantara mereka. Lihat *Ibid*, h. 1750

menerima putusan itu. Selain itu tahkim digunakan sebagai istilah bagi orang atau kelompok yang ditunjuk untuk mendamaikan sengketa yang terjadi diantara dua pihak. Tahkim dimaksud untuk menyelesaikan sengketa dimana para pihak yang terlibat dalam sengketa diberi kebebasan untuk memilih seorang hakam (mediator) sebagai penengah atau orang yang dianggap netral yang mampu mendamaikan kedua belah pihak yang bersengketa.²⁶

Abu Al-‘Ainain Abdul Fatah Muhammad dalam bukunya yang berjudul *Al-Qadla Wa Al-Itsbat Fi Al Fiqih Al Islami* menyebut definisi tahkim sebagai berikut : “Bersandarnya dua orang yang bertikai kepada seseorang yang mereka ridhai keputusannya untuk menyelesaikan pertikaian mereka”. Adapun Abdul Karim Zaidan, Seorang pakar hukum Islam berkebangsaan Irak, dalam bukunya *Nidzam Al-Qadla Fi Asy-Syari’at Al-Islamiyah* menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan tahkim adalah : “Pengangkatan atau penunjukan secara suka rela dari dua orang yang bersengketa akan seseorang yang mereka percaya untuk menyelesaikan sengketa antara mereka”.²⁷

Dalam hal mewujudkan perdamaian melibatkan beberapa pihak, antara lain:

- a. Pihak yang berselisih
- b. Pendamai atau hakam yang diangkat dari pihak hakim atau hakamain.²⁸

Dari kedua keluarga ahli fiqih dalam hal ini menetapkan bahwa hakim itu hendaknya orang yang mempunyai sifat hakim, yaitu dapat dijadikan saksi dan benar-benar mempunyai keahlian untuk bertindak sebagai hakam. Dalam hukum Islam usaha

²⁶ <http://www.pa-balikpapan.net/indek.php?view=article>

²⁷ Satria Effendi M.Zein, *Arbitrasse Islam di Indonesia*, Jakarta: Badan Arbitrase Muamalat Indoneio (BAMUI), 1994, h. 8.

²⁸ Hakamain berdasarkan pengertian berdasarkan surah An-Nisa’ ayat 35 ditafsirkan oleh para ulama’ fiqh sebagai juru damai yang terdiri atas wakil dari pihak suami dan wakil dari pihak istri, untuk mencari jalan keluar dari kemelut yang dihadapi oleh pasangan suami istri. Lihat dalam kitab *Risalatun Nikah*, Jakarta: Gema Insani, Press, cet I, 1999, h.158.

mendamaikan sengketa merupakan usaha yang harus terus dilakukan agar jalinan keluarga bertahan untuk selama-lamanya.

b. Landasan hukum perdamaian dalam prespektif Islam

Perdamaian dalam syari'at Islam sangat dianjurkan, sebab dengan kedamaian akan terhindar dari kehancuran (hubungan kasih sayang) sekaligus permusuhan diantara para pihak yang bersengketa akan dapat diakhiri.

Dalam Hukum Islam, secara umum dasar hukum dari perdamaian itu sendiri, di dalam Al-Qur'an dan As-Sunah sudah diterangkan yaitu:

1. Surat An-Nisa' ayat 35

وَإِذَا حَكَمْتُمْ مِنْ أَهْلِهَا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا

Artinya: “Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, Maka kirimlah seorang hakam²⁹ 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” (Q.S. An-nisa': 35)³⁰

2. Surat Al-Hujurat ayat 9-10

قَاتِلُوا وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ۗ فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَذُلٌّ وَأَقْسَطُوا ۗ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الَّذِينَ تَتَّبِعُونَ حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ ۗ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ

Artinya: “Jika ada dua golongan dari orang-orang mukmin berperang maka damaikanlah diantara keduanya itu.... Sesungguhnya orang-orang mukmin itu bersaudara, karena itu damaikanlah antara kedua saudaramu itu dan bertakwalah kepada Allah SWT supaya kamu mendapat rahmat”.³¹

²⁹ Hakam ialah juru damai. Lihat Departemen Agama Republik Indonesia, *Al-Qur'an Dan Terjemahnya*, Kudus: Menara Kudus, h. 84.

³⁰ *Ibid*

³¹ *Ibid*, h. 515.

3. Surat An-Nisa' ayat 114

أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ ۗ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ لَوْ لَخَيْرٌ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ مَّرَضَاتٍ ۗ اللَّهُ 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."*³²

4. Surat An-Anfal ayat 1

يَعُوا اللَّهَ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِ
وَرَسُولَهُ إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ

*Artinya: "oleh sebab itu bertakwalah kepada Allah dan perbaikilah perhubungan di antara sesamamu"*³³

5. Hadist Rasulullah SAW dari Amru bin 'Auf Al-Muzani r.a

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما. و المسلمون علي شروطهم , الا شرطا حرم حلالا , او احل حراما
رواة الترمذي و صححه³⁴

Rasulullah SAW bersabda "perdamaian itu boleh antara orang-orang muslim, kecuali perdamaian untuk mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram. Dan orang-orang muslim (dalam perdamaian) itu tergantung pada syarat-syarat mereka, kecuali suatu syarat yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram (hadist diriwayatkan oleh At-Turmizi dan beliau menilainya dengan shahih)"

Ayat-ayat tersebut merupakan argumen-argumen hukum yang mengisyaratkan bahwa perdamaian (*islah*) merupakan anugerah Tuhan Yang Maha Pengasih. Karenanya, perdamaian merupakan simbol dari kebahagiaan dan kesejahteraan suatu masyarakat. Masyarakat yang bahagia dan sejahtera adalah masyarakat yang mampu menikmati perdamaian dalam kehidupannya.

³²*Ibid*, h. 97.

³³*Ibid*, h. 177.

³⁴ As-Shan'ani, *Op.cit*, h. 111

Mengupayakan perdamaian bagi setiap muslim yang sedang mengalami perselisihan dan pertengkaran dinilai ibadah oleh Allah, namun tidak dianjurkan perdamaian dilakukan dengan paksaan, perdamaian harus karena kesepakatan para pihak. Dalam hal ini Imam Malik pernah berkata bahwa dia tidak sependapat jika hakim memaksa salah satu pihak yang berperkara atau mengenyampingkan permusuhan salah satu pihak, karena semata-mata hanya menginginkan perdamaian.³⁵

c. Syarat-syarat perdamaian dalam prespektif Islam

Syarat dilaksanakannya *ash-shulhu* adalah adanya keterkaitan dengan *mushalih*, *mushalih bihi* dan *mushalah 'anhu*. Syarat yang berhubungan dengan *mushalih* adalah orang yang tindakannya dinyatakan sah oleh hukum. Orang-orang yang tidak cakap bertindak oleh hukum seperti orang gila, anak kecil, penerima wakaf maka *shulhunya* dinyatakan secara hukum tidak sah, karena *shulhu* adalah tindakan *tabarru'*, sedangkan hal tersebut tidak dimiliki oleh mereka. Sedangkan syarat *mushalah bihi* adalah harus berbentuk harta yang dapat dinilai atau dapat diserahkan serta mempunyai nilai. Barang-barang itu harus diketahui dengan jelas tidak boleh samara-samar yang mungkin dapat membawa kepada perselisihan. Adapun syarat *mushalah 'anhu* adalah harus bentuk harta yang dapat dinilai atau barang yang bermanfaat, tidak disyaratkan mengetahuinya karena tidak memerlukan penyerahan.³⁶

Para pakar hukum Islam mengatakan bahwa syarat sahnya *ash-shulhu* adalah adanya *ijab qobul*. Bentuk *ijab qobul* itu diserahkan kepada pelakunya, dengan menggunakan lafad apapun yang memiliki makna dapat menimbulkan perdamaian.

³⁵Salam Mazkur, *Peradilan Dalam Islam*, alih bahasa Drs.Imron AM. Cet ke-4, Surabaya: Bina Ilmu, 1990, h. 68.

³⁶ Abdul Manan, *Arbitrase Dan Alternative Penyelesaian Sengketa Dalam Perspektif Islam Dan Hukum Positif*, makalah disampaikan dalam pelatihan Hakim Mediator Peradilan Agama tanggal 23 Maret-7 April, di Pusdiklat MA RI Bogor, 2009, h. 3.

Misalkan ucapan salah seseorang yang berselisih “*aku berdamai denganmu, ku bayar hutangmu*” pihak lain mengatakan “*aku terima apa yang engkau ucapkan*”. Apabila kejadian ini sudah terjadi dengan sempurna, maka terjadilah *shulhu* tersebut. Apabila telah terjadi *shulhu*, maka mereka akan dibenarkan mengundurkan diri dengan membatalkannya tanpa adanya kerelaan kedua belah pihak. Dengan telah terjadi *shulhu*, pihak penggugat harus berpegang kepada apa yang dikenal dengan sebutan “*badalush shulhu*”. Sedangkan pihak tergugat tidak berhak meminta kembali apa yang diperselisihkan.³⁷

Adapun yang menjadi rukun dari perjanjian perdamaian adalah:³⁸

- a. Adanya ijab
- b. Adanya qobul
- c. Adanya lafadz

Ketiga rukun ini sangat penting dalam suatu perjanjian perdamaian, sebab dan tanpa ijab, qobul, dan lafadz secara formal tidak diketahui adanya perdamaian antara mereka.

Apabila rukun ini telah terpenuhi maka perjanjian perdamaian diantara para pihak yang bersengketa telah berlangsung dan dengan sendirinya dari perjanjian perdamaian itu lahirlah suatu ikatan hukum, dimana masing-masing pihak berkewajiban untuk memenuhi atau menunaikan apa-apa yang menjadi isi perjanjian perdamaian, dan andainya salah satu pihak tidak menunaikannya, pihak yang lain dapat menuntut agar perjanjian itu dilaksanakan (dapat dipaksakan pelaksanaannya). Perjanjian-perjanjian ini tidak dapat dibatalkan secara sepihak dan walaupun hendak dibatalkan harus berdasarkan kesepakatan kedua belah pihak.

³⁷ *Ibid*, h. 4.

³⁸ Chairuman Pasaribu, Suhwardi K, *Op.Cit.*h. 28

Setelah upaya damai itu ditempuh dan mencapai kesepakatan maka pihak Pengadilan Agama akan segera membuatkan akta perdamaian (*actavan vergelijk*) yang mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan putusan hakim yang dapat dieksekusi. Apabila ada pihak yang tidak mau menaati isi perdamaian, maka pihak yang dirugikan dapat memohon eksekusi kepada Pengadilan Agama. Eksekusi dilaksanakan seperti menjalankan putusan hakim biasa.

Akta perdamaian hanya bisa dibuat dalam sengketa mengenai kebendaan saja yang memungkinkan untuk dieksekusi. Dan juga akta perdamaian tersebut tidak dapat dimintakan banding, kasasi ataupun peninjauan kembali. Demikian pula akta perdamaian tidak dapat diajukan gugatan baru.³⁹

5. Mediasi Dalam Peradilan (Court Mandated Mediation)

a. Pengertian Mediasi

Mediasi dalam bahasa Inggrisnya adalah *mediation* yang berarti penyelesaian sengketa dengan menengahi. Mediator adalah orang yang menjadi penengah.⁴⁰

Dalam Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No.1 tahun 2016 mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dibantu oleh mediator (Perma No.1 Tahun 2016, pasal 1 ayat (1)).

Sesuai dengan maknanya, mediasi berarti menengahi. Seorang mediator tidaklah berperan sebagai *judge* yang memaksakan pikiran keadilannya, tidak pula mengambil kesimpulan yang mengikat seperti arbiter tetapi lebih memberdayakan para pihak untuk menentukan solusi apa yang mereka inginkan. Mediator mendorong dan memfasilitasi

³⁹ Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata Pada Pengadilan Agama*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005, h. 95.

⁴⁰ John M. Echols, Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Jakarta: PT Gramedia, 2005, h. 377.

dialog, membantu para pihak mengklarifikasi kebutuhan dan keinginan-keinginan mereka, menyiapkan panduan, membantu para pihak dalam meluruskan perbedaan-perbedaan pandangan dan bekerja untuk suatu yang dapat diterima para pihak dalam penyelesaian yang mengikat. Jika sudah ada kecocokan di antara para pihak yang bersengketa lalu dibuatkanlah suatu memorandum yang memuat kesepakatan-kesepakatan yang telah dicapai.

Dengan dikeluarkannya Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No.1 Tahun 2016 tentang prosedur mediasi di pengadilan, tertanggal 03 Februari 2016, maka setiap perkara yang diterima di pengadilan harus melalui proses mediasi, kecuali perkara yang diselesaikan melalui prosedur penadilan niaga, pengadilan hubungan industrial, keberatan atas putusan komisi pengawas persaingan usaha, keberatan atas putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen, permohonan pembatalan putusan arbitrase, keberatan atas putusan Komisi informasi, penyelesaian perselisihan partai politik, sengketa yang diselesaikan melalui tata cara gugatan sederhana, dan sengketa lain yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaian dalam ketentuan peraturan perundang-undangan (Perma No. 1 Tahun 2016 pasal (4)). Perma tersebut terdiri dari 9 bab dan 39 pasal yang keseluruhannya mengatur tentang pelaksanaan mediasi di pengadilan. Mediasi ini merupakan salah satu alternative dalam penyelesaian perkara dilingkungan peradilan yang prosesnya lebih cepat dan murah, serta dapat memberikan akses yang lebih besar kepada para pihak menemukan penyelesaian yang memuaskan dan memenuhi rasa keadilan.

Mediasi ini dilakukan sebagai tahap awal proses persidangan (setelah sidang pertama), dimana hakim mediator atau mediator akan memproses sebuah perkara setelah

sebelumnya diberitahu oleh Ketua Majelis (Perma No. 1 Tahun 2016 pasal 20). Sejak penetapan perintah melakukan Mediasi dan penunjukan mediator maka pemeriksaan perkara selanjutnya berada ditangan mediator, baik proses pemanggilan maupun persidangan. Hasil dari proses mediasi hanya ada dua kemungkinan yaitu berhasil (kemudian dibuatkan akta perdamaian) dan tidak berhasil. Dalam keadaan terakhir, seluruh proses mediasi maupun materinya tidak dapat dipertimbangkan dalam persidangan perkara berikutnya (Perma No. 1 Tahun 2016 pasal 35).

b. Prinsip Mediasi

Peraturan perundang-undangan menjelaskan beberapa prinsip mediasi, antara lain : Prinsip *pertama*, kerahasiaan (*confidentiality*), yaitu bahwasanya segala sesuatu yang terjadi di dalam pertemuan yang diselenggarakan oleh mediator dan *disputants* (pihak-pihak yang bertikai) bersifat rahasia. Prinsip ini juga disebutkan dalam Perma No. 1 Tahun 2016 pasal 5 ayat (1) tentang sifat proses mediasi yaitu yang secara tegas menyatakan bahwa proses mediasi pada dasarnya tertutup kecuali para pihak menghendaki lain.

Prinsip *kedua*, sukarela (*volunter*), masing-masing pihak yang bertikai datang ke mediasi atas keinginan dan kemauan mereka sendiri secara sukarela dan tidak ada paksaan dan tekanan dari pihak-pihak lain atau pihak luar. Prinsip sukarela ini dibangun atas dasar bahwa orang akan mau bekerja sama untuk menemukan jalan keluar dari persengketaan mereka, bila mereka datang ketempat perundingan atas pilihan mereka sendiri.

Prinsip *ketiga*, pemberdayaan para pihak (*individual empowerment*), bahwa dalam proses mediasi para pihak yang bersengketa didorong untuk sedapat mungkin

menemukan sendiri solusi terbaik permasalahan mereka. Perma No.1 Tahun 2016 Pasal 14huruf j menjelaskan bahwa mediator memfasilitasi dan mendorong para pihak untuk menelusuri dan menggali kepentingan mereka, mencari berbagai pilihan penyelesaian yang terbaik bagi para pihak, dan bekerja sama mencapai penyelesaian . Dalam pasal ini secara tidak langsung menjelaskan adanya prinsip pemberdayaan. Hal ini didasarkan pada asumsi bahwa kedua belah pihak mempunyai kemampuan untuk menegosiasikan masalah mereka sendiri dan dapat mencapai kesepakatan yang mereka inginkan. Kemampuan mereka dalam hal ini harus diakui dan dihargai, oleh karena itu setiap solusi atau jalan penyelesaian sebaiknya tidak dipaksakan dari luar tetapi harus muncul dari pemberdayaan terhadap masing-masing pihak (*disputants*) karena hal ini akan lebih memungkinkan bagi keduanya untuk menerimanya.

Prinsip *keempat*, netralitas atau ketidakberpihakan (*impartiality*), dalam Perma No.1 Tahun 2016 pasal 1 ayat (2) menjelaskan bahwa mediator adalah hakim atau pihak lain yang memiliki Sertifikat Mediator sebagai pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian. Artinya, seorang mediator sebagai pihak ketiga yang merancang dan memimpin jalannya proses mediasi harus bersikap netral dan tidak memihak. Dalam melaksanakan tugasnya, seorang mediator tidak diperkenankan untuk berpihak yang atau mengemukakan pertanyaan, berpendapat atau berperilaku yang bisa ditafsirkan sebagai pemihakan kepada salah satu pihak yang bersengketa.

Prinsip *kelima*, solusi yang unik (*a unique solution*), bahwasanya solusi yang dihasilkan dari proses mediasi tidak 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-konsep pemberdayaan masing-masing pihak.⁴¹

c. Pengertian Mediator

Mediator adalah hakim atau pihak lain yang memiliki Sertifikat Mediator sebagai pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian (Perma No. 1 Tahun 2016 pasal 1 ayat (2)). Berjalannya mediasi tidak terlepas dari peran seorang mediator. Sebagai pihak ketiga yang netral, independent, tidak memihak, ahli dibidang yang disengketakan guna membantu para pihak dalam mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa.

a. Syarat-Syarat Mediator

Syarat bagi seorang mediator dapat dilihat dari dua sisi, yaitu *internal mediator* dan *eksternal mediator*.⁴² Sisi internal berkaitan dengan dengan kemampuan personal mediator dalam menjalankan misinya menjembatani dan mengatur proses mediasi, sehingga para pihak berhasil mencapai kesepakatan yang dapat mengakhiri persengketaan mereka.

Persyaratan *internal*, antara lain:

Pertama, kemampuan membangun kepercayaan para pihak, yaitu sikap yang harus ditunjukkan mediator kepada para pihak bahwa ia tidak memiliki kepentingan apapun terhadap penyelesaian sengketa. mediator hanya membantu para pihak untuk

⁴¹ Muslih MZ "Pengantar Mediasi: Teori dan Praktek" dalam Mukhsin Jamil (ed), *Mengelola Konflik Membangun Damai*, Semarang: WMC (Walisongo Mediation Center), 2007, h. 111

⁴² Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat Dan Hukum Nasional*, Jakarta: Kencana, 2009, h. 59-65

mengakhiri persengketaan, mengingat setiap manusia secara fitrah ingin bebas dari konflik dan persengketaan.

Kedua, mediator harus menunjukkan sikap empati kepada para pihak, bahwa dirinya memiliki rasa peduli terhadap persengketaan yang mendera kedua belah pihak. Rasa empati ini ditunjukkan mediator dengan berusaha secara sungguh-sungguh mencari jalan keluar, agar para pihak dapat menyelesaikan sengketanya.

Ketiga, tidak meghakimi, seorang mediator bukanlah seorang hakim yang dapat memutus sengketa berdasarkan fakta-fakta hukum. Ia hanyalah menengahi, mendorong dan membantu para pihak mencari penyelesaian terhadap sengketa mereka. Peran mediator disini adalah menjaga agar proses mediasi berjalan dengan baik, melalui pengendalian pertemuan dan menjaga aturan main yang telah disepakati bersama kedua belah pihak.

Keempat, memberikan reaksi positif terhadap setiap pernyataan para pihak walaupun pernyataan tersebut tidak ia setujui. Mediator tidak boleh membantah secara langsung atau menyatakan bahwa pernyataan tersebut tidak tepat, tetapi ia harus memberikan penghargaan terhadap ide dan pernyataan apapun dari para pihak. Sedangkan dari sisi *eksternal* berkaitan dengan persyaratan formal yang harus dimiliki mediator dalam hubungannya dengan sengketa yang ia tangani, antara lain:

Pertama, keberadaan mediator disetujui oleh kedua belah pihak. Ini merupakan syarat utama yang harus dipenuhi oleh seorang mediator, jika salah satu pihak tidak menyetujui keberadaan seseorang sebagai mediator, maka tidak akan terjadi mediasi. Mediator hadir atas kepercayaan para pihak kepada dirinya, bahwa ia dianggap mampu membantu para pihak dalam menyelesaikan sengketa mereka.

Kedua, tidak mempunyai hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak yang bersengketa. Mediator adalah orang yang netral dan independent dalam menjalankan mediasi. Ia tidak boleh mempunyai hubungan sedarah atau semenda dengan salah satu pihak karena akan menghilangkan netralitas dalam mencari opsi bagi penyelesaian sengketa.

Ketiga, tidak memiliki kerja dengan salah satu pihak. Keterkaitan mediator dengan pekerjaan salah satu pihak akan membawa dampak tidak objektif dalam proses mediasi. Hal ini bisa mempengaruhi mediator bertindak netral dalam mencari dan menawarkan solusi.

Keempat, tidak mempunyai kepentingan finansial, atau kepentingan lain terhadap kesepakatan para pihak. Mediator harus benar-benar menjamin bahwa proses mediasi yang dilakukan bebas dari kepentingan finansial maupun nonfinansial terhadap proses mediasi. Ia tidak mempunyai kepentingan material apa pun terhadap mediasi, baik mediasi tersebut berhasil ataupun gagal.

Kelima, tidak memiliki kepentingan terhadap proses perundingan maupun hasilnya. Dalam menjalankan proses mediasi tahap demi tahap, mediasi dituntut untuk selalu menjaga independensinya sampai pada penyelesaian akhir sengketa. Ia harus mampu menunjukkan netralitas kepada para pihak sejak awal sampai akhir, karena bila ia mengabaikan hal ini, kemungkinan besar mediasi akan gagal ditengah jalan.

b. Peran Mediator

Mediator memiliki peran menentukan dalam suatu proses mediasi. Gagal tidaknya mediasi juga sangat ditentukan oleh peran yang ditampilkan seorang mediator. Dalam

praktek sering ditemukan sejumlah peran mediator yang muncul ketika proses mediasi berjalan, peran tersebut antara lain:

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.
5. Membantu para pihak mengumpulkan informasi penting dan menciptakan pilihan-pilihan untuk memudahkan penyelesaian problem.⁴³

Mediator sebagai pihak yang netral dapat menampilkan peran sesuai kapasitasnya. Mediator dapat menjalankan perannya mulai dari peran terlemah sampai peran terkuat.

Sisi peran terlemah ditampilkan bila dalam proses mediasi ia hanya melakukan hal-hal sebagai berikut:⁴⁴

- d. Penyelenggaraan pertemuan
- e. Pemimpin diskusi rapat
- f. Pemelihara atau penjaga aturan perundingan agar proses perundingan berlangsung secara baik.
- g. Pengendali emosi para pihak
- h. pendorong para pihak yang kurang mampu atau segan mengemukakan pandangannya.

⁴³*Ibid.*, h. 79

⁴⁴ Susanti Adi Nugroho, *Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Jakarta: Telaga Ilmu Indonesia, 2009, h. 65

Sedangkan sisi peran yang kuat mediator adalah apabila dalam perundingan mediator mengerjakan hal-hal sebagai berikut:⁴⁵

1. Mempersiapkan dan membuat notulen.
2. Merumuskan titik temu atau kesepakatan dari para pihak.
3. Membantu para pihak agar menyadari bahwa sengketa bukanlah sebuah pertarungan untuk dimenangkan, akan tetapi sengketa tersebut harus diselesaikan.
4. Menyusun dan mengumpulkan alternatif pemecahan masalah
5. Membantu para pihak menganalisa alternatif pemecahan masalah
6. Membujuk para pihak untuk menerima usulan tertentu.

c. Kewenangan dan Tugas Mediator

Mediator memiliki sejumlah kewenangan dan tugas dalam menjalankan proses mediasi, tugas dan kewenangan tersebut diperoleh dari para pihak dimana mereka "mengizinkan dan setuju" adanya pihak ketiga dalam penyelesaian sengketa.

Kewenangan mediator yaitu terdiri atas: mengontrol proses dan menegaskan aturan dasar; mempertahankan struktur dan momentum dalam negosiasi; mengakhiri proses bilamana mediasi tidak produktif lagi.

Adapun tugas mediator adalah:⁴⁶

1. Melakukan diagnosis konflik.
2. Mengidentifikasi masalah serta kepentingan-kepentingan kritis para pihak.
3. Menyusun agenda.
4. Memperlancar dan mengendalikan komunikasi.

⁴⁵*Ibid*, h. 66

⁴⁶ Syahrizal Abbas, *Op. Cit.* h. 86-90

5. Menyusun dan merangkaikan kembali tuntutan (*positional claim*) para pihak, menjadi kepentingan sesungguhnya dari para pihak.
6. Mengubah pandangan *egoisentris* masing-masing pihak menjadi pandangan yang mewakili semua pihak.
7. Berusaha mengubah pandangan parsial (berkatat definisi tertentu) para pihak mengenai suatu permasalahan ke pandangan yang lebih universal sehingga dapat diterima kedua belah pihak.
8. Memasukkan kepentingan kedua belah pihak dalam pendefinisian permasalahan.
9. Menyusun proposisi mengenai permasalahan para pihak dalam bahasa dan kalimat yang tidak menunjukkan unsur emosional.
10. Mediator bertugas menjaga pernyataan para pihak agar tetap berada dalam kepentingan yang sesungguhnya (*underlain interest*) dan tidak berubah menjadi suatu tuntutan (*claim*) yang kaku, sehingga pembahasan dan negosiasi dapat dilakukan dalam kerangka yang saling menguntungkan para pihak.

Mediator disini dapat dipilih seorang maupun lebih mediator yang tercatat dalam Daftar Mediator di Pengadilan (Perma No. 1 Tahun 2016 pasal 19 ayat (1)). Mediator pada dasarnya wajib memiliki sertifikat mediator yang diperoleh setelah mengikuti diklat yang diselenggarakan oleh lembaga yang terakreditasi oleh Mahkamah Agung. Berdasarkan keputusan ketua Pengadilan, hakim tidak bersertifikat dapat menjalankan fungsi mediator dalam hal tidak ada atau terdapat keterbatasan jumlah mediator bersertifikat (Perma No. 1 Tahun 2016 pasal 13).

d. Prosedur Mediasi

Mediasi juga memiliki prosedur-prosedur baku,. Pada dasarnya tertutup kecuali para pihak menghendaki lain (Perma No. 1 Tahun 2016 pasal 5 ayat (1)). Sebagaimana disebutkan dalam perma tentang proses mediasi disini ada dua tahap, yaitu tahap pra mediasi dan tahap mediasi.

1. Tahap Pra Mediasi

Tahap pra mediasi dalam Perma No.1 Tahun 2016 lebih tepatnya disebutkan dalam bab IV. Yaitu dalam pasal 17 menyatakan bahwa pada hari sidang yang telah ditentukan dan dihadiri oleh para pihak, hakim mewajibkan para pihak untuk menempuh mediasi. Hakim Pemeriksa Perkara wajib menjelaskan prosedur mediasi kepada para pihak. Keterangan mengenai penjelasan oleh Hakim Pemeriksa Perkaradan penandatanganan formulir penjelasan mediasi kepada para pihak yang memuat pernyataan bahwa para pihak memperoleh penjelasan prosedur mediasi secara lengkap dari Hakim Pemeriksa Perkara; memahami dengan baik prosedur mediasi; dan bersedia menempuh mediasi dengan iktikad baik wajib dimuat dalam berita acara sidang. Selanjunya pasal 19, hak para pihak untuk memilih mediator, mediator dapat dipilih seorang atau lebih mediator yang tercatat dalam Daftar Mediator di Pengadilan. Jika dalam proses mediasi terdapat lebih dari satu orang mediator, pembagian tugas mediator ditentukan dan disepakati oleh para mediator. Ketentuan tentang daftar mediator diatur dalam Keputusan Ketua Mahkamah Agung. Profesi bukan hukum yang dianggap menguasai atau berpengalaman dalam pokok perkara. Untuk memudahkan para pihak memilih mediator, ketua pengadilan menyediakan daftar mediator yang memuat sekurang-kurangnya lima nama mediator dan disertai dengan latarbelakng atau

pengalaman para mediator. Setelah memilih mediator, para pihak menyampaikan mediator pilihan mereka kepada Hakim Pemeriksa Perkara. Para pihak jika gagal menyampaikan mediator terpilih, maka ketua majelis Hakim Pemeriksaan Perkara segera menunjuk Mediator Hakim atau Pegawai Pengadilan. Ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara menunjuk hakim bukan pemeriksa perkara yang bersertifikat untuk menjalankan fungsi mediator. Jika para pihak telah memilih mediator atau ketua majelis Hakim Pemeriksaan Perkara menunjuk mediator maka ketua majelis menerbitkan penetapan yang memuat perintah untuk melakukan mediasi dan menunjuk mediator. Selanjutnya Hakim Pemeriksaan Perkara memberitahukan penetapan tersebut kepada mediator melalui panitera pengganti. Hakim pemeriksa perkara wajib menunda proses persidangan untuk memberikan kesempatan kepada para pihak menempuh mediasi (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 20). Apabila penggugat dinyatakan tidak beritikad baik dalam proses mediasi maka gugatan dinyatakan tidak dapat diterima oleh Hakim Pemeriksa Perkara (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 22 ayat (1)).

Dalam proses ini dianjurkan seorang mediator untuk terlebih dahulu mendalami terhadap apa yang menjadi pokok sengketa para pihak yang akan dibicarakan dalam mediasi tersebut. Dan pada tahap ini juga mediator biasanya mengkonsultasikan dengan para pihak tentang tempat dan waktu mediasi, identitas pihak yang akan hadir, durasi waktu dan sebagainya.

Selain dari itu, seorang mediator harus memahami dirinya sebagai orang yang berperan untuk menyelesaikan sengketa diantara para pihak yang bersengketa. Peran mediator dalam suatu mediasi antara lain mengontrol proses dan menegakkan aturan dasar dalam mediasi, menumbuhkan dan mempertahankan kepercayaan diantara para

pihak, mendorong suasana komunikasi yang baik antara para pihak, membantu para pihak dalam menghadapi situasi dan kenyataan, dan mengakhiri proses mediasi bila sudah tidak produktif lagi.⁴⁷

Sebelum rapat dimulai antara mediator dan para pihak, mediator menciptakan atau membentuk forum. Setelah forum terbentuk rapat bersama, pada saat itu moderator akan mengeluarkan pernyataan pendahuluan dan melakukan tindakan awal, yakni melakukan perkenalan diri dan perkenalan para pihak, menjelaskan kedudukan dia sebagai moderator, menjelaskan peran dan wewenangnya, menjelaskan aturan dasar tentang proses, aturan kerahasiaan dan ketentuan rapat, menjawab pertanyaan-pertanyaan para pihak dan bila telah sepakat akan melanjutkan perundang-undangan maka ia harus mengikuti semua aturan yang berlaku.⁴⁸

2. Tahap Mediasi

Setelah melampaui tahapan pra mediasi selanjutnya masuk ke tahap mediasi. Secara garis besar prosedur mediasi tersebut adalah:

Pertama, yang mana pada sidang pertama, hakim mewajibkan para pihak pada hari itu juga atau paling lama dua hari kerja berikutnya untuk berunding memilih mediator (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 20 ayat (1)).

Kedua, para pihak segera menyampaikan mediator terpilih kepada Hakim Pemeriksa Perkara. (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 20 ayat (2)).

Ketiga, para pihak jika gagal menyepakati mediator terpilih, maka ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara segera menunjuk hakim bukan pemeriksa perkara yang bersertifikat. Kalau tidak ada, maka ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara menunjuk

⁴⁷ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, Jakarta: Kencana, cet ke-3, 2005, h. 177

⁴⁸ *Ibid*, h. 178.

salah satu Hakim Pemeriksa perkara untuk menjalankan fungsi mediator dengan mengutamakan yang bersertifikat (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 20 ayat (3) dan (4)).

Keempat, paling lama lima hari kerja setelah mediator disepakati, para pihak dapat menyerahkan resume perkara kepada satu sama lain dan kepada mediator (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 24 ayat (1)).

Kelima, proses mediasi berlangsung paling lama 30 hari kerja sejak penetapan perintah melakukan mediasi, dan atas dasar kesepakatan para pihak dapat diperpanjang paling lama 30 hari terhitung sejak berakhir jangka waktu mediasi tersebut (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 24).

Keenam, mediator wajib menyatakan mediasi tidak berhasil dan memberitahukan secara tertulis kepada Hakim Pemeriksa Perkara, jika para pihak tidak menghasilkan kesepakatan sampai batas waktu paling lama 30 hari serta perpanjangan waktunya dan para pihak dinyatakan tidak beritikad baik yaitu menghadiri pertemuan mediasi tetapi tidak mengajukan dan/atau tidak menanggapi Resume Perkara pihak lain, dan/atau tidak menandatangani konsep Kesepakatan Perdamaian yang telah disepakati tanpa alasan sah (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 32 ayat (1)).

Ketujuh, jika dicapai kesepakatan dalam mediasi, para pihak dan mediator menandatangani rumusan kesepakatan. Dalam membantu merumuskan Kesepakatan Perdamaian, mediator wajib memastikan Kesepakatan Perdamaian tidak memuat ketentuan yang bertentangan dengan hukum, ketertiban umum dan/atau kesusilaan; merugikan pihak ketiga; atau tidak dapat dilaksanakan. Para pihak wajib menyampaikannya dalam sidang yang ditentukan dan dapat minta kesepakatan tersebut dikuatkan dalam bentuk akta perdamaian. Jika ada salah satu pihak tidak menghendaki

kesepakatan itu dikuatkan dalam bentuk akta perdamaian, kesepakatan harus memuat klausula pencabutan gugatan. Mediator wajib melaporkan keberhasilan mediasi kepada Hakim Pemeriksa Perkara secara tertulis dengan melampirkan Kesepakatan Perdamaian (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 27).

Kedelapan, mediator wajib menyatakan mediasi tidak berhasil mencapai kesepakatan secara tertulis kepada Hakim Pemeriksa Perkarajika dalam waktu yang ditentukan, dan para pihak dinyatakan tidak beritikad baik. Segera setelah itu Hakim Pemeriksaan Perkara menerbitkan penetapan untuk melanjutkan pemeriksaan perkara sesuai dengan ketentuan hukum acara yang berlaku (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 32).

Kesembilan, hakim tetap berwenang untuk terus mengupayakan perdamaian hingga sebelum pengucapan putusan. Jika para pihak berkeinginan untuk damai, maka ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara segera menunjuk salah seorang Hakim Pemeriksa Perkara yang bersertifikat untuk menjalankan fungsi mediator. Lalu Hakim Pemeriksa Perkara wajib menunda persidangan paling lama 14 hari yang terhitung sejak penetapan (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 33).

Kesepuluh, Sejak penetapan perintah melakukan Mediasi dan penunjukan mediator maka pemeriksaan perkara selanjutnya berada ditangan mediator, baik proses pemanggilan maupun persidangan. Hasil dari proses mediasi hanya ada dua kemungkinan yaitu berhasil (kemudian dibuatkan akta perdamaian) dan tidak berhasil. Dalam keadaan terakhir, seluruh proses mediasi maupun materinya tidak dapat dipertimbangkan dalam persidangan perkara berikutnya, catatan mediator wajib dimusnahkan, mediator tidak dapat menjadi saksi dan tidak dapat dikenai pertanggungjawaban pidana maupun perdata (Perma No.1 Tahun 2016 pasal 35).

Dalam tahap pelaksanaan mediasi, yang dilakukan adalah pembentukan forum yaitu dimana sebelum dimulai antara mediator dan para pihak menciptakan atau membentuk forum. Setelah forum terbentuk diadakan rapat bersama dan mediator mengeluarkan pernyataan pendahuluan.⁴⁹

Setelah itu dilanjutkan dengan pengumpulan dan pembagian informasi, dimana mediator memberikan kesempatan kepada para pihak untuk berbicara tentang fakta dan posisi menurut versinya masing-masing. Mediator bertindak sebagai pendengar yang aktif dan dapat mengemukakan pertanyaan-pertanyaan dan harus juga menerapkan aturan keputusan dan sebaliknya mengontrol interaksi para pihak. Dalam tahapan ini mediator harus memperhatikan semua informasi yang disampaikan masing-masing pihak, karena masing-masing informasi tentulah merupakan kepentingan-kepentingan yang selalu dipertahankan oleh masing-masing pihak agar pihak lain menyetujuinya. Dalam menyampaikan fakta para pihak juga mempunyai gaya yang berbeda-beda, hal-hal seperti itulah yang harus diperhatikan oleh mediator.

Setelah pengumpulan dan pembagian data maka langkah ketiga dilanjutkan dengan negosiasi pemecahan masalah. Yaitu diskusi dan tanggapan terhadap informasi yang disampaikan oleh masing-masing pihak. Para pihak mengadakan tawar menawar (negosiasi diantara mereka).

Alokasi yang terbesar dalam mediasi biasanya terjadi pada tahap negosiasi, karena dalam negosiasi ini membicarakan masalah krusial yang diperselisihkan. Pada

⁴⁹ Yang harus diperhatikan mediator dalam tahap ini adalah: (1) melakukan perkenalan diri dan dilanjutkan perkenalan para pihak (2) menjelaskan kedudukan peran dan wewenang sebagai mediator (3) menjelaskan aturan dasar tentang proses aturan kerahasiaan dan ketentuan rapat (4) menjawab pertanyaan-pertanyaan para pihak (5) bila para pihak sepakat untuk melanjutkan mediator harus meminta komitmen para pihak untuk mengikuti semua peraturan yang berlaku. Joni Emerzon, *Alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2001, h. 81

tahap ini terbuka kemungkinan terjadi perdebatan bahkan dapat terjadi keributan antara para pihak yang bersengketa. Seorang mediator harus bisa menjalin kerja sama dengan para pihak secara bersama-sama dan terpisah untuk mengidentifikasi isu-isu, memberikan pengarahan para pihak tentang tawar menawar pemecahan masalah serta mengubah pendirian masing-masing para pihak dari posisi masing-masing menjadi kepentingan bersama.⁵⁰

e. Kelebihan dan Kelemahan Mediasi

Dalam hal tertunggaknya perkara dan ketidakpuasan para pencari keadilan terhadap putusan pengadilan. Mahkamah Agung mencoba mengintegrasikan proses penyelesaian sengketa alternatif (non litigasi) dalam hal ini mediasi ke dalam proses peradilan (litigasi). Yaitu dengan menggunakan proses mediasi untuk mencapai perdamaian pada tahap upaya damai di persidangan dan hal inilah yang biasa disebut dengan lembaga damai dalam bentuk mediasi atau lembaga mediasi.

Ketentuan mediasi peradilan mengacu pada Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No.1 Tahun 2016 tentang prosedur mediasi di pengadilan. Pengintegrasian mediasi ke dalam proses beracara di pengadilan dapat menjadi salah satu instrument efektif mengatasi kemungkinan penumpukan perkara dipengadilan. Selain itu institusionalisasi proses mediasi kedalam sistem peradilan dapat memperkuat dan memaksimalkan fungsi lembaga pengadilan dalam penyelesaian sengketa disamping proses pengadilan yang bersifat memutus (adjudikatif).

⁵⁰Yang bisa dilakukan mediator pada tahap ini yaitu (1) membantu para pihak menaksir, menilai, dan memprioritaskan kepentingan masing-masing (2) memperluas atau mempersempit sengketa bilamana perlu (3) membuat agenda negosiasi (4) memberikan penyelesaian alternatif, Joni Emerzon, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2001, h. 81

Hukum acara yang berlaku baik pasal 130 HIR maupun pasal 154 Rbg, mendorong para pihak untuk menempuh proses perdamaian yang dapat diintensifkan dengan cara mengintegrasikan proses ini.⁵¹

Penyelesaian sengketa melalui jalur mediasi sangat dirasakan manfaatnya, karena para pihak telah mencapai kesepakatan yang mengakhiri persengketaan mereka secara adil dan saling menguntungkan. Bahkan dalam mediasi yang gagal pun, dimana kedua belah pihak belum mencapai kesepakatan, sebenarnya telah dirasakan manfaatnya. Ketersediaan para pihak bertemu dalam suatu proses mediasi, paling tidak telah mampu mengklarifikasikan akar persengketaan dan mempersempit perselisihan diantara mereka.

Hal ini menunjukkan bahwa mediasi dapat memberikan sejumlah keuntungan, keuntungan yang lain yaitu:

1. Mediasi mengurangi kemungkinan penumpukan jumlah perkara yang diajukan ke Pengadilan.
2. Berkurangnya jumlah perkara yang diajukan ke pengadilan akan memudahkan pengawasan apabila terjadi kelambatan atau kesengajaan untuk melambatkan pemeriksaan suatu perkara untuk tujuan tertentu yang tidak terpuji.
3. Berkurangnya jumlah perkara yang diajukan ke pengadilan tersebut juga akan membuat pemeriksaan perkara di pengadilan berjalan cepat.⁵²

⁵¹Penggabungan dua konsep penyelesaian sengketa ini diharapkan mampu saling menutupi kekurangan yang dimiliki masing-masing konsep dengan kelebihan masing-masing konsep. Proses peradilan memiliki kelebihan dalam ketetapan hukum yang mengikat, akan tetapi berbelit-belitnya proses acara yang harus dilalui sehingga akan memakan waktu, biaya dan tenaga yang tidak sedikit yang harus ditanggung oleh para pihak untuk penentuan proses penyelesaian mediasi mempunyai kelebihan dalam keterlibatan para pihak dalam penentuan proses penyelesaian sehingga prosesnya lebih sederhana, murah, cepat dan sesuai dengan keinginan. Akan tetapi kesepakatan yang dicapai tidak memiliki ketetapan hukum yang kuat sehingga bila dikemudian hari salah satu pihak dari pihak menyalahi kesepakatan yang telah dicapai maka pihak lain akan mengalami kesulitan bila ingin mengambil tindakan hukum. Lihat tinjauan proses penyelesaian sengketa Suyud Margono, *ADR (Alternative Dispute Resolution) & Arbitrase Proses Pelembagaan Dan Aspek Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2000, h. 23-33

4. Mediasi akan memfokuskan perhatian para pihak untuk kepentingan mereka secara nyata dan pada kebutuhan emosi dan psikologis mereka, sehingga mediasi bukan hanya tertuju pada hak-hak hukumnya.
5. Mediasi memberikan kesempatan para pihak untuk berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan perselisihan mereka.
6. Mediasi memberikan para pihak kemampuan untuk melakukan kontrol terhadap proses dan hasilnya.
7. Memberikan hasil yang tahan uji dan akan mampu menciptakan saling pengertian yang lebih baik di antara para pihak yang bersengketa karena mereka sendiri yang memutuskan.
8. Mediasi mampu menghilangkan konflik atau permusuhan yang hampir selalu mengiringi setiap putusan yang bersifat memaksa yang dijatuhkan oleh hakim.⁵³

Selain kelebihan atau keuntungan, proses mediasi pun mempunyai sisi kelemahan, yaitu:

- a. Mediasi telah dilakukan sebelum perkaranya didaftarkan ke pengadilan. Dalam hal ini mediator yang menangani kasus tersebut mempunyai tugas berat karena ia harus mengulang upaya damai yang tidak berhasil yang telah dilakukan di luar pengadilan.
- b. Kekuatan eksekusi dari para pihak setelah mencapai kesepakatan. Karena kesepakatan dicapai secara sukarela, oleh karena itu proses mediasi akan efektif apabila diterapkan pada para pihak yang benar-benar sukarela menghendaki penyelesaian melalui mediasi. Dengan demikian proses mediasi sangat tergantung

⁵²Akhmad Arif Junaidi "Mediasi Dalam Peraturan Perundangan di Indonesia" dalam Mukhsin Jamil (ed), *Mengelola Konflik Membangun Damai*, Semarang: WMC (Walisongo Mediation Center), 2007, h. 234.

⁵³ Syahrizal Abbas, *Loc. Cit*, h. 26.

pada kehendak para pihak yang mau menyelesaikan sengketa secara musyawarah, damai, cepat, dan murah.