

BAB II LANDASAN TEORI

A. Teori *Ishlah* (mendamaikan)

Secara istilah, *Ishlah* adalah upaya yang dilakukan untuk menghilangkan terjadinya kerusakan, dan perpecahan antara manusia dan melakukan perbaikan dalam kehidupan manusia sehingga tercipta kondisi yang aman, damai, dan sejahtera dalam kehidupan masyarakat.¹⁵ Karena itu, dalam terminologi Islam secara umum, *Ishlah* dapat diartikan sebagai suatu aktifitas yang ingin membawa perubahan dari keadaan yang buruk menjadi keadaan yang baik.

Ishlah juga dapat difahami sebagai suatu tindakan atau gerakan yang bertujuan untuk merubah keadaan masyarakat yang rusak akhlak dan akidah, menyebar ilmu pengetahuan dan memerangi kejahilan. *Ishlah* juga menghapus bid'ah dan khurafat yang memasuki agama dan mengukuhkan akidah tauhid. Dengan ini manusia akan benar-benar menjadi hamba Allah Swt yang menyembah-Nya. Masyarakat Islam juga menjadi masyarakat yang memandu kearah keadilan dan persamaan.¹⁶

Menurut syariat Islam, tujuan *Ishlah* adalah untuk mengakhiri konflik dan perselisihan sehingga mereka dapat menciptakan hubungan dalam kedamaian dan penuh persahabatan. Dalam hukum Islam, *Ishlah* adalah bentuk kontrak yang secara legal mengikat pada tingkat individu dan

¹⁵ Choirul Fuad Yusuf, *Kamus Istilah Keagamaan*, (Jakarta: Puslitbang Lektur, 2014), h. 72

¹⁶ Khairudin bin said dkk, *Pemikiran Ishlah Yusuf Ahmad Lubis Di Indonesia: Analisis Berdasarkan Korpus*, dalam buku *Tajdid dan Ishlah*, (Kuala Lumpur: Organizer Department of Islamic History and Civilazion, 2011), h. 170-171

komunitas. Secara terminologis, istilah *Ishlah* digunakan dengan dua pengertian, yakni proses keadilan restoratif (*restorative justice*) dan penciptaan perdamaian serta hasil atau kondisi actual yang dilahirkan oleh proses tersebut.¹⁷

Sedangkan pengertian *ishlah* menurut beberapa para ahli, menurut Ali Syari'ati, dalam bukunya *immah dan imamah*, membahas kata *Ishlah* ini berkaitan dengan kata *khidmah* (pelayanan). Menurutnya, *Ishlah* adalah melakukan pekerjaan membantu meringankan pekerjaan yang lain sepanjang yang layak mereka kehendaki dan menyelaraskannya dengan apa yang seharusnya mereka rasakan dan apa yang dapat menyampaikan mereka pada kesempurnaan. Sedangkan kata *khidmah* adalah pekerjaan membantu meringankan terhadap yang di abdi sepanjang yang ia inginkan, membutuhkan, merasa nikmat, dan senang di sela-sela pengabdianya.¹⁸

Menurut John O.Voll dalam artikelnya “Pembaharuan dan Perubahan dalam Islam”, mengemukakan bahwa dua dari pengertian-pengertian utama dalam kosa kata Islam tentang kebangkitan adalah kata *Ishlah* dan *Tajdid*. *Ishlah* biasa di terjemahkan sebagai perubahan dan *tajdid* sebagai pembaharuan. Secara berasma-sama kedua kata tersebut mencerminkan suatu tradisi yang berlanjut, yaitu tentang upaya menghidupkan kembali keimanan Islam beserta praktek-prakteknya dalam sejarah komunitas kaum muslimin.¹⁹

¹⁷ Zakiyuddin Bhaidawy, *Pendidikan Agama Berwawasan Multikultural*, (Jakarta: rlangga, 2005), h. 61

¹⁸ Ali Syari'ati, *Immah dan Imamah*, terj. Faishol Hasanuddin (Jakarta: YAPI, 1990), h. 44

¹⁹ John O. Voll, *Pembaharuan dan Perubahan dalam Sejarah Islam*, (Jakarta: Rajawali Press, 1987), h. 22

Dari berbagai definisi *Ishlah* di atas, jelas bahwa makna *Ishlah* digunakan secara luas dan membawa berbagai makna yang mencakup berbagai aspek. Secara teknis *Ishlah* tidak bermaksud mengubah ajaran agama agar sesuai dengan zaman, melainkan manusia itu sendiri yang harus berubah agar sesuai dengan ajaran Islam yang didasarkan pada al-Qur'an dan Sunah Nabi Muhammad Saw.²⁰

Berbagai ayat yang menjelaskan tentang *Ishlah*, akan di deskripsikan beberapa ayat yang berkaitan dengan pembahasan dalam penelitian ini. Ayat-ayat tersebut antara lain sebagai berikut:

1. Q.S Al-Hujurat ayat 9

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

“Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya”

Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! Tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. Kalau dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil.”

Ishlah yang terdapat dalam ayat ini adalah upaya untuk menghentikan kerusakan atau meningkatkan kualitas sesuatu sehingga manfaatnya lebih banyak lagi. Jika hubungan antar dua pihak retak atau terganggu, akan terjadi kerusakan, hilang atau paling tidak berkurangnya

²⁰ Mohammad Zaid Ismail dkk, “*Ishlah And tajdid: The Approach to Rebuilding Islamic Civilizations*”, *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, (Vol. 7, No. 8, 2017), h.182.

kemanfaatan yang dapat diperoleh dari mereka. Hal ini maka perlu diadakan *Ishlah*, yakni perbaikan agar keharmonisan pulih, dengan demikian terpenuhi nilai-nilai bagi hubungan tersebut dan sebagai dampaknya akan lahir aneka manfaat dan kemashlahatan.²¹

2. Q.S An-Nisa ayat 35

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا
إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا

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

Ayat tersebut membahas tentang istilah dalam perkara syiqaq merupakan perselisihan yang berawal dan terjadi pada dua belah pihak suami dan istri secara bersama-sama. Untuk mengatasi kemelut rumah tangga yang meruncing antara suami istri itu, meskipun diduga tidak akan dapat di atasi. Al-Qur'an memerintahkan agar diutus dua orang hakam (juru damai). Pengutusan hakam ini dimaksudkan untuk menelusuri sebab-sebab terjadinya syiqaq dan berusaha mencari jalan keluar guna memberikan penyelesaian terhadap kemelut rumah tangga yang dihadapi oleh kedua suami istri tersebut.²²

Adapun *Ishlah* yang disabdakan oleh nabi Muhammad Saw adalah sebagaimana yang diriwayatkan oleh Abu Daud yang artinya: Dari Abu Hurairah, ia berkata: Rasulullah SAW bersabda, "Perdamaian antara kaum

²¹ M. Quraish Shihab, *Tafsir al Misbah: Pesan, Kesan dan Keserasian al-Qur'an*, (Jakarta: Lentera hati, 2002), volume XII, h. 596

²² M. Quraish Shihab, *Tafsir al Misbah: Pesan.....*, h. 596

muslim dibolehkan, kecuali perdamaian yang menghalalkan perkara yang haram dan perdamaian yang mengharamkan perkara yang halal."²³

Juga hadits yang diriwayatkan oleh At-Tirmidzi dalam kitab Sunan At-Tirmidzi no 1352 yang artinya : Muhammad bin Rasyid menceritakan kepada kami, Sulaiman bin Musa mengabarkan kepada kami dari Amr bin Syu'aib dari ayahnya dari kakeknya bahwa Rasulullah SAW bersabda, "Barangsiapa membunuh seorang mukmin dengan sengaja maka putusnya diserahkan kepadapara wali orang yang terbunuh. Jika mau mereka boleh membunuhnya (dengan cara qishash) dan jika mau mereka juga boleh meminta diyat, yakni 30 unta hiqqah (unta betina yang berumur 3-4 tahun), 30 unta jadza 'ah (unta betina yang berumur 4-5 tahun) dan 40 unta khalifah (unta betina yang sedang bunting atau hamil). Kalaupun ada kesepakatan damai, maka hal itu terserah mereka."²⁴

Juga hadits yang diriwayatkan oleh Abu Daud kitab Sunan Abi Daud no 4919, yang artinya: Dari Abu Darda, Rasulullah SAW bersabda, "Tidakkah kalian ingin aku beritahukan sesuatu yang lebih utama derajatnya daripada puasa, shalat, dan sedekah ?", Para sahabat berkata, "Ya, wahai Rasulullah", Rasulullah bersabda, "mendamaikan orang yang berselisih". Rusaknya hubungan orang yang berselisih adalah pemangkas agama."²⁵

Berdasarkan beberapa hadits di atas, dapat diambil kesimpulan bahwa mediasi dengan tujuan mendamaikan para pihak yang berkonflik merupakan

890 ²³ Imam Abu Daud al-sijistani, *Sunan Abu Dawud*, (Bairut: Maktabah al-Dirasah, 1988), h.

²⁴ Muhammad bin 'Isa, *Sunan At- Tirmidzi*, (Riyadh: Maktabah al-Ma'arif, 1823), h.318

²⁵ Imam Abu Daud al-sijistani, *Sunan Abu Dawud*....., h. 890

hal yang dibolehkan dalam ajaran Islam dan sangat dianjurkan untuk dilakukan selama tidak mengharamkan apa yang Allah halalkan atau menghalalkan apa yang Allah haramkan, termasuk upaya mediasi dalam menyelesaikan urusan konflik sengketa akibat perceraian kaum muslimin. Dengan demikian, memediasi perkara akibat sengketa perceraian dengan tujuan menghindari terjadinya tidak terpenuhinya hak mantan istri dan anak yang bertentangan dengan prinsip ajaran Islam. Bila digunakan sebagai alternatif penyelesaian sengketa akibat perceraian, mediasi memiliki nilai kemashlahatan yang tinggi dan banyak memberikan manfaat bagi kedua belah pihak maupun bagi umat Islam secara umum.

Mediasi atau *ishlah* dalam bahasa Inggris disebut "*Mediation*" yang berarti penyelesaian sengketa dengan menengahi. Sedangkan mediator adalah orang yang menjadi penengah dalam menyelesaikan sengketa.²⁶

Menurut *Tolberg* dan *Taylor* yang dimaksud dengan mediasi adalah suatu proses dimana para pihak dengan bantuan seseorang atau beberapa orang secara sistematis menyelesaikan permasalahan yang disengketakan untuk mencari alternatif dan dapat mencapai penyelesaian yang dapat mengakomodasi kebutuhan mereka.²⁷

Hal yang sama juga dikemukakan oleh *Christopher W. More* bahwa, mediasi adalah intervensi dalam sebuah sengketa atau negosiasi oleh pihak

²⁶ John Echols dan Hasan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, cet. Ke XXV, (Jakarta: Garamedia Pustaka Utama, 2003), h.175.

²⁷ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2016), h.175.

ketiga yang bisa diterima pihak yang bersengketa bukan merupakan bagaian dari kedua belah pihak dan bersifat netral. Pihak ketiga ini tidak mempunyai wewenang untuk mengambil keputusan. Dia bertugas untuk membantu pihak-pihak yang bertikai agar secara sukarela mau mencapai kata sepakat yang diterima oleh masing-masing pihak dalam sebuah persengketaan.²⁸

Menurut Joni Emerzon mediasi adalah upaya menyelesaikan sengketa para pihak dengan kesepakatan bersama melalui mediator yang bersikap netral dan tidak membuat keputusan atau kesimpulan bagi para pihak tetapi menunjang fasilitator untuk terlaksananya dialog antar pihak dengan suasana keterbukaan, kejujuran dan tukar pendapat untuk mencapai mufakat.²⁹

M. Yahya Harahap mendefinisikan mediasi sebagai:

1. Sebagai pihak ketiga yang netral dan tidak memihak (*imparsial*) dan
2. Berfungsi sebagai pembantu atau penolong (*helper*) mencari berbagai kemungkinan atau alternatif penyelesaian sengketa yang terbaik dan saling menguntungkan kepada para pihak.³⁰

Dari segi pragmatis, mediasi merupakan sarana untuk mempertemukan pihak-pihak yang berperkara dengan difasilitasi oleh seorang atau lebih mediator untuk menfilter persoalan-persoalan agar menjadi jernih dan pihak-pihak yang bertikai mendapatkan kesadaran akan pentingnya perdamaian antara mereka dengan tujuan utama untuk mencapai perdamaian antara pihak-pihak yang bertikai. Pihak-pihak yang bertikai atau

²⁸ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa*.....h. 80

²⁹ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata*.....h. 176

³⁰ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2007), h. 244

berperkara biasanya sangat sulit untuk mencapai kata sepakat apabila bertemu dengan sendirinya. Titik temu yang selama ini beku mengenai hal-hal yang dipertikaikan itu biasanya bisa menjadi cair apabila ada yang mempertemukan.³¹

Mediasi secara filosofis tersirat dalam Undang-Undang Dasar 1945, bahwa asas penyelesaian sengketa adalah musyawarah untuk mufakat. Disebutkan pula dalam Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 yang telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 sebagaimana juga yang telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, disebutkan dalam penjelasan Pasal 3 ayat 2 yakni:” peradilan negara menerapkan dan menegakan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila”.

Secara etimologi, istilah mediasi berasal dari bahasa latin, *mediare* yang berarti berada di tengah. Pengertian ini lebih mengarah kepada fungsi dan peranan mediator yakni sebagai penengah antara dua orang atau lebih yang saling bersengketa oleh sebab itu, mediator harus mampu menjaga independensi serta menjaga diri dari keberpihakan kepada salah satu pihak agar menumbuhkan kepercayaan antara para pihak yang bersengketa.³²

Garry Goopaster memberikan definisi mediasi sebagai proses negosiasi pemecahan masalah dimana pihak luar yang tidak memihak(*imparsial*) bekerja sama dengan pihak - pihak yang bersengketa

³¹ Made Sukadana, *Mediasi Peradilan*, (JAKARTA: PT. Pretasi Pustaka Karya, 2012), h.159

³² Abdul Mustopa, *Teknik Mediator dalam penyelesaian sengketa*, (Yogyakarta:Ruas Media, 2020), h. 1.

untuk membantu mereka memperoleh kesepakatan perjanjian yang memuaskan.³³

Menurut Rachmadi Usman, mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui perundingan yang melibatkan pihak ketiga yang bersifat netral (nonintervensi) dan tidak berpihak (imparsial) kepada pihak-pihak yang bersengketa. Pihak ketiga tersebut disebut “mediator” atau “penengah” yang tugasnya hanya membantu pihak-pihak yang bersengketa dalam menyelesaikan masalahnya dan tidak mempunyai kewenangan untuk mengambil keputusan. Dengan perkataan lain, mediator di sini hanya bertindak sebagai fasilitator saja. Dengan mediasi diharapkan dicapai titik temu penyelesaian masalah atau sengketa yang dihadapi para pihak, yang selanjutnya akan dituangkan sebagai kesepakatan bersama. Pengambilan keputusan tidak berada di tangan mediator, tetapi di tangan para pihak yang bersengketa.³⁴

Dari beberapa pengertian di atas dapat disimpulkan bahwa perdamaian adalah suatu akad atau perjanjian yang bertujuan untuk mengakhiri pertikaian antara dua belah pihak yang sedang berselisih atau bersengketa secara damai. Kata perdamaian atau *ishlah* merupakan istilah denotatif yang sangat umum, dan istilah ini bisa berkonotasi perdamaian dalam lingkup keharta bendaan, perdamaian dalam lingkup khusumat dan permusuhan,

³³Garry Goopaster, *Negosiasi dan Mediasi: Sebuah Pedoman Negosiasi dan Penyelesaian Sengketa Melalui Negosiasi*, (Jakarta: ELIPS Project, 1993), h. 201.

³⁴Rachmadi Usman, *Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, (Bandung: PT Aditya Bakri, 2003), h. 82

perdamaian dalam urusan rumah tangga, perdamaian antara sesama muslim, dan sebagainya.³⁵

Ada dua jenis mediasi yaitu mediasi di luar pengadilan yang termasuk *Alternative Dispute Resolution* (ADR) dan mediasi di dalam pengadilan (*court connected mediation*).³⁶ Dalam sistem penyelesaian sengketa perdata terdapat tahapan penyelesaian sengketa melalui ruang nonlitigasi (di luar peradilan) sebelum sengketa tersebut diproses di peradilan, penyelesaian nonlitigasi tersebut dibagi dua yaitu Arbitrase dan *Alternative Dispute Resolution* (ADR).³⁷

Perdamaian bukanlah putusan yang ditetapkan atas tanggung jawab hakim, melainkan sebagai persetujuan antara kedua belah pihak atas tanggung jawab mereka sendiri. Perdamaian yang terjadi di muka sidang pengadilan, majelis hakim membuatkan akta perdamaian menurut kehendak pihak-pihak yang berperkara untuk sengketa akibat perceraian. Itulah sebabnya menurut pasal 130 ayat (3) HIR, 154 ayat (3) RBg putusan perdamaian tidak dapat dimintakan banding. Maka, pada sidang pertama yang dihadiri kedua belah pihak, sebelum pembacaan gugatan dari penggugat, hakim wajib memerintahkan para pihak untuk lebih dahulu menempuh mediasi yang dibarengi dengan penundaan pemeriksaan perkara.

Apabila perdamaian di muka sidang pengadilan dapat dicapai, maka acara berakhir dan majelis hakim membuatkan akta perdamaian (certificate

³⁵ Helmi Karim, *Fikih Muamalah*, (Cet. I; Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1993), h.49

³⁶ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*....., h. 243.

³⁷ Adhitya Johan Rahmadan, "Negoisasi dan Mediasi", diakses 3 Oktober 2022 dari <http://pedulihukum.blogspot.com/2012/02/negoisasi-dan-mediasi.html>.

of reconciliation) antara pihak-pihak yang berperkara yang memuat isi perdamaian atau perkara dicabut khusus untuk perkara perceraian, dan majelis hakim memerintahkan para pihak agar mematuhi dan memenuhi isi perdamaian tersebut. Akta perdamaian mempunyai kekuatan berlaku (force of execution) dan dijalankan sama dengan putusan hakim (Pasal 130 ayat (2) HIR, 154 ayat (2) RBg).³⁸

Untuk mengerti secara komprehensif mengenai mediasi, menurut Siddiki perlu dipahami tentang 3 (tiga) aspek dari mediasi sebagai berikut:

1. Aspek Urgensi/Motivasi dari mediasi adalah agar pihak-pihak yang berperkara menjadi damai dan tidak melanjutkan perkaranya dalam proses pengadilan. Apabila ada hal-hal yang mengganjal yang selama ini menjadi masalah, maka harus diselesaikan secara kekeluargaan dengan musyawarah mufakat. Tujuan utama mediasi adalah untuk mencapai perdamaian antara pihak-pihak yang bertikai. Pihak-pihak yang bertikai atau berperkara biasanya sangat sulit untuk mencapai kata sepakat apabila bertemu dengan sendirinya. Titik temu yang selama ini beku mengenai hal-hal yang dipertikaikan itu biasanya bias menjadi cair apabila ada yang mempertemukan. Maka mediasi merupakan sarana untuk mempertemukan pihak-pihak yang berperkara dengan difasilitasi oleh seorang atau lebih mediator untuk menfilter persoalan-persoalan agar menjadi jernih dan pihak-pihak yang bertikai mendapatkan kesadaran akan pentingnya perdamaian antara mereka.
2. Aspek Prinsip, secara hukum mediasi tercantum dalam PERMA Nomor 01 Tahun 2016 yang mewajibkan setiap hakim, mediator dan para pihak untuk mengikuti prosedur penyelesaian perkara melalui mediasi. Apabila tidak menempuh prosedur mediasi menurut PERMA ini merupakan pelanggaran terhadap Pasal 130 HIR dan atau Pasal 154 Rbg. yang mengakibatkan putusan batal demi hukum. Artinya, semua perkara yang masuk ke pengadilan tingkat pertama tidak mungkin melewati acara mediasi. Karena apabila hal ini terjadi resikonya akan fatal.
3. Aspek Substansi yaitu bahwa mediasi merupakan suatu rangkaian proses yang harus dilalui untuk setiap perkara perdata yang masuk ke Pengadilan. Substansi mediasi adalah proses yang harus dijalani secara sungguh-sungguh untuk mencapai perdamaian. Karena itu diberikan waktu tersendiri untuk melaksanakan mediasi sebelum perkaranya

³⁸ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Bandung:Citra Aditya Bakti, 2000) h. 94.

diperiksa. Mediasi bukan hanya sekedar untuk memenuhi syarat legalitas formal, tetapi merupakan upaya yang sungguh-sungguh yang harus dilakukan oleh pihak-pihak terkait untuk mencapai perdamaian. Mediasi adalah merupakan upaya pihak-pihak yang berperkara untuk berdamai demi kepentingan pihak-pihak itu sendiri. Bukan kepentingan Pengadilan atau hakim, juga bukan kepentingan mediator. Sehingga dengan demikian segala biaya yang timbul karena proses mediasi ini ditanggung oleh pihak-pihak yang berperkara.³⁹

Dalam kamus istilah hukum terdapat pengertian mediasi yang berbeda, begitu pula para ahli hukum memberikan pengertian yang berbeda-beda. Untuk memudahkan dalam memahami pengertian mediasi, penulis berpendapat bahwa untuk kemudahan dalam memahami mediasi dapat dilakukan dengan mengetahui unsur-unsur yang terdapat dalam mediasi sebagai berikut : metode alternatif penyelesaian sengketa, bersifat non litigasi, menggunakan jasa mediator dan kesepakatan sesuai keinginan para pihak.

B. Kewajiban Suami terhadap istri pasca perceraian

Menurut Muhammad Syaifuddin dalam bukunya, kewajiban suami yang telah menjatuhkan talak terhadap istrinya sebagai berikut :

- 1) Memberi *mut`ah* kepada bekas istri. Suami yang menjatuhkan talak kepada istrinya hendaklah memberikan *mut`ah* pada bekas istrinya itu *mut`ah* itu boleh berupa pakaian, barang-barang atau uang sesuai dengan keadaan dan kedudukan suami. Dalam hal ini perempuan boleh minta keputusan kepada hakim menetapkan kadarnya mengingat keadaan dan kedudukan suami.
- 2) Memberi nafkah, pakaian dan tempat kediaman untuk istri yang ditalak itu selama ia masih dalam keadaan *iddah*. Apabila habis masa *iddahnya*, maka habislah kewajiban memberi nafkahnya, pakaian dan tempat kediaman.

³⁹ Siddiki, *Mediasi di Pengadilan dan Asas Peradilan Sederhana, Cepat, dan Biaya Ringan*. Artikel di akses pada tanggal 3 Oktober 2022 dari <http://www.badilag.net/artikel/mediasi>.

- 3) Membayar atau melunaskan mas kawin. Apabila suami menjatuhkan talak kepada istrinya, maka wajiblih membayarkan atau melunaskan mas kawin, itu sama sekali.
- 4) Membayar nafkah untuk anak-anaknya, suami yang menjatuhkan talak kepada istrinya wajib membayar nafkah untuk anak-anaknya yaitu belanja untuk memelihara dan keperluan pendidikan anak-anaknya itu, sekedar yang patut menurut kedudukan suami. Kewajiban memberi nafkah anak-anak itu harus terus menerus sampai anak baligh. lagi berakal bekas istrimu mempunyai anak, maka berilah upah mereka itu.⁴⁰

Sedangkan berdasarkan Kompilasi Hukum Islam, jika terjadi perceraian antara suami istri melalui Pengadilan Agama, maka mantan istri berhak sebagai berikut :

- 1) *Mut'ah* yang layak bekas suaminya, baik berupa uang atau benda, kecuali bekas istri tersebut *Qabla al dukhul*.
- 2) Nafkah, *maskan* dan *kiswah* kepada bekas istri selama dalam *iddah*, kecuali bekas istri telah dijatuhi *thalak bain* atau *nusyuz* dan dalam keadaan tidak hamil.
- 3) Pelunasan mahar yang masih terhutang seluruhnya dan separuh apabila *Qabla al dukhul*.
- 4) Biaya *hadhanah* untuk anak-anaknya yang belum berumur 21 tahun.
- 5) Berhak atas nafkah lampau, apabila selama perkawinan tersebut, suami tidak memberi nafkah
- 6) Perempuan berhak untuk mendapatkan pula hak *hadhanah* bagi anak yang belum berumur 12 tahun.
- 7) Berhak atas $\frac{1}{2}$ (satu per dua) atas harta bersama

⁴⁰ Amir Syarifuddin, *Garis-Garis Besar Fiqh*, (Jakarta: Kencana, 2003),h. 463.

Setelah terjadinya putusnya perkawinan antara suami-istri dalam segala bentuknya, akan menimbulkan kewajiban-kewajiban baru yang harus dilaksanakan oleh pihak suami kepada mantan istrinya. Kewajiban-kewajiban yang harus dilaksanakan oleh pihak suami pasca cerai inilah yang menjadi hak istri sebagai berikut :

1. Hak Mut'ah

Dalam istilah fiqih hak *mut'ah* dimaksudkan sebagai suatu pemberian suami kepada istri akibat perceraian, sebagai “penghibur”, atau “ganti rugi”. Pasal 1 huruf j KHI dijelaskan *Mut'ah* adalah pemberian mantan suami kepada istri yang dijatuhi talak berupa benda atau uang lainnya. Untuk memenuhi asas manfaat dan mudah dalam pelaksanaan putusan, penetapan *Mut'ah* sebaiknya berupa benda bukan uang, misalnya rumah, tanah atau benda lainnya, agar tidak menyulitkan dalam eksekusi putusan pengadilan.⁴¹

Dalam hukum perkawinan Indonesia *Mut'ah* wajib diberikan jika perkawinan putus karena talak atau inisiatif dari suami, baik berupa uang atau benda, kecuali mantan istri tersebut *qabla al dukhul*.⁴² Tentang *Mut'ah* ditegaskan dalam Pasal 158 bahwa *Mut'ah* wajib diberikan suami dengan syarat: 1) belum ditetapkan mahar bagi istri *qabla al-dukhul* dan 2) perceraian itu atas kehendak suami. *Mut'ah* sunat diberikan oleh mantan suami tanpa syarat tersebut pada Pasal 158.⁴³ Sedangkan jumlah besarnya

⁴¹ Mahkamah Agung Republik Indonesia Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, *Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama Buku II*, h. 148.

⁴² Pasal 149 huruf a KHI

⁴³ Pasal 159 KHI

Mut'ah yang diberikan kepada mantan istri dipertimbangkan oleh hakim disesuaikan dengan kepatutan dan kemampuan suami.⁴⁴

2. Hak Nafkah Iddah

Para ulama mendefinisikan iddah sebagai nama waktu untuk menunggu kesucian seorang istri yang ditinggal mati atau diceraikan oleh suaminya dan apabila belum habis masa tungguannya maka istri tersebut dilarang untuk menikah.⁴⁵

a) Hak mantan istri selama masa iddah

Hak yang dimaksud dalam hal ini adalah kewajiban suami yang menjadi hak istri yang selama masa iddah yaitu : 1) saat suami mentalak istri sebaiknya saat istri dalam keadaan suci, ini berarti talak sunni. Jika suami menjatuhkan talak pada saat istri sedang haid, maka hukumnya haram. 2) suami wajib memberikan tempat tinggal kepada istri yang telah ditalak selama masa iddah atau istri berhak untuk tetap tinggal dirumah suaminya. Tempat tinggal tidak wajib diberikan kepada istri yang tidak dapat rujuk lagi. 3) Untuk istri yang berada dalam masa iddah talak raj'i yang sedang hamil berhak mendapat nafkah lahir dari suaminya. 4) wanita yang *ditalak raj'i* apabila suaminya wafat berhak mendapat harta waris dari suaminya yang wafat, sedangkan wanita yang ditalak 3 tidak berhak mendapatkannya.⁴⁶

⁴⁴ Pasal 160 KHI

⁴⁵ Abd al-Rahman al-Jaziri, *Al-Fiqh ,ala Mazahib al-Arba"ah* (Beirut: Dar al-Fikr, 1986), h. 32.

⁴⁶ Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia: Studi*

b) Hak Istri setelah masa iddah

Sesudah habis masa iddahya istri bebas menentukan apakah ia ingin menikah kembali dengan suaminya (rujuk) atau menikah dengan laki-laki lain atau belum ingin menikah kembali. Jadi apabila masa iddah sudah habis dan suami tidak menggunakan waktu iddah tersebut untuk rujuk kembali berarti suami telah melepaskan istrinya untuk seterusnya atau menceraikannya dengan cara yang baik.⁴⁷

3. Hak mahar terhutang

Mahar adalah pemberian dari calon mempelai pria kepada calon mempelai wanita baik beebentuk barang, uang, atau jasa yang tidak bertentangan dengan hukum Islam.⁴⁸

Mahar adalah kewajiban calon suami kepada calon istri.⁴⁹ Maka jika terjadi perceraian, istri berhak mengajukan tuntutan atas mahar yang masih terhutang di Pengadilan Agama dalam gugatannya.⁵⁰ Lebih rinci dijelaskan, jika suami mentalak istri sebelum berhubungan badan wajib membayar setengah mahar yang telah ditentukan.

Namun, apabila suami meninggal dunia sebelum berhubungan badan, mahar yang diberikan menjadi hak penuh istri. Sementara perceraian yang

Kritis Perkembangan Hukum Islam dari Fikih, UU No. 1 /1974 sampai KHI, cet. ke-3 (Jakarta: Kencana, 2006), h.247

⁴⁷ Sajuti Thalib, *Hukum Kekeluargaan Indonesia: berlaku bagi umat Islam*, cet. ke-5, (Jakarta: UI Press, 1986), h.129.

⁴⁸ Pasal 1 huruf d KHI.

⁴⁹ Pasal 30 KHI

⁵⁰ Pasal 149 huruf c KHI

terjadi sebelum hubungan dan jumlahnya belum ditentukan, maka wajib membayar mahar *mithl*.⁵¹

4. Hak Nafkah Madliyah

Nafkah *Madliyah* adalah nafkah kebutuhan istri yang seharusnya diberikan kepada istri saat berada dalam ikatan perkawinan sebagai kewajiban suami setelah adanya akad perkawinan, tetapi nafkah tersebut tidak diberikan oleh suami kepada si istri. Maka suami mempunyai hutang yang wajib dibayarkan ketika terjadi putusnya perkawinan. Diantara kewajiban suami terhadap istri yang paling kokoh adalah kewajiban memberi nafkah baik berupa makanan, pakaian (*kiswah*) maupun tempat tinggal.⁵²

5. Harta Bersama

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

Pasal 97 KHI secara singkat dapat diuraikan sebagai berikut:

- a) Harta bersama dipisah dari harta pribadi masing-masing yaitu : Harta pribadi tetap menjadi milik pribadi dan dikuasai sepenuhnya oleh pemiliknya (suami atau istri) serta Harta bersama menjadi harta bersama suami istri dan terpisah sepenuhnya dari harta pribadi.
- b) Harta bersama terwujud sejak tanggal perkawinan dilangsungkan yaitu : sejak itu dengan sendirinya terbentuk harta bersama, tanpa mempersoalkan siapa yang mencari dan tanpa mempersoalkan siapa yang terdaftar.
- c) Tanpa persetujuan bersama, suami atau istri tidak boleh mengasingkan atau memindahkan.
- d) Utang untuk kepentingan keluarga dibebankan kepada harta bersama.
- e) Dalam perkawinan serial atau poligami, wujud harta bersama terpisah antara suami dengan masing-masing istri.

⁵¹ Pasal 35 KHI

⁵² Pasal 80 ayat 4 KHI

- f) Apabila perkawinan putus (mati atau cerai): harta bersama dibagi dua, masing-masing mendapat setengah bagian dan apabila terjadi kematian, bagiannya menjadi tirkah.⁵³

C. Kewajiban Ayah terhadap anak pasca perceraian

Berakhirnya pernikahan kedua orang tua bukanlah penghalang terputusnya hak-hak anak, baik ayah maupun ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya atas segala kepentingan anak mereka sampai anak tersebut menikah atau mampu berdiri sendiri.⁵⁴

Aturan yang dengan jelas dan tegas memberikan pedoman bagi hakim dalam memutuskan pemberian hak asuh atas anak dalam hal terjadi perceraian terdapat dalam Pasal 105 KHI, bahwa pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya dan pemeliharaan biaya ditanggung oleh ayahnya.⁵⁵

Dari penjelasan diatas dapat kita simpulkan kewajiban ayah terhadap anak pasca perceraian sebagai berikut :

1. Hak asuh (*Hadhanah*)

Mengenai hak asuh atau pemeliharaan anak pasca perceraian. Sebagaimana diatur dalam Pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa baik ibu atau bapak memiliki kewajiban untuk memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan

⁵³ Mardani, *Hukum Keluarga Islam di Indonesia*, cet. ke-1 (Jakarta: Prenada Media Grup 2016), h. 125-126.

⁵⁴ Pasal 45 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

⁵⁵ Pasal 105, KHI, Buku 1 Hukum Perkawinan

kepentingan anak.⁵⁶ Hal tersebut berarti, bahwa setiap anak berhak mendapatkan pemeliharaan dan didikan dari orang tuanya, meskipun orang tuanya tersebut telah bercerai.

Pemeliharaan anak merupakan kewajiban ibu dan bapaknya, meskipun keduanya telah bercerai, mereka tetap memiliki kewajiban atas pemeliharaan anak-anaknya. Tetapi, mengenai hak asuh atau *hadhanah*, telah dijelaskan dalam Q.S. Al_Baqarah [2] ayat 233, yang berbunyi :

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنَ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّىَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ وَبُيُوتُهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدَيْهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

“Ibu-ibu hendaklah menyusui anak-anaknya selama dua tahun penuh, bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. Kewajiban ayah menanggung makan dan pakaian mereka dengan cara yang patut. Seseorang tidak dibebani, kecuali sesuai dengan kemampuannya. Janganlah seorang ibu dibuat menderita karena anaknya dan jangan pula ayahnya dibuat menderita karena anaknya. Ahli waris pun seperti itu pula. Apabila keduanya ingin menyapih (sebelum dua tahun) berdasarkan persetujuan dan musyawarah antara keduanya, tidak ada dosa atas keduanya. Apabila kamu ingin menyusukan anakmu (kepada orang lain), tidak ada dosa bagimu jika kamu memberikan pembayaran dengan cara yang patut. Bertakwalah kepada Allah dan ketahuilah bahwa sesungguhnya Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan.”

Dari penjelasan ayat di atas, dapat dimaknai bahwa seorang anak hak asuhnya ada pada ibunya, sedangkan bapaknya berkewajiban untuk memberikan nafkah kepadanya. Makna dari ayat tersebut, kemudian dituangkan dalam suatu peraturan perundangan yang berlaku di Indonesia,

⁵⁶ Undang-Undang No. 1 tahun 1975 Tentang Perkawinan, Pasal 41

yaitu Kompilasi Hukum Islam, khususnya pada Pasal 105 yang mengatur mengenai pemeliharaan anak pasca perceraian orang tuanya, yaitu anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun merupakan hak ibunya, sedangkan pemeliharaan anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya.

Syarat-syarat *hadhanah*, agar pemeliharaan anak dapat berhasil dengan baik, maka diperlukan syarat-syarat bagi seorang *hadhin* antara lain :

- 1) Mukallaf artinya orang tersebut beragama Islam, baligh dan berakal. *Hadhanah* dalam Islam sama dengan perwalian. anak kecil muslim tidak boleh diasuh oleh pengasuh non muslim.⁵⁷
- 2) Mampu mendidik yaitu untuk menjadikan anak asuhnya sebagai muslim yang baik sebagai makhluk individu maupun sebagai makhluk sosial.⁵⁸
- 3) Amanah dan berbudi luhur, maksudnya adalah dapat dipercayakan pengasuhan anak kepadanya dan ia berbudi baik yang dapat dicontoh oleh anak asuhnya.
- 4) Ibu/*hadhinah* belum kawin dengan laki-laki yang tidak punya hubungan mahram dengan anak asuh tersebut, tetapi jika ibu tersebut kawin dengan laki-laki yang mempunyai hubungan mahram dengan anak tersebut, misal: Ibu tersebut kawin dengan paman si anak, maka ia boleh melakukan *hadhanah*.
- 5) Berakal sehat. Sebab orang gila dan orang kurang waras akalnya tidak boleh melakukan *hadhanah*. Karena mereka tidak dapat mengurus urusannya sendiri.⁵⁹
- 6) Merdeka (bukan budak). Karena, budak itu berkuasa atas dirinya sendiri (berada dikekuasaan tuannya), sehingga tidak mampu mengurus urusannya orang lain.⁶⁰

⁵⁷ Djamaan Nur, *Fiqih Munakahat*, cet. ke-1 (Semarang: Dina Utama Semarang , 1993), h. 127.

⁵⁸ Kamal Mukhtar, *Asas-asas Hukum Islam tentang Perkawinan* (Jakarta: Bulan Bintang, 1993), h. 143.

⁵⁹ Peunoh Daly, *Hukum Perkawinan*, cet. ke-19 (Jakarta: Bulan Bintang, 1998), h.402-403.

⁶⁰ Baik Hanafiyyah maupun Syafi'iyah sama-sama mensyaratkan itu, Lihat Abdurrahman Al-Jaziri, *Al-Fiqh „ala Mazahib Al-Arba"ah*, h. 566-567.

- 7) Bisa dipercaya. Sebab, orang yang curang tidak memiliki sifat amanah tidak aman bagi anak yang diasuhnya dan tidak dapat dipercaya untuk melakukan kewajibannya dengan baik. Bahkan mungkin anak itu akan meniru atau berkelakuan seperti orang yang mengasuhnya.⁶¹

2. Nafkah anak

Mengenai nafkah anak pasca perceraian, sebagaimana diatur dalam Pasal 105 KHI huruf c “biaya pemeliharaannya wajib ditanggung oleh ayahnya”. Dengan penghasilannya ayah menanggung biaya pemeliharaan anak yang terdiri dari biaya perawatan, biaya pengobatan, dan biaya pendidikan anak.⁶² Biaya *hadhamah* ini diberikan untuk sampai anak mencapai usia 21 tahun hingga anak dewasa dan dapat mengurus diri sendiri.⁶³ Untuk memastikan jumlah nafkah yang harus diberikan kepada anak yang berada dalam asuhan ibu, maka Pengadilan dapat menentukan jumlah biaya pemeliharaan dan pendidikan anak berdasarkan penghasilan dan kemampuan ayah.⁶⁴ Biasanya besarnya jumlah nafkah yang ditentukan tersebut menjadi kewajiban ayah yang harus diberikan kepada anaknya setiap bulan.

Ulama fiqh juga sepakat bahwa menyatakan anak-anak berhak menerima nafkah dari ayahnya dengan ketentuan:⁶⁵

- 1) Apabila ayah mampu memberikan nafkah untuk mereka, atau paling tidak mampu bekerja untuk mencari rezeki. Apabila tidak punya harta atau tidak mampu bekerja seperti lumpuh dan sebab-sebab lainnya. Tidak wajib ayah memberi nafkah kepada anak-anaknya.

⁶¹ As-Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah VIII* (Bandung: PT Al-Ma’arif, 1980), h. 210.

⁶² Pasal 80 ayat (4) huruf b dan c, *Kompilasi Hukum Islam: Buku I Hukum Perkawinan*

⁶³ Pasal 149 huruf d dan Pasal 156 huruf d KHI

⁶⁴ Pasal 156 huruf f KHI

⁶⁵ Bahder Johan dan Sri Warjiyati, *Hukum Perdata Islam, Kompilasi Peradilan Agama Tentang Perkawinan, Waris, Hibah, Wakaf dan Shodaqoh*, (Bandung : Madar Maju, 1997), h. 35.

- 2) Anak itu tidak memiliki harta sendiri atau belum mampu mencari nafkah sendiri. Sekiranya anak itu sudah mampu mencari rezeki atau sudah mempunyai pekerjaan tetap, maka tidak wajib menafkahi anak-anaknya.
- 3) Menurut *madzhab* Hambali, antara anak dan ayah tidak berbeda agama. Berbeda dengan *jumhur* ulama, bahwa perbedaan agama tidak menghalangi pemberian nafkah kepada anak-anaknya. Mereka berpegang pada Q.S. al- Baqarah ayat 233 yang tidak menyebutkan perbedaan agama.⁶⁶

Selain itu berikut adalah penjelasan tentang anak yang berhak menerima nafkah dari ayahnya, yaitu :

- 1) Anak yang masih kecil, yang belum mampu mencari nafkah sendiri. Berbeda, apabila anak itu sudah dewasa, tidak wajib lagi diberi nafkahnya. Namun, apabila anak itu benar-benar tidak mampu mencari nafkah sendiri, seperti gila dan penyakit-penyakit lainnya yang tidak memungkinkan bekerja, masih tetap menjadi tanggungan orang tua mereka yakni ayah mereka. Menurut *madzham* Hambali, ayah masih member nafkah kepada anaknya yang sudah dewasa, apabila dia miskin walaupun tidak cacat fisik atau mental.
- 2) Anak yang miskin sampai ia bersuami
- 3) Anak yang masih mencari ilmu, walaupun dirinya sudah dewasa dan mampu mencari rezeki.⁶⁷

Menurut mayoritas ulama jika ayah masih mampu bekerja dan termasuk kaya, maka ia sendiri berkewajiban menanggung nafkah anak-anaknya, tanpa dibantu oleh orang lain. Mengenai kadar dari nafkah anak, mayoritas ulama mengatakan, bahwa kadar nafkah yang diberikan sesuai dengan kecukupan, berdasarkan perkiraan hakim yang secukupnya bagi mereka. Bila mereka sepakat atas nafkah tertentu, dan andai nafkahnya

⁶⁶ Bahder Johan dan Sri Warjiyati, *Hukum Perdata Islam, Kompilasi Peradilan Agama Tentang*, h. 35

⁶⁷ M Ali Hasan, *Pedoman hidup berumah tangga dalam islam*, (Jakarta : Prenada Media Group, 2006), h. 225.

lebih dari kecukupan, ayah boleh meminta dikurangi, namun apabila kurang dari kecukupan anak-anak boleh menuntut nafkah secukupnya.

Dalam Undang-Undang Perkawinan Pasal 41 dinyatakan: apabila perkawinan putus karena perceraian, maka akibat itu adalah:

- 1) Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak Pengadilan memberikan keputusannya.
- 2) Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak, bilamana bapak dalam kenyataannya tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, Pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.
- 3) Pengadilan dapat mewajibkan kepada mantan suami untuk memberikan biaya penghidupan dan atau menentukan sesuatu kewajiban bagi mantan istri.⁶⁸

Akibat perceraian mengenai hak asuh anak dan nafkah anak di dalam KHI Pasal 156 menjelaskan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a) Anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan *hadhanah* dari ibunya, kecuali bila ibunya meninggal dunia, maka kedudukan ibunya digantikan oleh: Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu, Ayah, Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah, Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan, Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu, Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.
- b) Anak yang sudah *mumayyiz* berhak memilih untuk mendapatkan *hadhanah* dari ayah atau ibunya.
- c) Apabila pemegang *hadhanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meski biaya nafkah dan *hadhanah* telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan, Pengadilan Agama dapat memindahkan hak *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* pula.
- d) Semua biaya *hadhanah* dan nafkah anak menjadi tanggungjawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21) tahun.

⁶⁸ Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia: Studi Kritis Perkembangan Hukum Islam dari Fikih, UU No.1/1974 sampai KHI*, cet. ke-3 (Jakarta: Kencana, 2006), h. 299

- e) Bilamana terjadi perselisihan mengenai *hadhanah* dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b) dan (d).
- f) Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.

D. Teori Alternatif Penyelesaian Sengketa

Alternatif Dispute Resolution (ADR) merupakan penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang dilakukan secara damai.⁶⁹ Sistem *ADR* merupakan siklus gelombang ketiga dalam bentuk penyelesaian sengketa. Siklus pertama adalah sistem litigasi atau peradilan yang sebenarnya *ordinary court* dan siklus kedua sistem arbitrase.⁷⁰ Dengan lahirnya *ADR* sebagai siklus yang terakhir (untuk masa sekarang) tidak berarti sistem penyelesaian sengketa yang lain ditinggalkan. Munculnya *ADR* di tengah-tengah usaha menuju kepastian hukum dan supremasi hukum merupakan salah satu bentuk ketidakpuasan terhadap sistem yang ada.⁷¹

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, disamping mengatur secara panjang lebar tentang Arbitrase, memperlihatkan kepada kita bahwa sebenarnya undang-undang tersebut juga menekankan kepada penyelesaian sengketa alternatif berbentuk mediasi (dan pemakain tenaga ahli). Bahkan tidak menutup kemungkinan penyelesaian sengketa melalui alternatif lain.⁷²

⁶⁹ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, (PT Citra Aditya Bakti: Bandung, 2003) h. 6.

⁷⁰ Sugiri Permana, *ADR (Alternatif Dispute Resolution) Sebagai Bentuk Penyelesaian Sengketa Pada Pengadilan Agama*, (Mimbar Hukum, Nomor 63: Tahun XV, 2004), h. 35

⁷¹ Sugiri Permana, *ADR (Alternatif Dispute Resolution).....*, h. 35

⁷² Munir Fuady, *Arbitrase Nasional: Penyelesaian Sengketa Bisnis*, (PT Citra Aditya Bakti : Bandung, 2000), h. 3

Pasal 6 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 mengatur mengenai pilihan dalam penyelesaian sengketa melalui cara musyawarah para pihak yang bersengketa, di bawah titel “ Alternatif Penyelesaian Sengketa” yang merupakan terjemahan dari *Alternative Dispute Resolution (ADR)*.⁷³ Pengertian *Alternative Dispute Resolution (ADR)* di sini adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negoisasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli.⁷⁴ Dengan demikian, jelaslah yang dimaksud dengan *Alternative Dispute Resolution (ADR)* dalam perspektif Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, itu suatu pranata penyelesaian sengketa di luar pengadilan berdasarkan kesepakatan para pihak dengan mengesampingkan penyelesaian sengketa secara litigasi di pengadilan.⁷⁵

Sebagai alternatif penyelesaian sengketa (APS/ADR), ia mempunyai daya tarik yang khusus di Indonesia karena keserasian dengan sistem sosial budaya tradisional yang berdasarkan musyawarah mufakat. Beberapa hal di bawah ini merupakan alasan-alasan memilih (APS/ADR) yang dipandang sebagai suatu keuntungan atau kelebihan yang sering muncul dalam APS/ADR adalah antara lain sebagai berikut:⁷⁶

- a. Sifat Kesukarelaan dalam proses;
- b. Prosedur yang cepat;
- c. Keputusan yang Non-Judicial;

⁷³ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa*.....,h. 6

⁷⁴ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa*.....,h. 7

⁷⁵ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa*.....,h. 7

⁷⁶ Hendarmin Djarab, dkk., *Prospek dan Pelaksanaan Arbitrase Di Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), h. 27-29.

- d. Kontrol tentang kebutuhan organisasi;
- e. Prosedur Rahasia (Confidential);
- f. Fleksibilitas dalam merancang syarat-syarat penyelesaian masalah;
- g. Hemat waktu;
- h. Hemat biaya;
- i. Pemeliharaan hubungan;
- j. Tinggi kemungkinan kesepakatan dilaksanakan;
- k. Kontrol dan lebih mudah memperkirakan hasil;
- l. Keputusan bertahan sepanjang waktu.

Menurut Rahmadi usman bahwa kecenderungan mendayagunakan *Alternative Dispute Resolution (ADR)* dilandasi oleh berbagai faktor yang menempatkannya memiliki berbagai keuntungan seperti halnya:⁷⁷

- a. Faktor ekonomis. *Alternative Dispute Resolution (ADR)* memiliki kemampuan sebagai sarana penyelesaian sengketa yang lebih ekonomis, baik dari sudut pandang biaya maupun waktu.
- b. Faktor luasnya ruang lingkup permasalahan yang dapat dibahas. *Alternative Dispute Resolution (ADR)* memiliki kemampuan untuk membahas ruang lingkup atau agenda permasalahan secara luas dan kompherensif. Hal ini dapat terjadi karena aturan permainan dikembangkan serta ditentukan oleh para pihak sesuai dengan kepentingan dan kebutuhan para pihak yang berselisih.
- c. Faktor pembinaan hubungan baik para pihak. *Alternative Dispute Resolution (ADR)* yang mengandalkan cara-cara penyelesaian yang kooperatif yang sangat cocok bagi mereka yang menekankan pentingnya pembinaan hubungan baik antar manusia baik yang sedang berlangsung maupun yang akan datang.

⁷⁷ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa*.....,h. 30-31

- d. Faktor proses. *Alternative Dispute Resolution (ADR)* yang lebih fleksibel dibandingkan dengan beracara di pengadilan lebih memiliki kemampuan untuk menghasilkan kesepakatan yang mencerminkan kepentingan dan kebutuhan para pihak (*pireto optimal/ win-win solution*).

Disamping itu di dalam konteks Indonesia, pelebagaan serta pemasyarakatan *Alternative Dispute Resolution (ADR)* memiliki berbagai peluang yang didasarkan pada berbagai faktor pendukung seperti halnya:⁷⁸

- a. Faktor-faktor politik dan budaya.
- b. *Alternative Dispute Resolution (ADR)* bukan merupakan hal baru.
- c. *Alternative Dispute Resolution (ADR)* sejalan dengan pengembangan peran serta masyarakat.

Salah satu bentuk diantara bentuk Penyelesaian Sengketa Alternatif (APS) atau *Alternative Dispute Resolution (ADR)* adalah mediasi yang merupakan bentuk penyelesaian sengketa alternatif ini yang cukup marak saat ini. Tujuan dilaksanakan mediasi adalah menyelesaikan sengketa antara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan imparisial.⁷⁹ Mediasi dapat mengantarkan para pihak pada perwujudan kesepakatan damai yang permanen dan lestari, mengingat penyelesaian sengketa melalui mediasi menempatkan kedua belah pihak pada posisi yang sama tidak ada pihak pada posisi yang sama tidak ada pihak yang dimenangkan atau pihak yang dikalahkan.⁸⁰

⁷⁸ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa*.....,h. 30-31

⁷⁹ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syari'ah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, (Kencana Prenada Media Group: Jakarta, 2009), h. 24

⁸⁰ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif*....., h. 24

Penyelesaian sengketa di luar pengadilan (ADR) melalui prosedur mediasi adalah melibatkan pihak ketiga yang mengadakan intervensi atau campurtangan di dalam suatu proses penyelesaian sengketa untuk membantu kedua belah pihak yang bersengketa dalam mencapai persetujuan.⁸¹ Menurut *Ahmadi Hasan*, ada tiga penyebab utama dipergunakannya mediasi dalam penyelesaian sengketa terutama perkara perdata di Indonesia.⁸² *Pertama*, di Indonesia tata cara penyelesaian sengketa damai telah lama dan biasa dipakai oleh masyarakat Indonesia. Hal ini dapat dilihat dari hukum adat yang menempatkan kepala adat sebagai orang yang memberi putusan adat bagi sengketa diantara warga. *Kedua*, adanya ketidakpuasan atas penyelesaian perkara melalui pengadilan, seperti ongkos perkara, lamanya waktu dan lamanya beracara. *Ketiga*, pada masyarakat Banjar terdapat kecenderungan menyelesaikan sengketa dengan cara badamai atau adat Bedamai. Sebagai sarana penyelesaian sengketa hukum adat badamai (*non litigasi*) sampai saat ini masih efektif dalam aspek perdata maupun aspek pidana.

Penyelesaian sengketa di luar Pengadilan (ADR) dalam perspektif antropologi hukum terdapat tujuh proses dasar penanganan sengketa (konflik) yang memadukan dimensi-dimensi campur tangan pihak ketiga dan hasil-hasil dari pola prosedural yang berbeda-beda. Tujuh proses penyelesaian sengketa tersebut menurut *Nader dan Todd* adalah:

- a. Membiarkan saja (*lumping it*), adalah suatu istilah yang mengacu kepada kegagalan para pihak yang merasa dirugikan untuk menuntut hak atau

⁸¹ Andry Harijanto Hartiman, *Alternative Dispute Resolution (ADR) dalam Perspektif Antropologi Hukum*, (Lemlit Unib Press: Bengkulu, 2002), h. 66.

⁸² Ahamadi Hasan, *Pendayagunaan Mediasi Syari'ah dalam Kerangka Penyelesaian Sengketa*, (Mimbar Hukum dan Peradilan: Nomor 69, 2009),h. 176-177

pengaduannya. Dalam hal ini masalah yang menimbulkan perselisihan dibiarkan begitu saja, dan hubungan dengan pihak yang telah merugikannya dilanjutkan.

- b. Menghindar (*avoidance*), adalah metode penyelesaian sengketa di luar pengadilan (ADR), pihak yang merasa dirugikan mengundurkan diri dari suatu keadaan atau menghentikan suatu hubungan dengan pihak lain untuk mengadakan hubungan baru yang dapat menguntungkan pihaknya.
- c. Paksaan (*coercion*), merupakan tindakan sepihak, yang mana salah satu pihak memaksakan hasil akhir pada pihak lain. Penggunaan ancaman atau kekuatan seringkali memperparah persengketaan dan menghalangi suatu penyelesaian.
- d. Negoisasi (*negotiation*), adalah tradisi penyelesaian sengketa di luar pengadilan (ADR), kedua pihak yang bersengketa merupakan pengambil keputusan dan penyelesaian sengketanya hanya disetujui kedua belah pihak yang bersengketa tanpa adanya bantuan pihak ketiga.
- e. Mediasi (*mediation*), adalah melibatkan pihak ketiga yang mengadakan intervensi atau campur tangan di dalam suatu proses penyelesaian sengketa, untuk membantu kedua belah pihak yang bersengketa dalam mencapai persetujuan.
- f. Arbitrase (*Arbitration*), adalah penyelesaian sengketa di luar pengadilan, kedua belah pihak yang bersengketa sepakat untuk meminta perantara pihak ketiga sebagai arbitrator, dan sejak semula telah sepakat setuju bahwa para pihak yang bersengketa akan menerima keputusan dari seorang arbitrator tersebut.
- g. Peradilan (*adjudication*), adalah maksudnya peradilan non formal, maka pihak ketiga mempunyai kewenangan untuk mencampuri pemecahan masalah, lepas dari keinginan para pihak yang bersengketa. Pihak ketiga ini juga berhak membuat keputusan dan menegakan keputusan itu, artinya berupaya bahwa keputusannya dilaksanakan.⁸³

Sebagai salah satu bentuk penyelesaian sengketa yang cukup marak pada saat ini adalah mediasi. Penyelesaian sengketa melalui mediasi merupakan juga kewenangan peradilan. Sehubungan dengan keadaan tersebut, Mahkamah Agung Republik Indonesia sendiri telah mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) No.1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, yang dalam konsideran dikatakan : Mengurangi masalah penumpukan perkara, merupakan salah satu proses penyelesaian

⁸³ Andry Harijanto Hartiman, *Alternatif Dispute Resolution (ADR)*....., h. 16-94

sengketa yang dianggap lebih cepat dan murah, serta dapat memberikan akses seluas mungkin kepada para pihak yang bersengketa untuk memperoleh keadilan.

Berdasarkan uraian ini maka yang menjadi latar belakang adanya Proses Mediasi adalah sebagai berikut :⁸⁴

a) Mempercepat Proses Penyelesaian Sengketa.

Berperkaranya di Pengadilan ditengarai memakan waktu dan lambat, pendapat ini tidak bisa disalahkan karena memang secara prosedural untuk memulai hingga sampai pada tingkat pemeriksaan suatu perkara di Pengadilan membutuhkan waktu antara 5 sampai 6 bulan itu baru pada pemeriksaan pada Pengadilan tingkat pertama belum lagi jika dihitung dengan proses pemeriksaan pada Pengadilan Tingkat Banding dan Mahkamah Agung apabila ada upaya hukum baik itu Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali, bisa bertahun-tahun lamanya suatu perkara memperoleh Putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Walaupun perlu dicatat disini adalah bahwa lambatnya proses penyelesaian sengketa perkara ini bisa berasal dari faktor para pihak itu sendiri yang kurang serius dan sungguh-sungguh dalam menyelesaikan sengketa, hal ini dapat dilihat dari ketidak hadiran para pihak pada hari sidang yang telah ditentukan.

b) Menekan Biaya

⁸⁴ Mahyudin Igo, *Tinjauan Terhadap Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Perkara Perdata*, (Artikel Pada Majalah Hukum Varia Peradilan No. 253 Edisi Desember 2006), h. 46.

Biaya mahal yang harus dikeluarkan oleh para pihak untuk menyelesaikan sengketa di pengadilan timbul oleh karena mereka diwajibkan membayar biaya perkara yang secara resmi telah ditentukan oleh pengadilan belum lagi ditambah dengan upah yang dibayarkan kepada Pengacara/Advokat bagi pihak yang menggunakan jasa mereka.

Dalam kasus-kasus tertentu terkadang biaya yang dikeluarkan oleh pihak penggugat misalnya, lebih besar jumlah nominalnya dibandingkan dengan nilai materil atas suatu hak yang diperjuangkannya, hal ini tentunya kurang membawa dampak yang positif bagi pihak yang memenangkan sesuatu dengan demikian azas peradilan yang cepat dan biaya ringan belum dapat diwujudkan sepenuhnya. Karena itu dengan jalan mediasi diharapkan biaya yang dikeluarkan untuk berperkara di pengadilan dapat dikurangi seminimal mungkin/lebih murah.

c) Putusan Pengadilan Tidak Menyelesaikan Masalah

“Menang jadi arang kalah jadi abu” begitu kira-kira pameo yang menggambarkan jika suatu sengketa diselesaikan dengan menggunakan jalur Litigasi. Sinyalement tersebut mencerminkan Putusan Pengadilan terkadang tidak serta merta menyelesaikan persoalan, sehingga dikembangkan wacana untuk sebisa mungkin menyelesaikan persoalan, sengketa melalui jalur perundingan, karena dengan melakukan hal itu akan mencegah terjadinya kerugian yang lebih besar, baik kerugian yang berupa moril maupun materil.

Sehubungan dengan keadaan tersebut, ada beberapa keuntungan yang didapatkan para pihak dari hasil mediasi menurut Cristopher W. Moree, antara

lain :

- 1) Tingkat pengendalian yang lebih besar dan hasil yang bisa diduga.
- 2) Penyelesaian secara cepat dan murah
- 3) Hasil yang memuaskan bagi semua pihak
- 4) Melestarikan hubungan yang sudah berjalan atau mengakhiri hubungan dengan cara yang lebih ramah.⁸⁵

E. Mediasi di Pengadilan

Umur Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 1 Tahun 2002, hanya 1 tahun 9 bulan (30 Januari 2002 s.d 11 September 2003), pada tanggal 11 September 2003 Mahkamah Agung RI mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2003 sebagai penggantinya,⁸⁶ kemudian pada tanggal 31 Juli 2008 direvisi kembali dengan keluarnya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Namun tersebut direvisi dan disempurnakan kembali dengan maksud untuk lebih mendayagunakan mediasi yang terkait dengan proses perkara di pengadilan, dengan penggantinya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 yang ditetapkan pada tanggal 3 Februari 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, ditegaskan dalam pasal 38 PERMA ini ”dengan berlakunya peraturan ini, Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan dinyatakan tidak berlaku”.

⁸⁵ Abdul Mustopa, Teknik Mediator Dalam Penyelesaian Sengketa....., h. 15

⁸⁶ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*....., h. 243.

Penyempurnaan tersebut dilakukan Mahkamah Agung karena dalam PERMA No 1 Tahun 2008 ditemukan beberapa kekurangan, sehingga tidak efektif penerapannya di pengadilan. Dengan keluarnya PERMA No 1 Tahun 2016 juga sebagai upaya mempercepat, mempermudah dan mempermudah penyelesaian sengketa serta memberikan akses yang lebih besar kepada pencari keadilan.⁸⁷ Kehadiran mediasi merupakan instrumen efektif mengatasi penumpukan perkara di pengadilan dan sekaligus memaksimalkan fungsi lembaga pengadilan dalam menyelesaikan sengketa di samping proses pengadilan yang bersifat memutus (adjudikatif).⁸⁸ Dengan demikian PERMA No 1 Tahun 2016 menjadikan mediasi sebagai bagian dari proses beracara pada pengadilan, mediasi menjadi bagian integral dalam penyelesaian sengketa di pengadilan.

Terhadap sengketa apa saja yang dapat dilakukan mediasi di pengadilan, maka dalam Pasal 4 PERMA No 1 Tahun 2016 disebutkan perkara yang dapat diupayakan mediasi adalah:

”semua sengketa perdata yang diajukan ke Pengadilan termasuk perkara perlawanan (verzet) atas putusan verstek dan perlawanan pihak berperkara (partij verzet) maupun pihak ketiga (derden verzet) terhadap pelaksanaan putusan yang telah berkekuatan hukum tetap, wajib terlebih dahulu diupayakan penyelesaian melalui Mediasi, kecuali ditentukan lain berdasarkan Peraturan Mahkamah Agung ini.”

Kemudian ada beberapa sengketa yang dikecualikan dari kewajiban penyelesaian melalui mediasi, meliputi : sengketa yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaiannya, sengketa yang pemeriksaannya dilakukan tanpa hadirnya Penggugat atau Tergugat yang telah dipanggil secara patut, gugatan balik (rekonvensi) dan masuknya pihak ketiga dalam suatu perkara (intervensi), sengketa mengenai pencegahan, penolakan, pembatalan dan pengesahan perkawinan, sebagaimana diatur dalam *PERMA*

⁸⁷ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif*....., h. 310

⁸⁸ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif*....., h. 310

No 1 Tahun 2016 Pasal 4 ayat 2. Dengan demikian perkara perdata yang dapat dilakukan mediasi adalah perkara perdata yang menjadi kewenangan peradilan umum dan peradilan agama.

1. Sistematika Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 berjudul Prosedur Mediasi di Pengadilan dengan substansi yang terdiri 9 bab dan 39 pasal dengan sistematika yakni :

1. Bab I : Ketentuan Umum (pasal 1)
2. Bab II : Pedoman Mediasi di Pengadilan (pasal 2-12)
3. Bab III : Mediator (pasal 13-16)
4. Bab IV : Tahapan pramediasi (pasal 17-23)
5. Bab V : Tahapan proses mediasi (pasal 24-32)
6. Bab VI : Perdamaian Sukarela (pasal 33-34)
7. Bab VII : Keterpisahan mediasi dari litigasi (pasal 35)
8. Bab VIII : Perdamaian di Luar Pengadilan (pasal 36-37)
9. Bab IX : Ketentuan Penutup (pasal 38-39)

2. Proses Mediasi Bersifat Memaksa

Proses mediasi dalam penyelesaian perkara yang disengketakan di pengadilan adalah bersifat memaksa atau *compulsory*.⁸⁹ Oleh karena itu menurut *Yahya Harahap*, para pihak yang berperkara tidak mempunyai pilihan selain mesti dan wajib mentaatinya(*comply*) dengan acuan sebagai berikut :

⁸⁹ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*.....h. 250

- 1) Setiap penyelesaian perkara yang diajukan ke pengadilan, wajib lebih dahulu ditempuh proses mediasi atau dilakukan melalui perdamaian dengan bantuan mediator.
- 2) Sedemikian rupa sifatnya pemaksaan itu, sehingga penyelesaian melalui proses litigasi tidak boleh di pengadilan sebelum ada pernyataan tertulis dari mediator yang menyatakan proses mediasi gagal mencapai kesepakatan perdamaian.⁹⁰

Lebih lanjut hal ini ditegaskan dalam Pasal 3 Ayat (1) PERMA No 1 Tahun 2016 bahwa “setiap hakim, mediator dan para pihak wajib mengikuti prosedur penyelesaian sengketa melalui mediasi yang diatur dengan peraturan ini”. Kemudian lebih ditegaskan kembali dalam hukum acara peradilan bahwa apabila para pihak hadir dan tidak ditempuhnya prosedur mediasi berdasarkan peraturan ini merupakan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 130 HIR dan atau Pasal 154 Rbg yang mengakibatkan putusan batal demi hukum.

Pada Pasal 3 Ayat (1) tersebut berkaitan dengan kewajiban hakim, mediator dan para pihak untuk mengikuti prosedur penyelesaian sengketa melalui mediasi yang diatur dalam Perma ini sedangkan pada Pasal 3 Ayat (4) berkaitan dengan akibat hukum dari tidak ditempuhnya prosedur mediasi berdasarkan Perma tersebut. Dengan demikian apabila diajukan upaya hukum maka Pengadilan Tingkat Banding atau Mahkamah Agung

⁹⁰ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*.....h. 250

dengan putusan sela memerintahkan Pengadilan Tingkat Pertama untuk melakukan proses Mediasi.

3. Prosedural Mediasi

Adapun prosedur mediasi menurut PERMA No 1 Tahun 2016 dibagi dalam dua tahap yaitu : tahap pra mediasi dan tahap proses mediasi.

a. Tahap Pra Mediasi

Tahap pra mediasi adalah tahap dimana para pihak mendapatkan tawaran dari hakim untuk menggunakan jalur mediasi dan para pihak menunjuk mediator sebagai pihak ketiga yang akan membantu menyelesaikan sengketa mereka.⁹¹

Tahap pra mediasi diatur dalam bab II yang terdiri dari Pasal 7-12. tahap ini merupakan persiapan kearah proses mediasi, sebelum pertemuan dan perundingan membicarakan penyelesaian materi pokok sengketa dinilai lebih dahulu, dipersiapkan prasarana yang dapat menunjang penyelesaian sengketa melalui perdamaian.⁹²

Hal ini sesuai dengan Pasal 130 HIR dan Pasal 154 Rbg, bahwa sebelum perkara diperiksa oleh majelis hakim, maka terlebih dahulu di upayakan perdamaian diantara para pihak oleh majelis hakim. Hal ini sesuai dengan petunjuk PERMA No 1 Tahun 2016 dalam Pasal 3 Ayat (2,3). Oleh karena itu pada sidang pertama yang dihadiri para pihak yang berperkara agar lebih dahulu menempuh mediasi dan ketidak

⁹¹ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif*....., h. 321

⁹² M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*.....,h. 251

hadiran turut tergugat tidaklah menghalangi proses mediasi sebagaimana disebutkan dalam pasal 17 Ayat (1) dan ayat (5) yakni:

- 1) Pada sidang yang telah ditentukan yang dihadiri kedua belah pihak, hakim mewajibkan para pihak untuk menempuh proses mediasi.
- 5) Ketidakhadiran pihak Turut Tergugat tidak menghalangi pelaksanaan mediasi

Selanjutnya hakim menunda proses persidangan perkara untuk memberikan kesepakatan kepada para pihak menempuh proses mediasi. Untuk jangka waktu penundaan sidang dalam PERMA No 1 Tahun 2016 disebutkan dalam Pasal 20 Ayat (7) bahwa “Hakim pemeriksa wajib menunda proses persidangan perkara untuk memberikan kesempatan kepada para pihak untuk menempuh proses mediasi”. Sedangkan jangka waktu penundaan tersebut adalah 30 hari terhitung sejak penetapan perintah melakukan Mediasi dan dapat diperpanjang atas dasar kesepakatan para pihak paling lama 30 hari terhitung sejak berakhirnya jangka waktu sebelumnya, hal ini sebagaimana termuat dalam Pasal 24 Ayat (2) dan ayat (3).

Pada sidang pertama hakim juga diwajibkan untuk memberilakan penjelasan kepada para pihak tentang prosedur mediasi, kemudian hakim mewajibkan pada hari itu juga paling lama 2 hari kerja berikutnya untuk berunding guna memilih mediator yang dimiliki oleh pengadilan. Jika tidak dapat bersepakat tentang penggunaan mediator yang dikehendaki, Ketua Majelis Hakim segera menunjuk hakim baik memeriksa pokok perkara yang bersertifikat atau tidak

bersertifikat untuk menjalankan fungsi mediator. Hal ini sesuai dengan

Pasal 20 Ayat (1 s.d 7) yakni:

- 1) Setelah memberikan penjelasan mengenai kewajiban melakukan Mediasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 ayat (7), Hakim Pemeriksa Perkara mewajibkan Para Pihak pada hari itu juga, atau paling lama 2 (dua) hari berikutnya untuk berunding guna memilih Mediator termasuk biaya yang mungkin timbul akibat pilihan penggunaan Mediator nonhakim dan bukan Pegawai Pengadilan.
- 2) Para Pihak segera menyampaikan Mediator pilihan mereka kepada Hakim Pemeriksa Perkara.
- 3) Apabila Para Pihak tidak dapat bersepakat memilih Mediator dalam jangka waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara segera menunjuk Mediator Hakim atau Pegawai Pengadilan.
- 4) Jika pada Pengadilan yang sama tidak terdapat Hakim bukan pemeriksa perkara dan Pegawai Pengadilan yang bersertifikat, ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara menunjuk salah satu Hakim Pemeriksa Perkara untuk menjalankan fungsi Mediator dengan mengutamakan Hakim yang bersertifikat.
- 5) Jika Para Pihak telah memilih Mediator sebagaimana dimaksud pada ayat (1) atau ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara menunjuk Mediator sebagaimana dimaksud pada ayat (3) atau ayat (4), ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara menerbitkan penetapan yang memuat perintah untuk melakukan Mediasi dan menunjuk Mediator.
- 6) Hakim Pemeriksa Perkara memberitahukan penetapan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) kepada Mediator melalui panitera pengganti.
- 7) Hakim Pemeriksa Perkara wajib menunda proses persidangan untuk memberikan kesempatan kepada Para Pihak menempuh Mediasi.

b. Tahap Proses Mediasi

Tahap proses mediasi ini diatur dalam bab V yang terdiri dari Pasal 24-32. Dalam tahap ini mediasi dinyatakan bahwa dalam waktu paling lama 5 (lima) hari kerja setelah pemilihan atau penunjukan

mediator, para pihak dapat menyerahkan resume kepada satu sama lain dan kepada mediator, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 24 Ayat (1) yakni : “Dalam waktu paling lama 5 (lima) hari terhitung sejak penetapan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 20 ayat (5), Para Pihak dapat menyerahkan Resume Perkara kepada pihak lain dan Mediator.”

Resume perkara yang dimaksud adalah dokumen yang isinya mengenai penjelasan mengenai permasalahan yang terjadi diantara para pihak sehingga sengketa ini kemudian dibawa ke muka pengadilan, dan juga mengenai usulan dari masing-masing pihak mengenai penyelesaian permasalahan.⁹³ Penyerahan resume kepada para pihak dan mediator akan memperlancar proses mediasi karena mereka dapat mempelajari duduk perkara, bagi para pihak diharapkan dapat memahami kepentingan pihak lawan, dengan demikian mereka tidak akan bertahan pada keinginannya yang pada akhirnya dapat menyebabkan mediasi gagal (*dead lock*).

Mediator wajib menentukan jadwal pertemuan untuk proses penyelenggaraan mediasi, apabila dianggap perlu mediator dapat melakukan kaukus, mediator dapat mengundang seorang ahli atau lebih dalam bidang tertentu untuk memberikan penjelasan atau pertimbangannya yang dapat membantu menyelesaikan perbedaan pendapat. Jika mediasi menghasilkan kesepakatan, para pihak dengan bantuan mediator merumuskan secara tertulis kesepakatan yang

⁹³ Pasal 24 ayat 1 PERMA Nomor 1 Tahun 2016

dicapai dan ditandatangani oleh para pihak, kesemua tersebut di atas merupakan tugas mediator sesuai dengan ketentuan PERMA dalam Pasal 14, yakni :

Dalam menjalankan fungsinya, Mediator bertugas:

- a. memperkenalkan diri dan memberi kesempatan kepada Para Pihak untuk saling memperkenalkan diri;
- b. menjelaskan maksud, tujuan, dan sifat Mediasi kepada Para Pihak;
- c. menjelaskan kedudukan dan peran Mediator yang netral dan tidak mengambil keputusan;
- d. membuat aturan pelaksanaan Mediasi bersama Para Pihak;
- e. menjelaskan bahwa Mediator dapat mengadakan pertemuan dengan satu pihak tanpa kehadiran pihak lainnya (kaukus);
- f. menyusun jadwal Mediasi bersama Para Pihak;
- g. mengisi formulir jadwal mediasi.
- h. memberikan kesempatan kepada Para Pihak untuk menyampaikan permasalahan dan usulan perdamaian;
- i. menginventarisasi permasalahan dan mengagendakan pembahasan berdasarkan skala prioritas;
- j. memfasilitasi dan mendorong Para Pihak untuk: (1) menelusuri dan menggali kepentingan Para Pihak, (2) mencari berbagai pilihan penyelesaian yang terbaik bagi Para Pihak; dan (3) bekerja sama mencapai penyelesaian;
- k. membantu Para Pihak dalam membuat dan merumuskan Kesepakatan Perdamaian;
- l. menyampaikan laporan keberhasilan, ketidakberhasilan dan/atau tidak dapat dilaksanakannya Mediasi kepada Hakim Pemeriksa Perkara;
- m. menyatakan salah satu atau Para Pihak tidak beriktikad baik dan menyampaikan kepada Hakim Pemeriksa Perkara;
- n. tugas lain dalam menjalankan fungsinya

Kaukus adalah pertemuan antara mediator dengan salah satu pihak tanpa dihadiri oleh pihak lainnya, keputusan melakukan kaukus

berada di tangan mediator, dan sebaliknya yang harus mendapat persetujuan para pihak.⁹⁴

Dalam hal mediasi menghasilkan kesepakatan, maka para pihak dengan bantuan mediator wajib merumuskan secara tertulis kesepakatan yang ditandatangani oleh para pihak sebagaimana disebutkan dalam Pasal 27 Ayat (1). Sedangkan 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, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 27 Ayat (2).

Dalam hal mediasi menghasilkan kesepakatan antara penggugat dan sebagian pihak tergugat, penggugat mengubah gugatan dengan tidak lagi mengajukan pihak tergugat yang tidak mencapai kesepakatan sebagai pihak lawan, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 29 Ayat (1). Sedangkan Dalam hal Para Pihak mencapai kesepakatan atas sebagian dari seluruh objek perkara atau tuntutan hukum, Mediator menyampaikan Kesepakatan Perdamaian Sebagian tersebut dengan memperhatikan ketentuan Pasal 27 ayat (2) kepada Hakim Pemeriksa Perkara sebagai lampiran laporan Mediator, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 30 Ayat (1).

⁹⁴ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif.....*, h. 324

Khusus untuk Mediasi perkara perceraian dalam lingkungan peradilan agama yang tuntutan perceraian dikumulasikan dengan tuntutan lainnya, jika Para Pihak tidak mencapai kesepakatan untuk hidup rukun kembali, Mediasi dilanjutkan dengan tuntutan lainnya. Dalam hal Para Pihak mencapai kesepakatan atas tuntutan lainnya, kesepakatan dituangkan dalam Kesepakatan Perdamaian Sebagian dengan memuat klausula keterkaitannya dengan perkara perceraian, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 31 Ayat (1) dan (2).

4. Mediator

Menurut *Abdul Manan*, mediator adalah orang yang menjadi penengah dalam menyelesaikan suatu sengketa.⁹⁵ Sedangkan menurut pengertian PERMA Nomor 1 Tahun 2016 dalam Pasal 1 Angka 2 disebutkan "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."

Menurut *Bagir Manan*, mediator tidak harus ahli hukum, syarat utama mediator adalah kemampuan mengajak dan meyakinkan pihak yang bersengketa untuk mencari jalan terbaik menyelesaikan sengketa mereka (keahlian, dalam teknik mediasi).⁹⁶ Dalam PERMA Nomor 1 Tahun 2016 Pasal 13 ayat (1) dikatakan bahwa, setiap Mediator wajib memiliki Sertifikat Mediator yang diperoleh setelah mengikuti dan dinyatakan lulus dalam

⁹⁵ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata*.....h. 175

⁹⁶ Bagir Manan, *Mediasi Sebagai Alternatif Menyelesaikan Sengketa*, (Varia Peradilan, No 248 Juli 2006), h. 15.

pelatihan sertifikasi Mediator yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung atau lembaga yang telah memperoleh akreditasi dari Mahkamah Agung.

Dalam melaksanakan fungsinya menurut PERMA Nomor 1 Tahun 2016, mediator wajib mentaati Pedoman Perilaku Mediator yang ditetapkan oleh Mahkamah Agung, serta diusahakan juga tidak boleh seorang mediator merangkap sebagai hakim yang memeriksa dan mengadili perkara tersebut;

Tanggung jawab mediator juga diatur dalam PERMA Nomor 1 Tahun 2016 sebagaimana disebutkan dalam Pasal 14 huruf j bahwa, mediator memfasilitasi dan mendorong para pihak untuk menelusuri dan menggali kepentingan mereka dan mencari berbagai pilihan penyelesaian yang terbaik bagi para pihak dan bekerja sama mencapai penyelesaian. Ketentuan ini menekankan kepada *interest based* agar lebih gampang mencapai kesepakatan dengan cara mengakomodir kepentingan para pihak sehingga tercapai *win-win solution*.

Agar mediator dapat melaksanakan tugasnya dengan baik mediator harus dapat memiliki teknik. Menurut *Joni Emirzon* ada 12 teknik yang harus dimiliki mediator:

- (1) Membangun kepercayaan
- (2) Menganalisis sengketa
- (3) Mengumpulkan informasi
- (4) Berbicara secara jelas
- (5) Mendengarkan dengan jelas
- (6) Merumuskan ulang pembicaraan para pihak
- (7) Menyusun aturan perundingan
- (8) Mengorganisir pertemuan perundingan
- (9) Mengatasi emosi para pihak
- (10) Mengungkapkan kepentingan yang masih tersembunyi

- (11) Membujuk para pihak
- (12) Menyusun kesepakatan⁹⁷

Disamping mediator harus mengetahui teknik juga mediator mempunyai fungsi, menurut *Fuler* ada 7 (tujuh) fungsi mediator, yaitu :⁹⁸

- 1) Sebagai katalisator, yang mengandung pengertian bahwa kehadiran mediator dalam proses perundingan mampu mendorong lahirnya suasana yang konstruktif bagi diskusi.
- 2) Sebagai pendidik, berarti seseorang harus berusaha memahami aspirasi, prosedur kerja, keterbatasan politis, dan kendala usaha dari para pihak. Oleh sebab itu ia harus berusaha melibatkan diri dalam dinamika perbedaan di antara para pihak.
- 3) Sebagai penerjemah, berarti mediator harus berusaha menyampaikan dan merumuskan usulan pihak yang satu kepada pihak yang lainnya, melalui bahasa atau ungkapan yang baik dengan tanpa mengurangi sasaran yang dicapai oleh pengusul.
- 4) Sebagai narasumber, berarti seorang mediator harus mendayagunakan sumber-sumber informasi yang tersedia.
- 5) sebagai penyandang berita jelek, berarti seorang mediator harus menyadari bahwa para pihak dalam proses perundingan dapat bersikap emosional, untuk itu mediator harus mengadakan pertemuan terpisah dengan pihak-pihak terkait untuk menampung berbagai usulan.
- 6) Sebagai agen realitas, berarti mediator harus berusaha memberi pengertian secara jelas kepada salah satu pihak bahwa sasarannya tidak mungkin/tidak masuk akal tercapai melalui perundingan.
- 7) sebagai kambing hitam, berarti mediator harus siap disalahkan dalam membuat kesepakatan hasil perundingan, tidak ada suatu persyaratan khusus keterampilan dan pengetahuan yang harus dimiliki seseorang untuk dapat menjadi mediator sebagai bakat melekat pada diri seseorang.

5. Tempat Penyelenggaraan Mediasi

Ketentuan mengenai penyelenggaraan mediasi diatur dalam Bab II bagian ketujuh Pasal 11 ayat (1, 2, 3 dan 4) yang berbunyi:

⁹⁷ Andry Harijanto Hartiman, *Alternatif Dispute Resolution (ADR)*....., h.68

⁹⁸ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa*.....,h. 90-92

- (1) Mediasi diselenggarakan di ruang Mediasi Pengadilan atau di tempat lain di luar Pengadilan yang disepakati oleh Para Pihak.
- (2) Mediator Hakim dan Pegawai Pengadilan dilarang menyelenggarakan Mediasi di luar Pengadilan.
- (3) Mediator non hakim dan bukan Pegawai Pengadilan yang dipilih atau ditunjuk bersama-sama dengan Mediator Hakim atau Pegawai Pengadilan dalam satu perkara wajib menyelenggarakan Mediasi bertempat di Pengadilan.
- (4) Penggunaan ruang Mediasi Pengadilan untuk Mediasi tidak dikenakan biaya.

Pada pokoknya mediasi dapat diselenggarakan di salah satu ruang pengadilan tingkat pertama atau tempat lain yang disepakati oleh para pihak.

6. Biaya Mediasi

Adapun penggunaan jasa mediator Hakim dan Pegawai Pengadilan tidak dikenakan biaya sedangkan biaya jasa Mediator nonhakim dan bukan Pegawai Pengadilan ditanggung bersama atau berdasarkan kesepakatan Para Pihak, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 8 Ayat (1) dan (2).

Sedangkan biaya pemanggilan para pihak untuk menghadiri proses Mediasi dibebankan terlebih dahulu kepada pihak penggugat melalui panjar biaya perkara. Dalam hal Para Pihak berhasil mencapai Kesepakatan Perdamaian, biaya pemanggilan tersebut ditanggung bersama atau sesuai kesepakatan Para Pihak, sedangkan dalam hal Mediasi tidak

dapat dilaksanakan atau tidak berhasil mencapai kesepakatan, biaya pemanggilan Para Pihak dibebankan kepada pihak yang kalah, kecuali perkara perceraian di lingkungan peradilan agama, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 9 Ayat (1), (3) dan (4).

Biaya lain-lain di luar biaya jasa Mediator sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 dan biaya pemanggilan Para Pihak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 dibebankan kepada Para Pihak berdasarkan kesepakatan, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 10.

