

BAB II

KAJIAN TEORI

A. Teori Mediasi

1. Pengertian Mediasi

Ditinjau secara konseptual, mediasi berasal dari bahasa Inggris *mediation* yang berarti perantara. Secara etimologi, istilah mediasi berasal dari bahasa Latin, *mediare* yang berarti berada di tengah.¹⁴ Makna ini menunjuk pada peran yang ditampilkan pihak ketiga sebagai mediator dalam menjalankan tugasnya menengahi dan menyelesaikan sengketa antara para pihak.

Berada di tengah juga bermakna mediator harus berada pada posisi netral dan tidak memihak dalam menyelesaikan sengketa. Ia harus mampu menjaga kepentingan para pihak yang bersengketa secara adil dan sama, sehingga menumbuhkan kepercayaan dari para pihak yang bersengketa.¹⁵ Mediator mampu menempatkan dirinya sebagai pihak ketiga dalam penyelesaian permasalahan dan tidak memihak kepada hanya satu orang tapi dia adalah penengah dalam permasalahan dan mencari solusinya secara bersama sama.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata mediasi diberi arti sebagai proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam

¹⁴ Edi As'adi, *Hukum Acara Perdata Dalam Perspektif Mediasi (ADR) Di Indonesia* (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2012).3

¹⁵ Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Hukum Syariah, Hukum Adat Dan Hukum Nasional* (Jakarta: Kencana, 2011).2

penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasihat. Pengertian mediasi yang diberikan Kamus Besar Bahasa Indonesia mengandung tiga unsur penting. Pertama, mediasi merupakan proses penyelesaian perselisihan atau sengketa yang terjadi antara dua pihak atau lebih. Kedua, pihak yang terlibat dalam penyelesaian sengketa adalah pihak-pihak yang berasal dari luar pihak yang bersengketa. Ketiga, pihak yang terlibat dalam penyelesaian sengketa tersebut bertindak sebagai penasihat.¹⁶

Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 1 Tahun 2016 dalam Pasal 1 ayat (1) berbunyi mediasi adalah cara penyelesaian perkara melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan Para Pihak dengan dibantu oleh Mediator. Pengertian mediasi dalam PERMA tersebut tidaklah jauh berbeda dengan esensi mediasi yang dikemukakan oleh Gunawan Widjaja, sebagaimana dikutip oleh Neng Yani Nurhayani, dari definisi yang telah dikemukakan maka mediasi mengandung unsur sebagai berikut:

- a. Mediasi adalah sebuah proses penyelesaian perkara berdasarkan asas kesukarelaan melalui persetujuan.
- b. Mediator yang terlibat bertugas membantu para pihak yang berperkara untuk mencari penyelesaian.

¹⁶ Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, Hukum Nasional*. (Jakarta: Kencana, 2011), h.3

- c. Mediator yang terlibat harus ditentukan oleh para pihak yang berperkara.
- d. Mediator tidak mempunyai kewenangan untuk mengambil keputusan selama perundingan berlangsung.
- e. Tujuan mediasi adalah untuk mencapai atau menghasilkan kesepakatan yang dapat diterima pihak-pihak yang berperkara.¹⁷

Mediasi merupakan upaya penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh para pihak melalui perundingan dengan bantuan pihak lain atau pihak ketiga yang netral (mediator) guna mencari dan menemukan bentuk-bentuk penyelesaian yang dapat disepakati bersama oleh para pihak. Sebagaimana firman Allah swt. dalam QS. An-Nisaa'(4):114

لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنَ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ
وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا ﴿١١٤﴾

Artinya: Tidak ada kebaikan pada banyak pembicaraan rahasia mereka, kecuali (pada pembicaraan rahasia) orang yang menyuruh bersedekah, (berbuat) kebaikan, atau mengadakan perdamaian di antara manusia. Siapa yang

¹⁷ Neng Yani Nurhayani, Hukum Acara Perdata, (cet.1, Bandung: Pustaka Setia, 2015), h.109.

berbuat demikian karena mencari rida Allah kelak Kami anugerahkan kepadanya pahala yang sangat besar.

Dapat disimpulkan mediasi adalah sebagai cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh seorang mediator, sedangkan mediasi itu sendiri mempunyai pengertian bantuan atau bimbingan dari pihak ketiga untuk merumuskan langkah-langkah sebagai solusi dan membuat jalan keluar dengan keputusan perdamaian antara pihak yang berperkara. Jadi mediasi yang di lakukan yaitu membrikan bimbingan dari pihak ketiga untuk penyelesaian permasalahan.

2. Dasar Hukum Mediasi

Dasar hukum dari perdamaian atau mediasi diindonesia sebagai berikut:

- a. Pancasila, dimana dalam filosofinya pada sila ke-4 tersirat bahwa asas penyelesaian sengketa adalah musyawarah untuk mufakat. Hal tersebut juga tersirat dalam Undang-Undang Dasar 1945.²⁴ Tidak hanya sebagai dasar penepatan hokum di Indonesia, tetapi pancasila juga dijadikan sebagai dasar penyelesaian sengketa keluarga demi mengurangi tingginya angka perceraian.

b. Dasar hukum dalam Q,S An-Nisa: 35

وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا

إِصْلَاحًا يُوفِّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾

Artinya: Jika kamu (para wali) khawatir terjadi persengketaan di antara keduanya, utuslah seorang juru damai dari keluarga laki-laki dan seorang juru damai dari keluarga perempuan. Jika keduanya bermaksud melakukan islah (perdamaian), niscaya Allah memberi taufik kepada keduanya. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha teliti.

3. Tujuan dan manfaat mediasi

Tujuan dilakukan mediasi adalah menyelesaikan sengketa antara pihak bersengketa dengan pihak ketiga yang netral dan imparisial. 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 dan tidak ada pihak yang dikalahkan seperti posisi (win-lose solution).¹⁸ Dengan keunggulan penyelesaian hukum di atas para pihak yang bersengketa

¹⁸ Syahrizal Abbas., "Mediasi Dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, Hukum Nasional." (Jakarta: Kencana, 2011), h.24.

memiliki wilayah yang lebih luas dalam pembahasan perkara dan pro aktif dalam penyelesaian perkara.

Manfaat dari mediasi adalah dapat tercapainya kesepakatan yang mengakhiri persengketaan secara adil dan saling menguntungkan. Bahkan dalam mediasi yang gagal pun, di mana para pihak belum mencapai kesepakatan, sebenarnya juga telah dirasakan manfaatnya. Kesiediaan para pihak bertemu dalam suatu proses mediasi, paling tidak telah mampu mengklarifikasikan akar persengketaan dan mempersempit perselisihan diantara mereka.¹⁹

B. Teori 'Urf

1. Pengertian 'urf

Ilmu ushul fiqh semakin berkembang seiring dengan perkembangan Islam ke berbagai macam wilayah. Kajian tentang ushul fiqh diperlukan karena banyaknya kebudayaan yang berbeda hingga bertolak belakang dengan kebudayaan di Jazirah Arab. Sehingga banyak usaha yang dilakukan para ulama untuk menyelesaikan masalah tersebut, yang didasarkan pada beberapa metode pengambilan hukum Islam diluar Al-Quran, Hadits, Ijma' dan Qiyas yang telah disepakati bersama, antara lain adalah al-'urf.²⁰

¹⁹ Syahrizal Abbas., "Mediasi Dalam Hukum Syariah,Hukum Adat,Hukum Nasional." (Jakarta: Kencana, 2011), h.25.

²⁰ Sucipto, 'Urf Sebagai Metode Dan Sumber Penemuan Hukum Islam," *Jurnal Asas*, Vii, No. 1 (2015),H.25.

'Urf merupakan sumber atau dalil yang ditinjau dari aspek hukum Islam. 'Urf adalah salah satu dalil hukum Islam yang kedudukannya sama dengan dalil yang lain seperti *ijma'*, *qiyas*, *syar'u man qablana*, *istihsan*, *maslahah mursalah*, dan lain sebagainya. 'Urf berlaku bagi kaum muslimin dimanapun mereka berada selagi tidak bertentangan dengan ketentuan nash Al-Quran dan Sunnah.

Kata 'Urf secara etimologi berarti "sesuatu yang dipandang baik dan diterima oleh akal sehat".²¹ Al-'Urf (adat istiadat) yaitu sesuatu yang sudah diyakini mayoritas orang, baik berupa ucapan atau perbuatan yang sudah berulang-ulang sehingga tertanam dalam jiwa dan diterima oleh akal mereka.²²

Adapun dari segi terminologi. Kata 'urf mengandung makna yaitu "sesuatu yang menjadi kebiasaan manusia, dan mereka mengikutinya dalam bentuk setiap perbuatan yang populer di antara mereka, ataupun suatu kata yang biasa mereka kenal dengan pengertian tertentu, bukan dalam pengertian etimologi, dan ketika mendengar kata itu, mereka tidak memahaminya dalam pengertian lain".²³

Golongan Hanafiyah dan Malikiyah berpendapat bahwa 'urf adalah hujjah untuk menetapkan hukum Islam.

²¹ Satria Effendi, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008 Cetakan Ke2),H.153

²² Nasrun Haroen, *Ushul Fiqh 1* (Jakarta,: Logos Wacana Ilmu, 1997),H.154

²³ Satria Effendi, *Ushul Fiqh*, (Jakarta,Kencana Prenada Media Group, 2008 Cetakan Ke2),H.154

Alasan mereka ialah berdasarkan firman Allah dalam surat al Al;a'raf ayat 199.

خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴿١٩٩﴾

Artinya : Jadilah pemaaf, perintahkanlah (orang-orang) pada yang makruf, dan berpalinglah dari orang-orang bodoh.

Pada dasarnya, syariat Islam dari masa awal banyak menampung dan mengakui adat atau tradisi itu selama tidak bertentangan dengan Al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah saw. Berdasarkan kenyataan ini, para ulama menyimpulkan bahwa adat istiadat yang baik secara sah dapat dijadikan landasan hukum, bila memenuhi beberapa persyaratan.

2. Dasar hukum 'urf

a. Al qur'an

dasar hukum penggunaan *urf* disandarkan kepada beberapa dalil diantaranya firman Allah pada surah al-Imron ayat 104 :

وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ

الْمُنْكَرِ ۗ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴿١٠٤﴾

Artinya : Hendaklah ada di antara kamu segolongan orang yang menyeru kepada kebajikan, menyuruh (berbuat) yang makruf, dan mencegah dari

yang mungkar. Mereka itulah orang-orang yang beruntung. (Q.S Ali Imran 3: 104)

melalui ayat di atas diperintahkan kaum muslimin untuk mengerjakan yang ma'ruf. Sedangkan yang disebut sebagai ma'ruf itu sendiri yaitu yang dinilai oleh kaum muslimin sebagai kebaikan, dikerjakan berulang-ulang, dan tidak bertentangan dengan watak manusia yang benar, yang dibimbing oleh prinsip-prinsip umum ajaran Islam.

3. Macam-macam 'urf

Penggolongan macam-macam adat atau 'Urf itu dapat dilihat dari beberapa segi diantaranya dari segi materi, segi ruang lingkup penggunaannya serta dari segi penilaiannya.

- a. Ditinjau dari segi materi yang biasa dilakukan, 'Urf dibagi menjadi 2:
 - 1) 'Urf *Qauli* adalah kebiasaan yang berlaku dalam penggunaan katakata atau ucapan. Contohnya, dalam kebiasaan sehari-hari masyarakat Arab, kata *walad* biasanya hanya digunakan untuk merujuk pada anak laki-laki, bukan anak perempuan. Oleh karena itu, dalam memahami kata *walad*, sering kali digunakan 'Urf *Qauli* sebagai referensi untuk interpretasi yang sesuai dengan kebiasaan bahasa tersebut.²⁴

²⁴ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh Jilid 11*, (Jakarta,: Logos, 1999),H.366

- 2) *'Urf Fi'li* yaitu kebiasaan yang berlaku dalam perbuatan. Contoh kebiasaan jual beli barang-barang yang enteng (murah dan kurang bernilai) transaksi antara penjual dan pembeli cukup hanya menunjukkan barang serta serah terima barang dan uang tanpa ucapan transaksi. Hal ini tidak menyalahi aturan akad dalam jual beli.²⁵ Dalam kehidupan masyarakat tidak jarang terjadi sebuah peristiwa yang kemudian karena ada kecocokan dan lain hal kemudian dilakukan secara terus menerus dan dipelihara pelaksanaannya tanpa adanya aturan tertulis yang mengikatnya.
- b. Dilihat dari segi ruang lingkup penggunaannya, *'Urf* jenis ini terbagi menjadi dua:
- 1) *Al-'Urf al-'Aam* (kebiasaan yang bersifat umum) adalah semua *'Urf* yang telah dikenal dan dipraktekkan masyarakat dari berbagai lapisan di seluruh negeri pada suatu masa.²⁶Jenis ini juga dapat diartikan sebagai kebiasaan yang dikenal luas oleh masyarakat dari waktu ke waktu, tanpa memandang usia, golongan, atau pekerjaan mereka. Contoh dalam kehidupan sehari-hari adalah ketika seseorang menganggukkan kepala sebagai tanda

²⁵ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh Jilid 11*, (Jakarta,: Logos, 1999),H.367

²⁶ Firdaus, *Ushul Fiqh Metodem Mengkaji Dan Memahami Hukum Islam Secara Komprehensif*, (Jakarta,: Zikrul Hakim, 2004),H.97

persetujuan dan menggelengkan kepala untuk menolak atau tidak setuju. Aturan semacam ini tidak tertulis dalam undang-undang mana pun, tidak memiliki batasan waktu, dan berlaku untuk semua orang tanpa memandang usia, golongan, suku bangsa, atau profesi. Meskipun demikian, karena kebiasaan ini sudah diterima secara luas, orang akan secara otomatis mengikuti praktik tersebut. Jika ada seseorang yang bertindak sebaliknya, ia akan dianggap aneh karena menyimpang dari kebiasaan umum yang berlaku.

- 2) *Al-'Urf Al-Khas* (kebiasaan yang bersifat khusus) adalah kebiasaan yang hanya dikenal dan tersebar di suatu daerah dan masyarakat tertentu saja. Dengan kata lain, *'Urf* khusus adalah kebiasaan yang hanya dikenal sebagian kelompok dan suku bangsa tertentu.²⁷

"Suatu adat kebiasaan yang dilakukan sekelompok negara, satu masa atau golongan tertentu dari manusia". Contoh *Al-'Urf Al-Khas* adalah larangan perkawinan pada bulan Muharram bagi masyarakat Jawa.

- c. Ditinjau dari segi penilaian baik dan buruk, *'Urf* terbagi menjadi 2 yakni:

²⁷ Firdaus, *Ushul Fiqh Metode Mengkaji Dan Memahami Hukum Islam Secara Komprehensif*, (Jakarta,: Zikrul Hakim, 2004),H.98

1) 'Urf Shahih

Yang dimaksud dengan 'Urf Shahih yaitu adat (kebiasaan) yang berulang-ulang dilakukan, diterima oleh orang banyak, tidak bertentangan dengan agama, sopan santun dan budaya yang luhur. Contoh mengadakan acara *halal bi halal* (silaturahmi) saat hari raya.²⁸ Hal ini sebagaimana pendapat yang dikemukakan Abdul Wahab Khallaf dalam kitabnya.

'Urf jenis ini merujuk pada kebiasaan atau praktik yang telah diketahui secara luas oleh manusia, asalkan tidak bertentangan dengan dalil syara, tidak menghalalkan yang haram, dan tidak membatalkan kewajiban. Jenis 'Urf ini tidak memandang apakah termasuk 'Urf yang berlaku umum (*âam*) atau khusus untuk suatu daerah (*Khas*), serta apakah berupa ucapan ('Urf *qawli*) atau perbuatan ('Urf *fi'li*). Fokus utama dari jenis 'Urf ini adalah memastikan bahwa kebiasaan tersebut tidak melanggar ketentuan syara dan tidak bertentangan dengan sopan santun serta budaya luhur yang ada."

2) 'Urf Fasid

Yang dimaksud 'Urf Fasid yaitu adat (kebiasaan) yang berlaku di suatu tempat

²⁸ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh Jilid 11* (Jakarta,: Logos, 1999),H. 368.

meskipun merata pelaksanaannya namun bertentangan dengan agama, undang-undang negara dan sopan santun.²⁹Abdul Wahab Khallaf mendefinisikan '*Urf Fasid* sebagai suatu adat (kebiasaan) yang terjadi dalam masyarakat, tetapi dalam pelaksanaannya menyalahi atau bertentangan dengan ketentuan ketentuanketentuan dalil syara, menghalalkan perkara haram atau membatalkan perkara wajib. Contohnya berjudi untuk merayakan suatu peristiwa atau kemenangan. Para ulama' sepakat untuk tidak melestarikan bahkan meniadakan '*Urf* jenis ini dengan tidak menganggapnya sebagai sumber hukum Islam, termasuk juga tidak menjadikannya sebagai dalil dalam *Istinbât Al-Hukm Al-Shari*.

4. Syarat-syarat '*urf*

Para ulama ushul menyatakan bahwa sutau '*urf* baru dapat dijadikan sebagai salah satu dalil dalam menetapkan hukum *Syara'* apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :³⁰

- a. '*Urf* harus termasuk '*urf* yang sahih dalam arti tidak bertentangan dengan ajaran Al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah. Misalnya, kebiasaan di suatu negeri bahwa

²⁹ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh Jilid 11* , (Jakarta,: Logos, 1999),H.368

³⁰ Indi Aunullah, *Ensiklopedi Fikih Untuk Remaja Jilid 2*, (Yogyakarta,: Pustaka Insan Madani, 2008),H.282

sah mengembalikan harta amanah kepada istri atau anak dari pihak pemberi atau pemilik amanah. Kebiasaan seperti ini dapat dijadikan pegangan jika terjadi tuntutan dari pihak pemilik harta itu sendiri.

- b. *'Urf* itu harus berlaku secara umum dalam mayoritas kalangan masyarakat dan keberlakuannya dianut oleh mayoritas masyarakat tersebut, baik itu *'urf* dalam bentuk praktik, perkataan, umum dan khusus.
- c. *'Urf* itu memang telah memasyarakat sebelumnya. Artinya, *'urf* yang akan dijadikan sandaran hukum itu lebih dahulu ada sebelum kasus yang akan ditetapkan hukumnya.
- d. *'Urf* tidak bertentangan dengan apa yang diungkapkan secara jelas dalam suatu transaksi. Seperti apabila dalam suatu transaksi dikatakan secara jelas bahwa si pembeli akan membayar uang kirim barang, sementara *'urf* yang berlaku adalah si penjual lah yang menanggung ongkos kirim, maka dalam kasus seperti *'urf* tidak berlaku.