

ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA BISNIS DI LUAR PENGADILAN *(Non-Litigation Alternatives Business Dispute Resolution)*

Nevey Varida Ariani

Pusat Penelitian dan Pengembangan Sistem Hukum Nasional
Badan Pembinaan Hukum Nasional
Jl. Mayjen. Soetoyo, Cililitan Jakarta Timur

Naskah diterima: 16 Mei 2012; revisi: 09 Juli 2012; disetujui: 23 Juli 2012

Abstrak

Alternatif sengketa di Luar pengadilan saat ini menjadi alternatif bagi kalangan bisnis untuk dapat menyelesaikan sengketa bisnis diluar pengadilan hal ini disebabkan karena penyelesaian melalui proses pengadilan, dianggap mengalami beban yang terlampau padat (*overloaded*), Lamban dan buang waktu (*waste of time*), Biaya mahal (*very expensive*) dan kurang tanggap (*unresponsive*) terhadap kepentingan umum atau dianggap terlampau formalistik (*formalistic*) dan terlampau teknis (*technically*). Dengan penyelesaian sengketa berdasarkan undang-undang melalui arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan melalui mekanisme konsiliasi, mediasi, negosiasi dan pendapat ahli serta penyelesaian sengketa menurut masyarakat adat dapat mencerminkan proses penyelesaian sengketa secara adil karena diharapkan dapat menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat secara cepat, biaya ringan, damai dengan *win-win solution* bukan *win lose solution*. Oleh karena itu perlu lembaga-lembaga alternatif penyelesaian sengketa terutama dalam hal pelaksanaan eksekusi.

Kata kunci : alternatif penyelesaian sengketa, proses diluar pengadilan, masyarakat adat, keadilan

Abstract

Today alternative dispute resolution non litigation to be an alternative for businesses to be able to resolve disputes resolution business and this is because through the court process, is considered to have the burden which overloaded, Slow and waste of time, very expensive and unresponsive to the public interest, formalistic and technically. Alternative dispute Resolution with statutory arbitration and alternative dispute resolution mechanisms outside the court through conciliation, mediation, negotiation and dispute resolution expert opinion and according to the indigenous peoples may reflect disputes resolution in a fair process because it is expected to explore the values that live in society as a fast, low cost, peace with the win-win solution rather than lose win solution. Therefore, the courts and state agencies need to respect and protect the decisions issued by the institutions of alternative dispute resolution, especially in terms of execution.

Keywords: *alternative dispute resolution, Non Litigation, indigenous people, justice*

A. Pendahuluan

Aternatif proses penyelesaian sengketa bisnis yang diupayakan pihak-pihak di luar pengadilan, merupakan realita perubahan kecenderungan manusia dalam masyarakat yang harus diterima. Apabila selama ini mekanisme penyelesaian sengketa mengikuti pola yang terstruktur melalui pengadilan negeri, namun melalui mekanisme yang lebih sederhana diharapkan tidak terjadi distorsi pada penegakan hukum sehingga hasilnya dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Penggunaan sistem peradilan modern sebagai sarana pendistribusian keadilan terbukti menjumpai sangat banyak hambatan. Adapun yang menjadi faktor penyebab adalah karena peradilan modern sarat dengan beban formalitas, prosedur, birokrasi, serta metodologi yang ketat. Oleh sebab itu, keadilan yang diperoleh masyarakat modern tidak lain adalah keadilan birokratis.¹

Namun dewasa ini cara penyelesaian sengketa melalui peradilan mendapat kritik yang cukup tajam, baik dari praktisi maupun teoritis hukum. Peran dan fungsi peradilan, dianggap mengalami beban yang terlampaui (*overloaded*). Lamban dan buang waktu (*waste of time*). Biaya mahal (*very expensive*) dan kurang tanggap (*unresponsive*) terhadap kepentingan umum. Atau dianggap terlampaui formalistik (*formalistic*) dan terlampaui teknis (*technically*).

Meskipun demikian, sebagian besar perkara yang terjadi di masyarakat tetap mengalir ke pengadilan untuk diperiksa dan diputus dalam rangka memperoleh penyelesaian yang adil. Hal

itu disebabkan jumlah serta sebaran pengadilan yang hampir merata di seluruh pelosok daerah di tanah air. Akan tetapi seiring perkembangan masyarakat, lalu lintas perdagangan dan dunia usaha nasional maupun internasional, serta perkembangan hukum itu sendiri, rasio jumlah perkara yang harus diselesaikan oleh pengadilan semakin tidak sebanding dengan kapasitas serta kemampuan pengadilan untuk menerima, memeriksa, dan memutus perkara yang masuk.

Di samping faktor eksternal semacam itu, ada juga faktor internal pengadilan yang menyebabkan masyarakat menilai pengadilan serta sumberdaya manusianya semakin tidak berpihak kepada tuntutan rasa keadilan masyarakat. Para hakim di Indonesia selama beberapa dekade telah menjadi bagian hegemoni pegawai negeri sipil yang dikondisikan untuk mendukung kepentingan politik pihak yang berkuasa. Bahkan sampai kini disinyalir hakim-hakim di Indonesia masih rentan terhadap upaya penyusutan, sehingga putusan yang dikeluarkan pengadilan sulit diramalkan, acapkali memihak penguasa atau orang kaya yang pada akhirnya bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat karena penyelesaian sengketa di pengadilan telah menjauhkan pihak-pihak yang bersengketa dari nilai-nilai keadilan.² Oleh karena itu, apabila pengusaha menghadapi sengketa, tentu saja akan memilih cara-cara yang lebih sederhana prosedurnya serta ditentukan secara limitatif waktu penyelesaiannya. Untuk menghindari mekanisme penyelesaian sengketa dipengadilan yang memerlukan waktu bertahun-tahun. Dengan penyelesaian sengketa

¹ S. Susanto, "Lembaga Peradilan dan Demokrasi", Makalah pada Seminar Nasional tentang Pemanfaatan Sosiologi Hukum dalam Masa Pembangunan dan Restrukturisasi Global, Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 12-13 Nopember 1996, hal 3.

² Eman Suparman. *Op.Cit.*

di luar pengadilan, waktu dan biaya relatif dapat dihemat, juga yang terpenting adalah penyelesaian dilakukan secara damai, sehingga semua pihak yang bersengketa menjadi 'pemenang'. Penyelesaian sengketa di luar pengadilan dijamin kerahasiaannya, sehingga tidak perlu was-was apa yang terjadi selama proses penyelesaian akan diketahui orang lain atau media massa.³

Suatu perselisihan itu muncul ke permukaan, antara lain disebabkan karena masing-masing merasa benar, merasa berhak atas apa yang diperselisihkan. Sebab kalau salah satu pihak dari yang berselisih merasa bersalah dan tahu tidak berhak atas sesuatu yang diperselisihkan, perselisihan itu tidak ada atau berakhir tatkala ketidak benaran disadari. Di dalam pergaulan masyarakat, kedamaian adalah merupakan idaman setiap anggota masyarakat. Kedamaian akan terwujud antara lain kalau aneka kepentingan yang berbeda dari masing-masing anggota masyarakat tidak saling bertabrakan. Pertentangan kepentingan itulah yang menimbulkan perselisihan dan untuk menghindari gejala tersebut, mereka mencari jalan untuk mengadakan tata tertib, yaitu dengan membuat ketentuan atau kaedah hukum, yang harus ditaati oleh setiap anggota masyarakat, agar dapat mempertahankan hidup bermasyarakat. Dalam kaedah hukum yang ditentukan itu, setiap orang diharuskan untuk bertingkah laku sedemikian rupa, sehingga kepentingan anggota masyarakat lainnya akan terjaga dan dilindungi.

Menurut Erman Rajaguguk, masyarakat khususnya kaum bisnis lebih menyukai

penyelesaian sengketa di luar pengadilan disebabkan karena tiga alasan, yaitu: Pertama, penyelesaian sengketa di pengadilan adalah terbuka, kaum bisnis lebih menyukai sengketa mereka diselesaikan tertutup, tanpa diketahui oleh publik. Kedua, sebagian masyarakat, khususnya orang bisnis menganggap hakim tidak selalu ahli dalam permasalahan sengketa yang timbul. Dan yang Ketiga, penyelesaian sengketa di Pengadilan akan mencari pihak mana yang salah dan yang benar, sedangkan putusan penyelesaian sengketa di luar pengadilan akan dicapai melalui kompromi.⁴

Kompleksitas dan tingginya perkembangan di dunia bisnis, cenderung berpotensi menimbulkan konflik atau sengketa. Penyelesaian sengketa bisnis yang tidak tertangani secara adil di suatu negara dapat mengganggu hubungan baik suatu negara dengan negara lainnya dan menghambat kedatangan investor asing. Keberadaan paradigma non litigasi yang disebut alternatif penyelesaian sengketa sebenarnya masih berlangsung dalam praktik-praktik penyelesaian sengketa di masyarakat. Namun penyelenggaraannya belum dikembangkan secara ilmiah untuk menyelesaikan sengketa-sengketa bisnis modern yang multikompleks.

Selain media ADR yang dikemas secara modern, perlu juga digali kembali potensi media penyelesaian sengketa yang sudah tumbuh secara tradisional dalam masyarakat hukum adat. Berbicara tentang lembaga adat sebenarnya sudah dari zaman dahulu kita mengenalnya dan telah lama dipraktekkan untuk menyelesaikan perselisihan yang terjadi atau sengketa yang ada di dalam masyarakat hukum

³ "Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian dalam Aspek Hukum Indonesia" sumber: www.google.com, diakses, 28 Mei 2011.

⁴ Eman Rajaguguk, *Arbitrase dalam Putusan Pengadilan*, (Jakarta: Chandra Pratama, 2001) hlm. 30.

adat. Cara ini ditempuh diantaranya untuk mengurangi biaya perkara yang mahal karena dalam proses pengadilan berindikasi akan ada pihak yang menang dan yang kalah. Pihak yang kalah akan merasa dirugikan dengan adanya putusan sehingga prosesnya akan memakan waktu yang lama dan berbelit-belit. Selain itu juga terjadinya penumpukan perkara yang terjadi di Mahkamah Agung yang memerlukan penyelesaian yang cepat.⁵

B. Permasalahan

Dari uraian diatas dirumuskan beberapa permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana proses penyelesaian sengketa bisnis di luar pengadilan berdasarkan Undang-Undang?
2. Bagaimana alternatif penyelesaian sengketa bisnis menurut masyarakat adat?

C. Metodologi Penelitian

Berdasarkan identifikasi masalah sebagaimana diuraikan diatas, maka tulisan ini masuk dalam penelitian hukum normatif dengan studi kepustakaan. Untuk itu tulisan ini menggunakan metode penelitian *juridic normatif*. Tulisan ini juga menggunakan pendekatan sosio hukum, sehingga memiliki perspektif lebih luas dengan melihat hukum dalam hubungannya dengan sistem sosial, politik, dan ekonomi masyarakat.

D. Pembahasan

1. Penyelesaian Sengketa Bisnis di luar Pengadilan Menurut Peraturan PerUndang-Undangan

Perkembangan masyarakat serta laju dinamis dunia bisnis saat ini berlangsung demikian pesat. Dinamika dan kepesatan yang terjadi di dalam kegiatan ekonomi dan bisnis itu ternyata telah membawa implikasi yang cukup mendasar terhadap pranata⁶ maupun lembaga⁷ hukum. Implikasiter hadap pranata hukum disebabkan sangat tidak memadainya perangkat norma untuk mendukung kegiatan ekonomi dan bisnis yang sedemikian pesat. Kondisi tersebut kemudian diupayakan untuk diatasi dengan melakukan reformasi hukum di bidang kegiatan ekonomi, dengan membuat peraturan perundang-undangan baru mengenai bidang-bidang yang menunjang kegiatan ekonomi dan bisnis.⁸

Sementara itu, implikasi dari kegiatan bisnis yang pesat terhadap lembaga hukum berakibat juga terhadap pengadilan⁹ yang dianggap tidak profesional untuk menangani sengketa-sengketa bisnis, tidak independen, bahkan para hakimnya telah kehilangan integritas moral¹⁰ tugas untuk menegakkan hukum dan keadilan ketika menerima, memeriksa, mengadili, serta menyelesaikan setiap sengketa yang diajukan,

⁵ Lili Suarni, *Proses Penyelesaian Sengketa Melalui Lembaga Adat di Nagari Kambang Kecamatan Lengayang Kabupaten Pesisir Selatan*, (Program Pascasarjana Universitas Andalas, Tahun 2008)

⁶ Satjipto Rahardjo, *Pembangunan Hukum di Indonesia dalam Konteks Situasi Global; dalam Problema Globalisasi – Perspektif Sosiologi Hukum, Ekonomi, & Agama*. (Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2000), hal 13.

⁷ Adi Sulistiyono, *Mengembangkan Paradigma Penyelesaian Sengketa Non-Litigasi dalam Rangka Pendayagunaan Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis / Hak Kekayaan Intelektual* (Semarang: Disertasi, PDIH, 2002), hlm. 4.

⁸ Normin S. Pakpahan, *Pembaharuan Hukum di Bidang Kegiatan Ekonomi*, Makalah pada Temu Karya Hukum Perseroan dan Arbitrase; (Jakarta, 22-23 Januari 1991), hlm. 31.

⁹ Sudikno Mertokusumo, *Sistem Peradilan di Indonesia*, (Jurnal Hukum, No. 9, Vol. 4, 1997), hlm. 2.

¹⁰ Lihat Mas Achmad Santosa, *"Independensi Peradilan dan TAP MPR RI No. X/MPR/1998"*; (Kompas, 11 Januari 1999).

dianggap sebagai tempat menyelesaikan sengketa yang tidak efektif dan efisien.¹¹

Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa Umum, Pasal 1 angka 10, merumuskan bahwa:

"Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli"

a. Konsultasi

Tidak ada suatu rumusan ataupun penjelasan yang diberikan dalam UU No. 30 Tahun 1999 mengenai makna maupun arti dari konsultasi. Jika melihat pada Black's Law Dictionary dapat diketahui bahwa yang dimaksud dengan konsultasi (*consultation*) adalah: *Act of consulting or conferring: e.g. patient with doctor, client with lawyer. Deliberation of persons on some subject.*¹²

Dari rumusan yang diberikan dalam Black's Law Dictionary tersebut dapat diketahui, bahwa pada prinsipnya konsultasi merupakan suatu tindakan yang bersifat personal antara suatu pihak tertentu, yang disebut dengan klien dengan pihak lain yang merupakan pihak konsultan, yang memberikan pendapatnya kepada klien tersebut untuk memenuhi keperluan dan kebutuhan kliennya tersebut. Tidak ada suatu rumusan yang menyatakan sifat keterikatan atau kewajiban untuk memenuhi dan mengikuti pendapat yang disampaikan oleh pihak konsultan. Ini berarti klien adalah bebas untuk menentukan sendiri keputus-

an yang akan ia ambil untuk kepentingannya sendiri, walau demikian tidak menutup kemungkinan klien akan dapat mempergunakan pendapat yang disampaikan oleh pihak konsultan tersebut. Ini berarti dalam konsultasi, sebagai suatu bentuk pranata alternatif penyelesaian sengketa, peran dari konsultan dalam menyelesaikan perselisihan atau sengketa yang ada tindakan dominan sama sekali, konsultan hanyalah memberikan pendapat (hukum), sebagaimana diminta oleh kliennya, yang untuk selanjutnya keputusan mengenai penyelesaian sengketa tersebut akan diambil sendiri oleh para pihak, meskipun ada kalanya pihak konsultan juga diberikan kesempatan untuk merumuskan bentuk-bentuk penyelesaian sengketa yang dikehendaki oleh para pihak yang bersengketa tersebut.¹³

b. Negosiasi dan Mediasi

Jika rumusan yang diberikan dalam Pasal 6 ayat (2) UU Nomor 30 Tahun 1999, di sana dikatakan bahwa pada dasarnya para pihak dapat dan berhak untuk menyelesaikan sendiri sengketa yang timbul di antara mereka. Kesepakatan mengenai penyelesaian tersebut selanjutnya harus dituangkan dalam bentuk tertulis yang disetujui oleh para pihak. Ketentuan tersebut mengingatkan pada ketentuan yang serupa yang diatur dalam Pasal 1851 sampai dengan 1864 Bab Kedelapanbelas Buku III Kitab Undang-undang Hukum Perdata tentang Perdamaian. Berdasarkan definisi yang diberikan dikatakan bahwa Perdamaian adalah suatu persetujuan dengan mana kedua belah pihak, dengan menyerahkan, menjanjikan atau menahan suatu

¹¹ Adi Sulistiyono, Mengembangkan... *Op. Cit.*, hlm. 4.

¹² Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Editor in Chief, 2004, hlm. 1003.

¹³ *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian dalam Aspek Hukum Indonesia*, sumber: www.google.com, diakses tanggal 28 Mei 2011

barang, mengakhiri suatu perkara yang sedang bergantung atau mencegah timbulnya suatu perkara. Persetujuan perdamaian ini oleh Kitab Undang-undang Hukum Perdata diwajibkan untuk dibuat pula secara tertulis, dengan ancaman tidak sah. Jika dikaji secara seksama dapat dikatakan bahwa kata-kata yang tertuang dalam rumusan Pasal 6 ayat (2) UU No. 30 Tahun 1999 memiliki makna objektif yang hampir sama dengan yang diatur dalam Pasal 1851 KUH Perdata, hanya saja negosiasi menurut rumusan Pasal 6 ayat (2) UU No. 33 Tahun 1999 tersebut:

- a. Diberikan tenggang waktu penyelesaian paling lama 14 hari; dan
- b. Penyelesaian sengketa tersebut harus dilakukan dalam bentuk pertemuan langsung oleh dan antara para pihak yang bersengketa.

Selain itu perlu dicatat pula bahwa negosiasi, merupakan salah satu lembaga alternatif penyelesaian sengketa yang dilaksanakan di luar pengadilan, sedangkan perdamaian dapat dilakukan baik sebelum proses persidangan pengadilan dilakukan, maupun setelah sidang pengadilan dilaksanakan, baik di dalam maupun di luar sidang pengadilan (Pasal 130 HIR).¹⁴

Pengaturan mengenai mediasi dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 6 ayat (3), ayat (4) dan ayat (5) UU No. 30 Tahun 1999, Ketentuan mengenai mediasi yang diatur dalam Pasal 6 ayat (3) UU No. 30 Tahun 1999 adalah merupakan suatu proses kegiatan sebagai kelanjutan dari gagalnya negosiasi yang dilakukan oleh para pihak menurut ketentuan Pasal 6 ayat (2) UU No. 30 Tahun 1999. Menurut rumusan dari Pasal 6 ayat (3) Undang-undang No.30 Tahun 1999 tersebut

dikatakan bahwa atas kesepakatan tertulis para pihak sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasihat ahli maupun melalui seorang mediator. Undang-undang tidak memberikan rumusan definisi atau pengertian yang jelas dari mediasi maupun mediator. Dari literatur hukum, misalnya adalah Black's Law Dictionary dikatakan bahwa mediasi dan mediator adalah: *Mediation is a method of non binding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution.*¹⁵ Mediasi merupakan model penyelesaian sengketa di mana pihak luar tidak memihak dan netral (mediator) membantu pihak-pihak yang bersengketa guna memperoleh penyelesaian sengketa yang disepakati para pihak.

Mediasi, dari pengertian yang diberikan, jelas melibatkan keberadaan pihak ketiga (baik perorangan maupun dalam bentuk suatu lembaga independen) yang bersifat netral dan tidak memihak, yang akan berfungsi sebagai mediator. Sebagai pihak ketiga yang netral, independen, tidak memihak dan ditunjuk oleh para pihak secara langsung maupun melalui lembaga mediasi, mediator berkewajiban untuk melaksanakan tugas dan fungsinya berdasarkan pada kehendak dan kemauan para pihak.

Walau demikian ada suatu pola umum yang dapat diikuti dan pada umumnya dijalankan oleh mediator dalam rangka penyelesaian sengketa para pihak. Sebagai suatu pihak di luar perkara, yang tidak memiliki kewenangan memaksa, mediator ini berkewajiban untuk bertemu atau mempertemukan para pihak yang bersengketa guna mencari masukan mengenai pokok

¹⁴ M. Husni, *Arbitrase sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis di luar Pengadilan*, (Jurnal Equality, Vol. 13 No. 1 Februari 2008).

¹⁵ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Editor in Chief, 2004, hlm. 1003.

persoalan yang dipersengketakan oleh para pihak. Berdasarkan pada informasi yang diperoleh, baru kemudian mediator dapat menentukan duduk perkara, kekurangan dan kelebihan dari masing-masing pihak yang bersengketa, dan selanjutnya mencoba menyusun proposal penyelesaian, yang kemudian dikomunikasikan kepada para pihak secara langsung. Mediator harus mampu menciptakan suasana dan kondisi yang kondusif bagi terciptanya kompromi di antara kedua belah pihak yang bersengketa untuk memperoleh hasil yang saling menguntungkan.

Baru setelah diperoleh persetujuan dari para pihak atas proposal yang diajukan beserta segala revisi atau perubahannya untuk penyelesaian masalah yang dipersengketakan, mediator kemudian menyusun kesepakatan itu secara tertulis untuk ditandatangani oleh para pihak. Tidak hanya sampai disitu, mediator juga diharapkan dapat membantu pelaksanaan dari kesepakatan tertulis yang telah ditandatangani oleh kedua belah pihak. Menurut UU No. 30 Tahun 1999, kesepakatan penyelesaian sengketa atas beda pendapat secara tertulis adalah final dan mengikat bagi para pihak untuk dilaksanakan dengan itikad baik. Kesepakatan tertulis tersebut wajib didaftarkan di Pengadilan Negeri dalam waktu paling lama (tiga puluh) hari terhitung sejak penandatanganan, dan wajib dilaksanakan dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari sejak pendaftaran.¹⁶

Dalam pasal 6 (4) UU No. Tahun 1999 dikatakan bahwa UU membedakan mediator ke dalam:

- i. mediator yang ditunjuk secara bersama oleh para pihak (Pasal 6 ayat (3) UU No. 30 Tahun 1999, dan

- ii. mediator yang ditunjuk oleh lembaga arbitrase atau lembaga alternative penyelesaian sengketa yang ditunjuk oleh para pihak (Pasal 6 ayat (4) UU No. 30 Tahun 1999.

Meskipun diberikan suatu jangka waktu yang jelas, kedua ketentuan tersebut terkesan memperpanjang jangka waktu alternative penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Tidak ada suatu kejelasan apakah ketentuan tersebut bersifat memaksa atau dapat disimpangi oleh para pihak. Seperti halnya konsultasi, negosiasi maupun mediasi, UU No. 30 Tahun 1999 tidak memberikan suatu rumusan yang eksplisit atas pengertian atau definisi dari konsiliasi ini.

c. *Konsiliasi*

Dalam *Black's Law Dictionary* dikatakan bahwa konsiliasi adalah: *Consiliation is the adjustment and settlement of a dispute in a friendly, unantagonistic manner used in court before trial with a view towards avoiding trial in labor disputes before arbitration. Court of Conciliation is a court which proposes terms of adjustment, so as to avoid litigation.*¹⁷

Consiliation dalam bahasa Inggris berarti perdamaian dalam bahasa Indonesia. Kemudian dalam *Blak's Law Dictonary* dikatakan bahwa pada prinsipnya konsiliasi merupakan perdamaian. Dalam hal yang demikian sebagaimana yang diatur dalam pasal 1851 sampai dengan Pasal 1864 Bab kedelapan belas Buku III UU Hukum Perdata, berarti segala sesuatu yang dimaksudkan untuk diselesaikan melalui konsiliasi tunduk pada ketentuan KUH Perdata, dan secara khusus Pasal 1851 sampai dengan Pasal 1864. Ini berarti hasil kesepakatan melalui alternatif penyelesaian

¹⁶ Munir Fuadi, *Arbitrase Nasional Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000), hlm. 42.

¹⁷ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Editor in Chief, 2004, hlm. 1003.

sengketa konsiliasi inipun harus dibuat secara tertulis dan ditandatangani secara bersama oleh para pihak yang bersengketa. Sesuai dengan ketentuan Pasal 6 ayat (7) jo Pasal 6 ayat (8) UU No. 30 Tahun 1999. Kesepakatan tertulis hasil konsiliasi tersebutpun harus didaftarkan di Pengadilan negeri dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal pendaftaran di Pengadilan Negeri. Kesepakatan tertulis hasil konsiliasi bersifat final dan mengikat para pihak.¹⁸

Berbeda dengan negosiasi, konsiliasi, dari pengertian yang diberikan dalam Black's Law Dictionary, merupakan langkah awal perdamaian sebelum sidang peradilan (ligitasi) dilaksanakan. Bahkan diatur dalam KUHP, dengan berasumsi bahwa yang dimaksud dengan konsiliasi dalam UU No. 30 Tahun 1999 adalah identik dengan perdamaian yang diatur dalam KUHP. Dengan demikian berarti konsiliasi tidak hanya dapat dilakukan untuk mencegah dilaksanakannya proses litigasi, melainkan juga dapat dilakukan oleh para pihak, dalam setiap tingkat peradilan yang sedang berlangsung, baik di dalam maupun di luar pengadilan, dengan pengecualian untuk hal-hal atau sengketa di mana telah diperoleh suatu putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, tidak dapat dilakukan konsiliasi.

Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 juga mengenal istilah pendapat ahli sebagai bagian dari alternatif penyelesaian sengketa. Dan bahwa ternyata arbitrase dalam suatu bentuk kelembagaan, tidak hanya bertugas untuk menyelesaikan perbedaan atau perselisihan pendapat maupun sengketa yang terjadi di antara para pihak dalam suatu perjanjian. Pemberian

opini atau pendapat hukum tersebut dapat merupakan suatu masukan bagi para pihak. Sewaktu menyusun atau membuat perjanjian yang akan mengatur hak-hak dan kewajiban para pihak dalam perjanjian. Maupun dalam memberikan penafsiran ataupun terhadap salah satu atau lebih ketentuan dalam perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak untuk memperjelas pelaksanaannya.

Jika pada uraian di atas dibahas konsiliasi dalam pengertian yang sangat umum, termasuk dalam pemberian opini atau pendapat hukum dalam suatu mediasi atau konsiliasi. Pendapat hukum yang diberikan oleh lembaga arbitrase, yang bersifat mengikat guna menyelesaikan suatu bentuk perbedaan paham, atau perselisihan pendapat ataupun mengenai suatu ketidakjelasan akan suatu hubungan hukum ataupun rumusan dalam perjanjian, yang dihadapi para pihak dalam suatu perjanjian dengan klausula arbitrase, sebagaimana diatur dalam UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Dalam Pasal 2 Ruang lingkup dan Kekuatan Berlaku Perma adalah:

1. Peraturan Mahkamah Agung ini hanya berlaku untuk mediasi yang terkait dengan proses berperkara di Pengadilan.
2. Setiap hakim, mediator dan para pihak wajib mengikuti prosedur penyelesaian sengketa melalui mediasi yang diatur dalam Peraturan ini.
3. Tidak menempuh prosedur mediasi berdasarkan Peraturan ini merupakan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 130 HIR dan atau Pasal 154 Rbg yang mengakibatkan putusan batal demi hukum.

¹⁸ Munir Fuadi, *Op.Cit.*

4. Hakim dalam pertimbangan putusan perkara wajib menyebutkan bahwa perkara yang bersangkutan telah diupayakan perdamaian melalui mediasi dengan menyebutkan nama mediator untuk perkara yang bersangkutan.

Ini berbeda dalam proses negosiasi dengan orang Cina, Jepang, Korea. Mereka akan bertanya, jika anda membawa lawyer, apakah anda mau berbisnis atau mencari-cari kesalahan. Ada perbedaan persepsi terhadap "*lawyer*" dalam masyarakat Amerika dan Jepang. Begitu pula ada perbedaan persepsi mengenai kontrak. Untuk orang Jepang kontrak adalah simbol kerjasama untuk saling menguntungkan dan bukan merupakan suatu dokumen hukum. Dalam berbisnis masyarakat Jepang menganggap "*trust the people rather paper*". Dalam proses negosiasi, kedua belah pihak perlu memahami juga perbedaan budaya berkenaan dengan karakter dan kebiasaan masing-masing pihak. Orang Amerika cenderung berkata terus terang dan langsung, sedangkan orang Jepang biasa mengatak "ya" tidak selalu berarti "setuju".¹⁹

Mediasi juga merupakan salah satu cara penyelesaian melalui pihak ketiga. Pihak ketiga tersebut disebut dengan mediator. Ia bisa negara, Organisasi internasional (misalnya PBB) atau individu (politikus, ahli hukum, atau ilmuwan). Ia ikut serta secara aktif dalam proses negosiasi. Biasanya ia dengan kapasitasnya sebagai pihak yang netral berupaya mendamaikan para pihak dengan memberikan saran penyelesaian sengketa. Jika cara penyelesaian dengan menggunakan diatas gagal atau tidak berhasil, barulah ditempuh cara-cara lain seperti penyelesaian melalui pengadilan atau arbitrase. Arbitrase adalah institusi hukum alternatif bagi penyelesaian sengketa di luar

pengadilan. Sebagian besar pengusaha lebih suka menyelesaikan sengketa yang timbul diantara mereka melalui arbitrase dari pada pengadilan. Biasanya arbiter pertama-tama membahas masalah yang timbul, berusaha mencapai konsesus. Jika usaha ini gagal, negosiasi diantara anggota panel biasanya melahirkan putusan yang kompromis. Tidak selalu harus melalui pemungutan suara.

Lembaga arbitrase tidak lain merupakan suatu jalur musyawarah yang melibatkan pihak ketiga sebagai wasitnya. Dengan perkataan lain, arbitrase adalah suatu cara penyelesaian sengketa atau perselisihan bisnis dengan bantuan pihak ketiga, bukan hakim, walaupun dalam pelaksanaan putusannya harus dengan bantuan hakim. Apabila salah satu pihak kemudian enggan memberikan bantuannya untuk pengambilan keputusan atau tidak mentaati keputusan yang telah diambil oleh orang yang mereka berikan wewenang untuk sengketa tersebut, pihak itu dianggap melakukan *breach of contract* atau melanggar perjanjian.

Memilih forum di luar pengadilan negeri untuk menyelesaikan sengketa komersial dalam bidang bisnis pada dasarnya merupakan bagian dari kebebasan para pihak dalam membuat kesepakatan mengenai berbagai objek perjanjian. Kesepakatan memilih forum dapat dilakukan melalui dua cara. (i) sebelum terjadi sengketa dan dicantumkan dalam perjanjian pokok, dinamakan *pactum de compromittendo*; atau (ii) sesudah terjadi sengketa, dibuat dalam bentuk tertulis terpisah dari perjanjian pokok, disebut akta kompromis. Akan tetapi, menurut hukum Indonesia, tidak setiap sengketa dapat diselesaikan melalui forum arbitrase yang

¹⁹ *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian dalam Aspek Hukum Indonesia*, sumber: www.google.com, diakses tanggal 28 Mei 2011.

dipilih para pihak. Lebih dari itu, arbitrase diakui sebagai model penyelesaian sengketa yang mengedepankan pencapaian keadilan dengan pendekatan konsensus dan mendasarkan pada kepentingan para pihak dalam rangka mencapai win-win solution.²⁰

Akan tetapi di balik semua kelebihan arbitrase, ternyata ada satu hal yang sangat tidak memuaskan para pihak dari seluruh rangkaian proses arbitrase. Ketidak-puasan para pihak dalam proses arbitrase terutama pada saat pelaksanaan (eksekusi) putusan. Pelaksanaan putusan arbitrase, baik putusan arbitrase nasional apalagi putusan arbitrase internasional, di Indonesia selalu menghadapi kesulitan dan hambatan. Kesulitan serta hambatan untuk melaksanakan putusan arbitrase disebabkan antara lain karena norma hukum yang ambivalen. Di satu pihak, arbitrase diakui sebagai salah satu model penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Akan tetapi di lain pihak, badan peradilan terkesan belum sepenuhnya memberikan kewenangan dalam menyelesaikan sengketa komersial kepada forum arbitrase. Oleh karena itu, peran pengadilan masih sangat dominan dalam keseluruhan proses arbitrase.²¹

2. Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan Menurut Masyarakat Adat

Di berbagai wilayah di Nusantara ini telah terdapat kesatuan-kesatuan masyarakat yang teratur, yang dikelola oleh suatu sistem nilai yang bersifat tradisional dan dipercaya secara turun-temurun. Sistem nilai yang hidup di dalam masyarakat yang mengelola keteraturan

di antara mereka inilah yang oleh *Snouck Hurgronje* dinamakan sebagai *Adatrecht* atau yang kemudian biasa diterjemahkan sebagai Hukum Adat. Hukum adat adalah hukum yang bersumber pada ugeran-ugeran atau norma kehidupan sehari-hari yang langsung timbul sebagai pernyataan kebudayaan orang Indonesia asli dalam hal ini sebagai pernyataan rasa keadilan dalam hubungan pamrih, sehingga jelas sekali terlihat bahwa hukum adat adalah hukum asli bangsa Indonesia yang dibuat oleh masyarakat Indonesia sendiri secara turun-temurun berdasarkan *value consciousness* mereka yang termanifestasi dalam kebiasaan-kebiasaan hidup sehari-hari dengan menggunakan ukuran nalar dan rasa keadilan mereka.

Di samping itu eksistensi institusi lokal termasuk lembaga adat akhir-akhir ini adalah sebuah fenomena yang menarik untuk dicermati, lembaga adat yang dulunya mampu eksis dan berperan dalam penyelesaian kasus atau perkara di dalam masyarakat namun sekarang telah terjadi pergeseran paradigma penyelesaian sengketa dalam masyarakat. Hal ini dibuktikan dengan berbagai aktifitas penyelesaian sengketa di kalangan masyarakat mengalami kemunduran dan tidak mampu berbuat banyak dalam penyelesaian sengketa khususnya penyelesaian sengketa waris, bisnis dan lain-lain di mana untuk penyelesaian sengketa, masyarakat cenderung lebih menggunakan penyelesaian sengketa melalui lembaga pengadilan.

Hal ini salah satunya disebabkan, karena dilahirkannya kebijakan-kebijakan antara lain pemerintah berupaya melakukan penyeragaman peradilan melalui Undang-undang No. 1 tahun

²⁰ Eman Suparman, *Pilihan Forum Arbitrase dalam Sengketa Komersial Untuk Penegakan Keadilan*, (Jakarta: Tatanusa, 2004), hlm. 333.

²¹ *Ibid.*, hlm. 335.

1951, peradilan adat sebagaimana dimaksud dalam Stb. 1932 No. 80 yang dihapuskan secara berangsur-angsur, sedangkan peradilan desa sebagaimana dimaksud dalam Stb. 1935 No. 102 masih tetap dipertahankan terus termasuk keterkaitannya dengan Peradilan Umum. Melalui ketentuan Pasal 3a RO (*Reglement of de Rechtelijke Organisatie in Het Beleid der Justitie in Indonesia*) yang dikaitkan secara khusus dengan Hukum Acara Perdata yang berlaku baik dalam HIR (*Het Herziene Indonesisch Reglement*) maupun RB (*Rechtsreglement Buitengewesten*) yang meminta agar hakim memperhatikan putusan dari Hakim Perdamaian Desa.²²

Dalam Pasal 120 a, HIR/143 a RBg dinyatakan dalam ayat satu (1) "jika gugatan yang diajukan itu berhubungan dengan perkara yang sudah diputuskan oleh Hakim perdamaian desa, maka penggugat harus menyebutkan isi putusan itu dalam gugatannya; sedapatnya salinan putusan itu dilampirkan. Ayat dua (2) Ketua Pengadilan Negeri memperingatkan kepada penggugat akan kewajibannya yang ditetapkan dalam ayat 1 pada waktu atau sesudah menerima gugatan atau pada permulaan persidangan."²³

Dalam ketentuan ini dapat dilihat bahwa masih diakuinya keberadaan putusan Hakim perdamaian desa, dan wajib dijadikan sebagai pedoman oleh Hakim dalam proses penyelesaian sengketa di Pengadilan Negeri, karena HIR dan RBg merupakan salah satu sumber hukum dalam hukum acara perdata di Indonesia. Dalam Undang-undang No. 19 Tahun 1964 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman telah menghapus bentuk peradilan

adat, dimana dalam pasal 7 menjelaskan bahwa kekuasaan kehakiman yang berkepribadian Pancasila dan yang menjalankan fungsi hukum sebagai pengayoman, dilaksanakan oleh Pengadilan dalam lingkungan: Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Meliter dan Peradilan Tata Usaha Negara. Dan dalam Undang-Undang ini tidak menyebutkan tentang Peradilan Adat.

Kemudian Undang-undang No.14 Tahun 1970 (yang terakhir diubah dengan Undang-undang No. 48 Tahun 2009) Tentang Kekuasaan Kehakiman Pasal 2 ayat (3) berbunyi bahwa semua peradilan di seluruh wilayah negara Republik Indonesia adalah peradilan negara yang diatur dengan Undang-Undang, namun tidak menutup kemungkinan penyelesaian sengketa dilakukan di luar peradilan negara yaitu melalui perdamaian dan arbitrase. Dari penjelasan ini dapat dilihat bahwa penyelesaian sengketa di luar peradilan negara masih bisa diberlakukan. Walaupun Undang-undang ini membuka peluang bagi hakim untuk menemukan hukum berdasarkan nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat, namun dalam realitanya nilai-nilai yang terdapat di dalam sistim penyelesaian yang ada di masyarakat tersebut tidak bisa diakomodasikan oleh sistim peradilan formal.²⁴

Di satu sisi harapan masyarakat untuk menyelesaikan sengketa melalui lembaga pengadilan justru kembali menemukan permasalahan baru berupa resistensi atas sebuah keputusan pengadilan terhadap perkara tertentu karena dianggap oleh sebagian

²² Abdurrahman Saleh, *Dialog Interaktif Membangun Mitra dan Ruang Partisipasi dalam Penyelesaian Sengketa Sako dan Pusako di Sumatera Barat*, (2004), hlm. 3.

²³ K. Wantjik Saleh. *Hukum Acara Perdata RBg / HIR*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1981), hlm. 18-19.

²⁴ Lili Suarni, *Op Cit*.

masyarakat tidak menyentuh rasa keadilan masyarakat.

Paradoks dengan hal ini, tujuan hukum sebagai proses harmonisasi dan integrasi sosial dalam beberapa produk hukum berupa putusan pengadilan cenderung bernuasa sebagai mesin pencetak konflik sosial sehingga perlu kembali memberikan peranan yang lebih besar kepada lembaga hukum adat dalam menyelesaikan sengketa dalam masyarakat.

Fenomena dimana masih sulitnya keadilan bagi masyarakat banyak untuk dipenuhi oleh Hukum Indonesia, dan hal itu jelas merupakan suatu permasalahan yang cukup serius dalam ruang pembangunan hukum Indonesia yang sekaligus merupakan permasalahan dalam Sistem Hukum Indonesia yang mengadopsi *Civil Law System* sebagai sistem hukum warisan kolonial. Di sisi lain, Indonesia pada hakekatnya disebut demikian karena secara faktual eksistensinya kini makin dilupakan dan ditinggalkan memiliki sistem hukumnya sendiri yang telah ada jauh sebelum kolonialisme asing dengan transplantasi hukumnya hadir di Indonesia yakni Sistem Hukum Adat dengan karakteristiknya yang khas.

Dalam pengembangan Hukum Indonesia, mulai dari proses pembentukan hingga penegakannya, seringkali justru tidak sesuai dengan apa yang diharapkan dan dicita-citakan oleh masyarakat banyak, sehingga kemudian banyak menimbulkan reaksi negatif hingga

resistensi atau penolakan dari banyak pihak. Namun, walaupun tidak sesuai dengan harapan masyarakat, segala macam proses pengembangan hukum tersebut telah dapat dikatakan sah secara yuridis, atau dengan kata lain telah memenuhi syarat-syarat yang dibutuhkan untuk dapat dikatakan sebagai hukum. Jika proses pengembangan hukum tersebut dikatakan tidak sesuai dengan apa yang diharapkan rakyat karena dirasakan bertentangan atau melanggar rasa keadilan masyarakat, maka berdasarkan contoh-contoh permasalahan hukum di Indonesia sebagaimana dijabarkan di atas dapat diketahui bahwa pengembangan Hukum Indonesia tidaklah linier dengan tuntutan keadilan yang diharapkan oleh masyarakat banyak sebagai subyek sasaran dari adanya hukum tersebut. Jika demikian, maka jelas dalam banyak hal secara relatif dapat dikatakan bahwa Hukum Indonesia tidaklah bertujuan secara pertama dan utama memberikan keadilan.²⁵

Von Savigny mengatakan bahwa hukum adalah cerminan jiwa rakyat, maka hukum adalah yang merupakan cerminan jiwa bangsa Indonesia.²⁶ Hal di atas kiranya akan lebih diperjelas dengan melihat kepada karakteristik hukum adat. Hukum adat memiliki corak, dan karakteristik sebagai berikut:

1. Komunalistik, artinya manusia menurut hukum adat merupakan makhluk dalam ikatan kemasyarakatan yang erat.

²⁵ Efendi, *Peranan Lembaga Adat Penjelasan Sengketa Waris di Lombok Tengah*, sumber: www.google.com, diakses tanggal 21 Januari 2012

²⁶ Von Savigny terkenal dengan konsep jiwa bangsa (*volksgeist*) sebagai sumber hukum. Menurut Savigny, '*law as an expression of the common consciousness or spirit of the people*'. Menurut guru besar Hukum Romawi ini, hukum tidak dibuat tetapi tumbuh dan berkembang bersama masyarakat. Savigny mengembangkan pikirannya tatkala pada abad XIX, Jerman berencana membuat kodifikasi hukum perdata German dengan berkiblat pada kode Napoleon. Pada waktu itu, Savigny berpolemik dengan seorang ahli hukum A.F.J. Thibaut, yang justru membenarkan rencana kodifikasi tersebut.

2. Religio-magis, artinya hukum adat selalu berkaitan dengan persoalan magis dan spiritualisme (kepercayaan atas roh-roh nenek moyang, dsb).
3. Konkrit, artinya perhubungan-perhubungan hidup yang ada dalam hukum adat adalah perhubungan-perhubungan yang konkrit atau nyata. Seperti halnya, dalam hukum adat istilah jual-beli hanya dimaknai secara nyata yakni jika telah benar-benar ada pertukaran uang dan barang secara kontan, sehingga dalam hukum adat tidak dikenal sistem jual-beli secara kredit sebagaimana yang dikenal di BW.
4. Visual, artinya dalam hukum adat perhubungan hukum dianggap hanya terjadi oleh karena ditetapkan dengan suatu ikatan yang dapat dilihat (seperti halnya sistem panjer, peningset, dll).

Karakter-karakter hukum adat sebagaimana dikemukakan di atas adalah cermin dari karakter masyarakat Indonesia. Sifat komunalistik dapat terlihat dari kebiasaan gotong-royong dan gugur-gunung yang biasa dilakukan dalam menghadapi pekerjaan besar secara bersama-sama, ataupun dalam mekanisme musyawarah yang biasa dilakukan masyarakat kita sejak berabad-abad lampau dalam memecahkan suatu permasalahan bersama.

Hukum adat yang dijalankan oleh lembaga adat merupakan perwujudan nilai-nilai hidup yang berkembang di dalam masyarakat dan merupakan sesuatu yang *given*, oleh karena itu Hukum Adat baik secara yuridis normatif, filosofis, maupun secara sosiologis sebagai sentral seharusnya diletakkan sebagai pondasi dasar struktur hirarki Tata Hukum Indonesia di mana dalam hukum adat itulah segala macam aturan hukum positif Indonesia mendasarkan diri dan mengambil sumber substansinya

disamping itu pula berguna terciptanya sebuah Hukum Indonesia yang lebih baik. Yakni Hukum Indonesia yang sesuai dengan rasa keadilan dan berdasarkan nilai-nilai masyarakat Indonesia sendiri, Hukum Indonesia yang berke-Indonesia-an, Hukum Indonesia yang beradatkan Indonesia, Hukum Indonesia yang berdasarkan Hukum Adat Indonesia.

Keadilan berasal dari Tuhan YME dan setiap orang diberi kemampuan, kecakapan untuk meraba dan merasakan keadilan itu. Dan segala apa yang di dunia ini sudah semestinya menimbulkan dasar-dasar keadilan pada manusia. Dengan demikian, hukum tidak hanya mencari keseimbangan antara berbagai kepentingan yang bertentangan satu sama lain, akan tetapi juga untuk mendapatkan keseimbangan antara tuntutan keadilan tersebut dengan "Ketertiban" atau "Kepastian Hukum".

Jika terjadi fenomena adanya eksistensi suatu hukum yang justru bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat, maka dalam hal ini dapat dikatakan telah terjadi suatu legal gap, yakni adanya gap atau jurang perbedaan antara apa yang diatur atau dikandung dalam substansi hukum positif yang ada dengan apa yang diharapkan serta diidealkan masyarakat menurut nilai-nilai dan rasa keadilan yang tumbuh dan berkembang dalam dimensi batiniah mereka. Dalam fenomena ini, terjadi perbedaan *value consciousness* atau kesadaran akan nilai-nilai tentang apa yang baik dan yang buruk, apa yang benar dan yang salah, apa yang sesuai hukum dan yang bertentangan dengan hukum, antara kesadaran yang ada di masyarakat dan kesadaran yang dijabarkan di dalam hukum positif yang ada. Jika demikian maka nalar keadilan antara yang diharapkan oleh masyarakat dengan yang dikonsepsikan dalam substansi aturan hukum yang ada jelas akan berbeda.

Friederich Carl von Savigny, memiliki pemikiran yang terkenal: *"Das recht wird nicht gemacht, est ist und wird mit dem volke"* yang artinya bahwa hukum itu tidak dibuat, melainkan tumbuh berkembang bersama masyarakat. Secara lebih lanjut, von Savigny menyatakan bahwa hukum adalah cerminan jiwa rakyat (*volksgeist*). Dari sini kiranya jelas bahwa hukum pada hakekatnya adalah manifestasi nilai-nilai yang berkembang di masyarakat, sehingga dengan demikian hukum tumbuh dan berkembang seiring perkembangan masyarakat karena hukum adalah bagian dari masyarakat, cerminan dari jiwa masyarakat, cerminan dari rasa keadilan rakyat. Sehingga, jika suatu hukum hendak dibuat dalam bentuk formal oleh negara maka hal yang seharusnya dijadikan sebagai sumber pembentuk substansi hukum tersebut tidak lain adalah nilai-nilai yang hidup di masyarakat, dengan demikian hukum positif tidak lain adalah formulasi formal dari *value consciousness* masyarakat dengan nalar keadilan berdasarkan rasa keadilan rakyat. Jika konsep di atas dilaksanakan dalam proses pengembangan Hukum Indonesia, maka dipastikan fenomena legal gap dapat dicegah dalam kegiatan pembentukan hukum.

Ada tiga penyebab utama dipergunakannya cara non-ligitas dalam penyelesaian sengketa terutama perkara perdata di Indonesia. Penyelesaiannya di luar pengadilan dengan cara perdamaian. *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 penengah dan memberi putusan adat bagi sengketa di antara warga. *Kedua*, adanya ketidakpuasan atas penyelesaian perkara melalui pengadilan, seperti mahalnya ongkos perkara, lamanya waktu dan rumitnya beracara, maka berbagai negara di dunia termasuk Indonesia mulai berpaling kepada penyelesaian perkara secara non litigasi di luar pengadilan. *Ketiga*, pada masyarakat Banjar terdapat kecenderungan penyelesaian sengketa dengan cara badamai atau *adat badamai*. Sebagai sarana penyelesaian sengketa hukum *adat badamai* (nonlitigasi) sampai saat ini masih efektif, dalam aspek perdata maupun aspek pidana.²⁷

Adat badamai adalah salah satu bentuk penyelesaian sengketa yang lazim dilakukan oleh masyarakat Banjar. Adat badamai bermakna pula sebagai hasil proses perembukan atau musyawarah dalam pembahasan bersama dengan maksud mencapai suatu keputusan sebagai penyelesaian dari suatu masalah. *Adat badamai* dilakukan dalam rangka menghindarkan persengketaan yang dapat membahayakan tatanan sosial. Putusan Badamai yang dihasilkan melalui mekanisme musyawarah merupakan upaya alternatif dalam mencari jalan keluar guna memecahkan persoalan yang terjadi dalam masyarakat, maka warga masyarakat berkecenderungan menyelesaikan secara badamai. Warga masyarakat enggan menyelesaikan sengketa itu melalui lembaga litigasi (jalur lembaga peradilan).²⁸ *Adat*

²⁷ Ahmadi Hasan, *Penyelesaian Sengketa Melalui Upaya (Non Ligitasi) Menurut Peraturan Perundang-undangan* (AL-BANJARI: Vol. 5, No. 9, Januari – Juni 2007)

²⁸ Sebagaimana penyelesaian kasus pidana dalam sidang adat pada warga suku Ayer dan Asyrem di Papua yang menewaskan seorang kakek bernama Daniel Ayer, 63 tahun dari warga Ayer yang tewas ditombak Ever Asyrem, 35 tahun dalam pertikaian pada 20 Nopember 1993 diselesaikan dengan sidang adat dengan alasan warga Ayer tidak mau menyelesaikan kasus pembunuhan itu lewat jalur hukum formal (nasional). Penyelesaian secara

badamai ini diakui efektif dalam menyelesaikan pertikaian atau persengketaan. Sekaligus mampu menghilangkan perasaan dendam berperan menciptakan keamanan ketertiban dan perdamaian. *Adat badamai* ini lazim pula disebut dengan, *babaikan*, *babarbaik*, *bapatut* atau *mamatut*, *baakuran* dan penyelesaian dengan cara *suluh*.²⁹

Pada dasarnya budaya untuk konsiliasi atau musyawarah³⁰ merupakan nilai masyarakat yang meluas di Indonesia. Berbagai suku bangsa di Indonesia mempunyai budaya penyelesaian sengketa secara damai, misalnya masyarakat Jawa, Bali, Sulawesi Selatan, Sumatera Barat, Sumatera Selatan, Lampung, Lombok, Irian Jaya, dan masyarakat Toraja. Sedangkan menurut Kawashima, bagi masyarakat Jepang, litigasi telah dinilai salah secara moral, bersifat subversif atau memberontak, dan dipandang membahayakan hubungan social yang harmonis. Mochrani membagi penyelesaian sengketa itu kepada dua hal, pertama penyelesaian dalam masalah agama yaitu dengan cara mengadakan *hujjah*

dan kedua penyelesaian konflik yang bersifat fisik yang berkaitan dengan kasus penganiayaan, perkelahian, pelanggaran lalu lintas maupun sengketa pembagian harta warisan. Jika terjadi konflik atau persengketaan antara warga dan tidak dilakukan *adat badamai* diyakini akan merusak tatanan harmoni yang merupakan pelanggaran terhadap kearifan tradisional. Jika konflik terjadi apalagi yang berkaitan dengan peristiwa pidana, maka tokoh-tokoh masyarakat (tetuha kampung) berinisiatif untuk mendamaikan para pihak yang bersengketa. Diupayakan pertemuan (*musyawarah*) keluarga, dilanjutkan acara selamatan, dengan bermaaf-maafan dan terkadang disertai dengan perjanjian tidak akan memperpanjang sengketa dan permusuhan. Bahkan diantara kedua belah pihak diikat dalam sebuah persaudaraan yang lazim disebut sebagai *baangkat dangsanak* (dipersaudarakan) atau *baangkat kuitan* (menjadi orang tua dan anak angkat). Ciri khas yang membedakan *adat badamai* dengan penyelesaian damai pada masyarakat lainnya

adat ini memiliki kelebihan, yakni dendam antarmarga bisa berakhir setelah mereka melakukan upacara ritual bersama. Sedangkan jika diputus lewat hukum pidana biasa, menurut salah seorang pemuka adat bisa jadi ada pihak yang tidak puas, lantas memelihara dendam. (Gatra, 17 Agustus 1996).

²⁹ Istilah *Babarbaik* dan *Bapatut* lebih mengarah kepada penyelesaian perkara pidana seperti terjadinya tindak penganiayaan, perkelahian atau pelanggaran lalu lintas, namun istilah *badamai* mengandung pengertian umum artinya penyelesaian masalah apa saja, termasuk juga di dalamnya penyelesaian perdata hubungan hukum antar orang perorang. Adapun *Suluh* lebih dekat pengertiannya kepada istilah *Ishlah* menurut konsep agama yang dapat digunakan dalam pengertian penyelesaian keperdataan semisal pembagian waris, maupun keperdataan lainnya. Lihat Alfani Daud, *Islam dan Masyarakat Banjar, Deskripsi dan Analisa Kebudayaan Banjar*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm..198.

³⁰ Dalam bahasa Arab, perkataan *musyawarah* berasal dari kata dasar *syawarayasyuru-musyawah* atau *syura* yang artinya tanda, petunjuk, nasehat, pertimbangan. Dengan demikian, berdasarkan asal-muasalnya, kata *musyawarah* merupakan kata kerja yang dibendakan dan mengandung makna "saling memberi isyarat, petunjuk, atau pertimbangan yang bermakna resiprokal dan mutual". Kata "musyawarah" dalam terminology ketatanegaraan Indonesia biasanya disandingkan dengan kata "mufakat" yang berasal dari bahasa Arab. Istilah ini bersal dari asal kata *itifaq-muwafawah* yang berarti "memberikan persetujuan atau kesepakatan". Persetujuan di sini dapat berupa suara yang terbanyak dan secara teknis dilakukan lewat pemungutan suara atau consensus bulat. Akan tetapi, dalam pengertian teknis di Indonesia dewasa ini, istilah "musyawarah mufakat" mengandung pengertian "consensus bulat." Lihat Nurchalish Madjid, *Islam Agama Kemanusiaan: Membangun Tradisi dan Visi Baru Islam Indonesia*, (Jakarta: Paramadina, 1995), hlm. 194. dan M. Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur'an*, (Bandung: Mizan, 1996), hlm. 361. Dan Lihat Adi Sulistyono, *Mengembangkan Paradigma Non-Litigasi di Indonesia*, (Surakarta: Sebelas Maret University Press, 2006), hlm. 31.

adalah: adanya nilai-nilai atau norma yang harus dipatuhi, adanya upacara yang mengiringi sebagai simbol tuntasnya sengketa atau pertikaian, adanya acara maangkat dangsanak atau maangkat.³¹

E. Penutup

1. Kesimpulan

Secara yuridis formal penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang di maksudkan dalam undang-undang adalah mengoptimalkan peranan peraturan perundang-undangan yang memuat ketentuan yang mengatur penggunaan alternatif penyelesaian sengketa (seperti UU No. 30 Tahun 1999 dan PERMA No. 1 Tahun 2008), diantaranya adalah bagaimana agar pengadilan dapat menghormati putusan-putusan yang dikeluarkan oleh lembaga-lembaga alternatif penyelesaian sengketa terutama dalam hal pelaksanaan eksekusi. Secara sosiologis di masyarakat masih terjadi permasalahan di antaranya penyelesaian sengketa yang dilakukan masih mengacuh pada ranah hukum positif yang artinya lembaga peradilan turut berperan dalam persolan ini sehingga masyarakat cenderung jarang menempuh jalur demikian karena dianggap bagian dari proses pengadilan yang dianggap lambat, berbelit-belit, mahal dan hampir sama dengan proses di persidangan dengan mengedepankan upaya mendamaikan kedua belah pihak, dan di masyarakat jarang terjadi dalam suatu putusan selesai dalam tahap ini.

Dengan kembali mengedepankan pada tradisi dan budaya yang ada di masyarakat membuat negara ini mengakui jati dari bangsa

sebab adanya suatu bangsa adalah sekumpulan masyarakat yang hidup dalam komunitas karena adanya persamaan nasib dan sepenanggungan. Berangkat dari hal tersebut maka budaya bangsa yang berangkat dari sikap kegotongroyongan dan mau untuk berdamai demi kesejahteraan masyarakat sekitar yang telah dilakukan oleh pendahulu kita perlu mendapat apresiasi kembali seperti penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh masyarakat adat zaman dahulu bahwa penyelesaian sengketa cukup dilakukan oleh kedua belah pihak dan dihadiri oleh kepala adat atau kepala desa sebagai pemimpin dalam suatu masyarakat terkecil, atau tokoh agama dengan mempertimbangkan kemaslahatan wilayah serta keadilan dan kepastian dalam masyarakat sehingga dengan proses penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh masyarakat sendiri di nilai dapat mencakup suatu proses yang cepat, biaya murah dan tidak berbelit-belit dan sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Mengembangkan dan merasionalkan budaya musyawarah agar bisa dimanfaatkan untuk menyelesaikan sengketa-sengketa bisnis. Penegakan etika bisnis sebagai upaya membangun kepercayaan masyarakat pada paradigma non litigasi. Hal ini penting karena alternatif penyelesaian sengketa ini tidak mempunyai daya pemaksa dalam pelaksanaan hasil putusnya, dan hanya didasarkan pada kesepakatan antara para pihak. Namun demikian perlu juga Menggunakan pendidikan (formal, keluarga, dan lembaga publik) sebagai sarana untuk mengembangkan kesadaran masyarakat untuk menggunakan paradigma non litigasi

³¹ Ahmadi Husain, *Penyelesaian Sengketa Melalui Upaya (Non Litigasi) Menurut Peraturan Perundang-undangan*, (AL-BANJARI Vol. 5, No. 9, Januari – Juni 2007).

2. Saran

Dalam rangka upaya memaksimalkan keadilan yang ada di masyarakat sebagai bagian dari proses keadilan yang dimiliki oleh masyarakat kiranya dalam proses penyelesaian sengketa yang ada dalam masyarakat maka hal yang pertama dilakukan adalah menyelesaikan persolan tersebut (baik itu persoalan bisnis, sengketa per-tanahan, perkawinan, waris dan lain-lain) terlebih dahulu harus diselesaikan antara kedua belah pihak dengan melalui musyawarah mufakat jika tidak bisa selesai maka persoalan tersebut dibawah kelembaga peradilan adat dalam hal ini ketua adat atau kepala desa atau lurah atau tokoh masyarakat yang ditunjuk berkewajiban untuk menyelesaikan persoalan yang ada dalam lingkungan masyarakat atau yang termasuk dalam bagian warganya untuk dapat menyelesaikan perkara yang dilakukan oleh warga masyarakat dengan berkiblat pada hukum adat yang sudah merupakan perpaduan antara nilai Agama, nilai moral, nilai kesusilaan yang tercermin dalam etika hidup bermasyarakat yang diakui kebenarannya.

Namun demikian jika upaya maksimal tersebut tidak dapat dilakukan maka menyelesaikan persoalan tersebut dapat dilakukan melalui proses peradilan baik peradilan umum maupun peradilan arbitrase nasional yang telah dilegalisasikan oleh negara dengan menjunjung tinggi dan berhenti pada upaya perdamaian sehingga meminimalisir penumpukan perkara di pengadilan yang berdampak pada lambatnya penyelesaian perkara, berbelit-belit, dengan biaya yang mahal sehingga nilai keadilan dan kepastian tidak menjadi jaminan. Oleh karenanya dalam suatu perkara yang masuk ke pengadilan perlu kiranya sengketa tersebut telah diketahui dan telah diselesaikan melalui penyelesaian

secara adat terlebih dahulu dengan memperoleh legilalisasi formal jika belum dapat diselesaikan barulah menggunakan upaya terakhir melalui lembaga peradilan sebagai *ultimum remidium*.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdulrasyid, Priyatna. *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Suatu Pengantar*, (Jakarta: Fikahati Aneska, 2002).
- Darmodihardjo, D, dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, (Jakarta Gramedia Pustaka Utama, 2004).
- Dimiyati, Khudzaifah, *Teoritisasi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945 - 1990*, (Surakarta Muhammadiyah University Press, 2004).
- Fuady, Munir, *Arbitrase Nasional: Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000).
- Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, Editor in Chief, 2004, hlm. 1003.
- Rajagukguk, Erman, *Arbitrase Dalam Putusan Pengadilan*, (Jakarta: Chandra Pratama, 2001).
- Sudiarto dan Zaeni Asyhadi, *Mengenal Arbitrase Salah Satu Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*, (Jakarta: Tatanusa, 2004).
- Sulistiyono, Adi, *Mengembangkan Paradigma Non-Ligisasi di Indonesia*, (Surakarta: Sebelas Maret University Press, 2006).
- Suparman, Eman, *Pilihan Forum Arbitrase Dalam Sengketa Komersial Untuk Penegakan Keadilan*, (Jakarta: Tatanusa, 2004).
- Usman, Rachmadi, *Hukum Arbitrase Nasional*, (Jakarta: Gramedia Widisarana Indonesia, 2002).
- Widjaja, Gunawan, *Seri Hukum Bisnis: Alternatif Penyelesaian Sengketa*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001).

Makalah / Artikel / Prosiding / Hasil Penelitian

- Hasan, Ahmadi, *Penyelesaian Sengketa Hukum Berdasarkan Adat Badamai Pada Masyarakat Banjar dalam Kerangka Sistem Hukum Nasional*, (Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, Tahun 2007).

Peraturan

Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan Mahkamah Agung

Jurnal RechtsVinding BPHN