

BAB II

LANDASAN TEORITIS

2.1. Konsep Teoritis Tentang Pertanahan

Dalam dimensi hukum, tanah merupakan benda yang termasuk kedalam hak-hak sosial manusia yang memerlukan penguatan hukum agar dapat dipertahankan kepada pihak lain hal ini dilandasi oleh suatu kesadaran bahwa tanah mempunyai arti yang sangat penting bagi manusia sebagai pribadi maupun masyarakat, bagi pembangunan serta bagi Negara.

Agar eksistensi tanah dapat memenuhi fungsinya bagi manusia, pembangunan dan Negara maka diperlukan jaminan kepastian hukum hak atas tanah. Di Indonesia Undang- Undang Pokok Agraria No. 5 Tahun 1960 Pasal 19 ayat (1) dan ayat (2) dengan jelas memberikan jaminan kepastian hukum akan hak atas tanah.¹ Sengketa pertanahan yang diajukan masyarakat pada umumnya disebabkan oleh beberapa hal antara lain:

- a. Kurang tertibnya administrasi pertanahan di masa lalu dan bergantinya generasi dan perubahan sosial budaya dalam masyarakat sehingga menimbulkan sengketa. Kemudian di daerah yang belum dilakukan pencatatan data pertanahan penguasaan atau pemilikan tanah tidak didukung bukti-bukti surat, hanya mengandalkan bukti fisik dan kesaksian.
- b. Ketidak keseimbangan penguasaan/pemilikan tanah juga dapat juga menjadi sumber sengketa pertanahan hal ini di sebabkan adanya kecemburuan memperoleh akses tanah untuk memenuhi keperluan hidupnya. Aksesnya yaitu mendorong masyarakat

¹ Undang-Undang Pokok Agraria No. 5 Tahun 1960 Pasal 19 ayat (1) dan ayat (2) dengan jelas memberikan jaminan kepastian hukum akan hak atas tanah

untuk melakukan tindakan-tindakan melawan hukum, baik yang sudah ada haknya maupun tanah Negara.

- c. Meningkatnya permintaan tanah untuk pembangunan yang berhadapan dengan kondisi keterbatasan akan sumber daya tanah dapat pula menjadi penicu timbulnya sengketa pertanahan. hal ini disebabkan sulitnya mencari tanah pengganti masyarakat yang tanahnya akan dipergunakan untuk pembangunan.
- d. Tuntutan reformasi pada saat sekarang ini yang bertumbuh pada 3 (tiga) tuntutan yaitu : Supremasi hukum, Transparansi, dan Keberpihakan pada rakyat.

Sengketa-sengketa tanah yang muncul pada saat ini antara lain dapat berupa:

1. Pendudukan Tanah
2. Tuntutan Pengembalian Tanah
3. Sengketa Perdata
4. Tuntutan Ganti Rugi
5. Sengketa Tanah Ulayat

Telah banyak peristiwa kasus sengketa pertanahan di Indonesia yang didalam penyelesaiannya tidak cukup memadai dengan melalui gugatan perdata (*In court settlement*) dengan berbagai pertimbangan terutama lawannya waktu yang harus dilalui bahkan memerlukan biaya yang sangat tinggi (*High cost economy*). Pilihan penyelesaian diluar pengadilan atau non litigasi (*Out of court*) bertolak pada modal arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa adalah pilihan terbaik dalam menyelesaikan sengketa di bidang pertanahan.²

² 2 Ibid h.66

Dalam penyelesaian sengketa pertanahan adat di lakukan dengan dua cara yaitu antara lain dengan cara mediasi dan konsiliasi, dengan demikian masyarakat adat menyelesaikan sengketa tanah melalui mekanisme musyawara dan mufakat bersama. Mekanisme musyawara untuk mencapai mufakat dapat di telusuri dari nilai budaya yang menekankan keseimbangan atau keserasian dalam masyarakat. Mekanisme Konsiliasi dan Mediasi sebelum tahap-tahap litigasi, bukanlah sesuatu yang asing bagi masyarakat.

Dengan demikian alternative penyelesaian sengketa terdapat pada 2 (dua) pasal yaitu pasal 1 angka 10 dan pasal 6. pasal 1 angka 10 UU No.30/1999 menentukan bahwa alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang di sepakati pada pihak yakni penyelesaian diluar pengadilan dengan cara konsultasi negoisasi mediasi konsilitasi atau penilaian akhir.

Tanah dalam Bahasa Inggris disebut soil, menurut *Dokuchaev*: tanah adalah suatu benda fisis yang berdimensi tiga terdiri dari panjang, lebar, dan dalam yang merupakan bagian paling atas dari kulit bumi.

Kata” Tanah” seperti banyak kata umum lainnya, mempunyai beberapa pengertian. Dalam pengertian tradisional tanah adalah medium alami untuk pertumbuhan tanaman daratan, tanpa memperhitungkan tanah tersebut mempunyai horizon yang keliatan atau tidak. Pengertian ini masih merupakan arti yang paling umum dari kata tersebut, dan perhatian yang terbesar pada tanah terpusat pada pengertian ini. Orang menganggap tanah adalah penting, oleh karena tanah mendukung kehidupan tanam-tanaman yang memaso pangan, serat, obat-obatan, dan berbagai keperluan lain manusia, juga karena mampu menyaring air serta mendaur ulang limbah. Tanah menutupi permukaan bumi sebagai lapisan yang sambung menyambung,

terkecuali pada batuan tandus, pada wilayah yang terus menerus membeku, atau tertutup air dalam, atau pada lapisan es terbuka suatu glester. Dalam pengertian ini, tanah memiliki suatu ketebalan yang ditentukan oleh kedalaman akar tanaman.

Tanah merupakan suatu benda alam yang tersusun dari padatan (bahan mineral dan bahan organik), cairan dan gas, yang menempati permukaan daratan, menempati ruang, dan dicirikan oleh salah satu atau kedua berikut: horison-horison, atau lapisan-lapisan, yang dapat dibedakan dari bahan asalnya sebagai hasil dari suatu proses penambahan, kehilangan, pemindahan dan transformasi energi dan materi, atau berkemampuan mendukung tanaman berakar di dalam suatu lingkungan alami.

Schoeder, mendefinisikan tanah sebagai suatu sistem tiga fase yang mengandung air, udara dan bahan-bahan mineral dan organik serta jasad-jasad hidup, yang karena pengaruh berbagai faktor lingkungan pada permukaan bumi dan kurun waktu, membentuk berbagai hasil perubahan yang memiliki ciri-ciri morfologi yang khas, sehingga berperan sebagai tempat tumbuh bermacam-macam tanaman. gambar di bawah adalah gambar faktor pembentuk tanah.

Menurut Jooffe dan Marbut, dua orang ahli Ilmu Tanah dari Amerika Serikat, Tanah adalah tubuh alam yang terbentuk dan berkembang sebagai akibat bekerjanya gaya-gaya alam terhadap bahan-bahan alam dipermukaan bumi. Tubuh alam ini dapat berdiferensiasi membentuk horizon-horizon mieneral maupun organik yang kedalamannya beragam dan berbeda-beda sifat-sifatnya dengan bahan induk yang terletak dibawahnya dalam hal morfologi, komposisi kimia, sifat-sifat fisik maupun kehidupan biologinya.

Ada tiga hal penting yang dari definisi ini:

- a. Tanah itu terbentuk dan berkembang dari proses-proses alami
- b. Adanya diferensiasi profil tanah membentuk horizon-horizon
- c. Terdapat perbedaan yang menyolok antara sifat-sifat bahan induk dengan horizon-horizon tanah yang terbentuk terutama dalam hal morfologi, kimiafi, fisik dan biologinya.

Darmawijaya mendefinisikan tanah sebagai akumulasi tubuh alam bebas, menduduki sebagian besar permukaan planet bumi, yang mampu menumbuhkan tanaman, dan memiliki sifat sebagai akibat pengaruh iklim dan jasad hidup yang bertindak terhadap bahan induk dalam keadaan relief tertentu selama jangka waktu tertentu pula.

Batas atas dari tanah adalah batas antara tanah dan udara, air dangkal, tumbuhan hidup, atau bahan tumbuhan yang belum mulai terlapuk. Wilayah yang diannggap tidak mempunyai tanah, apabila permukaan secara permanen tertutup oleh air yang terlalui dalam (secara tipikal lebih dari 2.5 m) untuk pertumbuhan tanam-tanaman berakar. Batas horizontal tanah adalah wilayah dimana tanah berangsur beralih kedalam, area-area tandus, batuan atau es.

Batas bawah yang memisahkan dari bahan bukan tanah yang terletak dibawahnya, adalah yang paling sulit ditetapkan. Tanah tersusun dari horizon-horizon dekat permukaan bumi yang berbeda kontras terhadap bahan induk di bawahnya, telah mengalami perubahan interaksi antara iklim, relief dan jasad hidup selama waktu pembentukannya.

2.2. Sengketa/Konflik Pertanahan

2.2.1. Pengertian Sengketa/Konflik

Sengketa atau konflik akan selalu dijumpai dalam kehidupan manusia atau kehidupan masyarakat. Nader dan Todd mempunyai pandangan sebagai berikut :

- a. Pra konflik adalah keadaan yang mendasari rasa tidak puas seseorang
- b. Konflik adalah keadaan dimana para pihak menyadari atau mengetahui tentang adanya perasaan tidak puas tersebut.
- c. Sengketa adalah keadaan dimana konflik tersebut dinyatakan dimuka umum atau dengan melibatkan pihak ketiga.

Konflik menurut kamus umum bahasa Indonesia adalah percecokkan, pertengangan, persengketaan dan perselisihan (Poerwadarminta, 1982:518).

Dalam pengertian hukum konflik adalah perbedaan pendapat, perselisihan paham, sengketa antara dua pihak tentang hak dan kewajiban pada saat dan keadaan yang sama. Secara umum konflik atau perselisihan paham, sengketa diartikan dengan pendapat yang berlainan antara dua pihak mengenai masalah tertentu pada saat dan keadaan yang sama (Mudson, 1992).

Konflik menurut Coser adalah

“Conflicts involve struggles between two or more people over values or competition for status, power or scarce resources”.

Sengketa menurut Gulliver yaitu

“No dispute exist unless and until the right claimant or some one of his behalf, actively raises the initial disagreement from the level dyadic argument into public arena, with the express intention of doing something about the desired claim”.

Menurut petunjuk teknis Kepala Badan Pertahanan Nasional Nomor 1/Juknis/D.V/2007 tentang pemetaan dan akar masalah pertanahan yaitu :

Sengketa adalah perbedaan nilai, kepentingan, pendapat dan/atau persepsi antara orang perorangan dan atau badan hukum (privat atau publik) mengenai status penguasaan dan atau status kepemilikan dan atau status penggunaan atau pemanfaatan atas bidang tanah tertentu atau status keputusan tata usaha Negara menyangkut penguasaan, pemilikan dan penggunaan atau pemanfaatan atas bidang tanah tertentu.

Sedangkan yang dimaksud dengan konflik adalah perbedaan nilai, keputusan, pendapat dan atau persepsi antara warga atau kelompok masyarakat dan atau warga atau kelompok masing-masing dengan badan hukum (privat atau publik). Masyarakat dengan masyarakat mengenai status penguasaan dan atau status kepemilikan dan atau status penggunaan atau pemanfaatan atas bidang tanah tertentu oleh pihak tertentu atau status keputusan tata usaha Negara menyangkut penguasaan, pemilikan dan penggunaan atau pemanfaatan atas bidang tanah tertentu serta mengandung aspek politik, ekonomi dan sosial budaya.

2.2.2. Jenis – Jenis Sengketa / Konflik Pertanahan

Menurut Folberg and Taylor konflik dapat dibagi menjadi 2 kategori yaitu:

1. Konflik yang terjadi didalam diri individu itu sendiri (*intra personal conflict or conflict within the individual*)
2. Konflik yang terjadi antara individu dan individu atau antara kelompok (*interpersonal conflict or inter group conflict*)

Khusus dalam sengketa/konflik pertanahan telah di klasifikasikan masalah pertanahan berdasarkan tipologi masalah menurut petunjuk teknis Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 01/Jukis/D.V/2007 tentang Pemetaan Masalah dan Akar Masalah pertanahan yaitu :

1. Sengketa Penguasaan dan Pemilikan Tanah

Perbedaan persepsi, nilai atau pendapat kepentingan mengenai status penggunaan diatas tanah tertentu yang tidak atau belum dilekati hak (tanah Negara) maupun yang telah dilekati hak oleh pihak tertentu.

2. Sengketa Prosedur Penetapan Hak dan Pendaftaran Tanah

Perbedaan persepsi, nilai atau pendapat, kepentingan mengenai proses penetapan hak dan pendaftaran tanah yang merugikan pihak yang lain sehingga menimbulkan anggapan tidak sahnya penetapan atau perijinan dibidang pertanahan.

3. Sengketa Batas atau Letak Bidang Tanah

Perbedaan pendapat, nilai, kepentingan mengenai letak, batas dan luas bidang tanah yang diakui suatu pihak yang telah ditetapkan oleh Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia maupun yang masih dalam proses penetapan batas.

4. Sengketa ganti rugi tanah eks partikelir

Perbedaan persepsi, pendapat, kepentingan atau nilai mengenai keputusan tentang kesediaan Pemerintah untuk memberikan ganti kerugian atas tanah partikelir yang dilikuidasi.

5. Sengketa Tanah Ulayat

Perbedaan persepsi, nilai pendapat, kepentingan mengenai status ulayat dan masyarakat hukum adat diatas areal tertentu baik yang telah diterbitkan hak atas tanah maupun yang belum, akan tetapi dikuasai oleh pihak lain.

6. Sengketa tanah objek landreform

Perbedaan persepsi, pendapat, kepentingan mengenai prosedur penegasan, status penguasaan dan pemilikan, proses penetapan ganti rugi, penetapan subjek dan objek pembagian tanah objek landreform

7. Sengketa Pengadaan Tanah

Perbedaan pendapat, kepentingan, persepsi atau nilai mengenai status hak tanah yang perkembangannya berasal dari proses pengadaan tanah, atau mengenai keabsahan proses, pelaksanaan pelepasan atau pengadaan tanah dan ganti rugi.

8. Sengketa Pelaksanaan Putusan Pengadilan.

Perbedaan persepsi nilai atau pendapat kepentingan mengenai putusan badan peradilan yang berkaitan dengan subjek atau objek hak atas tanah atau mengenai prosedur penerbitan hak atas tanah tertentu.

2.2.3. Penyelesaian Sengketa/Konflik Pertanahan

Seiring dengan meningkatkan kebutuhan tanah untuk keperluan pembangunan berpengaruh terhadap meningkatnya kasus-kasus sengketa pertanahan yang disampaikan melalui pengaduan baik secara tertulis maupun secara lisan. Untuk mengatur tata cara penanganannya maka, berdasarkan Peraturan Presiden nomor 10 Tahun 2006 tentang Badan Pertanahan Nasional menempatkan penanganan sengketa dalam suatu Kedeputian pengkajian dan penanganan sengketa dan konflik pertanahan.

Tugas pokok dan fungsi Deputi Bidang Pengkajian dan penanganan dan konflik pertanahan adalah sebagai berikut :

- a. Perumusan kebijakan teknis dibidang pengkajian dan penanganan sengketa dan konflik pertanahan
- b. Pengkajian dan penentuan secara sistematis berbagai masalah, sengketa dan konflik pertanahan.
- c. Penanganan masalah, sengketa dan konflik pertanahan secara hukum dan non hukum

- d. Penanganan perkara pertanahan
- e. Pelaksanaan alternative penyelesaian masalah, sengketa dan konflik pertanahan melalui bentuk mediasi, fasilitasi dan lainnya.
- f. Pelaksanaan putusan-putusan lembaga peradilan yang berkaitan dengan pertanahan.
- g. Penyiapan pembatalan dan penghentian hubungan hukum antara orang dan/atau badan hukum dengan tanah sesuai dengan keputusan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Untuk melengkapi pelaksanaan fungsi tersebut berdasarkan keputusan kepala Badan Pertanahan Nasional RI Nomor 34 tahun 2007 disusun petunjuk teknis penanganan dan pengaduan masalah pertanahan.

Salah satu fungsi Deputi Bidang pengkajian dan penanganan sengketa dan konflik pertanahan adalah menyelenggarakan pengkajian dan pemetaan secara sistematis berbagai masalah, sengketa dan konflik pertanahan.

Pemetaan masalah pertanahan (petunjuk teknis nomor 01/Juknis/D.V/2007) meliputi pemetaan masalah dan akar masalah pertanahan dengan maksud dan tujuan agar dapat menggambarkan variabel sebaran mengenai :

- a. Tipologi yaitu :
 - 1. Penguasaan dan Pemilikan tanah
 - 2. Penetapan hak dan pendaftaran tanah
 - 3. Batas atau letak bidang tanah
 - 4. Pengadaan tanah
 - 5. Tanah obyek landreform
 - 6. Tuntutan ganti rugi tanah partikelir
 - 7. Pelaksanaan putusan pengadilan

b. Wilayah Administrasi Provinsi /Kabupaten/ Kota/ Kotamadya/ Kecamatan

c. Masalah Pertanahan Strategis

Masalah pertanahan yang berdampak sosial, ekonomi, politik, budaya dan pertahanan keamanan karena berkaitan langsung dengan kehidupan masyarakat banyak dan mengganggu jalannya tugas Pemerintahan.

d. Perhatian Publik

Perhatian masyarakat, lembaga Negara dan atau instansi Pemerintah terkait, lembaga swadaya masyarakat, maupun Negara sahabat mengenai masalah pertanahan tersebut.

e. Pihak-pihak yang bersengketa

Karakteristik pihak yang bersengketa, berkonflik dan atau berpekerja adalah macam – macam penggolongan pihak didalam sengketa, konflik dan perkara

f. Jangka waktu penanganan kasus

Jangka waktu penanganan masalah pertanahan adalah jangka waktu berlangsungnya penanganan penyelesaian sengketa, konflik dan perkara ketika dilakukan pemetaan.

dalam sistem hukum nasional penyelesaian sengketa dapat dibagi dua yaitu :

1. Penyelesaian sengketa yudisial yang lazim disebut dengan litigasi
2. Penyelesaian sengketa non yudisial atau alternative penyelesaian sengket.

2.3. Konsep Teoritis Tentang Mediasi

Mediasi berasal dari bahasa inggris "mediation" yang berarti pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian sengketa antara dua pihak. Menurut I Made Widnyana menyebutkan bahwa mediasi adalah proses penyelesaian sengketa antara para pihak yang dilakukan dengan bantuan pihak ketiga atau mediator yang netral dan tidak

memihak sebagai fasilitator, dimana keputusan untuk mencapai suatu kesepakatan tetap diambil oleh para pihak itu sendiri dan tidak oleh mediator.

Mediasi merupakan suatu proses damai dimana para pihak yang bersengketa menyerahkan penyelesaiannya pada seorang mediator untuk mencapai hasil akhir yang adil tanpa membuang biaya atau yang terlalu besar akan tetapi efektif dan diterima sepenuhnya oleh kedua belah pihak yang bersengketa secara suka relah. Dalam kehidupan bermasyarakat di Indonesia pada umumnya dan lebih khusus masyarakat pedesaan atau masyarakat dimana ikatan kekerabatan masih dominan, mekanisme penyelesaiannya sengketa melalui mediasi masih diakui eksistensinya (Nancy Tanner, 1975 dan E.E. Von Benda Beckmann, 1984) ini menurut kajian antropologi hukum.³

Dari pengertian mediasi sebagaimana disebutkan di atas, para pihak diharapkan dapat mencapai kesepakatan yang menguntungkan bagi kedua belah pihak melalui jalur perundingan dengan dibantu oleh mediator. Dengan adanya kesepakatan yang telah dibuat oleh kedua belah pihak diharapkan dapat meminimalisir terbuangnya waktu serta biaya yang akan dikeluarkan oleh mereka dalam menyelesaikan sengketa. Hasil penelitian juga menunjukkan bahwa 20% persengketaan harta warisan tidak sempat dinikmati oleh para pihak yang berperkara.⁴ Persengketaan harta warisan biasanya terjadi ketika usia para pihak sudah lanjut. Berlarut-larutnya upaya hukum telah menyebabkan berlarut-larutnya kepastian hukum. Kepuasan hukum yang mempunyai kekuatan hukum yang tetap tak kunjung tiba, sementara para pihak telah terlebih dahulu meninggal dunia.

³ Nancy Tanner, dan E.E. Von Benda Beckmann, skripsi kajian antropologi hukum. 1975-1984

⁴ Syaibari, "Penyelesaian Sengketa Bisnis dan Relevansinya dengan ash-Shulhu (studi Analisis Pasal 7-11 UU No 30 Tahun 1999, tentang Arbitrase, Skripsi Fakultas Syari'ah IAIN AR-Raniry Tahun 2008.

Mediasi merupakan alternatif penyelesaian sengketa atau biasan dikenal dengan istilah "mekanisme alternatif penyelesaian sengketa" yang merupakan terjemahan dari "*alternative dispute resolution*" yang tumbuh pertama kali di Amerika Serikat. Mediasi ini lahir dilatarbelakangi oleh lambannya proses penyelesaian sengketa di pengadilan, oleh karena itu mediasi ini muncul sebagai jawaban atas ketidakpuasan yang berkembang pada sistem peradilan yang bermuara pada persoalan waktu, biaya dan kemampuannya dalam menangani kasus yang kompleks. Pada hal di nusantara telah lama diperlakukan tentang penyelesaian sengketa melalui musyawarah. Istilah khusus dalam pengadilan disebut dengan mediasi.

Mediasi sangat sulit diberi pengertian. Dimensinya sangat jamak dan tak terbatas. Sehingga banyak orang yang menyebutkan mediasi tidak mudah diberi definisi. "*Mediation is not easy to define*".⁵ Hal ini karena mediasi tidak memberi satu model yang dapat diuraikan secara terperinci dan dibedakan dari proses pengambilan keputusan lainnya. Mediasi sangat tergantung pada lakon yang dimainkan oleh pihak yang terlibat dalam penyelesaian masalah. Pihak yang terlibat adalah pihak mediator dan pihak yang tersangkut dalam sengketa. Para pihak dan mediator menyelesaikan masalah tanpa meninggalkan sisa sengketa.

Banyak pihak mengakui bahwa mediasi adalah proses untuk menyelesaikan sengketa dengan bantuan pihak ketiga. Peranan pihak ketiga tersebut adalah dengan melibatkan diri untuk membantu para pihak mengidentifikasi masalah-masalah yang disengketakan dan mengembangkan sebuah proposal. untuk menyelesaikan sengketa tersebut. Pada posisi-posisi mana saja di antara para pihak itu ada kelemahan dan kelebihannya, harus dijelaskan dengan sempurna.

⁵ Laurence Boulle, *Mediation: Principle, process, practice*, (Sydney: Butterworths, 1996), hlm. 3

Dalam Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008, pengertian mediasi disebutkan pada Pasal 1 butir 6, yaitu: "Mediasi adalah penyelesaian sengketa melalui proses perundingan para pihak dengan dibantu oleh mediator". Di sini disebutkan kata mediator, yang harus mencari "berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa" yang diterima para pihak. Penegertian mediator, disebutkan dalam Pasal 1 butir 5, yaitu: "Mediator adalah pihak yang bersifat netral dan tidak memihak, yang berfungsi membantu para pihak dalam mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa". Para pihak akan mengambil keputusan sendiri atas dasar negosiasi dengan pihak lawannya.

Menurut John W. Head, mediasi adalah suatu prosedur penengahan di mana seseorang bertindak sebagai "kendaraan" untuk berkomunikasi antar para pihak, sehingga pandangan mereka yang berbeda atas sengketa tersebut dapat dipahami dan mungkin didamaikan, tetapi tanggung jawab utama tercapainya suatu perdamaian tetap berada di tangan para pihak sendiri. Dari definisi tersebut, mediator dianggap sebagai "kendaraan" bagi para pihak untuk berkomunikasi. Mediator tidak akan ikut campur dalam menghasilkan putusan. Oleh sebab itu dapat diduga bahwa putusan yang dihasilkan melalui mediasi akan permanen dan menyenangkan pihak-pihak yang telah mengakhiri sengketa.

Dalam praktek, sebagai bagian dari proses mediasi, mediator berbicara secara tertutup masing-masing pihak. Di sini mediator perlu membangun kepercayaan para pihak yang bersengketa lebih dahulu. Banyak cara yang dapat dilakukan mediator untuk menanamkan kepercayaan, misalnya dengan memperkenalkan diri melakukan penelusuran kesamaan dengan para pihak. Kesamaan tersebut mungkin dari segi hubungan kekeluargaan, pendidikan, agama, profesi, hobi, dan apa saja yang dirasakan dapat memperdekat jarak dengan para pihak yang bersangkutan.

Cara praktik itu tampaknya kemudian dituangkan dalam Perma No 01/ 2008. Pasal 9 ayat (3): "Apabila dianggap perlu, mediator dapat melakukan kaukus". Pengertian kaukus disebutkan dalam Pasal 1 butir (4), yaitu: ..pertemuan antara mediator dengan salah satu pihak tanpa dihadiri oleh pihak lainnya. "Pembicaraan atau diskusi-diskusi tersebut dilakukan tanpa adanya prasangka. Semua harus terbuka dan tanpa tipu muslihat. Berdasarkan uraian di atas, mediasi merupakan suatu proses informal yang ditujukan untuk memungkinkan para pihak yang bersengketa mendiskusikan perbedaan-perbedaan mereka secara "pribadi" dengan bantuan pihak ketiga yang netral. Pihak yang netral tersebut tugas pertamanya adalah menolong para pihak memahami pandangan pihak lainnya sehubungan dengan masalah-masalah yang disengketakan, dan selanjutnya membantu mereka melakukan penilaian yang objektif dari keseluruhan situasi.

Sebagaimana diketahui, mediasi adalah sebuah *intervensi terhadap proses negosiasi* atau suatu konflik yang dilakukan oleh pihak ketiga yang tidak memihak. Sebagai pihak ketiga yang netral, mediator merancang dan memimpin diskusi serta bertindak sebagai pencegah untuk memfasilitasi kemajuan ke arah penyelesaian. Mediator mengarahkan jalannya negosiasi, tetapi tidak mempunyai kewenangan untuk menetapkan atau membuat keputusan atas masalah yang menjadi pokok sengketa.

Oleh karena itu, mediasi sering dinilai sebagai perluasan dari proses negosiasi. Hal itu disebabkan para pihak yang tidak mampu menyelesaikan sengketanya sendiri menggunakan para pihak ketiga yang bersikap netral untuk membantu mereka mencapai suatu kesepakatan. Biasanya kalau orang yang bersengketa bertemu langsung tentu saja akan terkipas dengan emosional. Dalam UU No 30 Tahun 1999, tentang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian sengketa, mediasi merupakan kelanjutan negosiasi dan dilaksanakan jika proses negosiasi telah gagal. Sebagaimana diketahui,

Pasal 6 ayat (2) UU No 30 Tahun 1999⁶ menyatakan: "Penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui alternative penyelesaian sengketa diselesaikan dalam pertemuan langsung (negosiasi) oleh para pihak dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dan hasilnya dituangkan dalam suatu kesepakatan tertulis".

Dalam ayat (3) nya secara jelas disebutkan bahwa: "Dalam hal sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak dapat diselesaikan, maka atas kesepakatan tertulis para pihak sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasihat ahli maupun melalui seorang mediator

Dari ketentuan tersebut tampak kaitan erat antara mediasi dan negosiasi. Mediasi merupakan suatu proses di mana mediator yang telah disepakati oleh pihak-pihak yang bersengketa, bertindak sebagai fasilitator bagi kepentingan negosiasi yang membantu para pihak tersebut mencapai solusi yang saling menguntungkan. Jadi dari UU No 30 Tahun 1999 dapat disimpulkan tentang adanya "kewajiban" untuk melaksanakan proses negosiasi terlebih dahulu sebelum masuk pada penyelesaian sengketa melalui mediasi.

Dalam proses negosiasi, para pihak yang bersengketa melakukan perundangan secara langsung tanpa dibantu pihak ketiga, meskipun mereka dapat didampingi oleh pengacaranya masing-masing. Penyelesaian sengketa sepenuhnya dikontrol para pihak sendiri untuk mencapai kesepakatan kesempatan lagi untuk mundur karena posisi mereka masing-masing terbuka, di mana para pihak secara langsung bertatap muka.

⁶ UU No 30 Tahun 1999, tentang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian sengketa, mediasi merupakan kelanjutan negosiasi dan dilaksanakan jika proses negosiasi telah gagal. Sebagaimana diketahui, Pasal 6 ayat (2) UU No 30 Tahun 1999

Kegagalan yang terjadi akibat negosiasi secara langsung tersebut dapat memperburuk masalah sengketa.

Beberapa karakteristik umum yang merupakan ciri-ciri mediasi, yakni sebagai berikut:

- a. Disetujui oleh para pihak yang bersengketa;
- b. Tidak mempunyai hubungan keluarga atau semesta sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak yang bersengketa
- c. Tidak memiliki hubungan kerja dengan salah satu pihak yang bersengketa;
- d. Tidak mempunyai kepentingan financial atau kepentingan lain terhadap kesepakatan para pihak; dan
- e. Tidak memiliki kepentingan terhadap proses perundingan maupun hasilnya;

Penyebutan kriteria atau persyaratan sebagai mediator secara terperinci menjadi sangat penting (kerusial) karena dalam Perma 01/ 2008 hal itu tidak diatur. Oleh karena itu, kriteria atau persyaratan di atas sangat bermanfaat dan dapat digunakan sebagai acuan bagi pengangkatan mediator dalam berbagai kasus.

Seorang calon mediator dianggap memiliki benturan kepentingan atau hubungan afiliasi jika yang bersangkutan, baik secara langsung maupun tidak langsung, memenuhi kriteria sebagai berikut:

- a. Memiliki perbedaan kepentingan ekonomis terhadap permasalahan yang sedang menjadi sengketa;
- b. Memiliki hubungan kerja yang bersifat jangka pendek, termasuk 180 hari sesudahnya, sejak berakhirnya hubungan kerja yang bersifat jangka pendek tersebut, atau

c. Memiliki hubungan kerja jangka panjang dengan salah satu pihak yang bersengketa atau beda pendapat sampai dengan jangka waktu 180 hari, setelah berakhirnya hubungan kerja jangka panjang yang bersifat umum.

Selanjutnya, jika proses mediasi dilakukan melalui pengadilan, mediator dapat berasal dari kalangan hakim dan bukan hakim yang memiliki sertifikat sebagai mediator. Yang dimaksud dengan sertifikat mediator, menurut Pasal 1 butir 10 Perma No 02/ 2003, adalah dokumen yang menyatakan bahwa seseorang telah mengikuti pelatihan atau pendidikan mediasi yang dikeluarkan oleh lembaga yang diakreditasi oleh Mahkamah Agung. Dan Pasal 6 ayat (3) nya disebutkan: "Setiap pengadilan wajib memiliki daftar mediator beserta riwayat hidup dan pengalaman kerja mediator dan mengevaluasi daftar tersebut setiap tahun".

Dalam praktek, mediator sangat membutuhkan kemampuan personal yang memungkinkannya berhubungan secara menyenangkan dengan masing-masing pihak. Kemampuan pribadi yang terpenting adalah sifat tidak menghakimi, yaitu dalam kaitannya dengan cara berpikir masing-masing pihak, serta kesiapannya untuk memaham dengan empati pandangan para pihak. Di lingkungan Peradilan Agama dalam lingkup hukum keluarga yang disebut dengan hakam telah disediakan, biasanya pensiunan Kantor Urusan Agama atau panitera yang sangat berpengalaman.

Mediator perlu memahami dan memberikan reaksi positif (meskipun tidak berarti setuju) atas persepsi masing-masing pihak dengan tujuan membangun hubungan baik dan kepercayaan. Jika para pihak sudah percaya kepada mediator dan proses mediasi, mediator akan lebih mampu membawa mereka ke arah consensus, dan titik penyelesaian yang saling menguntungkan.

2.4. Konsep Teoritis Tentang Negoisasi

Negosiasi adalah sebuah bentuk interaksi sosial saat pihak - pihak yang terlibat berusaha untuk saling menyelesaikan tujuan yang berbeda dan bertentangan. Menurut kamus Oxford, negosiasi adalah suatu cara untuk mencapai suatu kesepakatan melalui diskusi formal. Negosiasi merupakan suatu proses saat dua pihak mencapai perjanjian yang dapat memenuhi kepuasan semua pihak yang berkepentingan dengan elemen-elemen kerjasama dan kompetisi. Termasuk di dalamnya, tindakan yang dilakukan ketika berkomunikasi, kerjasama atau mempengaruhi orang lain dengan tujuan tertentu.

Dalam advokasi terdapat dua bentuk, yaitu formal dan informal. Bentuk formalnya, negosiasi sedangkan bentuk informalnya disebut lobi. Proses lobi tidak terikat oleh waktu dan tempat, serta dapat dilakukan secara terus-menerus dalam jangka waktu panjang sedangkan negosiasi tidak, negosiasi terikat oleh waktu dan tempat.

Faktor yang paling berpengaruh dalam negosiasi adalah filosofi yang menginformasikan bahwa masing-masing pihak yang terlibat. Ini adalah kesepakatan dasar kita bahwa "semua orang menang", filsafat ini menjadi dasar setiap negosiasi. Kunci untuk mengembangkan filsafat supaya "semua orang menang" adalah dengan mempertimbangkan setiap aspek negosiasi dari sudut pandang pada pihak lain dan pihak negoiator⁷

Berikut ini, adalah keterampilan -keterampilan dasar dalam bernegosiasi :

1. Ketajaman pikiran / kelihian

⁷ Curry, Edmund Jeffrey. Memenangkan Negosiasi Bisnis Internasional : Merencanakan dan Mengendalikan Negosiasi Bisnis Internasional. 2002. PPM. Jakarta. Hal 3-4. isbn979-442-128

2. Sabar
3. Kemampuan beradaptasi
4. Daya tahan
5. Kemampuan bersosialisasi
6. Konsentrasi
7. Kemampuan berartikulasi
8. Memiliki selera humor⁸

Negosiasi merupakan kosakata yang sudah sering kita dengar. Negosiasi merupakan proses yang sering sekali kita lakukan dalam hidup dan sering pula kita tidak sadar kalau kita tengah melakukan negosiasi. Untuk itu, perlu terlebih dahulu dijelaskan mengenai apa pengertian dari negosiasi berdasarkan kamus hukum dan beberapa pendapat ahli, yaitu sebagai berikut.: “suatu cara di mana individu berkomunikasi satu sama lain mengatur hubungan mereka dalam bisnis dan kehidupan sehari-harinya” atau “Proses yang dimanfaatkan untuk memenuhi kebutuhan kita ketika ada pihak lain yang menguasai apa yang kita inginkan”

Berdasarkan pengertian sebelumnya, negosiasi dipahami sebagai sebuah proses dimana para pihak ingin menyelesaikan permasalahan, melakukan suatu persetujuan untuk melakukan suatu perbuatan, melakukan penawaran untuk mendapatkan suatu keuntungan tertentu, dan atau berusaha menyelesaikan permasalahan untuk keuntungan bersama (win-win solution). Negosiasi biasa dikenal sebagai salah satu bentuk alternative dispute resolution. Dengan demikian, secara sederhana disimpulkan negosiasi adalah suatu cara bagi dua atau lebih pihak yang berbeda kepentingan baik itu berupa pendapat, pendirian, maksud, atau tujuan dalam mencari kesepahaman dengan

⁸ Dolan, Patrick John. Smart Negotiating: It's a Done Deal. 2006. Canada. Entrepreneur Press. Hal 96-106

cara mempertemukan penawaran dan permintaan dari masing-masing pihak sehingga tercapai suatu kesepakatan atau kesepahaman kepentingan baik itu berupa pendapat, pendirian, maksud, atau tujuan.

Negosiasi diperlukan dalam kehidupan manusia

karena sifatnya yang begitu erat dengan filosofi kehidupan manusia dimana setiap manusia memiliki sifat dasar untuk mempertahankan kepentingannya, di satu sisi, manusia lain juga memiliki kepentingan yang akan tetap dipertahankan, sehingga, terjadilah benturan kepentingan. Padahal, kedua pihak tersebut memiliki suatu tujuan yang sama, yaitu memenuhi kepentingan dan kebutuhannya.

Apabila terjadi benturan kepentingan terhadap suatu hal, maka timbul lah suatu sengketa. Dalam penyelesaian sengketa dikenal berbagai macam cara, salah satunya negosiasi. Secara umum, tujuan dilakukannya negosiasi adalah mendapatkan atau memenuhi kepentingan kita yang telah direncanakan sebelumnya dimana hal yang diinginkan tersebut disediakan atau dimiliki oleh orang lain sehingga kita memerlukan negosiasi untuk mendapatkan yang diinginkan.

a. Kemampuan Bernegosiasi

Meskipun secara lahiriah manusia telah dibekali dengan kemampuan untuk bernegosiasi, namun untuk dapat bernegosiasi dengan baik, kemampuan dasar tersebut perlu dikembangkan. Adapun beberapa kemampuan dasar untuk dapat bernegosiasi yang baik adalah sebagai berikut.

1. Kemampuan menentukan serangkaian tujuan, namun tetap fleksibel dengan sebagian diantaranya. Selain harus mampu mempertahankan serangkaian tujuan, dalam negosiasi, seorang negosiator harus mampu bersikap fleksibel dalam membaca keseimbangan atau perubahan posisi tawar yang terjadi selama negosiasi.

2. Kemampuan untuk mencari kemungkinan-kemungkinan dari pilihan yang banyak. Dalam hal ini, seorang negosiator harus jeli membaca kemungkinan dan memprediksi konsekuensi yang mungkin timbul dari masing-masing pilihan. Sebaiknya seorang negosiator sudah harus mampu memprediksi kemungkinan terbaik dan kemungkinan terburuk yang mungkin timbul.
3. Kemampuan untuk mempersiapkan dengan baik. Tidak ada negosiasi yang baik tanpa persiapan yang baik. Negosiator ulung selalu mempersiapkan segala sesuatu, mulai dari hal besar hingga hal kecil jauh sebelum pelaksanaan negosiasi. Namun, tak jarang, seorang negosiator harus mampu melakukan negosiasi pada saat yang tidak terduga.
4. Kompetensi interaktif, yaitu mampu mendengarkan dan menanyakan pihak-pihak lain. Menjawab lebih mudah dari memberikan pertanyaan yang baik, karena setiap jawaban lahir karena ada pertanyaan. Tanpa adanya pertanyaan yang baik, jawaban yang baik tidak bisa diharapkan.
5. Kemampuan menentukan prioritas. Dalam negosiasi, segala hal yang dinegosiasikan adalah penting, hanya saja seorang negosiator harus mampu memberikan prioritas kepada permasalahan yang ada, hingga tersusun dalam tingkatan prioritas.

b. Tahap-Tahap Negosiasi

Dalam pelaksanaan negosiasi sesungguhnya tidak ada standardisasi proses atau tahapan baku yang menjadi tolak ukur baik tidaknya negosiasi. Tahapan-tahapan negosiasi dapat berkembang dengan sendirinya tergantung pada permasalahan yang dihadapi. Meskipun demikian, secara umum proses bernegosiasi memiliki pola sama, yaitu sebagai berikut:

1. Persiapan. Pada tahap ini, negosiator mulai mengadakan kick off meeting internal untuk keperluan pengumpulan informasi relevan yang lengkap, pembentukan tim apabila diperlukan. Dalam rangka pembentukan tim, perlu diadakan “pembagian peran”, peran yang ada biasanya adalah:

- a. Pemimpin tim negosiator dengan tugas memimpin tim, memilih dan menentukan anggota tim, menentukan kebijakan khusus, dan mengendalikan anggota tim lainnya.
- b. Anggota Kooperatif yang menunjukkan simpati kepada pihak lain dan juga bertindak hati-hati agar pihak lain merasa kepentingannya tetap terlindungi. Peran ini seolah-olah mendukung penawaran pihak lain.
- c. Anggota Oposisi yang bertugas untuk membantah argumentasi yang dilakukan pihak lain, anggota ini juga berusaha untuk membuka kelemahan dan merendahkan posisi tawar pihak lain.
- d. Sweeper yang bertugas sebagai problem solver pemecah kebuntuan dalam negosiasi, dan bertugas menunjukkan inkonsistensi pihak lain.

Selain pembentukan tim, pada tahap ini perlu bahas mengenai strategi yang akan di lakukan, apakah rigid atau fleksibel atau keduanya. Strategi juga dapat tentukan berdasarkan kemampuan tim yang ada.

2. Proposal. Pada tahap ini, negosiator dapat memilih, apakah langsung melakukan penawaran pertama atau menunggu pihak lain yang mengajukan penawaran. Dalam tahap ini, negosiator sudah harus siap mempelajari kemungkinan-kemungkinan yang ada. Meneliti serta membaca strategi pihak lain adalah tepat jika dilakukan pada tahap ini.

3. Debat. Tahap ini merupakan tahap terpenting dalam suatu proses negosiasi. Dengan dilakukannya debat, kita dapat mengetahui seberapa jauh kepentingan

kita bisa dipertahankan atau diteruskan dan seberapa jauh kepentingan pihak lain akan kita terima. Tahap ini diisi dengan argumentasi dari masing-masing pihak. Dari argumentasi tersebut dapat terlihat strategi dan fleksibilitas pihak lain.

4. Tawar menawar. Setelah diadakan proposal dan debat, negosiator mengadakan tawar menawar atas kepentingan pihaknya maupun pihak lain. Dalam tahap ini argumentasi sudah tidak terlalu diperlukan, yang diperlukan adalah fakta, data, dan kemampuan untuk mencapai tujuan negosiasi.
5. Penutup. Suatu negosiasi dapat berakhir dengan berbagai kemungkinan. Antara lain, negosiasi berhasil, negosiasi gagal, negosiasi ditunda, negosiasi dead-lock, para pihak walk-out, dan lainnya. Apabila negosiasi berhasil, direkomendasikan untuk membuat semacam memorandum of understanding (MoU) untuk keperluan para pihak menekan pihak lainnya untuk menjalankan kesepakatan hasil negosiasi (contract enforcement).