

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Deskripsi Teori/Konsep

1. Konsep Dasar Mediasi

a. Pengertian Mediasi

Secara etimologi (bahasa) mediasi berasal dari bahasa latin yaitu “*mediare*” yang berarti ditengah atau berada ditengah, karena orang yang melakukan mediasi (mediator) harus menjadi penengah orang yang bertikai.¹ Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata ‘mediasi’ diberi arti sebagai proses pengikut sertaan pihak ketiga dalam menyelesaikan suatu perselisihan sebagai penasehat.²

Menurut Syahrizal Abbas penjelasan mediasi jika dilihat dari segi kebahasaan lebih menitik beratkan pada keberadaan pihak ketiga sebagai fasilitator para pihak bersengketa untuk menyelesaikan suatu perselisihan. Penjelasan ini sangat penting untuk membedakan dengan bentuk-bentuk alternative penyelesaian sengketa lainnya.³

Dari segi terminologi (istilah) terdapat banyak pendapat yang memberikan penekanan berbeda-beda tentang mediasi, salah satu di antaranya adalah definisi yang diberikan oleh Takdir Rahmadi yang

¹Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003), hal. 79

²Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta:Balai Pustaka, 2000),hal. 640

³ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat dan hukum Nasional*, (Jakarta:Kencana, 2009), hal. 3

mendefinisikan mediasi sebagai langkah yang diambil seseorang untuk menyelesaikan perselisihan antara dua orang atau lebih dengan jalan perundingan sehingga menghasilkan sebuah perdamaian.⁴

Adapun pengertian yang cukup luas disampaikan oleh Gary Goodpaster sebagai berikut:⁵ Mediasi merupakan proses negosiasi pemecahan masalah dimana pihak luar yang tidak memihak dan netral bekerja dengan pihak yang bersengketa untuk membantu mereka memperoleh kesepakatan perjanjian dengan memuaskan. Berbeda dengan hakim atau Arbiter, mediator tidak mempunyai wewenang untuk memutuskan sengketa antara para pihak. Namun, dalam hal ini para pihak menguasakan kepada mediator untuk membantu mereka menyelesaikan persoalan-persoalan diantara mereka.

b. Dasar Hukum Mediasi

Dalam menjalankan proses mediasi di lingkungan peradilan baberapa aturan yang dipergunakan yaitu:

- 1) Reglement Hukum Acara untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (Reglement Tot Regeling Van Het Rechtswezen In De Gewesteb Buiten Java En Madura, Staatsblad 1927:227)
- 2) Reglemen Indonesia yang diperbaharui (*Het Herzeine Inlandssch Reglement, Staatsblad, 1941: 44*);

⁴Takdir Rahmadi, *Mediasi Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2010), hal. 12

⁵Muhammad Saifullah, *Mediasi dalam Tinjauan Hukum Islam dan Hukum Positif di Indonesia*, (Semarang:Walisongo Press, 2009), hal. 76

- 3) HIR Pasal 130 dan Rbg Pasal 154 telah mengatur lembaga perdamaian. Hakim wajib terlebih dahulu mendamaikan para pihak yang berperkara sebelum perkaranya diperiksa;
- 4) Undang-Undang Nomor 3 tahun 2009 tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 3 Tambahan Lembaran Negara Nomor 4958);
- 5) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157 tambahan Negara Republik Indonesia Nomor 5076);
- 6) Mediasi atau APS di luar pengadilan diatur dalam Pasal 6 UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.;
- 7) Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016 tentang perubahan ketiga atas Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 2003 dan Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

c. Manfaat Mediasi

Untuk menyelesaikan sengketa memang sulit, namun mediasi dapat memberikan beberapa manfaat penyelesaian sebagai berikut:⁶

⁶Achmad Ali dan Wiwie Heryani, *Sosiologi Hukum: Kajian Empiris terhadap Pengadilan*, (Jakarta:Kencana, 2012), hal. 27

- 1) Mediasi diharapkan dapat menyelesaikan sengketa dengan cepat dan relatif murah dibandingkan membawa perselisihan tersebut ke pengadilan.
- 2) Mediasi akan memfokuskan para pihak pada kepentingan mereka secara nyata, jadi bukan hanya pada hak-hak hukumnya.
- 3) Mediasi memberi kesempatan para pihak untuk berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan perselisihan mereka.
- 4) Mediasi memberi para pihak kemampuan untuk melakukan kontrol terhadap proses dan hasilnya.
- 5) Mediasi memberikan hasil yang tahan uji dan akan mampu menciptakan saling pengertian yang lebih baik di antara para pihak yang bersengketa karena mereka sendiri yang memutuskannya.
- 6) Mediasi mampu menghilangkan konflik atau permusuhan yang hampir selalu mengiringi setiap putusan yang bersifat memaksa yang dijatuhkan oleh hakim di pengadilan.
- 7) Mediasi proses cepat acaranya cepat, kerahasiannya terjamin, biaya yang ditimbulkan tidak mahal, lebih memberikan rasa keadilan bagi para pihak dan berhasil baik dalam penyelesaian masalah tanpa masalah.

d. Jenis Perkara yang Wajib Menempuh Mediasi

Pada dasarnya setiap sengketa perdata yang diajukan ke Pengadilan Agama termasuk perkara perlawanan (*verzet*) atas putusan

verstek dan perlawanan pihak berperkara (*partij verzet*) maupun pihak ketiga (*derden verzet*) terhadap pelaksanaan putusan yang telah berkekuatan hukum tetap, wajib terlebih dahulu diupayakan penyelesaian melalui mediasi. Akan tetapi ada beberapa sengketa perdata yang dikecualikan dari kewajiban penyelesaian melalui mediasi sebagai berikut:⁷

Sengketa yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaiannya dalam ketentuan peraturan perundangundangan (seperti permohonan pembatalan putusan arbitrase).

Sengketa yang pemeriksaannya dilakukan tanpa hadirnya penggugat atau tergugat yang telah dipanggil secara patut; Gugatan balik (rekonvensi) dan masuknya pihak ketiga dalam suatu perkara (intervensi). Sengketa mengenai pencegahan, penolakan, pembatalan dan pengesahan perkawinan; Sengketa yang diajukan ke Pengadilan Agama setelah diupayakan penyelesaian di luar Pengadilan melalui Mediasi dengan bantuan Mediator bersertifikat yang terdaftar di Pengadilan setempat tetapi dinyatakan tidak berhasil berdasarkan pernyataan yang ditandatangani oleh Para Pihak dan Mediator bersertifikat.

⁷ Mahkamah Agung RI, Pasal 4 ayat (2) PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 6

B. Mediasi Menurut Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016

1. Kewajiban Hakim Pemeriksa Perkara dan Kuasa Hukum

Sebagaimana pada pasal 17 ayat 6 meliputi:⁸

- a. Pengertian dan manfaat mediasi
- b. Kewajiban para pihak untuk menghadiri langsung pertemuan mediasi berikut akibat hukum atas perilaku tidak beritikad baik dalam proses mediasi.
- c. Biaya yang mungkin timbul akibat penggunaan mediator non hakim dan bukan pegawai pengadilan.
- d. Pilihan menindaklanjuti kesepakatan perdamaian melalui akta perdamaian atau pencabutan gugatan.
- e. Kewajiban para pihak untuk menandatangani formulir penjelasan mediasi.
- f. Kemudian hakim pemeriksa perkara menyerahkan formulir penjelasan mediasi kepada para pihak yang memuat pernyataan bahwa para pihak:
 - g. Memperoleh penjelasan prosedur mediasi secara lengkap dari hakim pemeriksa perkara.
 - h. Memahami dengan baik prosedur mediasi
 - i. Bersedia menempuh mediasi dengan itikad baik

Berkaitan dengan kewajiban kuasa hukum, telah dijelaskan pula dalam Pasal 18 yang mana kuasa hukum wajib membantu para pihak

⁸ Mahkamah Agung RI, Pasal 17 ayat (6) PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 14

melaksanakan hak dan kewajibannya dalam proses mediasi. Kewajiban tersebut meliputi:⁹

- a. Menyampaikan penjelasan hakim pemeriksa perkara kepada para pihak
- b. Medorong para pihak berperan langsung secara aktif dalam proses mediasi
- c. Membantu para pihak mengidentifikasi kebutuhan, kepentingan dan usulan penyelesaian sengketa selama proses mediasi
- d. Membantu para pihak merumuskan rencana dan usulan kesepakatan perdamaian dalam hal para pihak mencapai kesepakatan
- e. Menjelaskan kepada para pihak terkait kewajiban kuasa hukum

Dalam hal para pihak berhalangan hadir dengan alasan yang sah, maka kuasa hukum dapat mewakili para pihak untuk melakukan mediasi dengan menunjukkan surat kuasa khusus yang memuat kewenangan kuasa hukum untuk mengambil keputusan. Sehingga kuasa wajib berpartisipasi dalam proses mediasi dengan iktikad baik dan dengan cara yang tidak berlawanan dengan para pihak atau kuasa hukumnya.

2. Kehadiran Para Pihak Berperkara.

Apabila dua pihak yang berperkara hadir, atau apabila para pihak berperkara lebih dari satu dan ada diantaranya yang tidak hadir, setelah para pihak dipanggil secara sah dan patut di persidangan maka Hakim pemeriksa perkara wajib menjelaskan prosedur mediasi kepada para pihak meliputi pengertian dan manfaat mediasi, kewajiban para pihak untuk

⁹ Mahkamah Agung RI, Pasal 18 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 15

menghadiri langsung pertemuan mediasi, biaya yang mungkin timbul akibat penggunaan mediator non hakim dan bukan pegawai pengadilan, pilihan untuk menindaklanjuti kesepakatan perdamaian melalui akta perdamaian atau pencabutan gugatan dan selanjutnya menyerahkan formulir penjelasan mediasi kepada para pihak untuk ditandatangani.¹⁰

Selanjutnya pihak berperkara dapat memilih mediator yang terdaftar di Pengadilan Agama setempat paling lama dua hari berikutnya dan dilaporkan kepada hakim pemeriksa perkara. Apabila pihak berperkara tidak dapat bersepakat memilih mediator maka Ketua Majelis segera menunjuk Mediator Hakim atau Pegawai Pengadilan, selanjutnya Ketua Majelis menerbitkan penetapan yang memuat perintah untuk melakukan mediasi dan menunjuk mediator dan Panitera Pengganti segera memberitahukan penetapan tersebut kepada mediator.¹¹

Setelah penetapan mediator disampaikan kepada mediator yang telah ditunjuk, maka selanjutnya proses mediasi beralih kepada mediator.

3. Mediator

Salah satu perubahan penting yang diatur Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 tahun 2016 mengenai siapa saja yang dapat menjadi mediator di Pengadilan Agama, adalah diperbolehkannya Pegawai Pengadilan Agama

¹⁰ Mahkamah Agung RI, Pasal 17 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 13

¹¹ Mahkamah Agung RI, Pasal 19-20 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 16

untuk menjadi mediator selama pegawai tersebut memiliki sertifikat mediator.

Pada dasarnya setiap mediator baik Hakim maupun non hakim harus memiliki sertifikat sebagai mediator akan tetapi dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 khusus mediator hakim dapat dikecualikan apabila tidak ada mediator bersertifikat atau terdapat keterbatasan jumlah mediator bersertifikat.

Setiap mediator wajib memiliki sertifikat mediator yang diperoleh setelah mengikuti dan dinyatakan lulus dalam pelatihan sertifikasi mediator yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung atau lembaga yang telah memperoleh akreditasi dari Mahkamah Agung. Namun ada beberapa hal yang perlu diketahui berdasarkan surat keputusan ketua pengadilan, hakim tidak bersertifikat dapat menjalankan fungsi mediator dalam hal tidak ada atau terdapat keterbatasan jumlah mediator bersertifikat.

4. Proses Mediasi

Mediator yang ditunjuk menentukan hari dan tanggal pertemuan mediasi, dan apabila mediasi dilakukan di gedung Pengadilan Agama maka mediator melakukan pemanggilan para pihak dengan bantuan jurusita atau jurusita pengganti.

Para pihak wajib menghadiri secara langsung pertemuan mediasi dengan atau tanpa didampingi oleh kuasa hukum, kecuali ada alasan sah seperti kondisi kesehatan yang tidak memungkinkan hadir dalam pertemuan mediasi berdasarkan surat keterangan

dokter; di bawah pengampuan; mempunyai tempat tinggal, kediaman atau kedudukan di luar negeri; atau menjalankan tugas negara, tuntutan profesi atau pekerjaan yang tidak dapat ditinggalkan.

Apabila salah satu pihak tidak hadir sebanyak dua kali tanpa alasan yang sah setelah dipanggil untuk menghadiri mediasi maka pihak yang tidak hadir dinyatakan tidak beritikad baik, dengan akibat hukum apabila yang tidak beritikad baik adalah Pihak Penggugat maka gugatan dinyatakan tidak dapat diterima oleh Hakim pemeriksa perkara dan dikenai biaya mediasi, dan bila yang tidak beritikad baik adalah Pihak Tergugat maka dikenai kewajiban membayar biaya mediasi.

Para pihak juga dapat dinyatakan tidak beritikad baik dengan alasan sebagai berikut:

- a. Ketidakhadiran berulang-ulang yang mengganggu jadwal pertemuan Mediasi tanpa alasan sah;
- b. Menghadiri pertemuan Mediasi, tetapi tidak mengajukan dan/atau tidak menanggapi Resume Perkara pihak lain; dan/atau
- c. Tidak menandatangani konsep Kesepakatan Perdamaian yang telah disepakati tanpa alasan sah.

Paling lambat lima hari setelah penetapan penunjukkan mediator pihak berperkara menyerahkan resume perkara kepada mediator dan pihak lawan, selanjutnya mediasi dilaksanakan selama 30 hari kerja dan atas dasar kesepakatan para pihak jangka waktu mediasi dapat diperpanjang selama 30 hari kerja dengan

cara mediator mengajukan permohonan perpanjangan jangka waktu mediasi kepada hakim pemeriksa perkara disertai dengan alasannya.¹²

Materi mediasi tidak terbatas pada posita dan petitum gugatan saja, dan bila tercapai kesepakatan diluar petitum gugatan maka penggugat mengubah gugatan dengan memasukkan kesepakatan tersebut di dalam gugatan.¹³ Mediasi juga dapat melibatkan ahli dan tokoh masyarakat dengan disepakati terlebih dahulu apakah penjelasan dan atau penilaian ahli dan tokoh masyarakat tersebut bersifat mengikat atau tidak.¹⁴

Mediator dalam menjalankan fungsinya harus melaksanakan langkah-langkah sebagaimana tersebut pada Pasal 14 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 sebagai berikut:¹⁵

- a. Memperkenalkan diri dan memberi kesempatan kepada Para Pihak untuk saling memperkenalkan diri;
- b. Menjelaskan maksud, tujuan, dan sifat Mediasi kepada Para Pihak;
- c. Menjelaskan kedudukan dan peran Mediator yang netral dan tidak mengambil keputusan;
- d. Membuat aturan pelaksanaan Mediasi bersama Para Pihak;
- e. Menjelaskan bahwa Mediator dapat mengadakan pertemuan dengan satu pihak tanpa kehadiran pihak lainnya (kaukus);

¹² Mahkamah Agung RI, Pasal 24 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 19-20

¹³ Mahkamah Agung RI, Pasal 25 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 20

¹⁴ Mahkamah Agung RI, Pasal 26 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 20

¹⁵ Mahkamah Agung RI, Pasal 14 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 12-13

- f. Menyusun jadwal Mediasi bersama Para Pihak;
- g. Mengisi formulir jadwal mediasi;
- h. Memberikan kesempatan kepada Para Pihak untuk menyampaikan permasalahan dan usulan perdamaian;
- i. Menginventarisasi permasalahan dan mengagendakan pembahasan berdasarkan skala prioritas;
- j. Memfasilitasi dan mendorong Para Pihak untuk:
- k. Menelusuri dan menggali kepentingan Para Pihak;
- l. Mencari berbagai pilihan penyelesaian yang terbaik bagi Para Pihak;
- m. Bekerja sama mencapai penyelesaian;
- n. Membantu Para Pihak dalam membuat dan merumuskan Kesepakatan Perdamaian;
- o. Menyampaikan laporan keberhasilan, ketidakberhasilan dan/atau tidak dapat dilaksanakannya Mediasi kepada Hakim Pemeriksa Perkara;
- p. Menyatakan salah satu atau Para Pihak tidak beritikad baik dan menyampaikan kepada Hakim Pemeriksa Perkara.

Tugas mediator berakhir dengan menyampaikan laporan hasil mediasi kepada hakim pemeriksa perkara. Pada dasarnya proses mediasi bersifat tertutup kecuali para pihak menghendaki lain. Dalam penyampaian laporan mediator mengenai pihak yang tidak beritikad baik dan ketidakberhasilan proses mediasi kepada hakim pemeriksa perkara bukan merupakan pelanggaran terhadap sifat tertutup mediasi. Pertemuan mediasi dapat dilakukan melalui media komunikasi audio visual jarak jauh yang

memungkinkan semua pihak saling melihat dan mendengar secara langsung serta berpartisipasi dalam pertemuan.

5. Laporan Mediasi

a. Mediasi Berhasil dan Berhasil Sebagian

Mediasi dinyatakan berhasil apabila tercapai kesepakatan antara pihak berperkara dan dituangkan dalam bentuk kesepakatan tertulis yang ditandatangani para pihak dan mediator. Kesepakatan Perdamaian tidak boleh memuat ketentuan yang:

- 1) Bertentangan dengan hukum, ketertiban umum, dan/atau kesusilaan;
- 2) Merugikan pihak ketiga; atau
- 3) Tidak dapat dilaksanakan.

Kesepakatan perdamaian tersebut dapat dikuatkan dalam akta perdamaian dan jika tidak menghendaki dikuatkan dalam akta perdamaian maka kesepakatan perdamaian wajib memuat pencabutan gugatan, selanjutnya Mediator membuat laporan keberhasilan mediasi dengan melampirkan kesepakatan perdamaian.¹⁶

Apabila pihak berperkara lebih dari satu maka Kesepakatan perdamaian dapat terjadi antara Penggugat dengan sebagian Tergugat, dengan mengubah gugatan dan tidak lagi mengajukan Tergugat yang tidak mencapai kesepakatan sebagai pihak. Penggugat dapat mengajukan

¹⁶ Mahkamah Agung RI, Pasal 27 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 21

kembali gugatan baru terhadap Tergugat yang tidak mencapai kesepakatan.¹⁷

Selain kesepakatan antara Penggugat dengan sebagian Tergugat, kesepakatan juga dapat terjadi atas sebagian objek sengketa, dan terhadap objek sengketa yang tidak tercapai kesepakatan akan dilanjutkan pemeriksaannya oleh Hakim pemeriksa perkara.¹⁸

Untuk perkara perceraian yang tuntutan perceraian dikumulasikan dengan tuntutan lainnya, jika Para Pihak tidak mencapai kesepakatan untuk hidup rukun kembali, Mediasi dilanjutkan dengan tuntutan lainnya. Dan jika tercapai kesepakatan atas tuntutan lainnya, kesepakatan dituangkan dalam Kesepakatan Perdamaian Sebagian dengan memuat klausula keterkaitannya dengan perkara perceraian, dimana kesepakatan tersebut dapat dilaksanakan jika putusan Hakim Pemeriksa Perkara yang mengabulkan gugatan perceraian telah berkekuatan hukum tetap. Kesepakatan tersebut tidak berlaku jika Hakim Pemeriksa Perkara menolak gugatan cerai atau Para Pihak bersedia rukun kembali selama proses pemeriksaan perkara.

Kesepakatan perdamaian sebagian juga bisa terjadi antara para pihak dibuat dan ditandatangani oleh penggugat dengan sebagian pihak tergugat yang telah mencapai kesepakatan dan juga mediator. Sesuai dengan pasal

¹⁷ Mahkamah Agung RI, Pasal 29 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 23

¹⁸ Mahkamah Agung RI, Pasal 30 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 24

27 ayat 2 PERMA Nomor 1 Tahun 2016,¹⁹ hakim pemeriksa perkara wajib mengembalikan kesepakatan perdamaian kepada pada mediator dan para pihak disertai petunjuk tentang hal yang harus diperbaiki. Setelah mengadakan pertemuan dengan para pihak, mediator wajib mengajukan kembali kesepakatan perdamaian yang telah diperbaiki kepada hakim pemeriksa perkara paling lama 7 (tujuh) hari terhitung sejak tanggal penerimaan petunjuk perbaikan.

Kemudian kesepakatan perdamaian sebagian dapat dikuatkan dengan akta perdamaian sepanjang tidak menyangkut asset, harta kekayaan dan/atau kepentingan pihak yang tidak mencapai kesepakatan. Penggugat dapat mengajukan kembali gugatan terhadap pihak yang tidak mencapai kesepakatan perdamaian sebagian. Dalam hal penggugat lebih dari satu pihak dan sebagian penggugat mencapai kesepakatan dengan sebagian atau seluruh pihak tergugat, tetapi sebagian penggugat yang tidak mencapai kesepakatan tidak bersedia mengubah gugatan, maka mediasi dinyatakan tidak berhasil. Sehingga kesepakatan perdamaian sebagian diantara para pihak tidak dapat dilakukan perdamaian sukarela tanpa pemeriksaan perkara dan tingkat upaya hukum banding, kasasi dan peninjauan kembali.

b. Mediasi Tidak Berhasil

Mediasi dinyatakan tidak berhasil apabila Para Pihak tidak menghasilkan kesepakatan sampai batas waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari berikut perpanjangannya atau apabila Para Pihak

¹⁹ Mahkamah Agung RI, Pasal 27 ayat (2) PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 21

dinyatakan tidak beritikad baik karena tidak mengajukan dan atau tidak menanggapi resume perkara pihak lain atau tidak mau menandatangani konsep kesepakatan perdamaian yang telah disepakati tanpa alasan yang sah.²⁰

c. Mediasi Tidak Dapat Dilaksanakan

Mediasi dinyatakan tidak dapat dilaksanakan, apabila perkara tersebut melibatkan aset, harta kekayaan atau kepentingan yang nyata-nyata berkaitan dengan pihak lain yang tidak diikutsertakan sebagai pihak, atau diikutsertakan sebagai pihak tetapi tidak hadir di persidangan sehingga tidak menjadi pihak dalam proses Mediasi atau diikutsertakan sebagai pihak dan hadir di persidangan, tetapi tidak pernah hadir dalam proses Mediasi.

Mediasi juga dinyatakan tidak dapat dilaksanakan apabila melibatkan wewenang kementerian/lembaga/instansi di tingkat pusat/daerah dan/atau Badan Usaha Milik Negara/Daerah yang tidak menjadi pihak berperkara, kecuali pihak berperkara yang terkait dengan pihak-pihak tersebut telah memperoleh persetujuan tertulis dari kementerian/lembaga/instansi dan/atau Badan Usaha Milik Negara/Daerah untuk mengambil keputusan dalam proses Mediasi.

²⁰ Mahkamah Agung RI, Pasal 32 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, hal. 26

Apabila Para Pihak dinyatakan tidak beritikad baik oleh mediator karena ketidakhadirannya dalam proses mediasi maka mediasi dinyatakan tidak dapat dilaksanakan.²¹

C. Mediasi Menurut Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999

APS dalam UU Arbitrase dan APS Tahun 1999 dapat dipahami arti luas dan sempit. Dalam arti luas UU tentang Arbitrase dan APS Tahun 1999 merupakan norma hukum alternatif yang mengatur cara penyelesaian sengketa di luar litigasi termasuk lembaga arbitrase. Dalam arti sempit arbitrase bukan merupakan cakupan alternative penyelesaian sengketa

Perbedaan cakupan arbitrase dengan APS dapat dilihat dalam Pasal 1 angka 10 UU tentang Arbitrase dan APS Tahun 1999, makna “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”. Pemberlakuan UU Arbitrase dan APS Tahun 1999 menimbulkan konsekuensi secara normatif model penyelesaian sengketa dapat ditempuh melalui jalur di luar pengadilan, yaitu Arbitrase atau melalui mekanisme APS di samping penyelesaian sengketa secara konvensional melalui jalur Pengadilan.²² Mekanisme penyelesaian sengketa melalui APS diatur dalam Pasal 6 ayat (1) UU tentang Arbitrase dan APS Tahun 1999

²¹ Ibid.

²² Jimmy Joses Sembiring, *Cara Menyelesaikan Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsiliasi dan Arbitrase)*, Jakarta: Visimedia, 2011, hlm. 11.

“Sengketa atau beda pendapat perdata dapat diselesaikan oleh pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa yang didasarkan pada iktikad baiknya dengan mengenyampingkan penyelesaian litigasi di Pengadilan Negeri”.

Pasal 6 ayat (2) UU tentang Arbitrase dan APS Tahun 1999 menyebutkan “Penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui alternatif penyelesaian sengketa diselesaikan dalam pertemuan langsung oleh para pihak dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dan hasil dituangkan dalam suatu kesepakatan tertulis”. Pasal 6 ayat (1) UU tentang Arbitrase dan APS Tahun 1999, berkaitan dengan kesepakatan memilih mekanisme penyelesaian sengketa berdasarkan janji yang telah disepakati merupakan undang-undang bagi para pihak (*pacta sunt servanda*). Kebebasan untuk memilih cara dan bentuk penyelesaian sengketa inilah yang membedakan APS dengan penyelesaian sengketa melalui pengadilan. Hasil APS dituangkan dalam bentuk tertulis diatur Pasal 6 ayat (2) UU Arbitrase dan APS Tahun 1999. Dengan demikian dasar hukum mekanisme APS adalah kehendak bebas dan teratur para pihak yang bersengketa menyelesaikan di luar pengadilan, hasilnya dimuat dalam bentuk tertulis.

Priyatna Abdurrasyid mendefinisikan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) merupakan sekumpulan prosedur atau mekanisme, berfungsi member alternatif atau pilihan suatu tata cara penyelesaian sengketa melalui bentuk APS/arbitrase agar memperoleh suatu putusan akhir dan mengikat para pihak. Secara umum tidak selalu melibatkan intervensi dan bantuan pihak ke-tiga independen yang diminta membantu

memudahkan penyelesaian sengketa tersebut. Kata “alternatif” dalam “Alternatif Penyelesaian Sengketa” selain merupakan pilihan penyelesaian sengketa di luar pengadilan juga menunjukkan para pihak yang bersengketa bebas melakukan kesepakatan bersama memilih bentuk dan tata cara apa yang terdapat dalam alternatif penyelesaian sengketa dan akan diterapkan kepada penyelesaian sengketa. Para pihak memilih penyelesaian melalui APS mengacu kepada kontraknya (jika ada) yaitu klausul kontrak yang menunjuk penggunaan pihak ketiga untuk membantu jika negosiasi tidak berhasil, yaitu mediasi, konsiliasi dan penilaian ahli, dan di satu pihak serta arbitrase di lain pihak.

Mediasi adalah upaya para pihak yang bersengketa menyelesaikan sengketa melalui perundingan dengan bantuan pihak lain yang netral, disebut mediator. Mediator berfungsi membantu para pihak mencapai kesepakatan. Dalam hal ini mediator hanya dapat menyampaikan saran-saran substantif tentang pokok sengketa. Ini tidak mempunyai kewenangan memutuskan atau memaksa suatu penyelesaian. Keputusan tentang berbagai masalah selama perundingan, sepenuhnya berada pada pihak yang diambil berdasarkan kesepakatan.

Black's Law yaitu mendefinisikan mediasi (*mediation*) adalah, “*a method of nonbinding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help disputing parties reach a mutually agreeable solution; Conciliation, mediasi also termed case evaluation; facilitated negotiation*”

Terjemahan bebas dari definisi mediasi adalah, metode penyelesaian sengketa yang tidak mengikat melibatkan pihak ke-tiga yang netral mencoba membantu pihak yang berselisih mencapai solusi yang disetujui bersama; Konsiliasi, mediasi juga disebut evaluasi kasus; negosiasi difasilitasi. Lebih lanjut *Black's Law* menyebutkan mengenai perbedaan antara mediasi, konsiliasi dan arbitrase sebagai berikut:²³

“The distinction between mediation and conciliation is widely debated among those interested in ADR, arbitration, and international diplomacy. Some suggest that conciliation is “a nonbinding arbitration” where as mediation is merely “assisted negotiation”. Others put it this way: conciliation involves a third party’s trying to bring together whereas mediation goes further by allowing the third party to suggest terms on which the dispute might be resolved. Still other reject these attempts at differentiation and content that there is no consensus about what the two words mean- that they are generally interchangeable. Though a distinction would be convenient, those who argue that usage indicates a broad synonymy are most accurate”.

Black's Law Dictionary menjelaskan perbedaan antara konsiliasi, mediasi dengan arbitrase adalah sebagaimana diuraikan di bawah ini:

Pada konsiliasi/mediasi mengandung arti adanya pihak ke-tiga yang tidak memihak atau penasihat ahli yang membantu menyelesaikan sengketa para pihak baik sebagai konsiliator maupun seorang mediator. Arbitrase

²³Garner, Bryan A., (ed), *Black's Law Dictionary*, Ninth Edition, (USA: Thomson Reuters, 2009), hal. 1070-1071

penyelesaian sengketa berdasarkan adanya perjanjian arbitrase para pihak, dan arbitrator dipilih oleh para pihak sendiri.

Putusan arbitrase adalah final dan mengikat, sedangkan pada konsiliasi, mediasi berdasarkan iktikad baik pihak-pihak yang bersengketa. Bentuk putusan arbitrase adalah "putusan" yang mempunyai kekuatan eksekutorial untuk dilaksanakan, tidak demikian dengan penyelesaian sengketa melalui konsiliasi/mediasi, tergantung kehendak/iktikad baik pihak-pihak untuk melaksanakan atau tidak. Acara penyelesaian sengketa melalui arbitrase lebih formal, sesuai dengan ketentuan acara yang telah ditentukan, sedangkan pada konsiliasi, mediasi, tidak formal dapat digunakan cara apa saja.

D. Wakaf

Pada hakikatnya, konflik atau sengketa muncul karena adanya masalah. Masalah sendiri terjadi karena adanya kesejangan antara *das sollen* dan *das sein*, atau karena adanya perbedaan antara hal yang diinginkan dengan hal yang terjadi. Semakin jauh perbedaan antara harapan dan kenyataan yang terjadi, maka akan semakin besar permasalahan. Sebaliknya semakin dekat dengan jarak kesenjangan antara keinginan dan yang terjadi maka semakin kecil pula masalah yang terjadi. Apabila *das sollen* dan *das sein* sudah seimbang, maka dengan sendirinya permasalahan akan hilang.

Dengan demikian, cara penyelesaian sengketa yang ada, pada dasarnya dapat dibedakan menjadi dua yaitu melalui jalur litigasi dan non litigasi. Jalur litigasi merupakan mekanisme penyelesaian perkara melalui

jalur pengadilan dengan menggunakan pendekatan hukum melalui aparat atau penegak hukum yang berwenang sesuai dengan aturan perundang-undangan. Sedangkan jalur non litigasi merupakan mekanisme penyelesaian sengketa di luar pengadilan, tetapi menggunakan mekanisme yang hidup dalam masyarakat yang bentuk dan macamnya sangat bervariasi.

Mengenai distribusi kekuasaan pengadilan atau yang dinamakan kompetensi relatif atau kewenangan nisbi adalah kekuasaan mengadili berdasarkan wilayah atau daerah. Kewenangan relatif Pengadilan Agama sesuai dengan tempat dan kedudukannya. Pengadilan Agama berkedudukan di kota atau di ibu kota kabupaten dan daerah hukumnya meliputi wilayah kota atau kabupaten. Pengadilan Tinggi Agama berkedudukan di ibu kota provinsi dan daerah hukumnya meliputi wilayah provinsi. Kompetensi atau kewenangan absolut Pengadilan Agama diatur dalam Pasal 49 Undang-Undang No. 3 Tahun 2006. Pasal 49 ini menyebutkan bahwa: “Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: Perkawinan; Waris; Wasiat; Hibah; Wakaf; Zakat; Infaq; Shadaqah; dan Ekonomi syariah”.²⁴

Berikut penjelasan dari masing-masing bidang yang menjadi kewenangan absolut Pengadilan Agama:

²⁴ Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama

1. Kewenangan di bidang perkawinan adalah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku yang dilakukan menurut syariah.
2. Kewenangan di bidang waris adalah penentuan siapa yang menjadi ahli waris, penentuan mengenai harta peninggalan, penentuan bagian masing-masing ahli waris, dan melaksanakan pembagian harta peninggalan tersebut, serta penetapan pengadilan atas permohonan seseorang tentang penentuan siapa yang menjadi ahli waris, penentuan bagian masing-masing ahli waris.
3. Kewenangan di bidang wasiat adalah perbuatan seseorang memberikan suatu benda atau manfaat kepada orang lain atau lembaga/badan hukum, yang berlaku setelah yang memberi tersebut meninggal dunia.
4. Kewenangan di bidang hibah adalah pemberian suatu benda secara sukarela dan tanpa imbalan dari seseorang atau badan hukum kepada orang lain atau badan hukum untuk dimiliki.
5. Kewenangan di bidang wakaf adalah perbuatan seseorang atau sekelompok orang (wakif) untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum syariah.
6. Kewenangan di bidang zakat adalah harta yang wajib disisihkan oleh seorang muslim atau badan hukum yang dimiliki oleh orang muslim

sesuai dengan ketentuan syariah untuk diberikan kepada yang berhak menerimanya.

7. Kewenangan di bidang infaq adalah perbuatan seorang memberikan sesuatu kepada orang lain guna menutupi kebutuhan, memberikan rezeki (karunia), atau menafkahkan sesuatu kepada orang lain berdasarkan rasa ikhlas, dan karena Allah SWT.
8. Kewenangan di bidang shadaqah adalah perbuatan seseorang memberikan sesuatu kepada orang lain atau lembaga/badan hukum secara spontan dan sukarela tanpa dibatasi oleh waktu dan jumlah tertentu dengan mengharap ridho Allah SWT dan pahala semata.
9. Kewenangan di bidang ekonomi syariah adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syariah, antara lain meliputi: bank syariah, lembaga keuangan mikro syariah, asuransi syariah, reasuransi syariah, reksa dana syariah, obligasi syariah dan surat berharga berjangka menengah syariah, sekuritas syariah, pembiayaan syariah, pegadaian syariah, dana pensiun lembaga keuangan syariah, dan bisnis syariah. Dengan adanya Undang-Undang No.3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama, maka kewenangan absolut Pengadilan Agama yang awalnya berjumlah 6 bidang: perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf dan shadaqah, kini bertambah menjadi 9 bidang dengan ditambah 3 bidang yaitu zakat, infaq, dan ekonomi syariah.

Berkaitan dengan sengketa wakaf yang menjadi wewenang Pengadilan Agama berikut penjelasannya.

1. Definisi Wakaf

Kata “wakaf” atau “wacf” berasal dari bahasa Arab “*waqafa*”. Asal kata “*waqafa*” berarti menahan, berhenti, diam di tempat atau tetap berdiri. Kata *al-waqf* dalam bahasa Arab mengandung beberapa pengertian :

الوقف بمعنى التحبب والتسييل

Artinya “Menahan, Menahan harta untuk diwakafkan, tidak dipindahmilikkan.²⁵

Wakaf menurut bahasa adalah menahan. Sedangkan menurut istilah adalah menahan sesuatu tertentu yang dimiliki, menerima dipindah (kepemilikannya), mungkin diambil manfaatnya serta tetapnya barang tersebut dengan mencegah memanfaatkan barang tersebut, pada pemakaian yang mubah yang sudah wujud.²⁶

Dalam Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf, dijelaskan pengertian wakaf, yakni pada pasal 1 ayat (1), wakaf adalah perbuatan hukum wakif untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagai harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syariah.²⁷

²⁵ Departemen Agama RI, *Fiqh Wakaf*, (Jakarta: Direktorat Pemberdayaan Wakaf, 2007), hal. 1

²⁶ Tim Kajian Ilmiah FKI Ahla Shuffah 103, *Kamus Fiqh*, (Kediri: Purna Siswa MHM 2013, 2013), hal. 352

²⁷ Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf, diundangkan di Jakarta pada tanggal 27 Oktober 2004

Sedangkan harta benda wakaf (*mauquf*) adalah harta atau barang yang diwakafkan. Pasal 1 ayat (5) Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf menjelaskan bahwa harta benda wakaf adalah harta benda yang memiliki daya tahan lama dan/atau manfaat jangka panjang serta mempunyai nilai ekonomi menurut syariah yang diwakafkan oleh Wakif.²⁸

Kompilasi Hukum Islam memberikan definisi wakaf melalui Pasal 215 yang menyebutkan bahwa wakaf adalah perbuatan hukum seseorang, atau kelompok orang atau badan hukum yang memisahkan sebagian dari benda miliknya dan melembagakannya untuk selamanya guna kepentingan ibadah atau keperluan umum lainnya sesuai dengan ajaran Islam.²⁹

2. Dasar Hukum Harta Benda Wakaf

Wakaf adalah ibadah yang memiliki manfaat tidak hanya bagi diri sendiri, tetapi juga bermanfaat bagi orang lain. Adapun dalil yang menjadi dasar disyariatkannya ibadah wakaf bersumber dari:

a. Ayat-ayat Al-Qur'an surat Ali Imran ayat 92:

لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ
 اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴿٩٢﴾

Artinya “Kamu sekali-kali tidak sampai kepada kebajikan (yang sempurna), sebelum kamu menafkahkan sebahagian harta

²⁸ Pasal 1 ayat (5) Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf diundangkan di Jakarta pada tanggal 27 Oktober 2004

²⁹ Kompilasi Hukum Islam pasal 215

yang kamu cintai. dan apa saja yang kamu nafkahkan Maka Sesungguhnya Allah mengetahuinya”.

b. Hadist Rasulullah

Menurut sebagian ulama yang lain, wakaf dalam Islam pertama kali dilakukan oleh Umar bin Khattab. Pendapat ini didasarkan pada hadist riwayat Ibnu Umar ra.

عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ : أَصَابَ عُمَرَ بِخَيْبَرَ أَرْضًا، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : أَصَبْتُ أَرْضًا لَمْ أَصِْبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ مِنْهُ، فَكَيْفَ تَأْمُرُنِي بِهِ ؟ قَالَ : إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا. فَتَصَدَّقَ عُمَرُ أَنَّهُ لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ فِي الْفُقَرَاءِ وَالْفُرَبَى وَالرَّقَابِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالضَّيْفِ وَالْبَنِي السَّبِيلِ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ. (رواه مسلم ٧٤/٥)³⁰

Artinya “Dari Ibnu Umar ra. Berkata: bahwa sabat Umar ra memperoleh sebidang tanah di Khaibar, kemudian menghadap Rasulullah untuk memohon petunjuk. Umar berkata: Ya Rasulullah, saya mendapatkan sebidang tanah di Khaibar, saya belum pernah mendapatkan harta sebaik itu, maka apakah yang engkau perintahkan kepadaku? Rasulullah menjawab : Bila kamu suka, kamu tahan (pokoknya) tanah itu, dan kamu sedekahkan (hasilnya). Kemudian Umar melakukan shadaqah, tidak dijual, tidak dihibahkan, dan tidak pula diwariskan. Berkata Ibnu Umar : Umar menyedekahkannya kepada orang-orang fakir, kaum kerabat, budak belian, sabilillah, ibnu sabil dan tamu. Dan tidak mengapa atau tidak dilarang bagi yang menguasai tanah wakaf itu (pengurusnya) makan dari hasilnya dengan cara baik (sepantasnya) atau makan dengan tidak bermaksud menumpuk harta.” (HR. Muslim)

3. Rukun dan Syarat Wakaf

³⁰ Imam Muslim, *Shahih Muslim*, (Maktabah Daar Ihya al-Kutub) juz II, tt, hal. 14

Dalam perspektif fiqh Islam, untuk adanya wakaf harus dipenuhi 4 (empat) rukun atau unsur dari wakaf tersebut, yaitu:³¹

a. *Waqif* (pihak yang mewakafkan), syaratnya:

- 1) Tidak ada paksaan yang tidak dibenarkan syara' (*bi ghoiri haqqin*). Dan juga paksaan tersebut dibenarkan syara' (*bi haqqin*), maka wakaf tersebut sah. Seperti seorang bernadzar mewakafkan tanahnya kemudian dia tidak mau mewakafkannya, maka hakim boleh memaksa orang tersebut untuk mewakafkan tanahnya.
- 2) Ahli tabarru' semasa hidupnya.

b. *Mauquf 'alaih* (pihak yang diwakafi/ penerima wakaf), syaratnya:

- 1) Tidak berupa kemaksiatan. Sehingga tidak sah wakaf pada gereja yang digunakan ibadahnya orang kafir dan sebagainya.
- 2) Memungkinkan memiliki barang wakaf jika pihak *mauquf 'alaih* tersebut adalah pihak tertentu.

c. *Mauquf* (barang yang diwakafkan), syaratnya:

- 1) Berupa *'ain* (benda)

Sudah tertentu. Sehingga tidak sah mewakafkan salah satu budak yang dimiliki tanpa menentukannya.
- 2) Milik sendiri

³¹*Al-Yaqut al-Nafis Wa Syarhihi*, hal. 483-489, Dar al-Minhaj, dalam Tim Kajian Ilmiah FKI Ahla Shuffah 103, *Kamus Fiqh...* hal. 352-353

Menerima dipindah kepemilikannya. Sehingga tidak sah mewakafkan budak *mustauladah* dan bukan yang melakukan akad *kitabah* (cicilan) yang sah.

3) Memiliki manfaat

Memanfaatkan benda tersebut tidak menghilangkan bendanya. Sehingga tidak sah mewakafkan lilin.

4) Manfaat yang diperbolehkan syara'. Sehingga tidak sah mewakafkan alat musik.

5) Manfaat benda tersebut dituju. Sehingga tidak sah mewakafkan uang dirham (uang perak) untuk berhias (*az-ziy nah*). Karena berhias bukanlah sesuatu yang dituju dari uang perak.

d. *Sighat*, syaratnya:

1) Lafadz yang memberi tahu dengan makna yang dikehendaki. Seperti "saya wakafkan".

2) Tidak diwaktu.

3) Tidak digantungkan.

4) Menjelaskan alokasi (*mashrof*) wakaf. Seperti saya mewakafkan barang ini untuk orang-orang fakir miskin.

5) Permanen (*al-ilzam*) baik dari segi bentuk ataupun akad. Sehingga tidak boleh merubah mauquf, khiyar dalam menetapkan wakaf, menjual dan sebagainya.

4. Jenis Harta Benda Wakaf

Salah satu rukun wakaf yang wajib dipenuhi ialah mauquf bih (harta/benda wakaf). Harta benda wakaf menjadi unsur penting terwujudnya perbuatan wakaf, karena tanpa harta benda wakaf sudah tentu tidak akan ada penyerahan dan pemanfaatan barang bagi kepentingan umat. Sehingga hukum wakafnya batal dengan sendirinya. Harta benda wakaf (*mauquf bih*) terdiri dari beberapa macam. Hal ini sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Jenis harta benda wakaf dalam Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf terdiri dari: benda tidak bergerak, benda bergerak selain uang, dan benda bergerak berupa uang.³²

Pertama, benda tidak bergerak yang dimaksud dalam UU No. 41 Tahun 2004 tentang Wakaf dapat dijabarkan sebagai berikut:

1. Hak atas tanah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku baik yang sudah terdaftar atau belum.
2. Bangunan atau bagian dari bangunan yang berada/ berdiri di atas tanah tersebut.
3. Hak milik atas satuan rumah susun sesuai dengan ketentuan yang berlaku.
4. Tanaman atau benda lain yang berhubungan dengan tanah.
5. Benda tidak bergerak lainnya yang sesuai prinsip syariah dan peraturan perundang-undangan.

³² Departemen Agama RI, *Fiqh Wakaf...* hal. 70

Kedua, benda bergerak selain uang dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Benda digolongkan sebagai benda bergerak karena sifatnya yang dapat berpindah atau dipindahkan atau karena ketetapan undang-undang.
2. Benda bergerak terbagi dalam benda bergerak yang dapat dihabiskan dan yang tidak dapat dihabiskan karena pemakaian.
3. Benda bergerak yang dapat dihabiskan karena pemakaian tidak dapat diwakafkan, kecuali air dan bahan bakar minyak yang persediaannya berkelanjutan.
4. Benda bergerak yang tidak dapat dihabiskan karena pemakaian dapat diwakafkan dengan memperhatikan ketentuan prinsip syariah.³³

Mengacu pada ketentuan yang termaktub dalam Pasal 49 UUPA di atas, maka ini merupakan pengakuan secara yuridis formal keberadaan perwakafan tanah milik oleh negara sehingga telah disejajarkan dengan hak-hak yang terdapat dalam UUPA lainnya, misalnya Hak Milik, Hak Guna Usaha, Hak Guna Bangunan dan Hak Pakai. Namun demikian, perintah ayat (3) Pasal 49 tersebut terjawab setelah berlakunya UUPA kurang lebih 17 tahun, ketika setelah pada tahun 1977 pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik. Kegunaan tanah wakaf adalah sebagaimana fungsi wakaf pada umumnya, yaitu untuk kemaslahatan umat, namun secara khusus Undang- Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang Wakaf mengatur bahwa peruntukan tanah wakaf adalah tergantung pada ikrar wakaf yang dibuat. Ikrar wakaf

³³*Ibid.*,hal. 71-72

merupakan pengucapan suci yang diucapkan secara ikhlas untuk menyerahkan hartanya yang akan dipergunakan di jalan Allah. Oleh karena itu pihak yang akan memanfaatkan tanahnya harus melengkapi dengan surat-surat yang berkaitan dengan tanah tersebut.

Hal tersebut diatur dalam Pasal 9 ayat (5) Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977, yaitu sebagai berikut: "Dalam melaksanakan ikrar seperti dimaksud ayat (1), pihak yang mewakafkan tanah diharuskan membawa serta dan menyerahkan kepada pejabat tersebut surat-surat berikut: (a) sertifikat hak milik atau bukti kepemilikan tanah lainnya, (b) surat keterangan dari Kepala Desa yang diperkuat oleh kepala kecamatan setempat yang menerangkan kebenaran kepemilikan tanah dan tidak tersangkut sesuatu perkara, (c) surat keterangan pendaftaran tanah, (d) izin dari bupati/wali kota madya kepala daerah c.q. Kepala Subdirektorat Agraria setempat".

Apabila memperhatikan ketentuan Pasal 9 ayat (5) Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 berikut penjelasannya di atas, tersirat bahwa Akta Ikrar Wakaf merupakan akta otentik yang dapat dipergunakan dalam penyelesaian sengketa yang mungkin timbul dikemudian hari tentang tanah yang diwakafkan. Dengan perkataan lain, Akta Ikrar Wakaf merupakan alat bukti atas pelaksanaan wakaf sekaligus menerangkan status tanah wakafnya.

Hal pokok yang sering menimbulkan permasalahan perwakafan dalam praktik adalah masih banyaknya wakaf tanah yang tidak ditindaklanjuti

dengan pembuatan akta ikrar wakaf. Pelaksanaan wakaf yang terjadi di Indonesia masih banyak yang dilakukan secara agamis atau mendasarkan pada rasa saling percaya. Kondisi ini pada akhirnya menjadikan tanah yang diwakafkan tidak memiliki dasar hukum, sehingga apabila dikemudian hari terjadi permasalahan mengenai kepemilikan tanah wakaf penyelesaiannya akan menemui kesulitan, khususnya dalam hal pembuktian. Hal lain yang sering menimbulkan permasalahan dalam praktik wakaf di Indonesia adalah dimintanya kembali tanah wakaf oleh ahli waris wakif dan tanah wakaf dikuasai secara turun temurun oleh Nadzir yang penggunaannya menyimpang dari akad wakaf.

Dalam praktik sering didengar dan dilihat adanya tanah wakaf yang diminta kembali oleh ahli waris wakif setelah wakif tersebut meninggal dunia. Kondisi ini pada dasarnya bukanlah masalah yang serius, karena apabila mengacu pada ketentuan peraturan perundang-undangan, wakaf dapat dilakukan untuk waktu tertentu, sehingga apabila waktu yang ditentukan telah terlampaui, wakaf dikembalikan lagi kepada ahli waris wakif.

Namun khusus untuk wakaf tanah, ketentuan pembuatan akta ikrar wakaf telah menghapuskan kepemilikan hak atas tanah yang diwakafkan sehingga tanah yang diwakafkan tersebut tidak dapat diminta kembali. Selanjutnya mengenai dikuasainya tanah wakaf oleh Nadzir secara turun temurun dan penggunaannya yang tidak sesuai dengan ikrar wakaf, hal ini dikarenakan kurangnya pengawasan dari instansi yang terkait. Ahli waris

atau keturunan Nadzir beranggapan bahwa tanah tersebut milik Nadzir sehingga penggunaannya bebas sesuai kepentingan mereka sendiri. Hal ini akibat ketidaktahuan ahli waris Nadzir

E. Penyelesaian Sengketa Wakaf

Jika ditinjau dari segi cara penyelesaian sengketa dalam suatu kelembagaan, lazim digunakan dua cara dalam menyelesaikan perkara perdata, yaitu di luar pengadilan) dan melalui pengadilan (*litigation*). Dalam praktek usaha atau aktifitas bisnis, metode penyelesaian sengketa dapat dilihat dalam setiap perjanjian yang dilakukan, terutama dalam bidang perdata khususnya bidang perdagangan (*business*). Masyarakat bisnis umumnya dihadapkan pada pilihan penyelesaian secara litigasi (melalui pengadilan), atau menggunakan ADR (*Alternative Dispute Resolution*) sebagai sarana penyelesaian sengketa yang mungkin timbul dalam aktifitas bisnisnya.³⁴

Pengadilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman dibawah Mahkamah Agung RI, yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan agama, menegakkan hukum, dan keadilan. Eksistensi peradilan agama telah menjadikan Umat Islam Indonesia terlayani dalam dalam penyelesaian sengketa masalah perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, wakaf, shadaqah dan lain-lain. Peradilan agama hendaknya menegakkan substansi nilai-nilai hukum yang mewarnai

³⁴Suyud Margono, *ADR dan Arbitrase Proses Perkembangan dan Aspek Hukum*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2004), hal 12

kehidupan Umat Islam. Mantan ketua MA, Prof. Dr. Bagir Manan, SH, MCL, dalam salah satu kesempatan pernah mengatakan masih adanya kesan yang menganggap Peradilan Agama bukanlah sesuatu yang penting dilihat dari sistem bernegara secara keseluruhan.

Peradilan Agama dianggap tidak atau kurang penting dibandingkan dengan lingkungan badan peradilan lain. Semua kesan itu adalah hasil dari kebijakan politik kolonial belanda yang memandang Peradilan Agama sebagai *'the necessary evil'*, sesuatu yang tidak menyenangkan tetapi harus diterima. Dasar politik ini, kata Prof. Bagir, berpengaruh pada berbagai kebijakan praktis yang datang kemudian. Salah satu politik kolonial tersebut adalah dengan menggerogoti kewenangan Peradilan Agama baik dilakukan secara normatif maupun melalui ilmu pengetahuan dengan mengintrodusir hukum adat dan kemudian disandingkannya dengan hukum Islam.³⁵

Di era reformasi kesadaran dan semangat untuk menerapkan lebih banyak lagi norma ajaran Islam melalui kekuasaan (legislasi) semakin tumbuh. Sementara semangat reformasi di dunia peradilan menumbuhkan tekad agar semua lembaga peradilan berada dalam satu wadah penyelenggara kekuasaan kehakiman di bawah Mahkamah Agung (*one roof sistem*), tanpa terkeuali Pengadilan Agama.

Apabila ada sengketa maka proses penyelesaian perkara perdata khususnya dalam masalah wakaf dapat melalui jalur litigasi dilakukan

³⁵Qurratul Aini Wara Hastuti, *Kewenangan Pengadilan Agama Kudus Dalam Penyelesaian Sengketa Wakaf*, Jurnal ZISWAF Volume 1 Nomor 1 Tahun 2014, hal 56-57

dengan terlebih dahulu memeriksa apakah syarat administrasi perkara telah tercukupi atau belum. Administrasi perkara ini meliputi berkas perkara yang di dalamnya telah ada panjar biaya perkara, nomor perkara, penetapan majelis hakim, dan penunjukan panitera sidang. Apabila syarat tersebut belum lengkap maka berkas dikembalikan ke kepaniteraan untuk dilengkapi, apabila sudah lengkap maka hakim menetapkan hari sidang dan memerintahkan kepada juru sita agar para pihak dipanggil untuk hadir dalam sidang yang waktunya telah ditetapkan oleh hakim dalam surat Penetapan Hari Sidang (PHS).

Hakim memeriksa syarat formil perkara yang meliputi kompetensi dan kecakapan penggugat, kompetensi (kewenangan) Pengadilan Agama baik secara absolut maupun relatif, ketepatan penggugat menentukan tergugat (tidak salah menentukan tergugat), surat gugatan tidak obscur, perkara yang akan diperiksa belum pernah diputus oleh pengadilan dengan putusan yang sudah berkekuatan hukum tetap (tidak *ne bis in idem*), tidak terlalu dini, tidak terlambat, dan tidak dilarang oleh undang-undang untuk diperiksa dan diadili oleh Pengadilan. Apabila ternyata para pihak telah terikat dengan perjanjian arbitrase, maka Pengadilan Agama tidak berwenang memeriksa dan mengadilinya.³⁶ Apabila syarat formil telah terpenuhi berarti hakim dapat melanjutkan untuk memeriksa pokok perkara. Dalam persidangan ini, tugas pertama dan utama hakim adalah berusaha mendamaikan kedua belah pihak sesuai dengan PERMA Nomor

³⁶ Pasal 3 UU Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

1 Tahun 2016 tentang mediasi serta dengan Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif penyelesaian sengketa. Apabila tercapai perdamaian, maka hakim membuat akta perdamaian. Apabila tidak dapat dicapai perdamaian maka pemeriksaan dilanjutkan ke tahap berikutnya. Hakim melakukan konstatirng terhadap dalil-dalil gugat dan bantahannya melalui tahap-tahap pembacaan surat gugatan, jawaban tergugat, replik, duplik, dan pembuktian. Hakim melakukan kualifisering melalui kesimpulan para pihak dan musyawarah hakim. Hakim melakukan konstituirng yang dituangkan dalam surat putusan.

Dalam memeriksa dan mengadili tingkat pertama sengketa ekonomi syariah, hukum perikatan Islam memang memiliki kedudukan penting. Sebab, segala bentuk peristiwa hukum mengenai kegiatan wakaf diawali dengan akad yang memuat hak dan kewajiban masing-masing pihak untuk mengikatkan diri dalam suatu perjanjian. Tanpa menguasai hukum perikatan Islam, mustahil hakim dapat memutus dan menyelesaikan sengketa ekonomi syariah dengan benar dan adil, sebagaimana ketentuan Pasal 49 UU No.3 Tahun 2006 yang menyatakan bahwa:³⁷ “Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, waqaf, zakat, infaq, shadaqah, dan ekonomi syari’ah.”. Dalam Pasal 49 UU Nomor 3 Tahun 2006 huruf (e) : Yang dimaksud dengan “wakaf” adalah perbuatan seseorang atau

³⁷ Pasal 49 UU No.3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama

sekelompok orang (wakif) untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syari'ah.

Ruang lingkup wakaf yang selama ini dipahami secara umum cenderung terbatas pada wakaf benda tidak bergerak seperti tanah dan bangunan, menurut Undang-Undang No. 41 tahun 2004 tentang Wakaf ini, Wakif dapat pula mewakafkan sebagian kekayaannya berupa harta benda wakaf bergerak, baik berwujud atau tidak berwujud yaitu uang, logam mulia, surat berharga, kendaraan, hak kekayaan intelektual, hak sewa, dan benda bergerak lainnya. Dalam hal benda bergerak berupa uang, Wakif dapat mewakafkan melalui Lembaga Keuangan Syariah, yaitu badan hukum Indonesia yang dibentuk sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bergerak di bidang keuangan syariah, misalnya badan hukum di bidang perbankan syariah.

UU No. 41 Tahun 2004 tentang wakaf telah mengatur tentang upaya penyelesaian sengketa pada Pasal 62 sebagai berikut:³⁸

Pasal 62

1. Penyelesaian sengketa perwakafan ditempuh melalui musyawarah untuk mencapai mufakat.

³⁸ Pasal 62 Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 tentang Wakaf

2. Apabila penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berhasil, sengketa dapat diselesaikan melalui mediasi, arbitrase, atau pengadilan.

Dalam penjelasan Pasal 62 ayat (2) tersebut disebutkan bahwa yang dimaksud dengan mediasi adalah penyelesaian sengketa dengan bantuan pihak ketiga (mediator) yang disepakati oleh para pihak yang bersengketa. Dalam hal mediasi tidak berhasil menyelesaikan sengketa, maka sengketa tersebut dapat dibawa kepada badan arbitrase syariah. Dalam hal badan arbitrase syariah tidak berhasil menyelesaikan sengketa, maka sengketa tersebut dapat dibawa ke Pengadilan Agama dan/atau Mahkamah Syar'iyah.

F. Penelitian Terdahulu

Berikut ini akan memberikan contoh telaah pustaka dengan judul: Berikut ini akan memberikan contoh telaah pustaka dengan memberi judul: "Implementasi Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan (Studi Kasus Sengketa Ekonomi Syariah di Pengadilan Agama Tulungagung dan Blitar). Sejauh ini penelitian berkaitan dengan pelaksanaan mediasi berdasarkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 1 Tahun 2016 khususnya dalam Sengketa Ekonomi Syariah, masih belum banyak dilakukan dan berikut penelitian yang sudah dilakukan.

Penelitian oleh Aleksandra Stoikovska, Valentine Mucunska Palevski dan Jana Ilieva. Tujuan dari penelitian ini yakni untuk membicarakan tentang penelitian langsung dalam rangka menyadarkan orang-orang tentang mediasi sebagai bagian dari negosiasi yang mana prosesnya lebih cepat, mudah dan tanpa biaya tinggi dalam penyelesaiannya. Jenis penelitian yang digunakan yakni penelitian kualitatif dengan studi kasus berdasarkan survei anggota mediator Chamber di Republik Macedonia. Hasil penelitian menunjukkan bahwa kurangnya informasi oleh penduduk lokal berkaitan tentang bentuk alternatif penyelesaian sengketa yang tersedia dan yang menawarkan keuntungan bagi mereka.³⁹ Persamaan dari dari penelitian ini yakni membahas tentang mediasi, sedangkan perbedaannya dilihat dari tinjauannya berbeda penelitian berdasarkan survei di Macedonia, sedangkan penelitian yang akan dilakukan di Pengadilan Agama Tulungagung dan Blitar berdasarkan PERMA.

Penelitian oleh Larisa Zaitseva dan Svetlana Rachena, yang bertujuan untuk mempertimbangkan berbagai kemungkinan dan keterbatasan kemampuan mediator sebagai *legal assistance* dalam berbagai macam penyelesaian sehingga terjamin tidak adanya diskriminasi antara penyelesaian sengketa yang menguntungkan bahkan yang telah disyaratkan. Metode yang digunakan berupa library research yang menggunakan beberapa metode penelitian yang bervariasi. Hasil penelitiannya yakni tidak

³⁹ Aleksandra Stoikovska, Valentine Mucunska Palevski dan Jana Ilieva, *Awareness About Mediation As An Alternative Form Of Dispute Resolution: Practices In The Republic Of Macedonia*. (Serbia: International Journal Of Cognitive Research In Science, Engineering And Ecuaction, 2015).

adanya konsensus disebabkan oleh kontradiksi antara prinsip mediator yang netralitas dalam proses resolusi konflik dan tujuan dari penyelesaian sengketa, dimana sebagai perantara yang kompeten secara hukum. Untuk memastikan efektivitas proses mediasi, legislator harus mencari prosedur yang lebih fleksibel. Dengan demikian, kehadiran langsung atau pembatasan tidak hanya menjadi tantangan dalam kinerja hukum, tetapi norma-norma tersebut juga dapat membuat mediasi tidak menarik dan tidak efektif untuk beberapa jenis tertentu sengketa, seperti perselisihan perburuhan. Prinsip melestarikan netralitas mediator adalah mungkin jika dilakukan dalam kerangka pendekatan yang seimbang untuk batas yang wajar dan aturan untuk penyediaan jenis bantuan hukum tertentu kepada pihak yang bersengketa.⁴⁰ Persamaannya penelitian ini yakni berkaitan dengan mediator dalam mediasi, sedangkan perbedaan dalam penelitian sebelumnya hanya mengungkapkan *legal assistance* mediator.

Kemudian penelitian oleh Muzaffer Ercan Yilmaz, yang bertujuan untuk mendiskusikan baik secara informal dan formal tentang mediasi di Turki, dan berkaitan dengan kasus dalam penelitian sebelumnya yang belum berjalan dengan baik. Jenis penelitian yang digunakan yakni kuantitatif yang mana didasarkan pada asumsi sejak aktivitas mediasi mulai tumbuh di dunia, hingga berkembang ke dalam berbagai budaya yang berbeda. Hasil penelitian menunjukkan bahwa pada kasus orang Turki bahwa dalam jangka waktu terdekat dibutuhkan saran yang meyakinkan dalam menjadikan

⁴⁰Larisa Zaitseva dan Svetlana Rachena, *Mediation And Legal Assintance*, (Rusia: LLC.V.Em Publishing, 2014).

mediasi sebagai alat yang efektif dalam penyelesaian sengketa.⁴¹ Persamaannya membahas tentang mediasi, perbedaannya jika di sini mediasi di Turki sedangkan penelitian yang akan dilakukan ada di Tulungagung dan Blitar serta acuan yang digunakan menggunakan PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Penelitian Zulfan Nashby, yang bertujuan untuk mengetahui dan memahami tentang bagaimana pengaturan tanah wakaf, hal apa yang menyebabkan terjadinya sengketa antar nadzir serta bagaimana penyelesaian jika terjadi sengketa antar nadzir tanah wakaf yang dalam hal ini terjadi di atas tanah wakaf Nyonya Ramuja yang dipergunakan sebagai sarana ibadah berupa masjid Al-Furqan dan sarana pendidikan sosial berupa Taman Kanak-Kanak Al-Furqan yang berlokasi di kecamatan Larangan kota Tangerang Banten. Penelitian ini merupakan penelitian hukum yuridis empiris yaitu penelitian ini disamping menggunakan metode-metode ilmu pengetahuan juga melihat kenyataan dilapangan. Hasil penelitian yang dilakukan di atas tanah wakaf Nyonya Ramuja yang berlokasi di Kecamatan Larangan Kota Tangerang Banten, sengketa antar nadzir terjadi disebabkan seiring dengan berkembangnya sarana pendidikan tersebut yang pada akhirnya dirasa memiliki nilai manfaat bila diukur secara ekonomi, hal inilah yang menjadi pemicu persengketaan antara nadzir yang satu dengan yang lainnya sama-sama terlihat ingin menguasai dan mengambil manfaat dari tanah wakaf tersebut. Proses penyelesaian sengketa antar nadzir tanah wakaf

⁴¹ Muzaffer Ercan Yilmaz, *Mediation Practices In Turkey*, Turkey: Journal Of The Human And Social Science Researches Foundation, 2012.

masjid dan Taman Kanak-kanak Al-Furqan dilakukan berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf yang terdapat dalam Pasal 62 Ayat (2) yaitu dengan cara proses mediasi yang dilakukan di Kantor Kementerian Agama Kota Tangerang. Persamaan dalam penelitian ini yakni membahas tentang penyelesaian sengketa wakaf dengan mediasi, sedangkan perbedaannya dari sudut obyeknya yang mana lebih secara umum sedangkan dalam penelitian yang dilakukan merupakan sengketa yang telah terdaftar dalam ranah peradilan.⁴²

G. Paradigma Penelitian

Penelitian ini berkaitan dengan konsep dan juga teori yang akan digunakan peneliti bertaut pada PERMA Nomor 1 tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan dan Undang-Undang nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang digunakan peneliti sebagai bahan dasar dalam menggali data pelaksanaan mediasi utamanya dalam sengketa wakaf di Pengadilan Agama Tulungagung, sehingga akan diketahui antara teori dan praktik telah terjadi kesinkronan atau belum.

⁴²Zulfan Nashby, *Penyelesaian Sengketa Antar Nadzir Tanah Wakaf Di Kecamatan Larangan Kota Tangerang Banten (Studi Kasus Tanah Wakaf Masjid Al-Furqon Tangerang)*, Tesis: Universitas Diponegoro Semarang, 2011.

