

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Perbankan Indonesia

1. Pengertian dan Fungsi Perbankan

Pasal 1 angka (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998 disebutkan pengertian dari perbankan adalah segala sesuatu yang menyangkut tentang bank, mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya. Bank Indonesia mempunyai otonomi penuh dalam merumuskan dan melaksanakan setiap tugas dan wewenangnya sebagaimana ditentukan dalam undang-undang.

Pihak luar tidak dibenarkan mencampuri pelaksanaan tugas dari Bank Indonesia dan Bank Indonesia juga berkewajiban untuk menolak atau mengabaikan intervensi dalam bentuk apapun dari pihak manapun juga. Status dan kedudukan yang khusus tersebut diperlukan agar Bank Indonesia dapat melaksanakan peran dan fungsinya sebagai otoritas moneter secara lebih efektif dan efisien (Theresia Anita Christiani, 2016:2).

Bidang pengawasan sektor perbankan mempunyai fungsi penyelenggaraan sistem pengaturan dan pengawasan yang terintegrasi pada sektor perbankan. Pelaksanaan fungsi bidang pengawasan di sektor perbankan menyelenggarakan tugas-tugas pokok sebagai berikut

(<http://www.ojk.go.id/id/kanal/perbankan/tentangperbankan/Pages/Tugas.aspx>):

- a. Melakukan penelitian dalam rangka mendukung pengaturan bank dan pengembangan sistem pengawasan bank;
- b. Melakukan pengaturan bank dan industri perbankan;
- c. Menyusun sistem dan ketentuan pengawasan bank;
- d. Melakukan pembinaan, pengawasan, dan pemeriksaan bank;
- e. Melakukan penegakan hukum atas peraturan di bidang perbankan;
- f. Melakukan pemeriksaan khusus dan investigasi terhadap penyimpangan yang diduga mengandung unsur pidana di bidang perbankan;
- g. Melaksanakan remedial dan resolusi bank yang memiliki kondisi tidak sehat sebagai tindak lanjut dari hasil pengawasan bank yang normal;
- h. Mengembangkan pengawasan perbankan;
- i. Memberikan bimbingan teknis dan evaluasi di bidang perbankan; dan
- j. Melaksanakan tugas lain yang diberikan oleh dewan komisioner.

Perbankan merupakan suatu industri yang memiliki karakter khusus sebagai lembaga bisnis, yaitu eksistensi dan keberlanjutannya terkait langsung dengan kepercayaan (*trust*) masyarakat. Tanpa adanya unsur kepercayaan, bank akan kesulitan dalam menghimpun dana dari masyarakat dan sebagai penyalur dana bagi masyarakat. Kehilangan kepercayaan masyarakat terhadap perbankan dapat menimbulkan efek domino bagi bank lainnya.

2. Hubungan Hukum Bank dan Nasabah

Hubungan bank dengan nasabah dapat dibagi menjadi hubungan yang kontraktual dan hubungan yang non-kontraktual. Hubungan kontraktual adalah hubungan antara bank dengan nasabah yang dituangkan dalam bentuk tertulis. Perjanjian antara bank dengan nasabah dalam bentuk tertulis tersebut dituangkan dalam perjanjian baku. Perjanjian baku atau perjanjian standar adalah perjanjian yang isinya dibuat oleh salah satu pihak dan pihak tersebut adalah pihak yang biasanya mempunyai posisi tawar yang lebih kuat dalam hal ini adalah pihak bank. Pihak lain dalam hal ini adalah nasabah yang cukup memberikan persetujuannya dengan menandatangani atau tidak menandatangani perjanjian tersebut. Berlakunya perjanjian standar di lembaga perbankan dapat dilihat pada perjanjian pembukaan rekening di bank atau pada perjanjian kredit di bank antara lembaga perbankan dengan pihak nasabah serta perjanjian-perjanjian lain antara bank dengan nasabah (Theresia Anita Christiani, 2017:8).

Hubungan non kontraktual adalah hubungan bank dengan nasabah yang tidak dituangkan dalam bentuk tertulis, tetapi hubungan tersebut selalu menjiwai dan ada pada hubungan antara bank dengan nasabah. Hubungan kepercayaan merupakan hubungan yang ada dalam hubungan bank dengan nasabah, hal ini dapat diartikan bahwa tanpa kepercayaan dari nasabah maka bank tidak dapat beroperasi. Bank harus secara sungguh menjaga kepercayaan nasabah ini. Kegiatan bank dalam penghimpunan, maka kepercayaan masyarakat menjadi modal yang sangat besar supaya mereka

mau menyimpan ataupun menggunakan jasa perbankan di lembaga perbankan. Selanjutnya, hubungan kehati-hatian adalah suatu hubungan yang menjadi kelanjutan dari hubungan kepercayaan bahwa untuk mempertahankan dibenarkan oleh perundang-undangan yang berlaku. Hubungan kerahasiaan oleh lembaga perbankan akan sangat mempengaruhi kepercayaan masyarakat terhadap lembaga perbankan (Munir Fuady, 1999:94-95).

Hubungan hukum antara bank dan nasabah terbagi atas dua yaitu hubungan kontraktual dan non kontraktual. Perbankan yang berasaskan demokrasi ekonomi dengan fungsi utamanya sebagai penghimpun dan penyalur dana masyarakat, memiliki peran yang strategis untuk menunjang pelaksanaan pembangunan nasional dengan menjaga kepercayaan masyarakat terhadap lembaga perbankan

B. Penyelesaian Sengketa Perbankan

1. Sengketa Perbankan

Isu strategis yang yang mengemuka sehubungan dengan mediasi perbankan adalah mengenai lingkup sengketa uang dapat dimediasikan. Pasal 1 Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/5/PBI/2006 Tentang Mediasi Perbankan tidak tegas mendefinisikan sengketa. Dalam peraturan Bank Indonesia ini sengketa diartikan sebagai permasalahan yang diajukan oleh nasabah atau perwakilan nasabah kepada penyelenggara mediasi perbankan, setelah melalui proses penyelesaian pengaduan oleh bank sebagaimana

diatur dalam Peraturan Bank Indonesia tentang Penyelesaian Pengaduan Nasabah. Definisi mengandung unsur subjektif yaitu sengketa antara nasabah dan bank, tetapi tidak tegas tentang unsur objektifnya. Pasal 8 angka (4) Peraturan Bank Indonesia tersebut baru diperoleh sedikit kejelasan tentang unsur objektif dari sengketa yaitu sengketa keperdataan. Sementara itu pasal 6 memberikan batasan nilai dari objek sengketa yaitu paling banyak Rp. 500.000.000,- relatif tidak ada perdebatan yang signifikan tentang sengketa keperdataan murni sebagai objek mediasi.

Sengketa-sengketa perbankan yang diajukan oleh masyarakat (nasabah) adakalanya merupakan sengketa perdata yang mengandung unsur perbuatan melawan hukum yang bersifat pidana. Perdebatan sangat tajam tentang bisa tidaknya sengketa-sengketa yang mengandung unsur perbuatan melawan hukum yang bersifat pidana. Dalam hukum positif tidak ditemukan adanya kaidah hukum yang secara tegas dan jelas membenarkan penyelesaian tindak pidana melalui proses mediasi. Namun masalahnya dalam dunia perbankan adalah banyaknya sengketa yang diajukan nasabah terkait dengan suatu tindak pidana, misalnya penipuan, penggelapan, pembobolan rekening nasabah dan lain sebagainya. Apabila seluruh masalah ini secara ketat harus diselesaikan melalui proses pidana, maka nasabah pada umumnya akan dihadapkan pada kelemahan proses litigasi yaitu proses lambat, biaya mahal dan kurang memberikan kepastian dan perlindungan hukum atas perbankan. Oleh karena itu muncul pemikiran tentang proses penyelesaian melalui mediasi terhadap sengketa-sengketa perbankan yang

bukan merupakan sengketa perdata murni (Susanti Adi Nugroho, 2009:226-227).

Terkait dengan jenis sengketa yang mungkin dimediasikan, maka harus ada identifikasi jenis tindak pidana yang bisa diajukan ke jalur mediasi. Kriteria umum untuk menentukan suatu perbuatan termasuk tindak pidana tercermin dalam adagium "*actus reus non facit reus nisi mens sit rea*", yaitu unsur *actus reus* dan *mens rea*. Dengan demikian unsur *mens rea* merupakan unsur yang sangat penting, sehingga untuk tindak pidana yang tidak dengan jelas ada *mens rea*, potensial untuk menjadi objek mediasi perkara pidana. Di samping itu tindak pidana yang benar-benar jahat atau "*mala in se*" (*recht delicten*) sulit menjadi objek mediasi, sedangkan tindak pidana yang tergolong *mala prohibita* (*wet delicten*) potensial diselesaikan melalui mediasi. Untuk kasus yang hanya melibatkan bank dengan nasabah, dapat diselesaikan dalam jalur mediasi di luar sistem peradilan pidana. Secara umum yang dapat diterima untuk diselesaikan adalah tindak pidana yang tergolong ringan seperti pelanggaran ringan misalnya karena kelalaian (*culpa*), atau tindakan yang terjadi karena kesalahan (*error/dwangling*) baik mengenai fakta atau mungkin mengenai hukumnya (Susanti Adi Nugroho, 2009:229).

Sengketa perbankan merupakan perselisihan antara konsumen dengan lembaga jasa keuangan dalam kegiatan perbankan. Sengketa perbankan dapat diselesaikan melalui Otoritas Jasa Keuangan ataupun

lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa yang dimuat dalam daftar Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa Otoritas Jasa keuangan.

2. Mediasi Perbankan

Mediasi Perbankan diatur dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/5/PBI/2006 Tentang Mediasi Perbankan dan Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/1/PBI/2008 Tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/5/PBI/2006 Tentang mediasi perbankan. Mediasi perbankan merupakan proses penyelesaian sengketa yang melibatkan mediator untuk membantu para pihak yang bersengketa guna mencapai penyelesaian dalam bentuk kesepakatan terhadap sebagian atau seluruh permasalahan yang disengketakan secara cepat, efisien, dan murah. Mediasi perbankan dilaksanakan oleh Otoritas Jasa Keuangan ataupun Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa yang dimuat dalam daftar Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa yang ditetapkan oleh Otoritas Jasa Keuangan.

Peraturan mediasi perbankan dibuat dalam rangka menciptakan rasa keadilan bagi masyarakat, terutama nasabah. Rasa keadilan bagi nasabah menjadi fokus penting dalam peraturan mediasi dikarenakan industri perbankan sangat tergantung pada rasa kepercayaan masyarakat. Apabila rasa kepercayaan terhadap bank berkurang atau hilang, maka dunia perbankan akan mengalami goncangan yang pada akhirnya akan memberi pengaruh buruk pada ekonomi nasional.

Mediasi perbankan bertujuan untuk memecahkan kebuntuan dan kelemahan litigasi tersebut dengan berupaya memberikan cara yang lebih

memenuhi rasa keadilan terhadap pihak-pihak yang bersengketa. Lebih terpenuhinya rasa keadilan dalam sebuah proses mediasi, dapat diuraikan sebagai berikut (Susanti Adi Nugroho, 2009:213-214):

- a. Proses mediasi didasarkan pada prinsip acara yang sederhana sehingga waktu yang diperlukan relatif cepat. Kondisi ini adil bagi nasabah maupun bank.
- b. Dalam proses mediasi para pihak ditempatkan pada posisi yang setara dan memiliki kesempatan yang sama untuk berpartisipasi secara langsung.
- c. Mediator yang menengahi sengketa para pihak ditunjuk berdasarkan kesepakatan para pihak.
- d. Mediator yang ditunjuk adalah orang yang benar-benar memiliki pengetahuan dan keahlian dalam sengketa para pihak, serta tidak memiliki kepentingan apapun terhadap sengketa, sehingga netralitas dan objektivitas mediator lebih dipercaya, jika dibandingkan dengan hakim pengadilan atau arbitrase.
- e. Penyelesaian atas sengketa diputuskan sendiri oleh para pihak yang berseengketa, tidak ada intervensi pihak lain. Intervensi mediator hanya sebagai pengarah untuk mempertemukan kesepakatan pihak-pihak yang berseengketa. Oleh karena itu, kesepakatan penyelesaian sengketa selalu bercorak *win-win solution*.
- f. Pelaksanaan hasil kesepakatan mediasi oleh para pihak dilakukan secara sukarela tanpa ada paksaan, karena pelaksanaan tersebut lahir sebagai

kewajiban berdasarkan kesepakatan bersama. Dengan cara ini pihak yang melaksanakan kewajiban, melakukannya bukan karena adanya paksaan putusan, tetapi sebagai suatu kewajiban yang disadarinya.

Berdasarkan Pasal 3 Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/1/PBI/2008 Tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/5/PBI/2006 Tentang mediasi perbankan dinyatakan bahwa mediasi di bidang perbankan dilakukan oleh lembaga mediasi perbankan independen yang dibentuk oleh asosiasi perbankan, maka Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa perbankan diharapkan dapat membantu dan mempermudah nasabah dalam penyelesaian sengketa. Harapan adanya lembaga mediasi perbankan membantu mencari jalan keluar/alternatif penyelesaian sengketa secara sederhana, murah cepat dan efisien. Lembaga mediasi perbankan berperan dalam melindungi dan menjamin agar nasabah tidak mengalami kerugian akibat tindakan bank yang salah.

Independensi dan kredibilitas penyelenggaraan mediasi perbankan merupakan faktor yang paling utama dan harus ditegakkan. Proses beracara dalam mediasi perbankan harus ditetapkan dan dilaksanakan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Penyelesaian sengketa melalui mediasi perbankan diharapkan tidak merugikan nasabah dan pihak bank sendiri.

C. Tinjauan Umum Alternatif Penyelesaian Sengketa (*Alternative Dispute resolution*)

1. Fungsi dan Pengertian Alternatif Penyelesaian Sengketa (*Alternative Dispute Resolution*)

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 (Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa). Berdasarkan pengertian alternatif penyelesaian sengketa, maka memberikan kepastian hukum bagi berlakunya lembaga penyelesaian alternatif di luar pengadilan melalui prosedur informal dan efisien. Di lain pihak hal tersebut juga memberikan kemudahan bagi masyarakat untuk berperan serta dan mengembangkan mekanisme penyelesaian konfliknya sendiri dan mendapatkan pilihan untuk menyelesaikan sengketa yang mungkin timbul. (Suyud Margono, 2010:184)

Pengembangan alternatif penyelesaian sengketa diperlukan suatu pengintegrasian komponen alternatif penyelesaian sengketa ke dalam undang-undang mengenai arbitrase pada awalnya. Pemikiran tersebut dimaksudkan untuk menjadikan Alternatif penyelesaian sengketa sebagai bentuk alternatif penyelesaian di luar pengadilan yang dapat berkembang pesat dan sesuai dengan tujuannya, antara lain sebagai berikut (Suyud Margono, 2004:106):

- a. Terdapat peran serta masyarakat untuk menyelesaikan sengketanya sendiri (akses kepada keadilan)
- b. Menumbuhkan iklim persaingan yang sehat bagi lembaga peradilan, sehingga akan terjadi proses seleksi yang menggambarkan tingkat kepercayaan masyarakat.
- c. Cara meningkatkan daya saing dalam mengundang penanam modal (*investor*) ke Indonesia melalui adanya kepastian hukum, termasuk ketersediaannya sistem penyelesaian sengketa yang efisien.
- d. Lembaga alternatif penyelesaian sengketa diharapkan dapat mendorong lembaga-lembaga penyelesaian sengketa di masyarakat guna meningkatkan citra dan kepercayaan masyarakat.

Pembentukan alternatif penyelesaian sengketa tidak cukup dengan dukungan budaya musyawarah/mufakat dari masyarakat, tetapi perlu pengembangan dan pelembagaan yang meliputi pembentukan asosiasi profesi atau jasa profesional. Bentuk dan unsur –unsur pelembagaan dan pendayagunaan alternatif penyelesaian sengketa antara lain terletak pada hal-hal berikut:

- a. Perangkat perundang-undangan.
- b. Sistematisasi atau aturan main yang jelas dan prosedur pendayagunaan.
- c. Kebutuhan penyedia jasa profesional.
- d. Sumber daya manusia
- e. Pemasyarakatan.

Persoalan landasan hukum pelembagaan alternatif penyelesaian sengketa sebagai bentuk penyelesaian sengketa telah diupayakan pemecahannya melalui perangkat Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Berdasarkan pengertian alternatif penyelesaian sengketa, maka memberikan kepastian hukum bagi berlakunya lembaga penyelesaian alternatif di luar pengadilan melalui prosedur informal dan efisien. Di lain pihak hal tersebut juga memberikan kemudahan bagi masyarakat untuk berperan serta dan mengembangkan mekanisme penyelesaian konfliknya sendiri dan mendapatkan pilihan untuk menyelesaikan sengketa yang mungkin timbul. (Suyud Margono, 2010:184)

Pengertian alternatif penyelesaian sengketa telah diperkenalkan sebagai suatu institusi/lembaga yang dipilih para pihak yang mengikat, apabila timbul beda pendapat atau sengketa. Dengan demikian, alternatif penyelesaian sengketa berdasarkan undang-undang bertindak sebagai lembaga independen di luar arbitrase, dan arbitrase oleh undang-undang mempunyai ketentuan, cara dan syarat-syarat tersendiri untuk pemberlakuan formalitasnya, namun kedua-duanya terdapat kesamaan mengenai bentuk sengketa yang dapat diselesaikan, yaitu:

- a. Sengketa atau beda pendapat secara perdata di bidang perdagangan; dan
- b. Menurut peraturan perundang-undangan, sengketa atau beda pendapat tersebut diajukan dengan upaya damai.

Sebagaimana telah diutarakan sebelumnya bahwa penyelesaian sengketa model alternatif penyelesaian sengketa menempuh prosedur rahasia (*confidential*), maka konsepsi kerahasiaan diatur Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999. Dengan diaturnya konsepsi kerahasiaan ini, paling tidak memberikan jaminan bagi para pihak yang sama besar dan saling memberikan kontrol terhadap masing-masing.

Tersedianya mekanisme penyelesaian sengketa di sektor jasa keuangan melalui lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa yang menerapkan prinsip-prinsip aksesibilitas, independensi, keadilan, efisiensi dan efektifitas, maka rangkaian sistem perlindungan konsumen akan meningkatkan kepercayaan nasabah kepada lembaga jasa keuangan. Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa berdampak positif bagi perkembangan industri jasa keuangan dalam mewujudkan sistem keuangan yang tumbuh secara berkelanjutan dan adil.

2. Prinsip Dasar dan Pengertian Mediasi

Upaya untuk mendefinisikan mediasi bukanlah suatu hal yang mudah (*mediation is not easy to define*). Hal ini disebabkan karena mediasi tidak memberi satu model yang dapat diuraikan secara terperinci dan dibedakan dari proses pengambilan keputusan lainnya. 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.

Proposal tersebut diharapkan dapat digunakan sebagai acuan untuk menyelesaikan sengketa tersebut (Gatot Soemartono, 2006:119).

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 Tentang Mediasi (PERMA No. 1 Tahun 2016), pengertian mediasi disebutkan pada Pasal 1 angka (1), yaitu mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator. Dalam pasal tersebut disebutkan kata mediator yang berperan dalam mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa yang diterima para pihak. Pengertian mediator disebut dalam Pasal 1 angka (2) PERMA No. 1 Tahun 2016, yaitu hakim atau pihak lain yang memiliki sertifikat mediator sebagai pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian.

Menurut John W. Head, mediasi adalah suatu prosedur penengahan dimana seseorang bertindak sebagai “kendaraan” untuk berkomunikasi antara 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 (John W. head, 1997: 42). Dalam praktik, sebagai bagian dari proses mediasi, mediator berbicara secara rahasia dengan masing-masing pihak. Mediator perlu membangun kepercayaan para pihak yang bersengketa lebih dahulu.

Christopher W. Moore (1996: 15) berpendapat pengertian mediasi yang menarik yaitu:

“The intervention in a negotiation or a conflict of an acceptable third party who has limited or no authoritative decision –making power but who assists the involved parties in voluntarily reaching a mutually acceptable settlement of issues in dispute”.

Definisi tersebut menegaskan hubungan antara mediasi dan negosiasi, yaitu mediasi adalah suatu intervensi terhadap proses negosiasi yang dilakukan oleh pihak ketiga. Pihak ketiga memiliki kewenangan terbatas (*limited*) atau sama sekali tidak memiliki kewenangan untuk mengambil keputusan, yang membantu para pihak yang bersengketa mencapai penyelesaian sengketa yang diterima kedua belah pihak.

Menurut David spencer dan Michael Brogan (Syahrizal Abbas, 2009:28) prinsip dasar mediasi, yaitu sebagai berikut:

a. Prinsip Kerahasiaan atau *Confidentiality*

Kerahasiaan yang dimaksud di sini adalah bahwa segala sesuatu yang terjadi dalam pertemuan yang diselenggarakan oleh mediator dan pihak-pihak yang bersengketa tidak boleh disiarkan kepada publik atau pers oleh masing-masing pihak.

b. Prinsip Sukarela atau *Volunteer*

Maksudnya adalah kedua belah pihak yang bertikai datang ke mediasi atas keinginan dan kemauan mereka sendiri secara sukarela dan tidak ada paksaan dan tekanan dari pihak luar.

c. Prinsip Pemberdayaan atau *empowerment*

Penyelesaian sengketa harus muncul dari pemberdayaan terhadap masing-masing pihak, karena hal itu akan lebih memungkinkan para pihak untuk menerima solusinya

d. Prinsip Netralitas atau *Neutrality*

Di dalam mediasi tugas mediator sebatas hanya sebagai mediator saja dan isinya tetap menjadi milik para pihak yang bersengketa. Mediator hanyalah berwenang mengontrol proses berjalan atau tidaknya mediasi. Dalam mediasi, mediator tidak bertindak layaknya seorang hakim atau juri yang memutuskan salah atau benarnya salah satu pihak atau mendukung pendapat dari salah satunya atau memaksakan pendapat dan penyelesaiannya kepada kedua belah pihak.

e. Prinsip Solusi yang Unik atau *A Unique Solution*

Bahwasanya solusi yang dihasilkan dari proses mediasi tidak harus sesuai dengan standar legal, tetapi dapat dihasilkan dari proses kreativitas.

Berdasarkan beberapa pengertian mediasi yang telah dipaparkan maka, apabila diuraikan mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Mediasi adalah sebuah proses penyelesaian sengketa berdasarkan asas kesukarelaan melalui suatu perundingan.
- b. Mediator yang terlibat bertugas membantu para pihak yang bersengketa untuk mencari penyelesaian.
- c. Mediator yang terlibat harus diterima oleh para pihak yang bersengketa.

- d. Mediator tidak boleh memberi kewenangan untuk mengambil keputusan selama perundingan berlangsung.
- e. Tujuan mediasi adalah untuk mencapai atau mnghasilkan kesimpulan yang dapat diterima dari pihak-pihak yang bersengketa.

3. Pengetian dan Keuntungan Mediasi Online

Mediasi *Online* merupakan suatu prosedur penyelesaian sengketa dengan bantuan pihak ketiga yang netral dalam membantu para pihak yang bersengketa untuk mencapai kesepakatan dengan bantuan jaringan internet. Perbedaan mediasi *online* dengan mediasi tatap muka (*face to face*) dilakukan melalui media internet dengan menggunakan komunikasi elektronik. Mediasi *online* secara global menggambarkan dunia mediasi dalam susunan strategi, gaya, dan layanan yang diberikan, meskipun hanya satu provider *online* yang secara jelas menggambarkan standar yang diakui yang dirancang untuk mediasi *offline*. Institusi tersebut adalah *online resolution* dengan menggunakan standar yang ditetapkan praktek mediasi oleh *American Bar Association (ABA) Society of Proffesionals in Dispute Resolution (SPIDR)* di Amerika Serikat.

Pada dasarnya tidak terdapat perbedaan yang signifikan antara model mediasi *online* dan mediasi tatap muka secara langsung, hanya saja pada mediasi *online* membutuhkan media internet dalam melakukan komunikasi bagi para pihak yang bersengketa dengan bantuan mediator. Terdapat tiga jenis mediasi *online* (Paustinus Siburian, 2004: 92):

a. Mediasi yang bersifat fasilitatif.

Mediator berfungsi sebagai fasilitator dan tidak dapat memberikan opini atau merekomendasikan penyelesaian. Dalam hal ini, mediator hanya memberikan jalan agar para pihak menemukan sendiri penyelesaian bagi sengketa yang dihadapinya. Penyelesaian sengketa jenis ini dilakukan oleh *online resolution*.

b. Mediasi Evaluatif

Mediasi melalui mediator memberikan pandangan dari segi hukum, fakta-fakta dan bukti-bukti. Strategi mediasi ini adalah membuat suatu kesepakatan melalui mediator dengan memberikan solusi yang dapat diterima kedua belah pihak, dan mencoba membujuk para pihak untuk menerima pendapat mediator. Cara mediasi evaluatif ini dijalankan *WEB Mediate*. Pada *WEB Mediate*, mediator dapat bertindak secara hukum untuk memberikan solusi tetapi tidak berhak membuat penyelesaian.

c. Pendekatan yang menengahi situasi

Mediator mencoba mencampuri permasalahan sejauh disetujui para pihak. Mediator hanya masuk jika para pihak gagal melakukan negosiasi diantara mereka sendiri, mediator dapat mencampuri hanya sebatas mengajukan solusi, jika para pihak meminta kepada mediator. Tujuan awal dari prosedur ini adalah membantu memfasilitasi komunikasi antara para pihak dengan mediator dan antara para pihak sendiri. Komunikasi seperti ini dapat dijalankan dengan menggunakan teknologi yang tersedia

seperti *internet relay chats*, *e-mail*, dan *video conference*. Sarana komunikasi merupakan elemen dasar dalam mediasi *online*.

Berbagai cara berkomunikasi dilakukan selama proses penyelesaian. Cara komunikasi itu berbeda menurut sesi yang ditempuh, suasana batin para pihak dan keseimbangan dalam posisi para pihak. Sedapat mungkin, apa yang dilakukan dalam mediasi offline dilakukan dalam mediasi *online*. Penyedia jasa mediasi *online* harus mempunyai ruang diskusi dan fasilitas komunikasi privat serta menyediakan peralatan teknologi yang dapat mendukung komunikasi dengan cara-cara yang terbaik. Perbedaan antara mediasi *online* dan mediasi offline adalah bahwa dalam mediasi *online*, dunia nyata (*real space*) digantikan oleh dunia virtual atau dunia maya (*cyberspace*) (Susanti Adi Nugroho, 2009: 178-180).

Noam Ebner (2012:376) berpendapat keuntungan dari mediasi *online* bagi para pihak adalah:

- a. *E-mediation is convenient. Parties choose when to participate, at least when employing asynchronous communication; travel time and fuss is eliminated in any event* (mediasi *online* mudah dilakukan. Para pihak memilih kapan harus berpartisipasi, setidaknya saat menggunakan komunikasi asinkron; Waktu tempuh dan keributan berkurang dalam hal apapun).
- b. *Parties gain access to mediator expertise beyond that which might be available in any given geographical region* (para pihak mendapatkan

akses ke ahli mediator di luar yang mungkin tersedia di wilayah geografis tertentu).

- c. *The issue of cost remain unresolved. There are different models for pricing e-mediation services and these are often no different than face to face service. However, there certainly os enchanced cost effectiveness, given that parties save on travel cost and perhaps do not dedicate costly work time to a mediation process* (masalah biaya tetap belum terselesaikan. Ada beberapa model yang berbeda dengan biaya layanan mediasi *online* dan seringkali tidak terlalu berbeda dengan layanan tatap muka secara langsung. Bagaimanapun, tentu saja ada penghematan biaya yang efektif, mengingat para pihak akan menghemat biaya perjalanan dan mungkin menghabiskan waktu yang lebih besar daripada mediasi konvensional).

Mediasi *online* merupakan suatu model penyelesaian sengketa yang dapat memudahkan para pihak dalam menyelesaikan sengketanya. Mediasi *online* telah dikenal dan digunakan oleh beberapa negara-negara sebagai alternatif penyelesaian sengketa efisien serta memiliki tingkat keberhasilan yang tinggi.

4. Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa

Suatu kekeliruan apabila seseorang menganggap bahwa di dalam masyarakat modern, hanya pranata pengadilanlah merupakan satu-satunya cara untuk menyelesaikan sengketa. Masih terdapat cara-cara lain untuk menyelesaikan sengketa diluar Pengadilan, seperti Konsiliasi, Mediasi dan

Arbitrase. Pada tahun 1850, Abraham Lincoln menghimbau rakyat Amerika Serikat untuk memperkecil peran pengadilan dan sedapat mungkin menghindari litigasi dalam penyelesaian suatu sengketa (Achmad Ali, 2004:18).

Pada dasarnya mediasi memiliki karakteristik umum, yaitu (As"Adi, 2012:3):

- a. Dalam setiap mediasi terdapat ciri pokok sebagai berikut:
 - 1) Adanya proses atau metode,
 - 2) Terdapat para pihak yang berlawanan dan atau perwakilannya,
 - 3) Dengan dibantu pihak ke tiga, yaitu disebut mediator,
 - 4) Berusaha melalui diskusi dan perundingan, untuk mendapatkan keputusan yang dapat disetujui para pihak.
- b. Secara singkat mediasi dapat dianggap sebagai suatu proses pengambilan keputusan dengan bantuan pihak tertentu (*facilitated decision-making, atau facilitated negotiation*).
- c. Dapat juga digambarkan sebagai suatu sistem dimana mediator mengatur proses dan para pihak mengontrol hasil akhir.

Mediasi sering dinilai sebagai perluasan dari proses negosiasi. Hal itu disebabkan para pihak yang tidak mampu menyelesaikan sengketa mereka sendiri menggunakan jasa pihak ketiga yang bersikap netral untuk membantu mereka mencapai suatu kesepakatan. Berbeda dengan proses adjudikasi dimana para pihak menerapkan hukum terhadap fakta-fakta yang ada untuk mencapai suatu hasil, dalam mediasi pihak ketiga akan

membantu pihak-pihak yang bertikai dengan menerapkan nilai-nilai terhadap fakta- fakta untuk mencapai hasil akhir. Nilai-nilai itu dapat meliputi hukum, rasa keadilan, kepercayaan, agama, etika, moral, dan lain-lain (Priyatna Abdurrasyid, 2000:122).

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, mediasi merupakan kelanjutan negosiasi dan dilaksanakan jika proses negosiasi telah gagal. Pasal 6 ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 disebutkan bahwa “Penyelesaian sengketa diselesaikan dalam pertemuan langsung (negosiasi) oleh para pihak dalam jangka waktu paling lama 14 hari dan hasilnya dituangkan dalam suatu kesepakatan tertulis”. Ayat (3) secara jelas disebutkan bahwa “Dalam hal sengketa atau beda pendapat diselesaikan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak dapat diselesaikan, maka atas kesepakatan tertulis para pihak, sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan mediator”. Dari ketentuan tersebut maka antara mediasi dan negosiasi saling berkaitan satu sama lain. Mediasi merupakan suatu proses dimana 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 (Gatot Soemartono, 2006:122).

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 di antara mereka. Asumsinya adalah

bahwa pihak ketiga akan mampu mengubah kekuatan dan dinamika sosial hubungan konflik dengan cara mempengaruhi kepercayaan dan tingkah laku pribadi/individual para pihak, dengan memberikan pengetahuan atau informasi, atau dengan menggunakan proses negosiasi yang lebih efektif, dan dengan demikian membantu para peserta untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang dipersengketakan (Suyud Margono, 2004:60).

Dari beberapa rumusan pengertian mediasi di atas, dapat disimpulkan mediasi adalah cara penyelesaian sengketa di luar pengadilan melalui perundingan yang melibatkan pihak ketiga yang bersikap netral *non intevensi* dan tidak berpihak *impartial* kepada pihak-pihak yang bersengketa. Pihak ketiga tersebut disebut “mediator” atau “penengah”, yang tugasnya hanya membantu pihak- pihak yang bersengketa dalam menyelesaikan masalahnya dan tidak mempunyai kewenangan untuk mengambil keputusan. Dengan perkataan lain, mediator di sini hanya sebagai fasilitator saja. Dengan mediasi diharapkan dicapai titik temu penyelesaian masalah atau sengketa yang dihadapi para pihak, yang selanjutnya akan dituangkan sebagai kesepakatan bersama. Pengambilan keputusan tidak berada di tangan mediator, tetapi di tangan para pihak yang bersengketa.

5. Pengaturan Mediasi di Indonesia

Mediasi sebagai salah satu alternatif penyelesaian sengketa telah dikenal luas. Secara umum mediasi dapat diartikan sebagai upaya penyelesaian sengketa para pihak dengan kesepakatan bersama melalui

mediator yang bersikap netral dan tidak membuat keputusan atau kesimpulan bagi para pihak tetapi menunjang fasilitator untuk terlaksananya dialog antar pihak dengan suasana keterbukaan, kejujuran dan tukar pendapat untuk tercapainya mufakat. Dengan kata lain, proses negosiasi pemecahan masalah dimana pihak yang tidak memihak (*impartial*) dan netral bekerja dengan pihak yang bersengketa untuk membantu mereka memperoleh kesepakatan perjanjian dengan memuaskan.

Di Indonesia, definisi mediasi tidak dicantumkan dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, dan apakah arbitrase bagian dari *Alternative Dispute Resolution* (ADR), masih terdapat beraneka ragam pendapat menurut Priyatna Abdurasyid, Indonesia menganut azas di tengah-tengah yaitu arbitrase bagian dari ADR, dan bisa juga arbitrase bukan bagian dari ADR. Pendapat lain, misalnya Husyein Umar menyatakan bahwa Arbitrase adalah sebagai bagian dari ADR. Berbeda lagi dengan pendapat Mas Achmad Sentosa yang menyatakan bahwa negosiasi, mediasi sebagaimana tertuang dalam Pasal 6 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah *prior to arbitration*. Akhirnya atas banyaknya pengertian dan penafsiran tentang mediasi dan ADR ini, para praktisi menyatakan yang penting adalah pelaksanaannya dan bukan teori-teori ahli hukum yang beraneka macam tersebut (Susanti Adi Nugroho, 2009:25).

Saat ini telah dikenal proses penyelesaian sengketa secara *online*, namun Pemerintah Indonesia belum meratifikasi konsep mediasi secara *online*. Secara umum mediasi secara *online* sudah diatur dalam Pasal 5 ayat (3) PERMA No. 1 Tahun 2016 yang menyatakan bahwa “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”. Pasal 6 ayat (2) PERMA No. 1 Tahun 2016 menyatakan bahwa “Kehadiran para pihak melalui komunikasi *audio visual* jarak jauh sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (3) dianggap sebagai kehadiran langsung”. Berdasarkan pengaturan tersebut sudah mengatur proses mediasi secara *audio visual (online)* dan sudah dianggap sah, tetapi secara khusus belum diatur mengenai proses mediasi secara *online* dalam bidang perbankan.

D. Landasan Teori

landasan teori digunakan sebagai landasan berfikir yang bersumber dari suatu teori yang diperlukan untuk menyelesaikan masalah dalam suatu penelitian dan mengidentifikasi teori-teori hukum, konsep-konsep hukum, asas-asas hukum serta norma-norma hukum. Teori yang digunakan untuk menganalisis permasalahan-permasalahan dalam penelitian ini adalah teori musyawarah mufakat dan teori kemanfaatan.

1. Teori Musyawarah Mufakat

Musyawarah adalah bagian dari kearifan lokal masyarakat Indonesia (*local wisdom*) yang menjaga kerukunan anggota masyarakat. Musyawarah merupakan salah satu sendi dasar Negara yang tercantum dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 sebagai metode yang diprioritaskan untuk menyelesaikan sengketa (Naskah Akademik Mengenai *Court Dispute Resolution* Mahkamah Agung RI, 2003).

Musyawarah juga budaya yang berasal dari ajaran Islam sebagai agama mayoritas di Indonesia, seperti mayoritas Negara Asia pada umumnya merupakan Negara kolektif yang memprioritaskan kebersamaan dan harmoni di tengah masyarakat. Penelitian yang dilakukan oleh Hofstede menempatkan Indonesia pada urutan ke-48 dari 53 negara dalam perbandingan budaya individualis-kolektivitas yang menjelaskan Indonesia sebagai Negara yang sangat kolektif (Geert Hofstede dalam fatahillah, 2012:55).

2. Teori Kemanfaatan

Teori Kemanfaatan Yang dikemukakan oleh Jeremy Bentham mengatakan bahwa hukum ingin menjamin kebahagiaan bagi manusia dalam jumlah sebanyak-banyaknya (*the greatest good of the greatest number*). Tujuan utama hukum adalah memberikan manfaat untuk menghasilkan kesenangan atau kebahagiaan sebesar-besarnya bagi orang banyak (Sudikno Mertokusumo, 2010:103). Teori kemanfaatan ini

digunakan untuk mengkaji dan mengetahui mekanisme mediasi *online* yang dapat bermanfaat bagi masyarakat dalam menyelesaikan sengketa perbankan dan mengusulkan pembaharuan hukum (*ius constituendum*) terhadap penyelesaian sengketa mediasi secara *online*.

E. Batasan Konsep

Batasan Konsep yang digunakan dalam penelitian ini adalah:

1. Mediasi

Mediasi adalah proses penyelesaian sengketa yang melibatkan mediator untuk membantu para pihak yang bersengketa guna mencapai penyelesaian dalam bentuk kesepakatan sukarela terhadap sebagian ataupun seluruh permasalahan yang disengketakan (Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/5/PBI/2006 tentang Mediasi Perbankan).

2. Online

Online adalah keadaan komputer atau perangkat elektronik yang terkoneksi atau terhubung ke jaringan internet (Andika Wijaya, 2016:9).

3. Alternatif Penyelesaian Sengketa

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 (Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa).

4. Sengketa Perbankan

Sengketa adalah perselisihan antara konsumen dengan lembaga jasa keuangan dalam kegiatan penempatan dana oleh konsumen pada lembaga jasa keuangan dan/atau pemanfaatan pelayanan dan/atau produk lembaga jasa keuangan setelah melalui proses penyelesaian pengaduan oleh lembaga jasa keuangan (Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 1/POJK.07/2014 Tentang Lembaga Alternatif di Sektor Jasa Keuangan)

Perbankan adalah segala sesuatu yang menyangkut tentang bank, mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya (Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998).

Sengketa perbankan adalah perselisihan antara konsumen dengan lembaga jasa keuangan dalam kegiatan perbankan.