

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pertanahan

Sebutan "tanah" dalam bahasan ini dapat dipahami dengan berbagai arti, maka penggunaannya perlu diberi batasan agar diketahui dalam arti apa istilah tersebut digunakan. Dalam hukum tanah sebutan istilah "tanah" dipakai dalam arti yuridis, sebagai suatu pengertian yang telah diberi batasan resmi oleh Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA).

Berdasarkan Pasal 4 Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) dinyatakan bahwa; "Atas dasar hak menguasai dari Negara ..., ditentukan adanya macam-macam hak atas permukaan bumi yang disebut tanah yang dapat diberikan dan dipunyai oleh orang-orang.". Tanah dalam pengertian yuridis mencakup permukaan bumi sebagaimana diatur dalam Pasal 4 Ayat (1) Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA). Hak tanah mencakup hak atas sebagian tertentu yang berbatas di permukaan bumi.

Tanah diberikan kepada dan dipunyai oleh orang dengan hak-hak yang disediakan oleh Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) untuk digunakan atau dimanfaatkan. Diberikannya dan dipunyai tanah dengan hak-hak tersebut tidak akan bermakna jika penggunaannya terbatas hanya pada tanah sebagai permukaan bumi saja. Untuk keperluan apa pun tidak bisa tidak, pasti diperlukan juga penggunaan sebagai tubuh bumi yang ada di bawahnya dan air serta ruang angkasa yang di permukaan bumi. Oleh karena

itu, dalam Pasal 4 Ayat (2) Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) dinyatakan bahwa hak-hak atas tanah bukan hanya memberikan wewenang untuk menggunakan sebagian tertentu permukaan bumi yang bersangkutan yang disebut "tanah", tetapi juga tubuh bumi yang ada di bawahnya dan air serta ruang angkasa yang ada di atasnya, dengan demikian yang dipunyai dengan hak atas tanah adalah tanahnya, dalam arti sebagian tertentu dari permukaan bumi, tetapi wewenang menggunakan yang bersumber dengan hak tersebut diperluas hingga meliputi juga penggunaan sebagian tubuh bumi yang ada di bawah tanah, air serta ruang yang ada di atasnya (Boedi Harsono, 2002: 18).

Menurut Parlindungan (1990: 90) tanah hanya merupakan salah satu bagian dari bumi. Pembatasan pengertian tanah dengan permukaan bumi seperti itu juga diatur dalam penjelasan Pasal Undang-Undang Pokok Agraria (UUPA) sebagaimana tertuang dalam Pasal 1 bagian II angka I bahwa dimaksud dengan tanah ialah permukaan bumi (Boedi Harsono, 2002: 37).

Pengertian tanah dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 51 PRP Tahun 1960 tentang Larangan Pemakaian Tanah Tanpa Izin yang Berhak atas Kuasanya, dirumuskan (Boedi Harsono, 2002: 624) :

1. Tanah yang langsung dikuasai oleh negara;
2. Tanah yang tidak dikuasai oleh negara yang dipunyai dengan sesuatu hak oleh perorangan atau badan hukum.

Tanah dalam pengertian geologis agronomis, diartikan lapisan permukaan bumi yang paling atas yang dimanfaatkan untuk menanam

tumbuh-tumbuhan yang disebut tanah garapan, tanah pekarangan, tanah pertanian, tanah perkebunan, dan tanah bangunan yang digunakan untuk mendirikan bangunan (Sunindhia dan Widiyanti, 1988: 8).

Beberapa pengertian tersebut dapat dipahami bahwa yang dimaksud dengan pengertian tanah ialah bagian permukaan bumi termasuk tubuh bumi di bawahnya serta yang berada di bawah air yang langsung dikuasai oleh negara atau dipunyai dengan sesuatu hak oleh perorangan atau badan hukum.

Hukum pertanahan menurut Oxley Oxland dan Stein (dalam Herman Soesangobeng, 2012: 5) mengajarkan pertalian sinergi antara pelbagai cabang ilmu hukum yang menyangkut hubungan pertanahan. Hal itu didasarkan pada kenyataan bahwa setiap tindakan dan perbuatan hukum orang (*Corpus*) atas tanah selalu akan terkait dan melibatkan unsur-unsur hukum yang diatur dalam cabang-cabang ilmu hukum lainnya seperti tata negara, tata pemerintahan, pidana, dagang, pajak, perbankan, militer, bahkan hukum internasional.

Pertalian sinergi pelbagai cabang ilmu hukum itu, juga dikemukakan Van Vollenhoven ketika menciptakan istilah '*beschikkingsrecht*' untuk menjelaskan teori hukum pertanahan adat Indonesia. Van Vollenhoven menyebut teori hukum pertanahan '*beschikkingsrecht*' adalah "hukum tertinggi atas tanah untuk seluruh kepulauan Indonesia". Hak itu dikarenakan, teori hukum pertanahan adat Indonesia menjelaskan bagaimana keterkaitan sinerginya hubungan hukum perdata dengan kekuasaan masyarakat hukum

adat atas tanah, yang berbeda dengan hubungan sinerginya hukum perdata dan ketatanegaraan Belanda (Herman Soesangobeng, 2012: 5-6).

Secara umum, Herman Soesangobeng (2012: 7) merumuskan hukum pertanahan sebagai : "kumpulan peraturan yang mengatur hubungan sinergi dari pelbagai cabang hukum dan kedudukan hukum hak keperdataan orang atas tanah sebagai benda tetap, yang dikuasai untuk dimiliki maupun dimanfaatkan serta dinikmati hasilnya oleh manusia, baik secara pribadi maupun dalam bentuk persekutuan hidup bersama.

B. Alternatif Penyelesaian Sengketa

Alternatif penyelesaian sengketa adalah penyelesaian sengketa melalui jalur non pengadilan yang pada umumnya ditempuh melalui cara-cara perundingan yang dipimpin atau diprakarsai oleh pihak ketiga yang netral atau tidak memihak (Maria SW Sumardjono, 2008: 4).

Alternatif penyelesaian sengketa merupakan padanan dari istilah asing *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Ada beberapa padanan dalam bahasa Indonesia *Alternatif Dispute Resolution* telah diperkenalkan dalam berbagai forum oleh berbagai pihak. Beberapa diantaranya yang telah dapat diidentifikasi adalah: Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) (Joni Emirzon, 2001:25-26) dan Pilihan Penyelesaian Sengketa (PPS) (Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup).

Terdapat beberapa alasan yang melatarbelakangi munculnya minat dan perhatian terhadap ADR: Pertama, perlunya menyediakan mekanisme penyelesaian sengketa yang lebih fleksibel dan responsif bagi kebutuhan

para pihak yang bersengketa; kedua, untuk memperkuat keterlibatan masyarakat dalam proses penyelesaian sengketa; dan ketiga, memperluas akses mencapai atau mewujudkan keadilan sehingga setiap sengketa perkebunan yang memiliki ciri-ciri tersendiri yang terkadang tidak sesuai dengan bentuk penyelesaian yang satu, akan cocok dengan bentuk penyelesaian yang lain, sehingga para pihak dapat memilih mekanisme yang terbaik (Takdir Rahmadi dalam Sholih Mu'adi, 2008: lxxiii).

Penyelesaian sengketa melalui ADR masih dianggap relatif murah dan cepat, oleh karena itu saat ini penggunaan cara penyelesaian di luar pengadilan lebih disenangi dibandingkan penyelesaian melalui pengadilan. Menurut Joni Emirzon (2002: 495) ada beberapa kebaikan mekanisme ADR bila dibandingkan dengan penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan, yaitu :

1. Sifat kesukarelaan dalam proses.
2. Prosedur yang cepat.
3. Keputusan non-yudisial.
4. Kontrol oleh manejer yang paling tahu tentang kebutuhan organisasi.
5. Prosedur rahasia.
6. Fleksibilitas yang besar dalam merancang syarat-syarat penyelesaian masalah.
7. Hemat waktu dan biaya.
8. Perlindungan dan pemeliharaan hubungan kerja.
9. Tinggi kemungkinan untuk melaksanakan kesepakatan.

10. Tingkatan yang lebih tinggi untuk melaksanakan kontrol dan lebih mudah untuk memperkirakan hasil.
11. Kesepakatan-kesepakatan yang lebih baik dari pada sekedar kompromi atau hasil yang diperoleh dari cara penyelesaian kalah atau menang.
12. Keputusan bertahan sepanjang waktu.

Indonesia mengenal Alternatif Penyelesaian Sengketa dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Pasal 1 angka 10 mendefinisikan 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.

C. Mediasi

Mediasi adalah satu diantara sekian banyak Alternatif Penyelesaian Sengketa yang tumbuh pertama kali di Amerika Serikat. Mediasi dapat dilihat sebagai salah satu bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan (non litigasi) yang merupakan salah satu bentuk dari Alternatif Penyelesaian Sengketa akan tetapi dapat juga berwujud mediasi peradilan (*Court Mediation*). Mediasi ini lahir dilatarbelakangi oleh lambannya proses penyelesaian sengketa di pengadilan, oleh karena itu mediasi ini muncul sebagai jawaban atas ketidakpuasan yang berkembang pada sistem peradilan yang bermuara pada persoalan waktu, biaya dan kemampuannya dalam menangani kasus yang kompleks. Padahal di nusantara telah lama

dipraktekkan tentang penyelesaian sengketa melalui musyawarah. Istilah khusus dalam pengadilan disebut dengan mediasi.

Menurut Joni Emirzon, mediasi berasal dari kata *mediation* yang berarti penyelesaian sengketa dengan jalan menengahi (2001: 21-22). Lebih lanjut, Joni Emirzon (2001: 67-68) memberikan pengertian mediasi dari beberapa ahli hukum antara lain:

1. Menurut Moore

Mediasi adalah intervensi terhadap suatu sengketa atau negosiasi oleh para pihak ketiga yang dapat diterima, tidak berpihak dan netral yang tidak mempunyai kewenangan untuk mengambil keputusan dalam membantu para pihak berselisih dalam upaya mencapai kesepakatan secara sukarela dalam penyelesaian permasalahan yang disengketakan.

2. Menurut Folberg and Taylor

Mediasi adalah suatu proses dimana para pihak dengan bantuan seseorang atau beberapa orang secara sistematis menyelesaikan permasalahan yang disengketakan untuk mencari alternatif dan mencapai kesepakatan penyelesaian yang dapat mengakomodasikan tujuan mereka.

Menurut Garry Goodpaster (Felix O. Soebagjo ed., 2005: 11), “Mediasi merupakan salah satu bentuk *Alternative Dispute Resolution (ADR)* yang ditangani oleh pihak ke-3 yang bersifat netral, imparisial, tidak memiliki kewenangan untuk memutuskan sengketa.”

Dari definisi tersebut dapat ditentukan unsur-unsur mediasi sebagai berikut (Joni Emirzon, 2001: 69) :

1. Penyelesaian sengketa suka rela
2. Intervensi atau bantuan
3. Pihak ketiga tidak berpihak
4. Pengambilan keputusan oleh pihak-pihak secara consensus.
5. Partisipasi aktif

Dari pengertian yang diberikan jelas melibatkan keberadaan pihak ketiga (baik perorangan maupun dalam bentuk suatu lembaga independen) yang bersifat netral dan tidak memihak, yang akan berfungsi sebagai mediator (Gunawan Widjaja, 2001: 90).

D. Sengketa Pertanahan

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, sengketa adalah segala sesuatu yang menyebabkan perbedaan pendapat, pertikaian atau perbantahan. Sengketa merupakan kelanjutan dari konflik, sedangkan konflik itu sendiri adalah suatu perselisihan antara dua pihak, tetapi perselisihan itu hanya dipendam dan tidak diperlihatkan dan apabila perselisihan itu diberitahukan kepada pihak lain maka akan menjadi sengketa (Rachmadi Usman, 2003: 1).

Timbulnya sengketa hukum mengenai tanah berawal dari pengaduan suatu pihak (orang atau badan hukum) yang berisi keberatan-keberatan dan tuntutan hak atas tanah baik terhadap status tanah, prioritas maupun kepemilikannya dengan harapan dapat memperoleh penyelesaian secara

administrasi sesuai dengan ketentuan peraturan yang berlaku (Rusmadi Murad, 1991: 22).

Sifat permasalahan dari suatu sengketa secara umum ada beberapa macam, antara lain :

1. Masalah yang menyangkut prioritas dapat ditetapkan sebagai pemegang hak yang sah atas tanah yang berstatus hak, atau atas tanah yang belum ada haknya;
2. Bantahan terhadap sesuatu alas hak/bukti perolehan yang digunakan sebagai dasar pemberian hak;
3. Kekeliruan/kesalahan pemberian hak yang disebabkan penerapan peraturan yang kurang atau tidak benar;
4. Sengketa atau masalah lain yang mengandung aspek-aspek sosial praktis.

Alasan yang sebenarnya menjadi tujuan akhir dari sengketa bahwa ada pihak yang lebih berhak dari yang lain (prioritas) atas tanah yang disengketakan, oleh karena itu penyelesaian sengketa hukum terhadap sengketa tersebut tergantung dari sifat permasalahan yang diajukan dan prosesnya akan memerlukan beberapa tahap tertentu sebelum diperoleh suatu keputusan.

Fokus kajian dalam tesis ini dibatasi pada Sengketa Pertanahan menurut Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2011 Pasal 1 angka 2 yang mendefinisikan Sengketa Pertanahan sebagai perselisihan pertanahan antara orang perseorangan, badan hukum, atau lembaga yang tidak berdampak luas secara sosio-politis.

E. Konflik Pertanahan

Konflik menurut pengertian hukum adalah perbedaan pendapat, perselisihan paham, sengketa antara dua pihak tentang hak dan kewajiban pada saat dan keadaan yang sama. Secara umum konflik atau perselisihan paham, sengketa, diartikan dengan pendapat yang berlainan antara dua pihak mengenai masalah tertentu pada saat dan keadaan yang sama (Muchsan, 1992: 42).

Selanjutnya, kata "konflik" menurut Kamus Ilmiah Populer adalah pertentangan, pertikaian, persengketaan, dan perselisihan (A. Partanto dan Al Barry, 1994: 354). Menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia diartikan dengan pertentangan, percekocokan (Poerwadarminta, 1982: 518). Merujuk pada pengertian tersebut, dapat dipahami bahwa kata "konflik" mempunyai pengertian yang lebih luas, oleh karena istilah konflik tidak hanya digunakan dalam kasus pertanahan yang terkait dengan proses perkara pidana, juga terkait dalam proses perkara perdata dan proses perkara tata usaha negara.

Konflik pertanahan menurut A. Hamzah (1991: 47) diistilahkan dengan delik di bidang pertanahan, yang pada garis besarnya dapat dibagi atas dua bagian, yang meliputi:

1. Konflik pertanahan yang diatur dalam kodifikasi hukum pidana, yakni konflik (delik) pertanahan yang diatur dalam beberapa Pasal yang tersebar dalam kodifikasi hukum pidana (KUHP);

2. Konflik pertanahan yang diatur di luar kodifikasi hukum pidana, yakni konflik (delik) pertanahan yang khusus terkait dengan peraturan perundang-undangan pertanahan di luar kodifikasi hukum pidana.

Fokus kajian dalam tesis ini dibatasi pada Konflik Pertanahan menurut Peraturan Kepala Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2011 Pasal 1 angka 3 yang mendefinisikan Konflik Pertanahan adalah perselisihan pertanahan antara orang perseorangan, kelompok, golongan, organisasi, badan hukum, atau lembaga yang mempunyai kecenderungan atau sudah berdampak luas secara sosio-politis.

F. Kepastian Hukum

Pada dasarnya prinsip kepastian hukum menekankan pada penegakan hukum yang berdasarkan pembuktian secara formil, artinya suatu perbuatan baru dapat dikategorikan sebagai pelanggaran hanya jika melanggar aturan tertulis tertentu. Sebaliknya menurut prinsip keadilan, perbuatan yang tidak wajar, tercela, melanggar kepatutan dan sebagainya dapat dianggap sebagai pelanggaran demi tegaknya keadilan meskipun secara formal tidak ada undang-undang yang melarangnya (Mahfud M.D. dalam Fajar Laksono, 2007 : 91). Dilema antara penegakan hukum yang mengedepankan pada prinsip kepastian hukum atautkah rasa keadilan merupakan persoalan yang sudah ada sejak lama. Keduanya sama-sama ada di dalam konsepsi Negara hukum.

Maria S.W. Sumardjono menyatakan bahwa secara normatif, kepastian hukum itu memerlukan tersedianya perangkat peraturan perundang-undangan yang secara operasional maupun mendukung pelaksanaannya.

Secara empiris, keberadaan peraturan perundang-undangan itu perlu dilaksanakan secara konsisten dan konsekuen oleh sumber daya manusia pendukungnya (1997: 1). Kemudian menurut Van Apeldoorn (Achmad Ali, 1996: 134-135) kepastian hukum meliputi dua hal, yakni:

1. Kepastian hukum adalah hal yang dapat ditentukan (*bepaalbaarheid*) dari hukum, dalam hal-hal yang kongkrit. Pihak-pihak pencari keadilan (*yustisiabelen*) ingin mengetahui apakah hukum dalam suatu keadaan atau hal tertentu, sebelum ia memulai dengan perkara;
2. Kepastian hukum berarti pula keamanan hukum, artinya melindungi para pihak terhadap kewenang-wenangan hakim. Roscoe Pound juga menambahkan bahwa yang disebut dengan kepastian hukum adalah *predictability* yang artinya terukur dan dapat diperhitungkan.

Di Negara Hukum, peran asas kepastian hukum (*principle of legal security*) mendapat prioritas utama. Konstitusi Negara Republik Indonesia, Undang-Undang Dasar 1945, Amandemen kedua, Pasal 28D ayat (1) menegaskan bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria adalah sebuah undang-undang yang memuat dasar-dasar pokok dibidang Agraria yang merupakan landasan bagi usaha pembaharuan hukum Agraria guna dapat diharapkan memberikan adanya jaminan kepastian hukum bagi masyarakat dalam memanfaatkan fungsi bumi,

air dan ruang angkasa serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya untuk kesejahteraan bersama secara adil. Jaminan kepastian hukum ini tercantum dalam ketentuan Pasal 19 ayat (1) Undang-Undang Pokok Agraria, yang berbunyi sebagai berikut : “ Untuk menjamin kepastian hukum hak atas tanah oleh Pemerintah diadakan pendaftaran tanah diseluruh wilayah Republik Indonesia menurut ketentuan yang diatur dengan Peraturan Pemerintah”.

Kepastian Hukum hak-hak atas tanah sebagaimana yang dicita-citakan oleh Undang-Undang Pokok Agraria mencakup tiga hal, yaitu kepastian hukum mengenai obyek hak atas tanah, kepastian hukum mengenai subyek hak atas tanah, dan kepastian hukum mengenai status hak atas tanah (H. Muchsin, Imam Koeswahyono, Soimin, 2007: xi).

Tanah dalam prespektif hubungannya dengan orang (termasuk badan hukum) memerlukan jaminan kepastian hukum akan haknya. Pengertian kepastian hukum tidak lain adalah kepastian akan perlindungan hukum terhadap hak atas tanah yang bersangkutan, yaitu perlindungan terhadap hubungan hukumnya serta perlindungan terhadap pelaksanaan kewenangan haknya (Rusmadi Murad, 2007: 75). Dalam hubungannya dengan tanahnya, kepastian hukum berkaitan dengan kepastian mengenai letak dan batas-batas tanah yang telah dilekati hak dimaksud. Hal ini berarti bahwa setiap hak tanah dituntut kepastian hukum mengenai subyek, obyek, serta pelaksanaan kewenangan haknya.

G. Landasan Teori

Untuk menganalisis bahan hukum yang dikumpulkan guna menjawab pertanyaan-pertanyaan dalam penelitian yang berjudul Penerapan Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Konflik Pertanahan Melalui Mediasi Untuk Mewujudkan Kepastian Hukum di Badan Pertanahan Nasional Republik Indonesia maka penelitian ini menggunakan 2 (dua) teori, yaitu:

1. Teori Sistem Hukum

Untuk menganalisis penerapan alternatif penyelesaian sengketa melalui mediasi dalam sengketa dan konflik pertanahan di Badan Pertanahan Nasional RI, akan digunakan teori yang dikemukakan oleh Lawrence M. Friedman (1984: 7) mengenai sistem hukum. Sistem hukum terdiri dari tiga elemen, yaitu elemen struktur (*structure*), substansi (*substance*) dan budaya hukum (*legal culture*). Tiga unsur dari sistem hukum ini diteorikan Lawrence M. Friedman sebagai *Three Elements of Legal System* (tiga elemen dari sistem hukum).

Menurut Lawrence M. Friedman dalam Achmad Ali (2009: 204) yang dimaksud dengan unsur-unsur sistem hukum tersebut adalah:

- a. Struktur hukum, yaitu keseluruhan institusi-institusi hukum yang ada beserta aparatnya, mencakupi antara lain kepolisian dengan para polisinya, kejaksaan dengan jaksanya, pengadilan dengan hakimnya, dan lain-lain.

- b. Substansi hukum yaitu keseluruhan aturan hukum, norma hukum dan asas hukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan.
- c. Kultur hukum, yaitu opini-opini, kepercayaan-kepercayaan (keyakinan-keyakinan), kebiasaan-kebiasaan, cara berpikir, dan cara bertindak, baik dari para penegak hukum maupun dari warga masyarakat, tentang hukum dan berbagai fenomena yang berkaitan dengan hukum.

Cara lain dalam menggambarkan 3 (tiga) unsur hukum itu oleh Friedman, adalah struktur hukum diibaratkan seperti mesin, substansi hukum diibaratkan sebagai apa yang dikerjakan dan apa yang dihasilkan mesin tersebut, sedangkan kultur atau budaya hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu serta memutuskan bagaimana mesin tersebut digunakan (Ari Juliano Gema, 2009).

Dari uraian yang dikemukakan Friedman tersebut di atas tampak bahwa unsur *structure* dari suatu sistem hukum mencakup berbagai institusi yang diciptakan oleh sistem hukum tersebut dengan berbagai fungsinya dalam rangka bekerjanya sistem hukum tersebut. Salah satu diantaranya lembaga tersebut adalah Badan Pertanahan Nasional RI. Komponen *substance* mencakup segala apa saja yang merupakan hasil dari *structure*, di dalamnya termasuk norma-norma hukum baik yang berupa peraturan-peraturan, keputusan-keputusan, maupun doktrin-

doktrin. Misalnya, ketentuan tentang kewajiban sertifikasi bagi mediator, ketentuan tentang jangka waktu lamanya proses mediasi dan tentunya ketentuan tentang prosedur mediasi di Badan Pertanahan Nasional RI. Sedangkan kultur hukum merupakan pandangan-pandangan dari para mediator yang ada di Badan Pertanahan Nasional RI, dan budaya hukum mengenai mediasi yang telah berkembang di masyarakat.

2. Teori *equitable and legal remedies*

Teori hukum ini dikemukakan oleh Lucy V. Kazt (1984: 588), yaitu keberhasilan proses penyelesaian sengketa alternatif melalui mediasi dikarenakan adanya "*equitable and legal remedies*" yang memberikan adanya kesederajatan yang sama dan penggantian kerugian secara hukum yang harus dihormati oleh para pihak. Para pihak mempunyai keyakinan bahwa penyelesaian sengketa melalui mediasi akan mendapat *remedy for damages* bagi mereka dengan *win-win solution* bukan *win-lose solution*. Di sini, para pihak "sama-sama menang" tidak saja dalam arti ekonomi atau keuangan, melainkan termasuk juga kemenangan moril dan reputasi (nama baik dan kepercayaan).

Selanjutnya, mediasi memiliki prinsip bahwa putusan tidak mengutamakan pertimbangan dan alasan hukum, melainkan atas dasar kesejajaran kepatutan dan rasa keadilan. Selain dapat mempersingkat waktu penyelesaian, mediasi juga diharapkan mengurangi beban psikologis yang akan mempengaruhi berbagai sikap dan kegiatan pihak yang berperkara. Proses mediasi juga menimbulkan efek sosial, yaitu

semakin mempererat hubungan sosial atau hubungan persaudaraan. Melalui mediasi, dapat dihindari cara-cara berperkara melalui pengadilan yang mungkin menimbulkan keretakan hubungan antara pihak-pihak yang bersengketa. Sedangkan, penyelesaian sengketa melalui proses mediasi dapat berjalan lebih informal, terkontrol oleh para pihak serta lebih mengutamakan kepentingan kedua belah pihak yang bersengketa untuk mempertahankan kelanjutan hubungan yang telah dibina.

Di dalam perspektif *equitable* (Jacqueline M. Nolan Haley, 1996: 84) apabila terjadi perdamaian tidak semata-mata atas dasar keputusan hukum atau ekonomi, tetapi atas dasar pertimbangan kejujuran, hubungan antar pribadi, dan banyak keinginan yang sulit dimengerti seperti; kebutuhan akan permintaan maaf, dan pengakuan akan adanya harga diri. Hal ini, mengakui bahwa kesederajatan dalam mediasi di pengadilan dapat mengungkapkan sifat manusia yang sering kali sembunyi dibalik topeng hukum (*masks of the law*).

Equitable and legal remedies meliputi *specific performance*, *damage remedies*, dan *liquidated damages* (Lucy V. Kazt, 1988: 590). Sebagian besar yang paling sesuai dalam upaya-upaya hukum untuk penyelesaian (*remedy*) terhadap pelanggaran ketentuan penyelesaian sengketa alternatif berdasarkan keputusan *specific performance*. *Equity* akan memberikan *specific performance* suatu kontrak ketika upaya-upaya hukum untuk penyelesaian tidak cukup. Di dalam proses mediasi, *specific performance* (pelaksanaan apa yang dijanjikan dalam kontrak) akan

memerlukan pemeliharaan hubungan baik antara para pihak, hal ini berada dalam pemecahan masalah yang akan dirundingkan oleh kedua belah pihak yang bersengketa. Kedua belah pihak itu akan saling berinteraksi dalam suatu proses yang dirancang untuk mengurangi permusuhan dengan meningkatkan komunikasi, memperbaiki hubungan dan membantu para pihak mencapai kesepakatan (Joel Lee, 1999: 243).

Damage remedies, kesepakatan yang telah dicapai oleh para pihak harus dituangkan di dalam suatu perjanjian dan mengatur mekanisme sanksi/ganti rugi bagi para pihak yang melanggar kesepakatan perdamaian. Bagi pihak yang tidak melanggar mungkin mampu mendapatkan kembali pentingnya ganti rugi (*damages*). Hak untuk mendapatkan ganti rugi karena itikad buruk (*bad faith*) dalam penyelesaian sengketa alternatif dapat diterima. Suatu perbuatan berdasarkan itikad buruk atau berbohong dalam perjanjian merupakan kesalahan, karena bersumber dari “*that covenant of good faith and fair dealing requires that neither party do anything which will deprive the other of the benefit of the agreement.*” Upaya hukum untuk penyelesaian ganti rugi terhadap itikad buruk dari kesepakatan ada ketika setiap pihak menyangkal kewajiban atau menolak untuk melaksanakan tanpa alasan.

Selanjutnya, dalam *liquidated damages* dapat dilaksanakan dengan syarat-syarat tertentu yang meliputi ganti rugi yang sulit diperkirakan dan kerugian yang dapat diantisipasi, dimana harus ada beberapa indikasi pada waktu kesepakatan itu dirundingkan dapat diterima dan

menguntungkan kedua belah pihak. Namun, bagaimanapun proses pengakuan ganti rugi itu sendiri terjadi tidak berubah dari prinsipnya yaitu melalui sebuah proses penyelesaian yang adil dan jujur. Berbeda dengan proses pengadilan yang menciptakan ada pihak yang menang dan ada pihak yang kalah (*win-lose*), dan bahkan sering juga pihak yang menang di pengadilan merasa seperti pihak yang kalah karena ada pembatasan terhadap ganti kerugian, dan ada penundaan terhadap biaya kerugian (Danny Ciraco dalam Yayah Yarotul Salamah, 2009: xxviii).

Penyelesaian sengketa melalui mediasi juga dapat mengurangi permusuhan dan mengizinkan para pihak mengontrol hasil penyelesaian sengketanya dengan satu penekanan kenetralan, tanggung jawab individu, dan kewajaran timbal balik yang ada dalam mediasi. Penyelesaian sengketa dengan mediasi juga mengizinkan para pihak menemukan suatu penyelesaian yang sesuai dengan keinginan mereka, bahkan terhadap persetujuan yang mereka sepakati bersama (Bridget Genteman Hoy dalam Yayah Yarotul Salamah, 2009: xxix). Selain itu, mediasi juga memiliki kapasitas untuk mengakui adanya secara psikologis akan adanya kebutuhan-kebutuhan rohani dari para pihak, termasuk kebutuhan untuk berdamai, memaafkan, dan untuk dimaafkan.