

# Rekonstruksi Pengaturan *Confidential Principle* Bagi Komunikasi Pada Mediasi Sengketa Perdata di Indonesia: Studi Perbandingan Dengan Praktik di Amerika Serikat

I Gusti Ngurah Parikesit Widiatedja\*

## Abstrak

Peran mediasi sebagai penyelesaian sengketa alternatif untuk sengketa perdata yang semakin populer digunakan pada praktiknya belum berjalan maksimal. Salah satu penyebabnya adalah kekaburuan pengaturan prinsip kerahasiaan (*confidential principle*) bagi komunikasi yang terjadi pada proses mediasi. Aturan hukum di Indonesia hanya menjelaskan bahwa mediasi dilangsungkan berdasarkan pada asas tertutup dan mediator berkewajiban menjaga kerahasiaan, baik dalam bentuk perkataan maupun catatan, yang terungkap pada mediasi. Sebagai perbandingan, aturan hukum di Amerika Serikat sudah diatur bahwa segala bentuk komunikasi yang terjadi dan berhubungan dengan pelaksanaan mediasi tunduk pada *confidential principle*, sehingga proses komunikasi mendapatkan hak istimewa (*privilege*) dengan tidak dapat dijadikan barang bukti dan seluruh pihak yang terlibat dalam mediasi tidak dapat dijadikan saksi pada persidangan berikutnya. Dengan demikian, dibutukan rekonstruksi pengaturan terkait ruang lingkup komunikasi pada proses mediasi yang terkualifikasi sebagai *confidential principle*; pengaturan terkait pelepasan hak istimewa komunikasi dari *confidential principle*; dan pengaturan terkait pengecualian terhadap komunikasi yang terkualifikasi sebagai *confidential principle*.

**Kata Kunci:** *confidential principle*, komunikasi, mediasi, penyelesaian sengketa alternatif, sengketa perdata.

## *The Reconstruction of Confidential Principle for Communication in Civil Dispute Settlement through Mediation: Comparative Study with United States of America*

## Abstract

*Although being popular, the role of mediation in resolving civil disputes is yet to be maximized. One of the reasons is the the vague regulation concerning the confidential principle for communication in mediation. The existing regulation in Indonesia only explains that mediation is undertaken based on closed principle and the mediator is obliged to maintain confidentiality the confidentiality of any communication, either in oral or written forms, revealed during mediation. Whereas in comparison, the regulation in the United States of America stipulates that all forms of communications occurred during mediation or is made for purposes of conducting or participating in mediation are subjects to the confidential principle. Hence, those communications have privilege and thus cannot be used as evidence and all involved parties cannot act as witnesses at the subsequent court proceeding. Therefore, the reconstruction of the existing regulations should clearly classify*

*communications that are confidential in mediation. Consequently, it should regulate the way the parties may waive the confidential principle. Furthermore, the exceptions of confidential principle for communication in mediation should also be clearly defined.*

**Keywords:** confidential principle, communication, mediation, alternative dispute settlement, civil dispute.

## A. Pendahuluan

Mediasi telah mendapatkan tempat tersendiri sebagai bagian dari alternatif penyelesaian sengketa permasalahan perdata di Indonesia baik ditinjau dari perspektif sosiologis, filosofis, maupun yuridis. Secara sosiologis, mediasi merupakan jawaban atas ketidakpuasan masyarakat Indonesia atas proses penyelesaian sengketa melalui proses pengadilan yang sangat panjang dan membutuhkan biaya besar.<sup>1</sup> Realitas ini tentu melihat sejumlah aturan formal prosedural yang harus dijalankan. Tidak hanya itu, proses upaya hukum yang berjenjang dan putusan yang terkadang tidak dapat tereksekusi dengan tepat manambah derita masyarakat pencari keadilan.<sup>2</sup>

Secara filosofis, proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan menghasilkan suatu putusan yang bersifat *win-lose solution*. Pendekotomian pihak menang-kalah, salah-benar, dan puas-tidak puas dapat menimbulkan permasalahan baru bagi para pihak. Sementara itu, mediasi bertujuan menghasilkan kesepakatan *win-win solution* yang dapat diterima para pihak dengan bantuan mediator sebagai pihak ketiga yang tidak hanya netral<sup>3</sup> namun juga tidak memiliki kewenangan dalam mengambil putusan terhadap sengketa yang terjadi.<sup>4</sup> Mediasi merupakan proses yang *forward looking* dan bukan *backward looking*. Lovenheim menyebutkan: "*The goal is not truth finding or law imposing, but problem solving.*"<sup>5</sup>

Secara yuridis, eksistensi mediasi telah diakui dalam sejumlah peraturan nasional. Pada Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU AAPS) disebutkan bahwa mediasi adalah proses kelanjutan dari gagalnya negosiasi yang dilakukan oleh para pihak.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Rahmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2003, hlm. 4.

<sup>2</sup> Anggreany Arief, "Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Perdata", *Al-Risalah*, Vol. 12, No. 2, November 2012, hlm. 305.

<sup>3</sup> Rachmadi Usman, *Op.cit.*, hlm. 2-3.

<sup>4</sup> Muslih M.Z., *Mediasi: Suatu Pengantar Teori dan Praktek*, Semarang: Walisongo Mediation Centre, 2007, hlm. 45.

<sup>5</sup> Peter Lovenheim, *How to Mediate Your Dispute*, Berkeley: Nolo-Press, 1996, hlm. 46.

<sup>6</sup> Pasal 6 Ayat 3 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU AAPS).

Sementara itu, dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan (Perma Prosedur Mediasi), seluruh sengketa perdata yang berada di pengadilan pertama wajib menggunakan mediasi terlebih dahulu. Apabila para pihak tidak menempuh proses mediasi, hal tersebut mengakibatkan putusan batal demi hukum.<sup>7</sup> Di samping itu, disebutkan pula bahwa selain dipergunakan dalam lingkungan peradilan umum, Perma ini dapat juga diterapkan untuk lingkungan badan peradilan lainnya.<sup>8</sup> Terintegrasinya mediasi dalam proses acara pengadilan adalah untuk memfasilitasi dan membantu para pihak bersengketa demi terwujudnya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan melalui perundingan menuju perdamaian yang disepakati oleh kedua belah pihak.<sup>9</sup>

Kendatipun menunjukkan eksistensi yang semakin kuat di masyarakat, efektivitas mediasi dalam menyelesaikan perkara perdata belum berjalan maksimal. Data Mahkamah Agung (MA) mengungkapkan bahwa dari banyaknya perkara yang mencoba mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa, hanya 4 (empat) persen yang berujung pada perjanjian perdamaian.<sup>10</sup> Indikasi lainnya dapat dilihat dalam kasus perceraian yang terjadi di Pengadilan Agama (PA) Karangayor Jawa Tengah. Pada tahun 2011, jumlah perkara yang dimediasi adalah 429 perkara, namun hanya 3 (tiga) perkara yang berakhir melalui perjanjian perdamaian.<sup>11</sup>

Jika ditelusuri lebih jauh, salah satu titik pangkal tidak efektifnya proses mediasi adalah ketidakjelasan ataupun kekaburuan pengaturan mengenai prinsip kerahasiaan (*confidential principle*) bagi komunikasi yang terjadi selama proses mediasi berlangsung. Perma Prosedur Mediasi hanya menjelaskan bahwa mediasi dilangsungkan berdasarkan pada asas tertutup kecuali para pihak menyatakan lain.<sup>12</sup> Pada Pedoman Perilaku Mediator yang dikeluarkan MA, mediator berkewajiban menjaga kerahasiaan, baik dalam bentuk perkataan maupun catatan, yang terungkap dalam proses mediasi.<sup>13</sup> Dengan kata lain, terdapat potensi kekosongan dan kekaburuan norma yang mengatur ruang lingkup komunikasi yang

<sup>7</sup> Pasal 2 Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan (Perma Prosedur Mediasi).

<sup>8</sup> Pasal 16 Perma Prosedur Mediasi.

<sup>9</sup> I Made Sukadana, *Mediasi Peradilan: Mediasi dalam Sistem Peradilan Perdata Indonesia Dalam Rangka Mewujudkan Proses Peradilan yang Sederhana, Cepat dan Biaya Ringan*, Jakarta: Prestasi Pustaka, 2012, hlm. 112.

<sup>10</sup> Hukum Online, "Kesuksesan Mediasi di Indonesia Masih Rendah", <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt52394a64d6cd3/kesuksesan-mediasi-di-indonesia-masih-rendah>, diakses 24 Januari 2015.

<sup>11</sup> Artha Suhangga, dkk., "Faktor-faktor Penghambat Keberhasilan Mediasi Perceraian", <http://jurnal.hukum.uns.ac.id/index.php/parental/article/viewFile/427/400> diunduh 19 Januari 2015.

<sup>12</sup> Pasal 6 Perma Prosedur Mediasi.

<sup>13</sup> Pasal 4 Pedoman Perilaku Mediator Mahkamah Agung Republik Indonesia yang ditetapkan pada 11 Februari 2011 (Pedoman Perilaku Mediator).

terkualifikasi sebagai *confidential*. Timbul pula suatu pertanyaan tentang pemberlakuan *confidential principle* apabila suatu komunikasi yang telah dan sedang dilakukan merupakan komunikasi yang tidak berkaitan dengan sengketa perdata yang sedang dimediasi. Terlebih lagi mengenai sejauh mana *confidential principle* ini diberlakukan kepada mediator, penggugat, tergugat, dan kuasa hukumnya.

Mediasi telah menjadi alternatif penyelesaian sengketa perdata yang efektif di Amerika Serikat.<sup>14</sup> Sebagai contoh, dari tahun 2005 hingga 2008 terdapat 523 proses mediasi yang berujung pada perjanjian perdamaian dari total 763 sengketa perdata yang ditangani di Negara Bagian Georgia.<sup>15</sup> Salah satu faktor keberhasilan pelaksanaan mediasi adalah pengaturan *confidential principle* yang tegas dan terperinci bagi setiap komunikasi yang terjadi selama proses mediasi.<sup>16</sup>

*The Uniform Mediation Act* (UMA) yang menjadi dasar hukum pelaksanaan mediasi di Amerika Serikat pada prinsipnya mengatur bahwa segala bentuk komunikasi yang terjadi dan berhubungan dengan pelaksanaan mediasi akan tunduk pada *confidential principle*.<sup>17</sup> Dengan demikian, proses komunikasi mendapatkan hak istimewa (*privilege*) dengan tidak dapat menjadi barang bukti dan seluruh pihak yang terlibat dalam pelaksanaan mediasi tidak dapat dijadikan saksi pada persidangan berikutnya serta tidak dapat dikenakan tindakan hukum atas komunikasi yang mereka lakukan selama proses mediasi terjadi.<sup>18</sup>

Berdasarkan pemaparan di atas, artikel ini akan mengidentifikasi dan menganalisis sejumlah peraturan nasional yang mengatur tentang *confidential principle* khususnya dalam hal komunikasi yang terjadi pada proses mediasi sengketa perdata. Selanjutnya, penelitian ini berupaya merekonstruksi pengaturan *confidential principle* bagi komunikasi yang terjadi pada proses mediasi sengketa perdata di Indonesia setelah melakukan perbandingan dengan praktik yang terdapat di Amerika Serikat.

## B. Mediasi dan Keutamaan *Confidential Principle*

Terdapat beberapa pendapat yang berupaya menjelaskan proses yang sesungguhnya bersifat informal dalam mendefinisikan proses mediasi. Mediasi

<sup>14</sup> Alan Kirtley, "The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest," *Journal of Dispute Resolution* No. 1994, 1995, hlm. 1.

<sup>15</sup> Naman L. J. Wood, "Can Judges Increase Mediation Settlement Rates? of "Coase" They Can," *Ohio State Journal on Dispute Resolution* Vol. 26, No.2, 2011, hlm. 688.

<sup>16</sup> Lawrence R. Freedman dan Michael L. Prigoff, "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection," *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol.2, No.2, 1986, hlm. 38.

<sup>17</sup> *Uniform Mediation Act*, § 7.07.010(1).

<sup>18</sup> *Uniform Mediation Act*, § 7.07.030(1).

dapat diartikan sebagai suatu proses negosiasi dalam memecahkan masalah dengan melibatkan kehadiran pihak ketiga yang tidak memihak dan netral.<sup>19</sup> Pihak ketiga ini kemudian disebut sebagai 'mediator'. Mediator bukanlah pihak yang mengambil keputusan (*decision maker*), melainkan hanya membantu para pihak dalam menemukan solusi demi tercapainya perdamaian diantara para pihak yang bersengketa. Karena itu, keberhasilan proses mediasi sangat ditentukan oleh integritas, pengalaman, dan kompetensi mediator itu sendiri.

Secara etimologi, istilah mediasi berasal dari bahasa Latin, *mediare* atau berada di tengah. Istilah ini tentu muncul melihat peran mediator yang harus menengahi para pihak dalam upaya menyelesaikan sengketa. Selain itu, 'berada di tengah' juga memiliki makna bahwa mediator haruslah netral dan tidak memihak dalam menyelesaikan sengketa. Mediator harus menjalankan prinsip persamaan, non-diskriminasi, dan keadilan dalam menjaga kepentingan para pihak sehingga mampu menumbuhkan kepercayaan (*trust*) dari para pihak yang bersengketa.<sup>20</sup>

John W. Head mengartikan mediasi sebagai prosedur menengahi di mana seseorang berperan layaknya 'kendaraan' untuk berkomunikasi antar para pihak, sehingga perbedaan pendapat dapat dinetralisir sehingga terjadi perdamaian. Kendatipun demikian, tanggung jawab utama teraihnya perdamaian tetap berada di tangan para pihak sendiri.<sup>21</sup> Pada sejumlah praktik mediasi, mediator bahkan dapat berbicara secara rahasia dengan masing-masing pihak untuk menggali lebih dalam informasi-informasi yang dapat meningkatkan peluang terjadinya perdamaian.<sup>22</sup> Selain itu, dalam Perma Prosedur Mediasi pun disebutkan bahwa mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator.

Terkait prinsip-prinsip dasar dalam proses mediasi yang harus dipahami secara utuh oleh mediator,<sup>23</sup> Ruth Carlton menyebutkan 5 (lima) prinsip dasar mediasi yang dikenal dengan lima dasar filsafat mediasi. Kelima prinsip tersebut meliputi: prinsip kerahasiaan (*confidentiality*); prinsip sukarela (*volunteer*); prinsip pemberdayaan (*empowerment*); prinsip netralitas (*neutrality*); dan prinsip solusi yang unik (*a unique solution*).<sup>24</sup> Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa *confidential principle* merupakan prinsip pertama yang harus dijalankan dalam proses mediasi. Prinsip ini dapat diartikan bahwa proses mediasi adalah proses

<sup>19</sup> Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009, hlm. 2.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> John W. Head, *Pengantar Umum Hukum Ekonomi*, Jakarta: ELIPS, 1997, hlm. 42.

<sup>22</sup> Gatot Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2006, hlm. 120.

<sup>23</sup> John Michael Hoynes, Cretchen L. Haynes, dan Larry Sun Fang, *Mediation: Positive Conflict Management*, New York: SUNY Press, 2004, hlm. 16. dalam Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah...*, *Op.cit.*, hlm. 28.

<sup>24</sup> *Ibid.*

yang bersifat tertutup bagi umum kecuali para pihak menginginkannya berbeda. Dengan demikian, hanya para pihak atau kuasa hukumnya dan mediator saja yang boleh menghadiri sesi-sesi mediasi, sedangkan pihak lain tidak boleh menghadiri sesi mediasi kecuali atas izin para pihak.

Merujuk pada teori perlindungan hukum Philipus Hadjon,<sup>25</sup> adanya pengaturan *confidential principle* bagi komunikasi yang terjadi pada mediasi bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum yang lebih jelas dan tegas bagi para pihak yang terlibat dalam proses mediasi. Secara preventif, pengaturan ini bertujuan untuk mengantisipasi dan mencegah timbulnya sengketa-sengketa baru diantara para pihak yang sedang mengusahakan perdamaian dalam proses mediasi. Sementara itu, dengan ketegasan dan kejelasan definisi, ruang lingkup, dan hubungan di antara para pihak yang terlibat dalam mediasi secara represif akan memudahkan proses penyelesaian sengketa terlebih apabila proses mediasi gagal menyelesaikan sengketa perdata di antara para pihak.

### C. Perbandingan Pengaturan *Confidential Principle* bagi Komunikasi dalam Mediasi Sengketa Perdata di Indonesia dan Amerika Serikat

#### 1. Pengaturan *Confidential Principle* di Indonesia

UU AAPS merupakan instrumen hukum pertama yang secara tersirat mengakui keberadaan mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Undang-undang ini berupaya mendorong pihak-pihak yang bersengketa agar menunjukkan iktikad baik, karena tanpa iktikad baik maka apapun yang diputuskan di luar pengadilan tidak akan dapat dilaksanakan.

Undang-undang ini menyebutkan bahwa alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau perbedaan pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian ahli. Secara implisit pengertian mediasi ini tertuang dalam Pasal 6 ayat (3) yang menyebutkan bahwa atas kesepakatan tertulis para pihak, sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasihat ahli maupun melalui seorang atau lebih mediator.<sup>26</sup>

Dalam Perma Prosedur Mediasi disebutkan bahwa mediasi merupakan instrumen efektif untuk mengatasi penumpukan perkara di pengadilan dan sekaligus memaksimalkan fungsi lembaga pengadilan dalam menyelesaikan sengketa, di samping proses pengadilan yang bersifat memutus (adjudikatif). Ketentuan ini wajibkan para hakim untuk mengikuti prosedur penyelesaian sengketa melalui mediasi. Apabila hakim tidak menerapkan prosedur mediasi,

<sup>25</sup> M. Philippus Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu, 1988, hlm. 1.

<sup>26</sup> Pasal 6 ayat (3) UU AAPS.

maka putusan hakim tersebut batal demi hukum.<sup>27</sup> Sementara itu, ruang lingkup sengketa yang dapat dimediasi adalah semua sengketa perdata yang diajukan ke pengadilan tingkat pertama, kecuali perkara yang diselesaikan melalui prosedur pengadilan niaga, pengadilan hubungan industrial, keberatan atas putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK), dan keberatan atas putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU).<sup>28</sup>

Secara ideal, mediasi di lingkungan pengadilan harus dilakukan oleh mediator yang berasal dari luar pengadilan. Akan tetapi, dengan jumlah mediator yang terbatas dan tidak semua pengadilan tingkat pertama mempunyai mediator, maka hakim diperkenankan untuk menjadi mediator. Persyaratan yang harus dipenuhi adalah bahwa hakim yang berperan sebagai mediator bukanlah hakim yang sedang menangani perkara yang akan dimediasikan, tetapi hakim-hakim lain di pengadilan tersebut. Sedangkan mediator non-hakim dapat berpraktik di pengadilan bila memiliki sertifikat mediator yang diperoleh setelah mengikuti pelatihan yang diselenggarakan oleh lembaga yang mendapat akreditasi MA.<sup>29</sup>

Dari sisi jangka waktu, mediasi dapat berlangsung selama 40 (empat puluh hari) sejak mediator dipilih oleh para pihak atau ditunjuk oleh ketua majelis hakim. Atas dasar kesepakatan para pihak, masa proses mediasi dapat diperpanjang selama 14 (empat belas) hari sejak berakhirnya masa 40 (empat puluh hari) tadi. Selama proses mediasi berlangsung, mediator menjalankan perannya untuk menyiapkan jadwal pertemuan mediasi, mendorong para pihak secara langsung untuk ikut serta dalam proses mediasi, dan bila dianggap perlu dapat melakukan kaukus.<sup>30</sup>

Selain itu, mediator juga berkewajiban untuk menyatakan proses mediasi menemui kegagalan atau mencapai kesepakatan kepada ketua majelis hakim. Mediasi dinyatakan gagal jika salah satu pihak atau para pihak atau kuasa hukumnya telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri pertemuan mediasi yang telah disepakati atau telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri pertemuan mediasi tanpa alasan setelah dipanggil secara patut.<sup>31</sup> Jika para pihak mencapai kesepakatan perdamaian, mediator wajib merumuskan secara tertulis kesepakatan yang dicapai dan ditandatangani oleh para pihak serta mediator. Bila para pihak tidak mencapai kesepakatan dengan masa 40 (empat puluh) hari sejak para pihak memilih mediator, maka mediator wajib menyampaikan secara tertulis bahwa proses mediasi telah gagal dan memberitahukan kegagalan mediasi kepada hakim. Setelah menerima pemberitahuan tersebut, maka hakim dapat melanjutkan pemeriksaan perkara sesuai dengan ketentuan hukum acara yang berlaku.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Pasal 2 ayat (3) Perma Prosedur Mediasi.

<sup>28</sup> Pasal 4 Perma Prosedur Mediasi.

<sup>29</sup> Pasal 5 Perma Prosedur Mediasi.

<sup>30</sup> Pasal 13 Perma Prosedur Mediasi.

<sup>31</sup> Pasal 14 Perma Prosedur Mediasi.

<sup>32</sup> Pasal 17 Perma Prosedur Mediasi.

Terkait dengan *confidential principle*, Perma Prosedur Mediasi ini hanya menyebutkan bahwa proses mediasi pada asasnya tertutup kecuali para pihak menghendaki lain.<sup>33</sup> Selanjutnya, catatan-catatan mediator wajib dimusnahkan setelah proses mediasi berakhir.<sup>34</sup> Tidak kalah pentingnya pula bahwa mediator tidak boleh diminta menjadi saksi dalam proses persidangan perkara yang bersangkutan.<sup>35</sup> Pada Pedoman Perilaku Mediator yang ditetapkan oleh Mahkamah Agung pada tanggal 11 Februari 2010 (Pedoman Perilaku Mediator) disebutkan bahwa mediator wajib menjaga kerahasiaan informasi, baik dalam bentuk perkataan dan pengakuan yang terungkap dalam proses mediasi.<sup>36</sup>

## 2. Pengaturan *Confidential Principle* di Amerika Serikat

### a. Definisi dan Ruang Lingkup Komunikasi yang Terkualifikasi dalam *Confidential Principle*

Komunikasi dan negosiasi diantara para pihak untuk membantu mereka dalam meraih perdamaian secara sukarela telah difasilitasi di dalam UMA.<sup>37</sup> Terkait dengan ruang lingkup komunikasi dalam mediasi, UMA menjelaskan bahwa:

*“Mediation communications cover a statement, whether oral or in a record or verbal or nonverbal, that occurs during mediation or is made for purposes of considering, conducting, participating in, initiating, continuing, or reconvening a mediation or retaining a mediator.”*<sup>38</sup>

Selanjutnya, pada UMA dijelaskan bahwa proses komunikasi yang terjadi dalam mediasi terkualifikasi sebagai *confidential* sehingga mendapatkan hak istimewa (*privilege*). Dengan demikian, isi komunikasi tersebut tidak dapat diajukan sebagai bukti dalam persidangan berikutnya kecuali para pihak melepasan hak istimewa atau komunikasi tersebut masuk dalam kategori yang bisa dikecualikan (*exceptions*).<sup>39</sup> Melalui hak keistimewaan ini, para pihak yang terlibat dalam proses mediasi meliputi: penggugat, tergugat, mediator, dan pihak-pihak yang ikut terlibat dapat menolak untuk membuka dan dapat mencegah pihak manapun yang ingin membuka isi komunikasi yang terjadi dalam proses mediasi tersebut sebagai bagian dari *confidential principle*.<sup>40</sup>

Pada UMA juga dijelaskan ruang lingkup dari apa yang dimaksud sebagai tindakan mediasi. Selengkapnya UMA menyebutkan:

*“Mediation proceeding defines as a judicial, administrative, arbitral, or other adjudicative process, including related prehearing and*

<sup>33</sup> Pasal 6 Perma Prosedur Mediasi.

<sup>34</sup> Pasal 19 ayat (1) Perma Prosedur Mediasi.

<sup>35</sup> Pasal 19 (3) Perma Prosedur Mediasi.

<sup>36</sup> Pasal 4 Pedoman Perilaku Mediator.

<sup>37</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.010 (1).

<sup>38</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.010 (2).

<sup>39</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.030 (1).

<sup>40</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.030 (2).

*posthearing motions, conferences and discovery; or a legislative hearing as well as similar process.”<sup>41</sup>*

Dengan demikian, setiap komunikasi yang terjadi ataupun bahan-bahan yang diajukan, atau berhubungan dengan ruang lingkup proses mediasi baik yang diajukan para pihak (ataupun yang mewakili) ke mediator ataupun sebaliknya, mendapatkan hak istimewa dan tidak dapat diungkapkan isinya alias *confidential* dalam setiap proses persidangan.<sup>42</sup>

**b. Pelepasan dan Pengecualian dari *Confidential Principle* bagi Komunikasi pada Proses Mediasi**

Pada UMA dinyatakan bahwa hak istimewa dapat dilepaskan apabila seluruh pihak yang terlibat dalam proses mediasi dengan pernyataan tegas (*expressly*) melepaskan hak istimewa tersebut.<sup>43</sup> Selain itu, seseorang yang secara sengaja melakukan tindakan kriminal dalam proses mediasi tidak mendapatkan hak istimewa.<sup>44</sup> Hal ini berarti apabila komunikasi yang terjadi dalam proses mediasi mengandung unsur-unsur tindakan kriminal, maka komunikasi tersebut dapat menjadi bukti untuk menghukum pelaku yang melakukan atau mencoba melakukan tindakan kriminal dalam proses mediasi karena komunikasi tersebut tidak lagi terkualifikasi dalam *confidential principle*.

Terkait dengan pengecualian-pengecualian dari hak istimewa, pada UMA diatur hal-hal yang dapat terkualifikasi dalam pengecualian, yakni meliputi: adanya perjanjian di antara para pihak; ketentuan hukum mengharuskan hak istimewa itu dicabut; adanya ancaman baik yang bersifat fisik dan psikis terhadap pihak yang terlibat dalam mediasi; terkait dengan proses penyelidikan dan penyidikan terhadap kesalahan professional dari mediator; dan terkait pembuktian terhadap penelantaran anak.<sup>45</sup> Tidak hanya itu, pada UMA juga dinyatakan bahwa hakim dapat menyatakan proses komunikasi tidak terkualifikasi sebagai *confidential* apabila kepentingan untuk membuka isi komunikasi jauh lebih besar dari kepentingan untuk merahasiakan komunikasi tersebut.<sup>46</sup>

**c. Yurisprudensi Pengadilan Amerika Serikat terkait Pemberian *Confidential Principle* bagi Proses Komunikasi dalam Mediasi Sengketa Perdata**

Pengadilan Negara Bagian Washington menolak memberikan hak istimewa bagi komunikasi yang terjadi dalam mediasi karena isi dari komunikasi tersebut bukanlah isu hukum yang dibicarakan dalam sengketa perdata para pihak dan berada di luar

---

<sup>41</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.010 (7).

<sup>42</sup> Scott Horenstein, *Washington Practice Family and Community Property Law*, Vol. 22, 2013, §5.60.070.

<sup>43</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.040 (1).

<sup>44</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.040 (3).

<sup>45</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.050 (1).

<sup>46</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.050 (2).

ruang lingkup komunikasi dalam mediasi pada tahun 2008,<sup>47</sup> akan tetapi pada tahun 2009 pengadilan memberikan hak istimewa bagi komunikasi yang terjadi saat berlangsungnya mediasi terlebih lagi karena para pihak sama sekali tidak melepaskan hak istimewa tersebut.<sup>48</sup> Hal menarik yang terjadi adalah dalam kasus yang terjadi di 2010, pengadilan secara parsial memberikan hak istimewa bagi komunikasi. Pengadilan melindungi pernyataan para pihak dan juga komunikasi antara penggugat dan kuasa hukum tetapi tidak memberikan hak istimewa bagi komunikasi yang terkait isi perjanjian perdamaian dalam mediasi.<sup>49</sup>

Pada kasus *Mutual of Enumclaw v. Cornhusker Cas. Ins. Co.*, Pengadilan Federal Washington menolak hak istimewa untuk melindungi komunikasi yang terjadi dalam proses mediasi mengenai bukti dugaan iktikad buruk perusahaan asuransi selama proses mediasi. Hal ini dikarenakan pengadilan tidak melindungi komunikasi selain yang benar-benar berhubungan dengan isu utama dalam sengketa, yakni masalah ganti rugi atas cedera penggugat.<sup>50</sup>

Dalam hal ini, Enumclaw sebagai penggugat, mengajukan gugatan kepada Cornhusker yang dianggap melanggar kontrak untuk mengganti kerugian Clarks (klien Enumclaw) dengan tidak menggunakan iktikad baik dan transaksi yang adil untuk Clarks.<sup>51</sup> Sebagai tergugat, Cornhusker meminta hakim untuk melindungi komunikasi yang terjadi saat proses mediasi sehingga pengadilan tidak perlu mengungkapkan isi komunikasi tersebut dalam tahapan persidangan perdata yang dijalani.<sup>52</sup> Hal ini dikarenakan komunikasi pada mediasi adalah isu dominan dalam sengketa ini termasuk bukti dugaan iktikad buruk perilaku perusahaan asuransi. Dengan demikian, komunikasi tersebut mendapatkan hak istimewa sebagai komunikasi bersifat *confidential* yang tidak bisa dijadikan sebagai alat bukti.

Dalam persidangan, hakim tidak puas dengan pernyataan dari tergugat. Hal ini dikarenakan dalam UMA komunikasi selain komunikasi yang terkait dengan isu hukum utama dalam sengketa di antara para pihak tidak dilindungi secara hukum. Hakim menyatakan bahwa isu utama sengketa yang harus diselesaikan dalam mediasi hanya masalah ganti rugi atas cedera penggugat dan bukan masalah asuransi.<sup>53</sup> Selain itu mediasi tidak dimaksudkan untuk menyelesaikan permasalahan asuransi,<sup>54</sup> maka akibatnya penggugat tidak boleh dilarang untuk

<sup>47</sup> Yurisprudensi Pengadilan Negara Bagian Washington dalam Kasus *Mutual of Enumclaw v. Cornhusker E.D. Wash*, 16 September 2008 (Yurisprudensi Enumclaw).

<sup>48</sup> Yurisprudensi Pengadilan Negara Bagian Washington dalam Kasus *Prof'l Recreation Org., Inc. v. Nat'l U, W.D.Wash.* 4 September, 2009 (Yurisprudensi Pro Sport).

<sup>49</sup> Yurisprudensi Pengadilan Negara Bagian Washington dalam Kasus *Western & Clay, LLC v. Landmark Am. Ins. Co., W.D. Wash.*, 10 Mei 2010 (Yurisprudensi Western and Clay).

<sup>50</sup> Yurisprudensi Enumclaw, *Loc.cit.*

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*

mengungkapkan isi komunikasi dalam mediasi yang terkait dengan isu perlindungan asuransi.<sup>55</sup> Berdasarkan pendapat ini, maka hakim mungkin akan melindungi komunikasi mediasi jika komunikasi asuransi adalah isu utama yang harus diselesaikan.

Pada kasus selanjutnya, Pengadilan Washington memberikan hak istimewa untuk melindungi komunikasi yang terjadi pada saat mediasi sebagai komunikasi yang *confidential*. Hal ini dikarenakan komunikasi yang memuat dasar klaim penggugat yang ditutupi oleh tergugat benar-benar terjadi pada saat mediasi dan menjadi isu utama dari sengketa tersebut, terlebih lagi tidak ada pelepasan hak istimewa yang tegas yang dilakukan oleh para pihak.<sup>56</sup>

Pada kasus ini, Pro Sport dan Mark Dedomenico menggugat *National Union* karena menolak melakukan pembayaran asuransi kebakaran kepada mereka.<sup>57</sup> Tergugat menegaskan bahwa para penggugat harus mengungkapkan isi komunikasi dalam mediasi untuk menjelaskan dasar gugatan.<sup>58</sup> Di sisi lain, para penggugat justru berpendapat bahwa komunikasi yang terjadi mendapatkan hak istimewa menurut hukum Washington dan tidak tunduk pada tahapan persidangan berikutnya.<sup>59</sup> Meskipun hakim setuju dengan tergugat bahwa para penggugat dapat selalu dipaksa untuk mengungkapkan komunikasi yang terjadi pada mediasi untuk menjelaskan dasar gugatan mereka, hakim menyatakan bahwa tergugat tidak melepaskan hak istimewa yang dimilikinya. Dengan demikian, pengadilan tidak dapat menolak hak istimewa dari Pro Sport.<sup>60</sup>

Dalam keputusan terbaru, Pengadilan Washington setuju untuk memberikan hak istimewa sebagai *confidential* bagi komunikasi yang terjadi selama proses mediasi dalam sengketa asuransi proyek konstruksi kondominium di Seattle. Di satu sisi, pengadilan setuju bahwa proses korespondensi antara penggugat dan penasihat hukumnya merupakan komunikasi yang *confidential*. Hal ini karena proses korespondensi yang dilakukan merupakan bentuk dipersiapkan dalam rangka proses mediasi. Di sisi lain, pengadilan tidak memberikan hak istimewa sebagai informasi yang *confidential* bagi perjanjian perdamaian karena penggugat tidak menjadi subjek dari perjanjian tersebut.<sup>61</sup>

Dalam kasus ini, proses litigasi terdahulu antara kelompok penggugat (Western & Clay, LLC.) telah diselesaikan melalui mediasi. Proses selanjutnya dalam litigasi yang diambil adalah proses pertukaran dokumen antar para pihak.<sup>62</sup> Melalui

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Yurisprudensi Pro Sport, *Loc.cit.*

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> Yurisprudensi Western and Clay, *Loc.cit.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

pertukaran ini, *Landmark American Insurance* sebagai tergugat secara tidak sengaja menemukan dokumen yang berhubungan dengan mediasi sebelumnya.<sup>63</sup> Oleh karena itu, tergugat meminta pengungkapan isi komunikasi dalam mediasi tersebut yang meliputi: (1) pernyataan mediasi yang disiapkan oleh penggugat; (2) surat dari pengacara salah satu penggugat tentang jadwal mediasi sebelumnya; dan (3) perjanjian perdamaian yang ditandatangani oleh semua penggugat.<sup>64</sup> Tergugat berpendapat bahwa semua isi komunikasi ini tidak *confidential* karena tidak berkaitan dengan proses mediasi saat ini.<sup>65</sup>

Meskipun hakim menyatakan bahwa isi perjanjian perdamaian sebagai isi komunikasi yang tidak *confidential*, hakim menolak untuk mengklasifikasikan pernyataan mediasi dan komunikasi antara penggugat dan penasihat hukum sebagai komunikasi yang *confidential*. Hal ini karena hakim beralasan bahwa dokumen-dokumen tersebut dipersiapkan dalam rangka mediasi. Mengenai komunikasi diantara penggugat dan penasihat hukum, hakim memutuskan bahwa proses korespondensi yang melibatkan penggugat dan penasihat hukumnya adalah suatu bentuk komunikasi yang dilakukan dan berhubungan dengan proses mediasi. Dengan demikian, komunikasi ini terkualifikasi sebagai komunikasi yang *confidential*.<sup>66</sup>

Dari tiga kasus yang telah diputuskan, pengadilan di Negara Bagian Washington akan mengkualifikasi proses komunikasi yang terjadi dalam proses mediasi sebagai komunikasi yang *confidential* apabila komunikasi tersebut terjadi pada saat mediasi dan/atau berkaitan dalam proses mediasi tersebut. Tidak kalah pentingnya, hakim secara teliti akan memeriksa apakah terdapat suatu pelepasan hak istimewa bagi komunikasi atau komunikasi yang dilakukan termasuk dalam komunikasi yang dapat dikecualikan sebagai komunikasi yang *confidential*.

#### **D. Rekonstruksi Pengaturan *Confidential Principle* Pada Proses Mediasi Sengketa Perdata di Indonesia**

Bagian ini akan menjelaskan substansi rekonstruksi pengaturan *confidential principle* bagi komunikasi yang terjadi pada proses mediasi. Rekonstruksi pengaturan ini tentu berupaya merespon kewajiban penggunaan proses mediasi dalam setiap sengketa perdata yang diajukan ke pengadilan tingkat pertama. Pada akhirnya, mediasi akan semakin sering digunakan sebagai alternatif penyelesaian sengketa.

Berangkat dari kecenderungan di atas, maka dibutuhkan pengaturan yang lebih tegas, spesifik, dan detail terhadap proses mediasi itu sendiri, khususnya terkait

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

dengan *confidential principle* bagi komunikasi yang terjadi pada mediasi. Kekosongan, kekaburan, atau ketidakjelasan pengaturan mediasi akan berakibat pada gagalnya visi dan orientasi mediasi sebagai penyelesaian sengketa alternatif yang lebih cepat, murah, dan berkeadilan. Disamping itu, harapan untuk mengatasi penumpukan perkara di suatu pengadilan menjadi sia-sia apabila mediasi pada akhirnya tidak berujung pada proses perdamaian.

Dengan merujuk pada realitas pengaturan mediasi di Indonesia dan membandingkannya dengan praktik mediasi di Amerika Serikat, khususnya terkait dengan *confidential principle*, maka terdapat 2 (dua) isu utama dalam merekonstruksi pengaturan *confidential principle* bagi komunikasi pada proses mediasi sengketa perdata di Indonesia. *Pertama*, rekonstruksi pengaturan terkait ruang lingkup komunikasi pada mediasi yang terkualifikasi sebagai *confidential principle*. *Kedua*, rekonstruksi pengaturan terkait pengecualian-pengecualian komunikasi dan pelepasan hak istimewa komunikasi yang terkualifikasi sebagai *confidential principle*.

### **1. Rekonstruksi Pengaturan Terkait Ruang Lingkup Komunikasi yang Terkualifikasi sebagai *Confidential Principle***

Tidak dapat dipungkiri bahwa terdapat kekaburan atau ketidakjelasan pengaturan ruang lingkup komunikasi yang terkualifikasi sebagai *confidential* di Indonesia. Perma Prosedur Mediasi hanya menyatakan jika pelaksanaan mediasi harus berdasarkan pada asas tertutup kecuali para pihak menyatakan lain<sup>67</sup> serta catatan-catatan mediator wajib dimusnahkan setelah proses mediasi berakhir.<sup>68</sup> Tidak kalah penting pula bahwa mediator tidak boleh diminta menjadi saksi dalam proses persidangan perkara yang bersangkutan.<sup>69</sup> Selain itu, Pedoman Perilaku Mediator turut mengatur bahwa mediator wajib menjaga kerahasiaan, baik dalam bentuk perkataan maupun catatan, yang terungkap dalam proses mediasi.<sup>70</sup>

Dengan kata lain, masih terdapat ketidakjelasan dalam perumusan *confidential principle*. Pada prinsipnya belum terdapat pengaturan mengenai sejauh mana setiap komunikasi yang terjadi pada proses mediasi dikategorikan sebagai *confidential*. Muncul pula pertanyaan apabila terdapat suatu komunikasi yang tidak berkaitan dengan sengketa perdata yang sedang dimediasi, apakah *confidential principle* tetap diberlakukan serta apakah *confidential principle* hanya diberlakukan kepada mediator dan tidak berlaku bagi para pihak dan kuasa hukumnya.

Pada UMA diatur bahwa segala bentuk komunikasi yang terjadi dan berhubungan dengan pelaksanaan mediasi tunduk pada *confidential principle*.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Pasal 6 Perma Prosedur Mediasi.

<sup>68</sup> Pasal 19 ayat (1) Perma Prosedur Mediasi.

<sup>69</sup> Pasal 19 ayat (3) Perma Prosedur Mediasi.

<sup>70</sup> Pasal 4 Pedoman Perilaku Mediator.

<sup>71</sup> *Uniform Mediacion Act*, § 7.07.010 (1).

Dengan demikian, proses komunikasi tersebut mendapatkan hak istimewa (*privilege*) dengan tidak dapat menjadi barang bukti dan seluruh pihak yang terlibat dalam pelaksanaan mediasi tidak dapat dijadikan saksi pada persidangan berikutnya serta tidak dapat dikenakan tindakan hukum atas komunikasi yang mereka lakukan selama proses mediasi terjadi.<sup>72</sup>

Sebagaimana telah dipaparkan di atas, UMA telah mengatur bahwa para pihak dalam proses mediasi (penggugat, tergugat, mediator, dan pihak lain) mendapatkan hak istimewa untuk menolak membuka isi komunikasi dalam proses mediasi, termasuk mencegah pihak manapun untuk membuka komunikasi tersebut. Pada prinsipnya, proses komunikasi yang terjadi dalam mediasi mendapatkan hak istimewa sebagai komunikasi yang *confidential* jika komunikasi tersebut berlangsung dalam proses mediasi, atau berhubungan dan/atau mendukung proses mediasi tersebut. Meskipun demikian, contoh-contoh yurisprudensi yang telah dijelaskan pun memperlihatkan bahwa hakim di Amerika Serikat pun terkadang menolak memberikan hak istimewa karena komunikasi tersebut tidak berlangsung pada saat mediasi ataupun tidak memiliki hubungan atau relevansi dengan proses mediasi.<sup>73</sup>

Berdasarkan yurisprudensi yang diberlakukan di Amerika Serikat, pengadilan telah mengkualifikasikan proses komunikasi yang terjadi dalam proses mediasi sebagai komunikasi yang *confidential*.<sup>74</sup> Hal ini meliputi proses korespondensi yang melibatkan penggugat dan penasihat hukumnya serta dokumen-dokumen yang terkait dengan proses korespondensi tersebut, seperti: surat pernyataan mediasi yang disiapkan oleh penggugat dan surat dari pengacara salah satu penggugat tentang jadwal mediasi sebelumnya.<sup>75</sup> Akan tetapi, hakim tidak mengkualifikasikan komunikasi yang terkait isi perjanjian perdamaian dalam mediasi sebagai *confidential*.<sup>76</sup>

Bagi hakim, ketentuan yang tegas, detail, dan spesifik terkait definisi dan ruang lingkup komunikasi pada mediasi tentu sangat membantu kerja para hakim. Hal ini dikarenakan para hakim akan lebih mudah mengkualifikasikan sejauh mana suatu komunikasi, baik secara lisan dan tertulis, yang terjadi di antara para pihak benar-benar berhubungan dengan proses mediasi itu sendiri sehingga memenuhi kualifikasi sebagai komunikasi yang *confidential*.

Bagi para pihak dan mediator, pengaturan *confidential principle* yang jelas, tegas, dan detail bagi setiap proses komunikasi dalam mediasi juga tentu akan meningkatkan peluang terjadinya perdamaian.<sup>77</sup> Dengan *confidential principle*,

<sup>72</sup> *Uniform Mediation Act*, § 7.07.030 (1).

<sup>73</sup> *Uniform Mediation Act*, § 7.07.010 (2).

<sup>74</sup> Yurisprudensi Western and Clay, *Loc.cit.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Yurisprudensi Western and Clay, *Loc.cit.*

<sup>77</sup> John W. Strong (eds), *McCormick on Evidence*, St. Paul: Thomsom/West, 1999, hlm. 298.

para pihak dapat menolak untuk memberikan informasi mengenai segala komunikasi yang terjadi dalam proses mediasi. Di sisi lain, para pihak juga tidak dapat dijadikan sebagai saksi terkait komunikasi yang mereka sampaikan selama proses mediasi.<sup>78</sup> Dengan demikian, keistimewaan ini tentu akan membuat proses berkomunikasi semakin efektif. Para pihak dapat menyampaikan informasi dan keterangan sejujur-jujurnya tanpa perasaan cemas dan khawatir bahwa mereka akan dimintakan pertanggungjawaban secara hukum.<sup>79</sup> Proses ini tentu membantu keberadaan mediator terutama apabila terdapat isu-isu sensitif selama proses komunikasi dalam mediasi berlangsung.

Dengan demikian, untuk mereduksi potensi kekaburuan atau ketidakjelasan pengaturan saat ini, rekonstruksi pengaturan yang sebaiknya dilakukan adalah dengan memberikan definisi dan ruang lingkup yang lebih tegas dan detail mengenai komunikasi pada mediasi yang terkualifikasi sebagai *confidential*. Secara eksplisit harus disebutkan bahwa *confidential principle* hanya berlaku bagi komunikasi yang benar-benar terjadi di dalam proses mediasi dan/atau memiliki keterkaitan dengan pelaksanaan mediasi itu sendiri. Selain itu, sifat *confidential* ini juga perlu diberlakukan bagi seluruh pihak yang terlibat dalam pelaksanaan mediasi seperti mediator, penggugat, tergugat, dan para kuasa hukum yang terlibat.

## **2. Rekonstruksi Pengaturan Terkait Pelepasan dan Pengecualian Komunikasi Sebagai *Confidential***

Terkait dengan pelepasan hak istimewa suatu komunikasi yang telah terkualifikasi sebagai *confidential*, belum terdapat aturan yang secara tegas dan detail dalam mengakomodir proses ini. Perma Prosedur Mediasi hanya menyebutkan bahwa proses mediasi pada asasnya tertutup kecuali para pihak menghendaki lain,<sup>80</sup> sehingga belum terdapat penjelasan tambahan mengenai apa yang dimaksud dengan 'kehendak lain' dari para pihak itu. Sementara itu, pada UMA dinyatakan bahwa hak istimewa bagi komunikasi yang terjadi di saat mediasi dapat dilepaskan apabila seluruh pihak yang terlibat dengan pernyataan tegas (*expressly*) melepaskan hak istimewa tersebut.<sup>81</sup>

Terkait dengan pengecualian-pengecualian suatu komunikasi yang terkualifikasi sebagai *confidential*, belum terdapat aturan hukum di Indonesia yang mengatur isu ini. Sementara itu, dalam UMA diatur hal-hal yang dapat terkualifikasi dalam pengecualian meliputi: adanya perjanjian diantara para pihak; ketentuan hukum mengharuskan hak istimewa itu dicabut; adanya ancaman baik yang bersifat fisik dan psikis terhadap pihak yang terlibat dalam mediasi; proses penyelidikan dan

---

<sup>78</sup> Mark B. Simons, *Simons California Evidence Manual*, Minnesota: Westgroup, 2013, hlm. 36.

<sup>79</sup> Jay M. Zitter, J.D., "Construction and Application of State Mediation Privilege," *American Law Review* 6<sup>th</sup> Vol. 32, 2008, hlm. 285.

<sup>80</sup> Pasal 6 Perma Prosedur Mediasi.

<sup>81</sup> *Revised Code of Washington (RCW)*, § 7.07.040 (1).

penyidikan terhadap kesalahan professional dari mediator; dan pembuktian terhadap penelantaran anak.<sup>82</sup> Tidak hanya itu, dalam UMA juga dinyatakan bahwa hakim dapat menyatakan proses komunikasi tidak terkualifikasi sebagai *confidential* apabila kepentingan untuk membuka isi komunikasi jauh lebih besar dari kepentingan untuk merahasiakan komunikasi tersebut.<sup>83</sup> Selain itu, seseorang yang secara sengaja melakukan tindakan kriminal dalam proses mediasi pun tidak mendapatkan hak istimewa.<sup>84</sup> Hal ini berarti segala komunikasi selama proses mediasi yang mengandung unsur tindakan kriminal dapat dipergunakan sebagai bukti dalam meminta pertanggungjawaban hukum pidana terhadap pihak yang bersangkutan.

Dengan demikian, untuk menghindari kekaburan atau ketidakjelasan pengaturan tentang pelepasan hak istimewa komunikasi sebagai *confidential*, rekonstruksi pengaturan sebaiknya mensyaratkan adanya pernyataan tegas yang dinyatakan secara tertulis apabila para pihak memang benar-benar berkeinginan untuk melepaskan hak istimewa tersebut. Pernyataan tegas ini juga wajib pula disetujui oleh seluruh pihak yang terlibat dalam proses mediasi.

Sementara itu, terkait dengan jenis-jenis pengecualian yang menggugurkan status komunikasi pada mediasi sebagai *confidential*, perlu dicantumkan adanya suatu keadaan atau situasi yang dapat menyebabkan timbulnya pengecualian tersebut. Merujuk dari praktik mediasi di Amerika Serikat, beberapa pengaturan yang dibutuhkan antara lain: *pertama*, diskresi hakim untuk dapat menyatakan proses komunikasi tidak terkualifikasi sebagai *confidential* apabila kepentingan untuk membuka isi komunikasi jauh lebih besar dari kepentingan untuk merahasiakan komunikasi tersebut. Kemudian *kedua*, demi kepentingan keamanan dan ketertiban pelaksanaan mediasi, perlu dibuatkan suatu ketentuan bahwa pihak yang secara sengaja melakukan tindakan kriminal dalam proses mediasi tidak mendapatkan hak istimewa sehingga komunikasi yang dilakukan pihak tersebut dapat digunakan untuk meminta pertanggungjawaban hukum terhadapnya serta tidak lagi terkualifikasi dalam *confidential principle*.

## E. Penutup

Tidak dapat dipungkiri bahwa salah satu sebab proses mediasi yang tidak efektif adalah ketidakjelasan ataupun kekaburan pengaturan mengenai prinsip kerahasiaan (*confidential principle*) bagi komunikasi yang terjadi selama proses mediasi berlangsung. Perma Prosedur Mediasi hanya sebatas menjelaskan bahwa mediasi dilangsungkan berdasarkan pada asas tertutup kecuali para pihak menyatakan lain. Sementara itu Pedoman Perilaku Mediator mengatur bahwa

<sup>82</sup> *Revised Code of Washington (ARCW)*, § 7.07.050 (1).

<sup>83</sup> *Revised Code of Washington (ARCW)*, § 7.07.050 (2).

<sup>84</sup> *Revised Code of Washington (ARCW)*, § 7.07.040 (3).

mediator diwajibkan menjaga kerahasiaan, baik dalam bentuk perkataan maupun catatan, yang terungkap dalam proses mediasi. Sementara itu, UMA telah dengan tegas mengatur bahwa segala bentuk komunikasi yang terjadi dan berhubungan dengan pelaksanaan mediasi tunduk pada *confidential principle*. Dengan demikian, proses komunikasi tersebut mendapatkan hak istimewa (*privilege*) dengan tidak dapat menjadi barang bukti dan seluruh pihak yang terlibat dalam pelaksanaan mediasi tidak dapat dijadikan saksi pada persidangan berikutnya, serta tidak dapat dikenakan tindakan hukum atas komunikasi yang mereka lakukan selama proses mediasi terjadi.

Dengan melihat realitas pengaturan mediasi di Indonesia dan membandingkan praktik mediasi di Amerika Serikat, maka terdapat 2 (dua) cara utama dalam merekonstruksi pengaturan *confidential principle*. *Pertama*, rekonstruksi pengaturan terkait ruang lingkup komunikasi pada mediasi yang terkualifikasi sebagai *confidential principle*. Hal ini dapat dilakukan dengan memberikan definisi dan ruang lingkup yang lebih tegas dan detail mengenai komunikasi pada mediasi yang terkualifikasi sebagai *confidential*. Harus ditegaskan bahwa *confidential principle* hanya berlaku bagi komunikasi yang benar-benar terjadi di dalam proses mediasi dan/atau memiliki keterkaitan dengan pelaksanaan mediasi itu sendiri. Sifat *confidential* ini pun harus diberlakukan bagi seluruh pihak yang terlibat dalam pelaksanaan mediasi seperti: mediator, penggugat, tergugat, dan para kuasa hukumnya. *Kedua*, rekonstruksi pengaturan terkait pengecualian-pengecualian komunikasi dan pelepasan hak istimewa komunikasi yang telah terkualifikasi sebagai *confidential principle* dapat dilakukan dengan mensyaratkan adanya pernyataan tegas yang dinyatakan secara tertulis apabila para pihak memang benar-benar berkeinginan untuk melepaskan hak istimewa tersebut. Sementara itu, terkait dengan jenis-jenis pengecualian yang menggugurkan status komunikasi pada mediasi sebagai *confidential*, perlu dicantumkan adanya suatu keadaan atau situasi yang dapat menyebabkan timbulnya pengecualian tersebut demi kepentingan yang lebih besar dan demi menghindari kemungkinan adanya aksi kriminal dalam proses mediasi.

## Daftar Pustaka

### Buku

Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Cetakan ke-1, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004.

Gatot Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006.

Horenstein, Scott, *Washington Practice Family and Community Property Law*, Volume 22, 2013.

I Made Sukanda, *Mediasi Peradilan: Mediasi dalam Sistem Peradilan Perdata*

- Indonesia Dalam Rangka Mewujudkan Proses Peradilan yang Sederhana, Cepat dan Biaya Tinggi*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2012.
- Lovenheim, Peter, *How to Mediate Your Dispute*, Nolo-Press, Berkeley, 1996.
- M. Philippus Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1988.
- Munir Fuady, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2010.
- Muslih M.Z., *Mediasi: Suatu Pengantar Teori dan Praktek*, Walisongo Mediation Centre, Semarang, 2007.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke-2, Kencana, Jakarta, 2008.
- Rahmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003.
- Simons, Mark B., *Simons California Evidence Manual*, Westgroup, 2013.
- Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009.
- W. Head, John, *Pengantar Umum Hukum Ekonomi*, Elips, Jakarta, 1997.
- W. Strong, John (eds), *McCormick on Evidence*, Thomson/West, St. Paul, 1999.

### **Dokumen Lain**

- Anggreany Arief, "Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Perdata", *Al-Risalah*, Vol. 12 No. 2 November 2012.
- Artha Suhangga, dkk., "Faktor-faktor Penghambat Keberhasilan Mediasi Perceraian", <http://jurnal.hukum.uns.ac.id/index.php/parental/article/viewFile/427/400>, diunduh pada 19 Januari 2015.
- Deason, Ellen E., "Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System", *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, Vol. 17 No. 239 (2002).
- Friedman Lawrence R. & Michael L. Prigoff, "Confidentiality in Mediation: The Need for Protection", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 2 (1986).
- Hukum Online, "Kesuksesan Mediasi di Indonesia Masih Rendah", <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt52394a64d6cd3/kesuksesan-mediasi-di-indonesia-masih-rendah>, diunduh pada 24 Januari 2015.
- Kirtley, Alan, "The Mediation Privilege's Transition from Theory to Implementation: Designing a Mediation Privilege Standard to Protect Mediation Participants, the Process and the Public Interest", *Journal of Dispute Resolution*, No. 1994, 1995.
- Wood, Naman L.J., "Can Judges Increase Mediation Settlement Rates? of "Coase" They Can," *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 26 (2011).
- Zitter, J.D. and Jay. M., "Construction and Application of State Mediation Privilege", *American Law Review* 6<sup>th</sup> Vol. 32, 2008.

**Dokumen Hukum**

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Pedoman Perilaku Mediator Mahkamah Agung Republik Indonesia yang ditetapkan pada 11 Februari 2011.

*The Uniform Mediation Act.*

*Revised Code of Washington.*

Yurisprudensi Pengadilan Negara Bagian Washington dalam Kasus *Mutual of Enumclaw v. Cornhusker, E.D. Wash.*, 16 September 2008.

Yurisprudensi Pengadilan Negara Bagian Washington dalam Kasus *Prof'l Recreation Org., Inc. v. Nat'l U, W.D.Wash.*, 4 September 2009.

Yurisprudensi Pengadilan Negara Bagian Washington dalam kasus *Western & Clay, LLC v. Landmark Am. Ins. Co., W.D. Wash.*, 10 Mei 2010.