

# BAB I

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang Permasalahan

Dalam kebijakan nasional ada Pancasila yang merupakan *core philosophy* bangsa. Sebagai *core philosophy* bangsa maka Pancasila sumber nilai bagi adanya sistem hukum di Indonesia. Pancasila dalam sila ke empat mengajarkan bahwa dalam suatu peristiwa untuk menentukan sebuah keputusan, musyawarah yang mufakat dengan nilai kekeluargaan adalah jalan yang baik, sehingga jika ditarik ke belakang makna dari musyawarah itu mengandung lima prinsip sebagai berikut: Pertama *conferencing* (bertemu untuk saling mendengar dan mengungkapkan keinginan); Kedua *search solution* (mencari titik temu terhadap masalah yang di hadapi); Ketiga, *reconciliation* (berdamai dan bertanggung jawab masing-masing); Keempat, *repair* (memperbaiki akibat yang timbul); Kelima, *circles* (saling menunjang). Prinsip-prinsip ini adalah sebuah kata kunci tentang rumusan paradigma *restorative justice*, sehingga secara aspek ketatanegaraan nilai *restorative justice* menemukan dasar pijakan dalam falsafah Pancasila sila ke-4. Dasar pijakan dalam filosofi sila ke-4 jika ditelaah lebih lanjut implementasinya mengarah pada pola penyelesaian perkara pidana menggunakan prinsip yang disebut VOC (*Victim Offender Conferencing*) yang target dalam penelitiannya terwujudnya VOM (*Victim Offender Mediation*) yaitu kesempatan berdamai yang saling menyepakati perbaikan di kedua belah pihak. Tujuannya adalah untuk

menyelesaikan konflik permasalahan antara orang yang terkena dampak langsung, bukan konflik langsung antara Negara dengan terdakwa. Kaidah musyawarah dalam sila ke empat mencerminkan kemufakatan dan kemanfaatan dengan nilai-nilai kekeluargaan yang mengandung esensi *Exspeilencing Justice*.<sup>1</sup>

Hukum dan keadilan merupakan dua hal yang tidak dapat dipisahkan. Ketika membicarakan masalah hukum maka secara jelas ataupun samar-samar, kita akan menemuk sampai kepada masalah keadilan. Itu berarti, hukum tidak cukup dibicarakan dalam konteksnya sebagai suatu bangunan yang formal belaka, melainkan sebagai bagian dari ekspresi cita-cita masyarakat.<sup>2</sup> Tujuan hukum bukan semata-mata dilihat secara legalitas formal untuk menjamin keteraturan dan konsistensi dalam pelaksanaan suatu peraturan hukum, melainkan secara substantif yang melandasi pengenalan supremasi nilai-nilai kepribadian seseorang, dan sebagai institusi yang menyediakan bingkai kerja<sup>3</sup> untuk mengekspresikan keadilan secara utuh.

Hukum ada tidak semata-mata untuk dirinya sendiri, tetapi untuk tujuan dan makna sosial yang melampaui logika hukum. Sekalipun dalam negara hukum, tetapi tidak semuanya secara total harus dilakukan dengan dan melalui hukum. Menyerahkan dinamika dan proses dalam masyarakat sepenuhnya kepada hukum

---

<sup>1</sup><http://pukapaku.com/konsep-restorative-justice-dalam-peradilan-di-indonesia-perspektif-filosofis-pancasila-sila-ke-4-dan-ke-5/>

<sup>2</sup> Satjipto Rahardjo dalam Mahmutarom, 2016, *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, h. 1.

<sup>3</sup> The Liang Gie dalam Mahmutarom, *ibid.*

bisa berakibat fatal. Proses-proses produktif dalam masyarakat, termasuk keadilan, bisa macet atau setidak-tidaknya terganggu.<sup>4</sup>

Kerangka pemikiran yang mengaitkan hukum dan keadilan itu pulalah yang mengisyaratkan bahwa untuk mewujudkan keadilan dalam masyarakat – termasuk di negara kesatuan Republik Indonesia ini – proses dan kualitas penegakan hukum menjadi faktor yang sangat penting dan menentukan. Proses dan kualitas penegakan hukum yang baik dan adil diharapkan dapat tercipta kehidupan masyarakat yang baik dalam suasana saling menghormati menurut prinsip-prinsip hukum yang berlaku. Namun, dalam kenyataannya sampai saat ini penegakan hukum di negara kita masih sangat lemah dalam mewujudkan rasa keadilan bagi masyarakat pada umumnya, dan para pencari keadilan pada khususnya. Hukum yang seharusnya berfungsi sebagai pengayom masyarakat dengan cara memberikan keadilan melalui aparat penegak hukumnya, ternyata belum mampu menunjukkan fungsi utamanya secara baik.<sup>5</sup>

Keadilan ini menjadi ruh yang mampu mengarahkan dan memberi kehidupan pada norma hukum tertulis, sehingga jika keadilan ini menjadi ruh, maka hukum tertulis itu ibarat tubuh manusia. Tanpa ruh, tubuh akan mati, sebaliknya tanpa tubuh, kehidupan ruh tidak akan terimplikasi dalam realitas. Jika ruh dan tubuh dapat berjalan seiring, akan ada harmoni dalam kehidupan manusia, tapi jika terjadi

---

<sup>4</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, 2009, Genta Publishing, Yogyakarta, h. 51.

<sup>5</sup> Mahmutarom, *op.cit.*, h. 2.

benturan kepentingan, tidak jarang tubuh harus dikorbankan (misal tangan diamputasi, payudara diangkat dsb) dalam rangka menjaga kelangsungan ruh dalam tubuh manusia. Hal ini bisa berarti, apabila terjadi benturan antara norma hukum tertulis dengan keadilan, maka keadilan sebagai ruh aturan hukum tertulis itu yang harus dipertahankan dan aturan hukum tertulis yang sebenarnya hanya merupakan alat untuk mewujudkan keadilan dapat diganti atau ditinggalkan.<sup>6</sup>

Hukum dan keadilan sebenarnya adalah dua elemen yang saling bertaut yang merupakan “*conditio sine qua non*” bagi yang lainnya. Supremasi hukum yang selama ini diidentikan dengan kepastian hukum sehingga mengkultuskan undang-undang, menjadi titik awal timbulnya masalah penegakan hukum. Pemikiran ini sebenarnya tidak salah, namun bukan berarti absolut benar adanya. Undang-undang memang harus ditempatkan sebagai sesuatu yang harus dilaksanakan karena merupakan manifestasi konsensus sosial (walaupun dalam banyak hal undang-undang tidak lebih dari sebuah manipulasi hukum). Namun kita tidak boleh menutup mata dan telinga bahwa konsensus tersebut adalah sebuah momentum sesaat yang tidak mampu mengikuti arah gerak keadilan yang terus bergerak mengikuti waktu dan ruang. Konsensus tersebut sifatnya hanya sementara dan bukan permanen, sebab rasa keadilan akan bergerak cepat mengimbangi suksepsi ritme dan ruang.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, h. 33.

<sup>7</sup> Sukarno Aburaera, et.al, 2014, *Filsafat Hukum Teori Dan Praktik*, Kencana, Jakarta, h. 178.

Dalam rangka pembaharuan sistem peradilan pidana di Indonesia perubahan orientasi sistem peradilan pidana dari yang selama ini berfokus pada perbuatan yang dilarang dan pelaku tindak pidana (*crime, and offender oriented*), beralih pada orientasi perbuatan, tersangka dan korban (*crime, offender and victim oriented*) merupakan suatu keniscayaan. Dalam kaitan ini, praktik pemberian maaf dalam penyelesaian perkara-perkara pidana, pada dasarnya telah terdapat di dalam berbagai khasanah budaya berbagai masyarakat tradisional. Penggunaan pemberian maaf yang merupakan inti dari peradilan restoratif, kendatipun lebih banyak berlangsung dalam mekanisme di luar proses peradilan negara, namun sedikit banyak memberi pengaruh pada proses peradilan pidana dalam penyelesaian kasus-kasus pidana tertentu. Dengan demikian, kajian terhadap praktik peradilan pidana yang mengakomodasikan pemberian maaf sebagai sendi utama peradilan restoratif yang bersumber pada nilai-nilai sosial budaya dan aspirasi hukum yang hidup di masyarakat merupakan suatu keniscayaan. Keniscayaan ini, dengan merujuk pada pendapat Barda Nawawi Arief, disebabkan sistem hukum nasional di samping hendaknya dapat menunjang pembangunan nasional dan kebutuhan pergaulan internasional, namun juga harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi hukum yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat. Nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat itu dapat bersumber atau digali dari nilai-nilai hukum adat dan nilai-nilai hukum agama.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Natangsa Surbakti, 2011, *Kebijakan Formulasi Pemberian Maaf Dalam Kebijakan Legislasi Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, h. 9.

Kebijakan penanggulangan kejahatan atau yang dikenal dengan istilah “politik kriminal” dapat meliputi ruang lingkup yang cukup luas. Menurut G.P. Hoefnagels upaya penanggulangan kejahatan dapat ditempuh dengan:

- a. Penerapan hukum pidana (*criminal law application*);
- b. Pencegahan tanpa pidana (*prevention without punishment*); dan
- c. Mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan pemedanaan lewat mass media (*influencing views of society on crime and punishment/mass media*).

Dengan demikian, upaya penanggulangan kejahatan secara garis besar dapat dibagi dua, yaitu lewat jalur “*penal*” (hukum pidana) dan lewat jalur “*nonpenal*” (bukan/di luar hukum pidana). Dalam pembagian G.P. Hoefnagels di atas, upaya-upaya yang disebut dalam butir (b) dan (c) dapat dimasukkan dalam kelompok upaya “*nonpenal*”.<sup>9</sup>

Konsep penerapan prosedur formal hukum yang sudah berjalan selama inilah yang tidak memberikan perlindungan dan penghargaan kepada kepentingan korban maupun pelaku tindak pidana, khususnya tindak pidana penggelapan. Ini merupakan sebuah mekanisme konvensional yang disandarkan pada tegaknya proses formil pidana (*criminal justice system*) tanpa melihat perkembangan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

---

<sup>9</sup> Barda Nawawi Arief, (V), 2010, *Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Jakarta, h. 41.

Fenomena yang mewarnai timbulnya berbagai jenis kejahatan menimbulkan pertanyaan bagaimana mengatasinya? Mungkin di antaranya ada yang berpendapat untuk secepatnya menggunakan hukum pidana. Terhadap pandangan yang demikian perlu diingatkan bahwa mendayagunakan hukum ini harus dipertimbangkan masak-masak, karena kita harus memandang hukum pidana itu sebagai hukum yang berfungsi subsidier, sebagaimana beberapa kali dikemukakan, hukum pidana hendaknya baru digunakan apabila upaya-upaya lain diperkirakan kurang mencapai hasil yang diharapkan atau malahan tidak sesuai.<sup>10</sup>

Dalam konsep pendekatan restoratif, tujuan penyelesaian tindak pidana adalah untuk memulihkan keadaan kepada kondisi semula. Prinsip utama penyelesaian tindak pidana melalui pendekatan restoratif adalah bagaimana mencari upaya yang dapat mengatasi berbagai konflik secara etis dan layak, mendorong seseorang untuk dapat melakukan kesepakatan sebagai bentuk penegasan dari nilai-nilai kompromi yang dapat menciptakan komunikasi yang bersifat memulihkan, sehingga segala bentuk kerusakan dan kerugian yang terjadi akibat terjadinya suatu tindak pidana dapat dipulihkan kepada kondisi semula.<sup>11</sup>

*Restorative justice* banyak diberikan makna, definisi atau pengertiannya oleh pakar-pakar hukum. Pada prinsipnya keadilan restoratif itu adalah konsep pemikiran yang tidak hanya merespon pengembangan sistem peradilan pidana

---

<sup>10</sup> Sudarto, 1983, *Hukum Pidana Dan Perkembangan Masyarakat, kajian terhadap pembaharuan hukum pidana*, Sinar Baru, Bandung, h. 40.

<sup>11</sup> Rufinus Hotmaulana Hutaauruk, 2013, *Penanggulangan Kejahatan Korporasi Melalui Pendekatan Restoratif Suatu Terobosan Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 255.

dengan menitikberatkan pada kebutuhan si pelaku, tetapi juga pelibatan korban dan masyarakat yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini. Menurut Howard Zehr, bahwa:

*“Restorative Justice” is a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offense and to collectively identify and address harms, needs, and obligation, in order to heal and put things as right as possible”*

(Keadilan restoratif adalah proses untuk melibatkan, dengan menggunakan segala kemungkinan, seluruh pihak terkait dan pelanggaran tertentu dan untuk mengidentifikasi serta menjalankan ancaman, kebutuhan dan kewajiban dalam rangka menyembuhkan serta menempatkan hal tersebut sedapat mungkin sesuai dengan tempatnya).<sup>12</sup>

Umbreit menjelaskan bahwa:

*Restorative justice is a “victim-centered response to crime that allows the victim, the offender, their families, and representative of the community to address the harm caused by the crime”.*

(Keadilan restoratif adalah “tanggapan terhadap tindak pidana yang berpusatkan pada korban yang mengizinkan korban, pelaku tindak pidana,

---

<sup>12</sup> Marwan Effendy (II), 2014, *Teeori Hukum dari perspektif kebijakan, perbandingan dan harmonisasi hukum pidana*, Referensi, Jakarta, hal. 131.

keluarga-keluarga mereka, dan para perwakilan dari masyarakat untuk menangani kerusakan dan kerugian yang dilakukan oleh tindak pidana”).<sup>13</sup>

Terhadap pandangan tersebut Daly mengatakan, bahwa konsep Umbreit tersebut memfokuskan kepada “memperbaiki kerusakan dan kerugian yang disebabkan oleh tindak pidana” yang harus ditunjang melalui konsep restitusi, yaitu “mengupayakan untuk memulihkan kerusakan dan kerugian yang diderita oleh para korban tindak pidana dan memfasilitasi terjadinya perdamaian”.<sup>14</sup>

Dengan demikian, tujuan dari *restorative* tersebut, ialah mengembalikan pelaku dan korban ke dalam masyarakat, agar mereka dapat menjadi anggota masyarakat yang bertanggung jawab, mematuhi hukum dan menjunjung tinggi nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Dalam proses penyelesaian tindak pidana melalui pendekatan restoratif, melekat suatu sanksi sebagai bentuk rasa pertanggungjawaban dari si pelaku terhadap korban yang dirugikan. Bentuk sanksi yang dipilih adalah bentuk sanksi yang bersifat memulihkan dan menjauhi bentuk sanksi yang bersifat pemenjaraan, dan pemilihan sanksi tersebut dilakukan atas kesepakatan sebagai syarat diterimanya pelaku dalam lembaga penyelesaian konflik serta syarat untuk diterimanya kembali pelaku ke dalam masyarakat. Dalam pandangan pendekatan restoratif, pemilihan jenis sanksi yang bersifat memulihkan dianggap jauh lebih penting dan lebih berdaya guna ketimbang sanksi yang menekankan pada hukuman

---

<sup>13</sup> Rufinus Hotmaulana Hutahuruk, *op.cit.*, hal. 106.

<sup>14</sup> *Ibid.*

pemenjaraan yang merupakan pilihan alternatif terakhir. Sanksi yang memulihkan akan dapat mengembalikan hubungan emosional yang terganggu dan mengembalikan seluruh kerugian material yang dialami oleh korban.<sup>15</sup>

Penyelesaian perkara pidana pada tingkat penyidikan, khususnya tindak pidana penggelapan sebagaimana diatur dalam Bab XXIV, Pasal 372 sampai dengan Pasal 377 KUHP yang dilakukan dengan pendekatan restorative justice merupakan alternatif penyelesaian perkara pidana yang dilakukan di luar jalur prosedural hukum positif yang berlaku sekarang. Selama ini dalam setiap penyelesaian perkara pidana selalu berakhir di pengadilan yang selalu dengan penjatuhan pidana oleh hakim terhadap pelaku, entah berapa besaran hukumannya. Hal ini secara filosofis-sosiologis terkadang tidak memuaskan semua pihak, oleh karena itu perlu adanya pemikiran penyelesaian perkara pidana melalui jalur ADR (*Alternative Dispute Resolution*), yang mengedepankan pendekatan restorative justice dengan maksud agar konflik yang terjadi antara pelaku dengan korban tindak pidana penggelapan dapat diselesaikan dengan jalan damai pada setiap tingkat lembaga peradilan, dalam hal ini khususnya pada tingkat penyidikan.

Problem pelaksanaan penyidikan dilapangan mengenai dugaan tindak pidana penggelapan yang diselesaikan melalui pendekatan restorative justice belum ada payung hukum yang baku dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Sementara ini, setiap penyelesaian perkara atau kasus-kasus dugaan tindak pidana di tingkat

---

<sup>15</sup> *Ibid.*

penyidikan yang penyelesaiannya melalui musyawarah mufakat dengan pendekatan restorative justice masih menggunakan diskresi.

Keadilan restoratif atau restorative justice merupakan suatu langkah khusus untuk menyelesaikan perkara pidana di luar badan peradilan. Meskipun tidak semua perkara pidana dapat diterapkan dalam sistem ini, namun penerapan sistem ini dapat dikatakan akan jauh lebih efektif dan maksimal dibandingkan dengan proses peradilan yang konvensional. Jenis perkara pidana yang dapat diselesaikan melalui restorative justice dapat mengacu pada Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 02 Tahun 2012 Tentang Penyesuaian Batas Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda dalam KUHP. Meskipun Perma ini hanya dapat diterapkan di lingkungan pengadilan, namun demikian diharapkan implementasi Perma tersebut dapat dikuatkan dengan adanya nota kesepakatan bersama (MoU) antara Ketua Mahkamah Agung, Menteri Hukum dan HAM, Jaksa Agung, Kepala Kepolisian RI, Nomor 131/KMA/SKB/X/2012, No.M.HH-07.HM.03.02 Tahun 2012, No.KEP-06/E/EJP/10/2012, No.B/39/X/2012 Tentang Pelaksanaan Penerapan Penyesuaian Batas Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda, Acara Pemeriksaan Cepat, serta Penerapan Keadilan Restoratif (*Restorative Justice*).

Muladi dalam Aji Sudarmaji, menyatakan model konsensus yang dianggap menimbulkan konflik baru harus diganti dengan model asensus, karena dialog antara yang berselisih untuk menyelesaikan masalahnya, adalah langkah yang sangat positif. Dengan konsep ini muncul istilah ADR yang dalam hal-hal tertentu

lebih memenuhi tuntutan keadilan dan efisien. ADR ini merupakan bagian dari konsep *restorative justice* yang menempatkan peradilan pada posisi mediator.<sup>16</sup>

Salah satu tugas pokok Polri dalam rangka melaksanakan penegakan hukum didasarkan pada ketentuan Pasal 13 huruf (b) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia. Sementara dalam kaitannya dengan Polri sebagai penyidik didasarkan kepada ketentuan Pasal 14 Ayat (1) huruf (g) Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, yang menyebutkan bahwa Kepolisian Negara Republik Indonesia bertugas melakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap semua tindak pidana sesuai dengan hukum acara pidana dan peraturan perundang-undangan lainnya. Jadi dapat dikatakan bahwa Undang Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia memberikan wewenang kepada Polri untuk melakukan tugas penyelidikan dan penyidikan, namun tidak secara eksplisit mengatur mengenai penyelidikan dan penyidikan, sehingga Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia ini masih tetap mengacu kepada KUHAP maupun peraturan perundangan lainnya yang berkaitan dengan penyelidikan dan penyidikan.

Dengan demikian Penyidikan merupakan suatu proses atau langkah awal yang merupakan suatu proses penyelesaian suatu tindak pidana yang perlu diselidik dan

---

<sup>16</sup> Aji Sudarmaji, 2017, *Konstruksi Mediasi Penal Dalam Penegakan Hukum Pidana Yang Berbasisi Nilai Keadilan Pancasila*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNISSULA, Semarangh, h. 28.

diusut secara tuntas di dalam sistem peradilan pidana, dari pengertian tersebut, maka bagian-bagian dari hukum acara pidana yang menyangkut tentang penyidikan adalah sebagai berikut: Ketentuan tentang alat-alat bukti, Ketentuan tentang terjadinya delik, Pemeriksaan di tempat kejadian, Pemanggilan tersangka atau terdakwa, Penahanan sementara, Penggeledahan, Pemeriksaan dan introgasi, Berita acara, Penyitaan, Penyampingan perkara, Pelimpahan perkara kepada penuntut umum dan pengembalian kepada Penyidik untuk disempurnakan.<sup>17</sup>

Aparat Kepolisian memiliki kewenangan Diskresi sebagaimana diatur dalam Undang Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, diatur dalam Pasal 18 Ayat (1), menyebutkan:

Untuk kepentingan umum pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri.

Sementara dalam Pasal 16 Ayat (2) Undang Undang Nomor: 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, menyebutkan:

Tindakan lain sebagaimana dimaksud dalam Ayat (1) huruf l adalah tindakan penyelidikan dan penyidikan yang dilaksanakan jika memenuhi syarat-syarat berikut:

1. Tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum;

---

<sup>17</sup> Andi Hamzah, 2006, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 118.

2. Selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan tindakan tersebut dilakukan;
3. Harus patut, masuk akal, dan termasuk dalam lingkungan jabatannya;
4. Pertimbangan yang layak berdasarkan keadaan yang memaksa, dan
5. Menghormati hak asasi manusia.

Mediasi penal (*mediation in criminal cases*) dalam kerangka diskresi kepolisian (*police discretion*) adalah merupakan sebuah upaya progresif yang hanya berkembang dalam praktek dan bukan merupakan tindakan hukum penghentian penyidikan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 Ayat (1) huruf i jo Pasal 109 Ayat (2) Undang-Undang Nomor: 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, fakta hukum menyatakan bahwa tindakan mediasi penal (*mediation in criminal cases*) adalah belum memiliki landasan hukum formil dalam sistem peradilan pidana Indonesia, oleh karenanya untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*) dan atau untuk melahirkan payung hukum bagi semua pihak yang terlibat di dalamnya, maka perlu diformulasikan suatu parameter obyektif dan mekanisme pelaksanaan mediasi penal (*mediation in criminal cases*) dalam penyidikan tindak pidana demi tercapainya keadilan berbasis *restorative justice* sehingga dipandang sangatlah perlu bahwa hukum formal yang berkaitan dengan hal tersebut dilakukan upaya terobosan hukum.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Direktorat Reserse Umum Polda Jateng, 2015, *Kajian Hukum Terhadap Tindakan Penghentian Penyidikan Tindak Pidana Berdasarkan Asas Keadilan (Gerechtigkei) Dan Kemanfaatan (Zweckmassigkeit)*, h. 5.

Ide penyusunan disertasi ini bermula dari adanya pikiran dan batin yang menggelitik akan konflik mengenai kasus-kasus yang mudah dan ringan yang diselesaikan tanpa dilandasi dengan nilai keadilan dan kemanfaatan, akan tetapi justru hanya menggunakan prosedur hukum formal yang harus berakhir di pengadilan, sebagaimana banyaknya kasus-kasus tindak pidana penggelapan, seperti penggelapan kendaraan, penggelapan sertifikat, penggelapan dana nasabah, penggelapan dana haji dan umroh, atau penggelapan barang-barang lainnya yang para pihaknya ingin menyelesaikan perkaranya agar tidak berlanjut sampai ke pengadilan dan ingin diakhiri dengan jalan damai. Kasus-kasus tersebut merupakan kasus yang seharusnya dapat diselesaikan melalui perdamaian dengan pendekatan restorative justice antara korban dan pelaku tindak pidana, namun demikian faktanya kasus-kasus tersebut meskipun para pihaknya ingin berdamai, akan tetapi oleh aparat penegak hukum (penyidik) justru diangkat menjadi suatu kasus yang diproses hingga persidangan dengan alasan perbuatan tersangka telah memenuhi unsur-unsur tindak pidana (hukum positif). Selain daripada itu, sampai saat ini belum ada regulasi yang membolehkan aparat penegak hukum dalam hal ini penyidik untuk menghentikan penyidikan dengan alasan adanya perdamaian antara korban dan pelaku tindak pidana. Atau dengan kata lain penyidik mengalami delematis dalam menangani perkara pidana, khususnya dalam tindak pidana penggelapan yang para pihaknya ingin berdamai dan menghentikan perkaranya, namun undang-undang (KUHAP) belum mengaturnya.

Dengan bertitik tolak dari pola-pola atau praktik-praktik penyelesaian perkara melalui perdamaian, atau melalui proses musyawarah secara kekeluargaan yang terjadi di masyarakat, maka sudah seyogyanya pola-pola penyelesaian perkara yang dapat memberikan rasa keadilan bagi pihak korban tindak pidana dan pelaku tindak pidana, dapat diakomodasi di dalam kebijakan perundang-undangan. Pembaharuan hukum dan sistem peradilan pidana yang bersandar pada nilai-nilai sosial budaya masyarakat Indonesia, dan dengan demikian merefleksikan nilai-nilai falsafah hidup Pancasila dan perkembangan global yang merefleksikan penghormatan pada nilai-nilai kearifan lokal (*local wisdom*), merupakan suatu keniscayaan.<sup>19</sup>

Berdasar uraian di atas, maka cukuplah alasan bagi penulis untuk menyusun disertasi dengan judul: **Rekonstruksi Pengaturan Penyidikan Tindak Pidana Penggelapan Yang Berbasis Restorative Justice.**

Mendasari pada pemaparan latar belakang permasalahan tersebut di atas dan untuk mendukung dalam penelitian ini perlu kiranya disampaikan pula penelitian yang dilakukan oleh penstudi terdahulu, yaitu:

1. Dwi Wahyono, dengan hasil penelitian: menitikberatkan dan menempatkan eksistensi konstruksi perdamaian yang dapat dijadikan sebagai payung hukum dalam implementasi *restorative justice* di tingkat penyidikan tindak pidana lalu lintas.

---

<sup>19</sup> Natangsa Surbakti, (II), 2015, *Peradilan Restoratif Dalam Bingkai Empiris, Teori Dan Kebijakan*, Genta Publishing, Yogyakarta, h. 210.

Secara legal praktis “perdamaian” dapat dijadikan payung hukum dalam implementasi *restorative justice* di tingkat penyidikan tindak pidana lalu lintas karena hal tersebut dikehendaki dan bisa diterima oleh para pihak yang terlibat dalam kecelakaan lalulintas, penyelesaian secara *restorative justice* tersebut didukung oleh pendapat tokoh agama, tokoh masyarakat, pimpinan DPRD, praktisi hukum (pengacara) dan akademisi, akan tetapi secara legal formal belum bisa.<sup>20</sup>

2. Nirmala Sari, dengan hasil penelitian: menitik beratkan dan menempatkan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara tindak pidana lingkungan hidup di luar pengadilan.

Mendiasi penal merupakan rekonstruksi terhadap cara penyelesaian perkara tindak pidana lingkungan hidup yang telah ada selama ini yakni melalui pengadilan. Konstruksi penyelesaian perkara TPLH melalui pengadilan sangat rumit, memakan waktu dan biaya besar, sedangkan penyelesaian perkara TPLH melalui mediasi penal relatif lebih sederhana, cepat dan biaya ringan. Dengan adanya mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian TPLH, maka penyelesaian perkara tindak pidana lingkungan hidup dapat dilakukan melalui proses pengadilan atau melalui proses mediasi penal.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Dwi Wahyono, 2014, *Rekonstruksi Perdamaian Sebagai Payung Hukum Dalam Implementasi Restorative Justice Tingkat Penyidikan Tindak Pidana Lalu Lintas Berdasarkan Hukum Progresif*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNISSULA, Semarang, h. 460.

<sup>21</sup> Nirmala Sari, 2011, *Mediasi Penal Sebagai Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, h. 314.

3. Trisno Raharjo, dengan hasil penelitian: menitik beratkan dan menempatkan mediasi pidana sebagai alternatif penyelesaian konflik yang terintegrasi dengan sistem peradilan pidana.

Ide dasar mediasi pidana berkembang sebagai alternatif penegakan hukum pidana, yang selama ini kurang memperhatikan korban dan masyarakat sebagai pihak dalam penyelesaian perkara tindak pidana. Pembaharuan hukum pidana atau *penal reform* perlu dilakukan untuk mengakomodasi mediasi pidana dalam penyelesaian konflik antara pelaku dan korban tindak pidana, terutama dengan mengembangkan ide *restorative justice*.<sup>22</sup>

4. Sulistyowati, dengan hasil penelitian: menitikberatkan pada kebijakan hukum di Kepolisian dan Kejaksaan dalam penerapan *restorative justice* tindak pidana penggelapan.

Bahwa penyelesaian hukum tindak pidana penggelapan di Indonesia saat ini, masih bersifat subjektif dan hanya didasarkan oleh pertimbangan-pertimbangan kemanusiaan. Pertimbangan yang diambil bersifat subjektif, karena memang belum ada payung hukum berupa peraturan-perundang-undangan yang eksplisit mengatur hal tersebut. Oleh karena itu payung hukum yang digunakan hanyalah berupa pengambilan kebijakan hukum yang disebut diskresi. Diskresi yang diambil hanyalah merupakan cara atau jalan di luar

---

<sup>22</sup> Trisno Raharjo, 2011, *Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penyelesaian Konflik Antara Pelaku Dan Korban Tindak Pidana Melalui Mediasi Pidana*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, h. 632.

pedoman proses sistem peradilan pidana. Dengan demikian, penyelesaian untuk perkara tindak pidana penggelapan, di tingkat penyidikan oleh Kepolisian, sifatnya hanya *win-win solution*, dan tidak dapat memenuhi asas kepastian hukum sebagaimana dikehendaki oleh penegakan hukum pidana formal.<sup>23</sup>

5. Natangsa Surbakti, dengan hasil penelitian: menitik beratkan pada pemberian maaf sebagai dasar bagi penyelesaian perkara pidana.

Pemberian maaf merupakan elemen utama dari pola penyelesaian perkara pidana dalam berbagai masyarakat di Indonesia yang dilakukan secara musyawarah mufakat dengan tujuan untuk memelihara kerukunan, kebersamaan dan terhindar dari perasaan dendam. Dengan lebih digunakannya pemberian maaf dalam penyelesaian perkara pidana yang berlangsung di luar pengadilan, sebagai penanda telah terjadinya perdamaian di antara pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya, maka pada perkara-perkarayang berstatus sebagai delik aduan menjadi alasan perkara tindak pidana tidak berlanjut pada pemeriksaan di pengadilan negeri.<sup>24</sup>

6. Aji Sudarmaji, dengan hasil penelitian: menitik beratkan pada penyelesaian perkara pidana melalui mediasi penal dengan jalan musyawarah mufakat pada semua tingkat lembaga peradilan.

---

<sup>23</sup> Sulistyowati, 2016, *Rekonstruksi Kebijakan Hukum Di Kepolisian dan Kejaksanaan dalam Penerapan Restorative Justice Untuk Tindak Pidana Penggelapan Yang Berbasis Hukum Progresif*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNISSULA, h. 509.

<sup>24</sup> Natangsa Surbakti, 2011, *Kebijakan Formulasi Pemberian Maaf Dalam Kebijakan Legislasi Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, h. 509.

Pelaksanaan mediasi penal saat ini, pada tingkat Advokat, kesepakatan perdamaian melalui mediasi antara pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya, ditindaklanjuti dengan dibuatnya surat perdamaian, dan perkaranya dianggap telah selesai. Pada tingkat penyidikan di Kepolisian sebelum dibuat/diterbitkan SPDP, maka dibuat surat perdamaian antara pelaku tindak pidana dengan korban atau keluarganya, dan perkaranya tidak dilanjutkan/dihentikan tanpa dibuat/diterbitkan SP3, sedangkan apabila dibuat/diterbitkan SPDP, dan BAP, maka korban diminta untuk membuat pencabutan laporan, dan dibuat BAP lanjutan baik terhadap korban maupun pelaku tindak pidana yang isinya mencabut keterangan pada BAP sebelumnya, sehingga pembuktian dibuat/dianggap tidak cukup bukti, maka proses penyidikan dihentikan dengan alasan tidak cukup bukti. (Pasal 109 Ayat (2) KUHAP), dibuat/diterbitkan SP3. Sementara pada tingkat penuntutan di Kejaksaan, meskipun telah ada perdamaian antara pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya, namun surat perdamaian tersebut tidak dapat dijadikan dasar untuk menghentikan penuntutan, akan tetapi hanya akan digunakan untuk meringankan tuntutan, dan perkaranya tetap dilanjutkan ke Pengadilan, kecuali terhadap Diversi dan pengesampingan perkara demi kepentingan umum (Asas Oportunitas), maka dibuat/diterbitkan Surat Keterangan Penghentian Penuntutan (SKP2). Pada tingkat Pengadilan, meskipun telah ada perdamaian antara pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya, namun surat perdamaian tersebut tidak dapat dijadikan sebagai

dasar untuk menghentikan persidangan, akan tetapi hanya akan digunakan untuk meringankan hukuman atau menyatakan tuntutan JPU tidak dapat diterima, kecuali terhadap Diversi. Hal tersebut tetap diputus dengan putusan/penetapan hakim. Pada tingkat Lembaga Pemasyarakatan (LP) Indonesia pada saat ini belum pernah dilaksanakan perdamaian antara narapidana/pelaku tindak pidana dengan korban atau keluarganya melalui mediasi.<sup>25</sup>

Langkah adanya upaya penyelesaian perkara pidana, khususnya tindak pidana penggelapan dengan pendekatan restorative justice yang mempertemukan pelaku dan korban tindak pidana secara langsung dalam bentuk perdamaian, dapat mengubah cara pandang hukum pidana yang selama ini dikenal statis dalam setiap menyelesaikan konflik dengan proses dan prosedur yang tetap dan formal. Dengan menggunakan pendekatan restorative justice dalam setiap penyelesaian perkara pidana, khususnya tindak pidana penggelapan di tingkat penyidikan, maka cara pandang hukum pidana yang formal tersebut dapat diubah ke arah hukum pidana yang humanistik. Karena di dalam penyelesaian perkara pidana dengan pendekatan restorative justice, fokus utamanya bukan pada pembalasan terhadap tindakan pelaku, akan tetapi pada upaya penyelesaian konflik, penyembuhan dan perdamaian yang pada gilirannya dapat mensejahterakan masyarakat. Pertemuan antara pelaku dan korban tindak pidana penggelapan bertujuan untuk memperbaiki kerusakan

---

<sup>25</sup> Aji Sudarmaji, *op.cit.* h. 407.

atau kerugian, baik terhadap korban, lingkungan maupun masyarakat luas. Oleh karena itu dengan adanya perdamaian akan didapat puncak keadilan yang tertinggi karena adanya kesepakatan para pihak yang terlibat dalam perkara pidana tersebut yaitu antara pihak pelaku tindak pidana dan korban. Pihak korban maupun pelaku tindak pidana diharapkan dapat mencari dan mencapai solusi serta alternatif terbaik untuk menyelesaikan perkara tersebut dengan pendekatan *restorative justice* untuk mencapai perdamaian. Implikasi dari pencapaian ini maka pihak pelaku tindak pidana dan korban dapat mengajukan kompensasi yang ditawarkan, kemudian dirundingkan dan disepakati perdamaian antar pihak korban dan pelaku tindak pidana, sehingga solusi yang dicapai bersifat solusi “menang-menang” (*win-win solution*) atau kemenangan bersama dan saling menguntungkan serta memenuhi nilai keadilan.

Bahwa pemidanaan harus selalu melihat kepada cara terbaik untuk menyelesaikan masalah tersebut, demikian isyarat yang diungkapkan oleh nas dalam penyelesaian perkara, baik perdata maupun pidana. Meskipun sudah ditentukan dalam nas atau ketentuan-ketentuan formal lainnya, penyelesaian yang dianggap lebih baik terlihat lebih diutamakan. Konsep Jinayah (hukum pidana Islam, hanya untuk tindak pidana qisos diyat) dalam hal ini lebih cenderung “mendengar” pilihan yang ditawarkan oleh pihak korban dalam penyelesaian kasus itu. Tentunya, hak korban tidak pula diabaikan begitu saja, bahkan dapat dikatakan

bahwa dalam Islam, pihak korban sebagai penentu utama pencapaian perdamaian dalam hal pidana.<sup>26</sup>

Dalam Islam sangat menekankan perdamaian dalam kehidupan sosial di tengah masyarakat, keadilan harus diterapkan bagi siapa saja walau dengan musuh sekalipun. Karena dengan ditegakkannya keadilan, maka tidak ada seorangpun yang merasa dikecewakan dan didiskriminasikan sehingga dapat meredam rasa permusuhan, dengan demikian konflik tidak akan terjadi.

Allah berfirman dalam Al- Qur'an surat Al-Mâidah (QS.5) ayat 8:

*Artinya: Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada taqwa. Dan bertaqwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.*

Jika aparat penegak hukum di Indonesia masih tebang pilih dalam menegakkan hukum dan keadilan, termasuk dalam perkara tindak pidana penggelapan, dan aparat penegak hukum juga tidak menjalankan amanah sebagaimana yang diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, maka tinggal tunggu saatnya negara akan menjadi hancur. Rasulullah bersabda:

---

<sup>26</sup> Mahrus Ali dan Syarif Nurhodayat, 2011, *Penyelesaian Pelanggaran HAM Barat In Court System & Out Court System*, Gratama Publishing, Jakarta, h. 280.

*Artinya: Sesungguhnya binasanya orang-orang sebelum kamu, karena apabila melakukan pencurian itu orang-orang terhormat di antara kamu, mereka biarkan. Dan apabila yang mencuri orang-orang yang lemah, mereka tegakkan hukum. Dan demi Allah, sekalipun yang melakukan pencurian itu Fatimah binti Muhammad, pasti kupotong tangannya.*

Pengampunan yang diberikannya berpengaruh bagi si pelaku kejahatan dan oleh karena itu si korban bisa memaafkan pelaku yang dikenai hukuman kisas dan menggantinya dengan hukuman diat atau bahkan bisa membebaskan dari hukuman diat. Dasar adanya hak memberikan pengampunan bagi korban atau walinya kepada pelaku kejahatan kisas/diat ialah :<sup>27</sup>

Firman Allah SWT dalam Surat al-Baqarah (QS.2) ayat 178 sebagai berikut:

*Artinya: Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu perma'afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (diat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan*

---

<sup>27</sup> Sri Endah Wahyuningsih (II), 2012, *Perbandingan Hukum Pidana Dari Perspektif Religious Law System*, UNISSULA PRESS, Semarang, h. 153.

*suatu rahmat. Barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih.*

Lebih lanjut Sri Endah Wahyuningsih menyatakan:<sup>28</sup> Keutamaan memaafkan ini dasarnya adalah Al-Qur'an surat Asy-Syuura (QS.42) ayat 40:

*Artinya: Dan balasan suatu kejahatan adalah kejahatan yang serupa, maka barangsiapa memaafkan dan berbuat baik maka pahalanya atas (tanggungan) Allah. Sesungguhnya Dia tidak menyukai orang-orang yang zalim.*

Prinsip permaafan ini merupakan prinsip yang sangat mulia, kerana permaafan dianjurkan bukan saja pada pelaku kejahatan yang dianggap ringan akan tetapi juga kepada pelaku kejahatan seperti pembunuhan dan penganiayaan.

Mendasari pada uraian di atas, maka pentingnya penelitian ini adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan dalam menyelesaikan konflik antara korban dan pelaku tindak pidana penggelapan, tidak seharusnya berakhir di pengadilan (dengan hukuman), karena penyelesaian perkara dengan putusan pengadilan (hakim) hanya memenuhi asas kepastian hukum, dan tidak memenuhi asas keadilan serta tidak memenuhi asas manfaat bagi para pihak, baik pihak pelaku tindak pidana maupun korban atau lebih luas lagi bagi masyarakat. Oleh karena itu hendaknya penyidik ke depan dalam setiap melakukan proses penyidikan terhadap perkara yang mudah dan ringan, khususnya perkara/tindak pidana penggelapan atau yang para pihaknya menghendaki dalam menyelesaikan masalahnya dengan

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, h. 157.

pendekatan restorative justice (perdamaian), maka penyidik seharusnya diberi “payung hukum”, agar dalam setiap penyelesaian perkara tersebut dapat menerapkan tindakan “penghentian penyidikan”.

Karena pada prinsipnya cara perdamaian adalah cara yang dibenarkan, agar suasana persaudaraan dapat terjalin dengan baik. Sepanjang perdamaian itu tidak dimaksudkan untuk mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram, maka diperbolehkan. Sebagaimana hadis Rasulullah saw:<sup>29</sup> *“Perdamaian itu diperbolehkan di antara kaum Muslimin, kecuali (perdamaian) untuk menghalalkan yang haram atau mengharamkan yang halal.”*

## **B. Rumusan Masalah**

Dari uraian di atas dapat penulis kemukakan, permasalahan yang hendak penulis bahas, yaitu:

1. Mengapa pelaksanaan penyidikan tindak pidana penggelapan di Indonesia saat ini belum berbasis restorative justice.
2. Bagaimana kelemahan pelaksanaan penyidikan tindak pidana penggelapan di Indonesia saat ini belum berbasis restorative justice.
3. Bagaimana rekonstruksi pengaturan penyidikan tindak pidana penggelapan di Indonesia yang berbasis restorative justice.

---

<sup>29</sup> Ahmad Rofiq, 2015, *Fiqih Mawaris*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, h. 202.

### C. Tujuan Penelitian

Tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah:

1. Untuk menganalisis pelaksanaan penyidikan tindak pidana penggelapan di Indonesia saat ini.

Pelaksanaan penyidikan tindak pidana penggelapan yang dilakukan oleh penyidik Polri hingga saat ini masih menggunakan cara-cara yang konvensional dengan proses hukum formal (*criminal justice system*) yang lebih mengedepankan kepastian hukum dibandingkan dengan cara informal cara-cara penyelesaian yang lebih humanis dalam bentuk perdamaian yang mengedepankan nilai keadilan dan kemanfaatan.

2. Untuk menganalisis kelemahan pelaksanaan penyidikan tindak pidana penggelapan di Indonesia saat ini.

Dalam pelaksanaan penyidikan tindak pidana penggelapan yang masih menggunakan cara-cara yang konvensional, tentunya akan mengalami hambatan-hambatan atau kelemahan-kelemahan dalam melakukan penyidikan. Lalu apa saja yang menjadi hambatan-hambatan atau kelemahan-kelemahan yang mengemuka dalam melakukan penyidikan terhadap perkara tindak pidana penggelapan, baik dari sisi peraturan perundang-undangan maupun dari sisi penyidik, pelaku dan korban.

3. Untuk merekonstruksi pengaturan penyidikan tindak pidana penggelapan di Indonesia yang berbasis *restorative justice*.

Pengaturan penyidikan tindak pidana penggelapan yang masih menggunakan peraturan perundang-undangan yang ada, belum memberikan adanya nilai keadilan dan kemanfaatan baik bagi korban maupun pelaku tindak pidana penggelapan. Oleh karena itu perlu dilakukan rekonstruksi yang berbasis restorative justice terhadap pengaturan tersebut, baik yang terdapat di dalam Pasal 109 Ayat (2) KUHP, dan Pasal 16 Ayat (2) UU Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, maupun yang terdapat di dalam Pasal 77 KUHP mengenai hapusnya kewenangan menuntut.

#### **D. Kegunaan Penelitian**

Adapun kegunaan atau manfaat yang diharapkan dari penelitian ini adalah:

##### **1. Teoritis**

Dengan adanya penelitian ini, maka:

Dapat membangun teori baru hukum pidana tentang restorative justice dalam konstruksi sistem hukum pidana di Indonesia.

Diharapkan dapat jadi bahan pemikiran bagi aparat penegak hukum, khususnya penyidik dalam menyelesaikan masalah tindak pidana penggelapan melalui restorative justice.

##### **2. Praktis**

Penelitian ini diharapkan dapat menambah pengetahuan penelitian yang berkaitan dengan restorative justice dalam konstruksi sistem hukum pidana Indonesia.

## **E. Kerangka Konseptual Disertasi**

### **a. Rekonstruksi Pengaturan Penyidikan Tindak Pidana Penggelapan Berbasis Restorative Justice**

Sebagaimana telah diuraikan dalam latar belakang permasalahan, maka yang menjadi penyebab adanya tindak pidana penggelapan sebenarnya di dasari karena adanya *wanprestatie* (ingkaran janji), yang dilakukan oleh pelaku tindak pidana, di mana kepercayaan yang diberikan oleh pemilik barang tersebut telah terjadi pelanggaran atas kesepakatan yang terbentuk pada saat penyerahan barang yang terjadi secara sah dan menimbulkan kerugian bagi pihak korban tindak pidana.

Proses peradilan pidana konvensional memerlukan waktu yang panjang dan biaya yang besar, karena setiap perkara yang diproses secara formal hingga adanya putusan di pengadilan tidak memuaskan semua pihak, baik korban, pelaku maupun masyarakat dan sesuai dengan asas peradilan yang cepat, sederhana dan biaya murah. Putusan pengadilan hanya memenuhi asas kepastian hukum, sementara asas kemanfaatan dan keadilan tidak nampak jelas dalam kenyataannya.

Problem pelaksanaan penyidikan dilapangan mengenai dugaan tindak pidana penggelapan yang diselesaikan melalui pendekatan restorative justice belum ada payung hukum yang baku dalam bentuk peraturan perundang-undangan. Sementara ini, setiap penyelesaian perkara atau kasus-kasus dugaan tindak

pidana di tingkat penyidikan yang penyelesaiannya melalui musyawarah mufakat dengan pendekatan restorative justice masih menggunakan diskresi.

Dengan demikian Penyidikan merupakan suatu proses atau langkah awal yang merupakan suatu proses penyelesaian suatu tindak pidana yang perlu diselidik dan diusut secara tuntas di dalam sistem peradilan pidana, dari pengertian tersebut, maka bagian-bagian dari hukum acara pidana yang menyangkut tentang penyidikan adalah sebagai berikut: Ketentuan tentang alat-alat bukti, Ketentuan tentang terjadinya delik, Pemeriksaan di tempat kejadian, Pemanggilan tersangka atau terdakwa, Penahanan sementara, Penggeledahan, Pemeriksaan dan introgasi, Berita acara, Penyitaan, Penyampingan perkara, Pelimpahan perkara kepada penuntut umum dan pengembalian kepada Penyidik untuk disempurnakan.

Mendasari pada cara berfikir (*mindset*) formalistik tersebut di atas, ditambah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang KUHP, khususnya Pasal 109 Ayat (2), tidak membuka ruang kepada penyidik untuk dapat menghentikan proses penyidikan tindak pidana penggelapan, demikian pula terhadap Pasal 16 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negera Republik Indonesia serta Pasal 77 KUHP yang berkenaan dengan hapusnya kewenangan menuntut.

Langkah adanya upaya penyelesaian perkara pidana, khususnya tindak pidana penggelapan dengan pendekatan restorative justice yang mempertemukan pelaku dan korban tindak pidana secara langsung dalam bentuk perdamaian, dapat mengubah cara pandang hukum pidana yang selama

ini dikenal statis dalam setiap menyelesaikan konflik dengan proses dan prosedur yang tetap dan formal. Dengan menggunakan pendekatan restorative justice dalam setiap penyelesaian perkara pidana, khususnya tindak pidana penggelapan di tingkat penyidikan, maka cara pandang hukum pidana yang formal tersebut dapat diubah ke arah hukum pidana yang humanistik. Karena di dalam penyelesaian perkara pidana dengan pendekatan restorative justice, fokus utamanya bukan pada pembalasan terhadap tindakan pelaku, akan tetapi pada upaya penyelesaian konflik, penyembuhan dan perdamaian yang pada gilirannya dapat mensejahterakan masyarakat. Pertemuan antara pelaku dan korban tindak pidana penggelapan bertujuan untuk memperbaiki kerusakan atau kerugian, baik terhadap korban, lingkungan maupun masyarakat luas.

Penyelesaian perkara pidana pada tingkat penyidikan, khususnya tindak pidana penggelapan sebagaimana diatur dalam Bab XXIV, Pasal 372 sampai dengan Pasal 377 KUHP yang dilakukan dengan pendekatan restorative justice merupakan alternatif penyelesaian perkara pidana yang dilakukan di luar jalur prosedural hukum positif yang berlaku sekarang.

Oleh karena itu dengan adanya perdamaian akan didapat puncak keadilan yang tertinggi karena adanya kesepakatan para pihak yang terlibat dalam perkara pidana tersebut yaitu antara pihak pelaku tindak pidana dan korban. Pihak korban maupun pelaku tindak pidana diharapkan dapat mencari dan mencapai solusi serta alternatif terbaik untuk menyelesaikan perkara tersebut dengan pendekatan restorative justice untuk mencapai perdamaian. Implikasi

dari pencapaian ini maka pihak pelaku tindak pidana dan korban dapat mengajukan kompensasi yang ditawarkan, kemudian dirundingkan dan disepakati perdamaian antar pihak korban dan pelaku tindak pidana, sehingga solusi yang dicapai bersifat solusi “menang-menang” (*win-win solution*) atau kemenangan bersama dan saling menguntungkan serta memenuhi nilai keadilan.

Konsep sanksi pemidanaan dalam keadilan restoratif tidak mengenal pemidanaan yang bertujuan untuk membalas, tetapi lebih mengarah pada konsep pemulihan konflik antara pihak yang menjadi korban dengan pihak yang melakukan suatu tindak pidana.

#### **b. Pemikiran Restorative Justice Dalam Proses Penyidikan**

Pemikiran tentang perlunya penyelesaian perkara tindak pidana di luar pengadilan telah berkembang, hal tersebut dapat dilihat antara lain dalam tulisan Barda Nawawi Arief. Barda Nawawi Arief melakukan kajian terhadap perkembangan pemikiran berbagai negara serta dokumen dan rekomendasi internasional tentang mediasi penal, sampai pada pemikiran tentang kebijakan pengaturan ADR atau mediasi penal di Indonesia, baik yang senyatanya (*das sein*) maupun yang seharusnya (*das sollen*)<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Barda Nawawi Arief, *Aspek Kebijakan Mediasi Penal dalam Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Makalah disampaikan dalam Seminar Nasional “Pertanggungjawaban Hukum Korporasi dalam Konteks *Good Corporate Governance*”, yang diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum di Inter Continental Hotel, Jakarta, pada tanggal 27 Maret 2007, dalam Nirmala Sari, 2010, *Mediasi Penal Sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup Di Luar Pengadilan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, h.9.

Untuk mewujudkan pemikiran tentang kebijakan pengaturan ADR dengan jalan restorative justice tersebut, maka perlu dibuat suatu peraturan perundang-undangan mengenai restorative justice perkara pidana atau melakukan rekonstruksi terhadap KUHP dan KUHAP agar pemikiran ide restorative justice perkara pidana dapat dimasukkan dalam pasal-pasal RKUHP atau RKUHAP.

Dalam merekonstruksi KUHAP dan KUHP atau undang-undang lainnya tentu tidak akan lepas dengan berdasarkan pada teori-teori yang berkaitan dengan pembentukan suatu perundang-undangan. Untuk membentuk undang-undang tentu tidak akan terlepas pula dari teori yang dikembangkan oleh Hans Kelsen yang dikenal dengan *Stufenbau Theorie* (Teori Hukum Murni) menyatakan bahwa sistem hukum merupakan sistem anak tangga dengan kaidah berjenjang di mana norma hukum yang paling rendah harus berpegangan pada norma hukum yang lebih tinggi, dan kaidah hukum yang tertinggi (konstitusi) harus berpegangan pada norma hukum yang paling mendasar (*grundnorm*).

Teori *grundnorm* (norma dasar) ini banyak dikembangkan oleh ahli hukum positivisme, utamanya oleh Hans Kelsen. Apa yang dimaksud dengan *grundnorm* (norma dasar) adalah kaidah-kaidah yang paling fundamental tentang kehidupan manusia di mana di atas norma dasar tersebut dibuatlah kaidah-kaidah hukum lain yang lebih konkret dan lebih khusus. Biasanya, norma dasar yang berlaku dalam suatu negara ditulis dalam konstitusi dari negara tersebut. Suatu norma dasar tidak dengan sendirinya mengikat secara

hukum tanpa kehadiran suatu aturan hukum pada tataran yang lebih konkret berupa norma hukum yang valid.<sup>31</sup>

Esensi teori yang dikemukakan oleh Hans Kelsen pada hierarki dari peraturan perundang-undangan yang akan dibuat. Peraturan perundang-undangan yang:

1. lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan undang-undang yang lebih tinggi; dan
2. peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tidak boleh bertentangan dengan undang-undang yang lebih tinggi lagi.<sup>32</sup>

Cita hukum (*rechtsidee*) mengandung arti gagasan besar suatu masyarakat mengenai sistem hukum yang akan dianut oleh masyarakat yang bersangkutan. Contohnya di Indonesia. Sebagai cita hukumnya, yaitu Pancasila. Kelima sila yang tercantum di dalamnya merupakan cita hukum rakyat Indonesia di dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara secara positif, memberikan bimbingan dan pedoman dalam semua kegiatan, serta memberi isi kepada setiap peraturan perundang-undangan. *Staatsfundamentalnorm*, yaitu terdapat dalam Pembukaan UUD 1945 dan Batang Tubuhnya. *Staatsgrundgesetz*, yaitu Ketetapan MPR. *Formellgesetz*, yaitu undang-undang organik yang merupakan penjabaran dari UUD 1945. *Verordnung* dan *autonome satzung*, yaitu aturan

---

<sup>31</sup> Munir Fuady (II), 2013, *Teori-Teori Besar (grand Theory) Dalam Hukum*, Kencana, Jakarta, h. 138.

<sup>32</sup> H. Salim dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis Dan Disertasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 57.

pelaksanaan dan aturan otonom, seperti Peraturan Pemerintah dan peraturan perundang-undangan di bawahnya.<sup>33</sup>

Hukum bukan merupakan suatu institusi yang absolut dan final, melainkan sangat bergantung pada bagaimana manusia melihat dan menggunakannya. Manusalah (Santos, “emansipasi”) yang merupakan penentu. Memang menghadapkan manusia kepada hukum mendorong kita melakukan pilihan-pilihan yang rumit. Tetapi pada hakekatnya teori-teori hukum yang ada berakar pada kedua faktor tersebut. Semakin landasan suatu teori bergeser ke faktor hukum, semakin menganggap hukum sebagai sesuatu yang mutlak, otonom dan final. Semakin bergeser ke manusia, semakin teori tersebut ingin memberikan ruang kepada faktor manusia.<sup>34</sup>

Tindak pidana penggelapan yang dilakukan oleh pelaku tidak pidana terhadap korban, penyelesaian atas peristiwa tersebut dapat dilakukan dengan pendekatan restorative justice dan tidak harus diselesaikan melalui prosedur formal. Apabila kedua belah pihak sepakat untuk berdamai dengan berbagai persyaratan, maka harus dibuat surat perdamaian yang mengikat kedua belah pihak dan perkaranya dianggap telah selesai yang selanjutnya atas dasar surat perdamaian tersebut pihak penyidik wajib menerbitkan Surat Perintah Penghentian Penyidikan (SP3), namun apabila tidak ada kesepakatan, maka perkara tersebut ditindak lanjuti dengan melakukan penyidikan sesuai prosedur

---

<sup>33</sup> *Ibid*, h. 59.

<sup>34</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *op.cit.*, h. 33.

hukum yang berlaku. Sepanjang perkaranya belum dilimpahkan ke kejaksaan, maka masih ada ruang untuk diupayakan penyelesaian perkara/tindak pidana tersebut dengan pendekatan restorative justice.

## **F. Kerangka Teori Disertasi**

### **a. Grand Teori – Teori Keadilan Pancasila**

Penelitian ini menggunakan Teori Keadilan sebagai grand teori (*grand theory*), yaitu: Teori Keadilan Pancasila. Hukum yang berkeadilan berdasarkan Pancasila adalah rumusan keadilan yang terlaksana dalam masyarakat Indonesia adalah keadilan yang menekankan pada keseimbangan antara hak dan kewajiban yaitu hak untuk menikmati hasil pembangunan dengan kewajiban darma baktinya. Dengan adanya rumusan keadilan ini, maka pembangunan hukum nasional dalam negara hukum Pancasila pada dasarnya bertujuan mengarahkan untuk melindungi:<sup>35</sup>

- 1) Segenap bangsa Indonesia,
- 2) Seluruh tumpah darah Indonesia,
- 3) Cita-cita dan tujuan bangsa Indonesia,
- 4) Masyarakat Indonesia dan individu-individu,
- 5) Jiwa, kebebasan individu, kehormatan, dan harta bendanya,

---

<sup>35</sup> Teguh Prasetyo dan Arie Purnomosidi, 2014, *Membangun Hukum Berdasarkan Pancasila*, Nusa Media, Bandung, h. 163.

6) Pelaksanaan pembangunan hukum (hukum harus berfungsi sebagai sarana penunjang perkembangan modernisasi dan pembangunan yang menyeluruh).

Ajaran filsafat bernegara bangsa yang dibingkai dalam sebuah ideologi negara yang disebut Pancasila merupakan landasan utama semua penyelenggaraan negara Indonesia dan hukum sebagai produk negara tidak dapat dilepaskan dari falsafah negaranya sehingga filsafat hukum tidak dapat dilepaskan dari pemikiran filsafat dari negaranya.<sup>36</sup>

Keadilan berdasarkan Pancasila merupakan prinsip dasar yang digunakan untuk memperoleh keadilan dalam hukum. Keadilan berdasar Pancasila muncul dari kelima prinsip-prinsip yaitu sila-sila Pancasila. Karakteristik keadilan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia dan memberikan kesamaan hak di dalam memperoleh keadilan. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila merupakan prinsip dasar keadilan yang diadopsi dari sila-sila Pancasila. Keadilan yang berdasar atas ketuhanan Yang Maha Esa, keadilan yang mencerminkan persatuan dan kesatuan bangsa, keadilan yang mengutamakan hak asasi manusia, keadilan yang muncul dari proses negara demokrasi, dan keadilan yang sama dalam arti persamaan bagi seluruh rakyat Indonesia dalam memperoleh keadilan. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila mencerminkan keadilan yang diperoleh dari Tuhan Yang Maha Esa, yang

---

<sup>36</sup> Suko Wiyono dalam Syamsul Fatoni, 2015, *Pembaharuan Sistem Pemidanaan*, Setara Press, Malang h. 205.

memberikan seluas-luasnya kebebasan bagi warga negara dalam memeluk agama masing-masing tanpa ada paksaan. Keadilan semacam ini memberikan persamaan bagi warga negara untuk berhak menentukan agamanya tanpa ada paksaan dari pihak manapun. Selain itu dengan prinsip yang pertama dari Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, bangsa Indonesia memiliki keadilan berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa dengan kata lain keadilan yang diwujudkan berasal dari Tuhan Yang Maha Esa dan diakui kebenarannya oleh seluruh rakyat Indonesia.<sup>37</sup>

Posisi Pancasila terhadap sistem hukum nasional adalah menempatkan ide dasar yang ada dalam Pancasila dalam filsafat hukumnya sehingga nilai-nilai Pancasila secara yuridis mengilhami UUD 1945 yang implementasinya pada peraturan perundang-undangan yang ada.<sup>38</sup>

Berdasarkan filsafat dan teori hukum tersebut di atas, pembaharuan hukum merupakan suatu keniscayaan dengan adanya perkembangan masyarakat. Dengan adanya perkembangan masyarakat tersebut maka hukum-pun harus berkembang mengikuti perkembangan masyarakat agar hukum dapat menjawab kepentingan dan kebutuhan masyarakat tersebut sehingga dapat tercapai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan hukum bagi masyarakat. Perkembangan hukum pidana saat ini sudah dipandang perlu untuk diadakan pembaharuan-pembaharuan hukum. Hukum pidana akan datang yang perlu

---

<sup>37</sup> <file:///C:/Users/Aji-PC/Downloads/1545-3701-1-SM.pdf> diakses tgl 16 Agustus 2019.

<sup>38</sup> Syamsul Fatoni, *Op.cit.*, h. 205.

dijadikan kajian adalah menyangkut Rancangan Undang-Undang Kitab Hukum Pidana (KUHP, Rancangan Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi) dan isu-isu aktual lain seputar hukum pidana dewasa ini.<sup>39</sup>

Menurut konsep keadilan restoratif, sistem peradilan pidana harus mendukung terciptanya masyarakat yang damai dan adil, sistem peradilan seharusnya ditujukan untuk menciptakan perdamaian, bukan untuk menghukum. Para pendukung keadilan restoratif memandang upaya negara untuk menghukum dan mengawasi (sebagaimana pendekatan retributif) justru telah memicu orang melakukan kejahatan-kejahatan berikutnya, bukan membuat orang takut melakukan kejahatan. Permasalahan yang mendasar ialah sulitnya konsep keadilan restoratif ini diterima karena pandangan terhadap pelaku kejahatan tersebut digeneralisir dan dilandaskan oleh suatu kebencian, dendam atau ketidaksukaan bukan kepada kepentingan yang lebih luas di dalam pemeberlakuan hukum pidana dengan mempertimbangkan keseimbangan antara kepentingan pelaku dan korban.<sup>40</sup>

#### **b. Middle Teori – Teori Tujuan Pemidanaan**

Selanjutnya mengenai *Middle Theory*, teori ini juga disebut sebagai teori antara. Teori yang digunakan adalah Teori Tujuan Pemidanaan. Dalam hukum pidana, terdapat teori-teori yang menjelaskan tujuan dan nilai-nilai moral yuridis yang memberikan pembenaran terhadap pemidanaan. Membicarakan

---

<sup>39</sup> Teguh Prasetyo, *Op.cit.*, hal. 82.

<sup>40</sup> *Ibid*, h. 135.

mengenai hal itu maka orang dengan sendirinya berada dalam pembicaraan mengenai pemidanaan. Dikatakan demikian karena pembenaran terhadap pemidanaan atau kalau mau bersifat netral maka falsifikasi adalah merupakan persoalan yang berkaitan dengan nilai-nilai atau moralitas yuridis. Ada pandangan bahwa pembenaran terhadap pemidanaan adalah suatu persoalan moralitas. Ada pandangan yang mengemukakan bahwa kebanyakan penulis moderen entah itu filsuf, juga ilmuwan dibidang hukum, tidak ketinggalan pula pengadilan, advokat dan penasihat hukum, membicarakan mengenai pemidanaan, bahwa hukum membutuhkan teori hukum untuk memberikan legitimasi atau mungkin pula falsifikasi. Untuk itu maka perdebatan teoritis tentang bentuk-bentuk pembenaran terhadap penjatuhan hukuman akan lebih mendatangkan manfaat apabila perdebatan tersebut diarahkan ke arah dapat politik tentang institusi-institusi kemasyarakatan, dan dimasukkan ke dalam teori politik, ketimbang hanya melulu murni persoalan moral tentang perilaku dari pelaku tindak pidana maupun para aparat yang berwajib atau penegak hukum yang menangani perkara-perkara pidana.<sup>41</sup>

Untuk menjelaskan fenomena sosial dalam bidang hukum pidana yang sedang berkembang di dalam masyarakat dan juga untuk mengolah sejumlah data yang belum mempunyai arti, maka diperlukan adanya teori-teori hukum.

---

<sup>41</sup> Guyora Binder dalam Dahlan Sinaga, 2017, *Penegakan Hukum Dengan Pendekatan Diversi (Perspektif Teori Keadilan Bermartabat)*, Nusa Media, Yogyakarta, h. 56.

Contohnya latar belakang suatu kejahatan, latar belakang suatu tindakan anarkis, dan latar belakang korporasi dijadikan salah satu subjek hukum.

Seperti yang telah dijelaskan di atas bahwa pembaruan hukum pidana memerlukan landasan teori, yang mana teori tersebut merupakan teori yang telah berkembang atau sudah lebih maju dari teori sebelumnya. Teori yang telah berkembang akan menjawab tekanan-tekanan terhadap teori sebelumnya, hingga walau pada akhirnya teori tersebut akan mendapat tekanan dan digantikan oleh teori yang baru lagi.<sup>42</sup> Adapun teori tujuan pemidanaan dapat dijelaskan sebagai berikut:

**a. Teori Retributive atau Teori Absolut**

Teori absolut lahir pada aliran klasik dalam hukum pidana. Menurut teori ini pembalasan adalah legitimasi pemidanaan. Negara berhak menjatuhkan pidana karena penjahat telah melakukan penyerangan dan perkosaan pada hak dan kepentingan hukum yang telah dilindungi. Vos dalam *Leerbook*-nya berkomentar, “*De absolute theorieen, die vooral tegen het eind det 18e eeuw opkomen, zoeken de rechtsgrond vab de straf in de begane misdaad: die misdaad op zich zelf is voldoende grond om de dader te bestraffen.....*” (Teori absolut, terutama bermunculan pada akhir abad ke-18, mencari dasar hukum

---

<sup>42</sup> <http://alienjustitia.blogspot.com/p/perkembangan-teori-pemidanaan.html>

pemidanaan terhadap kejahatan: kejahatan itu sendiri dilihat sebagai dasar dipidananya pelaku).<sup>43</sup>

Selanjutnya teori absolut atau teori pembalasan yang menjadi dasar pijakan aliran klasik terdiri dari atas pembalasan subjektif dan pembalsan objektif. Vos menyatakan, “*Subjectieve vergelding is vergelding van de schuld va de dader, naar mate van het verwijt, .....; objectieve vergelding is vergelding naar mate van dat, wat de dader door zijn toedoen.....*” (Pembalasan subjektif adalah pembalasan kesalahan pelaku, pembalasan terhadap pelaku yang tercela, .....; pembalasan objektif adalah pembalasan terhadap perbuatan, perbuatan apa yang telah dilakukan oleh pelaku.....).<sup>44</sup>

Muladi mengungkapkan, menurut teori ini pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*). Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi dasar pembenaran dari pidana terletak pada adanya atau terjadinya kejahatan itu sendiri. Menurut Johannes Andenaens tujuan utama (primair) dari pidana menurut teori absolut ialah “untuk memuaskan tuntutan keadilan” (*to satisfy the claims of justice*) sedangkan pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah sekunder. Tuntutan keadilan yang sifatnya absolut ini terlihat dengan jelas dalam

---

<sup>43</sup> Eddy O.S. Hiariej, 2014, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hal. 31.

<sup>44</sup> *Ibid.*

pendapat Immanuel Kant di dalam bukunya “*Philosophy of Law*” sebagai berikut:

“..... Pidana tidak pernah dilaksanakan semata-mata sebagai sarana untuk mempromosikan tujuan/kebaikan lain, baik bagi si pelaku itu sendiri maupun bagi masyarakat, tetapi dalam semua hal harus dikenakan hanya karena orang yang bersangkutan telah melakukan suatu kejahatan”.

Bahkan walaupun seluruh anggota masyarakat sepakat untuk menghancurkan dirinya sendiri (membubarkan masyarakat) pembunuh terakhir yang masih berada di dalam penjara harus dipidana mati sebelum resolusi/keputusan pembubaran masyarakat itu dilaksanakan. Hal ini harus dilakukan karena setiap orang seharusnya menerima ganjaran dari perbuatannya, dan perasaan balas dendam tidak boleh tetap ada pada anggota masyarakat, karena apabila tidak demikian mereka semua dapat dipandang sebagai orang yang ikut ambil bagian dalam pembunuhan itu yang merupakan pelanggaran terhadap keadilan umum”.<sup>45</sup>

Penganut teori absolut ini antara lain adalah Immanuel Kant, Hegel, Herbart dan Julius Stahl. Pendapat Kant, pidana adalah etik; praktisnya adalah suatu ketidakadilan, oleh karena itu kejahatan harus dipidana (*de straf als eis van ethiek; de practische rede eist onvoorwaardelijk. Dat op het misdrijf des straf volgt*). Menurut Hegel, kejahatan adalah pengingkaran terhadap hukum,

---

<sup>45</sup> Muladi dan Barda Nawawi Arif, (I), 1984, *Teori – Teori Dan Kebijakan Pidana* Alumni, Bandung, hal. 10.

kejahatan tidak nyata keberadaannya, dengan penjatuhan pidana kejahatan dihapus (*de misdaad is een negative van het recht, dat wezenlijk is; de misdaad heeft dus slecht een schijnbestaan, dat dan weer door de straf wordt opgeheven*). Sedangkan Hebart menyatakan, kejahatan yang tidak dibalas tidak disenangi. Tuntutan yang harus dipenuhi bahwa pelaku mengalami beratnya nestapa seperti ia mengakibatkan orang lain menderita (*de overgolden misdaad mishaaft. Het is dus een eis van aesthetische noodwendigheid, dat de dader een gelijk quantum leed ondervindt als hij heeft doen lijden*). Sementara Stahl mengemukakan bahwa pidana adalah keadilan Tuhan. Penguasa sebagai wakil Tuhan di dunia harus memberlakukan keadilan Tuhan di dunia (*de straf als eis van goddelijke gerechtigheid. De overheid als vertegenwoordigster van God op aarde heeft die goddelijk gerechtigheid tot gelding te brengen*).<sup>46</sup>

#### **b. Teori Tujuan atau Teori Relatif**

Jika teori absolut menyatakan bahwa tujuan pidana sebagai pembalasan, maka teori relatif mencari dasar pembedaan adalah penegakan ketertiban masyarakat dan tujuan pidana untuk mencegah kejahatan (*..... relatieve theoriee, deze zoeken de rechtsgrond van de straf in de handhaving der maatschappelijke orde en bijgevolg is het doel der straf preventie der misdaad.....*). teori relatif juga disebut sebagai teori relasi atau teori tujuan. Hal ini karena relasi antara ketidakadilan dan pidana bukanlah hubungan secara

---

<sup>46</sup> Eddy O.S. Hiariej, *op.cit.*, hal. 32.

*apriori*. Hubungan antara keduanya dikaitkan dengan tujuan yang hendak dicapai pidana, yaitu perlindungan kebendaan hukum dan penangkal ketidakadilan (..... *tussen onrecht en straf bestaat hier niet dat aprioristische begrijpsverband. Hun relatie ligt in iest daarbuiten, in het met de straf te bereiken doel, de bescherming der rechtsgoederen, het afweren van onrecht.....*).<sup>47</sup>

Menurut teori ini memidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Oleh karena itu menurut J. Andenaesm, teori ini dapat disebut “teori perlindungan masyarakat” (*the theory of social defence*).<sup>48</sup>

Menurut Nigel Walker teori ini lebih tepat disebut teori aliran reduktif (*the “reductive” poin of view*) karena dasar pembenaran pidana menurut teori ini ialah untuk mengurangi frekuensi kejahatan. Oleh karena itu para penganutnya dapat disebut golongan “*Reducers*” (penganut teori reduktif). Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itu teori inipun sering juga disebut teori tujuan (*Utilitarian theory*). Jadi dasar pembenaran adanya pidana menurut teori ini adalah terletak pada tujuan. Pidana dijatuhkan bukan “*quia peccatum est*”

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, hal. 33.

<sup>48</sup> Muladi dan Barda Nawawi Arif, (I), *op.cit.*, hal. 16.

(karena orang membuat kejahatan) melainkan “*ne peccetur*” (supaya orang jangan melakukan kejahatan).<sup>49</sup>

### c. Teori Gabungan

Vos secara tegas menyatakan bahwa selain teori absolut dan teori relatif juga terdapat kelompok ketiga yang disebut teori gabungan. Di sini terdapat suatu kombinasi antara pembalasan dan ketertiban masyarakat “..... *de derde groep, de verenigingstheorieen. Hier vindt men een combinatie van de gedachten der vergelding en der bescherming van de maatschappelijke orde*). Masih menurut Vos, selain titik berat pada pembalasan, maksud dari sifat pembalasan itu dibutuhkan untuk melindungi ketertiban hukum (..... *men kan als uitgangspunt de vergelding nemen en deze dan beperken in die zin, dat niet verder mag worden gegaan dan voor de handhaving der rechtsorde nodig is*). Sebagai penganut teori gabungan, Vos menyatakan titik berat yang sama pada pidana adalah pembalasan dan perlindungan masyarakat (..... *dat de straf tegelijk voldoet en aan de eis van vergelding en aan die der maatschappelijke bescherming*). Dengan demikian, Vos memberi bobot yang sama antara pembalasan dan perlindungan masyarakat.<sup>50</sup>

Penganut teori gabungan lainnya adalah Zevenbergen, seorang ahli hukum pidana Jerman. Zevenbergen lebih menitik beratkan pada pembalasan, namun bertujuan melindungi tertib hukum, karena respek terhadap hukum dan

---

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Eddy. O.S. Hiariej, *op.cit.*, hal. 34.

penguasa (*..... dat het wezen der straf vergelding is, maar het doel bescherming der rechtsorde, omdat nemelijk door de straf het respect voor recht en overheid hersteld en behouden wordt*). Masih menurut Zevenbergen, pada hakikatnya pidana adalah suatu *ultimum remedium*. Sedangkan penganut teori gabungan yang lebih menitikberatkan perlindungan masyarakat daripada pembalasan adalah Simon. Menurutnya, prevensi umum terletak pada pidana yang diancamkan, dan subsider – sifat dari pidana terhadap pelaku – prevensi khusus, menakutkan, memperbaiki dan melenyapkan (*..... de generale preventie, in de strafbedreiging gelegen, en subsidair – waar de strafbedreigingblijkbaar voor de dader niet voldoende was – speciale preventie, bestaande in afschrikking, verbetering en onschadelijkmaking.....*).<sup>51</sup>

#### **d. Dalam RUU KUHP**

Rancangan KUHP tahun 2018 menyebutkan tujuan pidanaan diatur dalam Pasal 54, yaitu:

(1) Pidanaan bertujuan:

- a. mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
- b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;

---

<sup>51</sup> *Ibid.* hal. 35.

- c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
- d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

(2) Pidana tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia.

Selain adanya tujuan pidana, Rancangan KUHP juga mengatur mengenai pedoman pidana sebagai mana tercantum dalam Pasal 55, yaitu:

- (1) Dalam pidana wajib dipertimbangkan :
- a. kesalahan pembuat tindak pidana;
  - b. motif dan tujuan melakukan tindak pidana;
  - c. sikap batin pembuat tindak pidana;
  - d. apakah tindak pidana dilakukan dengan berencana;
  - e. cara melakukan tindak pidana;
  - f. sikap dan tindakan pembuat sesudah melakukan tindak pidana;
  - g. riwayat hidup dan keadaan sosial ekonomi pembuat tindak pidana;
  - h. pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat tindak pidana;
  - i. pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarganya;
  - j. pemaafan dari korban dan/atau keluarganya; dan/atau
  - k. pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan.

(2) Ringannya perbuatan, keadaan pribadi pembuat atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, dapat dijadikan dasar pertimbangan untuk tidak menjatuhkan pidana atau mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan.

### **c. Applied Teori – Teori Hukum Progresif**

Teori hukum progresif dari Satjipto Rahardjo yang digunakan dalam *Applied Theory*. Hukum progresif tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak dan final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran tersebut, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaannya dapat diverifikasikan ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakekat “hukum yang selalu dalam proses menjadi” (*law as process, law in the making*). Hukum tidak ada untuk hukum itu sendiri, tetapi untuk manusia. Hukum progresif merupakan koreksi terhadap kelemahan sistem hukum moderen yang sarat dengan birokrasi dan prosedur, sehingga sangat berpotensi meminggirkan kebenaran dan keadilan.<sup>52</sup>

Apabila hukum bertumpu pada “peraturan dan perilaku”, maka hukum progresif lebih menempatkan faktor perilaku di atas peraturan. Faktor dan

---

<sup>52</sup> Satjipto Rahardjo, *op.cit.*, h.5 dan 12.

kontribusi manusia dianggap lebih menentukan daripada peraturan yang ada. Faktor manusia adalah simbol daripada unsur-unsur greget (*compassion, empathy, sincerety, edication, commitment, dare* dan *determination*). Hal tersebut mengingatkan kita pada ucapan Taverne, “Berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk pun saya bisa membuat putusan yang baik”. Mantan Hakim Agung Bismar Siregar sering mengatakan, “keadilan ada di atas hukum”. Oleh karena itu, Bismar selalu memutus berdasar hati-nurani terlebih dahulu dan baru kemudian dicari peraturannya, oleh karena hakim harus memutus berdasarkan hukum.<sup>53</sup>

Hukum progresif tidak bergerak pada aras legalistik-dogmatis, analitis-positivistik, tetapi lebih pada aras sosiologi. Hukum tidak mutlak digerakan oleh hukum positif atau hukum peraturan perundang-undangan, tetapi hukum progresif juga bergerak pada aras non formal. Bukti-bukti untuk itu bisa banyak dikemukakan dan merupakan peluang untuk menjalankan hukum progresif.<sup>54</sup>

Penegakan hukum progresif bekerja untuk menyelesaikan segala bentuk ketidakteraturan (termasuk penyelesaian konflik), melalui pendayagunaan institusi kenegaraan maupun institusi nonkenegaraan. Penekanannya adalah memilih untuk menjadi kekuatan pembebasan. Pembebasan itu tertuju baik kepada tipe, cara berfikir, asas, dan teori yang tidak lagi terbelenggu pada hukum konvensional (positivistik). Satu karakter penting dari konsep

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, h. 38.

<sup>54</sup> *Ibid.*, h. 39.

penegakan hukum progresif adalah menolak *status quo*, manakala keadaan tersebut menimbulkan dekadensi, suasana korup dan merugikan rakyat. Watak inilah yang pada akhirnya berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum.<sup>55</sup>

Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Setiap orang mengharapkan dapat ditetapkannya hukum dalam hal terjadi peristiwa yang konkrit. Bagaimana hukumnya itulah yang harus berlaku; pada dasarnya tidak boleh menyimpang: *fiat justitia et pereat mundus* (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Itulah yang diinginkan oleh kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum, karena adanya kepastian hukum masyarakat akan lebih tertib. Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan ketertiban masyarakat.<sup>56</sup>

Sebaliknya masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum adalah untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat.

---

<sup>55</sup> Siswanto Sunarso, 2014, *Victimologi Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, hal. 178.

<sup>56</sup> Sudikno Martokusumo, (III), 1999, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Liberty, Yogyakarta, h. 145.

Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau ditegakkan timbul keresahan di dalam masyarakat.<sup>57</sup>

Unsur ketiga adalah keadilan. Masyarakat sangat berkepentingan bahwa dalam pelaksanaan atau penegakan hukum keadilan diperhatikan. Dalam pelaksanaan atau penegakan hukum harus adil. Hukum tidak identik dengan keadilan. Hukum itu bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan. Kalau dalam menegakkan hukum hanya diperhatikan kepastian hukum saja. Maka unsur-unsur lainnya dikorbankan. Demikian pula kalau yang diperhatikan hanyalah kemanfaatan, maka kepastian hukum dan keadilan dikorbankan dan begitu selanjutnya.<sup>58</sup>

Dalam menegakkan hukum harus ada kompromi antara ketiga unsur tersebut. Ketiga unsur itu harus mendapat perhatian secara proposional seimbang. Tetapi dalam praktek tidak selalu mudah mengusahakan kompromi secara proposional seimbang antara ketiga unsur tersebut.<sup>59</sup>

Penegakan hukum yang berkeadilan merupakan penegakan hukum yang mengandung nilai keadilan substansial. Bukan keadilan prosedural yang selama ini dihasilkan oleh hukum modern yang lebih mengedepankan formalitas tekstual dan mengabaikan kontekstual. Penegakan hukum yang dilakukan oleh aparaturnya (polisi, jaksa, hakim, advokat) semata hanya ingin menegakkan undang-

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, h. 146.

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

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

undang sehingga bagi korban kejahatan tidak menyediakan ketertiban dan keadilan. Korban hanya pelengkap dari penegakan hukum yang dilakukan. Padahal penegakan hukum progresif tidak sekedar menjalankan kata-kata hitam putih dari peraturan perundang-undangan melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam dari undang-undang atau hukum. Penegakan hukum yang dilakukan tidak hanya dengan kecerdasan intelektual melainkan harus dengan kecerdasan spiritual. Penegakan hukum yang dilakukan dengan komitmen terhadap hak dan kepentingan korban kejahatan akan menimbulkan keberanian untuk mencari jalan lain daripada hanya sekedar melaksanakan kata-kata undang-undang yang tidak berpihak pada korban. Penegakan hukum progresif diharapkan dapat menjadi alternatif dalam mewujudkan keadilan bagi korban kejahatan.<sup>60</sup>

Penegakan hukum diartikan sebagai “perhatian dan penggarapan”, baik perbuatan-perbuatan melawan hukum yang sungguh-sungguh terjadi (*onrecht in actu*) maupun perbuatan melawan hukum yang mungkin akan terjadi (*onrecht in potentie*). Dengan demikian, di sini penegakan hukum tidak hanya diartikan sebagai penerapan hukum positif, tetapi juga penciptaan hukum positif.<sup>61</sup>

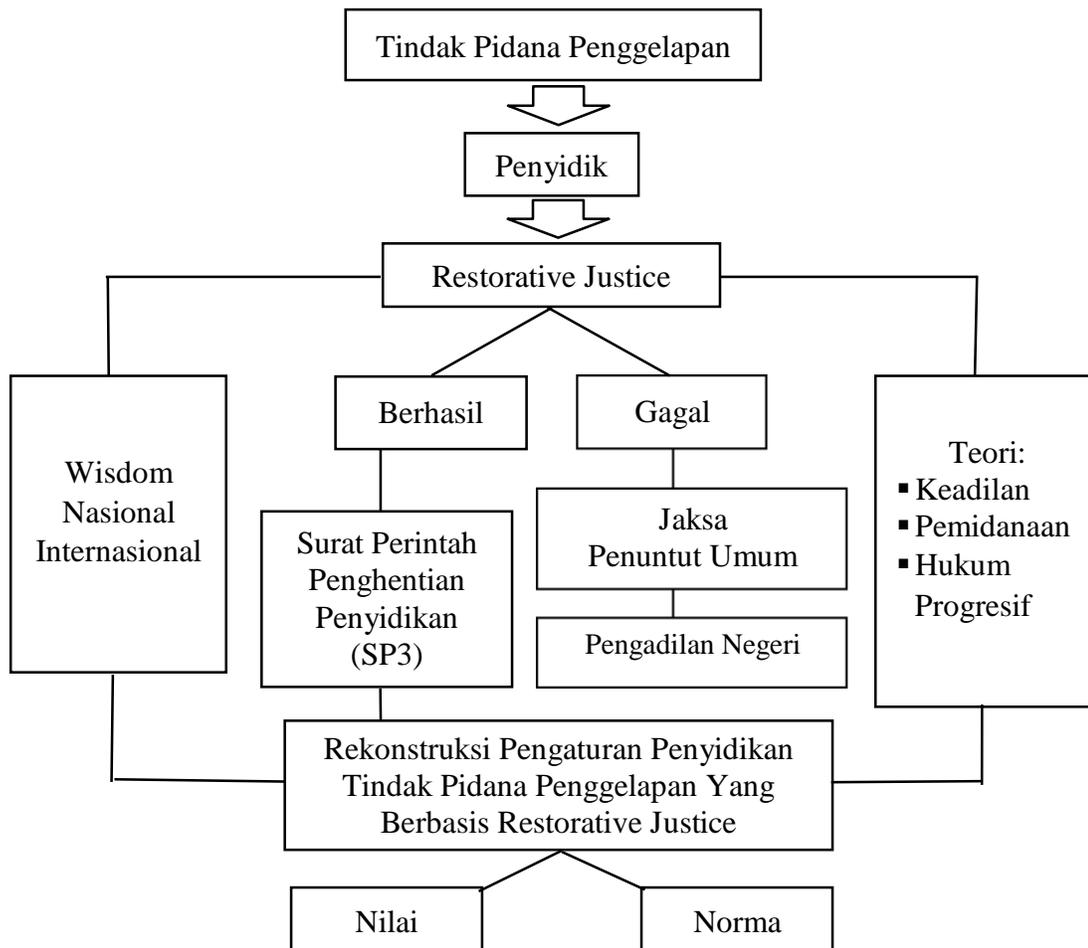
---

<sup>60</sup> Rena Yulia, 2013, *Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, Konsorsium Hukum Progresif 2013, Thafa Media, Yogyakarta, hal. 352.

<sup>61</sup> Nyoman Serikat Putra Jaya, 2008, *Beberapa Pemikiran Ke Arah Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, h. 52.

## G. Kerangka Pemikiran Disertasi

BAGAN I



Bahwa alur pemikiran penelitian ini berawal dari adanya realitas kasus-kasus perkara pidana yang telah banyak melukai rasa keadilan dan mengusik akal sehat masyarakat, termasuk tindak pidana penggelapan yang sebenarnya merupakan kasus yang mudah dan ringan yang dapat diselesaikan melalui jalan damai di antara korban dan pelaku tindak pidana. Hal ini menuntut pemikiran kritis terhadap bekerjanya sistem peradilan pidana di Indonesia dewasa ini yang

cenderung telah meninggalkan hukum asli bangsa Indonesia. Termasuk, mekanisme prosedur administrasi keadilan apakah telah dapat memberikan lorong keadilan hukum bagi semua golongan rakyat dalam segala lapisan masyarakat. Ideologi dari Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang diundangkan pada tahun 1981 banyak melindungi hak-hak tersangka atau terdakwa para pelaku kejahatan, akan tetapi tidak banyak mengadopsi hak-hak dari korban kejahatan, sehingga penerapan hukum pidana yang hanya mengedepankan asas kepastian hukum akan sering menimbulkan beberapa reaksi sosial yaitu berupa tuntutan adanya keadilan hukum di masyarakat.

Aturan hukum acara pidana dan ppidanaan di Indonesia telah mengatur mengenai prosedur formal yang panjang dan harus dilalui dalam menyelesaikan sebuah perkara pidana, di mana sistem formil tersebut dalam praktiknya sering digunakan sebagai alat yang hanya mengedepankan kepastian hukum dan bukan mengedepankan hukum yang berkeadilan sebagaimana yang diharapkan dan dicita-citakan oleh masyarakat dewasa ini, selain dari pada itu aturan tersebut juga hanya sebagai alat represif bagi aparat penegak hukum dalam menjalankan tugasnya.

Proses penyidikan terhadap tindak pidana penggelapan hendaknya penyidik tidak hanya mengedepankan proses hukum formal, akan tetapi perlu pula adanya penyelesaian perkara pidana dengan jalan perdamaian antara pihak pelaku dan korban kejahatan atau keluarganya yang mengedepankan

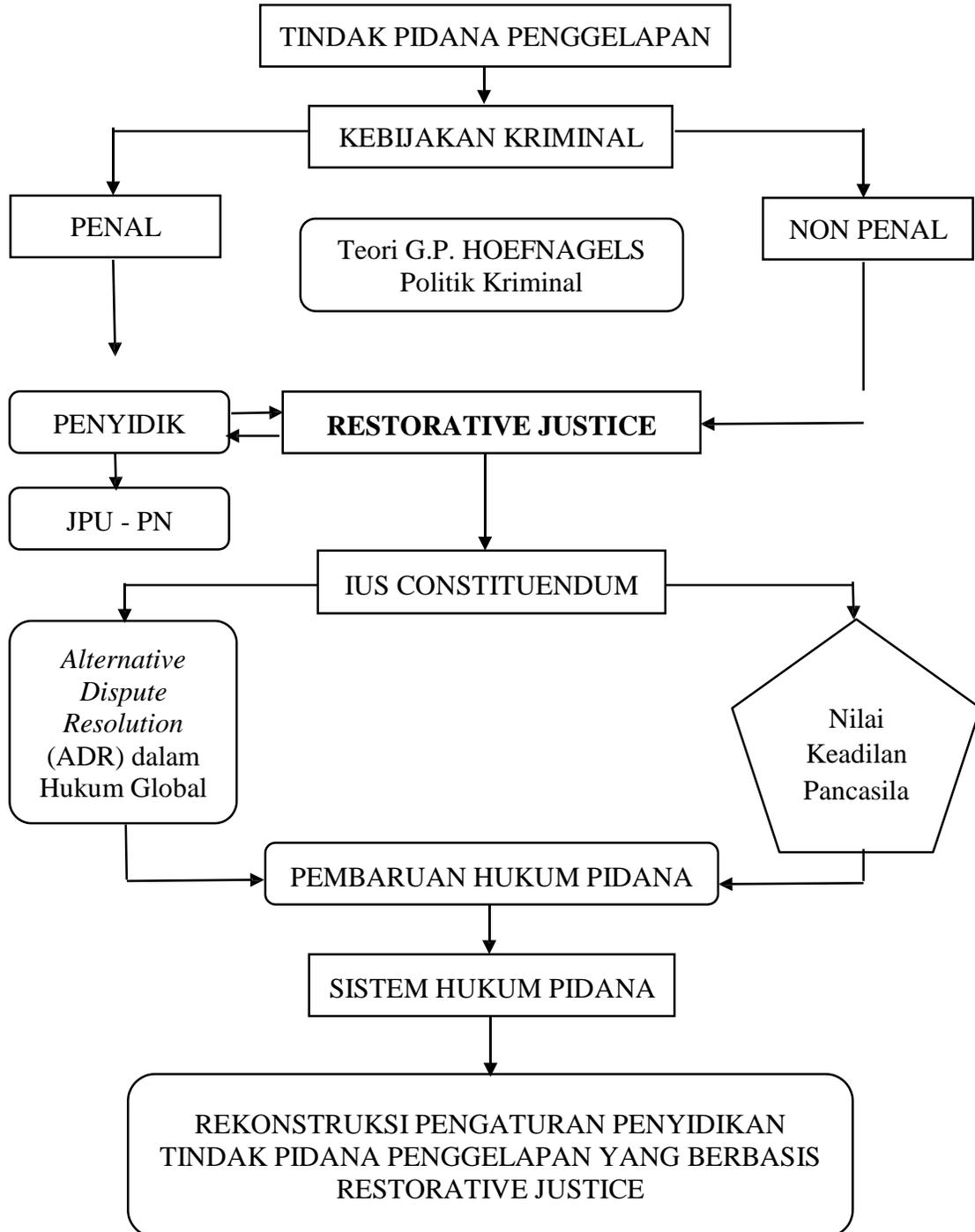
pendekatan restorative justice demi untuk menyelesaikan konflik di antara mereka.

Dengan demikian sistem hukum pidana di Indonesia harus dapat direformasi dan direkonstruksi dengan mengadopsi perkembangan hukum global dan dipadukan dengan nilai-nilai budaya hukum bangsa Indonesia atau nilai kearifan lokal, yaitu asas musyawarah mufakat yang dijadikan landasan dan pandangan dalam setiap menyelesaikan suatu permasalahan kasus-kasus tindak pidana, khususnya tindak pidana penggelapan bagi bangsa Indonesia. Konsep pendekatan restorative justice perkara pidana merupakan suatu pendekatan yang lebih menitikberatkan pada kondisi terciptanya keadilan dan keseimbangan bagi pelaku tindak pidana dan korbannya sendiri.

Konstruksi sistem hukum pidana di Indonesia kedepan sebagaimana tersebut di atas, peneliti paparkan dalam bagan II alur pemikiran disertasi berikut:

## BAGAN II

### ALUR PEMIKIRAN DISERTASI



## **H. Metode Penelitian**

### **1. Paradigma Penelitian**

Sebagaimana telah diuraikan pada tujuan penelitian disertasi ini, yaitu mencoba untuk memahami segala bentuk dan hubungan serta harapan masyarakat terhadap sistem peradilan pidana yang berkenaan dengan penyelesaian perkara pidana, khususnya tindak pidana penggelapan dengan pendekatan restorative justice pada tingkat penyidikan. Kegiatan penelitian ini ditujukan pada eksplorasi hubungan korban dan pelaku tindak pidana serta masyarakat dan menggambarkan kenyataan sebagaimana yang dialami oleh responden atau informan sendiri. Dengan proses pemaknaan yang tidak secara ketat diperiksa atau diukur dalam kualitas jumlah, intensitas atau frekuensi, akan tetapi dengan realitas yang dibangun secara sosial, interaksi antara peneliti dengan apa yang diteliti serta konteks yang membentuk masukan, proses dan keluaran penelitiannya.

Penelitian hukum merupakan suatu kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode, sistematika dan pikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu dengan jalan menganalisisnya. Kecuali itu, maka juga diadakan pemeriksaan yang mendalam terhadap fakta tersebut, untuk kemudian mengusahakan suatu pemecahan atas permasalahan yang timbul di dalam gejala yang bersangkutan.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Soerjono Soekanto, 1981, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, h. 5.

Oleh karena itu, penelitian dan penulisan disertasi ini menggunakan paradigma *Constructivism*. Pengertian paradigma oleh beberapa pakar sebagai berikut:<sup>63</sup>

1. Thomas S. Khun, seorang sejarawan ilmiah, dan penulis dari buku *The Structure of Scientific Revolution*, menulis bahwa paradigma ilmiah adalah contoh-contoh praktik ilmiah yang aktual dan dapat diterima. Contoh tersebut mencakup undang-undang, teori, penerapan, dan instrumentasi secara bersama-sama memberikan model yang darinya timbul tradisi penelitian ilmiah khusus yang koheran.
2. Adam Smith, di dalam bukunya *Power of the Mind*, paradigma adalah: Seperangkat gabungan perkiraan. Paradigma adalah cara kita memahami kehidupan, seperti air bagi ikan. Paradigma menjelaskan kehidupan ini kepada kita dan memudahkan kita untuk mengira-ngira perilakunya.
3. Marilyn Ferguson, dalam bukunya *The Aquarian Conspiracy*, menulis: Paradigma adalah kerangka kerja dari pikiran, skema untuk memahami dan menjelaskan aspek tertentu dari kehidupan ini.

Sedangkan Esmi Warassih menyebutkan bahwa Paradigma Constructivism: Relativisme, realita merupakan konstruksi sosial. Ketentuan suatu realitas bersifat relatif, berlaku sesuai konteks spesifik yang dinilai

---

<sup>63</sup> Joel Arthur Barker, 1999, *Paradigma*, Terjemahan Moh. Anwar, Interaksara, Batam, h. 38.

relevan oleh pelaku sosial. Atau realitas majemuk, berdasarkan pengalaman sosial, individual, lokal, spesifik hasil konstruksi mental.<sup>64</sup>

Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Hal ini sesuai dengan karakter preskriptif ilmu hukum.<sup>65</sup>

Mendasari dari pengertian di atas, maka peneliti dalam memaparkan atau mendeskripsi metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini lebih menekankan pada penjelasan mengenai pendekatan peneliti dengan permasalahan yang diteliti. Dalam kaitan ini akan dikemukakan pula penjelasan mengenai bagaimana prosedur didapatkannya data dan bagaimana pula cara pembahasannya.

## **2. Jenis Penelitian**

Spesifikasi penelitian ini adalah deskriptif analisis yaitu mengangkat kasus-kasus yang diselesaikan melalui proses peradilan pidana. Adapun kasus-kasus yang dikaji dalam penelitian ini adalah kasus-kasus yang penyelesaiannya dilakukan melalui proses peradilan pidana dengan mengakomodir perdamaian dengan pendekatan restorative justice dengan tujuan mencapai keadilan bersama. Pengkajian mana terhadap kasus tindak

---

<sup>64</sup> Esmi Warassih, 2017, *Bahan Kuliah Metodologi S-3 Ilmu Hukum (Pelatihan Metode Penelitian Hukum)*, PDIH UNISSULA Semarang, h. 5.

<sup>65</sup> Peter Mahmud Marzuki, 2010, *Penelitian Hukum*, Ghalian Indonesia, Bogor, h. 35.

pidana penggelapan yang ada pada lembaga peradilan khususnya pada lembaga penyidikan.

### 3. Metode Pendekatan

Penelitian ini merupakan penelitian hukum sosiologi (*socio legal research*). Penelitian yang bersifat sosial-legal hanya menempatkan hukum sebagai gejala sosial, dalam hal demikian hukum dipandang dari segi luarnya saja.<sup>66</sup> Studi sosio-legal (*socio-legal research*) merupakan studi hukum dalam bentuk studi-studi empiris yang berorientasi pada penemuan teori-teori mengenai proses terjadinya dan mengenai proses bekerjanya hukum dalam masyarakat.<sup>67</sup> Dalam penelitian ini menitik beratkan pada perilaku individu atau masyarakat dalam kaitannya dengan efektifitas aturan hukum yang berlaku, yaitu aturan hukum yang sekarang berjalan merupakan mekanisme konvensional yang didasarkan pada tegaknya proses formil pidana tanpa melihat kenyataan dan perkembangan hukum serta rasa keadilan di masyarakat, sementara proses yang demikian tidak memberikan perlindungan kepada kepentingan korban atau pelaku tindak pidana untuk mendapatkan keadilan dan kesejahteraan atau dengan kata lain hanya memenuhi asas kepastian hukum dan tidak memenuhi asas keadilan dan asas manfaat. Pendekatan restorative justice memberika jalan terbaik untuk menyelesaikan masalah atau konflik yang terjadi antara pelaku tindak pidana

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, hal. 87.

<sup>67</sup> Zaenudin Ali, 2009, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 13.

dengan korban dengan melibatkan langsung di antara mereka guna menyelesaikan masalahnya dengan jalan damai.

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari beberapa pendekatan penelitian hukum. Peter Mahmud Marzuki menyebutkan bahwa pendekatan yang digunakan dalam penelitian hukum adalah pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan komparatif (*comparative approach*), dan pendekatan konseptual (*coceptual approach*).<sup>68</sup>

#### **4. Sumber Data Penelitian**

Data yang dipakai dalam penelitian ini berupa data primer. Data primer merupakan data yang diperoleh secara langsung dari narasumber atau responden melalui wawancara dan studi kepustakaan.

Responden atau narasumber dalam penelitian adalah orang-orang yang mengetahui, mengalami dan yang mempunyai hubungan langsung atau tidak langsung dengan masalah tindak pidana penggelapan dalam proses penyidikan. Adapun responden atau narasumber dalam penelitian ini adalah pelaku tindak pidana penggelapan, korban tindak pidana penggelapan, saksi, aparat penegak hukum yaitu polisi (penyidik), advokat, selain daripada itu kalangan akademisi, dan tokoh agama/tokoh masyarakat.

---

<sup>68</sup> Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.*, h. 93.

Sedangkan data sekunder merupakan sumber data penelitian yang diperoleh peneliti secara tidak langsung melalui media perantara, berupa data yang bersumber dari bahan-bahan pustaka, yaitu literatur bahan-bahan hukum, baik berupa peraturan perundang-undangan maupun putusan pengadilan atau yurisprudensi dan bahan-bahan dokumen lainnya yang ada hubungannya dengan penelitian ini dan digunakan sebagai sarana pendukung untuk memahami masalah yang akan diteliti.

Data sekunder di bidang hukum (dipandang dari sudut kekuatan mengikatnya) dapat dibedakan menjadi:<sup>69</sup>

a. Bahan-bahan hukum primer:

1. Pancasila;
2. UUD 1945, Ketetapan MPR;
3. UU Nomor 1 Tahun 1946 Tentang KUHP.
4. UU Nomor 8 Tahun 1981 Tentang KUHP.
5. UU Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia.
6. Bahan hukum yang tidak dikodifikasikan, misalnya hukum adat;
7. Jurisprudensi;
8. Traktat.
9. RUU KUHP tahun 2015.

---

<sup>69</sup> Ronny Hanitijo Soemitro, 1985, *Metodologi Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h. 24.

#### 10. RUU KUHAP tahun 2015.

- b. Bahan-bahan hukum sekunder yaitu bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisa dan memahami bahan hukum primer, adalah:
  - 1. Rancangan peraturan perundang-undangan;
  - 2. Hasil karya ilmiah para sarjana;
  - 3. Hasil-hasil penelitian;
- c. Bahan-bahan hukum tertier yaitu bahan-bahan yang memberikan informasi tentang bahan primer dan sekunder, misalnya:
  - 1. Bibliografi, kamus hukum.
  - 2. Indeks kumulatif, ensiklopedi.

#### 5. Teknik Pengumpulan Data

Untuk mendeskripsikan data primer dilakukan dengan:

- a. Observasi Lapangan.

Observasi atau pengamatan merupakan kegiatan yang dilakukan oleh peneliti dalam rangka pengumpulan data dengan cara mengamati fenomena suatu masyarakat tertentu dalam waktu tertentu pula. Dalam observasi ini peneliti menggunakan banyak catatan, seperti daftar *check*, daftar isian, daftar angket, daftar kelakuan dan lain-lain, yang harus dilakukan sendiri oleh peneliti.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> *Ibid*, h. 167.

b. Wawancara.

Wawancara dimaksudkan melakukan tanya jawab secara langsung antara peneliti dengan responden atau narasumber atau informan untuk mendapatkan informasi. Wawancara adalah bagian penting dalam suatu penelitian hukum terutama dalam penelitian hukum empiris. Karena tanpa wawancara, peneliti akan kehilangan informasi yang hanya diperoleh dengan jalan bertanya secara langsung kepada responden, narasumber atau informan.<sup>71</sup>

Dalam penelitian ini dilakukan dengan wawancara kepada responden, narasumber atau informan, yaitu pelaku tindak pidana penggelapan, korban tindak pidana penggelapan atau keluarganya, advokat, polisi (penyidik), dan akademisi, tokoh agama/tokoh masyarakat, di mana penelitian dilakukan terhadap perkara pidana penggelapan di wilayah hukum Kabupaten/Kota: Pemalang, Pekalongan, Kendari dan Semarang.

Untuk mendeskripsikan data sekunder dilakukan dengan Studi Pustaka terhadap bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, maupun bahan hukum tersier dan atau bahan non-hukum. Penelusuran bahan-bahan hukum tersebut dapat dilakukan dengan membaca, melihat, mendengarkan, maupun sekarang

---

<sup>71</sup> *Ibid*, h. 161.

banyak dilakukan penelusuran bahan hukum tersebut mdengan melalui media internet.<sup>72</sup>

## **6. Analisa Data**

Dalam penulisan disertasi ini, teknis analisis data yang digunakan adalah teknis analisis yang bersifat deskriptif kualitatif, yaitu analisis yang dilakukan dengan aktifitas intensif yang memerlukan pemahaman yang mendalam, kecerdasan, kreatifitas, dan kepekaan konseptual akan kualitas data. Analisis kualitatif ini digunakan untuk mengkaji data primer dan sekunder, dengan menggunakan logika berfikir deduktif.

### **I. Orsinalitas Penelitian**

Mendasari pada pemaparan tersebut di atas dan untuk mendukung orsinalitas dalam penelitian ini, perlu kiranya disampaikan beberapa hasil penelitian yang dilakukan oleh penstudi terdahulu, di mana dalam hasil penelitian-penelitian tersebut sangat berbeda dengan penelitian yang dilakukan oleh peneliti, yaitu:

---

<sup>72</sup> Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, 2013, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, h. 160.

**Tabel 1**  
**Originalitas Penelitian**

PENELITIAN SEBELUMNYA				PENELITIAN SEKARANG
NO	PENELITI/ PENULIS	JUDUL PENELITIAN	HASIL PENELITIAN	UNSUR KEBARUAN
1.	Dwi Wahyono	Rekonstruksi Perdamaian Sebagai Payung Hukum Dalam Implementasi Restorative Justice Tingkat Penyidikan Tindak Pidana Lalu Lintas Berdasarkan Hukum Progresif <sup>73</sup>	Menitikberatkan dan menempatkan eksistensi konstruksi perdamaian yang dapat dijadikan sebagai payung hukum dalam implementasi <i>restorative justice</i> di tingkat penyidikan tindak pidana lalu lintas.	Fokus penulis dalam penelitian ini adalah menempatkan pendekatan restorative justice sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana
2.	Nirmala Sari	Mediasi Penal Sebagai Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan	Menitik beratkan dan menempatkan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara tindak pidana	

<sup>73</sup> Dwi Wahyono, 2014, *Rekonstruksi Perdamaian Sebagai Payung Hukum Dalam Implementasi Restorative Justice Tingkat Penyidikan Tindak Pidana Lalu Lintas Berdasarkan Hukum Progresif*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNISSULA, Semarang.

		Hidup di Luar Pengadilan <sup>74</sup>	lingkungan hidup di luar pengadilan dan konstruksi konstruksi mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara tindak pidana lingkungan hidup yang ideal dalam sistem hukum pidana di Indonesia.	penggelapan pada tingkat penyidikan dalam bentuk perdamaian yang terintegrasi dengan sistem peradilan pidana, di mana perkaranya dapat dihentikan
3.	Trisno Raharjo	Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penyelesaian Konflik Antara Pelaku dan Korban Tindak Pidana Melalui Mediasi Pidana <sup>75</sup>	Menitik beratkan dan menempatkan mediasi pidana sebagai alternatif penyelesaian konflik yang terintegrasi dengan sistem peradilan pidana, sehingga posisi korban dapat lebih terakomodasi dalam penyelesaian konflik dengan pelaku tindak pidana.	dengan diterbitkan Surat Perintah Penghentian Penyidikan (SP3).

<sup>74</sup> Nirmala Sari, 2011, *Mediasi Penal Sebagai Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang.

<sup>75</sup> Trisno Raharjo, 2011, *Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penyelesaian Konflik Antara Pelaku Dan Korban Tindak Pidana Melalui Mediasi Pidana*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang.

4.	Sulistyowati	Rekonstruksi Kebijakan Hukum Di Kepolisian dan Kejaksaan dalam Penerapan Restorative Justice Untuk Tindak Pidana Penggelapan Yang Berbasis Hukum Progresif <sup>76</sup>	Menitikberatkan pada kebijakan hukum di Kepolisian dan Kejaksaan dalam penerapan <i>restorative justice</i> tindak pidana penggelapan.
5.	Natangsa Surbakti	Kebijakan Formulasi Pemberiaan Maaf Dalam Kebijakan Legislasi Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia <sup>77</sup>	Menitikberatkan pada pemberian maaf sebagai dasar bagi penyelesaian perkara pidana
6.	Aji Sudarmaji	Konstruksi Mediasi Penal Dalam	Menitik beratkan pada penyelesaian perkara pidana

<sup>76</sup> Sulistyowati, 2016, *Rekonstruksi Kebijakan Hukum Di Kepolisian dan Kejaksaan dalam Penerapan Restorative Justice Untuk Tindak Pidana Penggelapan Yang Berbasis Hukum Progresif*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNISSULA.

<sup>77</sup> Natangsa Surbakti, 2011, *Kebijakan Formulasi Pemberiaan Maaf Dalam Kebijakan Legislasi Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang.

		Penegakan Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan Pancasila <sup>78</sup>	melalui mediasi penal dengan jalan musyawarah mufakat pada semua tingkat lembaga peradilan.	
--	--	---	---	--

Berdasarkan pada hal-hal tersebut di atas, maka disertasi yang peneliti buat berbeda dengan penelitian yang dilakukan oleh Dwi Wahyono, Nirmala Sari, Trisno Raharjo, Sulistyowati, Natangsa Surbakti, dan Aji Sudarmaji. Disertasi dengan fokus penelitian mengenai upaya penyelesaian konflik dalam tindak pidana penggelapan yang berbasis restorative justice pada tingkat penyidikan sebagaimana diusulkan peneliti, sepanjang pengetahuan peneliti realitasnya belum pernah dikaji oleh para penstudi hukum selama ini.

## J. Sistematika Penulisan Disertasi

Disertasi ini terdiri dari 6 (enam) bab. Bab kesatu memuat pendahuluan, latar belakang permasalahan, rumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, kerangka konseptual disertasi, kerangka teori disertasi, kerangka pemikiran disertasi, metode penelitian, orsinalitas penelitian, sistematika penulisan disertasi.

Bab kedua, kajian pustaka yang memuat pembahasan mengenai: Pidana dan Pidanaan: Pengertian Pidana, Pengertian Hukum Pidana; Sistem Peradilan

---

<sup>78</sup> Aji Sudarmaji, 2017, *Konstruksi Mediasi Penal Dalam Penegakan Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan Pancasila*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNISSULA, Semarang.

Pidana: Pengertian Sistem Peradilan Pidana, Model Sistem Peradilan Pidana; Pengertian, Pengaturan dan Unsur-Unsur Tindak Pidana Penggelapan; *Alternative Dispute Resolution* (ADR) sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara: Pengertian *Alternative Dispute Resolution* (ADR), Sejarah dan Perkembangan *Alternative Dispute Resolution* (ADR), *Alternative Dispute Resolution* (ADR) dalam Praktik Penyelesaian Perkara di Indonesia; Musyawarah Mufakat Perkara Pidana.

Bab ketiga, Pelaksanaan Penyidikan Tindak Pidana Penggelapan Di Indonesia Saat Ini Belum Berbasis Restorative Justice: Hakikat Penyidikan dan Prinsip Pengaturannya; Tugas dan Wewenang Penyidik; Pelaksanaan Restorative Justice pada Tingkat Penyidikan Dalam Tindak Pidana Penggelapan: Dugaan Tindak Pidana Penggelapan Pembelian Cengkeh, Dugaan Tindak Pidana Penggelapan Sertifikat Atas Tanah, Dugaan Tindak Pidana Penggelapan Uang, dan Dugaan Tindak Pidana Penggelapan Harta Bersama; Restorative Justice Yang Berdasarkan Nilai Keadilan;

Bab keempat, memuat pembahasan mengenai Kelemahan Pelaksanaan Penyidikan Tindak Pidana Penggelapan Di Indonesia Saat Ini Belum Berbasis Restorative Justice: Kelemahan Pelaksanaan Restorative Justice Dalam Formulasi KUHP/Hukum Pidana Materiil: Substansi Hukum, Struktur Hukum dan Budaya Hukum; Kelemahan Restorative Justice Dalam Formulasi KUHP/Hukum Pidana Materiil; Restorative Justice/Diskresi Dalam Proses Penyidikan; Restorative Justice Dalam Formulasi Perundang-Undangan; Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi dan

Menghambat Penerapan Restorative Justice Pada Tingkat Penyidikan Tindak Pidana Penggelapan.

Baba kelima, memuat Rekonstruksi Pengaturan Penyidikan Tindak Pidana Penggelapan Yang Berbasis Restorative Justice: Kajian Perbandingan Penyelesaian Perkara Pidana Yang Mengedepankan Pendekatan Restorative Justice Di Berbagai Negara; Rekonstruksi Pengaturan Penyidikan Tindak Pidana Penggelapan Yang Berbasis Restorative Justice: Rekonstruksi Nilai, Rekonstruksi Hukum dan Penemuan Teori Hukum Baru.

Bab keenam, merupakan bab penutup yang berisi rumusan simpulan, dan implikasi kajian disertasi serta saran-saran dalam bentuk rekomendasi.