

**REKONSTRUKSI REGULASI KEWENANGAN
ADVOKAT DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA
BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF**

D I S E R T A S I

**Untuk Memperoleh Gelar Doktor Dalam Bidang Ilmu Hukum Pada
Universitas Islam Sultan Agung
(UNISSULA)**

**DISUSUN
OLEH**

**LINDUNG PANDIANGAN
NIM. 10302100052**



**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG
SEMARANG
2024**

**REKONSTRUKSI REGULASI KEWENANGAN ADVOKAT DALAM
SISTEM PERADILAN PIDANA BERBASIS NILAI KEADILAN
RESTORATIF**

Oleh
LINDUNG PANDIANGAN
NIM. 10302100052

DISERTASI

Untuk Memenuhi salah satu syarat ujian
Guna memperoleh gelar Doktor dalam ilmu hukum ini.
Telah disetujui oleh Promotor dan Co Promotor pada tanggal
Seperti tertera dibawah ini
Semarang, 13 Agustus 2024

PROMOTOR



Prof. Dr. Sri Endah Wahyuningsih, S.H., M.Hum
NIDN. 628046401

CO-PROMOTOR



Dr. H. Jawade Hafidz., S.H., M.H.
NIDN : 0620046701



Mengetahui
Dekan Fakultas Hukum
Universitas Islam Sultan Agung

Dr. H. Jawade Hafidz., S.H., M.H.
NIDN : 0620046701

PERNYATAAN ORIGINALITAS PENELITIAN

Dengan ini menyatakan bahwa :

1. Karya tulis saya, disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik Doktor baik Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang (UNISSULA) maupun perguruan tinggi lainnya.
2. Karya tulis ini adalah murni gagasan, rumusan, dan penelitian saya sendiri tanpa bantuan pihak lain selain Tim Promotor dan masukan dari Tim Penelaah.
3. Dalam karya tulis ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebutkan nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar Pustaka
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan atau ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku pada perguruan tinggi ini.

Semarang, Agustus 2024

Yang Membuat Pernyataan



LINDUNG PANDIANGAN

NIM : 10302100052

Reconstruction of Advocate Authority Regulations in the Criminal Justice System Based on Restorative Justice Values

Lindung Pandiangan *)
Prof. Dr. Hj. Sri Endah Wahyuningsih, S.H., M.Hum. dan
Dr. H. Jawade Hafidz, S.H., M.H. **).

ABSTRACT

Advocates are one of the parties who play a role in developing ideas and practices of penal mediation. With the enactment of Law Number 18 of 2003 concerning Advocates and Law Number 16 of 2001 concerning Legal Aid, advocates have a strategic role to accompany parties in seeking to resolve cases outside of court. Another problem that arises from the practice of penal mediation is regarding the consequences of the peace agreement reached in penal mediation. There is no certainty whether the legal agreement not only binds the makers but also stops the case, or whether it has no effect on the case examination process? When penal mediation results in an agreement but the perpetrator is still prosecuted, this is highly questioned by the public.

The research aims to analyze and discover the authority of Advocates as law enforcers in resolving criminal acts to achieve justice. How does resolving criminal acts through penal mediation realize restorative justice, as well as reconstructing the regulatory authority of Advocates in resolving criminal acts through penal mediation based on the value of restorative justice?

The results of the research show that Advocates as law enforcers in resolving criminal acts in realizing justice show that Advocates have an important role in enforcing the law and realizing justice, especially in resolving criminal acts: Accompanying victims, suspects or defendants: Advocates accompany their clients at every level of examination to ensure their rights -their rights are fulfilled; Safeguarding human rights: Advocates act as protectors of human rights. Upholding the supremacy of law: Advocates are one of the pillars in upholding the supremacy of law Providing other legal services: Advocates can provide other legal services, such as consultation or legal advice. Fighting for human rights: Advocates fight for their clients' human rights. Settlement of criminal acts through penal mediation creates restorative justice, that penal mediation is one of the instruments that can realize restorative justice in resolving criminal acts. Restorative justice is a justice approach that involves perpetrators, victims, families and related parties to find a fair resolution. This approach emphasizes restoration of the original state, not retaliation.

Reconstruct the regulations on the authority of Advocates in resolving criminal acts through penal mediation based on the value of restorative justice by implementing penal mediation in enforcing criminal law by Advocates, so that peace agreements through mediation between perpetrators of criminal acts and victims or their families are followed up by making peace letters, and court decisions so that the matter is deemed to have been resolved.

Keywords: Advocate, and Restorative Justice

*) Law Student Doctoral Program Sultan Agung Islamic University

**) Promoters and co promoter Law Student Doctoral Program Sultan Agung Islamic University

Rekonstruksi Regulasi Kewenangan Advokat Dalam Sistem Peradilan Pidana Berbasis Nilai Keadilan Restoratif

Lindung Pandiangan *)

Prof. Dr. Hj. Sri Endah Wahyuningsih, S.H., M.Hum. dan

Dr. H. Jawade Hafidz, S.H., M.H.**)

ABSTRAK

Advokat adalah salah satu pihak yang berperan dalam mengembangkan gagasan dan praktik mediasi penal. Dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat dan Undang-undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Bantuan Hukum, advokat memiliki peran strategis untuk mendampingi para pihak dalam mengupayakan penyelesaian perkara di luar pengadilan. Masalah lain yang timbul dari praktik mediasi penal adalah mengenai konsekuensi dari kesepakatan damai yang dicapai dalam mediasi penal. Tidak ada kepastian apakah kesepakatan hukum itu selain mengikat para pembuatnya juga sekaligus menghentikan perkara, ataukah tidak berpengaruh terhadap proses pemeriksaan perkara? Ketika mediasi penal menghasilkan kesepakatan kesepakatan namun pelaku tetap dituntut, hal ini sangat dipertanyakan oleh masyarakat.

Penelitian bertujuan menganalisis dan menemukan kewenangan Advokat sebagai penegak hukum dalam penyelesaian tindak pidana mewujudkan keadilan, Bagaimana penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal mewujudkan keadilan restorative, serta rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif ?

Hasil penelitian bahwa Advokat sebagai penegak hukum dalam penyelesaian tindak pidana dalam mewujudkan keadilan bahwa Advokat memiliki peran penting dalam penegakan hukum dan mewujudkan keadilan, terutama dalam penyelesaian tindak pidana : Mendampingi korban, tersangka, atau terdakwa : Advokat mendampingi kliennya di setiap tingkat pemeriksaan untuk memastikan hak-hak mereka terpenuhi; Menjaga hak asasi manusia : Advokat berperan sebagai pelindung hak asasi manusia. Menegakkan supremasi hukum : Advokat merupakan salah satu pilar dalam menegakkan supremasi hukum Memberikan jasa hukum lainnya : Advokat bisa memberikan jasa hukum lain, seperti konsultasi atau nasihat hukum. Memperjuangkan hak asasi manusia : Advokat memperjuangkan hak asasi manusia kliennya. Penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal mewujudkan keadilan restoratif, bahwa mediasi penal merupakan salah satu instrumen yang dapat mewujudkan keadilan restoratif dalam penyelesaian tindak pidana. Keadilan restoratif atau restorative justice adalah pendekatan keadilan yang melibatkan pelaku, korban, keluarga, dan pihak terkait untuk mencari penyelesaian yang adil. Pendekatan ini menekankan pada pemulihan keadaan semula, bukan pembalasan.

Rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif dengan Pelaksanaan mediasi penal dalam penegakan hukum pidana oleh Advokat, sehingga kesepakatan perdamaian melalui mediasi antara pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya, ditindaklanjuti dengan dibuatnya surat perdamaian, dan penetapan pengadilan sehingga perkaranya dianggap telah selesai.

Kata Kunci : Advokat, dan Keadilan Restoratif

*) Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung

***) Promotor dan Co Promotor Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan

KATA PENGANTAR

Pertama sekali peneliti mengucapkan Puji Syukur kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena dengan rahmat dan karunia-Nya peneliti dapat menyelesaikan Disertasi ini, guna memenuhi salah satu syarat untuk menyelesaikan pendidikan pada Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung.

Disertasi ini diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor Ilmu Hukum pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung. Adapun judul Disertasi Ini adalah **Rekonstruksi Regulasi Kewenangan Advokat Dalam Sistem Peradilan Pidana Berbasis Nilai Keadilan Restoratif**.

Pada kesempatan ini juga dengan kerendahan hati penulis ingin menyampaikan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada semua pihak yang turut berpartisipasi langsung maupun tidak langsung memberikan bantuan, bimbingan dan arahan kepada penulis selama penyelesaian Disertasi ini, yakni:

1. Prof. Dr. H. Gunarto, S.H., S.E., Akt., M.Hum. selaku Rektor Universitas Islam Sultan Agung Semarang.
2. Dr. H. Jawade Hafidz, S.H., M.H. selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang.
3. Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, S.H., M.Hum. selaku Ketua Ketua Program Doktor Ilmu Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang.
4. Prof. Dr. Latifah Hanim, S.H., M.Hum. selaku Sekretaris Program Doktor Ilmu Fakultas Hukum Universitas Islam Sultas Agung Semarang.

5. Promotor dan Co Promotor beserta Dosen atas ilmu yang diajarkan dan bimbingan serta arahan yang diberikan selama mengikuti perkuliahan. Semoga segala keikhlasan hati diberikan balasan yang terbaik dari Allah SWT.
6. Kepada Seluruh keluarga atas segala dukungan baik moril dan materil selama penulis menyelesaikan perkuliahan serta doa demi keberhasilan penulis di Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung.
7. Ucapan terima kasih juga saya sampaikan kepada sahabat saya serta teman-teman seperjuangan di bangku perkuliahan PDIH atas dukungan dan kebersamaan mengapai kesuksesan studi selama ini.

Dengan bantuan dan dukungan yang telah penulis dapatkan, akhirnya dengan menyerahkan diri dan senantiasa memohon petunjuk, dan bimbingan Tuhan Yang Maha Esa, semoga apa apa yang penulis tuangkan dalam penelitian ini berguna dan bermanfaat bagi dunia hukum khususnya dan pengetahuan ilmu lainnya.

Selama penulisan, penyusunan serta penyelesaian Disertasi ini, tenaga, waktu dan pikiran telah penulis tuangkan secara maksimal, namun penulis menyadari bahwa apa yang telah dihasilkan belumlah terdapat suatu hasil yang sempurna dan masih terdapat kekurangan dan kelemahan. Hal ini sudah pasti karena keterbatasan penulis, untuk itu dengan kerendahan hati penulis mohon kritik dan saran dari para pembaca demi kesempurnaan Disertasi ini dan kemajuan dunia pendidikan. Dengan bantuan dan dukungan yang telah penulis dapatkan, akhirnya dengan menyerahkan diri dan senantiasa memohon petunjuk, serta perlindungan dari Tuhan Yang Maha Esa, semoga amalan dan perbuatan baik tersebut mendapat imbalan yang baik pula.

Semoga Disertasi ini dapat menambah menambah khasanah ilmu pengetahuan hukum dan wawasan pengetahuan kita semua serta dapat dimanfaatkan di masa sekarang maupun yang akan datang.

Semarang, Agustus 2024

Penulis

Lindung Pandiangan

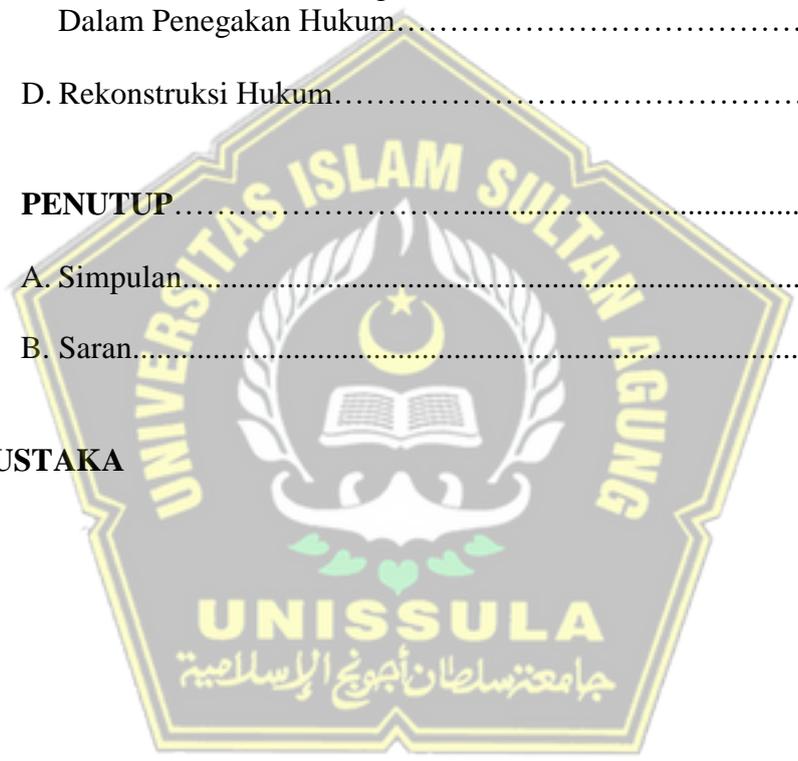


DAFTAR ISI

LEMBAR PENGESAHAN.....	i
PERNYATAAN.....	ii
ABSTRAK.....	iii
KATA PENGANTAR.....	v
DAFTAR ISI.....	ix
BAB I : PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah.....	14
C. Tujuan Penelitian.....	15
D. Kegunaan Penelitian.....	15
E. Kerangka Konseptual.....	16
F. Kerangka Teoritis.....	20
1. Grand Theory : Teori Keadilan Restributif.....	23
2. Middle Theory : Teori Sistem Hukum.....	43
3. Middle Theory :Teori Penegakan Hukum.....	52
4. <i>Aplicht Theory</i> : Teori Hukum Progresif.....	56
5. <i>Aplicht Theory</i> : Teori Kewenangan.....	60
G. Kerangka Pemikiran.....	64
H. Orisinalitas Penelitian.....	65
I. Metode Penelitian.....	67
J. Sistematika Penulisan.....	74

BAB II	: TINJAUAN PUSTAKA.....	47
	A. Penegakan Hukum.....	76
	B. Profesi Advokat dan Pengangkatan Advokat.....	86
	C. Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana.....	98
	D. Keadilan Restoratif.....	109
	E. Mediasi Penal.....	118
BAB III	: ADVOKAT SEBAGAI PENEGAK HUKUM DALAM PENYELESAIAN TINDAK PIDANA DALAM MEWUJUDKAN KEADILAN.....	138
	A. Tugas dan Wewenang Advokat.....	138
	B. Kode Etik dan Tanggung Jawab Advokat.....	151
	C. Profesi Advokat dalam Mewujudkan Keadilan.....	192
	D. Perlindungan Profesi Advokat.....	217
BAB IV	: PENYELESAIAN TINDAK PIDANA MELALUI MEDIASI PENAL MEWUJUDKAN KEADILAN RESTORATIF.....	228
	A. Alternatif Penyelesaian Sengketa.....	228
	B. Mediasi sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa.....	232
	C. Keadilan Restoratif Dalam Penegakan Hukum.....	241
	D. Keadilan Restoratif dan Tujuan Pidanaan.....	244
BAB V	: REKONSTRUKSI REGULASI KEWENANGAN ADVOKAT DALAM PENYELESAIAN TINDAKPIDANA MELALUI MEDIASI PENAL BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF.....	251
	A. Mediasi Penal Dengan Pendekatan Keadilan Restoratif Perspektif Pancasila.....	251
	B. Studi Komparasi/Perbandingan Hukum.....	268

1. Perbandingan Hukum Islam : Profesi Advokat.....	268
2. Perbandingan Mediasi Penal di Berbagai Negara.....	281
3. Perbandingan Keadilan Restoratif di Berbagai Negara...	288
4. Perbandingan Hukum Islam : Mediasi Penal dengan Pendekatan Keadilan Restoratif.....	303
5. Perbandingan Hukum Adat : Mediasi Penal dengan Pendekatan Restoratif.....	306
C. Keadilan Restoratif sebagai Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Penegakan Hukum.....	324
D. Rekonstruksi Hukum.....	336
BAB VI : PENUTUP	350
A. Simpulan.....	350
B. Saran.....	351
DAFTAR PUSTAKA	



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Negara adalah suatu organisasi kemasyarakatan yang bertujuan dengan kekuasaan mengatur serta menyelenggarakan suatu masyarakat.¹ Hukum adalah seperangkat kaidah atau aturan yang tersusun dalam suatu sistem menentukan apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan manusia sebagai warga dalam kehidupan bermasyarakat.²

Hukum dan masyarakat berkaitan erat, seperti adagium lama dimana ada masyarakat di situ ada hukum. Kehidupan dalam masyarakat, di antara anggotanya terdapat kepentingan berbeda, sehingga perlu suatu aturan tata tertib yang mengakomodir setiap kepentingan anggota masyarakat, jika tidak terdapat aturan tata tertib, akan terjadi konflik dan perdamaian sulit dicapai, sehingga perdamaian dalam masyarakat tetap terpelihara, oleh manusia sendiri, yaitu golongan berkepentingan, dibuat petunjuk hidup (mengatur kelakuan manusia), dan masyarakat sangat memerlukan petunjuk hidup itu.³

Sebagai negara hukum secara tegas disebutkan dalam Penjelasan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yaitu Pasal 1 ayat (3): Indonesia ialah negara yang berdasar atas hukum.

Negara sebagai wadah dari suatu bangsa mencapai cita-cita atau tujuan bangsanya. Tujuan negara adalah menyelenggarakan kesejahteraan dan kebahagiaan rakyat, atau menyelenggarakan masyarakat adil dan makmur.⁴

¹ M Solly Lubis, *Ilmu Negara*, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm 1.

² Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Gunung Agung, Jakarta, 2002, hlm 30.

³ E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Ichtiar Baru, Jakarta, 1999, hlm 2.

⁴ Soehino, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, 2005, hlm. 148.

Hukum sebagai dasar diwujudkan dalam peraturan perundangan, berpuncak pada konstitusi atau hukum dasar negara, yang berisi gagasan atau ide konstitusionalisme, yaitu adanya pembatasan atas kekuasaan dan jaminan hak dasar warga negara. Dalam negara hukum, kekuasaan negara berdasar atas hukum, bukan kekuasaan belaka serta pemerintahan negara berdasar pada konstitusi yang berpaham konstitusionalisme.⁵

Negara Indonesia adalah negara hukum dan tidak berdasarkan kekuasaan belaka, segala kekuatan negara harus diatur oleh hukum. Dalam usaha melindungi masyarakat dari gangguan, mewujudkan kehidupan damai, aman dan tentram dari segala pelaku pelanggaran norma sosial. Salah satu sarana penanggulangan pelanggaran norma sosial adalah hukum pidana, yaitu aturan dalam menyelenggarakan suatu ketertiban umum dengan melarang yang bertentangan dengan hukum dan memberikan suatu nestapa (penderitaan) kepada siapa yang melanggar larangan tersebut.

Dalam kepustakaan hukum pidana, menurut alam pemikiran yang normatif murni, pembicaraan tentang pidana akan terbentur pada suatu titik pertentangan yang *paradoxal*, yaitu pidana di satu pihak untuk melindungi kepentingan seseorang, tetapi di pihak lain memperkosa kepentingan seseorang lain dengan memberikan hukuman berupa penderitaan kepada seseorang yang dipidana.⁶

Hukum pidana telah disepakati dan dibakukan sebagai bagian dari hukum publik (*algemene belangen*). Dengan sifat ini, ketika seseorang melakukan suatu tindak pidana yang merugikan kepentingan orang lain, pembalasan terhadap

⁵ Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm 2.

⁶ Dwidja Priyatno, *Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2006, hlm 6.

pelaku tidak hanya menjadi hak dari korban tindak pidana itu, tetapi berkembang menjadi kewajiban bersama seluruh keluarga, masyarakat dan akhirnya pembalasan tersebut menjadi bagian dari tanggung jawab negara. Hukum Negara pun menjadi satu- satunya instrument dalam menyelesaikan perkara pidana dengan prosedur yang telah ditentukan.

Pidana adalah nestapa yang diberikan negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran hukum pidana, dirasakan sebagai nestapa, agar menjadi jera.⁷ Pidana adalah reaksi atas delik dan berwujud nestapa yang sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik itu.⁸ Reaksi atas delik menunjukkan suatu delik dapat memberikan reaksi apabila dilanggar, yaitu ancaman hukuman atau pidana. Nestapa bukanlah suatu tujuan terakhir yang dicita-citakan masyarakat, melainkan tujuan terdekat.

Tujuan utama terbentuknya hukum pidana adalah menyusun secara sistematis segala bahan yang diperoleh dari hukuman secara umum untuk mengatur kehidupan sesuai dengan norma hukum yang telah disepakati bersama. Ilmu pengetahuan hukum pidana merupakan suatu ilmu pengetahuan antropologis dan suatu ilmu pengetahuan sosial.

Kejahatan bukan saja merupakan suatu perbuatan terlarang dan diancam suatu hukuman oleh undang-undang, juga merupakan tindakan manusia dan suatu gejala kemasyarakatan, yaitu gejala yang mengancam keamanan sehingga dipandang sebagai gejala sosial patheologis. Dengan demikian maka hukuman bukan hanya dimaksudkan untuk dapat memberikan suatu penderitaan kepada si

⁷ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1998, hlm 108.

⁸ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1993, hlm 9.

penjahat melainkan juga untuk mempertahankan keamanan di masyarakat atau sebagai fungsi sosial.

Pelaksanaan hukum dalam kehidupan masyarakat sehari-hari mempunyai arti penting karena tujuan hukum adalah menciptakan keadilan, kepastian dan memberikan kemanfaatan bagi masyarakat.

Keadilan dalam masyarakat hanya dapat diwujudkan kalau hukum dilaksanakan dan dipatuhi oleh semua orang dan semua orang harus diperlakukan sama di depan hukum. Apabila hukum tidak ditegakkan, ia tidak akan mempunyai makna dalam kehidupan masyarakat. Peraturan hukum yang demikian akan mati dengan sendirinya.⁹

Penegakan hukum dalam sistem peradilan pidana bertujuan menanggulangi kejahatan, serta membuat kehidupan masyarakat menjadi aman, tentram dan terkendali serta masih dalam batas-batas teloransi masyarakat. Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), mengatur tata cara atau prosedur sistem peradilan pidana Indonesia atau hukum acara untuk menegakkan hukum pidana materil. Penegakan hukum pidana dimulai dari penyelidikan dan penyidikan di kepolisian, penuntutan oleh Jaksa penuntut umum, dan vonis hukuman atau sanksi oleh Hakim.

Penegakan hukum merupakan suatu usaha mewujudkan ide tentang keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan sosial menjadi kenyataan. Proses perwujudan ide merupakan hakekat penegakan hukum, diartikan sebagai suatu proses mewujudkan keinginan hukum, yaitu pikiran dari badan pembuat undang-undang yang dirumuskan dan ditetapkan dalam peraturan-peraturan hukum yang kemudian menjadi kenyataan.¹⁰

⁹ Imam Sukadi, *Hukum Dalam Proses Penegakan Hukum di Indonesia*, Jurnal Risalah Hukum Volume 7 Nomor1, ISSN 021-969X Fakultas Hukum Unmul, hlm 35.

¹⁰ Satjipto Rahardjo, *Op, Cit*, hlm 15

Penegakan hukum juga mengandung arti keseluruhan kegiatan ke arah tegaknya hukum, keadilan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia, ketertiban dan ketentraman dan kepastian hukum sesuai Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Perlindungan masyarakat terhadap kejahatan berkaitan penegakan hukum pidana. Tujuan ditetapkan sebagai salah satu sarana politik kriminal yaitu perlindungan masyarakat yang dikenal *social defence*. Fungsionalisasi hukum pidana sebagai upaya membuat hukum pidana dapat berfungsi, beroperasi atau bekerja dan terwujud secara konkret. Fungsionalisasi hukum pidana pada hakikatnya sama adalah penegakan hukum pidana.¹¹

Dalam penegakan hukum, bukan tanggung jawab penegak hukum semata, merupakan tanggung jawab masyarakat dalam menghadapi, menaggulangiberbagai bentuk kajahatan merugikan dan meresahkan.¹²

Penegakan hukum juga merupakan kegiatan menyasikan hubungan nilai yang terjabarkan dalam kaidah, pandangan yang mantap dan mengejawantahkannya dalam sikap dan tindakan sebagai serangkaian penjabaran nilai tahap akhir untuk menciptakan kedamaian pergaulan hidup. Tegaknya hukum ditandai beberapa faktor saling terkait yaitu hukum dan aturannya sendiri.¹³

Nilai hukum merupakan prinsip persamaan kedudukan di depan hukum dengan arti setiap warga negara harus menerapkan tanpa perkecualian, sehingga tidak ada lagi warga negara kebal hukum. Setiap pelanggaran hukum diselesaikan melalui prosedur hukum yang berlaku.

¹¹ Barda Nawawi Arif, *Op, Cit*, hlm 11.

¹² Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, hlm 3

¹³ Alvi Syahrin, *Beberapa Masalah Hukum*, Softmedia, Medan, 2009, hlm 11.

Penegakan hukum di dalam sistem peradilan pidana bertujuan untuk menanggulangi setiap kejahatan. Hal ini dimaksudkan agar setiap tindakan yang melanggar aturan hukum dan peraturan perundang-undangan serta membuat kehidupan masyarakat menjadi aman, tentram dan terkendali serta masih dalam batas-batas teloransi masyarakat.

Dalam penegakkan hukum harus memperhatikan kemanfaatan atau kegunaannya bagi masyarakat, sebab hukum dibuat untuk kepentingan masyarakat yang akhirnya akan menimbulkan keresahan. Penegakan hukum sebagai proses sosial yang melibatkan lingkungannya, oleh karena itu penegakan hukum akan bertukar aksi dengan lingkungannya yang bisa disebut pertukaran aksi dengan unsur manusia, sosial budaya, politik dan lain sebagainya, jadi penegakan hukum dipengaruhi oleh berbagai macam dan keadaan yang terjadi dalam masyarakat.

Penegakan hukum hanya bertumpu pada negara sebagai pemberi keadilan, ternyata mengakibatkan sedikitnya peran individu dalam mengupayakan penyelesaian perkara pidana. Pencarian keadilan dalam perkara pidana sepenuhnya bertumpu pada sistem yang dibangun oleh kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Padahal keadilan yang diberikan oleh negara belum tentu sesuai dengan kehendak para pencari keadilan itu sendiri, sebab pada dasarnya setiap orang memiliki kebutuhan dan tingkat akseptabilitas yang beragam atas rasa keadilan. Penyelesaian perkara pidana yang hanya dapat diselesaikan melalui mekanisme yang disediakan oleh hukum Negara juga dapat menimbulkan masalah lain.

Pembangunan hukum untuk mencapai suatu penegakan hukum tidak terbatas pada aturan normatif, perlu dipahami faktor berpengaruh. Hal ini menjadi dasar dan tujuan penegakan hukum pidana terutama kebijakan penanggulangan kejahatan sebagai perwujudan pembangunan bidang hukum dalam rangka kesejahteraan dan perlindungan sosial. Penerapan hukum atau dipergunakannya aturan sebagai upaya penanggulangan kejahatan bukanlah salah satunya tujuan. Apakah artinya penerapan hukum kalau tujuan pembangunan hukum tidak tercapai. Dalam rangka penegakan hukum, salah satu ditentukan faktor penegak hukum yang memahami hakikat penegakan hukum pidana. Dengan tingginya kualitas, ia dapat mengambil upaya yang menurutnya paling baik dilakukan, salah satunya ketika melakukan tindakan penyaringan perkara.

Suatu tujuan hukum tidak selalu identik tujuan yang dirumuskan secara eksplisit, apa yang dinyatakan dalam suatu aturan belum tentu merupakan alasan sesungguhnya pembuatan aturan tersebut.¹⁴ Bahwa dalam kenyataan hukum itu tidak secara membabi buta, diperlakukan kepada siapa pun dan dalam kondisi apapun seperti apa yang tercantum dalam bunyi perundang-undangan itu.

Hukum itu hanya dapat menuntut kehidupan bersama secara umum. Sebab begitu ia mengatur secara rinci dengan memberikan skenario langkah-langkah secara lengkap, maka pada waktu itu pula kehidupan akan macet. Oleh karena itu sesungguhnya diskresi merupakan kelengkapan dari pengaturan oleh hukum itu sendiri.¹⁵

¹⁴ Soerdjono Soekanto, *Efektivitas Hukum dan Peranan Sanksi*, Remaja Karya, Jakarta, 1995, hlm 7.

¹⁵ Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, 1993, hlm 11.

Menurut Roscoe Pound, tujuan hukum harus ditelaah dalam rangka kebutuhan dan/atau untuk kepentingan sosial yang meliputi keamanan umum, kehidupan pribadi dan sebagainya.¹⁶ Dalam pandangan ajaran ini hukum dipandang sebagai instrumen untuk mengarahkan atau mencapai tujuan yang menurut Roscoe Pound adalah seluruh kepentingan sosial sejak dari kepentingan pribadi sampai dengan kepentingan-kepentingan masyarakat dan negara.¹⁷

Suatu tujuan hukum tidak selalu identik dengan tujuan yang dirumuskan secara eksplisit, apa yang dinyatakan dalam suatu aturan belum tentu merupakan alasan yang sesungguhnya dari pembuatan aturan tersebut.¹⁸ Jadi dengan demikian perlu dikaji bahwa dalam kenyataannya hukum itu tidak secara membabi buta diperlakukan kepada siapa pun dan dalam kondisi apapun seperti apa yang tercantum dalam bunyi perundang-undangan itu.

Meningkatnya volume dan jenis perkara yang diajukan ke pengadilan harus berhadapan dengan kemampuan organisasi pengadilan yang terbatas baik secara teknis maupun sumber daya manusia. Terhadap fakta ini, Yahya Harahap mendeskripsikan kritik pada pengadilan yaitu: penyelesaian sengketa melalui litigasi sangat lama, biaya berperkara mahal, pengadilan kerap tidak responsif, putusan pengadilan tidak menyelesaikan masalah, dan kemampuan para hakim bersifat generalis.¹⁹

Keadaan yang demikian memunculkan kebutuhan akan suatu mekanisme yang mampu untuk mempertemukan kepentingan-kepentingan serta menghasilkan keputusan yang disepakati bersama. Salah satu konsep untuk mewujudkan

¹⁶ M Faal, *Penyaringan Perkara oleh Polisi*, Pradnya Paramitha, Jakarta, 2001, hlm 21.

¹⁷ *Ibid*, hlm 22.

¹⁸ Soerdjono Soekanto, *Efektivitas Hukum dan Peranan Sanksi*, Remaja Karya, Jakarta, 1995, halaman 7.

¹⁹ M. Yahya Harahap, *Beberapa Tinjauan mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hlm 153.

gagasan tersebut adalah Mediasi Penal sebagai upaya penyelesaian perkara pidana diluar pengadilan. Di tengah permasalahan-permasalahan di atas, mediasi penal dirasa lebih dapat mewujudkan asas peradilan sederhana, cepat dan murah yang amat penting untuk perlindungan hak dari korban maupun pelaku.

Pada pendekatan ini, petugas harus senantiasa mengukur norma hukum dan faktor lain yang mempengaruhi berdasarkan efektifitas bagaimana bekerjanya hukum dalam realitas (*law in action*). Sehingga apabila hukum sudah tidak sesuai perkembangan sosial, penegak hukum harus berani menyisihkannya. Karena mencapai tujuan sosial atau keadilan, bisa saja tanpa melalui jalur hukum.

Dalam bekerjanya sistem peradilan pidana Indonesia berlandaskan KUHAP membutuhkan waktu agak lama dan panjang bahkan terkadang berbelit-belit, sehingga dibutuhkan terobosan hokum, yakni menggunakan mediasi penal yang merupakan pembaharuan hukum pidana, erat hubungan dengan *restorative justice*.

Mediasi pada umumnya digunakan dalam kasus-kasus perdata, tidak untuk kasus-kasus pidana, seperti telah disebut di atas. Namun dalam perkembangan wacana teoritik dan pembaruan hukum nasional, terdapat kecenderungan kuat untuk menggunakan mediasi penal, sebagai salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa.²⁰

Penggunaan mediasi penal sebagai alternatif peradilan pidana khususnya tindak pidana pencurian ringan tidak terbilang baru dan bukan suatu keharusan dilaksanakan, tergantung sikap aparat penegak hukum. Seiring perkembangan zaman dan kebutuhan korban, mediasi penal merupakan terobosan hukum mempunyai manfaat dan keuntungan tersendiri kepada bagi pihak berperkara.

²⁰ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm 3.

Untuk penanganan kasus pidana, mediasi penal hampir sama dengan diskresi (*discretion*) yang dimiliki lembaga sistem peradilan pidana, seperti Kepolisian dan Kejaksaan menyaring kasus untuk tidak meneruskan melalui proses peradilan pidana. Namun mediasi penal lebih mengedepankan kepentingan pelaku tindak pidana dan sekaligus korban, sehingga tercapai *win-win solution* yang menguntungkan pelaku tindak pidana dan korban. Dalam mediasi penalkorban dipertemukan secara langsung dengan pelaku tindak pidana dan dapat mengemukakan tuntutananya sehingga dihasilkan perdamaian para pihak.

Masyarakat lebih memilih menyelesaikan kasus melalui perdamaian secara kekeluargaan antara pelaku dengan korban. Perdamaian dianggap penyelesaian yang memberikan kemanfaatan bagi para pihak. Biasanya perdamaian dilakukan dengan pemberian ganti rugi berupa sejumlah uang dari pelaku kepada korban atau korban memaafkan pelaku dengan meminta ganti kerugian atas perbuatan yang dilakukan.²¹

Mekanisme mediasi yang merupakan bagian dari *alternative dispute resolution* (ADR) selama ini hanya dikenal dalam ranah hukum privat. Kini mediasi mulai banyak dipraktikkan untuk menyelesaikan perkara pidana karena adanya pergeseran paradigma penegakan hukum pidana dari keadilan retributif menjadi keadilan restoratif yang pertama-tama dikembangkan di Amerika. Pada keadilan retributif, orientasi penyelesaian sengketa pidana adalah pembalasan terhadap pelaku dengan penjatuhan hukuman penjara sebagai bentuk nestapa. Pada prinsip keadilan restoratif, terdapat suatu perkembangan penyelesaian sengketa yang lebih dapat memulihkan hak-hak korban dan mengakomodir kepentingan para pihak dengan memberikan keadilan dan kemanfaatan.

²¹ Wukir Prayitno, *Hukum Berwawasan Indonesia*, Agung, Semarang, 1991, hlm 21.

Untuk beberapa tindak pidana, seperti pencurian, kecelakaan lalu lintas, dan tindak pidana lain yang berdimensi perdata, keberhasilan keadilan bukan diukur oleh seberat apa pidana yang dijatuhkan hakim, tapi sebesar apa kerugian dipulihkan oleh pelaku. Pemahaman ini berkaitan dengan usaha-usaha pembaharuan pidana yang sekarang sedang disusun. Konsep rancangan KUHP baru jika dipelajari menunjukkan adanya pembaharuan yang sangat mendasar terutama dalam sistem pemidanaan. Beberapa pembaharuan yang humanistik tanpa menghilangkan sifat represif dari hukum pidana diantaranya; (1) lebih mengutamakan pidana denda, (2) pidana penjara digunakan sebagai pilihan terakhir, hanya untuk tindak pidana serius dan berbahaya, (3) adanya pedoman dalam penerapan pidana penjara.²²

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, meskipun tidak ada landasan hukumnya, namun dalam praktik sudah sering perkara pidana diselesaikan di luar pengadilan. Padahal, Indonesia belum memiliki undang-undang yang secara eksplisit memberikan aturan mediasi untuk menyelesaikan perkara pidana. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa hanya melingkupi ranah hukum perdata. Fakta ini pun menimbulkan pertanyaan seperti apa dasar pelaksanaan mediasi penal dan bagaimana mekanisme penyelenggaraan mediasi penal?

Perdamaian dalam hukum pidana adalah penyelesaian kasus kejahatan di luar acara peradilan, dengan cara perdamaian antara kedua belah pihak, sama halnya dalam kasus perdata. Lembaga perdamaian secara yuridis formal tidak

²² Muhari Agus Santoso, *Paradigma Baru Hukum Pidana*, Averroes Press, Malang, 2002, hlm 17.

diakui dalam hukum pidana, sehingga dipandang liar dan illegal karena tidak mempunyai landasan dalam hukum pidana positif.²³

Mediasi Penal merupakan salah satu jalan alternatif menyelesaikan tindak pidana. Melalui mediasi penal proses penanganan perkara dilakukan secara transparan sehingga dapat mengurangi penyimpangan dalam proses peradilan pidana. Mengingat banyaknya keuntungan mediasi penal, sebagaimana dipraktekkan di beberapa negara, diperlukan upaya berupa kajian menerapkan mediasi penal dalam proses peradilan pidana Indonesia sebagai bagian dari sistem peradilan pidana di Indonesia.

Selama ini, upaya penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan dipraktikkan melalui diskresi aparat penegak hukum, khususnya penyidik. Dalam proses penyidikan akan ditentukan apakah sebuah perkara akan dilimpahkan ke kejaksaan atau dihentikan. Dengan wewenang diskresinya, polisi dapat memutuskan untuk menyelesaikan suatu perkara pidana di luar pengadilan dan polisi diharapkan dapat bersikap bijaksana terhadap penanganan perkara pidana atau laporan tindak pidana. Harapan agar aparat tidak menerapkan hukum secara kaku dan semata-mata mengikuti teks dalam undang-undang makin banyak disuarakan terutama sejak munculnya kontroversi korban pembedaan seperti kasus 'Kakao Minah' dan kasus 'Semangka Basar dan Kholil'. Selanjutnya, karena penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan dirasa semakin penting dan tidak adanya undang-undang yang mengatur, dikeluarkanlah Surat Kapolri No. Pol: B/3022/XII/2009/SDEOPS tanggal 14 Desember 2009 tentang Penanganan Kasus

²³ Alef Musyadah, *Kedudukan Perdamaian Antara Korban Dengan Pelaku Tindak Pidana Dalam Sistem Pidanaaan*, Tesis, Universitas Diponegoro, Semarang, 2005, hlm 78.

Melalui Alternatif Dispute Resolution (ADR), dan pada saat ini terdapat Peraturan Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2021 tentang Penanganan Tindak Pidana Berdasarkan Keadllan Restoratif.

Selain peran polisi dengan diskresinya itu, pihak lain yang memiliki peranan dalam menyelesaikan perkara pidana di luar pengadilan adalah advokat. Seorang advokat haruslah selalu mengikuti perkembangan hukum, sehingga dalam mendampingi kliennya baik sebagai korban maupun sebagai pelaku kejahatan, tidak bisa hanya melihat perkara yang ditangani dengan sudut pandang *law in book*, tetapi juga *law in action*. Pasal 4 Undang-undang nomor 16 Tahun 2001 tentang Bantuan Hukum menentukan bahwa Bantuan Hukum yang diberikan oleh pemberi bantuan hukum meliputi masalah hukum keperdataan, pidana, dan tata usaha negara baik litigasi maupun nonlitigasi dan meliputi menjalankan kuasa, mendampingi, mewakili, membela, dan/atau melakukan tindakan hukum lain untuk kepentingan hukum Penerima Bantuan Hukum. Dengan begitu, dalam tugasdan kewajibannya, seorang advokat tidak diharuskan untuk sampai beracara dalam persidangan. Penyelesaian melalui mediasi penal adalah langkah awal dari tugas advokat dan merupakan salah satu bentuk pemberian bantuan hukum.

Jadi sementara, tidak ada peraturan mengenai mediasi penal dalam hukum positif Indonesia, advokat adalah salah satu pihak yang berperan dalam mengembangkan gagasan dan praktik mediasi penal. Dengan berlakunya Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat dan Undang-undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Bantuan Hukum, advokat memiliki peran strategis untuk

mendampingi para pihak dalam mengupayakan penyelesaian perkara di luar pengadilan.

Masalah lain yang timbul dari praktik mediasi penal adalah mengenai konsekuensi dari kesepakatan damai yang dicapai dalam mediasi penal. Tidak ada kepastian apakah kesepakatan hukum itu selain mengikat para pembuatnya juga sekaligus menghentikan perkara, ataukah tidak berpengaruh terhadap proses pemeriksaan perkara? Ketika mediasi penal menghasilkan kesepakatan kesepakatan namun pelaku tetap dituntut, hal ini sangat dipertanyakan oleh masyarakat. Misalnya, dalam kasus Andika “Kangen Band”. Perkara ‘Andika membawa Lari Gadis di Bawah Umur (CC)’ tetap dilimpahkan ke Kejaksaan meski dia sudah berdamai dengan keluarga CC.²⁴

Apa yang diuraikan di atas adalah masalah yang dapat timbul setelah mediasi penal dilaksanakan dengan menghasilkan suatu kesepakatan. Dalam hukum pidana terdapat prinsip ganti rugi tidak menghapus sifat melawan hukum dalam tindak pidana. Selain itu, dalam hukum acara pidana, pencabutan laporan dapat dilakukan tergantung pada tindak pidananya, apakah merupakan delik aduan atau delik biasa. Apakah kesepakatan itu hanya menimbulkan kewajiban bagi tersangka untuk melakukan perbuatan yang disepakati (misalnya ganti rugi), atau sekaligus membuat penyidik harus menghentikan pemeriksaan terhadap perkara itu? Peran aktif baik dari aparat polisi maupun advokat berpengaruh dalam tercapainya kesepakatan yang adil, final dan mengikat. Maka dari itu kajian mengenai penerapan mediasi penal perlu juga diikuti kajian mengenai akibat hukum kesepakatan damai mediasi penal.

Berdasarkan permasalahan di atas penulis tertarik untuk menjadikannya sebuah karya ilmiah berbentuk disertasi dengan judul **Rekonstruksi Regulasi**

²⁴ Anonim, *Andika tetap diproses Hukum meski telah berdamai dengan Pihak CC*. life.viva.co.id/news/read, diunduh pada 10 Maret 2013.

Kewenangan Advokat Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif

B. Rumusan Masalah

Masalah adalah kejadian atau keadaan menimbulkan pertanyaan, yang tidak puas dengan melihat saja, melainkan ingin mengetahui lebih dalam.²⁵ Adapun Rumusan masalah dalam penelitian ini adalah:

1. Bagaimana kewenangan Advokat sebagai penegak hukum dalam penyelesaian tindak pidana mewujudkan keadilan ?
2. Bagaimana penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal mewujudkan keadilan restoratif.
3. Bagaimana rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif ?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian menunjukkan adanya sesuatu hal yang diperoleh setelah penelitian selesai.²⁶ Adapun tujuan penelitian ini adalah :

1. Untuk menganalisis dan menemukan kewenangan Advokat sebagai penegak hukum dalam penyelesaian tindak pidana mewujudkan keadilan.
2. Untuk menganalisis dan menemukan penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal mewujudkan keadilan restoratif.

²⁵ Mohammad Hatta, *Pengantar ke Jalan Ilmu Pengetahuan*, Mutiara, Jakarta, 1990, hlm 14.

²⁶ Suharsimi Arikunto, *Metode Penelitian*, Angkasa, Jakarta, 1998, hlm 52.

3. Untuk menemukan rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif.

D. Kegunaan Penelitian

1. Secara Teoritis

Sebagai bahan masukan bidang ilmu hukum bagi kalangan akademis, dan memberikan masukan bagi penyempurnaan rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif.

2. Secara Praktis

Penelitian dapat dijadikan masukan bagi pihak terkait, khususnya Advokat sehubungan rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif.

E. Kerangka Konseptual

Pada bagian kerangka konseptual dijelaskan hal berkenaan konsep yang digunakan oleh peneliti dalam penulisan disertasi ini.

Konsep adalah suatu bagian yang terpenting dalam perumusan suatu teori. Peranan konsep pada dasarnya dalam penelitian adalah untuk menghubungkan dunia teori dan observasi, antara abstraksi (generalisasi) dan realitas. Konsep diartikan sebagai kata yang menyatakan abstraksi yang digeneralisasikan dalam hal khusus yang disebut definisi operasional.²⁷

²⁷ Sutan Remy Sjahdeini, *Kebebasan Berkontrak dan Perlindungan yang Seimbang bagi Para Pihak dalam Perjanjian Kredit Bank di Indonesia*, Institut Bankir Indonesia, Jakarta, 1993, hlm 10.

Pentingnya kerangka konseptual menghindarkan penafsiran mendua (*debius*) dari suatu istilah,²⁸ dan memberikan pegangan pada proses penelitian disertasi. Dalam penelitian ini didefinisikan beberapa konsep dasar, agar secara operasional diperoleh hasil penelitian yang sesuai tujuan yang telah ditentukan.

Penulisan ini menggunakan beberapa istilah atau definisi berkaitan tema yang dibahas dengan memberikan pengertian definisi dan istilah penting dari kamus, pendapat ahli dan ketentuan perundangan. Dengan pembatasan ini akan menyamakan persepsi istilah digunakan sesuai permasalahan penelitian yang dianalisis, kerangka konseptual dalam penelitian ini dijelaskan sebagai berikut:

1. Rekonstruksi adalah pembangunan kembali semua prasarana dan sarana, kelembagaan pada wilayah pasca bencana, baik pada tingkat pemerintahan maupun masyarakat dengan sasaran utama tumbuh dan berkembangnya kegiatan perekonomian, sosial dan budaya, tegaknya hukum dan ketertiban, dan bangkitnya peran serta masyarakat dalam segala aspek kehidupan bermasyarakat.
2. Regulasi adalah seperangkat aturan atau kebijakan yang dibuat untuk mengontrol atau mengatur tindakan atau perilaku seseorang, kelompok, atau organisasi dalam suatu bidang tertentu. Tujuan dari regulasi dapat bervariasi, misalnya untuk menjaga keamanan, kesehatan, lingkungan, atau keadilan dalam suatu masyarakat, juga dapat dibuat oleh pemerintah atau lembaga lain

²⁸ Tan Kamelo, *Perkembangan Lembaga Jaminan Fidusia: Suatu Tinjauan Putusan Pengadilan dan Perjanjian di Sumatera Utara*, Disertasi, PPs-USU, Medan, 2002, hlm 35.

untuk melindungi kepentingan publik atau mencegah praktik yang merugikan.²⁹

3. Kewenangan menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata wewenang disamakan dengan kata kewenangan, yang diartikan sebagai hak dan kekuasaan untuk bertindak, kekuasaan membuat keputusan, memerintah dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang/badan lain.³⁰ Kewenangan adalah merupakan hak menggunakan wewenang yang dimiliki seorang pejabat atau institusi menurut ketentuan yang berlaku, dengan demikian kewenangan juga menyangkut kompetensi tindakan hukum yang dapat dilakukan menurut kaedah-kaedah formal, jadi kewenangan merupakan kekuasaan formal yang dimiliki oleh pejabat atau institusi. Kewenangan memiliki kedudukan yang penting dalam kajian hukum tata negara dan hukum administrasi negara. Begitu pentingnya kedudukan kewenangan ini, sehingga F.A.M. Stroink dan J.G. Steenbeek menyebut sebagai konsep inti dalam hukum tata negara dan hukum administrasi negara.³¹
4. Advokat Menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat, definisi atau pengertian Advokat adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan Undang-Undang ini. Advokat berasal dari kata *Advocaat* (Belanda) yaitu seseorang yang resmi

²⁹ <https://bnp.jambiprov.go.id/regulasi-adalah-pengertian-menurut-ahlinya>.

³⁰ Kamal Hidjaz. *Efektivitas Penyelenggaraan Kewenangan Dalam Sistem Pemerintahan Daerah di Indonesia*, Pustaka Refleksi, Makasar, 2010, hal 35.

³¹ Indroharto. *Usaha Memahami Undang-undang tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, Pustaka Harapan. Jakarta, 2003, hlm 68.

diangkat untuk menjalankan profesinya setelah memperoleh gelar Meester in de Echten (Mr). Kalau ditarik lebih jauh lagi, kata itu berasal dari kata latin yaitu advocatus. Oleh karena itu tidak heran hampir di setiap bahasa di dunia istilah itu dikenali. Advokat berstatus sebagai penegak hukum, bebas dan mandiri yang dijamin oleh hukum dan peraturan perundang-undangan yang dapat dilihat di dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat, karena Advokat sebagai salah satu perangkat dalam proses peradilan yang mempunyai kedudukan setara dengan penegak hukum lainnya dalam menegakkan hukum dan keadilan.

5. Tindak pidana adalah merupakan terjemahan dari *strafbaar feit*, di dalam KUHP tidak terdapat penjelasan mengenai apa sebenarnya yang dimaksud dengan *strafbaar feit* itu sendiri. Biasanya tindak pidana disinonimkan dengan delik, yang berasal dari bahasa latin yakni kata *delictum*. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia tercantum sebagai berikut: Delik adalah perbuatan yang dapat dikenakan hukuman karena merupakan pelanggaran terhadap undang-undang tindak pidana.³² Moeljatno, menerjemahkan istilah *strafbaar feit* dengan perbuatan pidana. Menurut pendapat beliau istilah perbuatan pidana menunjuk kepada makna adanya suatu kelakuan manusia yang menimbulkan akibat tertentu yang dilarang hukum di mana pelakunya dapat dikenakan sanksi pidana. Dapat diartikan demikian karena kata perbuatan tidak mungkin berupa kelakuan alam, karena yang dapat berbuat

³² Teguh Prastyo, *Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2012, hlm 47.

dan hasilnya disebut perbuatan itu adalah hanya manusia.³³ Tindak pidana adalah perbuatan yang oleh aturan hukum dilarang dan diancam dengan pidana, di mana pengertian perbuatan di sini selain perbuatan yang bersifat aktif (melakukan sesuatu yang sebenarnya dilarang oleh hukum) juga perbuatan yang bersifat pasif (tidak berbuat sesuatu yang sebenarnya diharuskan oleh hukum).³⁴

6. Mediasi adalah upaya penyelesaian konflik dengan melibatkan pihak ketiga yang netral, tidak memiliki kewenangan mengambil keputusan, membantu pihak bersengketa mencapai penyelesaian (solusi) yang diterima kedua belah pihak. Mediasi penal sering disebut *mediation in criminal cases* atau *mediation in penal matters*, istilah Belanda disebut *strafbemiddeling*, istilah Jerman disebut *Der Außergerichtliche Tataus-gleich* (ATA) dan istilah Perancis disebut *de mediation pénale*. Mediasi penal mempertemukan antara pelaku tindak pidana dengan korban, sering dikenal istilah *Victim-Offender Mediation* (VOM), *Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA), atau *Offender-victim Arrangement* (OVA). Mediasi penal merupakan salah satu alternatif penyelesaian sengketa
7. Keadilan restoratif adalah sebuah pendekatan yang ingin mengurangi kejahatan dengan menggelar pertemuan antara korban dan terdakwa, dan kadang-kadang juga melibatkan para perwakilan masyarakat secara umum.

³³ Asshiddiqie Jimly, Ali Safa'at M, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Konpres, Jakarta, 2012, hlm 46.

³⁴ Tri Andrisman, *Hukum Pidana*, Universitas Lampung, Bandar Lampung, 2011, hlm 69.

F. Kerangka Teori

Kata teori berasal dari kata *theoria*, artinya pandangan atau wawasan. Kata teori mempunyai pelbagai arti. Teori diartikan sebagai pengetahuan yang hanya ada dalam alam pikiran tanpa dihubungkan dengan kegiatan bersifat praktis untuk melakukan sesuatu.³⁵ Dalam banyak literatur bahwa teori (berasal dari kata *thea*) menggunakan bangunan berfikir yang tersusun sistematis, logis (rasional), empiris (kenyataan), juga simbolis dalam menjelaskan suatu fenomena. Teori sebagaibuah pikir manusia tidak datang begitu saja, penemuan atas sebuah teori disandarkan hasil penelitian dan pengujian berulang-ulang hingga menghasilkan sebuah hipotesis dan beranak menjadi sebuah teori. Dalam kehidupan sehari-hari, sering dijumpai teori yang dikontraskan dengan praktik, atau teori dengan fakta. Teori tidak selamanya selalu sama dengan fakta, atau *das sollen* dengan *dasseinnya* tidak sama, bertentangan, teori seolah menjadi entitas yang berbeda dengan faktanya. Maka tidak heran jika kini banyak penelitian- penelitian hukum khususnya yang mencoba untuk menguji kebenaran teori dengan fakta.

Teori merupakan pemikiran atau butir pendapat, teori, tesis mengenai suatu permasalahan yang menjadi bahan perbandingan dan pegangan teoritis serta masukan eksternal bagi penulis,³⁶ dan pendukung permasalahan yang dianalisis.

Kerangka teori memberikan gambaran atau batasan tentang teori yang akan digunakan sebagai landasan penelitian yang akan dilakukan. Kerangka teori merupakan pendukung dalam membangun atau berupa penjelasan dari

³⁵ Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2012, hlm 4.

³⁶ M. Solly Lubis, *Filsafat Hukum dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994, hlm 80.

permasalahan yang dianalisis. Teori memberikan penjelasan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakan.³⁷

Teori tentang ilmu merupakan penjelasan rasional sesuai objek yang dijelaskan untuk mendapat verifikasi, didukung data empiris yang membantu mengungkapkan kebenaran.³⁸ Kegunaan teori yaitu:

Pertama, mempertajam atau lebih menghususkan fakta hendak diteliti. *Kedua*, mengembangkan sistem klasifikasi fakta, membina struktur konsep serta memperkembangkan definisi. *Ketiga*, biasanya merupakan suatu ikhtisar dari pada hal telah diketahui serta diuji kebenarannya menyangkut objek diteliti. *Keempat*, memberikan kemungkinan pada prediksi fakta mendatang, oleh karena telah diketahui sebab terjadinya fakta tersebut dan kemungkinan faktor tersebut akan timbul lagi pada masa mendatang. *Kelima*, teori memberikan petunjuk terhadap kekurangan pada pengetahuan penelitian.³⁹

Teori, sebagai produk ilmu, tujuannya memecahkan masalah.⁴⁰ Teori bertujuan memberikan pengarahan kepada penelitian yang dilakukan.⁴¹ memberikan petunjuk atas gejala yang timbul dalam dalam penelitian dan desain penelitian serta langkah penelitian berhubungan kepustakaan, isu kebijakan maupun nara sumber penting lain.⁴²

Teori dimaksud adalah penjelasan mengenai gejala yang terdapat dunia fisik tersebut tetapi merupakan suatu abstraksi intelektual dimana pendekatan secara rasional digabungkan dengan pengalaman empiris. Artinya teori ilmu merupakan suatu penjelasan rasional yang berkesesuaian dengan objek yang

³⁷ Satjipto Rahardjo, *Mengejar Keteraturan Menemukan Ketidakteraturan (Teaching Order Finding Disorder)*, Pidato mengakhiri masa jabatan sebagai Guru Besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 15 Desember 2000, hlm 8.

³⁸ M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994, hlm 27.

³⁹ Soerjono Soekanto, *Beberapa Aspek Sosio Yuridis dan masyarakat*, Alumni, Bandung, 1991, hlm 111.

⁴⁰ Satjipto Rahardjo, *Op, Cit*, hlm 8.

⁴¹ Duanne R. Monette Thomas dan J. Sullivan Cornell R. Dejons, *Applied Social Research*, Halt Reinhart and Winston Inc, Chicago, 1989, hlm 31.

⁴² Robert K. Yin, *Application of Case Study Research*, Sage Publication International Educational and Professional Publisher New Bury Park, New Delhi, 1993, hlm 4.

dijelaskannya. Suatu penjelasan biar bagaimanapun meyakinkan tetapi harus didukung oleh fakta empiris untuk dapat dinyatakan benar.⁴³

Menurut Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, sebagaimana dikutip Sudikno Mertokusumo, teori diartikan sebagai suatu kesatuan pandang, pendapat berhubungan kenyataan yang dirumuskan sedemikian, sehingga memungkinkan menyebarkan hipotesis yang dapat dikaji.⁴⁴ Fred N. Kerlinger sebagaimana dikutip Maria S. W. Sumardjono, teori mengandung 3 (tiga) hal pokok, yaitu:⁴⁵

1. Seperangkat proposisi yang berisi konstruksi (*construct*) atau konsep yang sudah didefinisikan dan saling berhubungan;
2. Teori menjelaskan hubungan antar variabel sehingga menghasilkan pandangan sistematis dari fenomena yang digambarkan oleh variabel; dan
3. Teori menjelaskan fenomena dengan menghubungkan variabel dengan variabel lain dan menunjukkan hubungan variabel tersebut.

Setiap penelitian selalu menggunakan teori. Teori berfungsi untuk memperjelas masalah yang diteliti, sebagai dasar merumuskan hipotesis, dan sebagai referensi untuk menyusun instrumen penelitian. Semua peneliti harus berbekal teori agar wawasannya menjadi lebih luas dan dapat menyusun instrumen penelitian yang baik.

Pentingnya teori sebagai kerangka kerja penelitian, terutama mencegah praktek pengumpulan data yang tidak memberikan sumbangan bagi pemahaman peristiwa. Empirisme (kenyataan) yang polos, merupakan bentuk coretan mental dan ketelanjangan tubuh yang jauh lebih menarik daripada ketelanjangan fikiran.⁴⁶

⁴³ Laurence W. Friedman, *Teori dan Filsafat Hukum Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum*, Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm 157.

⁴⁴ Sudikno Mertokusumo, *Op, Cit*, hlm 5.

⁴⁵ Maria S. W. Sumardjono, *Pedoman Pembuatan Usulan Penelitian Sebuah Panduan Dasar*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hlm 19.

⁴⁶ Johny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: Bayu Media Publishing, Jakarta, 2008. hlm 22

Kerangka teoritis adalah konsep yang sebenar-benarnya merupakan abstraksi dari hasil pemikiran atau kerangka dan acuan yang pada dasarnya bertujuan mengadakan kesimpulan terhadap dimensi-dimensi. Setiap penelitian selalu disertai dengan pemikiran-pemikiran teoritis, hal ini karena adanya hubungan timbal balik yang erat antara teori dengan kegiatan pengumpulan, pengolahan, analisis, dan konstruksi data.

Berkaitan penelitian rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilanrestoratif, dirumuskan beberapa teori sebagai pisau analisis dalam disertasi ini yaitu:

1. **Grand Theory : Teori Keadilan Restoratif**

Munculnya pemikiran keadilan restoratif tidak dapat dilepaskan eksistensi pemikiran sebelumnya mendominasi pembentukan dan penerapan aturan hukum pidana, khususnya mengenai pidana dan pemidanaan, yaitu pandangan atau pemikiran retributif.

Dalam pandangan retributif penyelesaian kasus dengan penghukuman pelaku. Asumsi dipakai didasarkan hukum netral dan objektivitas hukum menjadi pertimbangan dominan, keadilan ditimbang secara netral dan objektif.

⁴⁷ Dalam retributivisme tidak terdapat tempat bagi pandangan pribadi, terutama korban, mengenai pidana dan pemidanaan karena menurut

⁴⁷ Sri Wiyanti Eddyono, *Keadilan Untuk Perempuan Korban*, Kompas, Senin, 17 Desember 2007, hlm 36.

teori retributif tindak pidana atau kejahatan diberikan pengertian perbuatan melawan (hukum) negara.⁴⁸

Sebagai konsekuensi, negara, merepresentasikan sebagai korban tindak pidana, mempunyai kewenangan menuntut dan menjatuhkan sanksi pidana kepada pelaku. Adapun kerugian dan penderitaan korban dianggap tercermin dalam ancaman sanksi pidana terhadap pelaku. Dikalangan ahli hukum pidana, retributif sebagai teori pertama kali muncul memberikan argumentasi perlu dan pentingnya sanksi pidana dalam penanggulangan tindak pidana.

Menurut Mirko Bagaric dan Kumar Amarasekara, *retributivism has been the dominant theory of punishment in the Western world for the past few decades.*⁴⁹ Sampai sekarang teori retributif mengemuka dalam setiap pembicaraan pidana dan pemidanaan, ketika mencoba memberikan jawaban dari pertanyaan : mengapa sanksi pidana dibutuhkan dalam penanggulangan tindak pidana ? meskipun jenis sanksi pidana bersumber dari teori retributif memiliki kelemahan dari segi proporsionalitas tanggung jawab pelaku, retributivisme tidak mungkin dihilangkan sama sekali.⁵⁰ Meskipun teori retributif tidak lagi populer, teori ini tidak tersingkirkan seluruhnya. Bahkan dalam hari-harinya paling buruk, masyarakat mengakui sejauh apapun sanksi bergerak ke arah rehabilitasi, tetap saja harus ada pemidanaan.⁵¹

⁴⁸ Eric Hoffer, *Retributive and Restorative Justice :Retribution means we eventually do to ourselves what we do to others*, http://www.homeoffice.gov.UK/rds/prg/pdf/crrs_10.pdf

⁴⁹ Mirko Bagaric and Kumar Amarasekara, *The Errors of Retributivism*, <http://www.Austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/aujournals/UNSWL3/1999/6html?query=paperses>.

⁵⁰ M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana : Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm 28.

⁵¹ Rudolph J. Gerber and Patrick D. Mc Anany, *Philosophy of Punishment*, dalam *The Sociology of Punishment*, John Wiley and Sons Inc., New York, 1970, hlm 358.

Dalam teori retributif terdapat prinsip pemidanaan merupakan suatu keharusan karena telah melakukan tindak pidana, merupakan pembalasan atas tindak pidana diperbuat pelaku. Retributisme berbeda dengan pembalasan dendam karena dalam retributisme hukuman bukan merupakan suatu fungsi subjektif dimana pihak korban dapat bertindak sendiri menghukum pelaku. Dalam hal ini penghukuman harus dilakukan pengadilan.⁵² Robert Nozick dan Ten, dikutip oleh Mirko dan Kumar, mengatakan pembalasan dalam teori retributif berbeda dengan pembalasan dendam, bahwa :⁵³

- a. Pembalasan dalam teori retributif berkaitan/dibatasi kesalahan pelaku tindak pidana, sedangkan balas dendam tidak ;
- b. Pembalasan dalam teori retributif merupakan batas maksimal dari pemidanaan, sedangkan balas dendam tidak ada batasnya;
- c. Balas dendam bersifat kasuistik dan berbeda kadarnya dalam situasi atau peristiwa yang sama;
- d. Pembalasan dalam teori retributif hanya dikenakan pada pelaku tindak pidana, sedangkan balas dendam mengenai/terjadi pada orang tidak bersalah, kebetulan mempunyai hubungan sasaran;
- e. Dalam kasus balas dendam, pelaku pembalasan dendam (korban tindak pidana) memperoleh kepuasan atas penderitaan orang lain, pembalasan menurut teori retributif kepuasan korban tindak pidana atas pemidanaan bukan merupakan pertimbangan utama.
- f. Karena tergantung individu pembalas, balas dendam bersifat personal; Pembalasan menurut teori retributif lebih bersifat umum.

Terlepas teori mendasarinya, penggunaan sanksi pidana sebagai sarana menyelesaikan kasus menurut pandangan retributisme mulai ditentang ahli hukum pidana dengan memunculkan pemikiran alternatif penanggulangan

⁵² Immanuel Kant, *The Doctrine of Virtue*, translate by M. J. Gregor, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1964, hlm 130.

⁵³ Mirko Bagaric and Kumar Amarasekara, *Loc, Cit.*

tindak pidana. Salah satu pemikiran mencoba memberikan alternatif lain adalah keadilan restoratif karena memusatkan perhatian upaya restorasi atau memperbaiki/memulihkan kondisi atau keadaan rusak akibat tindak pidana. Adapun yang direstorasi/diperbaiki/dipulihkan adalah korban, pelaku tindak pidana, serta kerusakan lain akibat tindak pidana dalam masyarakat.

Upaya perbaikan/penyembuhan dilakukan tidak dengan melihat ke belakang, yaitu tindak pidana telah terjadi, sebagai dasar pembenaran. Restorasi/perbaikan/penyembuhan agar dimasa datang terbangun suatu masyarakat lebih baik. Selain istilah keadilan restoratif, istilah lain dipakai menunjuk ide yang sama mengenai cara atau sarana alternatif penanggulangan tindak pidana seperti: *relational justice*, *positive justice*, *reintegrative justice*, *communitarian justice*, dan *redemptive justice*.⁵⁴

Pemikiran keadilan restoratif muncul sebagai reaksi dampak negatif penerapan sanksi pidana dengan sifat represif dan koersifnya.⁵⁵ Pendekatan *restoratif Justice* (keadilan pemulihan) untuk menyelesaikan kejahatan sering diperlawankan dengan pendekatan *retributive justice* (keadilan berdasarkan balas dendam).

Louk Hulsman mengatakan sistem hukum pidana dibangun berdasarkan pikiran harus menimbulkan nestapa sangat berbahaya.⁵⁶ Suatu ide menghapuskan sistem hukum pidana, dianggap lebih mendatangkan penderitaan daripada kebaikan, dan menggantikan cara lain yang lebih baik.⁵⁷

Dampak negatif dan kerugian penggunaan hukum pidana, seperti prisonisasi

⁵⁴ Eric Hoffer, *Op, Cit*. Lihat juga Tony F. Marshal, *Restoratif Justice an Overview*, <http://www.aic.gov.au/rjustice/other.html>

⁵⁵ Melani, *Restorative Jusice, Kurangi Beban LP*, <http://www.kompas.com/kompas-cetak/0601/23/opini/2386329.htm>.

⁵⁶ L. H. C. Hulsman, *Selamat Tinggal Hukum Pidana ! Menuju Swa Regulasi* (diterjemahkan Wonosusanto), Forum Studi Hukum Pidana, Surakarta, 1988, hlm 67.

⁵⁷ *Ibid*, hlm 74.

dan stigmatisasi pelaku, serta kurang dipertimbangkan aspek korban dalam proses maupun substansi penyelesaian tindak pidana. Dengan mengkaji dampak negatif penerapan hukum pidana, penggagas keadilan restoratif berkehendak menggantikan dengan sarana lain lebih reparatif.

Prisonization is the process through which an individual will take on the values and mores (inmate subculture) of the penitentiary.⁵⁸ Stigmatization or labeling is defined as the formal or informal identification of behavior. It is a personal, social and/or organizational response to behavior. Personal labels identify oneself with particular behaviors. Stigmatization of oneself alters self-concepts.⁵⁹

Pengertian umum keadilan restoratif pertama kali dikemukakan Barnett ketika ia menunjuk pada prinsip tertentu digunakan praktisi hukum di Amerika dalam melakukan mediasi antara korban dengan pelaku tindak pidana.⁶⁰ Tetapi perkembangan pemikiran keadilan restoratif secara ideologis sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari munculnya gerakan abolisionis yang ingin menggantikan hukum pidana dengan sarana lain dalam penanggulangan kejahatan serta munculnya ilmu baru, yaitu viktimologi.

Pada umumnya kejahatan menimbulkan korban, sehingga korban dan pelaku bagaikan dua sisi dari sebuah mata uang. Dapat dipahami apabila kemunculan viktimologi, sebagai suatu ilmu mempelajari tentang korban berpengaruh terhadap konsep dan teori pencegahan kejahatan. Konsep dan

⁵⁸ Donald Clemmer, *The Prison Community*, <http://www.msu.edu/~huebner2/CJ365.pdf>.

⁵⁹ Dennis B. Anderson & Donald F. Schoen, *Diversion Programs: Effect of Stigmatization on Juvenile*, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals>.

⁶⁰ Tony F. Marshall, *Op, Cit*.

teori pencegahan kejahatan semula lebih bersifat *offender oriented* mulai memperhatikan kepentingan korban dalam hal itu.

Pertimbangan viktimologis dalam upaya pencegahan kejahatan lebih memberikan rasa keadilan pada korban. Apabila dalam pendekatan retributif sanksi pidana lebih merupakan penebusan kesalahan pelaku pada negara, dengan mempelajari hakikat korban dan penderitaan, viktimologi memberikan dasar pemikiran menggali kemungkinan dirumuskan dan diterapkan sanksi lebih bersifat penebusan kesalahan pelaku kepada korban, misalnya memberikan ganti kerugian atau santunan dan perbaikan atas kerusakan yang ditimbulkan sebagai akibat tindak pidana. Di samping perwujudan tanggung jawab hukum, sanksi berorientasi pemulihan korban menggugah tanggung jawab moral pelaku terhadap korbannya.⁶¹

Keadilan restoratif adalah suatu pendekatan memecahkan masalah kejahatan antara para pihak, yaitu korban, pelaku, dan masyarakat, dalam relasi aktif penegak hukum.

PBB melalui *United Nation Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, tanggal 15 Desember 1985, menghimbau anggotanya memperhatikan korban kejahatan dengan cara memberikan pelayanan yang adil dalam proses peradilan. Termasuk memperjuangkan restitusi dan kompensasi serta memberikan bantuan, baik material, medis, psikologis maupun sosial melalui lembaga pemerintah atau lembaga swadaya masyarakat. Untuk memecahkan masalah kejahatan, keadilan restoratif mempergunakan asumsi :⁶²

- a. Sumber kejahatan adalah kondisi dan relasi sosial masyarakat;
- b. Pencegahan kejahatan tergantung tanggung jawab masyarakat (termasuk pemerintah lokal dan pemerintah pusat dalam kaitan kebijakan sosial pada

⁶¹ *Ibid*, hlm 4.

⁶² *Ibid*, hlm 5

umumnya) menangani kondisi sosial yang dapat menyebabkan terjadinya kejahatan:

- c. Kepentingan para pihak dalam penyelesaian kasus kejahatan tidak dapat diakomodasi tanpa disediakan fasilitas keterlibatan personal;
- d. Ukuran keadilan bersifat fleksibel merespon fakta penting, kebutuhan personal, dan penyelesaian dalam setiap kasus;
- e. Kerjasama antara penegak hukum serta aparat dengan masyarakat dianggap penting mengoptimalkan efektifitas dan efisiensi penyelesaian kasus.
- f. Keadilan dengan prinsip keseimbangan kepentingan para pihak.

John Braithwaite memberikan pengertian keadilan restoratif sebagai pemulihan korban,⁶³ terdiri dari:⁶⁴

- a. *Restore property loss;*
- b. *Restore injury;*
- c. *Restore sense of security;*
- d. *Restore dignity;*
- e. *Restore sense of empowerment;*
- f. *Restore deliberative democracy;*
- g. *Restore harmony based on a feeling that justice has been done;*
- h. *Restore social support.*

Keadilan restoratif merupakan suatu cara pemikiran atau pemahaman mengenai kejahatan dan viktimisasi yang berbeda dibanding paham retributif.⁶⁵ Pada paham retributif, negara dianggap sebagai pihak yang paling dirugikan ketika kejahatan terjadi. Dalam proses pemidanaan, korban dan pelaku ditempatkan pada posisi yang pasif. Dalam pandangan keadilan restoratif, kejahatan dipahami sebagai konflik antar individu. mereka terkait

⁶³ John Braithwaite, *Restorative Justice and Better Future*, <http://www.aic.gov.au/rjustice/other.html>.

⁶⁴ *Ibid*, hlm 8.

⁶⁵ Mark Umbreit, *Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation : A Multi-Site Assessment*, <http://www.wcr.sonoma.edu/v1n1/umbreit.html>

lebih langsung dengan terjadinya kejahatan, yaitu korban, pelaku dan masyarakat, harus diberi kesempatan secara aktif terlibat penyelesaian konflik tersebut.⁶⁶

Menurut Cornier, dikutip Brian Tkachuk, keadilan restoratif sebagai suatu pendekatan menegakkan keadilan difokuskan perbaikan atau pemulihan penderitaan.⁶⁷ Dalam keadilan restoratif mekanisme pertanggungjawaban pelaku dengan memberikan kesempatan kepada para pihak, yaitu korban; pelaku; dan masyarakat, mengidentifikasi dan menentukan kepentingan mereka terkait akibat kejahatan, mengupayakan penyelesaian bertujuan menyembuhkan, perbaikan dan reintegrasi, serta pencegahan.⁶⁸

Dalam keadilan restoratif, pelaku; korban; dan masyarakat dianggap pihak berkepentingan dalam penyelesaian tindak pidana, di samping negara. Keterlibatan pihak, khususnya pelaku; korban; dan masyarakat, dianggap bernilai tinggi. Selain itu, cara pandang keadilan restoratif menuntut usaha kerja sama masyarakat dan pemerintah menciptakan lingkungan memungkinkan korban dan pelaku melakukan rekonsiliasi konflik dan menyelesaikan kerugian mereka dan sekaligus menciptakan rasa aman dalam masyarakat. Meskipun demikian, keterlibatan korban dalam proses pidana perlu diatur secara hati-hati supaya tidak menimbulkan viktimisasi sekunder yang akan menambah berat penderitaan korban setelah yang bersangkutan mengalami penderitaan akibat tindak pidana.

⁶⁶ *Ibid*, hlm 6.

⁶⁷ Brian Tkachuk, *Criminal Justice Reform : Lessons Learned Community Involvement and Restorative Justice* Rappreteur's Report, <http://www.aic.gov.au/rjustice/other.html>.

⁶⁸ *Ibid*, hlm 2.

Sebagai suatu pemikiran untuk menentang pendekatan retributif dalam penggunaan hukum pidana, prinsip keadilan restoratif berbeda dengan prinsip keadilan retributif. Menurut Mark Umbreit keadilan restoratif berpijak pada prinsip sebagai berikut :⁶⁹

- a. Keadilan restoratif terfokus pada upaya pemulihan korban daripada pemidanaan pelaku.
- b. Keadilan restoratif menganggap penting peran korban dalam proses peradilan pidana.
- c. Keadilan restoratif menghendaki pelaku mengambil tanggung jawab langsung kepada korban.
- d. Keadilan restoratif mendorong masyarakat terlibat dalam pertanggungjawaban pelaku dan mengusulkan perbaikan yang berpijak pada kebutuhan korban dan pelaku.
- e. Keadilan restoratif menekankan kesadaran pelaku mau memberikan ganti rugi sebagai wujud pertanggungjawaban atas perbuatannya (apabila mungkin), daripada penjatuhan pidana.
- f. Keadilan restoratif memperkenalkan pertanggungjawaban masyarakat terhadap kondisi sosial yang mempengaruhi kejahatan.

Laurence M. Newell menyebut prinsip-prinsip keadilan restoratif ini dengan istilah firman sebagai berikut : *The Ten Commandments of Restorative Justice is* :⁷⁰

- a. *You will focus on the harms of crime rather than the rules that have been broken;*
- b. *You will be equally concerned about victims and offenders, involving both in the process of justice;*
- c. *You will work toward the restoration of victims, empowering them and responding to their needs as they see them;*

⁶⁹ Mark Umbreit, *Encyclopedia of Crime and Justice*, Editor in Chief : Joshua Dessler, Macmillan Reference, Gale Group, USA, 2002, hlm 1334. Lihat juga Katherine Beckett and Theodore Sasson, *The Politics of Justice : Crime and Punishment in America (Second Edition)*, SAGE Publications, California, 2004, hlm 196.

⁷⁰ Laurence M. Newell, *A Role for ADR in the Criminal Justice System ?*, <http://www.aic.gov.au/rjustice/newell/presentation.pdf>

- d. *You will support offenders while encouraging them to understand; accept, and carry out their obligations;*
- e. *You will recognise that while obligations may be difficult for offenders, they should not be intended as pain;*
- f. *You will provide opportunities for dialogue, direct or indirect, between victim and offender as appropriate;*
- g. *You will find meaningful ways to involve the community and to respond to the community bases of crime;*
- h. *You will encourage collaboration and reintegration rather than coercion and isolation;*
- i. *You will be mindful of the unintended consequences of your actions and programs;*
- j. *You will show respect to all parties - victims, offenders, justice colleagues.*

Daniel Van Ness, dikutip Mudzakkir, mengatakan keadilan restoratif dicirikan beberapa prinsip :⁷¹

- a. Kejahatan adalah konflik antar individu, mengakibatkan kerugian pada korban, masyarakat, dan pelaku itu sendiri;
- b. Tujuan yang dicapai proses peradilan pidana adalah melakukan rekonsiliasi di antara pihak sambil memperbaiki kerugian ditimbulkan olehkejahatan;
- c. Proses peradilan pidana harus dapat memfasilitasi partisipasi aktif korban, pelanggar, dan masyarakat. Tidak semestinya peradilan pidana didominasi negara dengan mengesampingkan yang lain.

Adapun nilai ingin dicapai keadilan restoratif dalam peradilan pidana adalah :⁷²

- a. Penyelesaian konflik (*conflict resolution*) mengandung muatan pemberian ganti kerugian (kompensasi) dan pemulihan nama baik.

⁷¹ Mudzakkir, *Viktimologi : Studi Kasus di Indonesia*, Makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi ke XI Tahun 2005, Surabaya, 14-16 Maret 2005, hlm 25.

⁷² Jeremy Bentham, *Teori Perundang-Undangan : Prinsip-Prinsip Legislasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana*, diterjemahkan oleh Nurhadi, Nusamedia dan Nuansa, Bandung, 2006, hlm 318.

b. Menciptakan rasa aman, mengandung muatan perdamaian dan ketertiban.

Berkaitan ganti rugi ini, Jeremy Bentham menyebut ada beberapa jenis, yaitu:⁷³

- a. Ganti rugi dalam bentuk uang;
- b. Ganti rugi dalam bentuk barang;
- c. Ganti rugi yang berhubungan dengan pemberian kesaksian;
- d. Ganti rugi yang berhubungan dengan kehormatan;
- e. Ganti rugi karena keinginan untuk menuntut balas;
- f. Ganti rugi pengganti atau dengan mengorbankan pihak ketiga.

Dalam pernyataan perbedaan antara *restorative sentence* dengan tipe/jenis pemidanaan lain, secara tidak langsung Gerry Johnstone mengemukakan prinsip keadilan restoratif :⁷⁴

- a. *The offender may be required to take part in meeting with the victim (or a victim representative) and, perhaps, other people affected fairly directly by the crime, such as members of the victim's and even the offender's own family. In such meeting, offenders are required to listen respectfully while those harmed by their behavior describe how they have been affected by it. Offenders are also expected to answer any questions their victim may have. Hence, restorative sentences are distinctive in that they may require offenders to meet face to face with those affected by their behavior, and to engage in constructive, respectful dialogue with them.*
- b. *The offender may be expected to apologize and under take a reparative task. Hence, restorative sentences differ from other sentences in which offender s are expected to pay for "their crimes by undergoing pain. In restorative justice, offenders make amends for their crime through positive acts intended to benefit their victim(s).*
- c. *The precise way in which the offender will make amends is determined, not by professional sentencers, but by the victims and offenders and other*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Gerry Johnstone, *How, and in What Terms, Should Restorative Justice be Conceived ?* dalam Howard Zehr and Barb Toews, *Critical Issues in Restorative Justice*, Criminal Justice Press, New York, 2004, hlm 6.

participants in the restorative conference. The aim is to have all parties agree upon what should be done about the matter.

Menurut Tony F. Marshall, prinsip keadilan restoratif dalam penggunaan hukum pidana adalah :⁷⁵

- a. Ada keterlibatan secara personal di antara para pihak, yaitu pelaku dan korban (termasuk keluarga) serta masyarakat;
- b. Kejahatan dilihat menurut konteks sosialnya;
- c. Orientasi penyelesaian kasus adalah ke masa depan;
- d. Adanya fleksibilitas dalam penyelesaian kasus.

Berkaitan prinsip, tujuan pendekatan keadilan restoratif dalam penanggulangan tindak pidana adalah :⁷⁶

- a. Memenuhi kebutuhan/kepentingan korban (termasuk orang yang secara personal mempunyai relasi erat dengan korban dan mengalami penderitaan mirip dengan korban) dalam penyelesaian tindak pidana, yaitu kebutuhan/kepentingan materiil, finansial, emosional, dan sosial;
- b. Mencegah dilakukan kembali tindak pidana (*recidive*) dengan mengintegrasikan kembali pelaku ke dalam masyarakat;
- c. Agar pelaku dapat secara aktif bertanggungjawab terhadap perbuatannya;
- d. Menciptakan suatu masyarakat yang mendukung upaya rehabilitasi pelaku dan korban, serta secara aktif ikut mencegah kejahatan;
- e. Untuk memberikan keadilan hukum, menghindarkan dari meningkatnya biaya-biaya dan penundaan proses peradilan.

Menurut Cornier, dikutip Brian Tkachuk, perbedaan keadilan restoratif dengan pendekatan retributif, ialah :⁷⁷

- a. Menurut pendekatan retributif, kejahatan sebagai suatu perbuatan melawan/mendatangkan penderitaan pada negara, menurut keadilan restoratif kejahatan adalah suatu perbuatan yang mendatangkan penderitaan pada korban dan masyarakat;

⁷⁵ Tony F. Marshall, *Loc. Cit.*

⁷⁶ *Ibid*, hlm 5.

⁷⁷ Brian Tkachuk, *Loc. Cit.*

- b. Menurut pemikiran retributif, penderitaan korban dan kepentingannya mengenai penyelesaian kasus tidak diperbolehkan dibicarakan dalam proses penyelesaian kasusnya. Dalam keadilan restoratif, korban memainkan peran utama menginventarisasi dan memberikan pengertian mengenai penderitaan, sebagai akibat tindak pidana, dan bagaimana akan diperbaiki/dipulihkan.
- c. Dalam pendekatan retributif, peran dan kontrol aparat penegak hukum akan mendominasi proses penyelesaian kasusnya. Dalam pendekatan keadilan restoratif masyarakat akan diberi kesempatan berperan aktif menentukan bentuk pertanggungjawaban pelaku, memberi dukungan kepada korban, dan kesempatan pada pelaku membayar ganti rugi atas perbuatannya.

Keadilan restoratif pada prinsipnya merupakan suatu pendekatan melakukan respon secara sistematis terhadap tindak pidana yang terjadi dengan fokus utama memperbaiki kerusakan/memulihkan penderitaan yang ditimbulkan, tanpa meninggalkan perhatian seimbang antara kepentingan korban, pelaku dan masyarakat. Dalam keadilan restoratif terkandung pemikiran penyelesaian tindak pidana dilakukan dengan melibatkan pelaku, korban, dan masyarakat.

Prinsip keadilan restoratif menunjukkan sanksi/bentuk pertanggungjawaban pelaku berorientasi pemulihan/rehabilitasi atas penderitaan/kerugian korban akibat tindak pidana lebih mendapatkan tempat dalam pandangan keadilan restoratif dibandingkan pandangan retributif. Meskipun demikian penerapan prinsip keadilan restoratif untuk menyelesaikan kasus kekerasan dalam rumah tangga di Indonesia perlu mempertimbangkan karakteristik tertentu yang ada dalam hubungan kerumahtanggaan (misalnya adanya prinsip kesatuan harta kekayaan setelah perkawinan dilangsungkan serta adanya hak, kewajiban dan tanggung jawab

tiap-tiap anggota keluarga sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang perkawinan) serta adanya prinsip keadilan yang berlaku dalam masyarakat sebagaimana terkandung dalam Pancasila. Keadilan dalam Pancasila adalah keadilan sosial, dalam arti ada keseimbangan antara kepentingan individu dengan kepentingan umum.

Keadilan restoratif apabila dikaitkan penyelesaian tindak pidana melalui jalur hukum pidana, khususnya berkaitan hukum pidana materiil dan hukum pidana formil, mengandung 2 (dua) substansi pokok, yaitu:

- a. Keadilan restoratif berkaitan pemikiran sanksi yang dapat dikenakan pada pelaku tindak pidana (hukum materiil). Sanksi dalam keadilan restoratif harus bersifat/bertujuan untuk:
 - 2) Menyembuhkan/merehabilitasi/memulihkan penderitaan korban sebagai akibat pelanggaran hukum dari pada sanksi memenjarakan pelaku. Mengacu pendapat John Braithwaite, sanksi dalam keadilan restoratif harus berorientasi pemulihan penderitaan korban dalam hal :⁷⁸
 - a) Memulihkan kerugian harta benda;
 - b) Memulihkan penderitaan fisik;
 - c) Memulihkan rasa aman;
 - d) Memulihkan harkat/martabat;
 - e) Memberdayakan korban;
 - f) Memulihkan sendi-sendi demokrasi dalam kehidupan bersama;
 - g) Memulihkan harmoni yang didasarkan pada perasaan bahwa keadilan telah ditegakkan;
 - h) Memulihkan dukungan sosial.

⁷⁸ John Braithwaite, *Loc, Cit.*

3) Merehabilitasi pelaku, serta mengintegrasikan kembali dalam kehidupan bermasyarakat. Sanksi dikenakan kepada pelaku tidak bertujuan membalas, melainkan menyelesaikan konflik dengan menggugah rasa tanggung jawab langsung pelaku terhadap akibat perbuatannya. Menciptakan ketertiban dalam kehidupan bermasyarakat.

b. Keadilan restoratif berkaitan penyelesaian tindak pidana (hukum formil).

Keadilan restoratif memperkenalkan beberapa model penyelesaian tindak pidana, antara lain: *Victim-offender reconciliation/mediation programs*; *Family group conferencing programs*; *Victim-offender panels*; *Victim assistance programs*; *Prisoner assistance programs*; *Community crime prevention programs*.⁷⁹

Hukum tidak sekedar mewujudkan ketertiban, lebih dari itu hukum harus memberikan rasa keadilan bagi masyarakat. Hukum tidak dengan sendirinya melahirkan keadilan akan tetapi untuk tercapainya keadilan hukum harus ditegakkan. Fungsi dari penegakan hukum adalah mengaktualisasikan aturan-aturan hukum agar sesuai dengan yang dicita-citakan oleh hukum itu sendiri, yakni mewujudkan sikap atau tingkah laku manusia sesuai bingkai yang telah ditetapkan suatu undang-undang atau hukum.

⁷⁹ John Belgrave, *Restorative Justice : Discussions Paper*, <http://www.justice.govt.nz/pubs/report/1996/restorative/inex.html>. Lihat Gordon Bazemore dan Mark Umbreit, *A Comparison of Four Restorative Conferencing Models*, <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojido/184738.pdf>; Rose Garrity, *Mediation and Domestic Violence : What Domestic Violence Look Like*, <http://www.biscmi.org/documents.html>; dan Alison E. Gerencser, *Family Mediation : Screening For Domestic Abuse*, <http://www.law.fsu.edu/journals/lawreview/downloads/231/gerence.rtf>; Janec Murphy dan Robert Rubinson, *Domestic Violence and Mediation : Responding to the Chmlenges of Crafting Effective Screens*, <http://ssrn.com/abstract=1248102> ; dan Mark Umbreit, Robert B. Coates and Betty Vos, *The Impact of Restoratif justice Conferencing : A Review of 63 Empirical Studies in 5 Countries*, <http://www.cehd.umn.edu/sswlrjp.pdf>.

Sistem penegakan hukum mempunyai nilai yang baik menyangkut penyerasian antara nilai dengan kaidah serta dengan perilaku nyata manusia. Pada hakikatnya hukum mempunyai kepentingan untuk menjamin kehidupan sosial masyarakat, karena hukum dan masyarakat terdapat suatu interelasi. Sistem peradilan pidana harus selalu mempromosikan kepentingan hukum dan keadilan. Apapun teori keadilan yang dipergunakan, definisi keadilan harus mencakup: kejujuran (*fair-ness*), tidak memihak (*impartiality*), dan pemberian sanksi dan hadiah yang patut (*appropriate reward and punishment*).

Peran penegak hukum dalam penegakan hukum pidana (*integrated criminal justice system*) adalah: *pertama*, mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat; *kedua*, memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna; *ketiga*, menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; *keempat*, membebaskan rasa bersalah pada terpidana dan memaafkan terpidana.

Restorative justice menjadi wacana yang populer di tengah kejenuhan masyarakat yang melihat hukum formal didominasi aliran pemikiran positivisme dan tidak bisa optimal mengakomodir rasa keadilan masyarakat karena lebih mengedepankan kepastian hukum (*Rechtssicherheit*). *Restorative justice* hadir dengan menawarkan konsep penyelesaian tidak formalistik yang sekedar mengedepankan sisi *legalistic* formal, tetapi dapat dilakukan dengan

cara mediasi antara pelaku dan korban, reparasi (pelaku membetulkan kembali segala hal yang dirusak), konferensi korban-pelaku (yang melibatkankeluarga dari kedua belah pihak dan tokoh pemuka dalam masyarakat), dan *victim awareness work* (suatu usaha dari pelaku untuk lebih peduli akandampak dari perbuatannya).

Sistem peradilan pidana yang ada sekarang dianggap tidak lagi dapat memberikan perlindungan terhadap hak asasi manusia serta transparansi kepentingan umum yang semakin tidak dirasakan. Kenyataan menunjukkan banyak masyarakat memilih menyelesaikan perkara pidana dialaminya diluar sistem.⁸⁰ Penyelesaian diluar sistem baik dilakukan oleh para pihak (pelaku dan korban secara mandiri) ataupun melibatkan petugas penegak hukum.

Ketidakpuasan terhadap Sistem Peradilan Pidana dengan demikian terkait tidak saja dengan mekanisme penanganan perkara dan administrasi, tetapi juga Hasil akhir dari proses yang berjalan. Terdapat pandangan salah bahwa seringkali ukuran keberhasilan penegakan hukum hanya ditandai keberhasilan mengajukan tersangka ke pengadilan dan kemudian dijatuhi hukuman. Seharusnya ukuran keberhasilan penegakan hukum oleh aparat penegak hukum ditandai tercapainya nilai-nilai keadilan di dalam masyarakat.

2. Grand Theory : Teori Negara Hukum Pancasila

Negara hukum adalah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan warganya. Keadilan merupakan syarat tercapainya kebahagiaan

⁸⁰ Eva Ahjani Zulfa, *Keadilan Restorative*, Badan Penerbitan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2011, hlm 15. Bandingkan juga dengan Eva Ahjani Zulfa, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan* Lubuk Agung, Bandung: 2011, hlm 23.

hidup warga negara, sebagai dasar dari pada keadilan perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar menjadi warga negara yang baik. ⁸¹ Peraturan hukum hanya ada jika mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.

Konsep negara hukum (*rule of law*) juga disampaikan A V Dicey, yang lahir dalam naungan sistem hukum anglo saxon, mengemukakan unsur *the rule of law* sebagai berikut :⁸²

- a. Supremasi aturan-aturan hukum (*supremacy of the law*); tidak adanya kekuasaan sewenang-wenang (*absence of arbitrary power*), dalam arti bahwa seseorang hanya boleh dihukum kalau melanggar hukum.
- b. Kedudukan yang sama dalam menghadapi hukum (*equality before the law*). Dalil ini berlaku baik untuk orang biasa maupun untuk pejabat.
- c. Terjaminnya hak-hak manusia oleh undang-undang (di negara lain oleh undang-undang dasar) serta keputusan-keputusan pengadilan.

Dalam perkembangan negara hukum memiliki unsur yang dikemukakan Julius Stahl, antara lain :⁸³

- a. Sistem pemerintahan negara yang didasarkan atas kedaulatan rakyat;
- b. Pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajiban berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan;
- c. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara);
- d. Adanya pembagian kekuasaan dalam Negara;
- e. Adanya pengawasan dari badan peradilan yang bebas dan mandiri, dalam arti lembaga peradilan tersebut tidak memihak dan tidak berada di bawah pengaruh eksekutif.

⁸¹ Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Studi HTN-FHUI, Jakarta, 1988, hlm 165.

⁸² *Ibid*, hlm 59.

⁸³ *Ibid*, hlm 4. lihat juga Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1992, hlm 29, lihat juga Abdul Hakim G Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1988, hlm 12, lihat juga Frans Magnis Suseno, *Mencari Sosok Demokrasi, Sebuah Telaah Filosofis*, Gramedia, Jakarta, 1997, hlm 58.

- f. Adanya peran nyata dari anggota masyarakat atau warga negara untuk turut serta mengawasi perbuatan dan pelaksanaan kebijaksanaan yang dilakukan oleh pemerintah
- g. Adanya sistem perekonomian yang menjamin pembagian merata sumber daya yang diperlukan bagi kemakmuran warga negara.

Sistem pemerintahan negara Republik Indonesia ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah negara Indonesia ialah negara hukum.

Asas ini mengikat pejabat negara dan seluruh rakyat Indonesia untuk menjunjung tinggi hukum yang berlaku. Tindakan sewenang-wenang tanpa mengindahkan hukum, tidak boleh dilakukan siapapun juga. Hukum yang berlaku hendaknya dibuat sedemikian rupa sesuai dengan rasa keadilan dan rasa hukum masyarakat.⁸⁴

Negara Indonesia sebagai negara hukum atau *rechtsstaat* yang mengutamakan kesejahteraan seluruh rakyat, dalam pengertian *Welfare State* tidak hanya mengutamakan kesejahteraan rakyat tetapi juga membentuk manusia Indonesia seutuhnya dalam mencapai masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila.

Dalam negara hukum modern tugas pokok negara tidak saja terletak pada pelaksanaan hukum, juga mencapai keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Sebagai negara berdasar atas hukum, negara Indonesia didirikan untuk melindungi segenap bangsa dan tumpah darah Indonesia. Selain itu untuk memajukan kesejahteraan umum. Upaya memajukan kesejahteraan umum membuat negara Indonesia terkategori negara hukum modern ataupun *welfare*

⁸⁴ Mashuri Maschab, *Sistem Pemerintahan Indonesia (Menurut Undang – Undang Dasar Negara Republik Indoensia Tahun 1945)*, Bina Aksara, Jakarta, 1988, hlm 4.

state ditujukan untuk merealisasikan suatu masyarakat adil dan makmur, merata materiil dan spiritual.⁸⁵ Hal tersebut, terkandung makna negara atau pemerintah Indonesia mempunyai kewajiban yang mutlak untuk menyelenggarakan kesejahteraan rakyat.

Pengertian ini memandang, negara hukum untuk menjamin keadilan bagi warga negara. Keadilan merupakan syarat terciptanya kebahagiaan bagi warga negara. Disisi lain salah satu dasar daripada keadilan adalah adanya rasa susila kepada manusia dan menganggap peraturan perundang-undangan hanya ada, jika mencerminkan rasa keadilan. Hal ini sesuai pendapat Gustav Rebruch tentang tiga ide dasar hukum yaitu: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.⁸⁶

Negara hukum dalam perspektif Pancasila yang diistilahkan sebagai negara hukum Republik Indonesia atau negara hukum Pancasila disamping mempunyai elemen-elemen yang sama dengan elemen-elemen negara hukum dalam *Rechtstaat* maupun *rule of Law*, juga memiliki elemen-elemen spesifik yang menjadikan negara hukum Indonesia berbeda dengan konsep negara hukum yang dikenal secara umum. Perbedaan itu terletak pada nilai-nilai yang terkandung didalam Pembukaan UUD 1945 yang di dalamnyamengandung Pancasila dengan prinsip-prinsip Ketuhanan Yang Maha Esa serta tidak adanya pemisahan antara negara dan agama, prinsip musyawarah dalam pelaksanaan kekuasaan pemerintah negara, prinsip keadilan sosial,kekeluargaan dan gotong royong serta hukum yang mengabdikan pada keutuhan negara kesatuan Indonesia. Pembentukan hukum baik oleh pembentuk

⁸⁵ Tjip Ismail, *Pengaturan Pajak Daerah Indonesia*, Yellow Printing, Jakarta, 2007, hlm 12.

⁸⁶ Ketiga ide dasar hukum dikenal pula sebagai tujuan dari pada hukum, yakni : 1) Aliran etis yang menganggap bahwa tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan keadilan, 2). Aliran Utilitis yang menganggap tujuan hukum adalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan warga: 3) aliran normatif dogmatik yang menganggap bahwa tujuan hukum adalah untuk menciptakan kepastian hukum. Lihat dalam Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum : Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996, hlm 84. Lihat pula Roscou Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, Barata, Jakarta, 1989, hlm 27.

Undang-Undang maupun oleh mahkamah konstitusi harus menjadikan keseluruhan elemen negara Undang-Undang.⁸⁷

Konsep negara hukum dimaknai sebagai suatu keadaan dalam masyarakat, dimana hukum didalam kehidupan bernegara yang demokratis adalah ditentukan oleh rakyat yang tidak lain merupakan pengaturan interaksi antara mereka.

Kehidupan masyarakat modern, pembentukan perundang- undang dilakukan oleh rakyat dengan sistem perwakilan di lembaga legislatif, karena itu rakyat menempatkan posisi penting sebagai pemilik kedaulatan dalam suatu negara yang demokratis melalui wakil-wakilnya yang duduk di lembaga perwakilan turut menentukan proses pembuatan peraturan perundang- undangan sebagai suatu upaya perlindungan hak-hak rakyat.⁸⁸

Terlepas dari kebutuhan perlindungan kepentingan warga negara melalui peraturan perundang-undangan, Plato memberikan rambu-rambu ketidaksempurnaan hukum, dimana Plato memprediksi kemungkinan munculnya praktek penegakan hukum yang sekalipun sejalan dengan suatu Undang-Undang, tetapi bertentangan dengan hak asasi manusia atau bertentangan dengan rasa keadilan. Persamaan dimuka hukum (*equality before the law*), yang kemudian diakui sebagai nilai-nilai yang universal.⁸⁹

Nilai-nilai persamaan dan keadilan sangat erat terkait dengan proses penegakan hukum, yang tidak lain merupakan instrumen tataran praktis dalam konsep negara hukum. Penegakan hukum sesuai rasa keadilan masyarakat dengan tetap memperhatikan kepastian hukum pada setiap individu.

⁸⁷ *Ibid.*, hlm. 53.

⁸⁸ *Ibid.*, hlm. 53.

⁸⁹ Karen G. Turner, et.al, *The Limit of the Rule of Law in China*, Seattle, University of Washington Press, 2000, hlm. 5.

Warga negara merupakan ekspresi nilai-nilai demokratik dalam suatu negara demokratis. Karena adanya keterkaitan antara nilai-nilai penunjang demokrasi dan elemen-elemen negara hukum, maka sering dijadikan satu nafas untuk menyebutkan bentuk ideal negara hukum yang melindungi hak-hak warga negara dalam satu istilah negara hukum yang demokratis.

3. *Middle Theory* : Teori Sistem Hukum

Hukum sebagai idealisme memiliki hubungan erat konseptualisasi keadilan secara abstrak. Apa dilakukan hukum mewujudkan ide dan konsep keadilan diterima masyarakat dalam bentuk konkret, berupa pembagian atau pengolahan sumber daya kepada masyarakat. Hal demikian berkaitan perkembangan masyarakat berorientasi kesejahteraan dan kemakmuran. Hukum sebagai suatu sistem norma, sistem hukum merupakan cerminan nilai dan standar elit masyarakat, sesuai kepentingan kelompok mereka.

Teori Sistem Hukum dikemukakan Lawrence Friedman menyatakan suatu sistem hukum dari sistem kemasyarakatan mencakup tiga komponen yaitu substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structure*), budaya hukum (*legal culture*).⁹⁰

Substansi hukum merupakan aturan, norma dan pola perilaku nyata manusia, termasuk produk yang dihasilkan orang yang berada di dalam sistem hukum itu, mencakup keputusan yang mereka keluarkan atau aturan yang mereka susun. Struktur hukum merupakan kerangka, bagian yang tetap bertahan, memberikan semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan instansi penegak hukum. Budaya hukum; merupakan suasana pikiran sistem dan

⁹⁰ Lawrence W. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russel Sogge Foundation, New York, 1969, hlm 1.

kekuatan sosial menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalahgunakan masyarakat.⁹¹

Dari ketiga komponen tersebut saling mempengaruhi satu sama lain, dapat dikaji bagaimana bekerjanya hukum. Hukum merupakan budaya masyarakat, karena itu tidak mungkin mengkaji hukum secara satu atau dua sistem hukum, tanpa memperhatikan kekuatan sistem dalam masyarakat. Teori sistem hukum ini menganalisa masalah penerapan substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum.

Komponen struktur suatu sistem hukum mencakup berbagai institusi (lembaga) dengan berbagai fungsi mendukung bekerjanya hukum. Mengenai hal ini Friedman menulis, *...structure is the body, the framework, the longlasting shape of the system; the way courts of police depatements are organized, the lines of jurisdiction, the table of organization*".⁹² (Struktur adalah bodi atau kerangka, bentuk sistem bermotif, cara pengorganisasian pengaturan Kepolisian, garis-garis yurisdiksi, bagan organisasi). Komponen struktur hukum dalam hal ini mencakup berbagai institusi diciptakan sistem hukum dengan berbagai macam fungsi mendukung bekerjanya sistem hukum.

Substansi hukum meliputi aturan hukum, norma dan pola perilaku nyata manusia dalam sistem itu termasuk produk dihasilkan oleh orang dalam sistem hukum itu, mencakup keputusan mereka keluarkan atau aturan mereka susun. Mengenai hal ini Lawrence M.Friedman, menyatakan *subtance is what we call the actual rules or norms used by institutions,(or as the case may be)*

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

*the real observable behavior patterns of actors within the system.*⁹³ (Subtansi adalah apa yang dikenal peraturan atau norma aktual digunakan institusi, (atau kans mungkin) pola tingkah laku dapat observasi dalam sistem).

Lawrence M. Friedman membedakan budaya hukum meliputi budaya hukum eksternal (*eksternal legal culture*); dan budaya hukum internal (*internal legal culture*). Mengenai hal ini Lawrence M. Friedman menyatakan *we can distinguish between an external and an internal legal culture. The external legal culture is the legal culture of those members of society who perform specialized legal tasks. Every society has a legal culture but only societies with legal specialists have an internal legal culture*".⁹⁴

Efektivitas hukum sebagai keberhasilguna, berkenaan keberhasilan pelaksanaan hukum. Pakar hukum dan sosiologi hukum memberikan pendekatan makna efektifitas sebuah hukum beragam, bergantung sudut pandang dibidiknya.

Kepatuhan masyarakat terhadap hukum, termasuk penegak hukum dikenal asumsi bahwa taraf kepatuhan hukum tinggi merupakan indikator berfungsinya suatu sistem hukum, merupakan pertanda hukum telah mencapai tujuan, yaitu berusaha mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup.⁹⁵

Teori efektivitas hukum mengkaji dan menganalisis, kegagalan dan faktor mempengaruhi penerapan hukum.⁹⁶ Teori efektivitas hukum antara lain dikemukakan Bronislaw Malinowski, Lawrence M. Friedman, Soerjono

⁹³ *Ibid*, hlm 17.

⁹⁴ *Ibid*, hlm 225.

⁹⁵ Soejono Soekanto, *Sosiologi ; Suatu Pengantar*, Rajawali Pres, Bandung, 1996, hlm 62.

⁹⁶ Salim H S dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013, hlm 3.

Soekanto, Clearance J. Dias, Howard, Mummers, Satjipto Rahardjo dan Tan Kamelo. Ada tiga fokus kajian teori efektivitas hukum, meliputi :⁹⁷

- a. Keberhasilan dalam pelaksanaan hukum;
- b. Kegagalan di dalam pelaksanaannya; dan
- c. Faktor yang mempengaruhinya.

Keberhasilan hukum adalah hukum mencapai maksudnya mengatur kepentingan manusia. Apabila norma hukum ditaati dan dilaksanakan masyarakat maupun penegak hukum, dikatakan efektif atau berhasil di implementasinya. Kegagalan pelaksanaan hukum adalah ketentuan yang telah ditetapkan tidak mencapai maksud atau tidak berhasil dalam implementasi.

Faktor mempengaruhi keberhasilan, meliputi substansi hukum, struktur hukum, kultur, dan fasilitasnya. Norma hukum dikatakan berhasil atau efektif apabila ditaati dan dilaksanakan masyarakat maupun penegak hukum.⁹⁸ Faktor mempengaruhi kegagalan pelaksanaan hukum adalah norma hukum yang kabur atau tidak jelas, penegak hukum yang korup, atau masyarakat tidak sadar atau taat pada hukum atau fasilitas tersedia untuk mendukung pelaksanaan hukum sangat minim.⁹⁹

Derajat efektivitas hukum ditentukan antara lain oleh taraf kepatuhan masyarakat terhadap hukum, termasuk penegak hukum. Sehingga dikenal asumsi taraf kepatuhan hukum tinggi merupakan suatu indikator berfungsi suatu sistem hukum. Berfungsinya hukum merupakan pertanda hukum telah

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, hlm 4.

⁹⁹ *Ibid.*

mencapai tujuan, yaitu berusaha mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup.¹⁰⁰ Dalam ilmu sosial, antara lain sosiologi hukum, masalah kepatuhan atau ketaatan hukum atau kepatuhan kaidah hukum umumnya menjadi faktor dalam menakar efektif tidaknya sesuatu yang ditetapkan, dalam hal ini hukum.¹⁰¹

Efektivitas hukum adalah segala upaya dilakukan agar hukum benar-benar hidup, dan kaidah hukum atau peraturan berfungsi dalam tatanan kehidupan masyarakat,¹⁰² Kaidah hukum atau peraturan harus memenuhi tiga unsur, yaitu

.¹⁰³

- a. Hukum berlaku yuridis apabila penentuannya didasarkan kaidah lebih tinggi tingkatannya (Hans Kelsen), atau bila terbentuk menurut cara ditentukan atau ditetapkan (W.Zevenberger), atau menunjukkan hubungan keharusan antara suatu kondisi dan akibatnya (J.H.A.Logeman);
- b. Hukum berlaku sosiologis, apabila kaidah tersebut efektif, artinya dapat dipaksakan berlakunya oleh penguasa (teori kekuasaan), atau diterima dan diakui oleh masyarakat (teori pengakuan);
- c. Hukum berlaku secara filosofis; artinya sesuai cita-cita hukum sebagai nilai positif tertinggi.

Menurut Soerjono Soekanto, ada 5 (lima) faktor berpengaruh dalam penegakan hukum, dan saling berkaitan erat karena merupakan esensi dan tolak ukur efektifitas penegakan hukum. Faktor dimaksud diharapkan menjadi landasan mengukur efektifitas penegakan hukum adalah :¹⁰⁴

- a. Faktor hukum, yaitu peraturan perundang-undangan.

¹⁰⁰ Soerjono Soekanto, *Sosiologi: Suatu Pengantar, Op, Cit*, hlm 19.

¹⁰¹ *Ibid*, hlm 20.

¹⁰² *Ibid*, hlm 53.

¹⁰³ *Ibid*, hlm 57.

¹⁰⁴ Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, hlm 1.

Suatu peraturan perundang-undangan yang baik, paling tidak dapat berlaku yuridis, sosiologis, dan filosofis, (kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan). Suatu peraturan hukum dikatakan berlaku yuridis adalah peraturan hukum berlaku secara piramida. Hukum membentangkan proses bertahap, dari norma paling tinggi, paling abstrak dan makin ke bawah semakin konkrit. Suatu peraturan hukum berlaku sosiologis bilamana peraturan hukum diakui oleh masyarakat, kepada siapa peraturan hukum ditujukan atau diperlakukan. Suatu peraturan berlaku secara filosofis apabila peraturan hukum sesuai cita-cita hukum sebagai nilai positif tertinggi. Apabila peraturan hukum tidak memiliki ketiga unsur keberlakuan, peraturan hukum bisa menjadi peraturan hukum yang mati, atau dirasakan sebagai tirani karena tidak berakar.

- b. Faktor penegak hukum, yaitu pihak yang membentuk maupun yang menerapkan hukum.

Penegak hukum mencakup segala elemen yang secara langsung atau tidak langsung berkecimpung di bidang penegakan hukum, adalah mereka mempunyai peranan menentukan keberhasilan usaha penegakan hukum dalam masyarakat, seperti polisi, jaksa, hakim, pengacara dan lain-lain.

- c. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum.

Sarana atau fasilitas menentukan dalam penegakan hukum, tanpa sarana atau fasilitas memadai, penegakan hukum tidak akan lancar, penegakan hukum tidak akan baik dalam menjalankan peranannya. Sarana atau fasilitas antara lain tenaga manusia yang berpendidikan dan profesional, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup dan sebagainya.

- d. Faktor masyarakat, yaitu lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan.

Salah satu faktor mempengaruhi penegakan hukum adalah kesadaran hukum masyarakat, semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, semakin memungkinkan penegakan hukum yang baik, sebaliknya semakin rendah tingkat kesadaran hukum masyarakat, akan semakin sukar untuk melaksanakan penegakan hukum.

- e. Faktor kebudayaan, yaitu sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan prakarsa didalam pergaulan hidup masyarakat.

Bekerjanya hukum dalam masyarakat tidak serta merta terjadi begitu saja, hukum bukan merupakan hasil karya pabrik, begitu keluar langsung bekerja,

melainkan memerlukan beberapa langkah memungkinkan ketentuan (hukum) dijalankan atau bekerja.¹⁰⁵ Sekurangnya ada empat langkah harus dipenuhi mengupayakan hukum atau aturan dapat bekerja dan berfungsi (efektif) yaitu:¹⁰⁶

- a. Adanya pejabat/aparat penegak hukum sebagaimana ditentukan peraturan hukum tersebut;
- b. Adanya orang (individu/masyarakat) melakukan perbuatan hukum, baik mematuhi atau melanggar hukum;
- c. Orang tersebut mengetahui adanya peraturan;
- d. Orang tersebut sebagai subjek maupun objek hukum bersedia berbuat sesuai hukum.

Tan Kamello memperkenalkan model dalam pembentukan hukum yang merupakan kreasi hukum dengan penggabungan paham rasional dan empirisme menggunakan metode deduktif dan induktif. Dalam ilmu sosial antara lain sosiologi hukum, masalah kepatuhan atau ketaatan kaidah hukum menjadi faktor menakar efektif tidaknya.¹⁰⁷ sistem hukum Indonesia harus dibangun dengan model memperhatikan unsur terkait satu sama lain sebagai berikut :¹⁰⁸

- a. Pembentukan kesadaran publik (*public awareness*);
- b. Mempersiapkan rancangan hukum (*Draft of law*);
- c. Menciptakan undang-undang atau substansi hukum (*substantive of law*);
- d. Melakukan sosialisasi hukum (*sosialization of law*);
- e. Mempersiapkan struktur hukum (*structure of law*);
- f. Menyediakan fasilitas hukum (*facility of law*);
- g. Menegakkan hukum (*law enforcement*);

¹⁰⁵ Satjipto Rahardjo, *Op, Cit*, hlm 70.

¹⁰⁶ *Ibid*, hlm 72.

¹⁰⁷ Tan Kamello, *Memperkenalkan Model Sistem Pembangunan Hukum di Indonesia*, Universitas Sumatera Utara, Medan, 2012, hlm 95.

¹⁰⁸ *Ibid*, hlm 96.

- h. Membentuk kultur hukum (*culture of law*);
- i. Melakukan kontrol hukum (*control of law*);
- j. Menghasilkan kristalisasi hukum (*crystalization of Law*);
- k. Melahirkan nilai hukum (*Value of law*).

Efektivitas adalah segala upaya dilakukan agar hukum hidup dalam masyarakat, artinya berlaku yuridis, sosiologis dan filosofis.

Dalam kehidupan masyarakat terdapat hubungan atau interaksi sosial. Ada aturan sebagai pedoman yang dipatuhi/ditaati, mengatur hubungan atau pergaulan unsur sosial dalam struktur masyarakat dengan bertujuan mencapai kedamaian hidup antar pribadi, meliputi ketertiban, keserasian dan ketentraman hidup. Warga masyarakat tidak akan mungkin hidup teratur tanpa hukum, karena norma berfungsi memenuhi kebutuhan manusia akan keteraturan dan ketentraman secara tuntas.¹⁰⁹

Dalam hubungan dengan kaedah hukum, dikenal pola interaksi sosial sebagai berikut:¹¹⁰

- a. Pola *tradisional integrated group*: interaksi sosial terjadi apabila warga masyarakat berperilaku atas dasar kaedah dan nilai yang sama sebagaimana diajarkan warga masyarakat lain. Interaksi ini tampak (terutama masyarakat sederhana) dimana warga berperilaku menurut adat- istiadat. Dalam hal ini karena kaedah hukum berlaku sudah melembaga dalam masyarakat, kaedah tersebut mempermudah interaksi diantaranya.
- b. Pola *public*: interaksi sosial terjadi apabila warga masyarakat berperilaku atas dasar pengertian yang sama diperoleh dari komunikasi langsung. Peraturan dikeluarkan penguasa, berlaku bagi seluruh masyarakat dalam wilayah negara.
- c. Pola *audience*: interaksi sosial terjadi apabila warga masyarakat berperilaku atas dasar pengertian yang sama diajarkan suatu sumber secara individual, disebut sebagai *propagandist*. Kaedah berlaku dalam suatu golongan politik sosial tertentu.

¹⁰⁹ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1996, hlm 86.

¹¹⁰ *Ibid.*

- d. Pola *crowd*: interaksi sosial terjadi apabila warga masyarakat berperilaku atas dasar perasaan sama dan keadaan fisik sama. Perilaku terjadi (misalnya perkelahian pelajar) pada suatu kerumunan dan dalam waktu tertentu.

Dalam masyarakat majemuk: berbeda agama, suku, bangsa, golongan, berlapis-lapis dan sebagainya. Masing-masing kelompok dimungkinkansaling mempengaruhi dan memperjuangkan nilai, aspirasi politik, dan hal menurut mereka patut dijalankan dan dipatuhi. Terkait efektivitas hukum dalam masyarakat, Ronny Hanitijo Soemitro mengutip Metzger bahwa efektif tidaknya sistem hukum ditentukan 5 (lima) syarat, yaitu :¹¹¹

- a. Mudah-tidaknya makna atau isi aturan hukum ditangkap atau dipahami;
- b. Luas-tidaknya kalangan masyarakat mengetahui isi aturan hukum bersangkutan;
- c. Efisien dan efektif tidaknya mobilisasi aturan hukum yang dicapai dengan bantuan aparat administrasi dan warga masyarakat yang harusberpartisipasi dalam memobilisasi hukum;
- d. Tersedianya mekanisme penyelesaian sengketa yang mudah dihubungi dan dimasuki warga masyarakat serta efektif menyelesaikan sengketa itu;
- e. Adanya anggapan dan pengakuan merata di kalangan anggota masyarakat bahwa aturan dan pranata hukum memiliki daya kemampuan efektif.

Teori di atas relevan dengan pembahasan masalah disertasi yang mengarah kepada cita hukum bangsa Indonesia. Cita hukum adalah gagasan, karsa, cipta dan pikiran berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum, yang dalam intinya terdiri atas tiga unsur : keadilan, kehasil- gunaan (*doelmatigheid*) dan kepastian hukum.¹¹² Cita hukum bangsa

¹¹¹ Ronny Hanitijo Soemitro, *Studi Hukum dan Kemiskinan*, Penerbit Tugu Muda, Semarang, 1999, hlm 46.

¹¹² Bernard Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2019, hlm 181

Indonesia berakar kepada Pancasila (nilai relegius) sebagai landasan kefilsafatan dalam menata kerangka dan struktur dasar organisasi negara sebagaimana dirumuskan dalam UUD NRI Tahun 1945.

Penegakan hukum merupakan suatu usaha mewujudkan ide dan konsep menjadi kenyataan sebagai keinginan hukum, tidak lain adalah pikiran pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan hukum. Pembicaraan penegakan hukum menjangkau pembuatan hukum. Perumusan pikiran pembuat undang-undang (hukum) dituangkan dalam peraturan hukum turut menentukan bagaimana penegakan hukum dijalankan.¹¹³

Secara konsepsional, inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyerasikan hubungan nilai yang dijabarkan dalam kaedah yang mantap dan mengejawantah dalam sikap tindak sebagai rangkuman penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup. Penegakan hukum pada hakekatnya merupakan diskresi menyangkut pembuatan keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaedah hukum, akan tetapi mempunyai unsur penilaian pribadi dan pada hakekat diskresi berada diantara hukum dan moral.¹¹⁴

Penegakan hukum adalah proses upaya tegak atau berfungsinya hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku atau hubungan dalam kehidupan bermasyarakat. Ditinjau dari subjeknya, penegakan hukum dilakukan subjek yang luas dan sempit. Dalam arti luas melibatkan semua subjek hukum dalam setiap hubungan hukum. Siapa saja menjalankan aturan normatif atau melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu mendasar pada aturan norma hukum berlaku, berarti dia menjalankan atau menegakkan aturan hukum. Dalam arti sempit, penegakan hukum sebagai upaya penegak hukum

¹¹³ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm 154.

¹¹⁴ Soerjono Soekanto. *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum, Op, Cit*, hlm 7.

menjamin dan memastikan aturan hukum berjalan seharusnya, apabila diperlukan, menggunakan daya paksa.

4. *Middle Theory* : Teori Penegakan Hukum

Hukum sebagai idealisme memiliki hubungan erat dengan konseptualisasi keadilan secara abstrak. Dilakukan hukum adalah mewujudkan ide dan konsep keadilan di masyarakat dalam bentuk konkrit, berupa pembagian atau pengolahan sumber daya kepada masyarakat. Hukum sebagai suatu sistem norma, maka sistem hukum merupakan cerminan nilai dan standar elit masyarakat, masing-masing mempunyai kepentingan sendiri-sendiri sesuai dengan kepentingan kelompok mereka.

Penegakan hukum merupakan suatu usaha mewujudkan ide keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan sosial menjadi kenyataan. Penegakan hukum pada hakikatnya adalah proses perwujudan ide-ide. Penegakan hukum ialah proses dilakukan upaya tegaknya atau berfungsinya norma hukum nyata sebagai pedoman dalam hubungan hukum kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Penegakan hukum merupakan usaha mewujudkan ide dan konsep hukum yang diharapkan rakyat menjadi kenyataan. Penegakan hukum merupakan suatu proses yang melibatkan banyak hal.¹¹⁵

Penegakan hukum dalam bahasa Inggris *law enforcement* dan bahasa Belanda disebut *rechts teopassing* atau *rechtshandhaving*, meliputi pengertian yang bersifat mikro dan makro.

Bersifat mikro terbatas dalam proses pemeriksaan di pengadilan termasuk proses penyidikan, penyidikan, penuntutan hingga pelaksanaan putusan pidana berkekuatan hukum tetap. Dalam pengertian makro mencakup seluruh aspek kehidupan masyarakat berbangsa dan negara. Kata *law enforcement* dapat diartikan sebagai penegakan hukum dalam arti luas dan dapat pula digunakan istilah penegakan peraturan dalam arti sempit.

¹¹⁵ Dellyana Shanty, *Konsep Penegakan Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 2008, hlm. 37.

Perbedaan antara formalitas aturan hukum tertulis dengan cakupan nilai keadilan dikandungnya ini dapat dikembangkan dalam bahasa Inggris sendiri yaitu istilah *the rule of law* versus *the rule of just law* atau *the rule of law and not of man* versus istilah *the rule by law* yang berarti *the rule of man by law*.¹¹⁶

Penegakan hukum sebagai kegiatan menyetarakan hubungan nilai yang terjabarkan dalam kaidah yang mantap dan menegajawantah dalam sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.¹¹⁷ Dalam pergaulan hidup, manusia memiliki patokan-patokan sendiri untuk mencapai tujuan hidupnya, akan tetapi patokan-patokan itu antara satu individu dengan individu lainnya.

Penegakan hukum dalam arti luas yaitu melibatkan semua subjek hukum dalam setiap hubungan hukum. Aturan hukum normatif atau melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dengan mendasarkan diri pada norma aturan hukum yang berlaku, berarti harus menjalankan atau menegakan aturan-aturan hukum. Penegakan hukum dalam arti sempit yaitu dilihat dari segi subjeknya diartikan sebagai upaya aparat hukum untuk menjamin dan memastikan bahwa suatu aturan hukum berjalan sebagaimana mestinya. Kepastian dalam tegaknya suatu hukum itu apabila penegak hukum itu diperkenankan untuk menggunakan daya paksa.¹¹⁸

Satjipto Rahardjo memberikan definisi Penegakan Hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide hukum menjadi kenyataan.¹¹⁹

¹¹⁶ Chaerudin, Syaiful Ahmad Dinar. Syarif Fadillah, *Strategi Pencegahan Dan Penegakan Hukum Tindak Pidana Korupsi*, Refika Editama, Bandung, 2008, hlm. 87.

¹¹⁷ Soeryono Soekanto, *Faktor-faktor yang mempengaruhi Penegakan Hukum*, Penerbit Rajawali Pres, Jakarta, 2004, hlm. 5.

¹¹⁸ Slamet Tri Wahyudi, *Problematika Penerapan Pidana Mati dalam Konteks Penegakan Hukum di Indonesia*, Jurnal Hukum dan Peradilan, Volume 1, Nomor 2 Juli 2012, ISSN : 2303-3274

¹¹⁹ Satjipto Raharjo, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm 12.

Mewujudkan ide hukum seperti keadilan menjadi inti penegakan hukum. Penegakan hukum bukan menerapkan undang-undang terhadap peristiwa kongkrit, tetapi merupakan kegiatan manusia dengan segenap karakteristik mewujudkan harapan dikehendaki oleh hukum.

Pada hakekatnya bicara mengenai penegakan ide serta konsep yang notabene adalah abstrak. Penegakan hukum merupakan suatu usaha mewujudkan ide-ide tersebut menjadi kenyataan.¹²⁰ Pada intinya penegakan hukum adalah keserasian hubungan antara nilai yang terjabarkan mantap mewujudkan terpeliharanya dan dipertahankannya kedamaian pergaulan hidup.

Penegakan hukum adalah suatu usaha menanggulangi kejahatan secara rasional, memenuhi rasa keadilan dan berdaya guna dalam rangka menanggulangi kejahatan terhadap berbagai sarana sebagai reaksi yang dapat diberikan kepada pelaku kejahatan, berupa sarana pidana maupun non pidana, yang dapat diintegrasikan satu dengan yang lainnya.¹²¹ Koesnandi Hardjo Soemantri menyatakan ada pendapat keliru di berbagai kalangan yaitu penegakan hukum hanya melalui proses pengadilan dan perlu diperhatikan penegakan hukum dilaksanakan melalui berbagai jalur dengan berbagai sanksi, seperti sanksi administratif, sanksi perdata dan sanksi pidana.¹²²

Menurut Soedarto, membicarakan penegakan hukum tidak membicarakan bagaimana hukumnya, melainkan yang dilakukan aparat

¹²⁰ Yeni Widowaty, *Penegakan Hukum Dalam Kasus Tindak Pidana Korupsi Pada Pelaksanaan Pemilukada*, Prosiding, Yogyakarta, 2015, hlm. 291.

¹²¹ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm 109.

¹²² Koesnandi Hardjo Soemantri, *Hukum Tata Lingkungan*, Gadjah Mada-University Press, Yogyakarta, 2005, hlm 398.

penegak hukum menghadapi masalah dalam penegakan hukum.¹²³ Penegakan hukum sebagai perlindungan kepentingan manusia, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar harus ditegakan. Melalui penegakan hukum, maka hukum itu menjadi kenyataan. Penegakan hukum merupakan salah satu aspek terpenting dalam suatu negara hukum, karena dengan penegakan hukum tujuan hukum, yakni keadilan, kepastian, kepastian hukum dan kemanfaatan akan dapat dirasakan oleh masyarakat.¹²⁴

Menurut Joseph Goldstein dalam buku Dellyana Shanty yang berjudul *Konsep Penegakan Hukum* membedakan penegakan hukum pidana menjadi 3 bagian yaitu :¹²⁵

- a. *Total enforcement*, yaitu ruang lingkup penegakan hukum pidana sebagaimana dirumuskan hukum pidana substantif. Penegakan hukum pidana secara total ini tidak mungkin dilakukan sebab penegak hukum dibatasi aturan hukum acara yang mencakup aturan penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan dan pemeriksaan pendahuluan. Hukum pidana substantif sendiri memberikan batasan misalnya yang dibutuhkan aduan terlebih dahulu sebagai syarat penutupan pada delikaduan (*klacht delicten*). Ruang lingkup dibatasi disebut *area of no enforcement*.
- b. *Full enforcement*, setelah ruang lingkup penegakan hukum pidana yang bersifat total tersebut dikurangi *area of no enforcement* dalam penegakan hukum ini para penegak hukum diharapkan penegakan hukum secara maksimal.

¹²³ Soedarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 2011, hlm 113.

¹²⁴ Soedarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Penerbit Alumni Bandung, Bandung, 2011, hlm 113.

¹²⁵ Dellyana Shanty, *Op.cit*, hlm 39.

c. *Actual enforcement*, ini dianggap *not a realistic expectation*, sebab adanya keterbatasan dalam bentuk waktu, personil, alat investigasi, dan sebagainya yang mengakibatkan keharusan dilakukannya *discretion* dan sisanyalah yang disebut dengan *actual enforcement*.

Dalam rangka penegakan hukum, faktor manusia sangat terlibat. Penegakan hukum bukan suatu proses logis semata, melainkan sarat dengan keterlibatan manusia di dalamnya.¹²⁶ Penegakan hukum tidak lagi dapat dipandang sebagai usaha deduksi yang logis, tetapi merupakan hasil dari pilihan-pilihan. Penegakan hukum ditujuakan guna meningkatkan ketertiban dan kepastian hukum dalam masyarakat. Hal dilakukan dengan menertibkan fungsi, tugas dan wewenang lembaga yang bertugas menegakan hukum menurut proporsi ruang lingkup, serta didasarkan sistem kerjasama yang baik dan mendukung tujuan yang hendak dicapai.¹²⁷

Penegakan hukum dapat dilakukan menggunakan sarana hukum pidana atau upaya penal yang diselenggarakan oleh aparat penegak hukum seperti kepolisian, kejaksaan, kehakiman (pengadilan), dan lembaga pemasyarakatan.¹²⁸

Penegakan hukum merupakan suatu usaha mewujudkan ide dan konsep menjadi kenyataan, sebagai keinginan hukum disini tidak lain adalah pikiran pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan hukum itu. Pembicaraan mengenai proses penegakan hukum ini menjangkau pula sampai kepada pembuatan hukum. Perumusan pikiran pembuat undang-undang

¹²⁶ Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum, Perkembangan Metode dan Pemilihan Masalah*, Penerbit Universitas Muhammadiyah, Surakarta, 2002, hlm 174..

¹²⁷ Sanyoto, *Penegakan Hukum Di Indonesia*, Jurnal Dinamika Hukum Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman Purwokerto, Volume 8, Nomor 3 September 2012.

¹²⁸ Zainab Ompu Jainah, *Mebangun Budaya Hukum Masyarakat Penegak Hukum Dalam Pemberantasan Tindak Pidana Narkotika (Studi Tentang Lahirnya badan Narkotika Nasional)*, Jurnal Keadilan Progresif Universitas Bandar Lampung, Volume 2, Nomor 2 September 2011.

(hukum) yang dituangkan dalam peraturan hukum akan turut menentukan bagaimana penegakan hukum itu dijalankan.¹²⁹

5. *Aplight Theory* : Teori Hukum Progresif

Progresif berasal dari kata *Progress*, berarti kemajuan. Hukum hendaknya mengikuti perkembangan zaman, menjawab problematika berkembang dalam masyarakat, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari aparat penegak hukum.¹³⁰

Tokoh yang melahirkan teori hukum progresif¹³¹ adalah Satjipto Rahardjo, berawal dari keprihatinan terhadap keterpurukan hukum di Indonesia, beberapa kritik sering dilontarkan baik wacana lisan maupun tulisan antara lain : hukum itu sudah cacat sejak dilahirkan, hal sejatinya sebuah tragedi hukum. Masyarakat diatur hukum penuh cacat, karena ketidakmampuan merumuskan secara tepat hal yang ada dalam masyarakat. Akibatnya masyarakat diatur oleh hukum yang sudah cacat sejak lahir.¹³²

Gagasan hukum progresif bertolak dari pandangan hukum harus dilihat sebagai suatu ilmu, karenanya hukum tidak hanya dianggap selesai setelah tersusun sebagai peraturan perundang-undangan dengan kalimat tertata rapi dan sistematis, tetapi hukum harus selalu mengalami proses pemaknaan

¹²⁹ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm 154.

¹³⁰ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008, hlm ix.

¹³¹ Progresif berasal dari kata *Progress* yang berarti kemajuan. Hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab problematika yang berkembang dalam masyarakat, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya aparat penegak hukum sendiri. Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008, hlm ix.

¹³² Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006, hlm iv.

sebagai pendewasaan atau pematangan, sehingga hukum dapat menunjukkan jati dirinya sebagai sebuah ilmu, yaitu selalu berproses mencari kebenaran.¹³³

Hukum harus dilihat secara utuh menyeluruh, menekankan pada sifat substantif dan transedental dengan mendasarkan pada fakta sosial yang tidak lepas dari nilai agama, etik dan moral, dan tidak hanya dalam wujud norma tertulis saja.¹³⁴ Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran yang tidak pernah berhenti, bertolak dari realitas empirikbekerjanya hukum di masyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan kinerja dan kualitas penegakan hukum Indonesia akhir abad ke-20.

Salah satu penyebab menurunnya kinerja dan kualitas penegak hukum di Indonesia adalah dominasi paradigma positivisme dengan sifat formalitas yang melekat.¹³⁵ Dalam kaitan sistem peradilan pidana, kegagalan penegakan dan pemberdayaan hukum ditengarai sikap *submissive* terhadap kelengkapan hukum yang ada, seperti prosedur, doktrin dan asas hukum Indonesia, juga disebabkan ketidakmampuan *criminal justice system* mengemban tugas, Sehingga muncul pertanyaan sejauhmana efisiensi lembaga peradilan sebagai institusi tempat mencari keadilan, yang berakibat pada ketidakpuasan terhadap eksistensi peradilan itu sendiri.¹³⁶

Penegakan hukum adalah suatu proses mewujudkan keinginan hukum menjadi kenyataan. Keinginan hukum adalah pikiran badan pembuat undang-

¹³³ Ari Wibowo, *Mewujudkan Keadilan Melalui Penerapan Hukum Progresif, Membumikan Hukum Progresif*, Aswaja Pressindo, Yogyakarta, 2013, hlm 7.

¹³⁴ Turiman, *Memahami Hukum Progresif Prof. Satjipto Rahardjo Dalam Paradigma Thawaf (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Teori Hukum yang Membumi/Grounded Theory Meng-Indonesia)*, <http://eprint.undip.ac.id>.

¹³⁵ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif, Op. Cit*, hlm 22.

¹³⁶ *Ibid*, hlm x.

undang yang dirumuskan dalam peraturan hukum. Perumusan pikiran pembuat hukum yang dituangkan dalam peraturan hukum turut menentukan penegakan hukum dijalankan, penegakan hukum berpuncak pada pelaksanaan oleh penegak hukum.¹³⁷

Dalam kaitan antara peranan peraturan perundang-undangan dengan pelaksanaan oleh penegak hukum, Satjipto Rahardjo mengemukakan :

Keberhasilan atau kegagalan penegak hukum melaksanakan tugas sudah dimulai sejak peraturan hukum dibuat. Misalnya, badan legislatif membuat peraturan yang sulit dilaksanakan dalam masyarakat, sejak saat itu badan tersebut telah menjadi arsitek kegagalan penegak hukum menerapkan peraturan tersebut. Hal ini, misalnya dapat terjadi karena peraturan tersebut memerintahkan dilakukan sesuatu tidak didukung sarana mencukupi. Akibatnya, peraturan tersebut gagal dijalankan penegak hukum.¹³⁸

Pada bagian lain, dalam kaitan fungsi hukum dan lembaga hukum dalam masyarakat, Satjipto Rahardjo mengemukakan :

Pengkajian hukum dari sudut studi hukum dan masyarakat, selalu ingin menegaskan *fungsi* sesungguhnya dijalankan oleh hukum atau lembaga hukum itu di dalam masyarakat. Penegasan fungsi ini tidak hanya dilihat dari sudut ketentuan hukum mengaturnya, juga dari apa yang ditentukan oleh masyarakat sendiri mengenaiya.¹³⁹

Hukum merupakan mekanisme mengintegrasikan kekuatan dan proses dalam masyarakat, pengadilan merupakan lembaga pendukung utama mekanisme itu, karena dalam lembaga ini sengketa yang terdapat dalam masyarakat akan diselesaikan, agar tidak berkembang menjadi pertentangan membahayakan keamanan dan ketertiban masyarakat.¹⁴⁰

¹³⁷ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis, Op, Cit*, hlm 24.

¹³⁸ *Ibid*, hlm 25.

¹³⁹ Satjipto Rahardjo, *Hukum, Masyarakat dan Pembangunan*, Alumni, Bandung, 1990, hlm 105.

¹⁴⁰ *Ibid*, hlm 106.

Sistem hukum akan bekerja jika terdapat kekuatan sosial (*social forces*) yang menggerakkan hukum yang terdiri dari elemen nilai dan sikap sosial yang dinamakan budaya hukum (*legal culture*).¹⁴¹ Menurut Friedman, *social forces* merupakan sebuah abstraksi yang tidak secara langsung menggerakkan sistem hukum, tetapi perlu diubah menjadi tuntutan formal menggerakkan bekerjanya sistem hukum di pengadilan.¹⁴²

Istilah budaya hukum juga digunakan Daniel S. Lev dalam tulisan berjudul *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia* (Lembaga Peradilan dan Budaya Hukum Indonesia),

Konsep budaya hukum untuk menganalisis pola perubahan sistem hukum Indonesia sejak revolusi, uraian Lev berkisar pada dua konsep, yaitu konsep sistem hukum dan konsep budaya hukum. Suatu sistem hukum terdiri atas proses formal yang membentuk lembaga formal bersama-sama dengan proses informal mengelilinginya, budaya hukum sebagai nilai terkait hukum dan proses hukum, dimana budaya hukum mencakup dua komponen pokok berkaitan, yaitu nilai hukum substantif dan keacaraan.¹⁴³

Nilai hukum keacaraan mencakup sarana pengaturan sosial maupun pengelolaan konflik masyarakat, landasan budaya sistem hukum dan membantu menentukan ruang sistem kepada lembaga hukum, politik, agama dan lembaga lain di masyarakat.¹⁴⁴

Gagasan hukum progresif menekankan kualitas penegak hukum, bahwa hukum tidak berjalan baik jika tidak didukung faktor lain seperti saranamemadai, dana yang cukup, kebijakan instansi dan terpenting aparat penegak. Aturan sebaik apapun tanpa diikuti intelektual dan integritas, keadilan sulit

¹⁴¹ Lawrence M. Friedman, *Op, Cit*, hlm 14.

¹⁴² *Ibid*, hlm 15. Lihat pula Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Op, Cit*, hlm 154.

¹⁴³ Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia, Kesenambungan dan Perubahan*, Terjemahan Nirwono dan AE. Priyono, LP3ES, Jakarta, 1990, hlm 118.

¹⁴⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1990, hlm 87.

diwujudkan. Meskipun hukumnya jelek, kualitas aparatnya baik, keadilan akan dapat terwujud.¹⁴⁵

Hukum progresif menjadikan ketulusan dan kejujuran sebagai mahkota penegakan hukum. Keadilan menjadi tujuan akhir dari proses penegakan hukum. Ajaran hukum progresif mengutamakan sikap empati, kepedulian dan dedikasi penegak hukum untuk tegaknya keadilan.¹⁴⁶

6. *Aplicht Theory* : Teori Kewenangan

Asas legalitas dalam Hukum Administrasi Negara, bahwa semuaperbuatan dan keputusan pejabat administrasi harus didasarkan kewenangan. Jika tidak ada norma, kewenangan harus menggunakan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Dalam menentukan suatu tindakan, harus mencakup 2 hal utama, yakni pertama adanya kewenangan sebagai sumber munculnya suatu tindakan, dan kedua adalah adanya norma atau subntansi norma, apakah norma sudah jelas ataupun masih merupakan norma tersamar.

Norma tersamar memunculkan penggunaan asas-asas umum pemerintahan yang baik. Prinsip dasar kewenangan: *Pertama*, Pejabat administrasi bertindak dan mengambil keputusan atas dasar kewenangan dimilikinya. *Kedua*, kewenangan dipergunakan harus dipertanggungjawabkandan diuji oleh norma hukum atau pun asas hukum.

Kewenangan adalah kekuasaan formal badan atau pejabat administrasi atau penyelenggara negara lain untuk bertindak dalam lapangan hukum

¹⁴⁵ Bernard, *Teori Hukum; Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hlm 42.

¹⁴⁶ Sudijono Sastro Atmmojo, *Sistem Peradilan Pidana Progresif: Alternatif dalam Penegakan Hukum Pidana*, Jurnal Hukum, Volume 14 Nomor 2, Edisi April 2007, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, hlm 215.

publik, meliputi beberapa wewenang. Kewenangan menurut Prajudi Atmosudirjo merupakan kekuasaan terhadap segolongan orang tertentu atau kekuasaan terhadap suatu bidang pemerintahan tertentu.¹⁴⁷ Istilah wewenang disejajarkan dengan istilah *bevoegdheid* dalam istilah hukum Belanda. Kedua istilah ini terdapat sedikit perbedaan yang terletak pada karakter hukumnya, yaitu istilah *bevoegdheid* digunakan baik dalam konsep hukum publik maupun dalam konsep hukum privat, sementara istilah wewenang atau kewenangan selalu digunakan dalam konsep hukum publik.¹⁴⁸

H. D Stout, sebagaimana dikutip Ridwan H. R menyebutkan: *Bevoedheid is een begrip uit bestuurlijke organisatierecht, watkan worden omschreven als het geheel van regels dat betrekking heeft op de verkrijging en uitoefening van bestuursrechtelijke bevoegheden door publiekrechtelijke rechtssubjecten in hetnbestuursrechtelijke rechtsverkeer.*¹⁴⁹

Wewenang merupakan pengertian dari hukum pemerintahan, sebagai keseluruhan aturan berkenaan perolehan dan penggunaan wewenang pemerintahan oleh subjek hukum publik dalam hubungan hukum publik dideskripsikan sebagai kekuasaan hukum, dimana konsep tersebut berhubungan dalam pembentukan keputusan pemerintahan yang harus didasarkan atas suatu wewenang.

¹⁴⁷ S. F. Marbun, *Pokok Pemikiran Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, 2001, hlm 5.

¹⁴⁸ *Ibid*, hlm 26.

¹⁴⁹ Philipus M. Hadjon, *Pengkajian Ilmu Hukum*, Makalah, Pelatihan Metode Penelitian Hukum Normatif, Universitas Airlangga, Surabaya, 1997.

Keputusan pemerintahan oleh organ berwenang harus didasarkan wewenang yang diatur dalam aturan hukum.¹⁵⁰ F. P. C. L. Tonnaer, menyatakan : *Overheidsbevoegdheid wordt in dit verband opgevat als het vermogen om positiefrecht vast te stellen n aldus rechtsbetrekking tussen burgers onderling en tussen overheid en te scheppen.*¹⁵¹

Untuk mengetahui siapa yang bertanggung jawab dari pejabat tersebut, hal ini penting diuraikan tiga cara memperoleh wewenang :

- a. Atribusi adalah pemberian kewenangan pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan. Kewenangan bersifat melekat terhadap pejabat yang dituju atas jabatan yang diembannya;

Dalam bahasa Belanda atribusi diartikan *Attributie; toekenning van en bestuursbevoegheid door een wetgever aan een bestuursorgaan*: Atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan). Atribusi sebagai cara normal memperoleh wewenang pemerintahan, merupakan wewenang membuat keputusan.¹⁵²

- b. Delegasi adalah pelimpahan kewenangan pemerintahan dari organ pemerintahan yang satu kepada organ pemerintahan lainnya.

Dalam bahasa Belanda *Delegatie; overdracht van een bevoegheid van het ene bestuursorgaan aan een ander*. Artinya, Delegasi adalah pelimpahan wewenang pemerintahan dari suatu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lain). Delegasi diartikan penyerahan wewenang (membuat *besluit*) oleh pejabat pemerintahan (Tata Usaha Negara) kepada pihak lain dan menjadi tanggung jawab pihak lain tersebut.¹⁵³

¹⁵⁰ Sutarman, *Kerjasama Daerah Dalam Pelayanan Perizinan dan Penegakan Hukum Penangkapan Ikan di Wilayah Laut*, Disertasi, Universitas Airlangga, Surabaya, 2007, hlm 110.

¹⁵¹ Philipus M. Hadjon, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to Indonesian Administrative Law)*, Gadjadara University Press, Yogyakarta, 2002, hlm 45.

¹⁵² *Ibid*, hlm 46. Lihat Ridwan H. R, *Op, Cit*, hlm 34.

¹⁵³ *Ibid*, hlm 34.

c. Mandat terjadi jika organ pemerintahan mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya. Pada mandat tidak terjadi peralihan tanggung jawab, melainkan tanggung jawab tetap melekat pada si pemberi mandat.

Mandat dalam bahasa Belanda adalah *een bestuursorgaan laat zinj bevoegheid names hem utoefeen door een ander*, (terjadi ketika organ pemerintah mengizinkan kewenangannya dijalankan organ lain atas namanya). Mandat merupakan pelimpahan wewenang kepada bawahan membuat keputusan a.n pejabat TUN yang memberi mandat. Keputusan merupakan keputusan pejabat TUN yang memberi mandat. Untuk mandat tidak perlu ada ketentuan perundangan. Kewenangan membuat keputusan hanya dapat diperoleh dengan dua cara, yaitu atribusi atau delegasi. Mandat merupakan pelimpahan wewenang kepada bawahan merupakan hal rutin dalam hubungan intim-hirarkis organisasi pemerintahan.¹⁵⁴

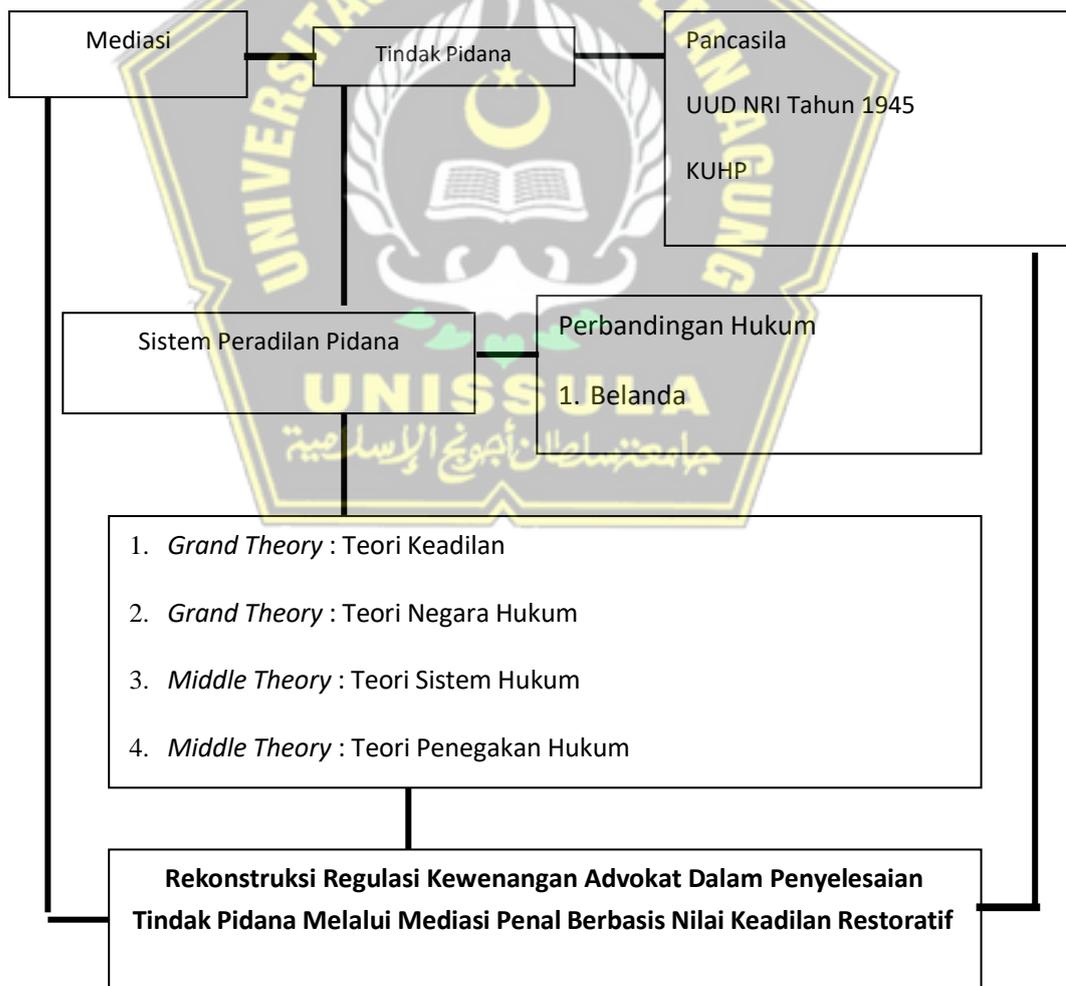
Dalam konsep hukum administrasi, setiap pemberian wewenang disertai tujuan dan maksud. Dalam hal tidak sesuai tujuan dan maksud, telah melakukan penyalagunaan wewenang. Parameter menentukan penyalagunaan wewenang dikenal asas spesialisasi, dikembangkan Mariette Kobussen dalam *de vrijheid Van de Overheid*. Secara substansial *specialiteitsbeginsel* mengandung makna setiap kewenangan memiliki tujuan tertentu.¹⁵⁵ Asas legalitas merupakan dasar pemerintah bertindak dalam mencapai tujuan tertentu. Dalam asas legalitas tidak memperhitungkan kekhususan (tujuan) terhadap wewenang tertentu dalam penerbitan keputusan.

¹⁵⁴ Philipus M. Hadjon, *Fungsi Normatif Hukum Administrasi Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih*, Pidato Peresmian Penerimaan Jabatan Guru Besar Dalam Ilmu Hukum Pada Fakultas Hukum Airlangga, Surabaya, 2004, hlm 7.

¹⁵⁵ Tatiek Sri Djatmiati, *Prinsip Izin Usaha Industri di Indonesia*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya 2004, hlm 60.

Freis ermessen merupakan salah satu sarana memberikan ruang gerak kepada pejabat atau badan administrasi negara melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya dengan undang-undang. Dalam praktek hukum administrasi, asas-asas hukum yang dipakai untuk menilai kekuasaan bebas atau kekuasaan diskresi masih dalam koridor *rechtmatigheid* atau berpedoman pada *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* atau asas-asas umum pemerintahan yang baik.

G. Kerangka Pemikiran



H. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan penelusuran, terdapat penelitian terkait dengan rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif, yaitu :

1. Aji Sudarmaji, *Konstruksi Mediasi Penal Dalam Penegakan Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan Pancasila*, Disertasi Program Doktor (S3) Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Islam Sultan Agung, Semarang, 2017. Hasil penelitian menunjukkan bahwa di Indonesia mediasi penal sebenarnya telah lama dikenal dalam hukum adat/hukum pidana adat, yaitu penyelesaian perkara pidana yang dilakukan dalam bentuk musyawarah mufakat untuk mencapai perdamaian. Pada umumnya mediasi penal sebagai bentuk penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan belum diakomodasi dalam peraturan perundangan-undangan. Dalam penegakan hukum pidana, penyidik, penuntut umum dapat menerapkan diskresi maupun diversi terhadap kasus-kasus tertentu. Hakim pengadilan dapat menerima adanya mediasi penal, baik yang dilakukan sebelum atau pada saat persidangan yang hasilnya dapat digunakan untuk meringankan putusan. Formulasi mediasi penal di masyarakat akan datang harus dilakukan dalam sistem peradilan pidana.
2. Nirmala Sari, *Mediasi Penal Sebagai Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2011, Hasil penelitian menempatkan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara tindak pidana 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.

3. Trisno Raharjo, *Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penyelesaian Konflik Antara Pelaku dan Korban Tindak Pidana Melalui Mediasi Pidana*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2011. Hasil penelitian 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.
4. Mudzakkir, *Posisi Hukum Korban Kejahatan dalam Sistem Peradilan Pidana*, Disertasi, Program Pascasarjana FH. UI, Jakarta, 2011, Hasil penelitian menitikberatkan pada posisi hukum korban kejahatan dalam sistem peradilan pidana dan formulasi pemberdayaan posisi korban kejahatan dalam sistem peradilan pidana di Indonesia ke depan.
5. Natangsa Surbakti, *Kebijakan Formulasi Pemberian Maaf Dalam Kebijakan Legislasi Sistem Peradilan Pidana di Indonesia*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, 2011. Hasil penelitian menitikberatkan pada ide pemberian maaf bagi pelaku tindak pidana yang diformulasikan dalam kebijakan legislasi sistem peradilan pidana di Indonesia.

Berdasarkan uraian di atas, penelitian rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif memiliki perbedaan dengan penelitian sebelumnya. Oleh karena itu orisinalitas penelitian ini dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.

I. Metode Penelitian

Penelitian merupakan salah satu bagian Tri Dharma Perguruan Tinggi, yang dilakukan harus memenuhi kaidah penelitian ilmiah. Penelitian adalah kegiatan yang dilakukan menurut kaidah dan metode ilmiah secara sistematis untuk memperoleh informasi data dan keterangan yang berkaitan dengan pemahaman dan/atau pengujian suatu cabang ilmu pengetahuan dan teknologi.

Metode penelitian adalah cara digunakan mengumpulkan data penelitian. Penelitian adalah suatu pencarian fakta menurut metode objektif yang jelas untuk menemukan hubungan antar fakta dan menghasilkan dalil atau hukum.¹⁵⁶

1. Paradigma Penelitian

Paradigma adalah suatu cara pandang untuk memahami kompleksitas dunia nyata. Paradigma penelitian adalah cara mendasar untuk mempersepsi, berpikir, menilai dan melakukan berkaitan sesuatu tentang realitas. Dalam penelitian ini digunakan paradigma konstruktivisme¹⁵⁷, yang memandang ilmu sosial sebagai analisis sistematis atas *socially meaningful action*, melalui pengamatan langsung terhadap aktor sosial dalam setting yang alamiah, agar dapat memahami dan mentafsirkan bagaimana aktor sosial mencipta dan memelihara dunia sosial.

Paradigma konstruktivis ialah paradigma yang hampir merupakan antitesis dari paham yang meletakkan pengamatan dan objektivitas dalam menemukan suatu realitas atau ilmu pengetahuan. Paradigma konstruktivis

¹⁵⁶ Mohammad Nazir, *Metode Penelitian*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2005, hlm 13.

¹⁵⁷ Agus Salim M. S, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial*, Tiara Wacana, Jogjakarta, 2006, hlm 72.

merupakan salah satu prespektif dalam tradisi sosiokultural. Paradigma ini menyatakan bahwa identitas benda dihasilkan dari bagaimana kita berbicara tentang objek, bahasa yang digunakan untuk mengungkap konsep kita, dan cara-cara kelompok sosial menyesuaikan diri pada pengalaman umum mereka. Keberadaan simbol atau bahasa menjadi penting dalam proses pembentukan realitas. Berbagai kelompok dengan identitas, pemaknaan, kepentingan, pengalaman, dan sebagainya mencoba mengungkapkan diri dan selanjutnya akan memberi sumbangan dalam membentuk realitas secara simbolik. Paradigma konstruktivisme merupakan paradigma yang menganggap bahwa kebenaran suatu realitas sosial dapat dilihat sebagai hasil konstruksi sosial, dan kebenaran suatu realitas sosial itu bersifat relatif. Paradigma konstruktivisme ini berada dalam perspektif

Menurut paradigma konstruktivisme realitas sosial yang diamati oleh seseorang tidak dapat digeneralisasikan pada semua orang, seperti yang biasa dilakukan oleh kaum positivis. Konsep mengenai konstruksionis diperkenalkan oleh sosiolog interpretative, Peter L. Berger bersama Thomas Luckman. Dalam konsep kajian komunikasi, teori konstruksi sosial bisa disebut berada diantara teori fakta sosial dan defenisi sosial.¹⁵⁸

2. Metode Pendekatan

Penelitian ini bersifat yuridis normatif dan empiris. Yuridis normatif dengan melakukan analisis terhadap permasalahan dan penelitian melalui pendekatan terhadap asas-asas hukum serta mengacu pada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan. Pendekatan

¹⁵⁸ Eriyanto, *Analisis Framing: Komunikasi, Ideologi dan Politik Media*, LKIS, Yogyakarta, 2012, hlm. 13.

empiris yang digunakan dalam penelitian ini adalah untuk melihat perilaku hukum sebagai pola perilaku masyarakat dan terlihat sebagai kekuatan sosial.

Menurut Soemitro dan Ronny Hanitijo, secara sederhana, penelitian hukum dapat diklarifikasikan ke dalam 2 (dua) jenis yaitu: penelitian hukum normatif/doktrinal dan penelitian hukum empiris/sosiologis. Penelitian hukum normatif/doktrinal mempergunakan data sekunder. Penelitian hukum empiris/sosiologis adalah penelitian hukum yang menggunakan data primer.¹⁵⁹

Hal yang sama juga dinyatakan oleh Soedjono Soekanto dan Sri Mamudji yang menggolongkan penelitian hukum menjadi 2 (dua) golongan/jenis, yaitu penelitian hukum normatif dan sosiologis/empiris.¹⁶⁰ Yang dimaksud dengan pendekatan penelitian yuridis normatif dan empiris ini seperti yang disebutkan di atas oleh Soerjono Soekanto disebut sebagai *socio legal research*, yakni memandang hukum sebagai *law in action* yang menyangkut pertautan antara hukum dengan pranata-pranata sosial.¹⁶¹

3. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian ini adalah preskriptif dan deskriptif analitis. Penelitian ini bersifat *preskriptif* yang menawarkan konsep untuk memecahkan suatu masalah (*problem solving*) dan tidak sekedar *deskriptif* (*just to describe something as it is*).¹⁶² Atau sifat penelitian *preskriptif* adalah

¹⁵⁹ Soemitro dan Ronny Hanitijo, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1998, hlm 10.

¹⁶⁰ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali, Jakarta, 1996, hlm 15.

¹⁶¹ *Ibid*, hlm 20.

¹⁶² M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian, Op, Cit*, hlm 107.

menyorot sesuatu (objek) yang dicita-citakan atau yang seharusnya.¹⁶³ Maksudnya untuk menggambarkan rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif.

Penelitian ini juga dimaksudkan mendapatkan masukan terhadap hal yang harus dilakukan untuk mengatasi masalah terkait rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif.

Bersifat deskriptif analitis, yaitu untuk menggambarkan semua gejala dan fakta serta menganalisa permasalahan yang ada pada masa sekarang.¹⁶⁴ Dikatakan deskriptif, karena penelitian ini diharapkan mampu memberikan gambaran secara rinci, sistematis dan menyeluruh mengenai segala hal yang berhubungan dengan perkembangan mengenai rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif.

4. Sumber Data

Data yang dipergunakan dalam penelitian Disertasi ini terdiri dari data primer dan data sekunder.

Data primer adalah data yang langsung dan segera diperoleh dari sumber data oleh penelitian untuk tujuan yang khusus.¹⁶⁵ Data sekunder, antara lain mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang

¹⁶³ *Ibid*, hlm 3.

¹⁶⁴ Winarto Surakhmad, *Pengantar Penelitian Ilmiah Dasar Metode Teknik*, Tarsito, Bandung, 1990, hlm 132.

¹⁶⁵ *Ibid*, hlm 163.

berwujud laporan, buku harian, dan seterusnya.¹⁶⁶ , studi kepustakaan disebut sebagai sumber data non manusia, dilakukan untuk memperoleh data sekunder, dengan cara mempelajari peraturan-peraturan perundang-undangan, literatur, dokumen-dokumen resmi yang mendukung objek penelitian.¹⁶⁷ Data primer merupakan data yang diperoleh secara langsung dari penelitian lapangan dengan mengadakan kegiatan wawancara, pengamatan (observasi), dan teknik dokumentasi.

Wawancara adalah percakapan dengan maksud tertentu. Percakapan itu dilakukan oleh dua pihak, yaitu pewawancara, yang mengajukan pertanyaan dan yang diwawancarai yang memberikan jawaban atas pertanyaan itu.¹⁶⁸ Wawancara secara mendalam prosedur yang dirancang untuk membangkitkan pernyataan-pernyataan secara bebas yang dikemukakan bersungguh-sungguh secara terus terang.¹⁶⁹ Teknik dokumentasi adalah mengumpulkan data melalui peninggalan tertulis, seperti arsip-arsip dan termasuk juga buku-buku tentang pendapat, teori, atau hukum-hukum dan lain-lain yang berhubungan dengan masalah penelitian.¹⁷⁰

Pengamatan dan pencatatan dalam penelitian ini dilakukan terhadap objek di tempat terjadi atau berlangsungnya peristiwa, sehingga observer berada bersama objek yang diselidiki, disebut observasi langsung. Sedangkan

¹⁶⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op, Cit*, hlm 11.

¹⁶⁷ Sanafiah Faisal, *Penelitian Kualitatif Dasar-Dasar dan Aplikasi*, YA3, Malang, 1990, hlm 81

¹⁶⁸ Lexy J Moleong. *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2002, hlm 133.

¹⁶⁹ Ronny Haditijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Remaja Rosdakarya, Semarang, 1998, hlm 61.

¹⁷⁰ *Ibid*, hlm 86.

observasi tidak langsung adalah pengamatan yang dilakukan tidak pada saat berlangsungnya suatu yang akan diselidiki.¹⁷¹

Data sekunder yaitu data yang diperoleh berdasarkan studi kepustakaan yang terdiri dari bahan hukum primer, skunder, dan tertier.¹⁷² Data sekunder dalam penelitian ini yakni :

- a. Bahan hukum primer dalam hal ini berupa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan penulisan disertasi ini.
- b. Bahan hukum sekunder adalah bahan-bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti hasil-hasil penelitian, bahan hukum yang diperoleh dari buku teks, jurnal, pendapat para sarjana, kasus-kasus hukum.
- c. Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus hukum, ensiklopedia, dan lain-lain.

Pengelompokan bahan hukum tersebut sesuai dengan pendapat Peter Mahmud Marzuki, bahwa bahan hukum dibedakan antara bahan hukum primer, seperti undang-undang dan putusan pengadilan, dan bahan hukum sekunder, misalnya makalah dan buku-buku yang ditulis oleh para ahli, karangan berbagai panitia pembentukan hukum dan lain-lain serta bahan hukum tertier.¹⁷³

5. Teknik Pengumpulan Data

¹⁷¹ Maman Rachan, *Strategi dan Langkah-langkah Penelitian*. IKIP Semarang Pers, Semarang, 1999, hlm 77.

¹⁷² Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke- 20*, Alumni, Bandung, 1994, hlm 105.

¹⁷³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009, hlm 85.

Sesuai penggunaan data sekunder dalam penelitian ini, pengumpulandatan akan dilakukan dengan cara mengumpul, mengkaji, dan mengolah secara sistimatis bahan-bahan kepustakaan serta dokumen-dokumen yang berkaitan.¹⁷⁴ Data sekunder baik yang menyangkut bahan hukum primer, sekunder dan tersier diperoleh dari bahan pustaka, dengan memperhatikan prinsip pemutakhiran dan rekavensi. Data disusun secara sistematis, sehingga diperoleh gambaran relatif lengkap dari klasifikasi secara kualitatif.

Mengingat penelitian ini memusatkan perhatian pada data sekunder, maka pengumpulan data ditempuh dengan melakukan penelitian kepustakaan dan studi dokumen. Di dalam pengumpulan data, sebanyak mungkin data yang diperoleh dan dikumpulkan diusahakan mengenai masalah-masalah yang berhubungan dengan penelitian ini.

Penelitian kepustakaan (*library research*), yaitu menghimpun data dengan melakukan penelaahan bahan kepustakaan atau data sekunder yang meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tertier yang ada hubungannya dengan masalah yang diteliti.¹⁷⁵ Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pembahasan terhadap permasalahan dalam penelitian ini. Sedangkan bahan hukum sekunder yang diperoleh dari studi literatur berupa buku, jurnal dan pendapat para sarjana. Bahan hukum tertier merupakan pendukung bahan hukum skunder, berupa kamus, dan eksiklopedia.

6. Analisa Data

¹⁷⁴ Lexi Moeloeng, *Op, Cit*, hlm 2.

¹⁷⁵ Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Grafika, Jakarta, 1996, hlm 14.

Sesuai jenis penelitian digunakan, dari data primer dan sekunder yang dikumpulkan akan dianalisa secara kualitatif untuk mencapai kejelasan masalah yang akan dibahas dengan metode analisis kualitatif.

Metode kualitatif ini digunakan karena penelitian ini tidak menggunakan konsep-konsep yang diukur atau dinyatakan dengan angka-angka atau rumusan statistik. Dengan kata lain, analisis dilakukan terus menerus sejak proses pengumpulan data hingga penyajiannya. Dan hal terpenting bahwa analisis dilakukan dengan mengacu pada kerangka pemikiran seperti tersebut di atas. Dari hasil analisis kemudian ditarik kesimpulan yang pada dasar.

J. Sistematika Penulisan

Untuk memberikan gambaran yang lebih jelas mengenai disertasi ini, penulisan disertasi ini direncanakan terdiri dari enam bab. Disertasi ini akandisusun dengan mengupayakan adanya hubungan kesenyawaan dalam penulisan dan pembahasannya antara satu sama lainnya setiap bab, dengan sistematika pembahasan sebagai berikut :

Bab pertama, merupakan Pendahuluan yang berisikan Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka Konseptual, Kerangka Teori, Kerangka Pemikiran, Metode Penelitian, Orisinalitas Penelitian, dan Sistematika Penulisan.

Bab kedua mengenai Tinjauan Pustaka, Bab ketiga yaitu regulasi kewenangan Advokat sebagai penegak hukum dalam penyelesaian tindak pidana dalam mewujudkan keadilan. Bab keempat, yaitu penyelesaian tindak pidana

melalui mediasi penal mewujudkan keadilan restoratif.. Bab Kelima, rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif.

Bab keenam, merupakan bab penutup yang akan menyimpulkan hasil penelitian, yang kemudian akan diikuti dengan pemberian saran-saran atau rekomendasi terhadap hasil penemuan penelitian disertasi ini.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Penegakan Hukum

Penegakan hukum merupakan tahapan pelaksanaan hukum yang telah dibuat. Menurut Satjipto Rahardjo penegakan hukum merupakan pelaksanaan hukum secara kongkrit dalam kehidupan masyarakat sehari-hari. Istilah penegakan hukum dalam berbagai istilah Bahasa asing dikenal *rechtstoepassing*, *rechtshandhaving* (Belanda), *law enforcement*, *application* (Amerika).¹⁷⁶

Lebih lanjut lagi Satjipto Rahardjo menjelaskan dalam struktur kenegaraan modern, maka tugas penegakan hukum itu dijalankan oleh komponen eksekutif dan dilaksanakan oleh birokrasi dari eksekutif tersebut, sehingga sering disebut birokrasi penegakan hukum. Sejak negara mencampuri banyak bidang kegiatan dan pelayanan dalam masyarakat, maka memang campur tangan hukum juga makin intensif, seperti dalam bidang-bidang Kesehatan, perumahan, produksi dan Pendidikan. Tipe negara yang demikian itu dikenal sebagai *welfare state*. Eksekutif dengan birokrasinya merupakan bagian dari mata rantai untuk mewujudkan rencana yang tercantum dalam (peraturan) hukum yang menangani bidang-bidang tersebut.¹⁷⁷

Menurut Lawrence M. Friedman, negara kesejahteraan (*welfare state*) memiliki makna sebagai berikut :

Struktur khusus negara tersebut sering disebut (*welfare state*) negara kesejahteraan atau kalimat lebih luas yakni negara dengan kekuasaan yang aktif untuk intervensi mengatur kesejahteraan, artinya kekuasaan negara ada dimana-mana (*ubiquitous*). Negara merupakan mesin raksasa membuat

¹⁷⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2014, hlm 191.

¹⁷⁷ *Ibid.*

hukum dan menerapkan hukum. Negara merupakan mesin raksasa untuk kontrol sosial, tapi kontrol sosial dilakukan melalui hukum.¹⁷⁸

Dalam mencapai tujuan kesejahteraan sosial (*social welfare*) di suatu negara, sering terjadi ancaman, tantangan, hambatan dan gangguan, baik kepada anggota masyarakat maupun kepada negara. Oleh karena itu negara melakukan upaya penanggulangan kejahatan dengan mekanisme penegakan hukum pidana sebagai wujud dari perlindungan sosial masyarakat (*social defence*).

Menurut Barda Nawawi Arief, masalah penanggulangan kejahatan menggunakan hukum pidana selain sebagai masalah sosial (*social problem*), juga merupakan masalah kebijakan (*the problem of policy*). Kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan pada hakikatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). Tujuan akhir atau tujuan utama politik kriminal ialah perlindungan mencapai kesejahteraan masyarakat.¹⁷⁹

Dalam laporan Kursus Latihan ke-34 yang diselenggarakan oleh UNAFEI di Tokyo tahun 1973, dinyatakan tentang tujuan politik kriminal sebagai berikut :

Most of group members agreed some discussion that protection of the society could be accepted as the final goal of criminal policy, although not the ultimate aim of society, which might perhaps be described by terms like happiness of citizens, a wholesome and cultural living, social welfare or equality. (Sebagian besar anggota grup menyetujui beberapa diskusi bahwa perlindungan masyarakat dapat diterima sebagai tujuan akhir kebijakan kriminal, meskipun bukan tujuan akhir masyarakat, yang mungkin dapat dijelaskan dengan istilah seperti kebahagiaan warga negara, sebuah hidup sehat dan berbudaya, kesejahteraan sosial atau kesetaraan).¹⁸⁰

¹⁷⁸ Lawrence W. Friedman, *Legal Culture and the Welfare State Op, Cit*, dalam *Dilemmas of Law in the Welfare State*, edited by Gunther Teubner, Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1985, hlm 13.

¹⁷⁹ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm 73.

¹⁸⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm 3.

Secara skematis Barda Nawawi Arief¹⁸¹ menggambarkan politik kriminal sebagai bagian integral dari kebijakan sosial sebagai berikut :



Berkaitan dengan hubungan antara politik kriminal dengan kebijakan sosial,

G. Peter Hoefnagels mengemukakan pendapatnya sebagai berikut :

*Criminal policy as a science of policy is part of a larger policy : the law enforcement policy.The legislative and enforcement policy is in turn part of social policy. (Kebijakan kriminal sebagai ilmu kebijakan adalah bagian dari kebijakan yang lebih besar: kebijakan penegakan hukum. Kebijakan legislatif dan penegakan pada gilirannya merupakan bagian dari kebijakan sosial).*¹⁸²

Menurut Barda Nawawi Arief, dalam penanggulangan kejahatan perlu ditempuh dengan pendekatan kebijakan (*policy oriented approach*) sebagai berikut

:¹⁸³

1. Ada keterpaduan antara politik kriminal dan politik sosial;
2. Ada keterpaduan antara upaya penanggulangan kejahatan dengan *penal* dan *non-penal*.

¹⁸¹ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Op,Cit, hlm 74.

¹⁸² *Ibid*, hlm 4.

¹⁸³ *Loc. Cit.*

Bahwa dari sudut politik kriminal, menurut Barda Nawawi Arief kebijakan paling strategis melalui sarana non penal, karena lebih bersifat preventif dan karena kebijakan penal mempunyai keterbatasan/kelemahan (yaitu fragmentaris/simplistik/tidak struktural fungsional; simptomatik/tidak kausatif/tidak eliminatif; individualistik atau *offender oriented*/tidak *victim oriented*; lebih bersifat represif/ tidak preventif; harus didukung infrastruktur dengan biaya tinggi.

Bahwa Johannes Andenaes berpendapat bahwa apabila orang mendasarkan hukum pidana pada konsepsi perlindungan masyarakat (*social defence*), maka tugas selanjutnya adalah mengembangkannya serasional mungkin. Hasil-hasil maksimum harus dicapai dengan biaya yang minimum bagi masyarakat dan minimum penderitaan bagi individu. Adalah tugas yang demikian, orang harus mengandalkan pada hasil-hasil penelitian ilmiah mengenai sebab-sebab kejahatan dan efektivitas dari bermacam-macam sanksi.¹⁸⁴

Hukum pidana yang dibangun atas dasar hukum pidana perbuatan (*daadstrafrecht*) dan konsep *equal justice* mengalami perubahan ke arah konsep *daderstrafrecht* yakni hukum pidana memberikan perhatian lebih perbaikan kepada diri pelaku.

Hukum pidana sebagai salah satu alat negara melaksanakan kontrol sosial mengintervensi kepentingan dan perilaku warga negara mewujudkan kesejahteraan warga negara secara adil. Dengan hukum pidana materiil negara mengintervensi kepentingan dan perilaku warga negara dengan mengatur syarat suatu perbuatan disebut tindak pidana, apa unsur tindak pidana, siapa subjek tindak pidana, keadaan bagaimana menjadikan suatu perbuatan dilarang, ketentuan yang dapat membebaskan pelaku suatu perbuatan dan sebagainya.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op, Cit*, hlm 38.

¹⁸⁵ Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam, Penerapan Syariat Islam Dalam Konteks Modernitas*, Asy Syaamil Press dan Grafika, Bandung, 2001, hlm 46.

Negara mengintervensi perilaku warga negara dengan menyusun keseluruhan peraturan hukum yang menunjukkan perbuatan mana seharusnya dikenakan pidana dan dimana pidana seharusnya menjelma.¹⁸⁶ Bagaimana negara melalui alat-alatnya melaksanakan hak memidana dan menjatuhkan pidana diatur dalam hukum pidana formil (hukum acara pidana).¹⁸⁷

Dalam hukum acara pidana dicantumkan berbagai aturan bagaimana organ negara melaksanakan fungsinya yakni mulai penyidikan, penuntutan, peradilan, sampai dengan pelaksanaan putusan peradilan. Dalam hukum acara pidana dimuat asas hukum pidana yang harus dipatuhi oleh organ negara, antara lain asas legalitas, asas oportunitas, asas kegunaan (*expedience principle*) terkait kepentingan masyarakat, asas prioritas dalam penggunaan pidana, serta asas peradilan pidana cepat, biaya ringan, dan sederhana. Asas hukum pidana menjelma dalam berbagai aturan pasal-pasal dalam hukum acara pidana.

Mengingat KUHP lama sebagai warisan sistem penjajahan Belanda, dari strukturnya terlihat ciri pemikiran aliran klasik yang dominan, adanya asas legalitas yang rigid, asas kesalahan subjektif dan sifat pidana sebagai penderitaan menjadikan KUHP bersifat *daadstrafrecht*.¹⁸⁸ Oleh karena itu, di dalam pembaharuan hukum pidana khususnya KUHP, pihak legislatif memilih model realistik yang memperhatikan semua kepentingan harus dilindungi hukum pidana yakni kepentingan negara mewujudkan kesejahteraan masyarakat, kepentingan korban, dan kepentingan pelaku, sehingga disebut *daad-daaderstrafrecht*.

¹⁸⁶ Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm 4.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, *Op. Cit*, hlm 132.

Sebagaimana disebutkan Pasal 52 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana (selanjutnya disebut KUHP baru), bahwa pemidanaan tidak dimaksudkan menderitakan dan merendahkan martabat manusia, tetapi pemidanaan bertujuan (Pasal 51 KUHP baru) :¹⁸⁹

- a. Mencegah dilakukannya Tindak Pidana dengan menegakkan normahukum demi perlindungan dan pengayoman masyarakat;
- b. Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan dan pembimbingan agar menjadi orang yang baik dan berguna;
- c. Menyelesaikan konflik yang ditimbulkan akibat Tindak Pidana, memulihkan keseimbangan, serta mendatangkan rasa aman dan damai dalam masyarakat; dan
- d. Menumbuhkan rasa penyesalan dan membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

Memperhatikan tujuan pemidanaan tersebut, alat negara dalam proses pemidanaan wajib mempertimbangkan berbagai hal sebagai pedoman pemidanaan seperti dimaksud pada Pasal 54 KUHP baru, yaitu :

- a. Bentuk kesalahan pelaku Tindak Pidana;
- b. Motif dan tujuan melakukan Tindak Pidana;
- c. Sikap batin pelaku Tindak Pidana;
- b. Tindak Pidana dilakukan dengan direncanakan atau tidak direncanakan;
- c. Cara melakukan tindak pidana;
- d. Sikap dan tindakan pelaku sesudah melakukan Tindak Pidana;
- e. Riwayat hidup, keadaan sosial, dan keadaan ekonomi pelaku Tindak Pidana;
- f. Pengaruh pidana terhadap masa depan pelaku Tindak Pidana;
- g. Pengaruh Tindak Pidana terhadap Korban atau keluarga Korban;
- h. Pemaafan dari Korban dan/atau keluarga Korban; dan/ atau
- i. Nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat.

¹⁸⁹ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-undang Hukum Pidana.

Dalam pelaksanaan penegakan hukum pidana terdapat dua asas pokok yaitu asas legalitas dan asas oportunitas. Sifat rigidnya asas legalitas dalam hukum pidana Indonesia, sebagai salah satu ciri dominasi pemikiran klasik, hanya dapat dilihat dari hukum pidana formil, bukan dari hukum pidana materiil, karena asas legalitas dalam hukum acara pidana berbeda dengan asas legalitas dalam hukum pidana materiil yang dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP.

Asas legalitas yang tercantum di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP dirumuskan dalam bahasa latin : *Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*, yang jika disalin dalam bahasa Indonesia menjadi : tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya.¹⁹⁰

Dalam ilmu hukum (pidana) sering merujuk ketentuan tersebut sebagai *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali* (tiada delik, tiada pidana, tanpa didahului oleh ketentuan pidana dalam perundang-undangan). Ini mengakibatkan timbulnya kesan seolah-olah asal muasal asas ini adalah dari hukum Romawi kuno. Aturan ini, dalam formulasi bahasa latin berasal dari juris Jerman, von Feuerbach, ini berarti asas ini lahir pada awal abad 19 dan harus dipandang sebagai produk ajaran klasik.¹⁹¹

Andi Hamzah menyampaikan meskipun rumusan itu dalam bahasa latin, ketentuan itu tidaklah berasal dari hukum Romawi, sebagai berikut :

Hukum Romawi tidak mengenal asas legalitas, baik pada masa republik maupun sesudahnya. Rumusan itu dibuat oleh Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), seorang pakar hukum pidana Jerman dalam bukunya *lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts* pada tahun

¹⁹⁰ A. Z. Abidin dan Andi Hamzah, *Op, Cit*, hlm 53.

¹⁹¹ Jan Remmelink, *Hukum Pidana, Komentar Atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padananya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, diterjemahkan oleh Tristam Pascal Moeljono, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2003, hlm 356.

1801. Jadi, merupakan produk ajaran klasik pada permulaan abad ke sembilan belas (*Beccaria*).¹⁹²

Pada abad ke-18 di Perancis, terjadi kesewenang-wenangan para Raja di bidang hukum, tercermin antara lain dalam putusan para Hakim yang sewenang-wenang, baik menentukan perbuatan yang terlarang maupun jenis hukuman yang dapat dijatuhkan terhadap mereka yang dianggap melanggar, sehingga tidak terwujud suatu kepastian hukum atau *rechtszekerheid*. Sehingga muncul gerakan dipelopori intelektual yang menghendaki diadakan perubahan mendasar sebagai pembaharuan melindungi rakyat yang disebut *de eeuw van de verlichting*, dan dikenal masa *aufklarung*.

Beccaria menuliskan agar undang-undang pidana dibentuk berdasarkan asas bersifat rasional yaitu disatu pihak membatasi hak penguasa menjatuhkan hukuman, berdasarkan pemikiran *kebebasan pribadi* warga negara sejauh mungkin harus dihormati, terutama dalam undang-undang pidana, suatu ketentuan pidana yang telah ada terlebih dahulu harus merupakan suatu syarat mutlak untuk dipakai sebagai dasar bagi Hakim menjatuhkan suatu hukuman, dan di lain pihak dapat menyelesaikan pertumbuhan hukum pidana sebagai hukum publik.¹⁹³

Van Hattum mengatakan antara lain : *tegen arbitraire vaststelling door de rechter terzake van welk wangedrag strafrechtelijk kan worden opgetreden, tegen arbitraire vaststelling van de terzake op te legen straf, richten zich de schrijvers in het tijdperk der verlichting. Hun streven naar rechtzekerheid en naar waarborgen voor de vrijheid van het individu vindt erkenning in artikel 8 van de Declaration Des Droits De L'Homme Et Du Citoyen. Het beginsel wordt*

¹⁹² A. Z. Abidin dan Andi Hamzah, *Op, Cit*, hlm 57.

¹⁹³ P. A. F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Armico, Bandung, 1997, hlm 126.

*overgenomen in art.4 CP in 1881 wordt dit artikel zonder commentaar als artikel 1 in ons strafwetboek aanvaard.*¹⁹⁴ Artinya : Dalam zaman pembaharuan para penulis mencurahkan perhatian mereka terhadap kesewenang-wenangan Hakim dalam menentukan yang merupakan tindakan terlarang dan menentukan hukuman yang dapat dijatuhkan terhadap orang yang dianggap sebagai telah melanggar larangan tersebut. Perjuangan mereka untuk adanya suatu kepastian hukum dan dijaminnya kebebasan pribadi itu telah mendapat suatu pengakuan dalam Pasal 8 dari *Declaration Des Droits De L'Homme Et Du Citoyen*. Asas ini kemudian diambil alih dan dicantumkan dalam Pasal 4 Code Penal dan pada tahun 1881 tanpa suatu komentar pun telah dimasukkan ke dalam KUHP.¹⁹⁵

Dari ketentuan asas legalitas muncul tiga aturan menurut Von Feuerbach, yaitu :¹⁹⁶

1. Setiap pengenaan pidana didasarkan hanya pada undang-undang (*nulla poena sine lege*).
2. Pengenaan pidana hanya mungkin jika perbuatan terjadi diancam dengan pidana (*nulla poena sine crimine*).
3. Perbuatan diancam dengan pidana berdasarkan undang-undang mempunyai akibat hukum bahwa oleh undang-undang ada pidana untuk itu (*nullum crimen sine poena legali*).

Ketentuan pidana seperti diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP mengandung 3 (tiga) asas sangat penting, yaitu :¹⁹⁷

1. Hukum pidana berlaku di Indonesia harus merupakan suatu hukum tertulis;
2. Undang-undang pidana berlaku di Indonesia tidak dapat berlaku surut;

¹⁹⁴ *Ibid*, hlm 130.

¹⁹⁵ *Ibid*.

¹⁹⁶ A. Z. Abidin dan Andi Hamzah, *Loc. Cit*.

¹⁹⁷ P. A. F. Lamintang, *Op. Cit*, hlm 141.

3. Penafsiran secara analogis dilarang dipergunakan dalam menafsirkan undang-undang pidana.

Dalam tradisi *civil law*, terdapat empat aspek azas legalitas, yaitu : *Lex Scripta, Lex certa, Non-retroactivity*, dan *No analogy*.¹⁹⁸ Pengaturan asas legalitas di Indonesia dalam konteks hukum pidana materiil yang utama dalam rumusan Pasal 1 ayat (1) KUHP. Ketentuan Pasal 1 ayat (1) memberi jaminan seseorang tidak dapat dituntut berdasarkan ketentuan undang-undang secara berlaku surut. Semangat Pasal 1 ayat (1) KUHP ditegaskan oleh Pasal 28-I ayat (1) UUD 1945 dan mendapatkan jaminan konstitusional.¹⁹⁹ Lengkapnya bunyi Pasal 28-I ayat (1): Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, asas legalitas dijumpai sebagaimana Pasal 6 ayat (1).²⁰⁰ Pasal 6 ayat (1) undang-undang menegaskan bahwa tidak seorang pun dapat dihadapkan di depan pengadilan kecuali undang-undang menentukan lain. Selanjutnya, asas legalitas dalam hukum acara pidana sebagaimana Pasal 3 KUHP bahwa hukum acara pidana dijalankan hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.

Asas legalitas dalam hukum acara pidana lebih ketat daripada dalam hukum pidana materiil, karena istilah dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP (sama dengan

¹⁹⁸ Roelof H. Haveman, *The Legality of Adat Criminal Law In Modern Indonesia*, Tata Nusa, Jakarta, 2002, hlm 50.

¹⁹⁹ Sutan Remy Syahdeini, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Grafiti Pers, Jakarta, 2007, hlm 26.

²⁰⁰ Sutan Remy Syahdeini, *Loc, Cit*.

Belanda) ketentuan perundang-undangan (*wettelijk strafbepaling*), dalam hukum acara pidana disebut Undang-Undang Pidana (*strafwet*). Dengan demikian, peraturan di bawah undang-undang (peraturan daerah misalkan) juga dapat memuat perbuatan yang dapat dipidana dan ancaman pidananya namun tidak boleh membuat aturan acara pidana.²⁰¹ Aturan acara pidana hanya boleh dibuat dengan sebuah undang-undang sehingga bersifat nasional. Mardjono Reksodiputro menyebutkan pada asas legalitas penegak hukum pidana terikat pada undang-undang (*gebondenheit aan de wet*), diartikan semua pelanggaran hukum pidana harus diselesaikan dalam sistem peradilan pidana.²⁰²

Asas legalitas dalam hukum pidana materiil inilah yang harus ditegakkan dengan sangat rigid dan tidak boleh ada pengecualian apapun, karena untuk melindungi hak asasi warga negara secara maksimal. Sedangkan asas legalitas dalam hukum acara pidana, berdasarkan perkembangan hukum pidana, baik praktek maupun teori, menunjukkan harus ada pengecualian dalam pelaksanaan yakni meningkatkan efisiensi sistem peradilan pidana, mengurangi stigmatisasi, mengurangi beban pengadilan dalam penanganan perkara bersifat ringan, dan mengurangi jumlah penghuni Lembaga Pemasyarakatan.

B. Profesi Advokat

Profesi advokat sudah dikenal sejak zaman romawi yang dikenal dengan nama "*Officium nobellum*" dan orang yang mengerjakannya disebut "*opera*

²⁰¹ A. Z. Abidin dan Andi Hamzah, *Op. Cit*, hlm 56.

²⁰² Mardjono Reksodiputro, *Rekonstruksi Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Makalah yang disempurnakan untuk Kuliah Umum di Universitas Batanghari Jambi tanggal 24 April 2010.

liberalis". Istilah advokat berasal dari bahasa latin "*advocare*" yang berarti *to defend, to call, to one's aid, to vouch or to warrant*. Sedangkan dalam bahasa Inggris *Advocate*, berarti *to speak in favour of or defend by argument, to support, indicate or recommend publicly*.

Menurut Mahkamah Agung didalam Pasal 1 ayat (2) Surat Keputusan Bersama (SKB) Ketua MA dan Menteri Kehakiman Nomor : KMA/005/SKB/VII/1987 Nomor: M. 03-PR.08.05 Tahun 1987 tentang Tata Cara Pengawasan, Penindakan, dan Pembelaan Diri Penasehat Hukum, yang selanjutnya dirumuskan : Advokat adalah Mereka yang memberikan bantuan atas nasehat hukum, baik dengan bergabung atau tidak dalam suatu persekutuan penasehat hukum , baik sebagai mata pencaharian atau tidak yang disebut sebagai pengacara atau advokat dan pengacara praktik.²⁰³ Sedangkan menurut Undang Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat diatur dalam Pasal 1 butir (1) yaitu: "Advokat adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum, baik didalam maupun di luar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan Undang-undang ini.

Profesi advokat adalah merupakan profesi yang mulia dan merupakan profesi tertua selain profesi kedokteran. Profesi missionnya adalah merupakan suatu panggilan pengabdian untuk membantu masyarakat yang membutuhkan. Profesi advokat ada dan eksis karena memang masyarakat membutuhkan jasanya yang diberikan atau dilayani oleh seorang profesional yang memiliki kompetensi

²⁰³ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Analisa dan Evaluasi tentang Kode Etik Advokat dan Konsultan Hukum*, Jakarta: BPHN, hlm 9.

hukum, karena itu faktor yang cukup penting terkait dengan profesi termasuk profesi advokat (*lawyer*) adalah faktor kepercayaan (*trust*).²⁰⁴

Untuk menjamin kepercayaan tersebut maka seorang advokat profesional harus memiliki kemampuan dengan beberapa tolak ukur, antara lain adalah:²⁰⁵

1. Integritas moral;
2. Kompetensi atau keahlian dan ketrampilan;
3. Independen (netral);
4. Berpihak pada nilai-nilai keadilan dan kebenaran hukum;
5. Memiliki rasa hormat antar sesama profesi.

Dalam upaya menetapkan kompetensi yang khas, organisasi profesi memiliki kegiatan yang melakukan pendidikan profesi dan dilaksanakan sesuai dengan kepentingan kompetensi yang bersandar pada:²⁰⁶

1. Kompetensi (keahlian dan ketrampilan) khusus;
2. Etika profesi
3. Standar profesi

Karakter profesi inilah yang membedakan pekerja pada umumnya. Profesi advokat bekerja bukan berdasarkan kehendak dan kemauan pemberi kerja, tapi mereka bekerja sesuai dengan kompetensi, etika profesi, standar profesi dan hukum untuk membantu memecahkan masalah hukum yang dihadapi klien (masyarakat).

²⁰⁴ Muchammad Zaidun, *Prinsip yang Memperkuat Kedudukan Advokat sebagai Professional Lawyers yang Independent*, Pokok Pikiran yang disampaikan dalam Musyawarah Nasional Ikatan Advokat Indonesia (IKADIN) yang diselenggarakan pada 5 April 2013 di Hotel Bumi Surabaya, hlm. 2.

²⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 3

²⁰⁶ *Ibid.*, hlm. 5

Advokat tidak bisa diminta apalagi disuruh atau diperintah sesuai dengan kemauan, kepentingan atau kehendak klien tanpa didasarkan pada hukum, etika, dan standar profesi sesuai dengan kompetensi sebagai seorang ahli hukum. Dalam upaya menjaga integritas profesi yang memiliki kompetensi, maka organisasi advokat wajib melakukan pembinaan dan pengembangan kompetensi para calon advokat dan advokat.²⁰⁷

Dalam upaya menjaga integritas profesi advokat, maka organisasi advokat juga harus melakukan pengawasan terhadap para advokat dan melakukan tindakan serta pemberian sanksi bagi para advokat yang melakukan pelanggaran etikaprofesi dan standar profesi dalam kegiatan pemberian layanan jasa hukum kepada masyarakat.²⁰⁸

Profesionalisme seorang advokat dalam pemberian bantuan hukum kepada masyarakat yang membutuhkan merupakan sesuatu yang harus dilakukan oleh seorang advokat. Selanjutnya mengenai kewajiban advokat juga diatur secara terintegrasi dalam Kode Etik Advokat Indonesia (KEAI) antara lain meliputi :

1. Memelihara rasa solidaritas di antara teman sejawat (Pasal 3 huruf d KEAI);
2. Memberikan bantuan hukum kepada teman sejawat yang diduga atau didakwa suatu perkara pidana baik atas permintaan sendiri maupun karena penunjukan organisasi profesi (Pasal 3 huruf e KEAI);
3. Advokat harus senantiasa menjunjung tinggi profesi advokat sebagai profesi yang terhormat (*officium nobile*) (Pasal 3 huruf g KEAI) ;

²⁰⁷ *Ibid.*, hlm. 7

²⁰⁸ *Ibid.*, hlm. 9

4. Bersikap sopan terhadap semua teman sejawat dan mempertahankan martabat advokat terhadap semua teman sejawat dan mempertahankan advokat (Pasal 3 huruf h KEAI);
5. Dalam menentukan besarnya honorarium, wajib mempertimbangkan kemampuan klien (Pasal 4 huruf d KEAI);
6. Memegang rahasia jabatan tentang hal-hal yang diberitahukan oleh klien secara kepercayaan dan tetap menjaga rahasia tersebut setelah sampai berakhir hubungannya dengan klien (Pasal 4 huruf h KEAI);
7. memberikan surat dan keterangan apabila perkara akan diurus advokat baru dengan memperhatikan hak retensi (Pasal 5 huruf f KEAI);
8. Wajib memberikan bantuan hukum secara Cuma-Cuma kepada orang yang tidak mampu (Pasal 7 huruf h KEAI);
9. Menyampaikan pemberitahuan tentang putusan pengadilan mengenai perkara yang ditangani kepada klien (Pasal 7 huruf I KEAI);

Sementara itu mengenai kewajiban-kewajiban advokat yang diatur di Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang advokat (UU Advokat) adalah :

1. Advokat bebas mengeluarkan pendapat atau pernyataan dalam membela perkara yang menjadi tanggung jawabnya didalam sidang pengadilan dengan tetap berpegang pada kode etik profesi dan peraturan perundang-perundangan (Pasal 14 UU Advokat);
2. Advokat bebas dalam menjalankan tugas profesinya untuk membela perkara yang menjadi tanggungjawabnya dengan tetap berpegang pada kode etik profesi dan peraturan perundang-undangan (Pasal 15 UU Advokat);

3. Advokat wajib merahasiakan segala sesuatu yang diketahui atau diperoleh dari kliennya karena hubungan profesinya, kecuali ditentukan lain oleh Undang Undang (Pasal 19 UU Advokat);

Disamping diatur tentang kewajiban-kewajiban advokat, advokat juga mempunyai hak-hak. Hak-hak advokat yang diatur di Kode Etik Advokat Indonesia (KEAI) yaitu :

1. Advokat dapat menolak untuk memberi nasehat dan bantuan hukum kepada setiap orang yang memerlukan jasa dan atau bantuan hukum dengan pertimbangan oleh karena tidak sesuai dengan keahliannya dan bertentangan dengan hati nuraninya, tetapi tidak dapat menolak dengan alasan karena perbedaan agama, kepercayaan, suku, turunan, jenis kelamin, keyakinan politik dan kedudukan sosial (Pasal 2 huruf a KEAI);
2. Advokat dapat mengundurkan diri dari perkara yang akan dan atau diurusnya apabila timbul perbedaan dan tidak dicapai kesepakatan tentang tata cara penanganan perkara dengan kliennya (Pasal 8 huruf (g) KEAI);
3. Hak retensi advokat terhadap klien diakui sepanjang tidak akan menimbulkan kerugian kepentingan klien (Pasal 4 huruf k KEAI);

Hak-hak advokat yang diatur di Undang Undang Nomor 18 tahun 2003 tentang Advokat adalah :

1. Advokat berhak memperoleh informasi, data, dan dokumen lainnya, baik dari instansi Pemerintah maupun pihak lain yang berkaitan dengan kepentingan tersebut yang diperlukan untuk pembelaan kepentingan Kliennya sesuai dengan peraturan perundang-undangan (Pasal 17) ;

2. Advokat berhak atas kerahasiaan hubungannya dengan Klien, termasuk perlindungan atas berkas dan dokumennya terhadap penyitaan atau pemeriksaan dan perlindungan terhadap penyadapan atas komunikasi elektronik Advokat (Pasal 19 ayat (2));
3. Advokat berhak menerima Honorarium atas jasa hukum yang telah diberikan kepada kliennya (Pasal 21 ayat (1));

Sementara itu hak-hak advokat yang diatur dalam KUHAP (Undang- Undang No. 8 Tahun 1981) adalah

1. Penasihat hukum berhak menghubungi tersangka sejak saat ditangkap atau ditahan pada semua tingkat pemeriksaan menurut tatacara yang ditentukan dalam undang-undang ini (Pasal 69 KUHAP) ;
2. Penasihat hukum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 69 berhak menghubungi dan berbicara dengan tersangka pada setiap tingkat pemeriksaan dan setiap waktu untuk kepentingan pembelaan perkaranya (Pasal 70 ayat (1) KUHAP);
3. Penasehat hukum berhak mengirim dan menerima surat dari tersangka setiap kali dikehendaki olehnya (Pasal 73 KUHAP).

Para advokat harus selalu menjaga kehormatan dan martabat profesinya, mereka para advokat sebagai pelantar dari administrasi keadilan. Kewajiban advokat terhadap kliennya harus meliputi hal-hal sebagai berikut:²⁰⁹

²⁰⁹ Artidjo Alkostar, *Peran dan Tantangan Advokat dalam Era Globalisasi*, Yogyakarta: FH UII Press, 2010, hlm. 157-158.

1. Memberi nasehat kepada kliennya tentang hak-hak hukum dan tanggungjawabnya, sehingga bekerjanya sistem memiliki relevansi dengan hak dan kewajiban kliennya.
2. Membantu kliennya dengan jalan benar dan melakukan upaya hukum demu untuk melindungi kepentingan kliennya.
3. Membela kliennya di muka sidang pengadilan atau dalam berhadapan dengan instansi pemerintah di mana perlu secara pantas.

Sebagai subyek hukum yang berupaya memperoleh kebenaran dan keadilan, klien memiliki hak dan kewajiban dalam hubungannya dengan advokat yangdiberi kuasa hukum. Berikut kewajiban-kewajiban klien, antara lain:²¹⁰

1. Memberikan informasi yang benar kepada penasehat hukumnya;
2. Mematuhi petunjuk penasehat hukum yang menangani perkaranya;
3. Menyimpan rahasia penasehat hukumnya;
4. Memberikan honorarium kepada penasehat hukumnya.

Hak-hak klien antara lain:²¹¹

1. Hak memilih penasehat hukum;
2. Hak memilih lembaga bantuan hukum;
3. Hak memperoleh informasi kasus yang dihadapi;
4. Hak menolak langkah-langkah hukum;
5. Hak rahasia atas dirinya;
6. Hak memutuskan hubungan dengan penasehat hukum;
7. Hak menerima ganti rugi;

²¹⁰ *Ibid.*, hlm. 111

²¹¹ *Ibid.*, hlm. 109

8. Hak menuntut penasehat hukum.

Advokat dalam melindungi hak-hak kliennya dan dalam menegakkan keadilan harus berupaya menegakkan hak asasi manusia dan kebebasan dasar yang diakui dalam hukum nasional dan internasional dan selalu bersikap mandiri dan penuh ketekunan sesuai dengan hukum serta standar dan etika profesi hukum. Advokat harus selalu menghormati dan loyal terhadap kepentingan kliennya.

Sejarah perkembangan advokat di Indonesia sebenarnya tidak lahir dari kultur hukum masyarakat Indonesia, tetapi merupakan transplantasi dari sistem hukum dan sistem peradilan formal pemerintah Hindia Belanda terhadap sistem hukum dan sistem peradilan di Indonesia. Pada saat pemerintah Hindia Belanda berkuasa di Indonesia sangat sedikit orang-orang Indonesia yang menjalankan profesi advokat karena memang Pemerintah Hindia Belanda tidak banyak memberikan kesempatan kepada bagi orang Indonesia untuk menjadi advokat.

Sebenarnya transplantasi sistem peradilan barat tidak otomatis menjelaskan fungsi advokat didalamnya, Sebagai bukti, pemerintah Hindia Belanda sengaja memberlakukan *Herzeine Indonesisch Reglement (HIR)* sebagai hukum acara bagi kalangan pribumi yang tidak mengenal fungsi advokat, bukannya *Reglementa Strafvordering (SV)* dan *Reglement op de Rechtsvordering (RV)* yang memang dikhususkan buat masyarakat buat masyarakat Eropa di Hindia Belanda.

Adapun pengaturan advokat pada saat itu dapat ditemukan diberbagai peraturan pada masa pra kemerdekaan adalah sebagai berikut :

1. *Staatblad* Tahun 1847 Nomor 23 dan *Staatblad* tahun 1848 Nomor 57 tentang *Reglement op de rechtlijk organisatie en het beleid de justitie in Indonesie*

atau dikenal dengan RO, pada Pasal 185 s/d 192 mengatur tentang “*advocatenen procureurs*” yaitu penasehat hukum yang bergelar sarjana hukum.

2. *Staatblad* tahun 1847 Nomor 40 tentang *Reglement op de Rechstvordering* (RV), dalam peradilan khusus golongan Eropa (Raad van Justitie) ditentukan bahwa para pihak harus diwakili oleh seorang advokat atau procurer.
3. Penetapan Raja Tanggal 4 Mei 1926 Nomor 251 jo 486 tentang Peraturan Cara Melakukan Menjalankan Hukuman Berrsyarat, pada Bab I Bagian II Pasal 3 ayat (3) ditentukan bahwa orang yang dihukum dan orang yang wajib memberikan bantuan hukum kepadanya sebelum permulaan pemeriksaan.
4. *Staatblaad* Tahun 1926 Nomor 487 tentang Pengawasan Orang yang memberikan bantuan hukum, ditentukan bahwa pengawasan terhadap orang-orang yang memberikan bantuan hukum atau orang yang dikuasakan untuk menunjuk lembaga dan orang yang boleh diperintah memberi bantuan.
5. *Staatblad* tahun 1927 Nomor 496 tentang *Regeling van de bijstaan en vertegenwoordiging van partijen in burgelijke zaken voor de landraden*, mengatur tentang penasehat hukum yang disebut “*zaakwaarnmers*” atau pada masa tersebut dikenal dengan *pokrol*.
6. *Staatblad* tahun 1941 Nomor 44 tentang *Herziene Inlandsch Reglement* (HIR), dalam Pasal 83 h ayat (6) ditentukan bahwa jika seorang dituduh bersalah melakukan sesuatu kejahatan yang dapat dihukum dengan hukuman mati, maka magistraar hendak menanyakan kepadanya, maukah ia dibantu di Pengadilan oleh seorang penasehat hukum. Dan Pasal 254 menentukan bahwa

dalam persidangan tiap-tiap orang yang dituduh berhak dibantu oleh pembela untuk mempertahankan dirinya.

7. *Staatblad* tahun 1944 Nomor 44 tentang *Het Herziene Inlandsch* atau *RIB* (*Reglemen Indonesia yang diperbaharui*), menurut Pasal 123 dimungkinkan kepada pihak yang berperkara untuk diwakili oleh orang lain.²¹²

Berbagai ketentuan hukum diatas selanjutnya mendasari profesi advokat pada masa pra kemerdekaan, meski masih mengutamakan advokat Belanda. Akan tetapi berbagai pengaturan itu sedikitnya telah mendasari perkembangan advokat Indonesia pada masa selanjutnya.

Pada saat Pemerintahan Jepang pengaturan profesi advokat kurang mendapat perhatian, hal ini dapat dilihat dari berbagai ketentuan perundang-undangan, bahkan hal ini terjadi sampai dengan proklamasi 17 Agustus 1945. Hal ini dapat ditunjukkan dengan tidak ditemukannya istilah advokat atau istilah lain yang sepadan dimasukkan dalam UUD 1945. Demikian pula pada UUD RIS 1949 yang digantikan dengan UUDS 1950.

Selanjutnya secara implisit pengakuan terhadap profesi ini diatur dalam perundang-undangan antara lain :

1. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1947 tentang Peradilan Ulangan untuk Jawa dan Madura dalam Pasal 7 ayat (1) menyebutkan bahwa peminta atau wakil dalam arti orang yang diberi kuasa untuk itu yaitu pembela atau penasehat hukum.

²¹² Lasdin Wlas, *Cakrawala Advokat Indonesia*, Liberty, Yogyakarta 1989, hlm 30 – 31.

2. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1950 tentang Mahkamah Agung dalam Pasal 43 memberikan istilah pemberi bantuan hukum dengan kata pembela.
3. Undang undang Drt Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan sementara Penyelenggaraan kekuasaan dan acara pengadilan sipil, memuat ketentuan tentang bantuan hukum bagi tersangka ataupun terdakwa.
4. Undang Undang Nomor 19 Tahun 1964 tentang Pokok Kekuasaan kehakiman yang kemudian diganti dengan Undang Undang Nomor 14 Tahun 1970, menyatakan bahwa setiap orang yang tersangkut perkara berhak memperoleh bantuan hukum.
5. Undang Undang Nomor 13 Tahun 1965 tentang Mahkamah Agung, diganti dengan Undang undang Nomor 14 Tahun 1985 pada Pasal 54 bahwa penasehat hukum adalah mereka yang melakukan kegiatan memberikan nasehat hukum yang berhubungan suatu proses di muka pengadilan
6. Undang Undang Nomor 1 Tahun 1981 tentang KUHAP, dalam Pasal 54 s/d 57 dan 69 s/d 74 mengatur hak-hak tersangka atau terdakwa untuk mendapatkan penasehat hukum dan tata cara penasehat hukum berhubungan dengan tersangka atau terdakwa.
7. Undang Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum, mengakui keberadaan penasehat hukum dalam memberikan bantuan hukum kepada tersangka atau terdakwa

8. Surat Edaran dan Surat Keputusan Bersama Mahkamah Agung dan Menteri Kehakiman, dan sebagainya.²¹³

Berlakunya Undang Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat merupakan perkembangan yang paling penting bagi keberadaan, peran dan fungsi advokat sebagai salah satu penegak hukum dalam pilar penegakan hukum di Indonesia. Terbentuknya Undang Undang advokat tersebut sekaligus mempertegas pengakuan negara terhadap fungsi advokat dalam sistem peradilan Indonesia yang memberikan pelayanan dan jasa hukum kepada masyarakat yang membutuhkan.

Pengakuan lembaga advokat sebagai penegak hukum pada Undang Undang Nomor 18 Tahun 2003 di Pasal 5 yang menyatakan bahwa : “Advokat berlembaga sebagai penegak hukum, bebas dan mandiri yang dijamin oleh hukum dan peraturan perundang-undangan” Perwujudan berlakunya Undang-undang No.18 Tahun 2003 tentang Advokat salah satunya adalah dibentuknya Perhimpunan Advokat Indonesia (PERADI) pada tanggal 21 Desember 2014.

C. Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana

Istilah tindak pidana berasal dari istilah dalam hukum pidana Belanda yaitu *strafbaar feit*, tetapi tidak ada penjelasan resmi dimaksud *strafbaar feit*. Para ahli hukum berusaha memberi arti istilah tersebut walau sampai saat ini belum ada

²¹³ Yudha Pandhu, *Klien & Advokat dalam Praktek*, Jakarta: Indonesia Legal Center, 2004, hlm 17 -18

keseragaman.²¹⁴ Beberapa pendapat para sarjana yang memberikan pengertian mengenai *strafbaar feit* antara lain:

Mengenai *strafbaar feit* Utrecht memandang istilah peristiwa pidana lebih tepat.²¹⁵ Hal ini disetujui C. S. T. Kansil dan Christine S. T. Kansil karena menurut mereka yang diancam pidana bukan saja yang berbuat atau bertindak tetapi yang tidak berbuat atau tidak bertindak.²¹⁶ Moeljatno lebih menyetujui *strafbaar feit* diartikan perbuatan pidana, yaitu perbuatan yang dilarang suatu aturan hukum, disertai sanksi berupa pidana tertentu, bagi siapa melanggar larangan tersebut.²¹⁷ Komariah E. Sapardjaja menggunakan istilah tindak pidana menerjemahkan *strafbaar feit*. tindak pidana adalah suatu perbuatan manusia yang memenuhi perumusan delik, melawan hukum dan pembuat bersalah melakukan perbuatan itu.²¹⁸

Wirjono Pradjodikoro memakai istilah tindak pidana menyebut *strafbaar feit*, hal juga ditunjukkan sifat melanggar hukum merupakan bagian dari tindak pidana sebagai suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukuman pidana dan pelaku merupakan subjek tindak pidana.²¹⁹ Moeljatno, memakai istilah perbuatan pidana menggambarkan *strafbaar feit* dan mendefinisikan sebagai suatu perbuatan yang dilarang suatu aturan hukum, disertai ancaman (sanksi) berupa

²¹⁴ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana I*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm 67.

²¹⁵ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm 86.

²¹⁶ C. S. T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, *Pokok-Pokok Hukum Pidana, Hukum Pidana Untuk Tiap Orang*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004, hlm 37.

²¹⁷ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta, 1992, hlm 54.

²¹⁸ Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm 27.

²¹⁹ Wiryono Pradjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1980, hlm 1.

pidana tertentu, bagi siapa melanggar. Beliau tidak setuju istilah tindak pidana karena tindak lebih pendek daripada perbuatan, tindak tidak menunjukkan hal abstrak seperti perbuatan, tetapi hanya menyatakan keadaan konkrit.²²⁰

Istilah pidana diartikan hukuman, berasal dari kata *straf*, merupakan istilah umum dan konvensional, berkonotasi dengan bidang yang luas. Oleh Andi Hamzah, kedua istilah dibedakan. Hukuman adalah suatu pengertian umum sebagai suatu sanksi menderitakan atau nestapa kepada seseorang. pidana merupakan suatu pengertian khusus berkaitan hukum pidana.²²¹ Pidana dikenakan harus dirumuskan eksplisit dalam peraturan perundangan tertulis, hal ini ditemukan dalam KUHP sebagai induk hukum pidana Indonesia. Bagian terpenting KUHP adalah stelsel pidananya, karena KUHP tanpa stelsel pidana tidak akan ada artinya.²²²

Tindak pidana sebagai suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukuman pidana dan pelaku merupakan subjek tindak pidana.²²³ Dasar patut dipidananya perbuatan, berkaitan erat masalah sumber hukum atau landasan legalitas menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan.²²⁴ *Strafbaar feit* merupakan suatu perbuatan yang dilarang suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang

²²⁰ Leden Marpaung, *Unsur-unsur Perbuatan Yang Dapat Dihukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 1991, hlm 13.

²²¹ Andi Hamzah, *Sistim Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Op, Cit, hlm 1.

²²² Niniek Suparni, *Eksistensi Pidana Denda Dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1993, hlm 20.

²²³ Wiryono Pradjodikoro, Op, Cit, hlm 1.

²²⁴ Barda Nawawi Arif, *Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2009, hlm 49.

siapa melanggar larangan tersebut.²²⁵ tindak pidana, yaitu perbuatan, dilarang (oleh aturan hukum), dan ancaman pidana (bagi yang melanggar).²²⁶

Pertanggungjawaban pidana disebut *teorekenbaardheid* atau *criminal responsibility* menjurus ppidanaan pelaku. Untuk dipidana pelaku, harus memenuhi unsur delik ditentukan undang-undang. Dari terjadinya tindakan dilarang, seseorang akan dipertanggungjawabkan apabila tindakan tersebut melawan hukum serta tidak ada alasan pbenar atau peniadaan sifat melawan hukum untuk pidana dilakukan. Dilihat dari sudut kemampuan bertanggung jawab, hanya seseorang mampu bertanggung jawab dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan. Pemahaman kemampuan bertanggung jawab menurut beberapa pandangan adalah:²²⁷

1. Menurut Pompe, kemampuan bertanggungjawab pidana harus mempunyai unsur kemampuan berpikir (*psychisch*) pembuat (*dader*) yang memungkinkan ia menguasai pikirannya, memungkinkan ia menentukan perbuatannya, oleh sebab itu, ia dapat menentukan akibat perbuatan, sehingga ia dapat menentukan kehendaknya sesuai pendapatnya.
2. Van Hamel berpendapat, kemampuan bertanggung jawab adalah suatu keadaan normalitas *psychis* dan kematangan, yang mempunyai kemampuan memahami lingkungan kenyataan perbuatan sendiri, menyadari perbuatannya sebagai suatu yang tidak diperbolehkan oleh masyarakat, dan terhadap perbuatannya dapat menentukan kehendaknya.

Syarat orang dapat dipertanggungjawabkan menurut G A Van Hamel adalah:²²⁸

²²⁵ Leden Marpaung, *Hukum Pidana II*, Sinar Grafika, 1997, hlm 13.

²²⁶ Moeljatno, *Hukum Pidana II*, Rajawali Pers, 1995, hlm 54.

²²⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia*, Eresco, Bandung, 1986, hlm 55.

²²⁸ P. A. F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Armico, Bandung, 1997, hlm 397.

1. Jiwa orang harus sedemikian rupa sehingga dia mengerti atau menginsyafi nilai dari perbuatannya;
2. Orang harus menginsyafi perbuatannya menurut tata cara kemasyarakatan adalah dilarang; dan
3. Orang harus dapat menentukan kehendaknya terhadap perbuatannya.

Dalam pasal-pasal KUHP, unsur delik dan pertanggungjawaban pidana bercampur aduk dalam Buku II dan III, sehingga membedakannya dibutuhkan ahli yang menentukan unsur keduanya. Menurut pembuat KUHP, syarat pemidanaan disamakan dengan delik, karena itu dalam pemuatan unsur delik dalam penuntutan harus dibuktikan dalam persidangan. Unsur pertanggungjawaban pidana adalah :

1. Mampu Bertanggung Jawab

Dari sudut terjadinya suatu tindakan terlarang (diharuskan), seseorang akan dipertanggungjawab pidana apabila tindakan tersebut bersifat melawan hukum (dan tidak ada peniadaan sifat melawan hukum atau *rechtsvaardigingsgrond* atau alasan pembenar) untuk itu. Dilihat dari sudut kemampuan bertanggungjawab, hanya seseorang yang mampu bertanggungjawab yang dapat dipertanggung- jawabkan. bilamana pada umumnya.²²⁹ unsur mampu bertanggung jawab mencakup.²³⁰

- a. Keadaan jiwanya:

- 1) Tidak terganggu oleh penyakit terus-menerus atau sementara (*temporair*);
- 2) Tidak cacat dalam pertumbuhan (gagu, idiot, *imbecile*, dan sebagainya);
- 3) Tidak terganggu karena terkejut, *hypnotisme*, amarah yang meluap, pengaruh bawah sadar/*reflexe bewenging*, melindur/*slaapwandel*, mengigau karena demam/*koorts*, nyidam dan lain sebagainya. Dengan

²²⁹ E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Storia Grafika, Jakarta, 2008, hlm 249.

²³⁰ *Ibid.*

perkataan lain dia dalam keadaan sadar.

b. Kemampuan jiwanya:

- 1) Dapat menginsyafi hakekat dari tindakannya;
- 2) Dapat menentukan kehendaknya atas tindakan, apakah akan dilaksanakan atau tidak; dan
- 3) Dapat mengetahui ketercelaan dari tindakan tersebut.

Kemampuan bertanggungjawab didasarkan keadaan dan kemampuan jiwa (*geestelijke vermogens*), dan bukan pada keadaan dan kemampuan berfikir (*verstanddelijke vermogens*), seseorang, walaupun dalam Pasal 44 KUHP adalah *verstanddelijke vermogens* atau keadaan dan kemampuan jiwa seseorang.²³¹ Pertanggungjawaban pidana disebut *toerekenbaarheid* dimaksudkan menentukan apakah tersangka/terdakwa dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana (*crime*) yang terjadi atau tidak.²³² Petindak adalah orang, bukan makhluk lain. Untuk membunuh, mencuri, menghina dan sebagainya, dapat dilakukan oleh siapa saja. Lain hal jika tindakan merupakan menerima suap, menarik kapal dari pemilik/pengusaha dan memakainya untuk keuntungan sendiri.

2. Kesalahan

Kesalahan dianggap ada, apabila dengan sengaja atau kelalaian telah melakukan perbuatan menimbulkan keadaan atau akibat yang dilarang hukum pidana dan dilakukan dengan mampu bertanggung jawab. Kesalahan dan kelalaian seseorang dapat diukur apakah pelaku tindak pidana mampu bertanggung jawab, yaitu bila tindakannya itu memuat 4 (empat) unsur

²³¹ *Ibid*, hlm 250.

²³² Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggung Jawab Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1981, hlm. 45.

yaitu:²³³

- a. Melakukan perbuatan pidana (sifat melawan hukum);
- b. Di atas umur tertentu mampu bertanggung jawab;
- c. Mempunyai suatu bentuk kesalahan yang berupa kesengajaan (*dolus*) dan kealpaan/kelalaian (*culpa*);
- d. Tidak adanya alasan pemaaf.

Kesalahan ditujukan pada perbuatan tidak patut, yaitu melakukan sesuatu yang seharusnya tidak dilakukan atau tidak melakukan sesuatu yang seharusnya dilakukan. Bentuk kesalahan terdiri dari:

- a. Kesengajaan (*opzet*)

Kebanyakan tindak pidana mempunyai unsur kesengajaan atau *opzet*, bukan *culpa*. yang pantas mendapatkan hukuman pidana ialah orang yang melakukan sesuatu dengan sengaja.²³⁴ Kesengajaan harus mengenai ketiga unsur tindak pidana, yaitu ke-1: perbuatan yang dilarang, ke-2: akibat yang menjadi pokok-alasan diadakan larangan itu, dan ke-3: perbuatan itu melanggar hukum.²³⁵ Kesengajaan dapat dibagi menjadi 3 bagian, yakni :

- 1) Sengaja Sebagai Niat (*Oogmerk*)

Dengan kesengajaan bersifat tujuan (*oogmerk*) si pelaku dapat dipertanggungjawabkan, mudah dimengerti khalayak ramai. Apabila kesengajaan semacam ini ada pada suatu tindak pidana, tidak ada yang menyangkal, si pelaku pantas dikenakan hukuman pidana. Dengan adanya kesengajaan bersifat tujuan, dapat dikatakan si pelaku

²³³ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana, Op, Cit*, hlm 164.

²³⁴ Bahder Johan Nasution, *Hukum Kesehatan Pertanggungjawaban Dokter*, Rineka Cipta, Jakarta, 2005, hlm.54.

²³⁵ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia, Op, Cit*, hlm 61.

mengkehendaki mencapai akibat yang menjadi pokok alasan diadakan ancaman pidana.

Bahwa yang dapat dikehendaki ialah hanya perbuatan, bukan akibatnya. Akibat ini oleh si pelaku hanya dapat dibayangkan atau digambarkan akan terjadi (*voorstellen*). Secara siakletik timbul dua teori yang bertentangan satu sama lain, yaitu:²³⁶

- a) Teori kehendak (*wilstheorie*); dan
- b) Teori bayangan (*voorstellen-theorie*).

Teori kehendak menganggap kesengajaan ada apabila perbuatan dan akibat suatu tindak pidana dikehendaki si pelaku. Teori bayangan menganggap kesengajaan apabila si pelaku pada waktu mulai melakukan perbuatan, ada bayangan yang terang, bahwa akibat yang bersangkutan akan tercapai, dan maka dari itu ia menyesuaikan perbuatannya dengan akibat itu.

- 2) Sengaja Sadar Akan Kepastian atau Keharusan (*zekerheidsbewustzijn*)

Kesengajaan semacam ini ada apabila si pelaku dengan perbuatannya, tidak bertujuan mencapai akibat yang menjadi dasar dari *delict*, tetapi ia tahu, akibat itu pasti akan mengikuti perbuatan itu.

Jika ini terjadi, maka teori kehendak (*wilstheorie*) menganggap akibat tersebut juga dikehendaki pelaku, maka kini juga ada kesengajaan menurut teori bayangan (*voorstelling theorie*) keadaan ini sama dengan kesengajaan berupa tujuan (*oogmerk*) oleh karena dalam keduanya tentang akibat tidak dapat dikatakan ada kehendak si pelaku, melainkan hanya bayangan atau gambaran dalam gagasan pelaku, akibat pasti akan terjadi, maka juga kini ada kesengajaan.²³⁷

Sebagai contoh disebutkan peristiwa Thomas van Bremerhaven, yaitu perbuatan seseorang berupa memasukkan dalam kapal laut, yang akan

²³⁶ *Ibid*, hlm 62.

²³⁷ *Ibid*, hlm 63.

berlayar di laut, suatu mesin yang akan meledak apabila kapal itu sudah ada di tengah laut. Dengan peledakan ini kapal akan hancur, dan kalau ini terjadi, pemilik kapal akan menerima uang asuransi dari perusahaan asuransi. Dalam merancang kehendak ini si pelaku dianggap tahu benar, apabila kapal hancur, para anak kapal dan penumpang lain akan tenggelam di tengah laut dan akan mati. Meskipun kematian orang tidak masuk tujuan si pelaku, namun tetap dianggap ada kesengajaan, dan dari itu si pelaku dapat dipersalahkan melakukan tindak pidana pembunuhan.²³⁸

Menurut Van Hattum, kepastian dalam kesengajaan semacam ini harus diartikan relatif oleh karena secara ilmu pasti tidak mungkin ada kepastian mutlak. Mungkin sekali para anak kapal dan penumpang dari kapal laut tadi tertolong semua para nelayan yang ada di tempat meledaknya bom. Menurut Van Hattum, maksud kepastian ialah suatu kemungkinan yang sangat besar sedemikian rupa, seorang manusia biasa menganggap ada kepastian, tidak ada kemungkinan besar saja.

3) Sengaja Sadar Akan Kemungkinan (*dolus eventualis, mogelijkeheids bewustzijn*)

Lain hal kesengajaan terang-terangan tidak disertai bayangan suatu kepastian terjadinya akibat bersangkutan, melainkan hanya dibayangkan suatu kemungkinan belaka akan akibat itu, ternyata tidak ada persamaan pendapat antara sarjana hukum Belanda. Menurut Van Hattum dan Hazewinkel Suringa, ada dua penulis Belanda, yaitu Van Dijk dan Pompe mengatakan, hanya ada keinsafan kemungkinan, tidak ada kesengajaan, melainkan hanya mungkin ada *culpa* atau kurang

²³⁸ *Ibid.*

berhati-hati.

Apabila gagasan si pelaku hanya ada bayangan kemungkinan belaka terjadi akibat bersangkutan tanpa dituju, maka harus ditinjau sendainya ada bayangan kepastian, tidak hanya kemungkinan, maka apakah perbuatan akan dilakukan. Kalau ini terjadi, bahwa kalau perlu, akibat yang terang tidak dikehendaki dan hanya mungkin akan terjadi, akan dipikul pertanggungjawabannya pelaku jika akibat kemudian terjadi.²³⁹

b. Kealpaan(Culpa)

Kelalaian merupakan salah satu bentuk kesalahan yang timbul karena pelakunya tidak memenuhi standar perilaku yang telah ditentukan menurut undang-undang, kelalaian itu terjadi dikarenakan perilaku orang itu sendiri. Dalam pelayanan kesehatan misalnya yang menyebabkan kelalaian karena kurangnya pengetahuan, pengalaman dan/atau kehati-hatian, padahal diketahui jika dilihat dari segi profesionalisme, seorang dokter dituntut terus mengembangkan ilmunya.²⁴⁰ Kelalaian menurut hukum pidana terbagi dua macam yaitu:²⁴¹

- 1) Kealpaan perbuatan, apabila hanya dengan melakukan perbuatannya sudah merupakan suatu peristiwa pidana, maka tidak perlu melihat akibat yang timbul dari perbuatan tersebut sebagaimana ketentuan Pasal 205 KUHP;
- 2) Kealpaan akibat, merupakan suatu peristiwa pidana kalau akibat dari kealpaan itu sendiri sudah menimbulkan akibat yang dilarang oleh hukum pidana, misalnya cacat atau matinya orang lain sebagaimana yang diatur dalam Pasal 359, 360, 361 KUHP.

²³⁹ *Ibid*, hlm 66.

²⁴⁰ Bahder Johan Nasution, *Op, Cit*, hlm 55.

²⁴¹ *Ibid*, hlm 56.

Kealpaan itu sendiri memuat tiga unsur, yaitu:²⁴²

- 1) Pelaku berbuat lain dari apa yang seharusnya diperbuat menurut hukum tertulis maupun tidak tertulis, sehingga sebenarnya ia telah melakukan suatu perbuatan (termasuk tidak berbuat) yang melawan hukum;
- 2) Pelaku telah berlaku kurang hati-hati, ceroboh dan kurang berpikir panjang; dan
- 3) Perbuatan pelaku itu dapat dicela, oleh karenanya pelaku harus bertanggung jawab atas akibat dari perbuatannya tersebut.

Menurut D. Schaffmeister, N. Keijzer dan E. P. H. Sutorius, skema kelalaian atau *culpa* yaitu:²⁴³

- 1) *Culpa lata* yang disadari (*alpa*)
Conscious: kelalaian yang disadari, contohnya antara lain sembrono (*roekeloos*), lalai (*onachtzaam*), tidak acuh. Dimana seseorang sadar akan risiko, tetapi berharap akibat buruk tidak akan terjadi;
- 2) *Culpa lata* yang tidak disadari (*lalai*)
Unconscious: kelalaian yang tidak disadari, contohnya antara lain kurang berpikir (*onnadentkend*), lengah (*onoplettend*), dimana seseorang seyogianya harus sadar dengan risiko, tetapi tidak demikian.

Kelalaian disadari terjadi apabila seseorang tidak melakukan suatu perbuatan, namun dia sadar bila tidak melakukan perbuatan, menimbulkan akibat dilarang dalam hukum pidana. Kealpaan yang tidak disadari terjadi apabila pelaku tidak memikirkan kemungkinan adanya akibat atau keadaan tertentu, dan apabila ia telah memikirkan hal itu sebelumnya maka ia tidak akan melakukannya.

3. Tidak Ada Alasan Pemaaf

Hubungan petindak dengan tindakan ditentukan kemampuan

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ D. Schaffmeiste, N. Keijzer dan E. P. H. Sutorius, *Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm 102.

bertanggungjawab dari petindak.

Ia menginsyafi hakekat dari tindakan yang akan dilakukan, dapat mengetahui ketercelaan dari tindakan dan dapat menentukan apakah akan dilakukan tindakan tersebut atau tidak. Jika ia menentukan (akan) melaksanakan tindakan itu, maka bentuk hubungan itu adalah sengaja atau alpa. Untuk penentuan tersebut, bukan sebagai akibat atau dorongan dari sesuatu, yang jika demikian penentuan itu berada di luar kehendaknya sama sekali.²⁴⁴

Menurut Ruslan Saleh, tiada terdapat alasan pemaaf, yaitu kemampuan bertanggungjawab, bentuk kehendak dengan sengaja atau alpa, tiada terhapus kesalahan atau tiada alasan pemaaf, adalah termasuk dalam pengertian kesalahan (*schuld*).²⁴⁵ Pompe mengatakan hubungan petindak dengan tindakan ditinjau dari sudut kehendak, kesalahan petindak adalah merupakan bagian dalam dari kehendak tersebut. Asas yang timbul dari padanya ialah: tiada pidana, tanpa kesalahan.²⁴⁶ Menurut Martiman Prodjhamidjojo, unsur subjektif adalah adanya suatu kesalahan dalam bentuk kesengajaan dan kealpaan, sehingga perbuatan melawan hukum dapat dipertanggungjawabkan.

Unsur subjektif yaitu:²⁴⁷

- a. Kesalahan;
- b. Kesengajaan;
- c. Kealpaan;
- d. Perbuatan; dan
- e. Sifat melawan hukum.

Unsur objektif adalah adanya perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau dengan kata lain harus ada unsur melawan hukum. Unsur objektif

²⁴⁴ Zainal Abidin Farid Andi, *Hukum Pidana I*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995, hlm 92.

²⁴⁵ E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi, *Op, Cit*, hlm 25.

²⁴⁶ *Ibid*, hlm 26.

²⁴⁷ *Ibid*.

yaitu:

- a. Perbuatan; dan
- b. Sifat melawan hukum;

Dalam ilmu pidana alasan penghapusan pidana dibagi atas dua bagian; yaitu pertama, penghapusan pidana umum, yang berlaku kepada semua rumusan delik yang disebut dalam Pasal 44, 48 – 51 KUHP, kedua adalah alasan penghapusan pidana khusus yang terdapat dalam pasal tertentu, yaitu Pasal 122, 221 ayat(2), 261, 310 dan 367 ayat(1) KUHP.²⁴⁸ Alasan pemaaf (*schuldduitsluitingsgrond*) yang diatur dalam Pasal 44 KUHP tentang tidak mampu bertanggung jawab, Pasal 48 KUHP tentang daya paksa (*overmacht*), Pasal 49 ayat (2) KUHP tentang pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*noodweer excess*), Pasal 51 ayat (2) KUHP tentang menjalankan perintah tidak sah tetapi menganggap perintah itu datang dari pejabat berwenang.

D. Keadilan Restoratif

Meskipun wacana keadilan restoratif dalam iklim akademik, intelektual, dan praktik pengadilan semakin dominan mencari terobosan baru dalam menegakkan keadilan yang makin dirasakan masyarakat, makna dan proses penerapan konsepsi keadilan restoratif dalam praktik sangat beragam.

Johnstone menyatakan *restorative justice is not a single coherent theory or perspective on crime and justice, but a loose unifying term which encompasses a*

²⁴⁸ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Op. Cit, hlm 143.

*range of distinct ideas, practices, and proposals.*²⁴⁹ Weitekamp menyatakan makna keadilan restoratif berbeda dari satu negara dan komunitas ke negara dan komunitas lain. Ada beberapa istilah lain dipakai makna mirip keadilan restoratif. Misalnya, keadilan prosedural, keadilan partisipatif, keadilan *real*, keadilan relasional, keadilan positif, dan keadilan transformatif. Istilah sering dipakai mengganti istilah keadilan restoratif karena memiliki makna sama adalah keadilantransformatif atau *transfomative justice*.

M. Kay Harris mengatakan, *restorative justice and transformative justice are two names for the same thing and, properly understood, the terms should be considered interchangeable.*²⁵⁰ Beberapa praktisi bahkan berpendapat istilah yang paling cocok bagi konsepsi dan praktik ini, bukanlah keadilan restoratif melainkan pendekatan restoratif (*restorative approaches*).²⁵¹ Di Indonesia istilah keadilan restoratif menunjuk pada pendekatan restoratif ini. Tetapi pertanyaan pokoknya adalah apa yang dimaksud keadilan restoratif tersebut.

Keadilan restoratif atau *restorative justice* merupakan istilah yang dipakai untuk pendekatan penyelesaian kasus kriminal (*criminal justice*) menekankan restorasi atau pemulihan korban dan komunitas dari pada menghukum pelaku.

Braithwaite dan Strang sebagaimana dikutip M. Kay Harris dalam *Transformative Justice: The transformation of restorative justice*, mengartikan keadilan restoratif sebagai suatu proses penyelesaian suatu perkara atau kejahatan hukum yang melibatkan semua *stakeholder* yang

²⁴⁹ G. Johnstone, *A Restorative Justice Reader : Texts, Sources, Context*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2003, hlm ix.

²⁵⁰ M. Kay Harris, *Transformative Justice: The transformation of restorative justice*, dalam Dennis Sullivan and Larry Tift, *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, London & New York, 2006, hlm 556.

²⁵¹ Marian Liebmann, *Restorative Justice: How It Works*, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, hlm 25.

berurusan dengan kejahatan yang sudah terjadi dengan mendiskusikan bagaimana kejahatan tersebut bisa terjadi guna mencapai kesepakatan tentang apa yang sebaiknya dilakukan untuk memulihkan penderitaan yang diakibatkan oleh kejahatan tersebut. Gerry Johnstone mengartikannya sebagai seperangkat prinsip yang mengarahkan praktek umum institusi atau kelompok manapun dalam menangani perkara kejahatan. Zehr menyebutnya sebagai suatu paradigma baru berkaitan keadilan, atau Sullivan dan Tifft yang menempatkan sebagai suatu teori sosial normatif atau suatu gaya hidup baru.²⁵²

Nilai keadilan restoratif membedakannya dari keadilan hukuman tradisional negara adalah keadilan restoratif lebih menaruh tekanan pada *healing* (penyembuhan) atau *restoration* (pemulihan) daripada melukai (*hurting*).

Konsorsium keadilan restoratif di Inggris, sebuah lembaga amal yang dibentuk pemerintah untuk mempromosikan keadilan restoratif, dalam *pamflet* yang mereka edarkan, merumuskan *restorative justice works to resolve conflict and repair harm. It encourages those who have caused harm to acknowledge the impact of what they have done and gives them an opportunity to make reparation. It offers those who have suffered harm the opportunity to have their harm or loss acknowledged and amends made.*²⁵³

Kathleen Daly melalui *The Limits of Restorative Justice* dalam buku *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, merumuskan *restorative justice* sebagai *a set of ideals about justice that assumes a generous, empathetic, supportive, and rational human spirit.*²⁵⁴ Keadilan restoratif mengasumsikan korban bermurah hati pada mereka yang sudah melakukan kejahatan, pelaku atau pelanggar menyadari kesalahan dan menyesali kejahatan, bahwa komunitas yang peduli terhadap mereka bisa mendukung dan membantu, dan seorang fasilitator

²⁵² M. Kay Harris, *Op, Cit*, hlm 555.

²⁵³ Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 25.

²⁵⁴ Kathleen Daly, *The Limits of Restorative Justice*, dalam Denis Sullivan and Larry Tifft, *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, London, 2006, hlm 134.

atau mediator dapat memandu diskusi rasional dan mendorong penyelesaian perkara atau pengambilan keputusan konsensual antara berbagai pihak dengan kepentingan yang berbeda.

Harus diakui terdapat beranekaragam pemahaman dan definisi keadilan restoratif. Keragaman ini tentu tidak hanya memperkaya khazanah teoretis tentang keadilan restoratif melainkan sekaligus merefleksikan keragaman kepentingan dan ideologi yang terlibat dalam proses penegakan keadilan restoratif ketika ide-ide keadilan didiskusikan. Tetapi keragaman pemahaman konseptual dan praktik keadilan restoratif itu bukanlah sesuatu yang fatal sehingga sebaiknya diterima karena hakikat keadilan itu sendiri bukanlah sesuatu yang tidak berubah.

Gerry Johnstone menyatakan keadilan restoratif harus dilihat sebagai perangkat ide yang ingin melampaui penegakan keadilan konvensional yang sudah mapan. Ia menantang untuk memikirkan kejahatan, korban, dan reaksi terhadap pelaku secara baru. Liebmann merumuskan tujuan utama keadilan restoratif yakni: *Restorative justice aims to restore the well-being of victims, offenders and communities damaged by crime, and to prevent further offending.*²⁵⁵ Pendekatan yang digunakan mewujudkan tujuan adalah mengupayakan mediasi antara korban dan pelaku, pertemuan dan dialog antara korban dan pelaku melibatkan keluarga dan masyarakat luas, dan menumbuhkan kesadaran dan tanggung jawab pelaku dan korban.

Semangat utama keadilan restoratif adalah tidak terutama mengadili dan menghukum pelaku, melainkan mereparasi dan merestorasi korban dan pelaku.

²⁵⁵ Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 25.

Nilai keadilan restoratif terletak pada dialog (*dialogue*), kesepahaman (*mutuality*), penyembuhan (*healing*), perbaikan (*repair*), penyesalan dan tobat (*repentance*), tanggung jawab (*responsibility*), kejujuran (*honesty*), dan ketulusan (*sincerity*).²⁵⁶

Nilai pendekatan ini membedakan keadilan restoratif dari sistem pengadilan atau keadilan kriminal konvensional. Howard Zehr dalam *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*, membuat peta perbedaan antara keadilan restoratif dengan keadilan retributif yang dirangkum dalam tabel berikut.²⁵⁷

Perbedaan antara Keadilan retributif dan Keadilan restoratif

Perbedaan Antara Keadilan Retributif Dan Keadilan Restoratif	
Keadilan Retributif	Keadilan Restoratif
<i>Crime defined as violation of the state</i>	<i>Crime defined as violation of one person by another</i>
<i>Focus on establishing blame, on guilt, on past (did he/she do it?)</i>	<i>Focus on problem solving, on liabilities and obligations, on future (what should be done?)</i>
<i>Adversarial relationships and process normative</i>	<i>Dialogue and negotiations normative</i>
<i>Imposition of pain to punish and deter/prevent</i>	<i>Restitutions as a means of restoring both parties; reconciliations/restorations as goal</i>
<i>Justice defined by intent and by process: right rules</i>	<i>Justice defined as right relationships: judge by the outcome</i>
<i>Interpersonal, conflictual nature of crime obscured, repressed: conflict seen as individual vs. state</i>	<i>Crime recognised as interpersonal conflict: value of conflict recognised</i>
<i>One social injury replaced by another</i>	<i>Focus on repair of social injury</i>
<i>Community on side line, represented abstractly by state</i>	<i>Community as facilitator in restorative process</i>
<i>Encouragement of competitive,</i>	<i>Encouragement of mutuality</i>

²⁵⁶ *Ibid*, hlm 31.

²⁵⁷ Howard Zehr, *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottdale, 1995, hlm 211. Lihat juga Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 32.

<i>individualistic values</i>	
<i>Action directed from state to offender: Victim ignored and Offender passive</i>	<i>Victim's and offender's role recognised in both problem and solution: Victim rights/needs recognised and Offender encouraged to take responsibility</i>
<i>Offender accountability defined as taking punishment</i>	<i>Offender accountability defined as understanding impact of action and helping decide how to make things right</i>
<i>Offence defined in purely legal terms, devoid of moral, social, economic, political dimensions</i>	<i>Offence understood in whole context-moral, social, economic, political</i>
<i>Debt owed to state and society in the abstract</i>	<i>Debt/liability to victim recognised</i>
<i>Response focused on offender's past behaviour</i>	<i>Response focused on harmful consequences of offender's behaviour</i>
<i>Stigma of crime unremovable</i>	<i>Stigma of crime removable through restorative action</i>
<i>No encouragement for repentance and forgiveness</i>	<i>Possibilities for repentance and forgiveness</i>
<i>Dependence upon proxy professional</i>	<i>Direct involvement by participants</i>

Pendekatan keadilan retributif dengan keadilan restoratif menunjukkan sisi prosedur dan hasil berbeda. Keadilan retributif menekankan unsur eksklusif (tertutup), kepentingan tunggal (menghukum pelaku), penggunaan kekerasan (kepolisian, penjara), dan pembalasan (menanggung akibat). Keadilan restoratif menekankan inklusi (terbuka terhadap semua pihak), keseimbangan kepentingan (korban, pelaku, komunitas), menuntut kesediaan dan sukarela (*voluntary*), dan berorientasi pada pemecahan masalah (*problem-solving*).

Hasil ingin dicapai keadilan restoratif adalah kesatuan dalam pertemuan, perkembangan, reintegrasi, dan kebenaran secara menyeluruh. Ini berbeda dari tendensi ingin dicapai dalam keadilan retributif yakni separasi (pemisahan),

kesalahan dan kejahatan (*harm*), pengasingan (*ostracism*), dan kebenaran legal (*legal truth*). Keadilan restoratif bertujuan mencapai keseimbangan berbagai kutub berbeda antara model terapeutik dan retributif, antara hak korban dan hak pelaku, antara perlunya merehabilitasi pelaku dan kewajiban melindungi publik. Tetapi hasil ini hanya bisa dicapai bila fasilitator atau mediator berperan secara tidak memihak, cakap dan terampil, kedua belah pihak menerima tanggung jawab, putusan dicapai merupakan pilihan realistik dan rasional, tidak ada tekanan dan pemaksaan, pengakuan semua pihak terlibat sama pentingnya, terlibat aktif, proses komunikasi dan dialog konstruktif, saling percaya, dan solusi diambil merupakan kesepakatan bersama dan bukan atas dasar pemaksaan pihak-pihak tertentu.

Persepsi masyarakat Indonesia tentang penanganan dan hukuman bagi pelaku kejahatan terlanjur legal, formal, dan prosedural. Spirit penegakan hukum bukan agar masyarakat menyesuaikan diri dengan hukum, melainkan pelanggar ditindak tegas. Hukuman seberat-beratnya mulai penjara seumur hidup sampai hukuman mati dianggap cara paling jitu menegakkan hukum dan menyalurkan perilaku dengan hukum.

Situasi penegakan hukum mencerminkan masyarakat pendendam dan penghakim, seperti beberapa dekade terakhir di Amerika Serikat. Tom R. Tyler dalam *Journal of Social Issues* dengan judul *Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking*, mensinyalir perkembangan masyarakat hukum Amerika menjadi masyarakat pendendam atau masyarakat ingin

menghakimi.²⁵⁸ Diskusi publik semakin menghendaki hukuman lebih tegas terhadap pelanggar hukum dan pelaku kejahatan. Pada hal banyak negara Eropa justru mengupayakan pengurangan hukuman dan hukuman mati pun dihapus.²⁵⁹

Asumsi dasar masyarakat punitif bahwa individu akan meregulasi diri dan menaati hukum jika ia dimotivasi menghindari sanksi, dalam kenyataannya tidak sesuai tujuan moral hukum. Hukum tidak dimaksudkan menghukum yang bersalah melainkan guna mengatur perilaku anggota masyarakat agar sesuai kepentingan bersama. Maka penyelesaian perkara pelanggaran hukum dan tindakan kejahatan, seharusnya memiliki perspektif jangka panjang yakni memotivasi para pelanggar hukum untuk lebih meregulasi diri dan tindakan di masa depan.

Tujuan ini dirusak model penyelesaian kasus kriminal berfokus pada sanksi hukuman. Model legal, formal, dan prosedural dalam penyelesaian kasus kejahatan berfokus pada sanksi (*sanction based model*) memiliki konsekuensi negatif bagi pelanggar atau pelaku kejahatan dan masyarakat. Maka fokus lebih besar harus diletakkan pada pendekatan sosio psikologis yang mengedepankan kepedulian, kesatuan, kebersamaan, dialog, partisipasi, dan komunikasi dari semua pemangku kepentingan hukum dalam masyarakat.

²⁵⁸ Sebuah jajak pendapat yang dilakukan di Amerika Serikat di tahun 1960an menunjukkan mayoritas orang dewasa di Amerika Serikat menghendaki agar hukuman semakin dikurangi, hukuman mati dihapus dan sisi rehabilitasi dan reintegrasi perlu menjadi prioritas. Tetapi poling pendapat yang dilakukan tahun 1980-an hingga 1990-an justru menunjukkan hasil yang mencemaskan. Sebanyak 80 % masyarakat Amerika Serikat justru lebih menghendaki hukuman mati bagi para pelanggar hukum dan pelaku kejahatan. Tom R. Tyler, *Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking*, Journal of Social Issues, Volume 62 Nomor 2, 2006, hlm 307.

²⁵⁹ *Ibid*, hlm 308.

Penyelesaian kasus hukum dan kejahatan mengedepankan sikap seperti ini merupakan ciri dari model penyelesaian pendekatan keadilan restoratif (*restorative justice*). Persoalan adalah makna, pemahaman, serta penerapan prinsip keadilan restoratif sangat beragam. Sejumlah pihak menginginkan prinsip keadilan restoratif diterapkan atau dipraktekkan di luar proses pengadilan formal konvensional, dan kondisi ini sangat berbahaya. Marian Liebmann menguraikan prinsip keadilan restoratif sebagai berikut:²⁶⁰

1. Dukungan dan pemulihan korban menjadi prioritas.

Prioritas ini yang membedakan keadilan restoratif dengan sistem pengadilan kriminal konvensional. Meskipun sistem pengadilan kriminal konvensional (*criminal justice*) bertujuan mendukung dan memulihkan korban, fokus sistem pengadilan kriminal konvensional justru hanya terletak pada pelaku kejahatan (*offender*), pelanggar, atau orang yang bersalah.

Pelaku kejahatan atau orang yang dianggap bersalah diincar, ditangkap, diborgol, dilumpuhkan, didakwa, dihukum, dipenjara, bahkan juga dihukum mati. Agen atau institusi yang terlibat dalam proses ini hanyalah polisi, jaksa, hakim, staf penjara, atau para eksekutor. Meskipun kepentingan korban dengan demikian dibela, alokasi perhatian dan penetapan orientasi dan tujuan hukum ke depan belumlah seimbang.

Hukum bukanlah terutama untuk menghakimi melainkan menyelaraskan tindakan dengan nilai dan kepentingan masyarakat secara keseluruhan. Kepentingan korban dan masyarakat secara keseluruhan tidak dengan sendirinya ditegakkan dengan menghukum pelaku. Korban juga menghendaki agar harta bendanya kembali, menghendaki pertanyaannya dijawab, menginginkan semua informasi tentang kejadian sesungguhnya.

2. Pelaku bertanggungjawab atas apa yang telah ia lakukan.

Pelaku kejahatan memang perlu dihukum. Tetapi ini tidak sama dengan memikul tanggung jawab atas apa yang telah ia lakukan. Memikul tanggung jawab mengandung pengakuan dan kesadaran bahwa ia telah melakukan kejahatan, menjelaskan apa yang sebetulnya terjadi dan menanggung akibat dari perbuatannya, termasuk mengembalikan kerugian yang diakibatkan oleh tindakannya. Unsur ini merupakan titik tolak keadilan restoratif.

²⁶⁰ Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 26.

3. Dialog untuk mencapai kesepakatan.

Ada banyak pertanyaan dari para korban yang tidak terjawab dalam proses pengadilan kejahatan dengan menggunakan sistem pengadilan konvensional. Pertanyaan seperti mengapa saya? Mengapa mobil atau rumah saya? Apa yang sesungguhnya terjadi? Apakah kejadian ini bisaterjadi lagi? Hanya ada satu orang yang dapat menjawab pertanyaan ini yakni pelaku. Tetapi banyak pelaku pun tidak memahami bagaimana mereka bisa melakukan kejahatan.

Apa yang terjadi pada korban dan pelaku sehingga kejahatan itu bisa terjadi? Di sini dialog diperlukan. Dialog ini umumnya tidak terjadi untuk tidak mengatakan tidak mungkin dalam pengadilan formal tetapi sebaliknya merupakan proses inti dalam keadilan restoratif.

4. Adanya upaya menempatkan kejahatan yang sudah dilakukan pada posisi sebenarnya.

Disini apology bisa terjadi, yang dibutuhkan justru lebih dari itu: kejujuran. Situasi korban dan komunitas perlu dikembalikan dan diperbaiki. Langkah logis berikut sebagai bukti tanggung jawab pelaku dan masyarakat terhadap korban adalah mengupayakan agar semua hak, kondisi, dan situasi korban bisa kembali seperti sediakala. Banyak pelaku justru tidak memiliki kemampuan, keterampilan, miskin dan tidak mampu untuk memulihkannya secara material. Di sini peran masyarakat luas dan negara dibutuhkan.

Dalam kasus pencurian misalnya, seringkali kejahatan dilakukan pelaku untuk menyambung hidup. Kemiskinan dialami pelaku secara implisit menampakkan ketidakmampuan negara menyediakan lapangan kerja, merumuskan kebijakan upah yang berpihak pada buruh, atau tidak adanya jaminan sosial dari negara bagi warga negara miskin. Sementara, korban tidak jarang justru menghendaki pelaku membayar kejahatan yang ia lakukan dengan membantu orang lain yang lebih tidak beruntung.

5. Pelaku berusaha menghindari kejahatan serupa di masa depan.

Sekali seorang pelaku mengakui kejahatan yang ia lakukan, umumnya ia tidak ingin mengulanginya lagi. Ini diperlukan untuk menghentikan kejahatan. Tetapi kadang banyak problem mengitari pelaku sehingga terpaksa melakukan kejahatan. Kemiskinan, gelandangan (tidak memiliki rumah), *broken home*, minuman keras, dan sebagainya bisa menjadi faktor pemicu kejahatan. Ini berarti bantuan nyata dalam menyelesaikan persoalan ini bisa mempromosikan gaya dan kualitas hidup berbeda dan menghindari kejahatan serupa di masa depan. Keadilan restoratif menekankan usaha bahu membahu dari berbagai sumber daya yang ada untuk mewujudkan tujuan inidan tidak menimpakan sepenuhnya kesalahan ini pada pelaku. Salah satu

poin penting dari pendekatan restoratif adalah memotivasi pelaku mengubah hidupnya sendiri. Tidak jarang banyak korban pun mendukung restorasi pelaku guna menghindari kejahatan di masa depan.

6. Komunitas membantu mengintegrasikan baik korban maupun pelaku dalam masyarakat.

Bahwa pelaku perlu diintegrasikan ke dalam masyarakat, terutama setelah hukuman penjara. Yang dibutuhkan pelaku adalah akomodasi, pekerjaan, dan relasi yang positif sebagai anggota komunitas dan masyarakat. Di sisi lain, korban pun perlu diintegrasikan ke dalam komunitas dan masyarakat. Ia tidak perlu dialiansi atau disingkirkan karena kejahatan yang dialami. Ini merupakan salah satu tujuan pokok dari dukungan terhadap korban. Ditanah air, yang dibutuhkan mungkin tidak hanya lembaga perlindungan saksi melainkan juga perlindungan pelaku dan perlindungan korban. Organisasi-karitatif yang menyediakan pelayanan konsultasi, dialogis, dan psikologis tidak hanya terbatas pada korban melainkan juga bisa diperluas sampai pada pelaku.

E. Mediasi Penal

Penyelesaian konflik (sengketa) secara damai telah dipraktikkan dalam kehidupan masyarakat Indonesia berabad-abad lalu. Masyarakat merasakan penyelesaian secara damai telah mengantarkan pada kehidupan harmonis, adil, seimbang, dan terpelihara nilai kebersamaan (komunalitas). Masyarakat mengupayakan penyelesaian sengketa mereka secara cepat dengan tetap menjunjung tinggi nilai kebersamaan dan tidak merampas atau menekan kebebasan individual.

Setiap masyarakat Indonesia atau pun masyarakat dunia lainnya, merasakan suatu sengketa yang muncul di dalam kehidupan tidak boleh dibiarkan begitu saja, melainkan harus ada upaya penyelesaian sengketa, karena suatu sengketa

memiliki dampak negatif, misalnya memperburuk hubungan antar pihak bersengketa sehingga dapat mengganggu keharmonisan sosial dalam masyarakat.

Penyelesaian sengketa dalam masyarakat mengacu pada prinsip kebebasan yang menguntungkan pihak bersengketa, artinya para pihak lebih leluasa mengkreasi kemungkinan opsi ditawarkan dalam penyelesaian sengketa.²⁶¹ Musyawarah mufakat merupakan falsafah masyarakat Indonesia dalam setiap pengambilan keputusan, termasuk dalam penyelesaian sengketa, sebagai nilai filosofi bangsa diterjemahkan dalam dasar negara, yaitu Pancasila. Sila keempat disebutkan, kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/ perwakilan. Kemudian dijabarkan dalam UUD NRI 1945 dan peraturan perundang-undangan di bawahnya. Prinsip musyawarah mufakat merupakan nilai dasar yang digunakan pihak bersengketa dalam mencari solusi terutama di jalur luar pengadilan. Nilai musyawarah mufakat terdapat dalam bentuk penyelesaian seperti mediasi.

Secara etimologi, istilah mediasi berasal dari bahasa latin, *mediare*, berarti berada di tengah. Makna menunjuk peran ditampilkan pihak ketiga sebagai mediator dalam menengahi dan menyelesaikan sengketa para pihak. Berada di tengah juga bermakna mediator harus berada pada posisi netral dan tidak memihak. Ia harus mampu menjaga kepentingan para pihak bersengketa secara adil dan sama, sehingga menumbuhkan kepercayaan (*trust*) pihak bersengketa.²⁶²

Kata mediasi dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia diberi arti proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian perselisihan sebagai

²⁶¹ Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, Kencana Predana Media, Jakarta, 2009, hlm 285.

²⁶² *Ibid*, hlm 1.

penasihat.²⁶³ Dalam Black's Law Dictionary, pengertian mediasi adalah *a method of non binding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution.*²⁶⁴ Menurut John W. Head, mediasi adalah suatu prosedur penengahan dimana seseorang bertindak sebagai kendaraan untuk berkomunikasi antar para pihak, sehingga pandangan mereka yang berbeda atas sengketa dapat dipahami dan mungkin didamaikan, tetapi tanggung jawab utama tercapainya suatu perdamaian tetap berada di tangan para pihak sendiri.²⁶⁵

Hubungan antara mediasi dan negosiasi, yaitu mediasi adalah sebuah intervensi terhadap proses negosiasi yang dilakukan pihak ketiga. Pihak ketiga memiliki kewenangan terbatas atau tidak memiliki kewenangan mengambil keputusan, membantu pihak bersengketa mencapai penyelesaian sengketa yang diterima kedua belah pihak. Mediasi secara komprehensif dapat dipahami melalui 3 (tiga) aspek, yaitu:

1. Aspek Urgensi/Motivasi

Urgensi dan motivasi mediasi adalah agar pihak berperkara menjadi damai dan tidak melanjutkan perkara dalam proses pengadilan. Apabila ada hal mengganjal yang selama ini menjadi masalah, harus diselesaikan secara kekeluargaan dengan musyawarah mufakat. Tujuan utama mediasi mencapai perdamaian antara pihak bertikai.

²⁶³ Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ketiga*, Balai Pustaka, Jakarta, 2002, hlm 726

²⁶⁴ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary, 8thed*, USA: West, 2004, hlm 1003

²⁶⁵ John W. Head, *Pengantar Umum Hukum Ekonomi*, Proyek ELIPS, Jakarta, 1997, hlm 42.

Pihak bertikai atau berperkara biasanya sulit mencapai kata sepakat apabila bertemu dengan sendirinya. Titik temu yang selama ini beku mengenai hal dipertikaikan biasanya bisa cair apabila ada yang mempertemukan. Mediasi merupakan sarana mempertemukan pihak berperkara, difasilitasi seorang atau lebih mediator untuk memfilter persoalan agar menjadi jernih dan pihak bertikai mendapatkan kesadaran akan pentingnya perdamaian antara mereka.

2. Aspek Prinsip

Mediasi tercantum dalam Pasal 2 ayat (2) PerMA Nomor 01 Tahun 2008 yang mewajibkan hakim, mediator dan para pihak mengikuti prosedur penyelesaian perkara melalui mediasi. Apabila tidak menempuh prosedur mediasi merupakan pelanggaran terhadap Pasal 130 HIR dan/atau Pasal 154 RBg. yang mengakibatkan putusan batal demi hukum. Artinya, semua perkara yang masuk ke pengadilan tingkat pertama tidak mungkin melewati acara mediasi.

3. Aspek Substansi

Mediasi merupakan suatu rangkaian proses yang harus dilalui setiap perkara perdata yang masuk ke Pengadilan. Substansi mediasi adalah proses yang harus dijalani secara sungguh-sungguh untuk mencapai perdamaian. Karena itu diberikan waktu tersendiri melaksanakan mediasi sebelum perkaranya diperiksa. Mediasi bukan hanya sekadar memenuhi syarat legalitas formal, tetapi merupakan upaya sungguh-sungguh yang harus dilakukan pihak terkait untuk mencapai perdamaian. Mediasi adalah merupakan upaya pihak berperkara untuk berdamai demi kepentingan pihak itu sendiri. Bukan

kepentingan pengadilan atau hakim, juga bukan kepentingan mediator. Sehingga segala biaya yang timbul karena proses mediasi ini ditanggung oleh pihak berperkara.

Pada sejarah perundang-undangan Indonesia, prinsip musyawarah mufakat yang berujung damai dalam penyelesaian sengketa perdata. Hal ini terlihat dari sejumlah peraturan perundang-undangan sejak masa Kolonial Belanda sampai sekarang masih memuat asas musyawarah damai sebagai salah satu asas peradilan perdata. Bahkan muncul dorongan kuat dari berbagai pihak untuk memperteguh prinsip damai melalui mediasi dan arbitrase dalam penyelesaian sengketa.

Mediasi dengan landasan musyawarah menuju kesepakatan damai, mendapat pengaturan tersendiri dalam sejumlah produk hukum Hindia Belanda maupun produk hukum Indonesia sampai hari ini. Pengaturan alternatif penyelesaian sengketa dalam aturan hukum amat penting, mengingat Indonesia adalah negara hukum (*rechtstaat*). Dalam negara hukum tindakan lembaga negara dan aparatur negara harus memiliki landasan hukum. Mediasi sebagai institusi penyelesaian sengketa dapat dilakukan oleh hakim (aparatur negara) di pengadilan atau pihak lain di luar pengadilan, sehingga keberadaannya memerlukan aturan hukum.²⁶⁶

Pada masa kolonial Belanda pengaturan penyelesaian sengketa melalui upaya damai lebih banyak ditujukan pada proses damai di lingkungan peradilan, sedangkan penyelesaian sengketa di luar pengadilan, kolonial Belanda cenderung memberikan kesempatan pada hukum adat. Belanda meyakini hukum adat mampu menyelesaikan sengketa kaum pribumi secara damai, tanpa memerlukan intervensi penguasa kolonial Belanda. Hukum adat adalah hukum yang hidup (*living law*) dan keberadaannya menyatu dengan masyarakat pribumi.

²⁶⁶ *Ibid*, hlm 287.

Lembaga pengadilan pada masa Kolonial Belanda diberikan kesempatan mendamaikan para pihak bersengketa. Kewenangan mendamaikan hanya sebatas kasus keluarga dan perdata pada umumnya seperti perjanjian, jual beli, sewa menyewa, dan beberapa aktivitas bisnis lain. Hakim diharapkan mengambil peran maksimal dalam proses mendamaikan pihak bersengketa. Hakim yang baik berusaha maksimal memberikan sejumlah saran agar perdamaian berhasil. Kesepakatan damai tidak hanya bermanfaat bagi para pihak, juga memberikan kemudahan bagi hakim mempercepat penyelesaian sengketa yang menjadi tugasnya.

Pada masa kolonial Belanda, penyelesaian sengketa pada proses damai diatur dalam Pasal 130 HIR (*Het Herziene Indonesich Reglement, Staatsblad 1941 Nomor 44*) atau Pasal 154 R.Bg (*Rechtsreglement Buitengewesten, Staatsblad, 1927 Nomor 27*) atau Pasal 31 Rv (*Reglement op de Rechtsvordering, Staatsblad 1874 Nomor 52*). Bahwa hakim atau majelis hakim akan mengusahakan perdamaian sebelum perkara mereka diputuskan. Ketentuan pasal ini adalah: ²⁶⁷

1. Jika pada hari yang ditentukan, kedua belah pihak datang, maka pengadilan negeri dengan pertolongan ketua mencoba akan mendamaikan mereka;
2. Jika perdamaian yang demikian itu dapat dicapai, maka pada waktu bersidang, diperbuat sebuah surat akta tentang itu, dalam mana kedua belah pihak dihukum akan menepati perjanjian yang diperbuat itu, surat mana akan berkekuatan dan akan dijalankan sebagai keputusan biasa.
3. Keputusan yang sedemikian itu tidak dapat diizinkan banding.
4. Jika pada waktu mencoba akan mendamaikan kedua belah pihak, perlu dipakai juru bahasa, maka peraturan Pasal yang berikut dituruti untuk itu.

²⁶⁷ R. Tresna, *Komentar HIR*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1978, hlm 289.

Ketentuan Pasal 130 HIR/154 RBg menggambarkan penyelesaian sengketa melalui jalur damai merupakan bagian penyelesaian sengketa di pengadilan. Upaya damai menjadi kewajiban hakim, dan tidak boleh memutus sebelum mediasi dilakukan terlebih dahulu. Bila kedua belah pihak bersetuju menempuh jalur damai, hakim harus segera melakukan mediasi, sehingga mereka sendiri menemukan bentuk kesepakatan yang dapat menyelesaikan sengketa mereka.

Kesepakatan tersebut dituangkan dalam sebuah akta perdamaian sehingga memudahkan para pihak melaksanakan kesepakatan itu. Akta damai memiliki kekuatan hukum sama dengan *vonnis* hakim, sehingga ia dapat dipaksakan kepada para pihak jika salah satu diantara mereka enggan melaksanakan isi kesepakatan tersebut. Para pihak tidak dibenarkan melakukan banding terhadap akta perdamaian yang dibuat dari hasil mediasi. dalam sejarah hukum, penyelesaian sengketa melalui proses damai dikenal dengan *dading*.²⁶⁸

Pasal 24 UUD NRI Tahun 1945 menegaskan kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Ketentuan Pasal 24 UUD NRI 1945 mengisyaratkan penyelesaian sengketa di kalangan masyarakat dilakukan melalui jalur pengadilan (*litigasi*).

Sistem hukum Indonesia membuka peluang menyelesaikan sengketa di luar jalur pengadilan (*non litigasi*). Green menyebutkan dua model penyelesaian sengketa ini metode sengketa formal dan informal.²⁶⁹ Dalam peradilan di

²⁶⁸ Syahrizal Abbas, *Op, Cit*, hlm 288.

²⁶⁹ *Ibid*, hlm 292.

Indonesia, proses penyelesaian sengketa menganut asas sederhana, cepat dan biaya ringan. Asas ini berlaku pada lembaga pemegang Kekuasaan Kehakiman yang terdiri atas Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya.

Penerapan asas sederhana, cepat dan biaya ringan mengalami kendala dalam praktik peradilan, banyak perkara yang masuk, terbatasnya hakim, dan minimnya dukungan fasilitas bagi lembaga peradilan terutama peradilan tingkat pertamayang wilayah hukumnya meliputi kabupaten/kota dan tingkat kasasi di Mahkamah Agung. Akibat tersendatnya perwujudan asas ini telah mengakibatkan pencari keadilan mengalami kesulitan mengakses keadilan (*access to justice*) guna mendapatkan hak secara cepat. Keadaan ini berdampak buruk pada penegakan hukum di Indonesia.

Menghadapi tantangan begitu berat, sistem hukum Indonesia sebenarnya memiliki aturan hukum yang dapat digunakan menyelesaikan sengketa secara cepat baik di lingkungan peradilan maupun di luar pengadilan. Di lingkungan peradilan dapat ditempuh jalur damai melalui mediasi, dimana hakim terlibat mendamaikan para pihak bersengketa. Di luar pengadilan dapat ditempuh jalur arbitrase, mediasi, negosiasi atau fasilitasi sebagai bentuk alternatif penyelesaian sengketa.

Ketentuan hukum yang menegaskan mengenai mediasi terdapat dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2000 tentang Lembaga Penyedia Jasa Pelayanan Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan, dan PerMA Nomor 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 membawa angin baru bagi para pihak yang ingin menyelesaikan sengketa di luar pengadilan. Penyelesaian sengketa di luar pengadilan menganut prinsip sama-sama menguntungkan, berbeda penyelesaian sengketa di pengadilan yang dianut adalah menang-kalah. Undang-undang ini memberikan dorongan kepada para pihak bersengketa agar menunjukkan itikad baik.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 mengatur dua hal utama, yaitu arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa. Ketentuan Pasal 1 dan 2 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 dapat dipahami beberapa hal antara lain:

1. Objek sengketa yang dapat diselesaikan dengan arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa adalah sengketa perdata dan sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa menurut undang-undang tidak dapat diadakan perdamaian;
2. Sengketa tersebut baru dapat diselesaikan melalui arbitrase bila dalam perjanjian pokok tertulis secara tegas menyatakan bahwa bila terjadi sengketa atau beda pendapat timbul atau mungkin timbul dari suatu hubungan hukum akan diselesaikan melalui arbitrase.

Pengaturan mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan juga ditemukan dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1999 tentang perlindungan konsumen dimana Pasal 52A dinyatakan : Melaksanakan penanganan dan penyelesaian sengketa konsumen, dengan cara melalui mediasi atau arbitrase atau konsiliasi. Serta dapat ditemukan dalam Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2000 tentang Lembaga Penyedia Jasa Pelayanan Penyelesaian

Sengketa Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan. Peraturan Pemerintah ini mengatur penyelesaian sengketa lingkungan hidup di luar pengadilan, meletakkan konsep mediasi, mediator, persyaratan mediator dan mekanisme mediasi dalam penyelesaian sengketa lingkungan hidup. Jadi, pengaturan mediasi dalam Peraturan Pemerintah ini lebih lengkap bila dibandingkan dengan Undang- Undang Nomor 30 Tahun 1999.

Peraturan perundang-undangan di atas mengatur ketentuan di luar pengadilan. Ketentuan mediasi di pengadilan mulanya diatur dalam PerMA Nomor 02 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Kemudian Mahkamah Agung menyempurnakan dengan Perma Nomor 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. PerMA ini menempatkan mediasi sebagai bagian proses penyelesaian perkara yang diajukan para pihak ke pengadilan. Hakim tidak secara langsung menyelesaikan sengketa melalui proses peradilan (*litigasi*), tetapi terlebih dahulu diupayakan mediasi (*nonlitigasi*) yang menjadi kewajiban dalam memutus perkara.

Mediasi merupakan penyelesaian non litigasi atau setidaknya proses terpisah dari proses litigasi sebagaimana ditegaskan Pasal 19 ayat (1) PerMA Nomor 1 Tahun 2008, bahwa pernyataan dan pengakuan para pihak dalam proses mediasi tidak dapat digunakan sebagai alat bukti dalam proses persidangan jika mediasinya gagal, kemudian Pasal 19 ayat (2) disebutkan semua catatan mediator wajib dimusnahkan.

Bila ditelaah lebih lanjut kalimat keterpisahan mediasi dari litigasi akan terlihat agak ganjil, karena sejatinya ketika gugatan didaftarkan dan dicatat dalam register pengadilan, berarti sejak saat itu para pihak sudah mulai tunduk dengan aturan proses hukum acara perdata. PerMA Nomor 1 Tahun

2008 mengatur mediasi dalam proses perkara, walaupun belum masuk substansi persidangan sebenarnya karena gugatan belum dibacakan. Sesungguhnya perkara tersebut sudah ada dalam kewenangan pengadilan. PerMA hendak memberikan pengertian meskipun mediasi dilaksanakan dalam proses berperkara, namun sifat dan substansi penyelesaian berada di luar kewenangan majelis hakim yang menyidangkan perkaranya.²⁷⁰

PerMA menyebutkan mediasi merupakan proses di luar litigasi, menurut D.

Y. Witanto, proses mediasi memiliki ciri dan prinsip berbeda dengan prinsip persidangan pada umumnya, yang mana perbedaan tersebut antara lain :²⁷¹

1. Proses mediasi bersifat informal.

Mediator sebagai fasilitator akan menggunakan pendekatan non legal dalam menyelesaikan perkara, sehingga tidak kaku dan *rigid*. Bagi mediator non hakim, pertemuan dapat dilakukan di luar pengadilan seperti hotel, restoran, dan sebagainya, sehingga suasana nyaman relatif lebih baik agar tercipta perdamaian bagi kedua belah pihak. Dalam mediasi di pengadilan tetap mengikuti aturan hukum acara sebagai panduan proses, namun tingkat formalitasnya tidak seformal persidangan di pengadilan, maka proses mediasi di pengadilan bersifat semi informal.

2. Waktu yang dibutuhkan relatif singkat.

Dalam Pasal 13 ayat (3) PerMA Nomor 1 Tahun 2008 disebutkan proses mediasi berlangsung paling lama 40 (empat puluh) hari dan dalam Pasal 13 ayat (4) dapat diperpanjang paling lama 14 (empat belas) hari. Waktu tersebut tidaklah mutlak, bila kesepakatan tercapai kurang dari 40 (empat puluh) hari, mediator dapat langsung mengajukan kesepakatan damai dihadapan hakim yang memeriksa perkara untuk dibuat akta perdamaian, bila mediasi di pengadilan tingkat pertama gagal, dapat dilakukan kembali pada tingkat banding, kasasi, dan peninjauan kembali.

3. Penyelesaian didasarkan atas kesepakatan para pihak.

Mediator hanya sebagai fasilitator agar tercapai sebuah kesepakatan yang dapat menguntungkan kedua belah pihak.

4. Biaya ringan dan murah.

²⁷⁰ D. Y. Witanto, *Hukum Acara Mediasi : Dalam Perkara Perdata di Lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama Menurut PERMA Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*, Alfabeta, Bandung, 2010, hlm 31.

²⁷¹ *Ibid*, hlm 32.

Bila para pihak menggunakan jasa mediator non hakim, biaya mediasi tergantung kebutuhan selama berlangsungnya proses mediasi. Namun bila menggunakan jasa mediator hakim, biaya akan lebih murah, yakni hanya dikenakan biaya pemanggilan bila ada pihak yang tidak hadir sesuai perjanjian. Sedangkan jasa mediator dari kalangan hakim dan penggunaan ruang mediasi di pengadilan tidak dipungut biaya apapun.

5. Prosesnya tertutup dan bersifat rahasia.

Dalam Pasal 6 PerMA Nomor 1 Tahun 2008 disebutkan proses mediasi pada dasarnya tertutup kecuali para pihak menghendaki lain.

6. Kesepakatan damai bersifat mengakhiri perkara.

Artinya bila para pihak menghendaki kesepakatan damai, gugatan perkara harus dicabut, sehingga perkara dinyatakan selesai.

7. Proses mediasi dapat mengesampingkan pembuktian.

Para pihak tidak perlu saling berdebat dengan alasan bukti-bukti, namun yang diupayakan adalah mempertemukan titik temu dari permasalahan.

8. Proses mediasi menggunakan pendekatan komunikasi.

Dilakukan pendekatan dialog dengan pola komunikasi interaktif saling menghormati dan menghargai.

9. Hasil mediasi bersifat *netral*.

Tidak ada istilah menang kalah. Semua pihak harus menerima kesepakatan yang mereka buat bersama-sama.

10. Akta perdamaian bersifat final dan binding.

Berkekuatan hukum tetap dan dapat dieksekusi.

Mediasi sebagai alternatif penyelesaian tindak pidana pastinya memberikan keuntungan bagi para pihak yang ingin menyelesaikan perkara. Sehingga sangat tepat bila dijadikan pilihan dibandingkan mengikuti persidangan di pengadilan.

Menurut Ahmad Ali, keuntungan menggunakan mediasi adalah:²⁷²

1. Proses cepat

Persengketaan yang paling banyak ditangani oleh pusat-pusat mediasi publik dapat dituntaskan dengan pemeriksaan yang hanya berlangsung dua hingga tiga minggu. Rata-rata waktu yang digunakan untuk setiap pemeriksaan adalah satu hingga satu setengah jam.

²⁷² Achmad Ali, *Sosiologi Hukum: Kajian Empiris Terhadap Pengadilan, cet.I*, Badan IBLAM, Jakarta, 2004, hlm 24.

2. Bersifat rahasia

Segala sesuatu diucapkan selama pemeriksaan bersifat rahasia dimana tidak dihadiri publik dan juga tidak ada pers yang meliput.

3. Tidak mahal

Sebagian besar pusat mediasi publik menyediakan kualitas pelayanan secara gratis atau paling tidak biaya murah: para pengacara tidak dibutuhkan dalam suatu proses mediasi.

4. Adil

Solusi bagi suatu persengketaan dapat disesuaikan dengan kebutuhan masing-masing pihak: preseden-preseden hukum tidak akan diterapkan dalam kasus-kasus yang diperiksa oleh mediasi.

5. Berhasil baik

Pada empat dari lima kasus yang telah mencapai tahap mediasi, kedua pihak yang bersengketa mencapai suatu hasil diinginkan.

Mediasi memberikan banyak keuntungan karena memiliki metode berbeda dari litigasi di pengadilan. Menurut Gatot Soemartono, mediasi dapat memberikan beberapa keuntungan penyelesaian sebagai berikut.²⁷³

1. Mediasi diharapkan dapat menyelesaikan sengketa dengan cepat dan relatif murah dibandingkan membawa perselisihan ke pengadilan atau arbitrase;
2. Mediasi akan memfokuskan para pihak pada kepentingan mereka secara nyata dan pada kebutuhan emosi atau psikologis mereka, jadi bukan hanya pada hak hukumnya;
3. Mediasi memberi kesempatan para pihak berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan perselisihan mereka;
4. Mediasi memberi para pihak kemampuan melakukan kontrol terhadap proses dan hasilnya;
5. Mediasi dapat mengubah hasil, yang dalam litigasi dan arbitrase sulit diprediksi, dengan suatu kepastian melalui consensus;
6. Mediasi memberikan hasil yang tahan uji dan akan mampu menciptakan saling pengertian yang lebih di antara para pihak bersengketa karena mereka sendiri yang memutuskannya.

²⁷³ Gatot Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006, hlm 139.

7. Mediasi mampu menghilangkan konflik atau permusuhan yang hampir selalu mengiringi setiap putusan bersifat memaksa yang dijatuhkan oleh hakim di pengadilan atau arbiter pada arbitrase.

Ketidakpuasan dan frustrasi dengan sistem peradilan formal atau melahirkan kembali kepentingan dalam melestarikan dan memperkuat hukum adat dan praktik peradilan tradisional telah menyebabkan panggilan respon alternatif untuk kejahatan dan gangguan sosial. Banyak alternatif ini memberikan pihak yang terlibat, dan sering juga masyarakat sekitar, kesempatan untuk berpartisipasi dalam menyelesaikan konflik dan mengatasi konsekuensinya.

Program keadilan restoratif didasarkan keyakinan pihak terlibat konflik harus secara aktif terlibat dalam menyelesaikan dan mengurangi konsekuensi negatif. Mereka juga didasarkan, dalam beberapa kasus, pada kemauan untuk kembali ke bangunan pengambilan keputusan dan masyarakat setempat. Pendekatan ini juga dilihat sebagai sarana mendorong ekspresi damai konflik, untuk mempromosikan toleransi dan inklusivitas, membangun penghargaan atas keragaman dan mempromosikan praktik masyarakat yang bertanggung jawab.²⁷⁴

Pada perkembangan wacana teoritik maupun perkembangan pembaharuan hukum pidana di berbagai negara, ada kecenderungan kuat menggunakan mediasi pidana/penal (*penal mediation*) sebagai salah satu alternatif penyelesaian masalah hukum pidana.²⁷⁵

Penal mediation di tingkat internasional telah lama dikenal seperti dalam beberapa konferensi misalnya Kongres PBB ke-9 tahun 1995 khususnya yang berkorelasi manajemen peradilan pidana (dokumen A/CONF 169/6) disebutkan

²⁷⁴ UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes : Criminal Justice Handbook Series*, Vienna, UN New York, 2006, hlm 5.

²⁷⁵ Barda Nawawi Arif, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara di Luar Pengadilan*, Pustaka Magister, Semarang, 2008, hlm 4.

perlunya semua negara mempertimbangkan *privatizing some law enforcement and justice functions* dan *alternative dispute resolution* berupa mediasi, konsiliasi, restitusi dan kompensasi dalam sistem peradilan pidana.

Konferensi Internasional Pembaharuan Hukum Pidana (*International Penal Reform Conference*) tahun 1999 dikemukakan salah satu unsur kunci agenda pembaharuan hukum pidana (*the key elements of a new agenda for penal reform*) adalah perlunya memperkaya sistem peradilan formal dengan sistem atau mekanisme informal dengan standar-standar hak asasi manusia (*the need to enrich the formal judicial system with informal, locally based, dispute resolution mechanisms which meet human rights standards*) yang mengidentifikasi sembilan strategi pengembangan dalam melakukan pembaharuan hukum pidana melalui pengembangan *restorative justice, alternative dispute resolution, informal justice, alternatives to custody, alternative ways of dealing with juveniles, dealing with violent crime, reducing the prison population, the proper management of prisons dan the role of civil in penal reform.*²⁷⁶

Dalam Konggres PBB ke-10 tahun 2000 (dokumen A/CONF.187/4/Rev.3), antara lain dikemukakan untuk memberikan perlindungan kepada korban kejahatan, hendaknya diintrodusir mekanisme mediasi dan keadilan restorative (*restorative justice*). Sebagai tindak lanjut pertemuan tersebut mendorong munculnya dokumen internasional yang berkorelasi dengan peradilan restorative dan mediasi dalam perkara pidana berupa *the Recommendation of the Council of Europe 1999 Nomor R (99) 19 tentang Mediation in Penal Matters*, berikutnya *the EU Framework Decision 2001 tentang the Standing of Victim in Criminal*

²⁷⁶ Lilik Mulyadi, *Penyelesaian Perkara di Luar Pengadilan Melalui Dimensi Mediasi Penal (Penal Mediation) Dalam Sistem Peradilan Pidana. Pengkajian Asas, Norma, Teori dan Praktik*, Makalah ini dipresentasikan dalam rangka Penelitian untuk wilayah Pengadilan Tinggi Palangkaraya, Mataram, Jambi dan Semarang diselenggarakan Badan Penelitian dan Pengembangan dan Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung RI (Badan Litbang Diklat Kumdil MARI) pada bulan April-Mei Tahun 2011.

Proceedings dan *The UN Principles 2002* (Resolusi Ecosoc 2002/12) tentang *Basic Principles on the Use Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*. Kemudian, *mediasi penal* ini juga dikenal dalam undang-undang pada negara Austria, Jerman, Belgia, Perancis dan Polandia.

Maraknya fenomena *restorative justice* merupakan antiklimaks atas hancurnya sistem pidanaan pada saat ini. Sistem pemasyarakatan sebagai pengganti sistem kepenjaraan ternyata sudah terbukti sama sekali tidak efektif dalam menekan tingginya angka kejahatan. *Restorative justice* lebih memandang pidanaan dari sudut berbeda, berkaitan pemenuhan atas kerugian korban, dan sekaligus diharapkan mampu mengembalikan magis religius dalam komunitas masyarakat si pelaku, sehingga kedamaian menjadi tujuan akhir dari konsep ini.

Mediasi penal (*penal mediation*) sering juga disebut antara lain *mediation in criminal cases* atau *mediation in penal matters* yang dalam istilah Belanda disebut *strafbemiddeling*, dalam istilah Jerman disebut *Der Aubergerichtliche Tatausgleich* (ATA) atau dalam Bahasa Prancis disebut *de mediation pénale* karena mediasi penal mempertemukan antara pelaku tindak pidana dengan korban, maka mediasi penal ini sering disebut dengan istilah *Victim-Offender Mediation* (VOM) atau *Täter Opfer-Ausgleich* (TOA) atau *Offender-Victim Arrangement* (OVA).²⁷⁷

Mediasi penal merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang dimungkinkan dilakukan (dikenal dengan istilah *Alternative Dispute Resolution*, ada pula yang menyebutnya *Apropriate Dispute*

²⁷⁷ Barda Nawawi Arif, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*, Op, Cit, hlm 1.

Resolution). Mediasi pidana diungkapkan di atas, bertolak dari ide dan prinsip kerja (*working principles*) sebagai berikut:²⁷⁸

1. Penanganan konflik (*conflict handling/konfliktbearbeitung*)
Tugas mediator adalah membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide, bahwa kejahatan telah menimbulkan konflik interpersonal.
2. Berorientasi pada proses (*process orientation prozessorientierung*)
Mediasi penal lebih berorientasi pada kualitas proses daripada hasil, yaitu: menyadarkan pelaku tindak pidana akan kesalahannya, kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut dan sebagainya.
3. Proses informal (*informal proceeding - informalität*):
Mediasi penal merupakan suatu proses informal, tidak bersifat birokratis, menghindari prosedur hukum yang ketat.
4. Ada partisipasi aktif dan otonom para pihak (*active and autonomous participation - parteiautonomie/subjektivierung*)
Para pihak (pelaku dan korban) tidak dilihat sebagai objek prosedur hukum pidana, tetapi sebagai subjek yang mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan berbuat, Mereka diharapkan berbuat atas kehendaknyasendiri.

Mediasi penal merupakan bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang lebih populer di lingkungan perdata, berarti tidak dapat diterapkan di lingkungan hukum pidana. Beberapa aturan dapat menjadi dasar hukum pemberlakuan mediasi penal di Indonesia, antara lain:

1. SEMA Nomor 6 Tahun 1959, menyebutkan persidangan anak harus dilakukan secara tertutup.
2. SEMA Nomor 6 Tahun 1987 tentang Tata Tertib Sidang Anak.
3. SEJA Nomor SE-002/j.a/4/1989 tentang Penuntutan terhadap Anak.

²⁷⁸ *Ibid*, hlm 4.

4. Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 1644 K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991 dimana dalam *ratio deciden* diputusan disebutkan apabila seseorang melanggar hukum adat kemudian Kepala dan Para Pemuka Adat memberikan reaksi adat (sanksi adat) maka yang bersangkutan tidak dapat diajukan lagi (untuk kedua kalinya) sebagai terdakwa dalam persidangan Badan Peradilan Negara (Pengadilan Negeri) dengan dakwaan sama melanggar hukum adat dan dijatuhkan pidana penjara menurut ketentuan KUHP (Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang drt Nomor 1 Tahun 1951) sehingga dalam keadaan demikian pelimpahan berkas perkara serta tuntutan kejaksaan di pengadilan negeri harus dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).
5. Surat Jaksa Agung Muda Tindak Pidana Umum B-532/E/11/1995 tentang Petunjuk Teknis Penuntutan Terhadap Anak.
6. Instruksi Presiden Nomor 8 Tahun 2002 tentang Pemberian Jaminan Kepastian Hukum kepada Debitur yang telah Menyelesaikan Kewajibannya atau Tindakan Hukum kepada Debitur yang tidak Menyelesaikan Kewajibannya Berdasarkan Penyelesaian Kewajiban Pemegang Saham.
7. *Memorandum of Understanding* Nomor 20/PRS-2/KEP/2005 DitBinRehSos Depsos dan DitPas DepKumHAM tentang pembinaan luar lembaga bagi anak yang berhadapan dengan hokum.
8. Surat Edaran Ketua Mahkamah Agung Nomor MA/Kumdil/31/I/K/2005 tentang kewajiban setiap Pengadilan Negeri mengadakan ruang sidang khusus dan ruang tunggu khusus untuk anak yang akan disidangkan.

9. Himbauan Ketua Mahkamah Agung untuk menghindari penahanan pada anak dan mengutamakan putusan tindakan daripada penjara.
10. Peraturan KaPolRI Nomor 10 Tahun 2007, tentang Unit Pelayanan Perempuan dan Anak.
11. Peraturan KaPolRI Nomor 3 Tahun 2008 tentang Pembentukan Ruang Pelayanan Khusus dan Tata Cara Pemeriksaan Saksi dan Korban Tindak Pidana.
12. TR/1124/XI/2006 dari Kabareskrim Polri, dan TR/395/VI/2008 tentang Pelaksanaan Diversi dan *Restorative Justice* Dalam Penanganan Kasus Anak Pelaku dan Pemenuhan Kepentingan Terbaik Anak Dalam Kasus Anak Baik Sebagai Pelaku, Korban Atau Saksi.
13. Kesepakatan Bersama antara Departemen Sosial Nomor 12/PRS-2/KPTS/2009, Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor M.HH.04.HM.03.02Th 2009, Departemen Pendidikan Nasional Nomor 11/XII/KB/2009, Departemen Agama Nomor 06/XII/2009, dan Kepolisian Nomor B/43/ XII/2009 tentang Perlindungan dan Rehabilitasi Sosial Anak Yang Berhadapan dengan Hukum.
14. Surat Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung, Jaksa Agung, Kepala Kepolisian, Menteri Hukum dan HAM, Menteri Sosial, Menteri Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, Nomor 166/KMA/SKB/XII/2009, Nomor 148A/A/JA/12/2009, Nomor B/45/XII/2009, Nomor M.HH-08 HM.03.02 Tahun 2009, Nomor 10/PRS-

2/KPTS/2009, Nomor 02/Men.PP dan PA/XII/2009 tentang Penanganan Anak Yang Berhadapan Dengan Hukum.

15. Surat KaPolRI Nomor Pol B/3022/XII/2009/SDEOPS tentang Penanganan Kasus Melalui *Alternatif Dispute Resolution (ADR)*.
16. Peraturan KaPolRI Nomor 7 Tahun 2008 tentang Pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Tugas Polri.
17. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak.
18. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan.

Praktik mediasi penal dalam menyelesaikan perkara pidana tertentu, baik yang dilakukan sebagian anggota masyarakat dengan cara perdamaian antara pelaku dan korban yang diakhiri pembayaran ganti kerugian kepada korban (*penal mediation out of court*) maupun dalam penyelesaian perkara pidana pada tahap proses peradilan pidana yang kesepakatan dan pembayaran ganti kerugian dari pelaku kepada korban hanya dijadikan sebagai pertimbangan meringankan tuntutan pidana dan penjatuhan pidana (*penal mediation within court*).

Berdasarkan *Explanatory Memorandum* Rekomendasi Dewan Eropa tentang *Mediation in Penal Matters*, dikemukakan beberapa model *mediasi penal*, yaitu:²⁷⁹

1. Model *informal mediation*

Model ini dilaksanakan personil peradilan pidana dalam tugas normalnya, yaitu dapat dilakukan jaksa penuntut umum dengan mengundang parapihak melakukan penyelesaian informal dengan tujuan, tidak melanjutkan penuntutan apabila tercapai kesepakatan; Jenis intervensi informal sudah biasa dalam seluruh sistem hukum.

²⁷⁹ *Ibid*, hlm 5.

2. Model *traditional village or tribal moots*

Menurut model ini, seluruh masyarakat bertemu memecahkan konflik kejahatan di antara warganya.

3. Model *victim offender mediation*

Mediasi antara korban dan pelaku merupakan model paling sering ada dalam pikiran orang. Model ini melibatkan berbagai pihak yang bertemu dengan dihadiri mediator. Mediasi ini dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik tahap kebijaksanaan polisi, tahap penuntutan, tahap pemidanaan atau setelah pemidanaan. Model ini ada yang diterapkan untuk semua tipe pelaku tindak pidana; ada yang khusus untuk anak; ada yang untuk tipe tindak pidana tertentu (misal pengutulan, perampokan dan tindak kekerasan).

4. Model *reparation negotiation programmes*

Model ini semata-mata untuk menaksir/menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayar pelaku tindak pidana kepada korban, biasanya pada saat pemeriksaan di pengadilan. Program ini tidak berhubungan dengan rekonsiliasi antara para pihak, hanya berkaitan perencanaan perbaikan materiel. Dalam model ini, pelaku tindak pidana dapat dikenakan program kerja agar dapat menyimpan uang untuk membayar ganti rugi/kompensasi.

5. Model *community panels or courts*

Model ini merupakan program membelokkan kasus pidana dari penuntutan atau peradilan pada prosedur masyarakat lebih fleksibel dan informal dan sering melibatkan unsur mediasi atau negosiasi.

6. Model *family and community group conferences*

Model ini tidak hanya melibatkan korban dan pelaku tindak pidana, juga keluarga pelaku dan warga masyarakat lain, pejabat tertentu (polisi dan hakim anak) dan para pendukung korban. Pelaku dan keluarganya diharapkan menghasilkan kesepakatan komprehensif dan memuaskan korban serta dapat membantu menjaga si pelaku keluar dari kesusahan/persoalan berikutnya.

BAB III

ADVOKAT SEBAGAI PENEGAK HUKUM DALAM PENYELESAIAN TINDAK PIDANA DALAM MEWUJUDKAN KEADILAN

A. Tugas dan Wewenang Advokat

Peran dan fungsi advokat dapat dilihat dalam Undang-Undang Advokat. Dalam Pasal 1 ayat (1), ketentuan tentang fungsi dan peran advokat berbunyi: Advokat adalah orang yang berprofesi memberikan jasa hukum baik di dalam maupun di luar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan Undang-Undang ini.

Dari definisi di atas dapat diketahui bahwa peran dan fungsi advokat meliputi pekerjaan baik yang dilakukan di pengadilan maupun di luar pengadilan tentang masalah hukum pidana atau perdata, seperti mendampingi klien dalam tingkat penyelidikan dan penyidikan (di kejaksaan atau kepolisian) atau beracara di muka pengadilan.²⁸⁰

Ruang lingkup pekerjaan advokat yang berkaitan dengan pengadilan di atas disebut pekerjaan *litigasi*, suatu bidang yang lebih dahulu dikerjakan advokat, sehingga orang banyak salah paham bahwa pekerjaan advokat hanya terbatas pada bidang tersebut.²⁸¹ Bahkan dikatakan bahwa pekerjaan advokat hanya sepenuhnya berkaitan dengan perkara gugatan,²⁸² suatu pemahaman yang dapat muncul karena dunia advokat hanya berkaitan dengan perkara perdata. Namun dalam

²⁸⁰ V. Harlen Sinaga, *op.cit.*, hlm. 20-21

²⁸¹ H. Fauzie Yusuf Hasibuan, *Peran Fungsi dan Perkembangan Organisasi Advokat*, Bahan ajar untuk Pendidikan Khusus Profesi Advokat, 2007, hlm. 9.

²⁸² Daniel S. Liev, *Hukum dan Politik Indonesia*, terjemahan Nirwono & A.E.Priyono, Jakarta: LP3ES, hlm. 310-311.

perkembangannya, sebetulnya masih terdapat banyak pekerjaan advokat di luar bidang litigasi, yang disebut sebagai pekerjaan *non-litigasi* (*non-litigious work*).

Bidang-bidang itu adalah:

1. Memberi pelayanan hukum (*legal service*);
2. Memberi nasehat hukum (*legal advice*), dengan peran sebagai penasihat hukum (*legal adviser*);
3. Memberi pendapat hukum (*legal opinion*);
4. Mempersiapkan dan menyusun kontrak (*legal drafting*);
5. Memberikan informasi hukum;
6. Membela dan melindungi hak asasi manusia;
7. Memberikan bantuan hukum cuma-cuma (*pro bono legal aid*) kepada masyarakat yang tidak mampu dan lemah.²⁸³

Menurut Undang-undang No.18 tahun 2003 tentang Advokat yang dimaksud Advokat adalah orang yang berprofesi memberi jasa hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan dengan syarat-syarat yang telah diatur dalam Pasal 3 UU Advokat. Secara normatif, Undang-undang Advokat juga menegaskan bahwa peran advokat adalah penegak hukum yang memiliki kedudukan setara dengan penegak hukum lainnya (hakim, jaksa, dan polisi). Namun, meskipun sama-sama sebagai penegak hukum, peran dan fungsi para penegak hukum ini berbeda satu sama lain.

Dalam konsep trias politica tentang pemisahan kekuasaan negara yang terdiri dari kekuasaan legislatif, yudikatif, dan eksekutif. Penegak hukum yang

²⁸³ *Ibid.*, hlm. 9-10

terdiri dari hakim, jaksa, dan polisi memiliki kekuasaan yudikatif dan eksekutif. Dalam hal ini hakim sebagai penegak hukum yang menjalankan kekuasaan yudikatif mewakili kepentingan negara dan jaksa serta polisi yang menjalankan kekuasaan eksekutif mewakili kepentingan pemerintah. Bagaimana dengan Advokat?²⁸⁴

Advokat dalam hal ini tidak termasuk dalam lingkup ketiga kekuasaan tersebut (*eksekutif, legislative, dan yudikatif*). Advokat sebagai penegak hukum menjalankan peran dan fungsinya secara mandiri untuk mewakili kepentingan masyarakat (klien) dan tidak terpengaruh oleh kekuasaan negara (*yudikatif dan eksekutif*). Dalam mewakili kepentingan klien dan membela hak-hak hukum tersebut, cara berpikir advokat harus objektif menilainya berdasarkan keahlian yang dimiliki dan kode etik profesi. Untuk itu, dalam kode etik ditentukan adanya ketentuan advokat boleh menolak menangani perkara yang menurut keahliannya tidak ada dasar hukumnya, dilarang memberikan informasi yang menyesatkan dan menjanjikan kemenangan kepada klien.²⁸⁵

Profesi Advokat yang bebas mempunyai arti bahwa dalam menjalankan profesinya membela masyarakat dalam memperjuangkan keadilan dan kebenaran hukum tidak mendapatkan tekanan darimana pun juga. Kebebasan inilah yang harus dijamin dan dilindungi oleh UU yaitu UU no.18 tahun 2003 tentang

²⁸⁴ Masdyn, *Makalah Etika Profesi Hukum tentang Pengacara*, <http://catatanpenailahi.blogspot.com/2014/10/makalah-etika-profesi-hukum-tentang.html>, diposting pada 10 Oktober 2014,.

²⁸⁵ Luhut M.P. Pangaribuan. *Advokat dan Contempt of Court Satu Proses di Dewan Kehormatan Profesi*. Dalam Amir Syamsuddin. *Tanggung Jawab Profesi Dan Etika Advokat*. Di <http://click-gtg.blogspot.com/2012/05/tanggung-jawab-profesi-dan-etika.html>.

Advokat agar jelas status dan kedudukannya dalam masyarakat, sehingga bisa berfungsi secara maksimal.

Adapun tugas dan tanggungjawab yang diemban advokat dan harus diperhatikan dalam menangani suatu perkara adalah sebagai berikut:²⁸⁶

1. Menjunjung tinggi kode etik profesinya;
2. Membimbing dan melindungi kliennya dari petaka duniawi dan ukhrawi agar dapat menemukan kebenaran dan keadilan yang memuaskan semua pihak, sesuai dengan nilai-nilai hukum, moral dan agama;
3. Membantu terciptanya proses peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan, serta tercapainya penyelesaian perkara secara final;
4. Menghormati lembaga peradilan dan proses peradilan sesuai dengan norma hukum, agama, dan moral;
5. Melindungi kliennya dari kezaliman pihak lain dan melindunginya pula dari berbuat dzalim kepada pihak lain;
6. Memegang teguh amanah yang diberikan kliennya dengan penuh tanggungjawab baik terhadap kliennya, diri sendiri, hukum dan moral, maupun terhadap Tuhan Yang Maha Esa.
7. Memberikan laporan dan penjelasan secara periodik kepada kliennyamengenai tugas yang dipercayakan padanya;
8. Menghindarkan diri dari berbagai bentuk pemerasan terselubung terhadap kliennya;

²⁸⁶ Mukti Arto, *op.cit.*, hlm. 133-134.

9. Bersikap simpatik dan turut merasakan apa yang diderita oleh kliennya bahkan mengutamakan kepentingan kliennya daripada kepentingan pribadinya;
10. Antara kuasa hukum atau advokat dengan kliennya haruslah terjalin hubungan saling percaya dan dapat dipercaya sehingga tidak saling merugikan dan dirugikan.
11. Melaksanakan tugas profesi sebagai pemberi jasa hukum bertindak jujur, adil, dan bertanggung jawab berdasarkan hukum dan keadilan;
12. Advokat juga berkewajiban memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma bagi klien yang tidak mampu, hal ini sesuai dengan keputusan Mahkamah Agung No. 5/KMA/1972 tentang golongan yang wajib memberikan bantuan hukum.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), Kewenangan adalah kekuasaan membuat keputusan memerintah dan melimpahkan tanggung jawab kepada orang lain. Berbicara tentang kewenangan sangat menarik, karena secara alamiah manusia sebagai makhluk sosial memiliki keinginan untuk diakui eksistensinya sekecil apapun dalam suatu komunitasnya, dan salah satu faktor yang mendukung keberadaan ekstensi tersebut adalah memiliki kewenangan. Ada 3 (tiga) sumber kewenangan yaitu:²⁸⁷

1. Sumber Atribusi yaitu pemberian kewenangan pada badan atau lembaga/pejabat Negara tertentu baik oleh pembentuk Undang-Undang Dasar

²⁸⁷ Damang, *Pengertian Kewenangan*, www.negarahukum.com/hukum/pengertian-kewenangan.html, diposting pada 16 November 2011

maupun pembentuk Undang-Undang. Sebagai contoh atribusi kekuasaan presiden dan DPR untuk membentuk Undang-Undang;

2. Sumber Delegasi yaitu penyerahan atau pelimpahan kewenangan dari badan/lembaga pejabat Tata Usaha Negara lain dengan konsekuensi tanggung jawab beralih pada penerima delegasi. Seperti contoh pelaksanaan persetujuan DPRD tentang persetujuan calon wakil kepala daerah;
3. Sumber Mandat yaitu pelimpahan kewenangan dan tanggung jawab masih dipegang si pemberi mandat. Sebagai contoh tanggung jawab memberi keputusan oleh menteri dimandatkan kepada bawahannya.

Aparat penegak hukum hakim, jaksa, polisi dalam menjalankan tugas dan fungsinya sebagai aparat penegak hukum diberikan kewenangan tetapi Advokat dalam menjalankan profesinya tidak diberikan kewenangan. Kewenangan dan kekuatan Advokat sebagai kuasa hukum dari klien hanya bergantung pada ada atau tidaknya surat kuasa yang dilimpahkan padanya. Dalam lapangan hukum perdata, advokat bertindak sebagai wakil dari klien secara litigasi di Pengadilan perdata dimulai sejak pendaftaran perkara ke kepaniteraan sampai pada sidang dimuka pengadilan. Begitu pula dalam lapangan hukum pidana, advokat bertindak sebagai wakil klien mulai dari tingkat pemeriksaan, penyidikan hingga di muka sidang pengadilan.²⁸⁸

Advokat mempunyai prinsip kerja yang kemudian disebut dan direduksi menjadi kode etik profesi advokat. Kode etik tersebut kemudian dijadikan dasar pijakan seorang advokat dalam menjalankan aktifitasnya sebagai penasihat

²⁸⁸ Sukris Sarmadi, *Advokat (Litigasi dan Non Litigasi Pengadilan)*, Bandung: Mandar Maju, 2009, hlm. 111-113

hukum, kuasa hukum maupun penegak hukum sesuai dengan yang disebutkan dalam Pasal 26 UU No. 18 Tahun 2003 bahwa:²⁸⁹“Untuk menjaga martabat dan kehormatan profesi advokat disusun kode etik profesi advokat dan organisasi advokat. Maka advokat wajib tunduk dan mematuhi kode etik profesi advokat dan ketentuan tentang Dewan Kehormatan Organisasi Advokat.

Tugas, kewajiban, sikap dan tanggungjawab seorang advokat sebagai penegak hukum semuanya tertuang dalam kode etik profesi advokat yang dijadikan landasan dalam melakukan aktivitasnya. Yang mendasar dari tugas dan tanggungjawab advokat yaitu berhubungan antara mewakili klien, menjunjung tinggi keadilan, kejujuran dan Hak Asasi Manusia, serta membantu hakim dalam proses penegakan kebenaran dan keadilan.

Advokat dalam membela kliennya harus memegang teguh prinsip *equality before the law* yakni jaminan kesederajatan dihadapan hukum dan prinsip *Presumption of innocene* (Praduga tak bersalah) yakni menganggap kliennya benar berdasarkan data dan informasi yang diberikan padanya. Prinsip tersebut dilaksanakan agar didalam pembelaannya, seorang advokat berani menjalankan profesi dan fungsinya dengan efektif.

Dalam hal keamanan advokat terancam karena melaksanakan tugas profesinya, harus mendapat perlindungan penuh dari aparat pemerintah. Dalam melaksanakan tugas profesinya advokat tidak dapat diidentikkan dengan kliennya atau perkara kliennya. Tidak ada pengadilan atau otoritas pemerintahan yang dapat menolak advokat melaksanakan tugas profesionalnya dan atas nama klien

²⁸⁹ *Ibid.*, hlm. 87

yang telah memberi kuasa kepadanya, kecuali advokat tersebut telah didiskualifikasi dan tidak boleh melakukan praktek sesuai dengan ketentuan yang berlaku di negara tersebut dan sesuai dengan prinsip-prinsip ini.²⁹⁰

Advokat harus memiliki imunitas untuk tidak dapat dituntut secara pidana maupun perdata berkenaan dengan pernyataan yang dikeluarkan dengan niat baik, baik pembelaan lisan maupun tulisan atau dalam tindakan di muka pengadilan, tribunal maupun instansi pemerintahan. Menjadi kewajiban bagi instansi yang berwenang untuk menjamin akses advokat untuk mendapatkan informasi yang tersedia, berkas atau dokumen yang dipunyai atau berada dalam kekuasaannya, agar advokat dapat menyediakan pelayanan hukum yang efektif terhadap kliennya. Pemerintah juga harus mengakui dan menghormati bahwa semua komunikasi dan konsultasi antara advokat dengan kliennya dalam hubungan profesional adalah rahasia.²⁹¹

UU Advokat secara tegas membebani kewajiban kepada Advokat untuk memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma (kepada pencari keadilan yang tidak mampu (Pasal 22). Ketentuan ini merefleksikan peran yang harus dijalankan oleh para Advokat dalam meratakan pelayanan keadilan kepada masyarakat luas, khususnya masyarakat miskin atau tidak mampu yang masih merupakan bagian terbesar dari bangsa Indonesia. Ketentuan ini menunjukkan bahwa profesi advokat sesungguhnya merupakan profesi plus. Yaitu suatu profesi hukum yang harus mampu melihat dan melayani kepentingan-kepentingan yang melampaui (*beyond frontier*) kepentingan dirinya dan masyarakat yang satu kelas

²⁹⁰ Artidjo Alkostar, *op.cit.*, hlm. 158-159

²⁹¹ *Ibid.*

sosial dengannya. Inilah peran profesi advokat dalam turut serta mewujudkan Negara Hukum yang berorientasi pada kesejahteraan sosial.²⁹²

Bahwa di dalam UU Advokat terdapat pasal yang mengisyaratkan agar tercipta suatu wadah tunggal, walaupun bentuk atau wujud wadah tersebut tidak secara jelas ditentukan, namun aspirasi kehendak itu dapatlah dipahami apabila ditujukan untuk mengantisipasi adanya perpecahan advokat yang dapat melemahkan perjuangan advokat dimana Undang-Undang Advokat telah mengakui advokat sebagai salah satu penegak hukum. Aturan yang mengisyaratkan agar tercipta satu wadah tunggal adalah Pasal 28 ayat (1) yang menyebut bahwa “Organisasi Advokat merupakan satu-satunya wadah profesi Advokat yang bebas dan mandiri yang dibentuk sesuai dengan ketentuan Undang-Undang ini dengan maksud dan tujuan untuk meningkatkan kualitas profesi Advokat.

Yang dimaksud Organisasi Advokat menurut Pasal 1 angka 4 UU No. 18 Tahun 2003 adalah organisasi profesi yang didirikan berdasarkan Undang-Undang No. 18 Tahun 2003. Organisasi yang dibentuk berdasarkan UU no. 18 Tahun 2003-lah yang diakui.. Berikut beberapa tugas penting dan mendesak yang dilakukan oleh organisasi advokat saat ini adalah, antara lain:²⁹³

1. menyelenggarakan pendidikan khusus advokat;
2. mengangkat advokat (Pasal 2 ayat (2));
3. menyelenggarakan ujian advokat (Pasal 3 ayat (1) huruf f);

²⁹² Abdul Hakim G. Nusantara, *op.cit.*, hlm. 11-12

²⁹³ Hasanuddin Nasution, *Latihan Ujian Profesi Advokat, Organisasi Advokat: Mewujudkan Organisasi Advokat yang mandiri dan Profesional*, Pustaka Hukum Online, diakses tanggal 25 November 2014.

4. menyelenggarakan peradilan profesi melalui Dewan Kehormatan dan Majelis Kehormatan (Pasal 7, Pasal 26, dan Pasal 27).;
5. memberhentikan advokat (Pasal 9 ayat (1));
6. mengawasi advokat (Pasal 12 ayat (1));
7. membentuk kelengkapan organisasi advokat (Pasal 13 ayat (1)), Pasal 27 ayat (1), dan Pasal 27 ayat (4));
8. membentuk aturan-aturan Organisasi Advokat (Pasal 13 ayat (3), Pasal 26 ayat (1), Pasal 27 ayat (5));
9. membentuk Buku Daftar Advokat (Pasal 29 ayat (2));
10. merekomendasikan izin advokat asing (Pasal 23 ayat (2)), dan
11. memfasilitasi magang calon advokat (Pasal 29 ayat (5)).

Beberapa fungsi dan peran organisasi advokat yang dipandang perlu dilaksanakan oleh organisasi saat ini yang didasarkan pada konsep *bar association* adalah sebagai berikut:

1. menjaga dan meningkatkan standar perilaku advokat di Indonesia;
2. meningkatkan pengetahuan dan keterampilan profesi advokat di Indonesia;
3. membantu perumusan kebijakan yang berkaitan dengan hukum dan peradilan;
4. memperjuangkan dan menjaga integritas serta kemandirian peradilan;
5. melindungi serta memperjuangkan kepentingan profesi advokat di Indonesia;
6. melindungi dan memperjuangkan kesempatan yang sama bagi setiap anggota masyarakat dalam mendapat jasa hukum dan bantuan hukum di Indonesia;
7. turut mendidik masyarakat tentang hukum, proses hukum, prinsip hukum, dan hak-hak warga negara dalam sistem hukum dan peradilan;

8. mengupayakan terciptanya hubungan yang baik antar advokat serta antara advokat dengan masyarakat dan unsur peradilan lainnya;
9. membina hubungan baik dengan organisasi advokat di negara lain dan di tingkat internasional.²⁹⁴

B. Kode Etik dan Tanggung Jawab Advokat

1. Kode Etik Advokat

Kata “kode” berasal dari bahasa latin *codex*, yang antara lain berarti “buku, buku khas, kumpulan undang-undang.”²⁹⁵ Dalam kamus Perancis-Indonesia, terdapat kata *code*, yang berarti “kitab undang-undang, undang-undang, peraturan.”²⁹⁶ Sementara itu, dalam *Black’s Law Dictionary* (dalam bahasa Inggris) terdapat juga kata *code*, yang didefinisikan sebagai berikut: “Kumpulan sistematis, kompendium atau revisi hukum, peraturan-peraturan atau pengaturan. Sebuah kompilasi resmi atau pribadi dari seluruh hukum tetap yang memaksa yang dikonsolidasikan dan digolongkan menurut masalahnya.

Kata “etik” berasal dari bahasa Yunani *ethos* (bentuk tunggal), yang berarti “tempat tinggal yang biasa, padang rumput, kandang, kebiasaan, adat, akhlak, watak, perasaan, sikap, cara berpikir.”²⁹⁷ Dalam bentuk jamak, *ta etha* berarti adat kebiasaan. Arti yang belakangan inilah yang menjadi latar belakang pembentukan kata “etika” yang oleh filsuf Aristoteles sudah digunakan untuk menunjukkan

²⁹⁴ Binjiad Kadafi, Hadi Herdiansyah, Reni Rawasita Pasaribu dan Sonny Tresnantya M.P *Pembentukan Organisasi Advokat di Indonesia, Keharusan atau Tantangan?*, halaman 31 dan 32.

²⁹⁵ K.Prent cm., J.Adisubrata & W.J.S.Poerwadarminta, *Kamus Latin-Indonesia*, Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1969, hlm. 146

²⁹⁶ Winarsih Arifin & Farida Soemargono, *Kamus Perancis-Indonesia*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1991, hlm. 179

²⁹⁷ K.Bertens, *Etika*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2002, hlm.4

filsafat moral. Kemudian kata etika diartikan sebagai ilmu tentang apa yang biasa dilakukan atau adat kebiasaan. Kata yang dekat dengan kata “etika” adalah moral, yang berasal dari bahasa Latin, *mos* (jamak: *mores*), yang berarti adat kebiasaan, adat, akhlak, cara hidup, adat istiadat yang baik.²⁹⁸

Berdasarkan definisi “kode” dan “etik” di atas dapat diartikan bahwa kode etik merupakan sekumpulan aturan atau ketentuan yang menjadi pedoman tingkah laku masyarakat yang bersumber atau yang didasarkan pada moral. Hal itu hampir sama dengan pengertian kode etik dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia. Menurut kamus tersebut, kode etik adalah norma dan asas yang diterima sekelompok tertentu sebagai landasan tingkah laku karena norma itu diturunkan dari asas. Mahadi, berdasarkan definisi G.W.Paton mengatakan: asas adalah pikiran yang dirumuskan secara luas dan mendasari adanya suatu norma hukum.²⁹⁹ Norma itu sendiri diartikan sebagai pedoman, patokan, atau ukuran berperilaku atau bersikap dalam kehidupan bersama.³⁰⁰ Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa kode etik mengandung dua hal utama:³⁰¹

1. Sekumpulan asas yang bersumber dan berkaitan dengan akhlak atau moral;
2. Asas tersebut diwujudkan dalam peraturan atau norma sebagai landasan tingkah laku sekelompok masyarakat;

Dalam Pasal 33 Undang-Undang No. 18 Tahun 2003 diatur tentang kode etik advokat sebaga berikut: ”Kode etik dan ketentuan tentang Dewan

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Mahadi, *Falsafah Hukum, Suatu Pengantar*, Bandung: PT Citra Aditya Bhakti, 1989, hlm. 122

³⁰⁰ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal hukum, Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 1986, hlm.106

³⁰¹ V.Harlen Sinaga, *op.cit.*, hlm. 81-82

Kehormatan Profesi Advokat yang telah ditetapkan oleh Ikatan Advokat Indonesia (IKADIN), Asosiasi Advokat Indonesia (AAI), Ikatan Penasihat Hukum Indonesia (IPHI), Himpunan Advokat dan Pengacara Indonesia (HAPI), Serikat Pengacara Indonesia (SPI), Asosiasi Konsultan Hukum Indonesia (AKHI), dan Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal (HKHPM), pada tanggal 23 Mei 2002 dinyatakan mempunyai kekuatan hukum secara mutatis mutandis menurut Undang-Undang ini sampai ada ketentuan yang baru yang dibuat oleh Organisasi Advokat.

Berdasarkan ketentuan ini dapat diketahui bahwa, sebelum diundangkan Undang-Undang Advokat, organisasi advokat pra-Undang-Undang Advokat telah menentukan satu kode etik advokat yang akan diberlakukan kepada seluruh advokat. Selain itu, pengaturan dalam pasal tersebut tampak sejalan dengan ketentuan Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Advokat yang menginginkan agar hanya ada satu organisasi advokat.

Tiap profesi termasuk advokat menggunakan sistem etika terutama untuk menyediakan struktur yang mampu menciptakan disiplin tata kerja dan menyediakan struktur yang mampu menciptakan disiplin tata kerja dan menyediakan garis batas tata nilai yang bisa dijadikan acuan para profesional untuk menyelesaikan dilema etika yang dihadapi saat menjalankan fungsi pengemban profesinya sehari-hari. Sistem etika tersebut juga bisa menjadi parameter bagi berbagai problematika profesi pada umumnya, seperti kewajiban

menjaga kerahasiaan dalam hubungan klien dan profesional, konflik kepentingan yang ada, dan isu-isu yang berkaitan dengan tanggung jawab sosial profesi.³⁰²

Bertens menyatakan bahwa kode etik ibarat kompas yang memberikan atau menunjukkan arah bagi suatu profesi dan sekaligus menjamin mutu moral profesi itu di dalam masyarakat.³⁰³ Sedangkan Subekti menilai bahwa fungsi dan tujuan kode etik adalah untuk menunjang martabat profesi dan menjaga atau memelihara kesejahteraan para anggotanya dengan mengadakan larangan-larangan untuk melakukan perbuatan-perbuatan yang akan merugikan kesejahteraan materiil para anggotanya.³⁰⁴ Senada dengan Bertens, Sidharta berpedapat bahwa kode etik profesi adalah seperangkat kaedah perilaku sebagai pedoman yang harus dipatuhi dalam mengemban suatu profesi.³⁰⁵

Ada 3 (tiga) maksud yang terkandung dalam pembentukan kode etik, yakni:³⁰⁶

1. Menjaga dan meningkatkan kualitas moral;
2. Menjaga dan meningkatkan kualitas ketrampilan teknis;
3. Melindungi kesejahteraan materiil para penganut profesi.

Dalam konteks profesi, kode etik memiliki karakteristik antara lain:³⁰⁷

³⁰² Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, *Advokat Indonesia Mencari Legitimasi, Studi tentang Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*, Jakarta: The Asia Foundation, 2001, hlm.251

³⁰³ K.Bertens, *op.cit.*, hlm. 280-281

³⁰⁴ Badan Pembinaan Hukum Nasional RI, *Analisis dan Evaluasi tentang Kode Etik Advokat dan Konsultan Hukum*, Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional RI, 1997, hlm. 11

³⁰⁵ Sidharta Arief B., *Etika Profesi dan Profesi Hukum yang Sehat*, Justitia (No.2 Tahun VII, April 1989), hlm.19

³⁰⁶ Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, *loc.cit.*, hlm. 251

³⁰⁷ E.Soemaryono, *Etika Profesi Advokat, Cet.1*, Yogyakarta: Kanisius, 1995, hlm. 147-148

1. Merupakan produk etika terapan, sebab dihasilkan berdasarkan penerapan etis atas suatu profesi tertentu;
2. Kode etik dapat berubah dan diubah seiring dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi (Iptek);
3. Kode etik tidak akan berlaku efektif bila keberadaannya di-drop begitu saja dari atas, sebab tidak akan dijiwai oleh cita-cita dan nilai yang hidup dalam kalangan profesi sendiri;
4. Kode etik harus merupakan bentuk *self-regulation* (pengaturan diri) dari profesi, yang prinsipnya tidak dapat dipaksakan dari luar;
5. Tujuan utama dirumuskannya kode etik adalah mencegah perilaku yang tidak etis.

Pemahaman advokat mengenai makna dan fungsi kode etik paling tidak dipengaruhi oleh 3 perspektif. Perspektif pertama dalam kajian disebut dengan perspektif *universalistik*. Perspektif ini pada intinya menyatakan bahwa kode etik adalah wujud konkrit dari etika profesi yang melekat dalam diri setiap pengemban profesi sebagai bagian dari komitmen moralnya sebagai warga masyarakat yang menjalankan fungsi tertentu di dalam masyarakat. Dalam bahasa yang lebih lugas, kode etik bermakna sebagai, “pedoman untuk menanamkan kejujuran dan itikad baik bagi praktisi hukum. Dengan kode etik ini, diharapkan setiap praktisi hukum lebih menjaga tanggung jawab moral yang mereka emban.

Perspektif yang kedua, dalam kajian ini disebut dengan perspektif *utilitarian*. Dalam perspektif ini makna dan fungsi kode etik diukur dengan dampaknya pada kebaikan dan kemanfaatan masyarakat secara keseluruhan.

Sebagaimana dinyatakan oleh seorang advokat senior, makna kode etik adalah, “sebagai batas terhadap kebebasan menjalankan profesi. Profesi itu memang harus independen, namun independensi harus ada batasnya. Batasan independensi ditentukan oleh kriteria-kriteria yang dituangkan dalam kode etik. Sehingga dengan demikian fungsi kode etik adalah, “untuk membatasi kebebasan profesional, karena di belakang kebebasan itu terdapat kepentingan umum. Pada saat seorang mengaku dirinya advokat, harus ada kontrol yang memastikan kualifikasi tersebut untuk melindungi kepentingan hukum.

Perbedaan pokok antara kedua perspektif di atas adalah sifat dan hubungan antara norma yang ada di dalam kode etik dengan norma yang ada di dalam masyarakat. Dalam perspektif *universalistik*, norma yang ada dalam masyarakat dan di dalam kode etik bersifat universal dan berkecenderungan konstan. Norma-norma tersebut hidup dan ditaati di dalam seluruh masyarakat, serta tidak terpengaruh oleh dimensi waktu.

Dalam perspektif *utilitarian* yang terjadi adalah sebaliknya. Dalam perspektif ini, perubahan norma adalah keniscayaan, yang terjadi seiring dengan perubahan-perubahan kemasyarakatan. Norma-norma khusus yang ada di dalam kode etik akan mendapatkan legitimasinya di dalam masyarakat hanya apabila norma-norma tersebut juga mengadaptasikan dirinya dengan norma umum yang berubah, sejalan dengan apa yang dianggap paling baik dan paling bermanfaat oleh suatu masyarakat secara keseluruhan. Ada tiga unsur pokok yang harus dipertimbangkan dalam kode etik berdasarkan perspektif ini; pertama, kode etik harus menyediakan mekanisme yang bisa memperbaharui norma-norma di

dalamnya dengan mudah namun ketat. Kedua, kode etik harus tanggap dengan perkembangan masyarakat (faktor obyektif). Ketiga, kode etik harus bisa sejalan dengan kebutuhan profesi di masa kini maupun di masa yang akan datang.

Perspektif ketiga, perspektif *kritik*. Prespektif ini memandang bahwa kode etik tidak hanya berfungsi sebagai komitmen dan pedoman moral dari para pengemban profesi advokat, ataupun hanya sebagai mekanisme yang dapat menjamin kelangsungan hidup profesi di dalam masyarakat. Tapi pada intinya, kode etik berfungsi sebagai alat perjuangan untuk menjawab persoalan-persoalan hukum yang ada di dalam masyarakat. Prespektif ini pada dasarnya berpengaruh pada sebagian advokat yang bergerak dalam bantuan hukum, khususnya bantuan hukum struktural. Oleh karena itu penekanan pertama pandangan ini terhadap kode etik adalah, bagaimana norma-norma etis di dalamnya dapat memberikan pedoman kepada seorang advokat untuk memperjuangkan sejumlah hak-hak sosial yang berkemampuan untuk meningkatkan potensial *survival* golongan masyarakat lemah di tengah-tengah masyarakat yang kian kompleks dan penuh antagonisme.³⁰⁸

Bagaimana hubungan Undang-Undang Advokat dan Kode Etik Advokat. Dari sejarahnya, Kode Etik Advokat Indonesia (KEAI) lebih dahulu dibuat daripada Undang-Undang Advokat (UUA). Apabila ditilik ke belakang, sebelum organisasi advokat tergabung dalam Komite Kerja Advokat Indonesia (KKAI), kode etik Ikadin misalnya telah disahkan pada 20 Januari 1985. Namun, pada

³⁰⁸ Soetandyo Wignjosoebroto, "The Legal Professionals, The Para Professionals dan The Para Legals di Indonesia: Sebuah Tinjauan Sosio-Historik," Hukum dan Pembangunan, (April 1992): 147

akhirnya seluruh organisasi profesi advokat menyepakati memberlakukan hanya satu kode etik advokat untuk seluruh advokat. Hal itu membuktikan bahwa sebelum Undang-Undang Advokat lahir, para advokat telah berkeinginan untuk membentuk wadah tunggal advokat. Memang, dari sudut kekuatan pengaruh, dengan hanya ada satu wadah advokat akan mungkin lahir organisasi advokat yang tangguh pada masa datang.³⁰⁹

Undang-Undang Advokat baru diundangkan dan diberlakukan pada tanggal 5 April 2003, yang muatannya dari sudut waktu dapat diwarnai oleh kode etik yang telah ada lebih dahulu, yaitu Kode Etik Advokat Indonesia. Karena itu bila diteliti terdapat sebagian KEAI. Namun demikian, baik Undang-Undang Advokat maupun KEAI merupakan *ius constitutum* (hukum positif) yang mengatur perilaku advokat sebagaimana seharusnya (*das sollen*).

Perbedaannya adalah bahwa KEAI memuat tata cara atau aturan yang berkaitan dengan akhlak atau moral advokat secara rinci dalam melakukan tugasnya sehari-hari. Sedangkan Undang-Undang Advokat berisikan hal-hal yang umum dan lebih luas mengenai kehidupan advokat seperti pengangkatan, sumpah, status, penindakan, pemberhentian, pengawasan, hak dan kewajiban, honorium, bantuan hukum cuma-cuma, dan advokat asing.³¹⁰

2. Tanggung Jawab Advokat

Advokat adalah profesi yang bebas (*free profession; vrij beroep*), yang tidak tunduk pada hirarki jabatan dan tidak tunduk pada perintah atas dan hanya menerima perintah atau order atau kuasa dari client berdasarkan perjanjian yang

³⁰⁹ V. Harlen Sinaga, *op.cit.*, hlm. 83-84

³¹⁰ *Ibid.*

bebas, baik yang tertulis ataupun tidak tertulis, yang tunduk pada kode etik profesi advokat tidak pada kekuasaan publik, seperti Notaris yang merupakan jabatan publik, yang mempunyai kewajiban dan tanggung jawab publik. Asas kebebasan advokat atau "*independence of lawyers*" merupakan syarat mutlak dari profesi yang diakui dan diterima serta dipertahankan dalam konferensi-konferensi advokat seluruh dunia dan disyaratkan dalam Resolusi Kongres ke VII PBB tahun 1985 yang menyatakan bahwa asas kebebasan advokat atau *independence of lawyers* merupakan syarat mutlak sebagai komplement atau bagian yang tidak terpisah dari kebebasan peradilan atau sebagai "*complement of the independence of the judiciary.*"³¹¹

Dalam Pembukaan Kode Etik Advokat Indonesia dijelaskan: Bahwa semestinya organisasi profesi memiliki Kode Etik yang membebaskan kewajiban dan sekaligus memberikan perlindungan hukum kepada setiap anggotanya dalam menjalankan profesinya. Advokat sebagai profesi terhormat (*officium nobile*) yang dalam menjalankan profesinya berada dibawah perlindungan hukum, undang-undang dan Kode Etik, memiliki kebebasan yang didasarkan kepada kehormatan dan kepribadian Advokat yang berpegang teguh kepada Kemandirian, Kejujuran, Kerahasiaan dan Keterbukaan.

Bahwa profesi Advokat adalah selaku penegak hukum yang sejajar dengan instansi penegak hukum lainnya, oleh karena itu satu sama lainnya harus saling menghargai antara teman sejawat dan juga antara para penegak hukum lainnya.

³¹¹ Geshindo (Gerakan Supremasi Hukum Indonesia), *Advokat Menuju Profesionalisme sesuai Rancangan Undang-Undang Advokat*, telah disampaikan ke DPR RI Tanggal 30 Mei 2000, hlm. 7

Oleh karena itu juga, setiap Advokat harus menjaga citra dan martabat kehormatan profesi, serta setia dan menjunjung tinggi Kode Etik dan Sumpah Profesi, yang pelaksanaannya diawasi oleh Dewan Kehormatan sebagai suatu lembaga yang eksistensinya telah dan harus diakui setiap Advokat tanpa melihat dari organisasi profesi yang mana ia berasal dan menjadi anggota, yang pada saat mengucapkan Sumpah Profesi-nya tersirat pengakuan dan kepatuhannya terhadap Kode Etik Advokat yang berlaku. Dengan demikian Kode Etik Advokat Indonesia adalah sebagai hukum tertinggi dalam menjalankan profesi, yang menjamin dan melindungi namun membebaskan kewajiban kepada setiap Advokat untuk jujur dan bertanggung jawab dalam menjalankan profesinya baik kepada klien, pengadilan, negara atau masyarakat dan terutama kepada dirinya sendiri.

Dijelaskan pula dalam Penjelasan Undang-Undang Advokat mengatur bahwa dalam usaha mewujudkan prinsip-prinsip negara hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara, peran dan fungsi Advokat sebagai profesi yang bebas, mandiri dan bertanggung jawab merupakan hal yang penting, di samping lembaga peradilan dan instansi penegak hukum seperti kepolisian dan kejaksaan. Melalui jasa hukum yang diberikan, Advokat menjalankan tugas profesinya demi tegaknya keadilan berdasarkan hukum untuk kepentingan masyarakat pencari keadilan, termasuk usaha memberdayakan masyarakat dalam menyadari hak-hak fundamental mereka di depan hukum.

Adapun kode etik advokat sebagai wujud kepribadian dalam menjalankan profesinya sebagai pemberi jasa layanan hukum yaitu:³¹²

1. Advokat dapat menolak untuk memberi nasihat dan bantuan hukum kepada setiap orang yang memerlukan jasa hukum dan/atau bantuan hukum dikarenakan tidak sesuai dengan keahliannya dan bertentangan dengan hati nuraninya;
2. Dalam melakukan tugasnya tidak bertujuan untuk memperoleh materi saja tapi lebih mengutamakan tegaknya hukum, kebenaran dan keadilan;
3. Dalam menjalankan praktek profesinya harus bebas, mandiri dan tidak dipengaruhi oleh siapapun, dan wajib memperjuangkan hak asasi manusia;
4. Bersedia memberikan bantuan hukum pada siapa saja yang memerlukan tanpa memandang agama, ras, suku, keturunan, maupun keyakinan politiknya;
5. Advokat tidak dibenarkan melakukan pekerjaan lain yang dapat merugikan kebebasan, derajat, dan martabatnya;
6. Senantiasa menjunjung tinggi profesi advokat sebagai profesi terhormat;
7. Apabila advokat diangkat menjadi pejabat negara maka tidak dibenarkan membuka praktek sebagai advokat .

Dalam kode etik profesi advokat, selain ada kode etik kepribadian advokat juga terdapat kode etik terkait hubungannya dengan klien (Pasal 4 kode etik advokat) yaitu:

1. Advokat harus mengutamakan penyelesaian dengan jalan damai;

³¹² *Ibid.*

2. Tidak dibenarkan memberikan keterangan yang menyesatkan klien dan tidak dibenarkan pula untuk menjamin bahwa ia akan memenangkan perkara;
3. Dalam menentukan honorarium advokat harus mendasarkan pada kemampuan klien dan tidak dibenarkan membebani klien dengan biaya yang tidak perlu;
4. Wajib menjaga rahasia klien bahkan sampai berakhirnya hubungan antara advokat dan klien tersebut;
5. Mementingkan kepentingan klien diatas kepentingan pribadinya;

Dalam BAB IV Kode Etik Advokat Indonesia (KEAI) diatur pula tentang Hubungan Advokat Dengan Teman Sejawat: (Pasal 5)

1. Hubungan antara teman sejawat Advokat harus dilandasi sikap saling menghormati, saling menghargai dan saling mempercayai.
2. Advokat jika membicarakan teman sejawat atau jika berhadapan satu sama lain dalam sidang pengadilan, hendaknya tidak menggunakan kata-kata yang tidak sopan baik secara lisan maupun tertulis.
3. Keberatan-keberatan terhadap tindakan teman sejawat yang dianggap bertentangan dengan Kode Etik Advokat harus diajukan kepada Dewan Kehormatan untuk diperiksa dan tidak dibenarkan untuk disiarkan melalui media massa atau cara lain.
4. Advokat tidak diperkenankan menarik atau merebut seorang klien dari teman sejawat.
5. Apabila klien hendak mengganti Advokat, maka Advokat yang baru hanya dapat menerima perkara itu setelah menerima bukti pencabutan pemberian

kuasa kepada Advokat semula dan berkewajiban mengingatkan klien untuk memenuhi kewajibannya apabila masih ada terhadap Advokat semula.

6. Apabila suatu perkara kemudian diserahkan oleh klien terhadap Advokat yang baru, maka Advokat semula wajib memberikan kepadanya semua surat dan keterangan yang penting untuk mengurus perkara itu, dengan memperhatikan hak retensi Advokat terhadap klien tersebut.

Adapun kode etik yang berhubungan dengan cara kerja advokat khususnya dalam menangani perkara seorang advokat harus memegang rahasia yang berkaitan dengan rahasia jabatan yang melekat pada dirinya.³¹³ Kode etik profesi advokat diatur pula dalam UU No. 18 Tahun 2003 dalam Bab IX Pasal 26:

- (1) Untuk menjaga martabat dan kehormatan profesi Advokat, disusun kode etik profesi Advokat oleh Organisasi Advokat.
- (2) Advokat wajib tunduk dan mematuhi kode etik profesi Advokat dan ketentuan tentang Dewan Kehormatan Organisasi Advokat.
- (3) Kode etik profesi Advokat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.
- (4) Pengawasan atas pelaksanaan kode etik profesi Advokat dilakukan oleh Organisasi Advokat.
- (5) Dewan Kehormatan Organisasi Advokat memeriksa dan mengadili pelanggaran kode etik profesi Advokat berdasarkan tata cara Dewan Kehormatan Organisasi Advokat.

³¹³ Ishaq, *Pendidikan Keadvokatan*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, hlm. 53-56.

- (6) Keputusan Dewan Kehormatan Organisasi Advokat tidak menghilangkan tanggung jawab pidana apabila pelanggaran terhadap kode etik profesi Advokat mengandung unsur pidana.
- (7) Ketentuan mengenai tata cara memeriksa dan mengadili pelanggaran kode etik profesi Advokat diatur lebih lanjut dengan Keputusan Dewan Kehormatan Organisasi Advokat.

Kode etik profesi sebagai rambu-rambu etika pada dasarnya adalah norma perilaku yang terkonsep dan dirumuskan serta diterima dalam lingkungan internal organisasi profesi yang bersangkutan, terhadap pelanggarannya dapat dijatuhi sanksi, sehingga kode etik profesi yang berjalan dengan baik akan mencerminkan nilai moral anggota kelompok profesi tersebut, demikian pula dengan kode etik profesi Advokat yang merupakan kristalisasi perilaku anggotanya sekaligus berfungsi sebagai *self regulation* (pengaturan diri) dan *self impose* (membebankan diri sendiri sebagai kewajiban) untuk mewujudkan nilai-nilai moral advokat yang *officium nobile*.³¹⁴

Menurut kan Robert D. Koehn paling tidak ada 5 (lima) manfaat dari keberadaan kode etik, yaitu:

1. Kode etik menjadi tempat perlindungan bagi anggotanya manakala berhadapan dengan persaingan yang tidak sehat dan tidak jujur dan dalam mengembang profesi yang sesuai dengan cita-cita dan rasa keadilan masyarakat;

³¹⁴ Gayus Lambuun, *op.cit.*, hlm. 1-2

2. Kode etik menjamin rasa solidaritas dan kolegialitas antar anggota untuk saling menghormati;
3. Kode etik mengokohkan ikatan persaudaraan diantara para anggota, terutama bila menghadapi campur tangan pihak lain;
4. Kode etik menuntut anggotanya mesti memiliki kualitas pengetahuan hukum;
5. Kode etik mewajibkan anggotanya mendahulukan pelayanan kepada masyarakat.

Apabila ditinjau dari eksistensinya terdapat lima aspek yang terkandung dalam fungsi kode etik sehingga kode etik menjadi keharusan dalam sebuah organisasi, demikian pula bagi organisasi profesi advokat;³¹⁵

1. Kode etik perlu untuk menjaga dan meningkatkan kualitas moral;
2. Kode etik berfungsi sebagai alat kontrol sosial;
3. Kode etik sebagai norma untuk menegakkan kehormatan kelembagaan organisasi;
4. Kode etik mencegah kesalahpahaman dan konflik pribadi antar anggota;
5. Kode etik menjadi rambu-rambu pencegahan dan penindakan penyalahgunaan profesi.

Profesionalisme aparat penegak hukum yang dipertanyakan sekarang ini disebabkan karena luntarnya makna sebuah kode etik profesi yang seharusnya menjadi pedoman dalam berprofesi. Kode etik profesi memunculkan kesetiaan dan pengabdian pada pekerjaan dari profesi yang dijalani, berkaitan dengan profesionalitas dan kehormatan dirinya. Kode etik profesi menurut Bertens

³¹⁵ *Ibid.*, hlm. 3-4

adalah: “Norma yang ditetapkan dan diterima oleh kelompok profesi, yang mengarahkan atau memberi petunjuk kepada anggotanya bagaimana seharusnya berbuat dan berperilaku sekaligus menjamin mutu moral profesi itu di mata masyarakat.

Pedoman perilaku yang bagi pemegang profesi terangkum dalam Kode Etik yang di dalamnya mengandung muatan etika, baik etika deskriptif, normatif dan meta-etika.³¹⁶ Jadi kode etik berkaitan dengan profesi tertentu sehingga setiap profesi memiliki kode etiknya sendiri-sendiri tentang apa yang disepakati bersama sehingga bagaimana harus bersikap dalam hal-hal tertentu dan hubungan dengan rekan sejawat. Akan tetapi tidak semua pekerjaan dapat dikatakan sebagai profesi yang berhak dan layak memiliki kode etik sendiri. Ada tiga kriteria yang dapat digunakan untuk mengukur apakah suatu pekerjaan itu dikatakan suatu profesi atau bukan:³¹⁷

1. Profesi itu dilaksanakan atas keahlian tinggi dan karena itu hanya dapat dimasuki oleh mereka yang telah menjalani pendidikan dan pelatihan teknis yang amat lanjut. Contoh seperti dokter dan advokat;
2. Profesi itu mensyaratkan agar keahlian yang dipakainya selalu berkembang secara nalar dan dikembangkan dengan teratur seiring dengan kebutuhan masyarakat yang minta dilayani oleh profesi yang menguasai keahlian profesional tersebut, contohnya seperti dokter atau sarjana hukum;

³¹⁶ K. Bertens, op.cit., hlm. 11-15

³¹⁷ Soetandyo Wignyosoebroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta: ELSAM dan HUMA, 2003, hlm. 316-317

3. Profesi selalu mengembangkan pranata dan lembaga untuk mengontrol agar keahlian-keahlian profesional didayagunakan secara bertanggungjawab, bertolak dari pengabdian yang tulus dan tak berpamrih, dan semua itu dipikirkan untuk kemaslahatan umat.

Sebagaimana yang tercantum di bab sebelumnya, bahwa Advokat merupakan profesi yang memberikan jasa hukum, baik di dalam pengadilan maupun di luar pengadilan, yang kinerjanya juga mempengaruhi bagaimana kualitas penegakan hukum. kode etik advokat, khususnya dalam hubungan denganklien, diantaranya advokat tidak dapat menjamin perkara kliennya akan menang dan yang paling utama advokat harus menjaga hubungan kerahasiaan denganklien.³¹⁸ Namun dalam praktiknya, masih banyak pelanggaran kode etik yang pada akhirnya mencerminkan ketidakprofesionalan seorang penegak hukum dalam menjalankan tugas dan wewenangnya, singkatnya *das sollen* dan *das sein* sangat berbeda di dalam praktik sehari-hari. Untuk dapat menjaga moralitas dan keprofesionalan kinerja dalam menegakkan hukum, para penegak hukum wajib mentaati kaidah-kaidah dan norma-norma yang ada.

Penegak hukum dan penegak keadilan di dalam masyarakat, dalam kedudukannya sebagai profesi luhur, menuntut kejelasan dan kekuatan moral yang tinggi. Franz Magnis-Suseno dkk., menunjukkan ada tiga ciri kepribadian moral yang dituntut dari para penyandang atau pemegang profesi luhur ini, yaitu:³¹⁹

1. Berani berbuat dengan tekad untuk memenuhi tuntutan profesi;

³¹⁸ Makalah Frans Hendra Winarta, *loc.cit.*, hlm.12

³¹⁹ E. Sumaryono, *op.cit.*, hlm. 165

2. Sadar akan kewajiban yang harus dipenuhi selama menjalankan tugas profesionalnya;
3. Memiliki idealisme sebagai perwujudan makna “*mission statement*” masing-masing organisasi profesionalnya;

Di atas telah disampaikan kendala eksternal yang menghalangi profesi advokat untuk melaksanakan fungsi sejatinya. Dan telah dikemukakan banyak faktor yang membuat para advokat Indonesia banyak terjerumus pada perbuatan-perbuatan yang melanggar Kode Etik Advokat yakni karena tidak adanya organisasi advokat yang kuat untuk menegakkan Kode Etik Advokat (malahan advokat terpolarisasi dalam berbagai organisasi yang masing-masing memiliki Kode Etik tersendiri).

Keadaan yang melemahkan ini sudah terbuka untuk segera diakhiri di era reformasi ini terutama dengan lahirnya Undang-Undang No. 18 tahun 2003 tentang Advokat, yang disahkan pada 5 April 2003. Undang-Undang ini, terlepas dari masih mengandung kelemahan, tetapi sudah cukup sebagai pijakan bagi advokat untuk bangkit. Undang-Undang Advokat sudah mengakomodir beberapa hal prinsip yang dituntut oleh kalangan advokat selama puluhan tahun, yaitu:³²⁰

1. Profesi advokat diakui sebagai salah satu penegak hukum disamping polisi, jaksa dan hakim;
2. Profesi advokat dikukuhkan sebagai profesi bebas dan mandiri;
3. Yang berhak mengangkat dan memberhentikan seorang sebagai advokat adalah organisasi advokat;

³²⁰ Otto Hasibuan, *op.cit.*, hlm. 7

4. Semua advokat wajib menjadi anggota organisasi advokat;
5. Nantinya hanya ada satu organisasi advokat.

Gambaran normatif ketentuan tentang penegakan Kode Etik Profesi Advokat meliputi UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat dan Kode Etik Advokat Indonesia tahun 2003. Sedang penegakan kode etik profesi advokat menyangkut 2 (dua) hal, yaitu tentang subyek yang akan menegakkan dan bagaimana proses penegakan kode etik tersebut:³²¹

1. Organ / Unit yang Menangani

Tiga organ yang berwenang untuk menegakkan kode etik profesi advokat adalah:

1.1 Dewan Kehormatan

Dewan Kehormatan diatur baik dalam UU Advokat dan Kode Etik Advokat Indonesia. Dewan Kehormatan diatur dalam 4 (empat) pasal yang tersebar dalam 2 (dua) bab yakni bab tentang penindakan dan bab tentang Kode Etik dan Dewan Kehormatan Advokat.

1.2 Majelis Dewan Kehormatan

Dalam Pasal 27 ayat (4) UU Advokat mengatur bahwa: “Dalam mengadili sebagaimana dimaksud pada ayat (2), Dewan Kehormatan membentuk majelis yang susunannya terdiri atas unsur Dewan Kehormatan, pakar atau tenaga ahli di bidang hukum dan tokoh masyarakat.”

³²¹ Komisi Hukum Nasional, *op.cit.* hlm. 248-250

Sementara Pasal 14 dan Pasal 15 Kode Etik Advokat Indonesia mengatur bahwa:

- a. Majelis Dewan Kehormatan bertugas untuk memeriksa dan menyingkapkan pengaduan terhadap pelanggaran kode etik profesi;
- b. Anggota Majelis yang terdiri sekurang-kurangnya atas 3 (tiga) orang anggota yang salah satu merangkap sebagai Ketua Majelis, tetapi harus selalu berjumlah ganjil. Majelis dapat terdiri dari Dewan Kehormatan atau ditambah dengan Anggota Majelis Kehormatan Ad Hoc yaitu orang yang menjalankan profesi dibidang hukum serta mempunyai pengetahuan dan menjiwai Kode Etik Advokat(Pasal 14 ayat (1) dan (2));
- c. Majelis dipilih dalam rapat Dewan Kehormatan Cabang/Daerah yang khusus dilakukan untuk itu yang dipimpin oleh Ketua Dewan Kehormatan Cabang/Daerah atau jika ia berhalangan oleh anggota Dewan lainnya yang tertua;
- d. Majelis mengambil keputusan dan menghukum advokat yang terbukti melanggar kode etik profesi melalui persidangan yang harus dibuat berita acaranya;
- e. Majelis mengambil keputusan dengan suara terbanyak dan mengucapkannya dalam sidang terbuka; anggota yang

- kalah dalam pengambilan suara berhak untuk membuat catatan keberatan yang dilampirkan dalam berkas perkara;
- f. Majelis dapat memutuskan dengan menyatakan bahwa pengaduan tak dapat diterima atau pengaduan ditolak atau pengaduan diterima dan diadili sendiri.

1.3 Komisi Pengawas

Komisi pengawas diatur dalam Pasal 12 dan Pasal 13 UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat. Namun, Komisi Pengawas tidak diatur dalam Kode Etik Advokat Indonesia. Pasal 12 Advokat menyatakan bahwa:

- a. Pengawasan terhadap Advokat dilakukan oleh Organisasi Advokat.
- b. Pengawasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bertujuan agar Advokat dalam menjalankan profesinya selalu menjunjung tinggi kode etik profesi Advokat dan peraturan perundang-undangan.

Komisi Pengawas merupakan bagian dari organisasi advokat yang bertugas mengawasi pelanggaran kode etik profesi advokat dan peraturan perundang-undangan. Komisi Pengawas bersifat aktif untuk mengawasi pelaksanaan kode etik dan peraturan perundang-undangan, berbeda dengan Dewan Kehormatan, yang bersifat pasif karena hanya memeriksa dan mengadili pelanggaran kode etik profesi advokat (Pasal 26 ayat (5) UU Advokat).

2. Mekanisme / Prosedur Penanganan

Apabila melihat UU Advokat dan Kode Etik Advokat tahun 2003 maka dapat disimpulkan bahwa pada prinsipnya:

- a. Setiap advokat yang menjalankan profesinya di Indonesia secara sah akan selalu diawasi perilakunya, hak-haknya, dan tanggungjawab profesionalnya oleh Organisasi Advokat, bukan oleh Pengadilan dan/atau Mahkamah Agung. Hal ini tampak jelas dari isi UU Advokat maupun Kode Etik Advokat Indonesia yang sama sekali tidak menyebut adanya peran bagi Pengadilan dan/atau Mahkamah Agung untuk mengawasi, memeriksa, apalagi mengadili advokat yang diduga melanggar kode etik profesi dan pertauran perundang-undangan yang berlaku. Bahkan dalam UU Advokat referensi ke MA dan/atau pengadilan dalam konteks pengawasan ini hanya termuat dalam 2 pasal saja, itupun sebatas hanya sebagai pelaporan atau pemberitahuan belaka;³²²
- b. Setiap dugaan pelanggaran kode etik profesi dapat diadukan kepada Organisasi Advokat, dengan memenuhi sejumlah prosedur tertentu, dan kemudian pengaduan itu akan ditinda-lanjuti oleh organisasi yang bersangkutan sesuai dengan tata cara internal dari organisasi tersebut;

³²² Ketiga Pasal itu adalah Pasal 8 ayat (2) dan Pasal 9 ayat (2) yakni tentang penyampaian putusan penindakan oleh Organisasi Advokat terhadap anggotanya berupa pemberhentian sementara atau tetap dari profesi advokat kepada MA.

- c. Yang berwenang untuk menerima, memeriksa dan mengadili pengaduan tertulis tersebut adalah Dewan Kehormatan Organisasi Advokat yang kemudian akan membentuk majelis khusus untuk menjalankan proses persidangan.

Prosedur penanganan pelanggaran kode etik profesi advokat yang untuk alasan sistematis dibagi menjadi 4 tahapan:

1. Tahap Pengaduan (Pasal 11, 12 dan 13 ayat (1) sampai dengan ayat (6) Kode Etik Advokat Indonesia (KEAI) 2003);

Pasal 11

- (1) Pengaduan dapat diajukan oleh pihak-pihak yang berkepentingan dan merasa dirugikan, yaitu:

- a. Klien.
- b. Teman sejawat Advokat.
- c. Pejabat Pemerintah.
- d. Anggota Masyarakat.
- e. Dewan Pimpinan Pusat/Cabang/Daerah dari organisasi profesi dimana Teradu menjadi anggota.

- (2) Selain untuk kepentingan organisasi, Dewan Pimpinan Pusat atau Dewan Pimpinan Cabang/Daerah dapat juga bertindak sebagai pengadu dalam hal yang menyangkut kepentingan hukum dan kepentingan umum dan yang dipersamakan untuk itu.

- (3) Pengaduan yang dapat diajukan hanyalah yang mengenai pelanggaran terhadap Kode Etik Advokat.

Tata Cara Pengaduan diatur dalam Pasal 12:

- (1) Pengaduan terhadap Advokat sebagai teradu yang dianggap melanggar Kode Etik Advokat harus disampaikan secara tertulis disertai dengan alasan-alasannya kepada Dewan Kehormatan Cabang/Daerah atau kepada dewan Pimpinan Cabang/Daerah atau Dewan Pimpinan Pusat dimana teradu menjadi anggota.
- (2) Bilamana di suatu tempat tidak ada Cabang/Daerah Organisasi, pengaduan disampaikan kepada Dewan Kehormatan Cabang/Daerah terdekat atau Dewan Pimpinan Pusat.
- (3) Bilamana pengaduan disampaikan kepada Dewan Pimpinan Cabang/Daerah, maka Dewan Pimpinan Cabang/Daerah meneruskannya kepada Dewan Kehormatan Cabang/Daerah yang berwenang untuk memeriksa pengaduan itu.
- (4) Bilamana pengaduan disampaikan kepada Dewan Pimpinan Pusat/Dewan Kehormatan Pusat, maka Dewan Pimpinan Pusat/Dewan Kehormatan Pusat meneruskannya kepada Dewan Kehormatan Cabang/Daerah yang berwenang untuk memeriksa pengaduan itu baik langsung atau melalui Dewan Pimpinan Cabang/Daerah.

Pemeriksaan Tingkat Pertama Oleh Dewan Kehormatan Cabang/Daerah, diatur dalam Pasal 13:

- (1) Dewan Kehormatan Cabang/Daerah setelah menerima pengaduan tertulis yang disertai surat-surat bukti yang dianggap perlu, menyampaikan surat pemberitahuan selambat-lambatnya dalam waktu 14 (empat belas) hari dengan surat kilat khusus/tercatat kepada teradu tentang adanya pengaduan dengan menyampaikan salinan/*copy* surat pengaduan tersebut.
- (2) Selambat-lambatnya dalam waktu 21 (dua puluh satu) hari pihak teradu harus memberikan jawabannya secara tertulis kepada Dewan Kehormatan Cabang/Daerah yang bersangkutan, disertai surat-surat bukti yang dianggap perlu.
- (3) Jika dalam waktu 21 (dua puluh satu) hari tersebut teradu tidak memberikan jawaban tertulis, Dewan Kehormatan Cabang/Daerah menyampaikan pemberitahuan kedua dengan peringatan bahwa apabila dalam waktu 14 (empat belas) hari sejak tanggal surat peringatan tersebut ia tetap tidak memberikan jawaban tertulis, maka ia dianggap telah melepaskan hak jawabnya.
- (4) Dalam hal teradu tidak menyampaikan jawaban sebagaimana diatur di atas dan dianggap telah melepaskan hak jawabnya, Dewan Kehormatan Cabang/Daerah dapat segera

menjatuhkan putusan tanpa kehadiran pihak-pihak yang bersangkutan.

(5) Dalam hal jawaban yang diajukan telah diterima, maka Dewan Kehormatan dalam waktu selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari menetapkan hari sidang dan menyampaikan panggilan secara patut kepada pengadu dan kepada teradu untuk hadir dipersidangan yang sudah ditetapkan tersebut.

(6) Panggilan-panggilan tersebut harus sudah diterima oleh yang bersangkutan paling lambat 3 (tiga) hari sebelum hari sidang yang ditentukan.

2. Tahap Persidangan (Pasal 13 ayat (7) sampai dengan Pasal 9 dan Pasal 14 KEAI tahun 2003;
Pasal 13 ayat (6) sampai ayat (9):

Pengadu dan yang teradu:

a. Harus hadir secara pribadi dan tidak dapat menguasai kepada orang lain, yang jika dikehendaki masing-masing dapat didampingi oleh penasehat.

b. Berhak untuk mengajukan saksi-saksi dan bukti-bukti.

Pada sidang pertama yang dihadiri kedua belah pihak:

a. Dewan Kehormatan akan menjelaskan tata cara pemeriksaan yang berlaku;

- b. Perdamaian hanya dimungkinkan bagi pengaduan yang bersifat perdata atau hanya untuk kepentingan pengadu dan teradu dan tidak mempunyai kaitan langsung dengan kepentingan organisasi atau umum, dimana pengadu akan mencabut kembali pengaduannya atau dibuatkan akta perdamaian yang dijadikan dasar keputusan oleh Dewan Kehormatan Cabang/Daerah yang langsung mempunyai kekuatan hukum yang pasti.
- c. Kedua belah pihak diminta mengemukakan alasan-alasan pengaduannya atau pembelaannya secara bergiliran, sedangkan surat-surat bukti akan diperiksa dan saksi-saksi akan didengar oleh Dewan Kehormatan Cabang/Daerah.

Apabila pada sidang yang pertama kalinya salah satu pihak tidak hadir:

- a. Sidang ditunda sampai dengan sidang berikutnya paling lambat 14 (empat belas) hari dengan memanggil pihak yang tidak hadir secara patut.
- b. Apabila pengadu yang telah dipanggil sampai 2 (dua) kali tidak hadir tanpa alasan yang sah, pengaduan dinyatakan gugur dan ia tidak dapat mengajukan pengaduan lagi atas dasar yang sama kecuali Dewan Kehormatan Cabang/Daerah berpendapat bahwa materi pengaduan berkaitan dengan kepentingan umum atau kepentingan organisasi.

- c. Apabila teradu telah dipanggil sampai 2 (dua) kali tidak datang tanpa alasan yang sah, pemeriksaan diteruskan tanpa hadirnya teradu.
- d. Dewan berwenang untuk memberikan keputusan di luar hadirnya yang teradu, yang mempunyai kekuatan yang sama seperti keputusan biasa.

Sidang Dewan Kehormatan Cabang/Daerah, diatur dalam Pasal 14 sebagai berikut:

- (1) Dewan Kehormatan Cabang/Daerah bersidang dengan Majelis yang terdiri sekurangnya atas 3 (tiga) orang anggota yang salah satu merangkap sebagai Ketua Majelis, tetapi harus selalu berjumlah ganjil.
- (2) Majelis dapat terdiri dari Dewan Kehormatan atau ditambah dengan Anggota Majelis Kehormatan Ad Hoc yaitu orang yang menjalankan profesi dibidang hukum serta mempunyai pengetahuan dan menjiwai Kode Etik Advokat.
- (3) Majelis dipilih dalam rapat Dewan Kehormatan Cabang/Daerah yang khusus dilakukan untuk itu yang dipimpin oleh Ketua Dewan Kehormatan Cabang/Daerah atau jika ia berhalanganoleh anggota Dewan lainnya yang tertua.
- (4) Setiap dilakukan persidangan, Majelis Dewan Kehormatan diwajibkan membuat atau menyuruh membuat berita acara

persidangan yang disahkan dan ditandatangani oleh Ketua Majelis yang menyidangkan perkara itu.

(5) Sidang-sidang dilakukan secara tertutup, sedangkan keputusan diucapkan dalam sidang terbuka.

3. Tahap Keputusan (Pasal 15, 16 dan 17 KEAI 2003, Pasal 7, 8 dan 9 UU Advokat 2003;

Pasal 15

(1) Setelah memeriksa dan mempertimbangkan pengaduan pembelaan, surat-surat bukti dan keterangan saksi-saksi maka Majelis Dewan Kehormatan mengambil Keputusan yang dapat berupa:

- (a) Menyatakan pengaduan dari pengadu tidak dapat diterima;
- (b) Menerima pengaduan dari pengadu dan mengadili serta menjatuhkan sanksi-sanksi kepada teradu;
- (c) Menolak pengaduan dari pengadu.

(2) Keputusan harus memuat pertimbangan-pertimbangan yang menjadi dasarnya dan menunjuk pada pasal-pasal Kode Etik yang dilanggar.

(3) Majelis Dewan Kehormatan mengambil keputusan dengan suara terbanyak dan mengucapkannya dalam sidang terbuka dengan atau tanpa dihadiri oleh pihak-pihak yang bersangkutan, setelah sebelumnya memberitahukan hari,

tanggal dan waktu persidangan tersebut kepada pihak-pihak yang bersangkutan.

- (4) Anggota Majelis yang kalah dalam pengambilan suara berhak membuat catatan keberatan yang dilampirkan didalam berkas perkara.
- (5) Keputusan ditandatangani oleh Ketua dan semua Anggota Majelis, yang apabila berhalangan untuk menandatangani keputusan, hal mana disebut dalam keputusan yang bersangkutan.

Sanksi-Sanksi diatur dalam Pasal 16:

- (1) Hukuman yang diberikan dalam keputusan dapat berupa:
 - a. Peringatan biasa.
 - b. Peringatan keras.
 - c. Pemberhentian sementara untuk waktu tertentu.
 - d. Pemecatan dari keanggotaan organisasi profesi.
- (2) Dengan pertimbangan atas berat atau ringannya sifat pelanggaran Kode Etik Advokat dapat dikenakan sanksi:
 - a. Peringatan biasa bilamana sifat pelanggarannya tidak berat.
 - b. Peringatan keras bilamana sifat pelanggarannya berat atau karena mengulangi kembali melanggar kode etik dan atau tidak mengindahkan sanksi peringatan yang pernah diberikan.

- c. Pemberhentian sementara untuk waktu tertentu bilamana sifat pelanggarannya berat, tidak mengindahkan dan tidak menghormati ketentuan kode etik atau bilamana setelah mendapat sanksi berupa peringatan keras masih mengulangi melakukan pelanggaran kode etik.
- d. Pemecatan dari keanggotaan organisasi profesi bilamana dilakukan pelanggaran kode etik dengan maksud dan tujuan merusak citra serta martabat kehormatan profesi Advokat yang wajib dijunjung tinggi sebagai profesi yang mulia dan terhormat.

(3) Pemberian sanksi pemberhentian sementara untuk waktu tertentu harus diikuti larangan untuk menjalankan profesi advokat diluar maupun dimuka pengadilan.

(4) Terhadap mereka yang dijatuhi sanksi pemberhentian sementara untuk waktu tertentu dan atau pemecatan dari keanggotaan organisasi profesi disampaikan kepada Mahkamah Agung untuk diketahui dan dicatat dalam daftar Advokat.

Penyampaian Salinan Keputusan, diatur dalam Pasal 17 yang berbunyi:

“Dalam waktu selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari setelah keputusan diucapkan, salinan keputusan Dewan kehormatan Cabang/Daerah harus disampaikan kepada:

- a. Anggota yang diadukan/teradu;
- b. Pengadu;
- c. Dewan Pimpinan Cabang/Daerah dari semua organisasi profesi;
- d. Dewan Pimpinan Pusat dari masing-masing organisasi profesi;
- e. Dewan Kehormatan Pusat;
- f. Instansi-instansi yang dianggap perlu apabila keputusan telah mempunyai kekuatan hukum yang pasti.”

Dalam Undang-Undang Advokat juga diatur mengenai Tahap Keputusan yakni:

Pasal 7

(1) Jenis tindakan yang dikenakan terhadap Advokat dapat berupa:

- a. teguran lisan;
- b. teguran tertulis;
- c. pemberhentian sementara dari profesinya selama 3 (tiga) sampai 12 (dua belas) bulan;
- d. pemberhentian tetap dari profesinya.

- (2) Ketentuan tentang jenis dan tingkat perbuatan yang dapat dikenakan tindakan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Keputusan Dewan Kehormatan Organisasi Advokat.
- (3) Sebelum Advokat dikenai tindakan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), kepada yang bersangkutan diberikankesempatan untuk melakukan pembelaan diri.

Pasal 8

- (1) Penindakan terhadap Advokat dengan jenis tindakan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf c, atau huruf d, dilakukan oleh Dewan Kehormatan Organisasi Advokat sesuai dengan kode etik profesi Advokat.
- (2) Dalam hal penindakan berupa pemberhentian sementara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf c atau pemberhentian tetap dalam huruf d, Organisasi Advokat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menyampaikan putusan penindakan tersebut kepada Mahkamah Agung.

Pasal 9 mengatur tentang Pemberhentian:

- (1) Advokat dapat berhenti atau diberhentikan dari profesinyaoleh Organisasi Advokat.
- (2) Salinan Surat Keputusan pemberhentian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disampaikan kepada Mahkamah

Agung, Pengadilan Tinggi, dan lembaga penegak hukum lainnya.

Pasal 10

(1) Advokat berhenti atau dapat diberhentikan dari profesinya secara tetap karena alasan:

- a. permohonan sendiri;
- b. dijatuhi pidana yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan hukuman 4 (empat) tahun atau lebih; atau
- c. berdasarkan keputusan Organisasi Advokat.

(2) Advokat yang diberhentikan berdasarkan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), tidak berhak menjalankan profesi Advokat.

Pasal 11

4. Tahap Upaya Banding (Pasal 18 dan Pasal 19 KEAI 2003).

Pasal 18

(1) Apabila pengadu atau teradu tidak puas dengan keputusan Dewan Kehormatan Cabang/Daerah, ia berhak mengajukan permohonan banding atas keputusan tersebut kepada Dewan Kehormatan Pusat.

(2) Pengajuan permohonan banding beserta Memori Banding yang sifatnya wajib, harus disampaikan melalui Dewan Kehormatan Cabang/Daerah dalam waktu 21 (dua puluh satu)

hari sejak tanggal yang bersangkutan menerima salinan keputusan.

- (3) Dewan Kehormatan Cabang/Daerah setelah menerima Memori Banding yang bersangkutan selaku pembanding selambat-lambatnya dalam waktu 14 (empat belas) hari sejak penerimaannya, mengirimkan salinannya melalui surat kilat khusus/tercatat kepada pihak lainnya selaku terbanding.
- (4) Pihak terbanding dapat mengajukan Kontra Memori Banding selambat-lambatnya dalam waktu 21 (dua puluh satu) hari sejak penerimaan Memori Banding.
- (5) Jika jangka waktu yang ditentukan terbanding tidak menyampaikan Kontra Memori Banding ia dianggap telah melepaskan haknya untuk itu.
- (6) Selambat-lambatnya dalam waktu 14 (empat belas) hari sejak berkas perkara dilengkapi dengan bahan-bahan yang diperlukan, berkas perkara tersebut diteruskan oleh Dewan Kehormatan Cabang/Daerah kepada dewan Kehormatan Pusat.
- (7) Pengajuan permohonan banding menyebabkan ditundanya pelaksanaan keputusan Dewan Kehormatan Cabang/Daerah.
- (8) Dewan kehormatan Pusat memutuskan dengan susunan Majelis yang terdiri sekurang-kurangnya 3 (tiga) orang anggota atau

lebih tetapi harus berjumlah ganjil yang salah satu merangkap Ketua Majelis.

- (9) Majelis dapat terdiri dari Dewan Kehormatan atau ditambah dengan Anggota Majelis Kehormatan Ad Hoc yaitu orang yang menjalankan profesi dibidang hukum serta mempunyai pengetahuan dan menjiwai Kode Etik Advokat.
- (10) Majelis dipilih dalam rapat Dewan Kehormatan Pusat yang khusus diadakan untuk itu yang dipimpin oleh Ketua Dewan Kehormatan Pusat atau jika ia berhalangan oleh anggota Dewan lainnya yang tertua.
- (11) Dewan Kehormatan Pusat memutus berdasar bahan-bahan yang ada dalam berkas perkara, tetapi jika dianggap perlu dapat meminta bahan tambahan dari pihak-pihak yang bersangkutan atau memanggil mereka langsung atas biaya sendiri.
- (12) Dewan Kehormatan Pusat secara prorogasi dapat menerima permohonan pemeriksaan langsung dari suatu perkara yang diteruskan oleh Dewan Kehormatan Cabang/Daerah asal saja permohonan seperti itu dilampiri surat persetujuan dari kedua belah pihak agar perkaranya diperiksa langsung oleh Dewan Kehormatan Pusat.
- (13) Semua ketentuan yang berlaku untuk pemeriksaan pada tingkat pertama oleh Dewan Kehormatan Cabang/Daerah,

mutatis mutandis berlaku untuk pemeriksaan pada tingkat banding oleh Dewan Kehormatan Pusat.

Keputusan Dewan Kehormatan diatur dalam Pasal 19 yakni:

- (1) Dewan Kehormatan Pusat dapat menguatkan, merubah atau membatalkan keputusan Dewan Kehormatan Cabang/Daerah dengan memutus sendiri.
- (2) Keputusan Dewan kehormatan Pusat mempunyai kekuatan tetap sejak diucapkan dalam sidang terbuka dengan atau tanpa dihadiri para pihak dimana hari, tanggal dan waktunya telah diberitahukan sebelumnya kepada pihak-pihak yang bersangkutan.
- (3) Keputusan Dewan Kehormatan Pusat adalah final dan mengikat yang tidak dapat diganggu gugat dalam forum manapun, termasuk dalam MUNAS.
- (4) Dalam waktu selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari setelah keputusan diucapkan, salinan keputusan Dewan Kehormatan Pusat harus disampaikan kepada:
 - a. Anggota yang diadukan/teradu baik sebagai pembanding ataupun terbanding;
 - b. Pengadu baik selaku pembanding ataupun terbanding;
 - c. Dewan Pimpinan Cabang/Daerah yang bersangkutan;
 - d. Dewan Kehormatan Cabang/Daerah yang bersangkutan;

e. Dewan Pimpinan Pusat dari masing-masing organisasi profesi;

f. Instansi-instansi yang dianggap perlu.

(5) Apabila seseorang telah dipecat, maka Dewan Kehormatan Pusat atau Dewan Kehormatan Cabang/Daerah meminta kepada Dewan Pimpinan Pusat/Organisasi profesi untuk memecat orang yang bersangkutan dari keanggotaan organisasi profesi.

C. Profesi Advokat Mewujudkan Keadilan

Menurut Gustav Radbruch (1878-1949), seorang ahli hukum Jerman mengatakan, *“Hukum adalah kehendak untuk bersikap adil.”* (*Recht ist Wille zur Gerechtigkeit*). Hukum positif ada untuk mempromosikan nilai-nilai moral, khususnya keadilan. Menurut teori etis, hukum semata-mata bertujuan keadilan. Isi hukum ditentukan oleh keyakinan kita yang etis tentang yang adil dan tidak. Oleh karena itu hukum bertujuan untuk merealisasikan atau mewujudkan keadilan.

Hukum adalah suatu sistem yang dibuat oleh manusia untuk membatasi tingkah laku manusia agar tingkah laku tersebut dapat terkontrol dengan baik, dapat berupa peraturan atau ketentuan-ketentuan tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur kehidupan manusia dan menyediakan sanksi bagi siapapun yang melanggarnya. Hukum mempunyai tugas untuk menjamin adanya kepastian hukum dalam masyarakat. Masyarakat berhak untuk mendapat pembelaan di depan hukum.

Tujuan dari hukum itu sendiri adalah bersifat universal seperti ketertiban, ketenteraman, kedamaian, kesejahteraan dan kebahagiaan di dalam tata kehidupan bermasyarakat. Beberapa fungsi hukum diantaranya adalah sebagai alat pengatur tata tertib hubungan masyarakat, sebagai sarana untuk mewujudkan keadilan social lahir dan batin, sebagai sarana penggerak pembangunan, serta sebagai fungsi kritis.

Membahas tentang penegakan hukum di negara Indonesia terlebih dahulu perlu mengetahui asal usul dari hukum itu sendiri. Hukum adalah suatu kata yang memiliki makna tentang sekumpulan peraturan yang berisi perintah atau larangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang sehingga dapat dipaksakan pemberlakuannya dan berfungsi untuk mengatur masyarakat demi terciptanya ketertiban disertai dengan sanksi bagi pelanggarnya. Selain itu, kita perlu memahami terlebih dahulu konsep Negara Hukum dan bagaimana seharusnya peranan advokat di dalam negara tersebut. Tiga karakter dasar Negara Hukum Indonesia (NHI), yaitu ³²³:

1. NHI merupakan Negara Kesatuan yang berbentuk Republik;
2. Dalam NHI kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar;
3. Adanya pengakuan dan jaminan terhadap hak asasi manusia (Bab I Pasal 1 dan Pasal 28 UUD 1945).

³²³ Abdul Hakim G Nusantara, *Peranan Advokat dalam Negara Hukum Indonesia*, Makalah ini disampaikan pada Rapat Kerja Nasional IKADIN tanggal 8-9 Mei 2008 di Hotel Panghegar Bandung, hlm. 3.

Inilah landasan bagi konsep Negara Hukum yang demokratis. Jadi, menurut UUD 1945 Negara hukum yang dicita-citakan itu bukan sekedar negara undang-undang atau peraturan yang mengabaikan prinsip-prinsip demokratis dan keadilan. Tapi sebuah Negara hukum yang ditegakkan di atas prinsip-prinsip demokratis dan keadilan. Hal ini nyata sekali bila kita merujuk pada Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan “Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar” dan Pasal 24 ayat (1) UUD 1945 yang menegaskan, bahwa “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.”³²⁴ Ide dan konsep NHI adalah negara hukum demokratis bukan sekedar negara peraturan atau negara undang-undang. Negara hukum demokratis semestinya menjunjung nilai-nilai demokratis sebagai berikut.³²⁵

1. Menyelesaikan persengketaan secara damai dan melembaga;
2. Memastikan terselenggaranya perubahan secara damai dalam suatu masyarakat yang sedang berubah;
3. Mengadakan pergantian pimpinan (suksesi kepemimpinan) secara teratur;
4. Membatasi pemakaian kekerasan oleh negara sampai pada tingkat minimum;
5. Menerima dan mengakui adanya kebhinekaan sebagai sesuatu yang lumrah;
6. Menjamin tegaknya keadilan.

Seperti yang kita ketahui penegakan hukum di Indonesia saat ini masih jauh dari harapan. Suatu gambaran diperoleh dalam penegakkan hukum di Indonesia, yakni hukum akan ditegakkan manakala pihak -pihak yang terlibat adalah

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*, hlm. 5

masyarakat lemah. Namun hukum akan kehilangan fungsinya manakala yang terlibat adalah pihak-pihak yang mempunyai *power* yang kuat, seperti oknum penegak hukum sendiri, penguasa atau pengusaha (orang kaya raya). Memahami penegakan hukum yang terjadi, berbagai media masa memberitakan bagaimana semakin menjauhnya keadilan dari masyarakat. Berbagai putusan pengadilan belum memberikan rasa keadilan bagi masyarakat. Pada saat hukum telah menjauh dari rasa keadilan masyarakat, maka eksistensi dan legitimasi hukum patut dipertanyakan.

Berbicara mengenai hukum di Indonesia saat ini, maka hal pertama yang tergambar ialah ketidakadilan. Sungguh ironis ketika mendengar seorang yang mencuri buah dari kebun tetangganya karena lapar harus dihukum kurungan penjara, sedangkan para pihak yang jelas-jelas bersalah seperti koruptor yang merajalela di negara ini justru dengan bebas berlalu lalang di pemerintahan, bahkan menempati posisi yang berpengaruh terhadap kemajuan dan perkembangan negara kita ini. Jika pun ada yang tertangkap, mereka justru mendapatkan fasilitas yang tidak seharusnya mereka peroleh.³²⁶

Contoh kasus lainnya yang terkait dengan etika penegakan hukum yang berkeadilan adalah kasus sandal jepit dan nenek Minah.³²⁷ Kasus Nenek Minah (55) asal Banyumas yang divonis 1,5 tahun pada 2009, hanya karena mencuri tiga buah Kakao yang harganya tidak lebih dari Rp 10.000. Bahkan, untuk datang ke sidang kasusnya ini Nenek yang sudah renta dan buta huruf itu harus meminjam

³²⁶ Nursella Senjariani, *op.cit.*

³²⁷ www.Kompas.com

uang Rp 30.000 untuk biaya transportasi dari rumah ke pengadilan yang memang jaraknya cukup jauh.

Kasus pencurian sandal jepit yang menjadikan AAL (15) pelajar SMK 3, Palu, Sulawesi Tengah, sebagai pesakitan di hadapan meja hijau. Ia dituduh mencuri sandal jepit milik Briptu Ahmad Rusdi Harahap, anggota Brimob Polda Sulteng. Hanya gara-gara sandal jepit butut AAL terancam hukuman kurungan maksimal lima tahun penjara.³²⁸

Proses hukum atas AAL pun tampak janggal. Ia didakwa mencuri sandal merek Eiger nomor 43. Namun, bukti yang diajukan adalah sandal merek Ando nomor 9,5. Selama persidangan tak ada satu saksi pun yang melihat langsung apakah sandal merek Ando itu memang diambil AAL di depan kamar Rusdi. Di persidangan, Rusdi yakin sandal yang diajukan sebagai barang bukti itu adalah miliknya karena, katanya, ia memiliki kontak batin dengan sandal itu. Saat hakim meminta mencoba, tampak jelas sandal Ando itu kekecilan untuk kaki Rusdi yang besar. AAL memang dibebaskan dari hukuman dan dikembalikan kepada orangtuanya. Namun, majelis hakim memutuskan AAL bersalah karena mencuri barang milik orang lain. Dari beberapa contoh kasus di atas, apakah rasa keadilan itu ada? Dari kasus tersebut, muncul beberapa komentar dari pakar.

Sosiolog dari Universitas Indonesia Imam Prasodjo mengatakan, hukuman yang diberikan kepada Nenek Minah dan AAL itu menggambarkan bahwa proses hukum yang mati dari tujuan hukum itu sendiri. Hukum, kata dia, hanya

³²⁸ <http://nasional.kompas.com/read/2012/01/06/08404914/AAL.dan.Misteri.Dua.Merek.Sandal.Jepit.Butut>

mengikuti aturan formal, tidak memperhitungkan substansi dan hati nurani.³²⁹ Sosiolog Soetandyo Wignjosoebroto pun mengatakan hal serupa. Hakim kini dinilainya terlalu legalistik terhadap putusan bersalah rakyat kecil. Hakim tidak mampu memahami arti dan makna sekaligus kearifan yang terkandung dalam aturan hukum.³³⁰

Meskipun, seyogyanya mencuri atau mengambil barang orang lain sekecil apa pun tanpa izin adalah perbuatan melanggar hukum. Dan hukum harus ditegakkan. Namun, apakah hal itu sudah sesuai rasa keadilan di masyarakat? Bagaimana dengan para pejabat dan koruptor berdasi putih mencuri uang rakyat yang nilainya sebanding dengan jutaan sandal jepit dan kakao itu diperlakukan dengan terhormat oleh aparat. Mereka dapat melanggeng bebas dari hukuman yang tidak terlalu berat. Mereka pun dapat mangkir dari panggilan pengadilan dengan alasan sakit yang kadang dibuat-buat.

Ketua Umum Komisi Nasional Perlindungan Anak Arist Merdeka Sirait menyarankan agar aparat penegak hukum menggunakan *restorative justice* (keadilan restoratif) sebagai penyelesaian alternatif dalam sejumlah kasus kecil seperti yang menimpa AAL maupun Nenek Minah. Keadilan restoratif adalah konsep pemidanaan yang mengedepankan pemulihan kerugian yang dialami korban dan pelaku, dibanding menjatuhkan hukuman penjara bagi pelaku.

³²⁹ Imam Prasodjo kepada Kompas.com, Kamis (5/1/2012) di Jakarta, "Ancaman lima tahun dan vonis 1,5 tahun itu, bukan masalah Jaksa, Polisi, atau Hakim saja. Tapi mereka semua telah melakukan kesesatan kolektif. Meskipun banyak protes dari masyarakat, mereka masih juga memproses dan memutuskan sesuatu secara tidak sedikitpun ada kesadaran dan evaluasi."

³³⁰ Soetandyo Wignjosoebroto kepada Kompas.com, "Undang-undang itu *dead letter law* (hukum yang mati). Hukum menjadi aktif dan dinamik melalui kata hati dan tafsir hakim. Kalau putusannya itu aneh, itu bukan salah undang-undang, melainkan hakim. Hakimnya harus pandai memberi putusan yang bisa diterima,"

Hal itu dimaksudkan agar penyelesaian kasus-kasus kecil tak perlu sampai ke pengadilan, tetapi diselesaikan cukup dengan mediasi. Peradilan anak telah digagas pemerintah belandaskan azas ini.

Pandangan itu, memperlihatkan bahwa keadilan hukum di negeri ini hanya sebatas keadilan sandal jepit, keadilan yang menjepit rakyat kecil. Sungguh ironi, di negeri yang dalam butir-butir dasar negaranya disebut menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan dan perilaku berkeadilan ini, rakyatnya diperlakukan dalam perbedaan kasta besar dan kecil. Penegakan hukum di negeri ini masih sangat diskriminatif. Keras dan tegas untuk rakyat kecil, tapi loyo dan bagai agar-agar bagi kalangan atas.

Dari kedua kasus diatas, kasus yang menimpa bocah pencuri sandal jepit dan nenek pencuri buah kakao jelas tidak adanya keadilan. Karena hukuman yang adil bukan sekedar berdasarkan pasal, namun ada pertimbangan lain, ada hati nurani dan peri kemanusiaan. Jika melihat dari sisi pasal-pasal yang tertera dalam KUHP, sang bocah dan nenek minah memang bisa dikatakan bersalah, karena dia mencuri. Namun dari sisi lain ini dapat dikatakan penegakan hukum yang tidak berkeadilan. Hanya mencuri tiga buah kakao yang dilakukan seorang perempuan tua, dan pencurian sandal jepit oleh seorang anak harus dihukum, sedangkan para koruptor yang melahap uang Negara Negara/rakyat sampai milyaran rupiah bebas karena dianggap tidak ada bukti.

Siapa pun orangnya sama di hadapan hukum, itu benar seratus persen. Namun kenyataannya dinegara kita ini berbeda. Tidak semua orang sama di depan hukum. Di Negara ini jika orang besar dituduh berbuat kesalahan apalagi yang

dituduh mempunyai kekuasaan meskipun jelas ada bukti bersalah, tak langsung menerima hukuman. Proses pengadilannya bisa diulur-ulur atau ditunda-tunda, bahkan bisa sampai “hilang” di tengah jalan. Berbeda dengan orang kecil yang dituduh berbuat kesalahan, “cepat” dijatuhi hukuman, padahal banyak kejadian yang kemudian terbukti dia tidak bersalah. Tapi dia sempat menjalani hukuman sampai bertahun-tahun. Tidak ada ganti rugi apapun dari pemerintah.

Bagaimana sebenarnya hukum itu ditegakkan? Gustav Radbruch mengatakan bahwa hukum yang baik adalah ketika hukum tersebut memuat nilai keadilan, kepastian hukum dan kegunaan. Sekalipun ketiganya merupakan nilai dasar hukum, namun masing-masing nilai mempunyai tuntutan yang berbeda satu dengan yang lainnya, sehingga ketiganya mempunyai potensi untuk saling bertentangan dan menyebabkan adanya ketegangan antara ketiga nilai tersebut (*Spannungsverhältnis*).³³¹

Hukum sebagai pengemban nilai keadilan menurut Radbruch menjadi ukuran bagi adil tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu, nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolok ukur sistem hukum positif. Kepada keadilan-lah hukum positif berpangkal. Sedangkan konstitutif, karena keadilan harus menjadi

³³¹ *Lbh perjuangan*, Penegakan Hukum Yang Menjamin Keadilan, Kepastian Hukum Dan Kemanfaatan (Studi Kasus : Kasus Mbah Minah), <http://lbhperjuangan.blogspot.com/penegakan-hukum-yang-menjamin-keadilan.html>, diakses pada Kamis, 21 Oktober 2010, diposting pada Kamis, 4 Desember 2014.

unsur mutlak bagi hukum sebagai hukum. Tanpa keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum.

Apabila, dalam penegakan hukum cenderung pada nilai kepastian hukum atau dari sudut peraturannya, maka sebagai nilai ia telah menggeser nilai keadilan dan kegunaan. Hal ini dikarenakan, di dalam kepastian hukum yang terpenting adalah peraturan itu sendiri sesuai dengan apa yang dirumuskan. Begitu juga ketika nilai kegunaan lebih diutamakan, maka nilai kegunaan akan menggeser nilai kepastian hukum maupun nilai keadilan karena yang penting bagi nilai kegunaan adalah kenyataan apakah hukum tersebut berguna bagi masyarakat. Demikian juga, ketika yang diperhatikan hanya nilai keadilan, maka akan menggeser nilai kepastian hukum dan kegunaan. Sehingga, dalam penegakan hukum harus ada keseimbangan antara ketiga nilai tersebut.

Ketiga nilai hukum tersebut tidak dapat diterapkan secara seimbang oleh aparat penegak hukum ketika mereka menangani kasus Mbah Minah yang dituduh mencuri 3 biji kakao dari perkebunan milik PT. Rumpun Sari Antan 4. Di dalam persidangannya, Minah menuturkan bahwa tiga biji kakao tersebut untuk menambah bibit tanaman kakao di kebunnya di Dusun Sidoharjo, Desa Darmakradenan, Kecamatan Ajibarang, Kabupaten Banyumas. Minah mengaku sudah menanam 200 bibit pohon kakao di kebunnya, tetapi ia merasa jumlah itu masih kurang. Namun, belum sempat buah tersebut dibawa pulang, seorang mandor perkebunan, Sutarno, menegurnya. Minah lantas meminta maaf dan meminta Sutarno untuk membawa ketiga buah kakao tersebut. Alih-alih

permintaan maafnya diterima, manajemen PT RSA 4 malah melaporkan Minah ke Kepolisian Sektor Ajibarang.³³²

Kalau melihat kasus Minah, dapat disimpulkan bahwa aparat penegak hukum mengutamakan kepastian hukum dalam penegakan hukumnya tanpa memperhatikan rasa keadilan. Penegakan hukum yang diartikan oleh para aparat penegak hukum yang menangani kasus Minah adalah Penegakan hukum secara tekstual yaitu mengartikan perbuatan Minah sebagai pencurian. Padahal kalau mau dihitung, harga buah kakao tersebut lebih murah dibandingkan biaya perkara yang harus dikeluarkan untuk menangani kasus tersebut. Selain itu, motif Minah adalah potret dari kemiskinan. Kalau ada yang mau dihukum, seharusnya Negara karena tidak dapat menjalankan fungsinya yaitu mensejahterakan rakyat.

Minah divonis hukuman percobaan penjara 1 bulan 15 hari. Hakim sebagai pemutus perkara mencoba menegakan hukum secara tekstual dimana ketika seseorang melanggar hukum maka dia harus mendapatkan hukuman tanpa memperhatikan apa yang menjadi dasar si pelanggar hukum. Menurut van Apeldoorn, hakim harus menyesuaikan (*waarderen*) undang-undang dengan hal-hal yang konkrit yang terjadi di masyarakat dan hakim dapat menambah (*aanvullen*) undang-undang apabila perlu. Hakim harus menyesuaikan undang-undang dengan hal-hal yang konkrit, karena undang-undang tidak meliputi segala kejadian yang timbul dalam masyarakat. Untuk itu, diperlukan hakim yang

³³² *Ibid.*

progresif dalam memutus suatu perkara yaitu dengan memperhatikan keberlakuan yuridis, sosiologis dan filosofis.³³³

Berdasarkan pendapat Radbruch, dapat dikatakan bahwa seorang hakim dapat mengabaikan hukum tertulis (*statutory law/ state law*) apabila hukum tertulis tersebut ternyata dalam praktiknya tidak memenuhi rasa keadilan sebagaimana diharapkan oleh masyarakat pencari keadilan. Namun, wajah peradilan Indonesia berangkat dari kasus Minah hanya menitikberatkan pada aspek dogmatika atau *statutory law* bahkan seringkali hakim hanya bertugas untuk menjadi corong undang-undang (*la bouche de la loi*) yang berakibat pada penciptaan keadilan formal belaka bahkan seringkali menemui kebuntuan legalitas formal.³³⁴

Penegakan hukum yang berkeadilan seharusnya sarat dengan etis dan moral. Penegakan hukum seharusnya dapat memberi manfaat atau berdaya guna (*utility*) bagi masyarakat. Namun disamping itu, masyarakat juga mengharapkan adanya penegakan hukum untuk mencapai keadilan. Kendatipun demikian, terkadang apa yang dianggap berguna belum tentu adil, begitu juga sebaliknya, apa yang dirasakan adil, belum tentu berguna bagi masyarakat. Namun perlu diperhatikan bahwa di dalam menegakan hukum akan lebih baik diutamakan nilai keadilan. Hal ini sesuai dengan penegakan hukum progresif menurut Satjipto Rahardjo.³³⁵

Satjipto Rahardjo mengatakan penegakan hukum merupakan satu usaha untuk mewujudkan ide-ide dan konsep-konsep menjadi kenyataan. Penegakan hukum adalah suatu proses untuk mewujudkan keinginan-keinginan hukum

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ *Ibid.*

menjadi kenyataan. Keinginan-keinginan hukum adalah pikiran-pikiran badan pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan-peraturan hukum. Oleh karena itu, tujuan penegakan hukum yang paling utama adalah untuk menjamin adanya keadilan tanpa mengabaikan aspek kemanfaatan dan kepastian hukum bagi masyarakat.

Gustav Radbruch menyebut keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum sebagai tiang penyanggah penegakan hukum. Ketiga-tiganya diperlukan untuk sampai pada pengertian dan implementasi hukum yang memadai. Khusus tujuan keadilan atau finalitas yaitu menekankan dan menentukan isi hukum, sebab isi hukum memang sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai. Namun Satjipto Rahardjo mengingatkan bahwa masalah kepastian hukum bukan urusan undang-undang semata, melainkan lebih merupakan urusan perilaku manusia. Kepastian hukum itu menjadi masalah besar sejak hukum itu dituliskan. Sebelum itu, selama ribuan tahun, apabila kita berbicara mengenai hukum, maka kita lebih banyak berbicara mengenai keadilan.

Menurut Satjipto Rahardjo, pemikiran hukum perlu kembali pada filosofi dasarnya yaitu hukum untuk manusia. Dengan filosofi tersebut, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum itu bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Seperti halnya kasus Minah tersebut, untuk mewujudkan keadilan bagi korban dan pelaku, adalah baik ketika para penegak hukum berpikir dan bertindak secara progresif yaitu tidak menerapkan peraturan secara tekstual tetapi perlu menerobos aturan (*rule breaking*) karena pada

akhirnya hukum itu bukan teks demi tercapainya keadilan yang diidamkan oleh masyarakat.

Hukum yang progresif berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Hukum bukan sebagai institusi yang bersifat mutlak dan final, melainkan sebagai institusi bermoral, bernurani dan karena itu sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Hukum adalah suatu institusi yang bertujuan untuk mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia. Kemanusiaan dan keadilan menjadi tujuan dari segalanya dalam kita berkehidupan hukum. Maka kalimat “hukum untuk manusia” bermakna juga “hukum untuk keadilan”. Ini berarti, bahwa kemanusiaan dan keadilan ada di atas hukum. Intinya adalah penekanan pada penegakan hukum berkeadilan yang di Indonesia yaitu terciptanya kesejahteraan masyarakat atau yang sering disebut dengan “masyarakat yang adil dan makmur”. Oleh karena itu, pemerintah yang mengemban tugas negara dalam membuat undang-undang harus sungguh-sungguh memperhatikan 2 (dua) hal yang telah dijelaskan di atas yaitu hukum hendaknya membuat sejahtera dan bahagia masyarakat serta hukum yang diciptakan harus berpihak kepada masyarakat dan itulah yang disebut “hukum untuk manusia”.³³⁶

Masalah yang seringkali muncul adalah tidak dipenuhinya nilai keadilan, terutama rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hakim tidak dengan sungguh-sungguh menggali nilai-nilai yang hidup di masyarakat (*the living law*)

³³⁶ *Ibid.*

seperti yang telah diamanatkan oleh UU Kekuasaan Kehakiman dengan alasan terkait dengan aturan hukum formal yang sebenarnya kaku dan seringkali melenceng dari rasa keadilan masyarakat. Di sini penegakan hukum telah mengalami kebuntuan legalitas formalnya untuk menghadirkan keadilan substantif. Ada yang perlu dilakukan untuk menembus kebuntuan legalitas formal itu, yaitu dengan melakukan *non of enforcement of law* yaitu kebijakan tidak menegakan hukum. Kebijakan untuk tidak memberlakukan hukum dapat dilakukan dalam situasi sebagai berikut :³³⁷

1. Kalau hukum tidak akrab dengan realitas social, tidak dekat dengan rasa keadilan rakyat, tidak dimengerti karena bahasa hukum yang sulit dimengerti. Bahasa hukum terbatas jumlahnya dan rata-rata berasal dari golongan penguasa dan orang-orang yang sulit dimengerti oleh rakyat ini kerap kali dianggap merupakan suatu kesombongan kekuasaan (*the arrogance of power*).
2. Bilamana peraturan pelaksanaan merupakan sesuatu yang mutlak harus ada pada suatu produk hukum tertentu. Dalam keadaan demikian ini, tanpa peraturan pelaksanaan, maka produk hukum secara operasional akan berhenti fungsinya dan hanya dapat menjadi bahan diskusi.
3. Bila peraturan perundang-undangan bertentangan dengan Pancasila sebagai Kaidah Penuntun.

Kebijakan tidak menegakan hukum seharusnya bias dilakukan oleh para aparat penegak hukum ketika menangani kasus minah demi terwujudnya keadilan

³³⁷ *Ibid.*

substansial dan bukan hanya keadilan formal yang hanya mementingkan nilai kepastian hukum.

Kendati gagasan tentang hukum progresif baru dikumandangkan beberapa pakar hukum di Indonesia, di antaranya oleh Satjipto Rahardjo, namun tanggapan cukup meluas di kalangan masyarakat ilmiah, bahkan masyarakat awam. Alasannya cukup sederhana; pertama, kejahatan sistemik yang melanda Indonesia semisal korupsi telah menimbulkan dampak luas, sehingga korupsi ditahbiskan sebagai kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*) bagi kehidupan bangsa. Untuk itu masyarakat membutuhkan perangkat hukum yang dipandang adekuat untuk mengatasi kejahatan tersebut. Kedua, gagasan tentang hukum progresif belum lagi merupakan teori yang mapan (*established theory*), sehingga lebih mudah dibicarakan pada tataran wacana (*discourse*) yang mengundang masukan dari berbagai pakar, tidak hanya pakar hukum, melainkan juga pakar dari berbagai disiplin ilmu. Ketiga, setiap manusia pasti memiliki idealisme yang tinggi untuk meraih sesuatu, hukum progresif memenuhi persyaratan idealisasi, karena sangat menyentuh hasrat atau keinginan manusia akan keadilan (*will to justice*).³³⁸

Satu pemikiran ilmiah lazimnya berangkat dari persoalan (*problem*). Archie Bahm menegaskan bahwa titik tolak penting dalam penelitian ilmiah ialah *problem*. Satu penelitian ilmiah bertitik tolak dari permasalahan tertentu yang menarik untuk dipecahkan oleh seorang peneliti atau ilmuwan.³³⁹ Masalah bisa ditemukan dalam berbagai literatur atau kepustakaan yang dibaca, sehingga

³³⁸ Rizal Mustansyir, *Landasan Filosofis Mazhab Hukum Progresif: Tinjauan Filsafat Ilmu*, <http://progresif-lshp.blogspot.com/>, diposting pada Kamis, 4 Desember 2014

³³⁹ Archie Bahm, *Metaphysics: An Introduction*, Albuquerque: Harper and Row Publishers, 1986, hlm. 6

melahirkan rasa ingin tahu (*curiosity*) yang lebih besar terhadap satu pokok persoalan. Masalah juga bisa ditemukan melalui diskusi, baik yang sifatnya ringan maupun yang berat atau ketat ilmiah sehingga mengundang rasa ingin tahu atas satu fokus permasalahan. Bisa jadi masalah penelitian berawal dari pengalaman hidup sehari-hari, perihal yang dipandang biasa (*ordinary*) oleh orang awam bisa menjadi gagasan ilmiah di kalangan para ilmuwan. Kadangkala permasalahan bisa muncul dalam bentuk intuitif, yakni kilatan pengetahuan yang muncul dalam diri seseorang secara spontan, tanpa direncanakan terlebih dahulu. Acapkali permasalahan timbul lantaran teori yang ada dipandang tak mampu memecahkan minimal tidak memuaskan problem kongkret di masyarakat. Demikian pula halnya dalam hukum progresif, hal terakhir inilah yang paling menonjol ketika teori hukum yang ada dipandang tidak lagi memadai untuk mengatasi problem hukum di masyarakat.

Salah satu problem hukum dalam kehidupan masyarakat Indonesia yang sulit untuk diatasi adalah korupsi. Magnis Suseno, salah seorang pakar Filsafat Sosial, menengarai bahwa korupsi tidak berkurang pasca kejatuhan Orde Baru, karena sewaktu Soeharto berkuasa ia masih mampu mendisiplinkan para bawahannya. Namun ketika Soeharto jatuh, sifat asli mereka semakin kelihatan. Mereka hanya mementingkan diri sendiri dan menggunakan kesempatan untuk merampok harta negara sebanyak mungkin.³⁴⁰

³⁴⁰ Magnis Suseno., 2003, "Pembangunan Berkelanjutan dalam Peningkatan Keimanan dan Ketaqwaan kepada Tuhan Yang Maha Esa", dalam Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII dengan tema *Penegakan Hukum dalam Era Pembangunan Berkelanjutan*, BPHN Depkeh & HAM, Denpasar, 14-18 Juli 2003.

Satjipto Rahardjo³⁴¹ menegaskan bahwa tindakan pro-aktif aparat kejaksaan untuk mengungkap kasus korupsi sangat dinantikan masyarakat. Selain membutuhkan jaksa yang berani, Indonesia juga membutuhkan penegakan hukum yang progresif. Tuntutan kebutuhan akan hukum progresif sebagaimana yang ditengarai oleh Satjipto Rahardjo berangkat dari kekecewaan masyarakat atas ketidakmampuan aparat hukum untuk meminimalisasikan tindak pidana korupsi yang dijuluki sebagai *extra ordinary crime*.³⁴² Muladi bahkan melihat korupsi tidak lagi sebagai *local matter* tetapi sudah merupakan fenomena transnasional yang dapat mempengaruhi kehidupan internasional, sehingga dibutuhkan kerja sama internasional untuk mengendalikannya secara komprehensif dan multidisipliner.³⁴³ Bayangkan saja tokoh masyarakat yang juga ilmuwan profesional seperti panitia KPU saja terlibat dalam masalah korupsi. Anggota DPR yang dianggap mampu mewakili aspirasi rakyat, malah melukai hati rakyat dengan perilaku korupsi.

Kebutuhan akan hukum progresif dengan pendekatan yang komprehensif dan multidisipliner merupakan kata kunci untuk memahami asumsi yang ada di balik hukum progresif itu sendiri. Paling tidak ada beberapa asumsi yang perlu diperhatikan dalam hukum progresif. Pertama, Hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan

³⁴¹ Satjipto Rahardjo., 2004, "Kejaksaan Segeralah Bertindak", dalam *KOMPAS*, 2 Oktober, 2004.

³⁴² Susilo Bambang Yudoyono, 2005, Pidato disampaikan dalam Rapat Koordinasi tentang Percepatan Penanganan TPK antara Polri, Kejaksaan Agung, dan KPK, Jakarta, 7 Maret, 2005.

³⁴³ Muladi, 2004, "Substantive Highlights's dari Konvensi PBB untuk Melawan Korupsi", dalam Seminar *Aspek Pertanggungjawaban Pidana Dalam Kebijakan Publik dari Tindak Pidana Korupsi*, Diselenggarakan oleh Kejaksaan Agung RI bekerjasama dengan Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 6-7 Mei 2004.

untuk sesuatu yang lebih luas dan besar. Kalau terjadi permasalahan di bidang hukum, maka hukum harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum. Kedua, Hukum bukan institusi yang mutlak dan final, melainkan dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*).³⁴⁴

Sebuah artikel³⁴⁵ yang berjudul Rekonstruksi Birokrasi Kejaksaan dengan Pendekatan Hukum Progresif Studi Penyelidikan, Penyidikan dan Penuntutan Tindak Pidana Korupsi menunjukkan kebersinggungan hukum progresif dengan beberapa teori. Pertama, teori hukum responsif dengan tokohnya Nonet & Selznick yang menginginkan agar hukum peka terhadap setiap perkembangan masyarakat. Salah satu ciri yang menonjol dari teori hukum responsif ini ialah menawarkan lebih dari sekadar *procedural justice*, namun lebih berorientasi pada keadilan dengan memperhatikan kepentingan umum. Teori ini lebih menekankan pada *substantial justice*. Persoalan keadilan lebih dipahami sebagai *quid ius*, bukan *quid iuris*.³⁴⁶

Kedua, teori hukum realis atau *legal realism* yang ditokohi Oliver Wendell Holmes yang terkenal dengan adagium "*The life of the law has not been logic; it has been experience*". Bahwasanya hukum tidak sebatas logika, melainkan lebih pada pengalaman. Hukum tidak dilihat dari kacamata hukum itu sendiri, melainkan lebih dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai, serta

³⁴⁴ Satjipto Rahardjo., 2005 "Hukum Progresif, Hukum Yang Membebaskan, dalam *Jurnal Hukum Progresif*, Volume 1/No.1/April 2005, PDIH Ilmu Hukum UNDIP.

³⁴⁵ <http://www.antikorupsi.org>

³⁴⁶ Rizal Mustansyir, *op.cit.*

akibat yang ditimbulkan dari cara bekerjanya hukum. Pemahaman atas hukum tidak hanya bersifat tekstual, melainkan melampaui dokumen hukum.

Ketiga, *sociological jurisprudence* yang ditokohi Roscoe Pound mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan, tetapi juga melihat efek dan bekerjanya hukum (*law as a tool for social engineering*). Hukum merupakan alat rekayasa sosial.

Keempat, hukum alam (*natural law*) yang memberi penjelasan tentang hal-hal yang meta-juridical atau sesuatu di balik hukum. Hukum alam memandang hukum tidak terlepas dari nilai-nilai moral yang bersifat transendental.

Kelima, studi hukum kritis (*critical legal studies*) yang ditokohi Roberto M. Unger. Mazhab ini tidak puas dengan hukum modern yang sarat dengan prosedur. Gerakan studi hukum kritis telah menggerogoti gagasan pokok pemikiran hukum moderen dan menyodorkan satu konsepsi hukum yang secara tak langsung mengenai masyarakat dan memberi gambaran tentang satu praktek politik. Dua perhatian yang paling menonjol dari gerakan ini ialah kritik terhadap formalisme dan objektivisme.³⁴⁷

Pengaitan hukum progresif dengan kelima teori hukum pendahulunya ini cukup beralasan (*Rationis sufficientis*), karena dinamika masyarakat yang ditangkap oleh berbagai teori hukum yang telah mengemuka tentu mengalami perubahan yang signifikan. Di samping itu sebuah teori dalam disiplin ilmu apa pun hanya dipandang sebagai bentuk kebenaran sementara (meminjam prinsip *Falsifiable Karl Popper*) sebelum ditemukan teori lain yang dipandang lebih

³⁴⁷ Roberto M. Unger, *Gerakan Studi Hukum Kritis*, Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, 1999, hlm. 25.

sophisticated. Kesadaran akan hukum sebagai sebuah proses untuk terus menjadi, melahirkan kesadaran baru bahwa hukum harus terus menerus mencari jati diri. Ibarat ular yang terus berganti kulit, maka diperlukan keterbukaan wawasan dari para pakar hukum untuk terus melangkah ke arah idealisme hukum dan melawan bentuk kemandegan hukum dan pendewaan atas berhala teoritis dalam panggung ilmiah (Francis Bacon menyebutnya dengan istilah *Idola Theatri*).

Hukum progresif memang masih berupa wacana, namun kehadirannya terasa sangat dibutuhkan oleh masyarakat Indonesia yang sudah mengalami krisis kepercayaan terhadap hukum yang berlaku sekarang ini. Hukum progresif belum lagi menampakkan dirinya sebagai sebuah teori yang sudah mapan. Menurut pemikiran Imre Lakatos,³⁴⁸ apa yang kita pikirkan sebagai “teori” merupakan kumpulan yang sesungguhnya rapuh, berbeda dengan teori yang dihimpun dari beberapa gagasan umum atau yang biasa dinamakan Lakatos dengan inti pokok program (*hard core*). Lakatos menamakan kumpulan ini dengan istilah program riset (*Research Programs*). Para ilmuwan yang terlibat dalam program ini akan melindungi inti teori dari usaha falsifikasi di belakang suatu sabuk pelindung (*a protective belt*) dari hipotesis pelengkap (*auxiliary hypotheses*).

Demikian pula halnya dengan hukum progresif, harus ada inti pokok program (*hard core*) yang perlu dijaga dan dilindungi dari kesalahan-kesalahan yang mungkin timbul ketika hukum progresif itu akan diterapkan ke dalam peraturan perundang-undangan. Oleh karena itu, manakala hukum progresif dikembangkan dari wacana (*discourse*) menjadi sebuah teori, maka haruslah

³⁴⁸ Chalmers, A.F., *Apa itu Yang Dinamakan Ilmu?, Terjemahan: Redaksi Hasta Mitra, What is this thing called Science?*, Jakarta: Penerbit Hasta Mitra, 1983, hlm. 85 .

dilengkapi dengan hipotesis pelengkap (*auxiliary hypotheses*). Hal inilah yang nampaknya belum dimiliki hukum progresif, sehingga pencetus ide (Satipto Rahardjo) harus dapat mengembangkan program riset ilmiah tentang hukum progresif secara serius, tidak hanya berhenti pada tataran wacana. Inti pokok program yang perlu dipertahankan dalam hukum progresif adalah hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Adagium bahwa hukum adalah untuk manusia perlu dipertahankan dari berbagai bentuk *falsifiable* agar kedudukan hukum sebagai alat (*tool*) untuk mencapai sesuatu, bukan sebagai tujuan yang sudah final. Apa yang dimaksud dengan *falsifiable* disini meminjam istilah *Popper*, yaitu sebuah hipotesis atau teori hanya diterima sebagai kebenaran sementara sejauh belum ditemukan kesalahannya. Semakin sulit ditemukan kesalahannya, maka hipotesis atau teori itu justru mengalami pengukuhan (*corroboration*).

Setiap teori ilmiah, baik yang sudah mapan maupun yang masih dalam proses kematangan, memiliki landasan filosofis. Ada tiga landasan filosofis pengembangan ilmu, termasuk hukum, yaitu ontologis, epistemologis, dan aksiologis. Landasan ontologis ilmu hukum artinya hakikat kehadiran ilmu hukum itu dalam dunia ilmiah. Artinya apa yang menjadi realitas hukum, sehingga kehadirannya benar-benar merupakan sesuatu yang substansial. Landasan *epistemologis* ilmu hukum artinya cara-cara yang dilakukan di dalam ilmu hukum, sehingga kebenarannya bisa dipertanggungjawabkan secara ilmiah. Landasan aksiologis ilmu hukum artinya manfaat dan kegunaan apa saja yang terdapat dalam hukum itu, sehingga kehadirannya benar-benar bisa dirasakan manfaatnya oleh masyarakat.

Landasan *ontologis* hukum progresif lebih terkait dengan persoalan realitas hukum yang terjadi di Indonesia. Masyarakat mengalami krisis kepercayaan terhadap peraturan hukum yang berlaku. Hukum yang ada dianggap sudah tidak mampu mengatasi kejahatan kerah putih (*white collar crime*) seperti korupsi, sehingga masyarakat mengimpikan teori hukum yang lebih adekuat. Ketika kehausan masyarakat akan kehadiran hukum yang lebih baik itu sudah berakumulasi, maka gagasan tentang hukum progresif ibarat gayung bersambut. Persoalannya adalah substansi hukum progresif itu sendiri seperti apa, belum ada hasil pemikiran yang terprogram secara ilmiah.

Landasan *epistemologis* hukum progresif lebih terkait dengan dimensi metodologis yang harus dikembangkan untuk menguak kebenaran ilmiah. Selama ini metode kasuistik dalam istilah logika lebih dekat dengan pengertian induktif lebih mendominasi bidang hukum. Kasus pelanggaran hukum tertentu yang dikaitkan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dicari dalam pasal-pasal hukum yang tertulis, menjadikan dimensi metodologis belum berkembang secara optimal. Interpretasi atas peraturan perundang-undangan yang berlaku didominasi oleh pakar hukum yang kebanyakan praktisi yang memiliki kepentingan tertentu, misalnya untuk membela kliennya. Tentu saja hal ini mengandung validitas tersendiri, namun diperlukan terobosan metodologis yang lebih canggih untuk menemukan inovasi terhadap sistem hukum yang berlaku. Misalnya interpretasi terhadap peraturan perundang-undangan yang tidak semata-mata bersifat tekstual, melainkan juga kontekstual. Hukum tidak dipandang sebagai kumpulan huruf atau kalimat yang dianggap mantra sakti yang hanya

boleh dipahami secara harafiah. Metode hermeneutika boleh dikembangkan oleh para pakar hukum untuk membuka wawasan tentang berbagai situasi yang melingkupi kasus hukum yang sedang berkembang dan disoroti masyarakat. Misalnya kasus korupsi yang terjadi di kalangan birokrat, bukan semata-mata dipahami sebagai bentuk kecilnya gaji yang mereka terima, sehingga sikap permisif atas kejahatan korupsi yang dilakukan acapkali terjadi. Pemahaman atas sikap amanah atas jabatan yang mereka emban jauh lebih penting untuk menuntut rasa tanggung jawab (*sense of responsibility*) mereka. Hukum harus dikaitkan dengan kemampuan seseorang dalam mengemban amanah. Dengan demikian landasan epistemologis hukum progresif bergerak pada upaya penemuan langkah metodologis yang tepat, agar hukum progresif dapat menjadi dasar kebenaran bagi peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Apa yang dimaksud dengan metodologis disini ialah kajian perihal urutan langkah-langkah yang ditempuh (prosedur ilmiah), supaya pengetahuan yang diperoleh benar-benar memenuhi ciri ilmiah. Metodologi merupakan bidang yang ditempuh untuk memperoleh pengetahuan dan sekaligus menjamin objektivitas atau kebenaran ilmu. Metodologi merupakan proses yang menampilkan logika sebagai paduan sistematis dari berbagai proses kognitif yang meliputi: klasifikasi, konseptualisasi, kesimpulan, observasi, eksperimen, generalisasi, induksi, deduksi, dan lain-lain. Hukum progresif baru dapat dikatakan ilmiah manakala prosedur ilmiah berupa langkah-langkah metadis di atas sudah jelas.

Landasan aksiologis hukum progresif terkait dengan problem nilai yang terkandung di dalamnya. Aksiologi atau Teori Nilai menurut Runes adalah hasrat,

keinginan, kebaikan, penyelidikan atas kodratnya, kriterianya, dan status metafisiknya. Hasrat, keinginan, dan kebaikan dari hukum progresif perlu ditentukan kriteria dan status metafisiknya agar diperoleh gambaran yang lebih komprehensif tentang nilai yang terkandung di dalamnya. Kriteria nilai terkait dengan standar pengujian nilai yang dipengaruhi aspek psikologis dan logis. Hal ini sangat tergantung pada aliran filsafat yang dianut, kaum hedonist misalnya menemukan standar nilai dalam kuantitas kesenangan. Kaum idealis lebih mengakui sistem objektif norma rasional sebagai kriteria. Sedangkan kaum naturalis menemukan ketahanan biologis sebagai tolok ukur. Hukum progresif seharusnya lebih memihak pada cara pandang kaum idealis yang mengakui sistem objektif norma rasional, karena persoalan yang dihadapi hukum progresif harus dipandang secara *objektif-rasionalistik*.

Pentingnya memahami landasan nilai dalam sebuah teori atau gerakan ilmiah adalah untuk mengetahui secara pasti orientasi atau kiblat dari teori atau aliran tersebut. Persoalan yang pokok dalam aksiologi ilmu adalah: Apa tujuan pengembangan ilmu? Apakah ilmu bebas nilai atautkah tidak? Nilai-nilai apa yang harus ditaati oleh ilmuwan? Tujuan ilmu yang hakiki adalah untuk kemaslahatan atau kepentingan manusia, bukan ilmu untuk ilmu (*science to science*). Ilmu yang dikembangkan untuk kepentingan manusia senantiasa akan memihak pada masyarakat, bukan pada dokumen atau lembaran ilmiah semata. Ketika kepentingan manusia terkalahkan oleh dokumen ilmiah, maka di sanalah dibutuhkan landasan nilai (*basic of value*) yang mampu memperjuangkan dan mengangkat martabat kemanusiaan sebagai suatu bentuk *actus humanus*. Hukum

progresif harus memiliki landasan nilai yang tidak terjebak ke dalam semangat legal formal semata, namun memihak kepada semangat kemanusiaan (*spirit of humanity*). Problem ilmu itu bebas nilai atau tidak, masih menjadi perdebatan di kalangan ilmuwan. Namun mereka yang berpihak pada kubu bebas nilai (*value-free*) terutama kaum positivistik harus mengakui bahwa manusia tidak dapat diperlakukan seperti benda mati atau angka-angka yang bersifat *exactly, measurable, clear and distinct*. Manusia adalah makhluk berkesadaran yang memiliki nurani yang tidak sertamerta serba pasti, terukur, jelas dan terpilah. Manusia adalah makhluk dinamis yang selalu berproses dalam menemukan jati dirinya. Lantaran itu pula terma “kejahatan” (*criminal*) tidak ditemukan dalam ranah benda mati atau dunia satwa, melainkan dalam kehidupan manusia.

Menurut Habermas, Ilmu selalu memiliki kepentingan³⁴⁹. Ia menegaskan bahwa pemahaman atas realitas didasarkan atas tiga kategori pengetahuan yang mungkin, yakni informasi yang memperluas kekuasaan kita atas kontrol teknik; informasi yang memungkinkan orientasi tindakan dalam tradisi umum; dan analisis yang membebaskan kesadaran kita dari ketergantungannya atas kekuasaan. Dengan demikian hanya ada tiga struktur kepentingan yang saling terkait dalam organisasi sosial, yaitu kerja, bahasa, dan kekuasaan. Hukum progresif pun tak sepenuhnya bebas nilai, bahkan sangat terkait dengan kepentingan pembebasan kesadaran kita dari ketergantungan atas kekuasaan (politik, hukum positif, dan lain-lain).

³⁴⁹ Jurgen Habermas, *Knowledge and Human Interest*, Translated by: Jeremy J. Shapiro, Boston: Beacon Press, 1971, hlm. 131

Nilai-nilai yang harus ditaati oleh ilmuwan (termasuk pakar hukum), tidak hanya peraturan perundang-undangan sebagai bentuk *rule of the game* dalam kehidupan berbangsa-bernegara, tetapi juga keberpihakan kepada kebenaran (*truth*), pengembangan profesionalitas yang menuntut pertanggungjawaban ilmiah, dan lain-lain.

D. Perlindungan Profesi Advokat

Sebagaimana aparat penegak hukum lain, setelah lahirnya UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat, advokat mendapatkan pengakuan sebagai salah satu aparat penegak hukum. Namun, sangat disayangkan sebagian dari mereka tidak memahami apa itu penegak hukum. Hal ini didukung dengan tidak adanya pengaturan secara tegas tentang kewenangan advokat. Aparat penegak hukum hakim, jaksa, polisi dalam menjalankan tugas dan fungsinya sebagai aparat penegak hukum diberikan kewenangan tetapi Advokat dalam menjalankan profesinya tidak diberikan kewenangan. Melihat kenyataan tersebut maka diperlukan pemberian kewenangan kepada advokat. Kewenangan tersebut diperlukan selain untuk menciptakan kesejajaran diantara aparat penegak hukum juga untuk menghindari adanya multi tafsir diantara aparat penegak hukum yang lain dan kalangan advokat itu sendiri terkait dengan kewenangan. Sementara UU No. 18 tahun 2003 tentang Advokat tidak mengatur tentang kewenangan Advokat di dalam menjalankan fungsi dan tugasnya sebagai aparat penegak hukum. Dengan demikian maka terjadi kekosongan norma hukum terkait dengan kewenangan Advokat tersebut.

Kewenangan dan kekuatan Advokat sebagai kuasa hukum dari klien hanya bergantung pada ada atau tidaknya surat kuasa yang dilimpahkan padanya. Bentuk kewenangan klien yang dilimpahkan kepada advokat merupakan bentuk kewenangan yang besumber mandat yaitu pelimpahan kewenangan dan tanggung jawab masih dipegang si pemberi mandat. Artinya kewenangan advokat dalam melaksanakan tugasnya sebagai bantuan hukum tergantung dari kecil besarnya dan/atau ringan beratnya mandat yang dilimpahkan klien kepadanya. Dalam lapangan hukum perdata, advokat bertindak sebagai wakil dari klien secara *litigasi* di Pengadilan perdata dimulai sejak pendaftaran perkara ke kepaniteraan sampai pada sidang dimuka pengadilan. Begitu pula dalam lapangan hukum pidana, advokat bertindak sebagai wakil klien mulai dari tingkat pemeriksaan, penyidikan hingga di muka sidang pengadilan.³⁵⁰

Perlu diketahui bahwa profesi advokat adalah merupakan organ negara yang menjalankan fungsi negara. Dengan demikian maka profesi Advokat sama dengan Kepolisian, Kejaksaan dan Kehakiman sebagai organ negara yang menjalankan fungsi negara. Bedanya adalah kalau Advokat adalah lembaga *private* yang berfungsi publik sedangkan Kepolisian, Kejaksaan dan Kehakiman adalah lembaga publik. Jika Advokat dalam menjalankan fungsi dan tugasnya diberikan kewenangan dalam statusnya sebagai aparat penegak hukum maka kedudukannya sejajar dengan aparat penegak hukum yang lain. Dengan kesejajaran tersebut akan tercipta keseimbangan dalam rangka menciptakan sistem penegakan hukum yang lebih baik. Karena itulah, untuk menunjang eksistensi advokat dalam menjalankan

³⁵⁰ Sukris Sarmadi, *Advokat (Litigasi dan Non Litigasi Pengadilan)*, Bandung: Mandar Maju, 2009, hlm. 111-113

fungsi dan tugasnya dalam sistem penegakan hukum, maka diperlukan kewenangan yang harus diberikan kepada advokat.

Pendapat maupun perlakuan dalam praktek yang masih menempatkan advokat sebagai unsur yang lebih rendah kedudukannya dibanding dengan elemen peradilan lainnya juga disebabkan oleh ketidakjelasan kewenangan advokat. Padahal profesi advokat adalah profesi yang bisa masuk di segala bidang permasalahan kehidupan. Advokat tidak ada berperan dalam dunia hukum saja, profesi advokat dibutuhkan di segala macam bidang perekonomian seperti dalam proses kepailitan, pasar modal dan segala macam urusan diluar bidang *litigasi*. Untuk itu Penulis menyebutnya sebagai *professional multi purpose*. Profesinya yang bersifat *muti purpose* ini tidak akan berjalan secara optimal tanpa adanya pengaturan secara tegas mengenai kewenangan advokat dalam Undang-Undang.

Kewenangan advokat tersebut diperlukan dalam rangka menghindaritindakan kesewenang-wenangan yang dilakukan oleh aparat penegak hukum yang lain (hakim, jaksa, polisi) dan juga dapat memberikan batasan kewenangan yang jelas terhadap advokat dalam menjalankan profesinya. Kewenangan tersebut diperlukan selain untuk menciptakan kesejajaran diantara aparat penegak hukum juga untuk menghindari adanya multi tafsir diantara aparat penegak hukum yang lain dan kalangan advokat itu sendiri terkait dengan kewenangan.

Urgensi kewenangan advokat dalam sistem penegakan hukum sangat penting guna menjaga independensi advokat dalam menjalankan profesinya dan juga guna menghindari adanya kesewenang-wenangan yang dilakukan oleh penegak hukum. Penulis menganggap pentingnya penegasan mengenai

kewenangan advokat dalam sistem penegak hukum di Indonesia. Oleh karena itu, selain mengatur hak dan kewajiban advokat Pemerintah juga perlu mengatur kewenangan apa saja yang diberikan oleh advokat dalam sistem penegakan hukum di Indonesia. Beberapa kewenangan advokat yang menurut Penulis harus dipertegas dalam Undang-Undang adalah sebagai berikut:

1. Kewenangan advokat dalam sistem peradilan pidana;
2. Kewenangan advokat dalam sistem peradilan perdata;
3. Kewenangan advokat sebagai anggota organisasi advokat;
4. Kewenangan advokat sebagai kurator dalam proses kepailitan;
5. Kewenangan advokat sebagai penunjang pasar modal (konsultan hukum);
6. Dan kewenangan advokat lainnya diluar persidangan.

Dalam UU Advokat diatur mengenai tugas dan wewenang Organisasi Advokat namun tidak terperinci, berikut Penulis paparkan kewenangan organisasi advokat yang ada dalam UU Advokat sebagai berikut:

1. **Pasal 1 ayat (4) UU Advokat:** Organisasi Advokat adalah organisasi profesi yang didirikan berdasarkan Undang-Undang ini.

2. Pasal 2

(1) Yang dapat diangkat sebagai Advokat adalah sarjana yang berlatar belakang pendidikan tinggi hukum dan setelah mengikuti pendidikan khusus profesi Advokat yang dilaksanakan oleh Organisasi Advokat.

(2) Pengangkatan Advokat dilakukan oleh Organisasi Advokat.

3. Pasal 3

(f) lulus ujian yang diadakan oleh Organisasi Advokat;

4. Pasal 4

(3) Salinan berita acara sumpah sebagaimana dimaksud pada ayat (2) oleh Panitera Pengadilan Tinggi yang bersangkutan dikirimkan kepada Mahkamah Agung, Menteri, dan Organisasi Advokat.

5. Pasal 7

(2) Ketentuan tentang jenis dan tingkat perbuatan yang dapat dikenakan tindakan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Keputusan Dewan Kehormatan Organisasi Advokat.

6. Pasal 8

(1) Penindakan terhadap Advokat dengan jenis tindakan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf c, atau huruf d, dilakukan oleh Dewan Kehormatan Organisasi Advokat sesuai dengan kode etik profesi Advokat.

(2) Dalam hal penindakan berupa pemberhentian sementara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf c atau pemberhentian tetap dalam huruf d, Organisasi Advokat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menyampaikan putusan penindakan tersebut kepada Mahkamah Agung.

7. Pasal 9

(1) Advokat dapat berhenti atau diberhentikan dari profesinya oleh Organisasi Advokat. (2) Salinan Surat Keputusan pemberhentian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) disampaikan kepada

Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi, dan lembaga penegak hukum lainnya.

8. Pasal 10

(1) Advokat berhenti atau dapat diberhentikan dari profesinya secara tetap karena alasan: c. berdasarkan keputusan Organisasi Advokat.

9. **Pasal 11 :** Dalam hal Advokat dijatuhi pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (1) huruf b yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, Panitera Pengadilan Negeri menyampaikan salinan putusan tersebut kepada Organisasi Advokat.

10. **Pasal 12 ayat (1):** Pengawasan terhadap Advokat dilakukan oleh Organisasi Advokat.

11. **Pasal 13 ayat (1)** Pelaksanaan pengawasan sehari-hari dilakukan oleh Komisi Pengawas yang dibentuk oleh Organisasi Advokat. (3) Ketentuan mengenai tata cara pengawasan diatur lebih lanjut dengan keputusan Organisasi Advokat.

12. **Pasal 23 ayat (2)** Kantor Advokat dapat mempekerjakan advokat asing sebagai karyawan atau tenaga ahli dalam bidang hukum asing atas izin Pemerintah dengan rekomendasi Organisasi Advokat.

13. Pasal 26

(1) Untuk menjaga martabat dan kehormatan profesi Advokat, disusun kode etik profesi Advokat oleh Organisasi Advokat.

(2) Advokat wajib tunduk dan mematuhi kode etik profesi Advokat dan ketentuan tentang Dewan Kehormatan Organisasi Advokat.

(4) Pengawasan atas pelaksanaan kode etik profesi Advokat dilakukan oleh Organisasi Advokat.

(5) Dewan Kehormatan Organisasi Advokat memeriksa dan mengadili pelanggaran kode etik profesi Advokat berdasarkan tata cara Dewan Kehormatan Organisasi Advokat.

(6) Keputusan Dewan Kehormatan Organisasi Advokat tidak menghilangkan tanggung jawab pidana apabila pelanggaran terhadap kode etik profesi Advokat mengandung unsur pidana.

(7) Ketentuan mengenai tata cara memeriksa dan mengadili pelanggaran kode etik profesi Advokat diatur lebih lanjut dengan Keputusan Dewan Kehormatan Organisasi Advokat.

14. Pasal 27

(1) Organisasi Advokat membentuk Dewan Kehormatan Organisasi Advokat baik di tingkat Pusat maupun di tingkat Daerah.

(3) Keanggotaan Dewan Kehormatan Organisasi Advokat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terdiri atas unsur Advokat.

(5) Ketentuan lebih lanjut mengenai susunan, tugas, dan kewenangan Dewan Kehormatan Organisasi Advokat diatur dalam Kode Etik.

15. Pasal 28

(1) Organisasi Advokat merupakan satu-satunya wadah profesi Advokat yang bebas dan mandiri yang dibentuk sesuai dengan ketentuan Undang-Undang ini dengan maksud dan tujuan untuk meningkatkan kualitas profesi Advokat.

(2) Ketentuan mengenai susunan Organisasi Advokat ditetapkan oleh para Advokat dalam Anggaran Dasar dan Anggaran Rumah Tangga.

16. Pasal 29

(1) Organisasi Advokat menetapkan dan menjalankan kode etik profesi Advokat bagi para anggotanya.

(2) Organisasi Advokat harus memiliki buku daftar anggota.

(3) Salinan buku daftar anggota sebagaimana dimaksud pada ayat (2) disampaikan kepada Mahkamah Agung dan Menteri.

(4) Setiap 1 (satu) tahun Organisasi Advokat melaporkan penambahan dan/atau perubahan jumlah anggotanya kepada Mahkamah Agung dan Menteri.

(5) Organisasi Advokat menetapkan kantor Advokat yang diberi kewajiban menerima calon Advokat yang akan melakukan magang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 ayat (1) huruf g.

17. Pasal 30 ayat (2) Setiap Advokat yang diangkat berdasarkan Undang-Undang ini wajib menjadi anggota Organisasi Advokat.

18. Pasal 32

(3) Untuk sementara tugas dan wewenang Organisasi Advokat sebagaimana dimaksud dalam Undang-undang ini, dijalankan bersama oleh Ikatan Advokat Indonesia (IKADIN), Asosiasi Advokat Indonesia (AAI), Ikatan Penasihat Hukum Indonesia (IPHI), Himpunan Advokat dan Pengacara Indonesia (HAPI), Serikat Pengacara Indonesia (SPI), Asosiasi Konsultan Hukum Indonesia

(AKHI), Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal (HKHPM) dan Asosiasi Pengacara Syariah Indonesia (APSI).

(4) Dalam waktu paling lambat 2 (dua) tahun setelah berlakunya Undang-Undang ini, Organisasi Advokat telah terbentuk.

19. Pasal 33

Kode etik dan ketentuan tentang Dewan Kehormatan Profesi Advokat yang telah ditetapkan oleh Ikatan Advokat Indonesia (IKADIN), Asosiasi Advokat Indonesia (AAI), Ikatan Penasihat Hukum Indonesia (IPHI), Himpunan Advokat dan Pengacara Indonesia (HAPI), Serikat Pengacara Indonesia (SPI), Asosiasi Konsultan Hukum Indonesia (AKHI), dan Himpunan Konsultan Hukum Pasar Modal (HKHPM), pada tanggal 23 Mei 2002 dinyatakan mempunyai kekuatan hukum secara mutatis mutandis menurut Undang-Undang ini sampai ada ketentuan yang baru yang dibuat oleh Organisasi Advokat.

Dalam Undang-Undang Advokat yang akan datang diharapkan ada pengaturan secara tegas mengenai kewenangan advokat. Kewenangan advokat tersebut akan mendukung pelaksanaan tugas dan fungsi advokat. Menurut pendapat Penulis secara garis besar, ada 3 (tiga) tugas dan fungsi utama seorang advokat sebagai seorang *protector* (pembela) yaitu:

1. Memberi jasa hukum, baik didalam maupun diluar Pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan undang-undang yang berlaku (Pasal 1 UU Advokat dan Pasal 1 Kode Etik Advokat Indonesia);

2. Turut mewujudkan prinsip-prinsip negara hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara (Penjelasan Umum UU Advokat);
3. Membantu tegaknya keadilan berdasarkan hukum untuk kepentingan masyarakat pencari keadilan, termasuk usaha memberdayakan masyarakat dalam menyadari hak-hak fundamental mereka di depan hukum (Penjelasan Umum UU Advokat).

Tugas advokat memberikan jasa hukum diluar pengadilan menjelaskan bahwa sebenarnya advokat selain sebagai *protector*/pembela masyarakat pencari keadilan dalam proses pengadilan, advokat bisa melakukan sosialisasi tentang hukum kepada masyarakat demi mewujudkan kemajuan bangsa dan pembaharuan hukum. Sebagai yang kita ketahui, bahwa advokat juga berperan dalam proses pembangunan hukum, hal ini dapat dilakukan dengan melakukan sebuah kegiatan yang bertujuan untuk mesosialisasikan hukum bagi masyarakat yang belum atau tidak mengerti hukum. Kegiatan seperti ini juga dapat membantu mewujudkan penegakan hukum yang berkeadilan, karena selain aparat penegak hukum, masyarakat juga merupakan unsur penting dalam proses penegakan hukum.

Dalam penegakan hukum nilai kebenaran dan keadilan harus diutamakan. Penegak hukum merupakan subyek dari penegakan hukum di Indonesia, mereka mempunyai pengaruh yang besar terhadap pelaksanaan penegakan hukum. Sebagai salah satu penegak hukum yang setara dengan penegak hukum lainnya, advokat harus diberi kewenangan secara tegas dalam suatu norma tertulis. Kekosongan aturan tentang kewenangan advokat dapat menimbulkan ketidakseragaman pelaksanaan kewenangan bagi masing-masing advokat

sehingga menimbulkan kesewenang-wenangan. Upaya ini diharapkan dapat membantu dalam proses perlindungan hukum advokat sesuai dengan peraturan perundang-undangan maupun kode etik etik. Selain itu, agar pelaksanaan penegakan hukum di Indonesia berjalan sesuai dengan harapan masyarakat Indonesia, yakni untuk mewujudkan keadilan.



BAB IV

PENYELESAIAN TINDAK PIDANA MELALUI MEDIASI PENAL MEWUJUDKAN KEADILAN RESTORATIF

A. Alternatif Penyelesaian Sengketa

Pasal 1 butir 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, menyebutkan *Alternative Dispute Resolution* adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsolidasi dan penilaian ahli.

Untuk mengembangkan gagasan penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan atau kemudian dikenal sebagai *Alternative Dispute Resolution* perlu didukung oleh statistik yang terpadu yang dapat dipercaya (akurat), bukan hanya dengan kekuatan undang-undang saja, melainkan juga memerlukan dukungan asas hukum pidana dan landasan filsafat hukum yang menjadi pondasi sistem hukum pidana nasional.

Penyelesaian perkara pidana melalui ADR menurut Mudzakir dalam *workshop* yang diselenggarakan oleh *Security and Justice Governance Reform Programme Assistant*, Kemitraan *Partnership* bahwa istilah penyelesaian di luar pengadilan tidak sama dengan istilah *alternative dispute resolution* meskipun keduanya ada kesamaan, yaitu perkara pelanggaran hukum pidana tidak diajukan ke pengadilan.³⁵¹

Dalam Kepustakaan Hukum berbahasa Inggris dapat ditemukan adanya dua pandangan tentang konsep *alternative dispute resolution*. Satu pandangan

³⁵¹ Siswanto Sunarso, *Viktimologi dalam Sistem Peradilan Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hlm 148.

menyatakan, bahwa *alternative dispute resolution* – sering juga ditulis dan disebut dengan singkatan ADR–merupakan sebuah konsep yang mencakup semua bentuk atau cara-cara penyelesaian sengketa selain dari proses peradilan atau litigasi (*litigation*).

Bentuk atau cara-cara penyelesaian sengketa selain dari peradilan, antara lain, meliputi negosiasi, mediasi, pencari fakta, dan arbitrase. Pandangan ini merupakan pandangan yang diterima umum di kalangan sarjana pada umumnya. Namun, ada pandangan lain yang menyatakan bahwa *alternative dispute resolution* merupakan konsep yang mencakup semua bentuk atau cara-cara penyelesaian sengketa yang didasarkan pada pendekatan konsensus atau mufakat para pihak, sedangkan penyelesaian yang bersifat memutus (*adjudicative*) tidak termasuk ke dalam *alternative dispute resolution*.

Dengan demikian, menurut pandangan kedua ini, arbitrase tidak termasuk ke dalam *alternative dispute resolution* karena arbitrase merupakan proses penyelesaian sengketa dengan cara memutus (*adjudicative*) oleh arbiter seperti halnya hakim dalam proses peradilan.³⁵²

Menurut konsep, ADR merupakan lembaga yang diakui secara hukum sebagai lembaga penyelesaian perkara yang sah dan diatur dalam peraturan perundang-undangan melalui mekanisme mediasi, arbitrase, atau rekonsiliasi. Sedangkan penyelesaian perkara di luar pengadilan pada umumnya dikenal sebagai kebijakan yang dilakukan oleh aparat penegak hukum yang memiliki wewenang untuk melakukan diskresi atau penyimpangan perkara pidana atau dilakukan oleh korban, masyarakat, atau pihak lain yang terkait pelanggaran hukum pidana, baik posisinya sebagai pelanggar dan keluarganya atau sebagai pihak yang dirugikan, atau korban dan keluarganya. Istilah umum

³⁵² Takdir Rahmadi, *Mediasi Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Op, Cit, hlm 11.

yang populer adalah perdamaian dalam perkara pelanggaran hukum pidana.³⁵³

Lembaga ADR diakui sebagai lembaga penyelesaian perkara, sehingga perkara yang telah diselesaikan melalui model ADR adalah perkara yang benar-benar dinyatakan telah selesai. Konsekuensinya perkara yang telah diselesaikan melalui ADR, tertutup kemungkinannya (tidak bisa) diajukan lagi ke pengadilan. Jika pihak-pihak yang terlibat dalam perselisihan tersebut memang benar-benar tidak ada kesepakatan atau masih ada keberatan, maka penyelesaian tersebut menjadi alasan untuk mengajukannya ke pengadilan.³⁵⁴

Berbeda dengan itu, model penyelesaian di luar pengadilan tidak menutup kemungkinan perkara tersebut untuk diajukan ke pengadilan, meskipun telah terjadi kesepakatan antara pihak pelaku dengan korbannya untuk diselesaikan di luar pengadilan atau perdamaian dapat dijadikan pertimbangan meringankan pidana.

Dalam pelanggaran hukum pidana tertentu, maksudnya pelanggaran hukum pidana yang termasuk delik aduan, penyelesaian di luar pengadilan dapat diakui secara sah sebagai penyelesaian perkara pidana, karena perkara telah terselesaikan maka tidak ada alasan hukum untuk mengajukan perkara ke pengadilan.³⁵⁵

Menurut Mas Achmad Santoso, ADR merupakan konsep penyelesaian sengketa dengan dilakukan di luar pengadilan secara kooperatif yang diarahkan pada suatu kesepakatan atau solusi dalam menang-menang (*win-win solution*). Solusi menang-menang ini merupakan kesepakatan yang mampu mencerminkan kepentingan para pihak yang terlibat dalam sengketa (*shadard interest*).³⁵⁶

Menurut Sudharto P. Hadi, terdapat beberapa keunggulan penyelesaian yang

³⁵³ Siswanto Sunarso, *Op, Cit*, hlm 148.

³⁵⁴ *Ibid*, hlm 148.

³⁵⁵ *Ibid*, hlm 149.

³⁵⁶ Nirmala Sari, *Mediasi Penal Sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm 93.

diperoleh melalui proses ADR, antara lain:³⁵⁷

1. Mampu memenuhi segitiga kepuasan (*triangle satisfaction*).

Segitiga dimaksud meliputi aspek substansi, yakni bahwa pihak-pihak yang bersengketa memperoleh kesepakatan sesuai yang diharapkan. Hal ini bisa dalam bentuk pemberian penggantian kerugian, pemulihan lingkungan dan adanya komitmen pihak lain meningkatkan kinerja lingkungannya agar tidak menimbulkan kerusakan atau pencemaran.

Kepuasan yang kedua dalam bentuk kepuasan prosedural, artinya bahwa penyelesaian konflik dilakukan melalui prosedur yang mereka sepakati bersama. Sebagaimana diketahui, ketika pihak-pihak yang bersengketa sepakat menyelesaikan konflik melalui perundingan maka aturan perundingan, mekanisme dan prosedur yang lain dirumuskan bersama dan ditaati.

Kepuasan yang ketiga dalam bentuk kepuasan psikologis. Hal ini karena masing-masing pihak merasa menjadi bagian dari proses (*part of the process*). Masing-masing tidak merasa *exclude* dalam proses. Buah kesepakatan merupakan kerja keras bersama.

Kovach berpandangan bahwa kepuasan prosedural pada umumnya dicapai melalui keikutsertaan para pihak dalam perundingan. Jika para pihak memiliki kesempatan berpartisipasi tanpa tekanan, kendatipun kesepakatan akhir tidak tercapai, mereka merasa puas.

Kepuasan psikologis akan tercapai menurut Kovach, jika para pihak bukan hanya memiliki kesempatan untuk didengar pendapatnya, tetapi juga mampu mengekspresikan emosi, perasaan, kekecewaan, kesedihan, frustrasi mereka.

2. Murah, cepat dan efisien. Hal ini disebabkan karena prosedurnya tidak rumit sebagaimana di media pengadilan yang harus menunggu lama untuk diproses dan dengan mekanisme yang birokratis.

Secara potensial ADR juga akan lebih cepat, karena semuanya sangat tergantung pada komitmen masing-masing pihak. Dengan dua ciri tersebut, maka ADR akan memungkinkan lebih efisien.

3. Keperansertaan banyak pihak dalam perundingan. Selain *primary parties* (pihak utama) dimungkinkan pihak-pihak lain (*secondary parties*) juga ikut dalam perundingan.

4. Agenda pembahasan merupakan kreasi dari para pihak. Prinsip sukarela tercermin dalam proses perundingan sejak tahap awal sampai akhir

³⁵⁷ *Ibid*, hlm 99.

- perundingan. Dalam penyusunan agenda pembahasan tentang isu (masalah yang dihadapi), masing-masing pihak tentu dipersilahkan untuk menyampaikan isu-isu (masalah yang perlu dipecahkan). Dari sekian banyak isu, maka diperlukan kesepakatan isu-isu mana yang perlu dibahas.
5. Sejalan dengan semangat reformasi. Daya kritis dan keberanian masyarakat dalam mengemukakan pendapat seharusnya diakomodasikan dalam forum yang tepat, sehingga tidak menimbulkan anarki. ADR merupakan salah satu media bagi masyarakat menyalurkan aspirasi dan keinginannya. Dalam konteks ini ADR memberikan sumbangan bagi terwujudnya masyarakat sipil (madani).
 6. Sejalan dengan nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat Indonesia, yang menempatkan musyawarah untuk mencapai kesepakatan dalam penyelesaian konflik, demi mencapai kehidupan yang selaras dengan alam dan damai dengan sesama.

Menurut Sudharto P. Hadi pula, di samping memiliki keunggulan sebagaimana disebutkan di atas, ADR juga memiliki kelemahan berikut :³⁵⁸

1. Keengganan berunding;
2. Tidak merasa setara;
3. Pemahaman tentang ADR;
4. Bertahan pada posisi;
5. Tidak rasional;
6. Kecurigaan yang berlebihan;
7. Kekuatan hukum lemah;
8. Belum tersedianya mediator dalam jumlah yang memadai

B. Mediasi sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa

Petunjuk atau pedoman berperilaku secara pantas dikenal dengan kaedah atau norma, merupakan ukuran atau standar untuk bertingkah laku yang akan menjaga hubungan sesama manusia, ataupun hubungan antara manusia dengan masyarakat dapat berjalan baik, dengan kata lain bahwa keberadaan norma atau

³⁵⁸ *Ibid*, hlm 100.

kaedah adalah untuk menjaga adanya keseimbangan dalam kehidupan masyarakat.

Salah satu kesadaran hukum yang berasal dari nilai-nilai (norma-norma) kehidupan masyarakat di Indonesia, yang saat ini terus berkembang adalah model penyelesaian sengketa non litigasi, antara lain adalah melalui mediasi. Takdir Rahmadi, mengatakan bahwa mediasi adalah proses penyelesaian sengketa antara dua pihak atau lebih melalui perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus,³⁵⁹ sedangkan menurut Djoko Sarwoko dikatakan pengertian mediasi, sebagai suatu proses yang dilakukan oleh para pihak dengan dibantu seorang mediator atau lebih bersifat netral.³⁶⁰

Sebagaimana yang diketahui bahwa pada umumnya penyelesaian sengketa hukum dapat ditempuh melalui 2 (dua) jalur, yaitu jalur litigasi (peradilan) atau jalur non-litigasi (di luar peradilan), tetapi biasanya penyelesaian sengketa (perkara) melalui jalur litigasi sering terkendala oleh berbagai faktor, misalnya masalah pembuktian, biaya yang besar dan faktor-faktor lain, dan oleh sebab itu sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat pada masa sekarang, maka jalur non litigasi menjadi pilihan para pihak dalam penyelesaian sengketa yang terjadi.

Berdasarkan Pasal 1 angka 10 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999, ditegaskan bahwa alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.

³⁵⁹ Takdir Rahmadi (2), *Mediasi Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm 12.

³⁶⁰ Djoko Sarwoko, *Beberapa Model Alternatif Dispute Resolution*, Majalah Varia Peradilan, Tahun XI Nomor 124 Januari 1996, hlm 142.

Winarta mengatakan bahwa masing-masing lembaga penyelesaian sengketa di luar pengadilan dapat ditempuh dengan cara :³⁶¹

1. Konsultasi

Yaitu suatu tindakan yang bersifat personal antara suatu pihak tertentu (klien) dengan pihak lain yang merupakan pihak konsultan, dimana pihak konsultan memberikan pendapatnya kepada klien sesuai dengan keperluan dan kebutuhan kliennya.

2. Negosiasi

Suatu upaya penyelesaian sengketa para pihak tanpa melalui proses pengadilan dengan tujuan mencapai kesepakatan bersama atas dasar kerja sama yang lebih harmonis dan kreatif.

3. Mediasi

Cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator.

4. Konsiliasi

Penengah akan bertindak menjadi konsiliator dengan kesepakatan parapihak dengan mengusahakan solusi yang dapat diterima. Penilaian Ahli, yaitu pendapat para ahli untuk suatu hal yang bersifat teknis dan sesuai dengan bidang keahliannya.

Terkait istilah mediasi, yang secara etimologi berasal dari bahasa latin, yaitu *mediare*, yang berarti berada di tengah.

Makna ini menunjukkan pada peran yang ditampilkan pihak ketiga sebagai mediator dalam menjalankan tugasnya menengahi dan menyelesaikan sengketa antara para pihak. Berada di tengah bermakna bahwa mediator harus berada pada posisi netral dan tidak memihak dalam menyelesaikan sengketa. Mediator harus mampu menjaga kepentingan para pihak yang bersengketa secara adil dan sama, sehingga menumbuhkan kepercayaan (*trust*) dari para pihak yang bersengketa.³⁶²

Dalam perkembangan praktik hukum di Indonesia, penggunaan instrument

³⁶¹ Frans Hendra Winarta, *Hukum Penyelesaian Sengketa: Arbitrase Nasional Indonesia dan Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm 7.

³⁶² Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat dan Hukum Nasional*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm 2.

hukum mediasi pada peradilan di Indonesia baru dimulai sejak tanggal 11 September 2003 yang didasarkan pada Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi dan Pengadilan, yang kemudian diganti dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Dalam perkembangan lebih lanjut Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 telah dicabut dan diganti dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, yang memberikan pengertian mediasi adalah sebagai cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator.

Peran mediator membantu para pihak mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa dengan cara tidak memutus atau memaksakan pandangan atau penilaian atas masalah-masalah selama proses mediasi berlangsung. Takdir Rahmadi, mengatakan bahwa mediasi adalah proses penyelesaian sengketa antara dua pihak atau lebih melalui perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus,³⁶³ sedangkan menurut Djoko Sarwoko dikatakan pengertian mediasi, sebagai suatu proses yang dilakukan oleh para pihak dengan dibantu oleh seorang mediator atau lebih yang bersifat netral.³⁶⁴

Berdasarkan pengertian mediasi sebagaimana tersebut di atas, dapat diasumsikan bahwa pengertian mediasi mengandung unsur-unsur sebagai berikut :

³⁶³ Takdir Rahmadi (2), *Op. Cit.*, Hlm 12.

³⁶⁴ Djoko Sarwoko, *Op. Cit.*, Hlm 142.

1. Mediasi adalah proses penyelesaian sengketa berdasarkan perundingan;
2. Mediator terlibat dan diterima oleh para pihak yang bersengketa di dalam perundingan;
3. Mediator bertugas membantu para pihak yang bersengketa untuk mencari penyelesaian;
4. Mediator tidak mempunyai kewenangan membuat keputusan selama perundingan berlangsung; dan
5. Tujuan mediasi adalah untuk mencapai atau menghasilkan kesepakatan yang dapat diterima pihak-pihak yang bersengketa guna mengakhiri sengketa.

Di Indonesia dasar hukum mediasi yang merupakan salah satu dari sistem alternatif penyelesaian sengketa adalah dasar negara Indonesia, yaitu Pancasila, yang dalam filosofinya tersirat bahwa asas penyelesaian sengketa adalah musyawarah dan mufakat.

Secara khusus peraturan tertulis yang mengatur tentang mediasi adalah Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999. Selain itu, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, antara lain terdapat dalam :

1. Pasal 58, yang menentukan bahwa upaya penyelesaian sengketa perdata dapat dilakukan di luar pengadilan negara melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa;
2. Pasal 60 ayat (1), yang menentukan bahwa alternatif penyelesaian sengketa merupakan lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.

Awalnya landasan formil mengenai penerapan mediasi dalam sistem peradilan pada dasarnya tetap bertitik tolak dari ketentuan *Herzien Inlandsch Reglemen (HIR)* dan ketentuan *Rechtreglement voor de Buitengewesten (RBg)*, khususnya Pasal 130 *HIR jo.* Pasal 154 *Rbg*, yang merupakan sumber Hukum Acara Perdata yang berlaku di Indonesia.

Pasal ini menghendaki penyelesaian perkara dengan perdamaian dari pada proses putusan biasa. Bentuk penyelesaian yang digariskan Pasal 130 *HIR jo.* Pasal 154 *RBg*, yaitu para pihak menyelesaikan sendiri lebih dahulu kesepakatan tanpa campur tangan hakim.

Selanjutnya kesepakatan perdamaian itu diminta kepada hakim untuk dituangkan dalam bentuk akte perdamaian yang disepakati para pihak yang berperkara, intervensi hakim sangat kecil hanya berupa pembuatan akte perdamaian yang dijatuhkan sebagai putusan pengadilan yang berisi amar menghukum para pihak untuk menaati dan mematuhi isi perdamaian dimaksud.

Terkait dengan penerapan ketentuan Pasal 130 *HIR jo.* Pasal 154 *RBg*, dalam praktik pengadilan, Djoko Sarwoko mengemukakan bahwa dalam permulaan pemeriksaan perkara perdata undang-undang telah mewajibkan kepada Pengadilan, dengan perantara Ketua Majelis, untuk mencoba mendamaikan kedua belah pihak, tetapi ketentuan tersebut di dalam praktik belum dilaksanakan dengan sungguh-sungguh sehingga pelaksanaannya hanya sekedar memenuhi formalitas belaka.³⁶⁵

Mahkamah Agung berpendapat bahwa ketentuan Pasal 130 *HIR jo.* Pasal 154 *RBg* tersebut perlu diatur lebih lanjut mengenai tata cara pelaksanaannya agar lebih optimal, sehingga lahir Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun

³⁶⁵ *Ibid*, hlm 146.

2003, yang selanjutnya digantikan dengan keluarnya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008, dan terakhir telah diganti pula dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016.

Dalam diktum menimbang pada konsideran Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016, disebutkan bahwa :

1. Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa secara damai yang tepat, efektif, dan dapat membuka akses yang lebih luas kepada para pihak untuk memperoleh penyelesaian yang memuaskan, serta berkeadilan;
2. Dalam rangka reformasi birokrasi Mahkamah Agung Republik Indonesia yang berorientasi pada visi terwujudnya badan peradilan Indonesia yang agung, salah satu elemen pendukung adalah mediasi sebagai instrumen untuk meningkatkan akses masyarakat terhadap keadilan sekaligus implementasiasas penyelenggaraan peradilan yang sederhana, cepat, dan berbiaya ringan;
3. Ketentuan hukum acara perdata yang berlaku, Pasal 154 Reglemen Hukum Acara untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (*Reglement Tot Regeling van Het Rechtswezen in de Gewesten Buiten Java en Madura, Staatsblad 1927: 227*) dan Pasal 130 Reglemen Indonesia yang diperbaharui (*Het HerzieneInlandsch Reglement, Staatsblad 1941:44*) mendorong para pihak untuk menempuh proses perdamaian yang dapat didayagunakan melalui mediasi dengan mengintegrasikannya ke dalam prosedur berperkara di pengadilan;
4. Prosedur mediasi di pengadilan menjadi bagian hukum acara perdata dapat memperkuat dan mengoptimalkan fungsi lembaga peradilan dalam penyelesaian sengketa;

5. Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan belum optimal memenuhi kebutuhan pelaksanaan mediasi yang lebih berdayaguna dan mampu meningkatkan keberhasilan mediasi di pengadilan;
6. Berdasarkan pertimbangan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, huruf b, huruf c, huruf d dan huruf e, perlu menyempurnakan Peraturan Mahkamah Agung tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Tidak semua perkara dapat diselesaikan dengan mediasi, karena berdasarkan Pasal 4 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016, ditentukan beberapa jenis perkara wajib menempuh mediasi, yaitu semua sengketa perdata yang diajukan ke pengadilan termasuk perkara perlawanan (*verzet*) atas putusan *verstek* dan perlawanan pihak berperkara (*partij verzet*) maupun pihak ketiga (*derden verzet*) terhadap pelaksanaan putusan yang telah berkekuatan hukum tetap, sedangkan dalam Pasal 4 ayat (2) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016, ditentukan pula bahwa sengketa yang dikecualikan dari kewajiban penyelesaian melalui mediasi, yaitu :

1. Sengketa yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaiannya, yang meliputi :
 - a. Sengketa yang diselesaikan melalui prosedur Pengadilan Niaga;
 - b. Sengketa yang diselesaikan melalui prosedur Pengadilan Hubungan Industrial;
 - c. Keberatan atas putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha;
 - d. Keberatan atas putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen;

- e. Permohonan pembatalan putusan arbitrase;
 - f. Keberatan atas putusan Komisi Informasi;
 - g. Penyelesaian perselisihan partai politik;
 - h. Sengketa yang diselesaikan melalui tata cara gugatan sederhana; dan
 - i. Sengketa lain yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaiannya dalam ketentuan peraturan perundang-undangan;
2. Sengketa yang pemeriksaannya dilakukan tanpa hadirnya penggugat atau tergugat yang telah dipanggil secara patut;
 3. Gugatan balik (rekonvensi) dan masuknya pihak ketiga dalam suatu perkara (intervensi);
 4. Sengketa mengenai pencegahan, penolakan, pembatalan dan pengesahan perkawinan;
 5. Sengketa yang diajukan ke pengadilan setelah diupayakan penyelesaian di luar pengadilan melalui mediasi dengan bantuan mediator bersertifikat yang terdaftar di pengadilan setempat tetapi dinyatakan tidak berhasil berdasarkan pernyataan yang ditandatangani oleh para pihak dan mediator bersertifikat.

Tujuan dilakukannya mediasi adalah menyelesaikan sengketa antara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan imparial. Mediasi dapat mengantarkan para pihak ketiga pada perwujudan kesepakatan damai yang permanen dan lestari, mengingat penyelesaian sengketa melalui mediasi menempatkan kedua belah pihak pada posisi yang sama, tidak ada pihak yang dimenangkan atau pihak yang dikalahkan (*win win solution*).

Dalam mediasi para pihak yang bersengketa proaktif dan memiliki kewenangan penuh dalam pengambilan keputusan. Mediator tidak memiliki

kewenangan dalam pengambilan keputusan, tetapi hanya membantu para pihak dalam menjaga proses mediasi guna mewujudkan kesepakatan damai.³⁶⁶

Tujuan mediasi tidak untuk menghakimi salah atau benar, tetapi lebih memberikan kesempatan kepada para pihak untuk :³⁶⁷

1. Menemukan jalan keluar dan pembaruan perasaan;
2. Melenyapkan kesalahpahaman;
3. Menentukan kepentingan yang pokok;
4. Menemukan bidang-bidang yang mungkin dapat persetujuan; dan
5. Menyatukan bidang-bidang tersebut menjadi solusi yang disusun sendiri oleh para pihak.

C. Keadilan Restoratif Dalam Penegakan Hukum

Minat pendekatan *restorative justice* sejak Konggres 5 tahunan PBB: *Congress on Crime Prevention and The Treatment of Offenders*. Tahun 1990 dan 1995, LSM dari beberapa negara mensponsori sejumlah sesi pertemuan untuk secara khusus berdiskusi tentang *restorative justice*. Tahun 2000 dihasilkan UN, *Basic Principles On The Use of Restorative Justice Programmes In Criminal Matters* yang berisi sejumlah prinsip-prinsip mendasar dari penggunaan pendekatan *restorative justice*.³⁶⁸ Model pendekatan ini adalah upaya penyelesaian perkara pidana yang menitikberatkan pada adanya partisipasi langsung pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara

³⁶⁶ Handar Subhandi, "Tujuan dan Manfaat Mediasi", <http://handarsubhandi.blogspot.co.id>.

³⁶⁷ Anonim, *Pengertian Mediasi, Tujuan, Dasar Hukum, Tahapan, Jenis, Kelebihan dan Kekurangan Mediasi*.

³⁶⁸ Yunan Hilmy, *Penegakan Hukum Melalui Pendekatan Restorative Justice*, Makalah Dalam Rakernis Fungsi Reserse Narkoba Jajaran Polda Kalsel, di Banjarmasin, 11 April 2012.

pidana. Terlepas dari kenyataan bahwa pendekatan ini masih diperdebatkan secara teoretis, akan tetapi pandangan ini pada kenyataannya berkembang dan banyak mempengaruhi kebijakan hukum dan praktik di berbagai negara.

Restorative justice adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini. Di pihak lain, *restorative justice* juga merupakan suatu kerangka berfikir yang baru yang dapat digunakan dalam merespon suatu tindak pidana bagi penegak dan pekerja hukum.

Dalam penerapannya, *restorative justice* menekankan: adanya kemauan dari pelaku untuk memperbaiki kerugian yang telah ditimbulkannya sebagai bentuk rasa tanggung jawab, adanya kemauan dari korban untuk memberikan maaf, kemauan masyarakat untuk terlibat dalam penyelesaian perkara dan kemauan dari aparat penegak hukum untuk menegakkan hukum secara adil.

Pada intinya, pelaksanaan *restorative justice* adalah memperbaiki kerusakan sosial diakibatkan pelaku, mengembangkan pemulihan korban dan masyarakat, serta mengembalikan pelaku kepada masyarakat. Upaya ini membutuhkan kerja sama semua pihak dan penegak hukum.

Restorative justice menawarkan sesuatu yang berbeda karena mekanisme peradilan yang terfokus kepada pembuktian perkara pidana diubah menjadi proses dialog dan mediasi. Selain itu, tujuan akhir dari sistem berjalan dalam sistem peradilan pidana yaitu membuktikan kesalahan pelaku dan menjatuhkan hukuman diubah menjadi upaya mencari kesepakatan atas suatu penyelesaian perkara

pidana yang menguntungkan. Tujuan pemidanaan diarahkan pada perbaikan hubungan sosial para pihak. Hal ini secara sederhana dapat digambarkan sebagai berikut:

Perbandingan Sistem Peradilan Pidana dan *Restorative Justice*

	Sistem Peradilan Pidana	<i>Restorative Justice</i>
Tujuan	Mengulangi dan Mengendalikan kejahatan	Mencari penyelesaian atas tindak pidana yang terjadi
Tolak Ukur Keberhasilan	Jumlah Perkara yang diproses dan pidana yang dijatuhkan	Kesepakatan para pihak dapat dijalankan
Tujuan akhir	Mengintegrasikan pelaku kembali ke masyarakat untuk menjadi warga yang baik	Pemulihan hubungan sosial antar stake holder
Bentuk Penyelesaian	Pembalasan, Pemaksaan, Penderitaan bagi pelaku	Pemaafan, Sukarela, Perbaikan untuk semua

Jika dibandingkan beberapa negara lain, *restorative justice* diterapkan secara berbeda-beda, tetapi semuanya diterapkan hanya tindak pidana tertentu.

Di New Zealand, Inggris dan Wales, Philipina dan Canada misalnya, kasus tindak pidana dilakukan anak-anak dan remaja. Di Afrika Selatan pendekatan *restorative justice* digunakan dalam menyelesaikan kasus kekerasan yang pernah dilakukan oleh rezim Apartheid. Australia, Canada, Finlandia, Ghana, Bulgaria, atau Belgia, *restorative justice* digunakan konsep mediasi. Inggris, Selandia Baru, atau Afrika Selatan, digunakan dalam sistem pemidanaan.³⁶⁹

Dengan menjadikan *restorative justice* sebagai pendekatan maka ada beberapa keuntungan yang bisa didapatkan. *Pertama*, masyarakat diberikan ruang untuk menangani sendiri permasalahan hukumnya yang dirasakan lebih adil. *Kedua*, beban negara dalam beberapa hal menjadi berkurang. Misalnya untuk

³⁶⁹ Yunan Hilmy, *Op, Cit.*

mengurusi tindak pidana-tindak pidana yang masih dapat diselesaikan secara mandiri oleh masyarakat.

Aparat kepolisian, kejaksaan dan pengadilan dapat lebih memfokuskan diri untuk memberantas tindak pidana-tindak pidana yang kualifikasinya lebih berbahaya. Secara administratif, jumlah perkara yang masuk kedalam sistem peradilan dapat dikurangi sehingga beban institusi pengadilan sebagaimana diungkapkan diatas menjadi berkurang.

Dengan demikian beban untuk menyediakan anggaran penyelenggara sistem peradilan pidana utamanya dalam hal penyelenggaraan lembaga pemasyarakatan pun akan berkurang. Sebagai contoh, Berdasarkan data Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, isi hunian Lembaga Pemasyarakatan ke Kalimantan Tengah hingga maret 2012 adalah 4.707 orang dengan diantaranya 1.968 orang kasus narkoba dan 170 orang anak. Padahal kapasitasnya hanya 1760 orang. Dengan demikian terdapat *over capasitas* sebesar 267,4 %.³⁷⁰

D. Keadilan Restoratif dan Tujuan Pidanaan

Salah satu bagian tidak terpisahkan dari hukum pidana adalah ppidana. Bukan merupakan hukum pidana suatu peraturan hanya mengatur norma tanpa diikuti suatu ancaman pidana.

Pidana dijatuhkan bagi mereka yang dianggap salah, merupakan sikap derita (*suffering*) yang harus dijalani, walaupun demikian, sanksi pidana bukanlah

³⁷⁰ *Ibid.*

semata-mata bertujuan memberikan rasa derita.³⁷¹ Pidana pada hakekatnya merupakan alat mencapai tujuan dan bagaimana merumuskan tujuan tersebut dalam konsep atau materi suatu undang-undang yang oleh pembentuknya ingin ditegakkan dengan mencantumkan pidana.

Selain ditegakkan, di dalamnya terdapat tujuan pemidanaan dan syarat pemidanaan. Tujuan pemidanaan terdapat perlindungan masyarakat dan perlindungan atau pembinaan pelakunya.

Bahwa pidana pada hakekatnya hanya merupakan alat mencapai tujuan yang bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok yaitu perlindungan masyarakat dan perlindungan atau pembinaan individu pelaku tindak pidana. Bertolak dari keseimbangan, syarat pemidanaan menurut konsep juga bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu, antara faktor objektif dan subjektif.³⁷²

Garland mendefinisikan pidana adalah *the legal process whereby violators of criminal law are condemned and sanctioned in accordance with specified legal categories and procedures* (suatu proses hukum dimana merupakan suatu celaan dan sanksi terhadap pelanggar hukum pidana sesuai dengan kategorisasi dan aturan hukum yang telah ditetapkan).³⁷³ Dengan demikian, pidana merupakan nestapa yang dikenakan negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang. Pidana dijatuhkan secara sengaja oleh negara terhadap terpidana agar dirasakan sebagai nestapa. Penderitaan pidana merupakan penebusan dosa dari si pembuat. Dengan penebusan dosa, kesalahannya akan

³⁷¹ Niniek Suparni, *Op, Cit*, hlm 1.

³⁷² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung: 2002, hlm 88.

³⁷³ David Garland, *Punishment in Modern Society, A Study in Social Theory* Clarendon Press, Oxford, 1990, hlm 312.

dipulihkan keseimbangan nilai pada diri si pembuat. Penebusan diri adalah kebutuhan fundamental dari sifat moral kita.³⁷⁴

Disisi lain pidana juga merupakan suatu reaksi atas delik, dan berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delikitu.³⁷⁵ Nestapa yang ditempakan kepada pembuat delik bukanlah suatu tujuanyang terakhir dicita-citakan masyarakat, tetapi nestapa hanyalah suatu tujuan yang terdekat. Hukum pidana dalam usahanya untuk mencapai tujuan-tujuannya tidaklah semata-mata dengan menjatuhkan pidana, tetapi dengan jalan menggunakan tindakan-tindakan. Menurut Roeslan Saleh, tindakan dapat dipandang sebagai suatu sanksi, tetapi tidak bersifat pembalasan, dan ditujukan semata-mata pada prevensi khusus, dan tindakan dimaksudkan untuk menjaga keamanan masyarakat terhadap ancaman bahayanya.³⁷⁶

Menurut Simons, pidana (*straf*) adalah suatu penderitaan yang oleh undang-undang pidana telah dikaitkan dengan pelanggaran terhadap suatu norma, yang dengan suatu putusan hakim telah dijatuhkan bagi seseorang yang bersalah.³⁷⁷ Sementara itu, Van Hamel mengartikan pidana sebagai: Suatu penderitaan yang bersifat khusus, yang telah dijatuhkan oleh kekuasaan yang berwenang untuk menjatuhkan pidana atas nama negara sebagai penanggungjawab dari keterlibatan

³⁷⁴ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Undip, Semarang, 2000, hlm 159.

³⁷⁵ Roeslan Saleh, *Hukum Pidana Sebagai Konfrontasi Manusia dan Manusia* Ghalia Indonesia, Jakarta, 1993, hlm 5.

³⁷⁶ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia, Op, Cit*, hlm 9.

³⁷⁷ P. A. F. Lamintang, *Hukum Penitensier Indonesia*, Armico, Bandung, 1984, hlm 35.

hukum umum bagi seorang pelanggar, yakni semata-mata karena orang tersebut telah melanggar suatu peraturan hukum yang harus ditegakkan oleh negara.³⁷⁸

Persoalan pemidanaan bukanlah sekedar proses sederhana untuk memasukkan seseorang ke dalam penjara. Pemidanaan pada dasarnya merupakan gambaran dari sistem moral, nilai kemanusiaan dan pandangan filosofis suatu masyarakat manusia pada suatu zaman, sehingga permasalahan mengenai sistem pemidanaan paling tidak harus meliputi tiga perspektif yaitu filosofis, sosiologis dan kriminologis.³⁷⁹ Pemidanaan merupakan bagian terpenting dalam hukum pidana, karena merupakan puncak dari seluruh proses mempertanggungjawabkan seseorang yang telah bersalah melakukan tindak pidana. Andrew Ashworth mengatakan *acriminal law without sentencing would merely be a declaratory system pronouncing people guilty without any formal consequences following from that guilt*.³⁸⁰ Dengan demikian, hukum pidana tanpa pemidanaan berarti menyatakan seseorang bersalah tanpa ada akibat yang pasti terhadap kesalahannya tersebut. Dengan demikian, konsep tentang kesalahan mempunyai pengaruh yang signifikan terhadap pengenaan pidana dan proses pelaksanaannya. Jika kesalahan dipahami sebagai dapat dicela, maka di sini pemidanaan merupakan perwujudan dari celaan tersebut.³⁸¹

Dalam hukum pidana harus dipikirkan tujuan dan pedoman pemidanaan yang menempati posisi sentral yang bertujuan memberi arah dan pegangan yang

³⁷⁸ *Ibid*, hlm 34.

³⁷⁹ Eva Achjani Zulfa dan Indriyanto Seno Adji, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan Lubuk Agung*, Bandung, 2011, hlm 3.

³⁸⁰ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford: 1991, hlm 12.

³⁸¹ Chairul Huda, *Op, Cit*, hlm 125.

jelas bagi hakim dalam menjatuhkan pidana. Hal ini sesuai dengan hakekat dari undang-undang itu sendiri yang sebenarnya merupakan sistem (hukum) yang bertujuan (*purposive*).³⁸² Selain itu, adanya tujuan dan pedoman pemidanaan dimaksudkan sebagai fungsi pengendali/kontrol, sekaligus memberikan dasar filosofis, rasionalitas dan motivasi pemidanaan yang jelas dan terarah.³⁸³

Ada beberapa tujuan yang hendak dicapai dengan pemidanaan tersebut G.Peter Hoefnagels, sebagaimana dikutip oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa tujuan pidana adalah untuk:³⁸⁴

1. Penyelesaian konflik (*conflict resolution*);
2. Mempengaruhi para pelanggar dan orang-orang lain ke arah perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum (*influencing offenders and possibly other than offenders toward more or less Law-conforming behavior*).

Pada hakekatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana, yaitu:³⁸⁵

1. Segi preventif, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan;
2. Segi pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.

Pada hakekatnya pidana adalah selalu perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tidak hukum. Di samping itu Roeslan Saleh juga mengemukakan bahwa pidana mengandung hal-hal lain, yaitu bahwa pidana

³⁸² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op, Cit*, hlm 136.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid*, hlm 138.

³⁸⁵ Roeslan Saleh, *Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1978, hlm 25.

diterapkan sebagai sesuatu yang akan membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat.

Berkenaan pedoman pemidanaan, terdapat beberapa pedoman pemidanaan, yakni:³⁸⁶

1. Pedoman bersifat umum, yang memberikan pengarahannya kepada hakim mengenai hal-hal apa yang sepatutnya dipertimbangkan dalam menjatuhkan pidana;
2. Pedoman yang bersifat khusus, yang khusus memberikan pengarahannya kepada hakim dalam memilih atau menjatuhkan jenis-jenis pidana tertentu;
3. Pedoman bagi hakim dalam menerapkan sistem perumusan ancaman pidana yang digunakan dalam perumusan delik.

Dalam prakteknya terdapat fakta yang kesenjangan antara harapan dan kenyataan. Seperti masih tingginya angka residivis (pengulangan) terhadap kejahatan, serta banyaknya kejahatan yang menyebabkan viktimisasi terhadap narapidana kejahatan dalam lingkaran sistem peradilan pidana.³⁸⁷ Pelaku kejahatan yang dijatuhi pidana (penjara) di Lembaga Pemasyarakatan, seharusnya akan sadar atas semua kesalahannya dan kembali menjadi orang baik di masyarakat. Akan tetapi, pada kenyataannya sering sekali pelaku malah tidak bisa kembali menjadi orang baik, sehingga tidaklah mengherankan apabila dikatakan penjara sebagai sekolah kejahatan.

Munculnya model hukuman restoratif dikarenakan sistem peradilan pidana dan pemidanaan yang sekarang berlaku menimbulkan masalah. Dalam sistem

³⁸⁶ *Ibid*, hlm 137.

³⁸⁷ Dey Ravena, *Sistem Pemasyarakatan (Pergeseran Paradigma Pembinaan Narapidana dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia)*, Disertasi, Universitas Diponegoro, Semarang, 1997, hlm 10.

kepenjaraan sekarang tujuan pemberian hukuman adalah penjaraan, pembalasan dendam, dan pemberian derita (*suffering*) sebagai konsekuensi perbuatannya. Indikator menghukum tergantung sejauhmana narapidana tunduk pada peraturan penjara. Jadi, pendekatannya lebih ke keamanan (*security approach*).

Selain pemenjaraan yang membawa akibat bagi keluarga narapidana, sistem yang berlaku sekarang dinilai tidak melegakan atau menyembuhkan korban. Apabila proses hukumnya memakan waktu cukup lama. Sebaliknya, pemidanaan restoratif melibatkan korban, keluarga, dan pihak-pihak lain dalam menyelesaikan masalah. Di samping itu, menjadikan pelaku tindak pidana bertanggung jawab untuk memperbaiki kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatannya. Pada korban, penekanannya adalah pemulihan kerugian aset, derita fisik, keamanan, harkat dan kepuasan atau rasa keadilan.

Restorative justice menempatkan nilai yang lebih tinggi dalam keterlibatan yang langsung dari para pihak. Korban mampu untuk mengembalikan unsur kontrol, sementara pelaku didorong untuk menanggung jawab sebagai sebuah langkah dalam memperbaiki kesalahan yang disebabkan oleh tindak kejahatan dan dalam membangun sistem nilai sosialnya. Keterlibatan komunitas secara aktif memperkuat komunitas itu sendiri dan mengikat komunitas akan nilai-nilai untuk menghormati dan rasa saling mengasihi antar sesama. Sehingga peranan pemerintah berkurang dalam memonopoli proses peradilan. *Restorative justice* membutuhkan usaha-usaha yang kooperatif dari komunitas dan pemerintah menciptakan sebuah kondisi dimana korban dan pelaku dapat merekonsiliasikan konflik mereka dan memperbaiki luka-luka mereka.

BAB V

REKONSTRUKSI REGULASI KEWENANGAN ADVOKAT DALAM PENYELESAIAN TINDAK PIDANA MELALUI MEDIASI PENAL BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF

A. Mediasi Penal Dengan Pendekatan Keadilan Restoratif Perspektif Pancasila

Konflik atau pertikaian menjadi fenomena dalam masyarakat, baik terkait dua individu maupun lebih. Situasi semakin mempersulit dunia hukum dan peradilan apabila semua konflik, sengketa atau pertikaian diproses secara hukum oleh peradilan. Karena itu, perlu dicari upaya lain di luar prosedur peradilan, agar masyarakat tidak hanya tergantung prosedur yang ada dengan tetap mendapatkan keadilan dan penyelesaian masalah terutama korban sebagai pihak dirugikan (menderita), di samping pertanggungjawaban pelaku. Salah satu solusi ditawarkan adalah penyelesaian dalam konteks *restorative justice* (keadilan restoratif).

Konsep *restorative justice* merupakan pendekatan menitikberatkan terciptanya keadilan dan keseimbangan bagi pelaku tindak pidana serta korban. Mekanisme peradilan pidana berfokus pemidanaan diubah menjadi proses dialog dan mediasi untuk menciptakan kesepakatan atas penyelesaian perkara pidana lebih adil dan seimbang bagi korban dan pelaku. *Restorative justice* memiliki makna keadilan merestorasi, yaitu adanya restitusi atau ganti rugi terhadap korban.

Hal ini berangkat dari pandangan dalam suatu kejahatan, penderitaan korban tidak saja berakibat pada orang itu sendiri, tetapi berdampak pada orang sekitarnya, bahkan berdampak pada masyarakat dan negara dalam lingkup yang

luas. Dalam praktek peradilan pidana, korban hanya diperlakukan atau diposisikan sebagai saksi (korban), tanpa berhak untuk ikut serta berperan aktif dalam sidang pengadilan. Penegak hukum mendudukkan korban sebagai instrumen dalam rangka membantu mereka menghukum atau menjatuhkan pidana bagi pelaku, tanpa pernah berlanjut pada apa yang dapat mereka berikan untuk kepentingan korban.

Dalam konsep *restorative justice* meliputi pemulihan hubungan antara pihak korban dan pelaku. Pemulihan ini bisa didasarkan atas kesepakatan bersama antara korban dan pelaku. Pihak korban dapat menyampaikan mengenai kerugian yang diderita dan pelaku diberi kesempatan menebusnya, melalui mekanisme ganti rugi, perdamaian, kerja sosial, maupun kesepakatan lain. Hal ini menjadi penting, karena proses pemidanaan konvensional tidak memberikan ruang pada pihak yang terlibat, dalam hal ini korban dan pelaku berpartisipasi aktif penyelesaian masalah mereka.

Pada akhir ini terlihat seolah-olah hanya pengadilan saja tempat paling baik menyelesaikan masalah (konflik) hukum dan mencari keadilan. Sehingga, setiap indikasi adanya tindak pidana, tanpa memperhitungkan eskalasi perbuatan, akan digulirkan ke ranah penegakan hukum yang menjadi yurisdiksi penegak hukum.

Partisipasi aktif masyarakat seakan tidak penting, semuanya bermuara putusan pengadilan dalam bentuk pemidanaan (*punishment*). Padahal, dalam suatu peradilan pidana, pihak berperan adalah penuntut umum, hakim, terdakwa, dan penasihat hukum serta saksi-saksi. Pihak korban diwakili penuntut umum untuk

menguatkan pembuktian, yang lazim dijadikan saksi (korban),³⁸⁸ yang belum memberikan dampak atau manfaat nyata bagi korban kejahatan.

Padahal di banyak negara sudah mulai memikirkan alternatif lain menyelesaikan konflik dalam masyarakat. Hal ini disebabkan ketidakpuasan dan frustrasi terhadap penerapan hukum pidana selama ini, serta penerapan sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) yang tidak memberikan keadilan bagi individu, perlindungan korban, dan tidak memberikan manfaat kepada masyarakat. Apabila dilihat dari sejarah, pendekatan model *restorative justice* merupakan pendekatan darurat pada era 1960 dalam rangka menyelesaikan kasus pidana, yang tidak menggunakan sistem peradilan pidana.

Pendekatan *restorative justice* fokus pada partisipasi langsung dari pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian pidana. Memang pendekatan ini dalam praktek masih mengalami perdebatan secara teori, namun pandangan ini berkembang dan mempunyai dampak terhadap kebijakan hukum dan praktek penegakan hukum di beberapa negara. *Restorative justice* dianggap sebagai pemikiran baru yang dapat digunakan merespon berbagai kejahatan dan menjawab ketidakpuasan dari kinerja sistem peradilan pidana pada saat ini.

Sebelum membahas *restorative justice*, perlu disinggung terlebih dahulu tujuan pidana dan pemidanaan. Karena salah satu bagian yang tidak terpisahkan hukum pidana adalah pemidanaan. Bukan merupakan hukum pidana suatu peraturan yang hanya mengatur norma tanpa diikuti ancaman pidana. Pidana yang dijatuhkan merupakan sikap derita yang harus dijalani. Sanksi pidana bukanlah

³⁸⁸ Bambang Waluyo, *Viktimologi Perlindungan Saksi dan Korban*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm 8.

semata-mata bertujuan memberikan rasa derita.³⁸⁹ Pidana pada hakekatnya merupakan alat mencapai tujuan dan bagaimana merumuskan tujuan dalam konsep atau materi suatu undang-undang yang oleh pembentuknya inginditegakkan dengan mencantumkan pidana. Selain ditegakkan, juga terdapat tujuan ppidanaan dan syarat ppidanaan. Tujuan ppidanaan terdapat perlindungan masyarakat dan perlindungan atau pembinaan pelakunya.

Pidana pada hakekatnya hanya merupakan alat mencapai tujuan yang bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok yaitu perlindungan masyarakat dan perlindungan atau pembinaan individu pelaku tindak pidana. Bertolak dari keseimbangan, syarat ppidanaan menurut konsep juga bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu, antara faktor objektif dan faktor subjektif.³⁹⁰

Garland mendefinisikan pidana adalah *the legal process whereby violators of criminal law are condemned and sanctioned in accordance with specified legal categories and procedures* (suatu proses hukum dimana merupakan suatu celaan dan sanksi terhadap pelanggar hukum pidana sesuai kategorisasi dan aturan hukum yang telah ditetapkan).³⁹¹ Pidana merupakan nestapa yang dikenakan negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran ketentuan undang-undang. Pidana dijatuhkan secara sengaja agar dirasakan sebagai nestapa. Penderitaan pidana merupakan penebusan dosa dari si pembuat. Dengan penebusan dosa, kesalahannya akan dipulihkan keseimbangan nilai pada diri si

³⁸⁹ Niniek Suparni, *Op, Cit*, hlm 1.

³⁹⁰ Barda Nawawi Arif, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op, Cit*, hlm 88.

³⁹¹ David Garland, *Punishment in Modern Society, A Study in Social Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1990, hlm 312.

pembuat. Penebusan diri adalah kebutuhan fundamental dari sifat moral.³⁹² Disisi lain pidana merupakan suatu reaksi atas delik, dan berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik itu.³⁹³

Nestapa yang ditempaikan kepada pembuat delik bukanlah tujuan terakhir dicita-citakan masyarakat, tetapi nestapa hanya suatu tujuan terdekat. Hukum pidana dalam usahanya mencapaitujuannya tidaklah semata-matamenjatuhkan pidana, tetapi menggunakan tindakan yang dipandang sebagai suatu sanksi, tetapi tidak bersifat pembalasan, dan ditujukan semata-matapada prevensi khusus, dan tindakan dimaksudkan menjaga keamanan masyarakat terhadap ancaman bahayanya.³⁹⁴

Menurut Simons, pidana (*straf*) adalah suatu penderitaan yang oleh undang-undang pidana telah dikaitkan pelanggaran suatu norma, yang dengan suatu putusan hakim telah dijatuhkan bagi seseorang yang bersalah.³⁹⁵ Van Hamel mengartikan pidana sebagai Suatu penderitaan bersifat khusus, dijatuhkan oleh kekuasaan yang berwenang menjatuhkan pidana atas nama negara sebagai penanggungjawab dari keterlibatan hukum umum bagi seorang pelanggar, yakni semata-mata karena orang tersebut telah melanggar suatu peraturan hukum yang harus ditegakkan negara.³⁹⁶

Pemidanaan bukanlah sekedar proses sederhana memasukkan seseorang dalam penjara. Pemidanaan pada dasarnya merupakan gambaran dari sistem moral, nilai kemanusiaan dan pandangan filosofis suatu masyarakat manusia pada suatu zaman, sehingga permasalahan mengenai sistem pemidanaan paling tidak

³⁹² Barda Nawawi Arif, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Op, Cit, hlm 159.

³⁹³ Roeslan Saleh, *Hukum Pidana Sebagai Konfrontasi Manusia dan Manusia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983, hlm 5.

³⁹⁴ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Op, Cit, hlm 9.

³⁹⁵ P. A. F. Lamintang, *Hukum Penitensier Indonesia*, Op, Cit, hlm 35.

³⁹⁶ *Ibid*, hlm 34.

harus meliputi tiga perspektif yaitu filosofis, sosiologis dan kriminologis.³⁹⁷ Pidana merupakan bagian terpenting dalam hukum pidana, karena merupakan puncak seluruh proses mempertanggungjawabkan seseorang yang telah bersalah melakukan tindak pidana.

Andrew Ashworth mengatakan *acriminal law without sentencing would merely be a declaratory system pronouncing people guilty without any formal consequences following from that guilt*.³⁹⁸ Hukum pidana tanpa pidana berarti menyatakan seseorang bersalah tanpa ada akibat yang pasti terhadap kesalahan tersebut. Konsepsi kesalahan mempunyai pengaruh signifikan terhadap pengenaan pidana dan proses pelaksanaannya. Jika kesalahan dipahami sebagai dapat dicela, maka di sini pidana merupakan perwujudan dari celaan tersebut.³⁹⁹

Dalam hukum pidana juga harus dipikirkan tujuan dan pedoman pidana. Mengingat dimana rumusan mengenai tujuan dan pedoman pidana dalam sebuah aturan menempati posisi sentral yang bertujuan memberi arah dan pegangan jelas bagi hakim dalam menjatuhkan pidana. Hal ini sesuai hakekat undang-undang yang sebenarnya merupakan sistem (hukum) yang bertujuan (*purposive*).⁴⁰⁰ Selain itu, adanya tujuan dan pedoman pidana

³⁹⁷ Eva Achjani Zulfa dan Indriyanto Seno Adji, *Pergeseran Paradigma Pidana* Lubuk Agung, Bandung, 2011, hlm 3.

³⁹⁸ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991, hlm 12.

³⁹⁹ Chairul Huda, *Op, Cit*, hlm 125.

⁴⁰⁰ Barda Nawawi Arif, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2008, hlm 136.

dimaksudkan sebagai fungsi pengendali/kontrol, sekaligus memberikan dasar filosofis, rasionalitas dan motivasi pemidanaan yang jelas dan terarah.⁴⁰¹

Ada beberapa tujuan yang hendak dicapai dengan pemidanaan. G. Peter Hoefnagels, sebagaimana dikutip Muladi dan Barda Nawawi Arief mengatakan tujuan pidana adalah untuk :⁴⁰²

1. Penyelesaian konflik (*conflict resolution*);
2. Mempengaruhi para pelanggar dan orang lain ke arah perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum (*influencing offenders and possibly other than offenders toward more or less law-conforming behavior*).

Pada hakekatnya ada dua poros yang menentukan garis hukum pidana, yaitu:⁴⁰³

1. Segi prevensi, yaitu hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan;
2. Segi pembalasan, yaitu sekaligus merupakan penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.

Pada hakikatnya pidana adalah selalu perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan. Pidana mengandung hal lain, yaitu pidana diterapkan sebagai sesuatu yang akan membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² *Ibid.*, hlm 138.

⁴⁰³ Roeslan Saleh, *Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1978, hlm 25.

Berkenaan pedoman pemidanaan, terdapat beberapa pedoman pemidanaan, yakni:⁴⁰⁴

1. Pedoman bersifat umum, memberikan pengarahan kepada hakim mengenai hal apa yang sepatutnya dipertimbangkan dalam menjatuhkan pidana;
2. Pedoman bersifat khusus, memberikan pengarahan kepada hakim dalam memilih atau menjatuhkan jenis-jenis pidana tertentu;
3. Pedoman bagi hakim dalam menerapkan sistem perumusan ancaman pidana yang digunakan dalam perumusan delik.

Dalam praktek, terdapat fakta kesenjangan antara harapan dan kenyataan. Seperti masih tingginya angka residivis (pengulangan) kejahatan, serta banyaknya kejahatan yang menyebabkan viktimisasi terhadap narapidana dalam lingkaran sistem peradilan pidana.⁴⁰⁵ Pelaku kejahatan dijatuhi pidana (penjara) di lembaga pemasyarakatan, seharusnya akan sadar atas semua kesalahan dan kembali menjadi orang baik di masyarakat. Akan tetapi, kenyataannya seringkali pelaku malah tidak bisa kembali menjadi orang baik, sehingga tidaklah mengherankan dikatakan penjara sebagai sekolah kejahatan.

Munculnya model hukuman restoratif dikarenakan sistem peradilan pidana dan pemidanaan yang berlaku menimbulkan masalah. Dalam sistem kepenjaraan tujuan pemberian hukuman adalah penjeraan, pembalasan dendam, dan pemberian derita sebagai konsekuensi perbuatan. Indikator menghukum tergantung sejauhmana narapidana tunduk pada peraturan penjara. Jadi, pendekatannya lebih ke keamanan.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, hlm. 137.

⁴⁰⁵ Dey Ravena, *Sistem Pemasyarakatan (Pergeseran Paradigma Pembinaan Narapidana Dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia)*, Disertasi, Universitas Diponegoro, Semarang, 1997, hlm 107.

Selain pemenjaraan membawa akibat bagi keluarga narapidana, sistem yang berlaku dinilai tidak melegakan atau menyembuhkan korban. Apabila proses hukum memakan waktu cukup lama. Sebaliknya, pidana restoratif melibatkan korban, keluarga, dan pihak lain dalam menyelesaikan masalah. Di samping itu, menjadikan pelaku tindak pidana bertanggung jawab memperbaiki kerugian yang ditimbulkan perbuatannya. Pada korban, penekanannya adalah pemulihan kerugian aset, derita fisik, keamanan, harkat dan kepuasan atau rasa keadilan.

Restorative justice menempatkan nilai lebih tinggi dalam keterlibatan langsung dari para pihak. Korban mampu mengembalikan unsur kontrol, sementara pelaku didorong memikul tanggung jawab sebagai sebuah langkah memperbaiki kesalahan yang disebabkan tindak kejahatan dan dalam membangun sistem nilai sosialnya. Keterlibatan komunitas secara aktif memperkuat komunitas itu sendiri dan mengikat komunitas akan nilai menghormati dan rasa saling mengasihi antar sesama. Sehingga peran pemerintah berkurang dalam memonopoli proses peradilan. *Restorative justice* membutuhkan usaha kooperatif dari komunitas dan pemerintah menciptakan sebuah kondisi dimana korban dan pelaku dapat merekonsiliasikan konflik mereka dan memperbaiki luka-luka mereka.

Konsep *restorative justice* sebenarnya telah muncul sebagai alternatif penyelesaian pidana, khususnya anak, dengan berbagai pertimbangan. Sebagaimana dikemukakan John Braithwaite bahwa, *restorative justice* sebuah arah baru antara *justice* dan *welfare model*, kemudian antara *retribution* dan

rehabilitation.⁴⁰⁶ Di Amerika Utara, Australia, dan sebagian Eropa, keadilan restoratif sudah diterapkan pada semua tahap proses peradilan pidana konvensional yaitu tahap penyidikan dan penuntutan, tahap adjudikasi dan tahap eksekusi pemenjaraan.⁴⁰⁷ Dalam perkembangan, pertumbuhan dan penyebaran keadilan restoratif mendapat dukungan Perserikatan Bangsa Bangsa. Dalam Kongres Lima Tahunan ke-5 di Jenewa tahun 1975, PBB mulai menaruh perhatian terhadap ganti rugi bagi korban kejahatan, sebagai alternatif bagi peradilan pidana retributif.

Konsep asli praktek keadilan restoratif berasal dari praktek pemeliharaan perdamaian yang digunakan suku bangsa Maori (penduduk asli suku di Selandia Baru). Bilamana timbul konflik, praktek restoratif akan menangani pihak pelaku, korban, dan para *stakeholders*.⁴⁰⁸ Bahkan Jeff Christian, seorang pakar Lembaga Pemasyarakatan Internasional dari Kanada mengemukakan sesungguhnya peradilan restoratif telah dipraktikkan banyak masyarakat ribuan tahun lalu, jauh sebelum lahirnya hukum negara yang formalitas seperti sekarang yang kemudian disebut hukum modern.⁴⁰⁹

Pada dasarnya *restorative justice* mengutamakan makna pertemuan antar pihak berkepentingan dalam kejahatan dan periode sesudahnya. Seperti dikemukakan Ahmad Ali, mengutip pendapat Howard Zher, perintis keadilan

⁴⁰⁶ John Brithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, University Press, Oxford, 2002, hlm 85.

⁴⁰⁷ Eriyanto Wahid, *Keadilan Restoratif dan Peradilan Konvensional Dalam Hukum Pidana*, Universitas Trisakti, Jakarta, 2009, hlm 1.

⁴⁰⁸ Hadi Supeno, *Kriminalisasi Anak, Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pembedaan*, Gramedia, Jakarta, 2010, hlm 196.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

restoratif di Amerika Serikat, *restorative justice* adalah suatu proses yang melibatkan pihak berkepentingan dari sebuah pelanggaran khusus dan secara bersama mengidentifikasi kerugian serta memenuhi kewajiban dan kebutuhannya serta menempatkan perubahan sebagai hak yang harus diterima.⁴¹⁰ Adrianus Meliala mengutip pendapat Morrison tentang restoratif adalah *is a form of conflict resolution and seeks to make it clear to offender that the behaviour is not condoned (welcomed), at the same time as being supportive respectful of the individual.*⁴¹¹ Upaya penyelesaian konflik dan penyembuhan pelaku dan korban caranya adalah mempertemukan/mengenalkan pelaku dalam satu forum dengan korban ataupun keluarganya untuk menumbuhkan empati di kedua belah pihak.

Dalam penyelesaian konflik yang ditonjolkan bukan menegaskan kesalahan pelanggar kemudian menjatuhkan sanksi pidana, tetapi peran aktif pihak yang berkonflik melalui mediasi atau kompensasi terhadap kerugian materiil dan immateriil dalam bentuk restitusi atau kompensasi dan pemulihan keharmonisan hubungan kemanusiaan antar para pihak (humanisasi). Van Ness, seperti dikutip Mudzakkir, mengatakan keadilan restoratif (*restorative justice*) dicirikan dengan beberapa preposisi, yaitu:⁴¹²

1. Kejahatan adalah konflik antar individu yang mengakibatkan kerugian pada korban, masyarakat, dan pelaku itu sendiri;
2. Tujuan yang harus dicapai dari proses peradilan pidana adalah melakukan rekonsiliasi diantara pihak-pihak sambil saling memperbaiki kerugian yang ditimbulkan kejahatan;

⁴¹⁰ Ahmad Ali, *Mengungkap Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence)*, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2009, hlm 247.

⁴¹¹ Adrianus Maliala, *Restorative Justice dan Penegakan Hukum*, Bahan Kuliah Mahasiswa PTIK Angkatan 54/55, Jakarta, 2009, hlm 75.

⁴¹² Mudzakkir, *Op, Cit*, hlm 12.

3. Proses peradilan pidana harus memfasilitasi partisipasi aktif para korban, pelanggar dan masyarakat, tidak semestinya peradilan pidana didominasi negara dengan mengesampingkan lainnya.

Berdasarkan pendapat tersebut, seyogyanya sistem peradilan pidana dapat dilakukan dengan berbagai pendekatan yang tetap menegakkan keadilan baik bagi korban maupun pelaku kejahatan. Secara teoritis terdapat tiga model yang menempatkan hubungan keadilan restoratif dengan sistem peradilan pidana, yaitu:⁴¹³

1. Sebagai bagian dari sistem peradilan pidana, adalah masuk akal jika keadilan restoratif sebagai suatu pemidanaan mengingat ciri dari pemidanaan adalah memaksa, menderitakan seiring timbulnya rasa bersalah dan penyesalan dalam diri pelaku;
2. Di luar sistem peradilan pidana melalui lembaga/institusi lain di luar sistem. Pandangan keadilan restoratif berbanding terbalik dengan sistem peradilan pidana yaitu mengharamkan sifat keras dari hukum pidana atau disebut sebagai *soft justice* karenanya harus berada di luar sistem peradilan pidana;
3. Di luar sistem peradilan pidana dengan tetap melibatkan penegak hukum. Ini merupakan gambaran sistem quasi dimana titik berat disini penyelesaian pendekatan restoratif tetap harus berdampingan dengan sistem peradilan pidana karena pada dasarnya model penyelesaian ini dapat dijadikan dasar dari strategi penanganan perkara pidana yang tujuannya diarahkan pada kebaikan pelaku, korban dan masyarakat. Di samping itu hal ini juga menjadikannya bagian dari mekanisme yang sah dalam sistem hukum negara.

Keadilan restoratif adalah sebuah konsep pemikiran merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada pelibatan masyarakat dan korban dalam penyelesaian perkara pidana yang ada. Pelibatan terkait tahapan penegakan hukum pidana di tingkat penyidikan, terutama dalam

⁴¹³ Eva Achjani Zulfa dan Indriyanto Seno Adji, *Op, Cit*, hlm 180.

proses hukum kasus tertentu di Indonesia berdasarkan berat ringan pidana yang dilakukan, besar kecilnya kerugian yang ditimbulkan, kondisi latar belakang dan motif pelaku serta kondisi sosiologis masyarakat setempat. Apabila dilihat dari pengaturan *restorative justice* secara internasional, penggunaan *restorative justice* sebagai upaya penyelesaian perkara pidana, sudah diakui secara internasional. Konsep ini sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia (hukum adat). Sebenarnya *restorative justice* telah lama dipraktekkan dalam masyarakat Indonesia, seperti masyarakat di Papua, Bali, Toraja, Minang Kabau, Kalimantan, Jawa Tengah dan masyarakat komunitas lain yang masih kuat memegang kebudayaan.

Apabila terjadi suatu tindak pidana oleh seseorang dalam praktek, penyelesaian dilakukan dalam pertemuan atau musyawarah yang dihadiri tokoh masyarakat, pelaku, korban (bila mau), dan orang tua pelaku untuk mencapai kesepakatan memperbaiki kesalahan. Hal demikian sebenarnya merupakan nilai dan ciri dari falsafah bangsa Indonesia yang tercantum dalam sila keempat Pancasila, yaitu musyawarah mufakat. Dengan demikian, *restorative justice* sebetulnya bukan hal baru bagi masyarakat Indonesia Dalam musyawarah mufakat bertujuan mencapai kedamaian, sehingga antara pelaku dan korban tidak ada dendam dan korban dapat dipulihkan (direstor).

Musyawarah mufakat dalam konteks *restorative justice* bisa dengan cara, antara lain: mediasi, pembayaran ganti rugi, ataupun cara lain yang disepakati antara korban/keluarga korban dengan pelaku. Pihak lain bisa ikut serta dalam masalah ini, misalnya polisi, pengacara atau tokoh masyarakat sebagai penengah.

Apabila penyelesaian tidak ada sepakat antara korban/keluarga korban dengan pelaku, selanjutnya penyelesaian diproses secara mekanisme pengadilan (litigasi).

Pembaharuan hukum pidana materiil dalam bentuk Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP), merupakan upaya mewujudkan cita negara hukum. Sehingga RUU KUHP merupakan manifestasi

berkepribadian Indonesia, yang bukan hanya berpaham *rule of law* yang mengutamakan perlindungan kepentingan perseorangan (*individualistis*) model

barat ataupun *socialist legality* yang mengutamakan kepentingan negara.

Pembaharuan hukum bukan hanya memperbaiki hukum, tetapi mengganti hukum

dengan yang lebih baik. Sehingga RUU KUHP bukan sekedar perubahan seperlunya mengganti baju kolonial menjadi kemas nasional, melainkan wujud

kemerdekaan dan kedaulatan bangsa sesungguhnya dalam menentukan arah pembentukan watak bangsa, dari satu kondisi riil menuju kondisi ideal, sehingga

RUU KUHP merupakan transformasi sosial dan budaya masyarakat secara terencana.

Hukum pidana sebagai salah satu bagian hukum publik merupakan salah satu instrument hukum yang *urgent* eksistensinya sejak zaman dahulu. Eksistensi hukum pidana sangat penting dalam menjamin keamanan masyarakat dari ancaman tindak pidana, menjaga stabilitas negara dan merupakan lembaga moral yang berperan merehabilitasi para pelaku tindak pidana. Sehingga hukum pidana terus berkembang sesuai tuntutan perkembangan masyarakat. Salah satu perkembangan adalah munculnya ide penyelesaian konflik yang tidak hanya berfokus pada proses hukum di pengadilan, tetapi diselesaikan para pihak dengan

cara memulihkan keadaan yang ada. Prinsip ini dikenal *restorative justice* yang diintrodusir RUU KUHP melalui sejumlah ketentuan dalam Pasal 2, Pasal 12, Pasal 54, dan Pasal 55, adanya mediasi dalam Pasal 145 huruf d, serta diversifikasi terhadap anak dalam sistem peradilan pidana anak. Konsep ini memberikan keseimbangan perhatian diantara *stakeholders* hukum pidana yaitu pelaku, korban, masyarakat dan negara. Keseimbangan tersebut juga terlihat dalam hal pengaturan pidana (*straf/punishment*) dengan pengaturan tindakan (*maatregel/treatment/measures*) dan dimungkinkannya sanksi gabungan antara pidana dan tindakan (*double track system*), mengingat heterogenitas masalah kejahatan, serta kesadaran pentingnya terapi yang tepat terhadap *victimless crime*.

Sebenarnya konsep *restorative justice* merupakan wujud hukum adat yang sudah sejak dahulu berkembang dalam masyarakat Indonesia. Sehingga diakui hukum adat (*the living law*) dalam RUU KUHP bertujuan memenuhi rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, dengan memulihkan keadaan yang rusak atau proses dimana pihak berkepentingan memecahkan bersama cara mencapai kesepakatan pasca terjadi suatu tindak pidana termasuk implikasinya di kemudian hari. *Restorative justice* dalam penanganan tindak pidana tidak hanya dilihat dari kaca mata hukum semata, tetapi dikaitkan aspek moral, sosial, ekonomi, agama dan adat istiadat lokal serta berbagai pertimbangan lain.

Dalam proses acara pidana konvensional misalnya apabila terjadi perdamaian antara pelaku dan korban, dan korban telah memaafkan pelaku, hal tersebut tidak akan bisa mempengaruhi kewenangan penegak hukum untuk meneruskan perkara ke ranah pidana yang berujung pemidanaan pelaku. Proses

formal pidana memakan waktu lama serta tidak memberikan kepastian bagi pelaku maupun korban tentu tidak serta merta memulihkan hubungan antara korban dan pelaku, konsep *restorative justice* menawarkan proses pemulihan melibatkan pelaku dan korban secara langsung dalam penyelesaian masalah.

Proses pidana konvensional hanya menjadikan korban sebagai saksi dalam persidangan yang tidak banyak mempengaruhi putusan pemidanaan, tugas penuntutan tetap diberikan terhadap Jaksa yang hanya menerima berkas penyidikan untuk selanjutnya diolah menjadi dasar tuntutan pemidanaan, tanpa mengetahui dan mengerti kondisi permasalahan secara riil, dan pelaku berada di kursi pesakitan siap menerima pidana yang akan dijatuhkan kepadanya.

Dalam perkembangan hukum pidana pada saat ini juga dikenal mediasi penal. Mediasi penal dianggap sebagai sebuah turunan dari *restorative justice*, karena tidak perlu menjalankan hukum pidana melalui pengadilan. Meskipun penyelesaian perkara di luar pengadilan umum atau lazim diterapkan dalam perkara perdata, tetapi tidak untuk perkara pidana. Sebab pada tataran asas, perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, tetapi dalam praktek untuk hal tertentu mungkin terjadi, bahkan boleh jadi penyelesaian di luar pengadilan menjadi hal ideal.

Dalam perkembangan wacana teoritik maupun perkembangan pembaharuan hukum pidana di berbagai negara ada kecenderungan menggunakan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian masalah hukum pidana. Tidak bisa dipungkiri, praktik penegakan hukum di Indonesia dalam perkara pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui diskresi penegak hukum, belum lagi praktik masyarakat

melakukan bentuk diskresi atas perkara pidana melalui perdamaian, penyelesaian lembaga adat, dan lain sebagainya, kemudian menyebabkan tuntutan untuk mempositifkan penyelesaian perkara di luar pengadilan semakin menguat.

Pada dasarnya *restorative justice*/mengembalikan konflik kepada pihak untuk mempengaruhi korban, pelaku dan kepentingan komunitas mereka dan memberikan keutamaan kepentingan mereka. *Restorative justice* menekankan kebutuhan mengembalikan dampak ketidakadilan sosial dan dalam cara sederhana memberikan pelaku keadilan daripada keadilan formal (hukum) korban tidak mendapatkan keadilan apapun. *Restorative justice* juga mengupayakan merestore keamanan korban, penghormatan pribadi, martabat dan lebih penting adalah *sense of control*.⁴¹⁴

Pancasila merupakan landasan filosofis dalam proses mewujudkan mediasi. Sila keempat Pancasila mengandung arti setiap sengketa/konflik/perkara hendaknya diselesaikan melalui perundingan atau perdamaian di antara para pihak bersengketa untuk memperoleh kesepakatan bersama. Inilah kemudian dijadikan sebagai dasar filosofis proses penyelesaian mengupayakan perdamaian antara para pihak.

Prinsip dasar *restorative justice* menemukan pijakan dalam prinsip dari sila ke 4, 1, 2, 3 dan 5 Pancasila yang mencerminkan nilai-nilai keadilan dan kemanfaatan yang serta menjunjung nilai keseimbangan dan kemaslahatan baik pelaku tindak kejahatan maupun korban. Ironis setiap tindak pidana yang diselesaikan di pengadilan harus berujung di penjara, yang efektifitas pidana penjara belum memberikan efek jera dan cenderung memberikan ketimpangan

⁴¹⁴ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Perencanaan Pembinaan Hukum Nasional Bidang Politik Hukum Pidana dan Sistem Pemidanaan*, Jakarta, 2012, hlm 73.

sosial baik mantan terpidana saat keluar dari penjara maupun saat kembali dalam ruang lingkup masyarakat.

Keadilan dilandasi perdamaian (*peace*) antara pelaku, korban dan masyarakat jadi tolok ukur moral etik paradigma *restorative justice*, keadilan sebagai *just peace principle*. Hal ini menyakini keterwakilan dan pengaruh sila- sila Pancasila dalam paradigma pendekatan *restoratif* menginginkan terwujudnya sisi keadilan dalam proses peradilan di Indonesia, karena sila kerakyatan dan keadilan sosial sebagai alternatif dan dilandasi keyakinan hanya prinsip kerakyatan sebagai pilihan paling sesuai dengan kesadaran akan hakekat hidup yang mencakup semua hal sebagaimana tersimpul dalam sila Pancasila

B. Studi Komparasi/Perbandingan Hukum

1. Perbandingan Hukum Islam : Profesi Advokat

Dalam dunia peradilan terdapat istilah kuasa hukum, pengacara bahkan juga sering disebut pembela yang mewakili atau mendampingi pihak-pihak yang mencari keadilan. Dalam bahasa Arab pengacara disebut *mahami*. Kata ini merupakan derivasi dari kata *himayah* yaitu pembelaan yang dilakukan oleh seseorang atau perlindungan seorang kuasa hukum terhadap kliennya di depan sidang pengadilan.

Profesi pengacara sudah dikenal oleh Masyarakat Yunani dan Romawi dan diatur oleh negara. Di dalam Al-Qur'an juga disebutkan bahwa Musa telah meminta bantuan kepada Nabi Harun untuk mendampingi dan membela serta melindungi beliau dari kejahatan pembunuhan yang dituduhkan

kepadanya. Musa menganggap Harun lebih pandai berbicara sehingga mampu mengedepankan argumentasi secara sistematis dan logis. Hal ini menunjukkan bahwa sejak awal, Islam telah mengenal konsep pembelaan atau kuasa hukum untuk mengungkap kebenaran di depan pengadilan.

Dalam perkembangan selanjutnya, para *fuqaha'* mengkonsepsikan pembelaan tersebut dalam bentuk yang lebih dinamis dan komprehensif ke dalam sistem *wakalah* (perwakilan). Sistem *wakalah* di pengadilan banyak kemiripan dengan sistem kepengacaraan. Hanya saja hukum Islam (*fiqh*) dengan ragam *mazhab* yang ada menetapkan bahwa untuk membentuk *wakalah* harus memenuhi dua hal: penetapan *wakalah* harus di depan hakim, dan pihak lawan dapat menerima keberadaan wakil tersebut.⁴¹⁵

Namun ironisnya, masyarakat muslim turun temurun tidak menghargai profesi pengacara dan menghindarinya semata-mata karena hina dan memiliki citra yang buruk, kesaksian mereka pun (*wukala' al khusumah*) menurut sebagian *fuqaha'* tidak dapat diterima. Ibnu Abidin, misalnya, mengatakan “*wakil* di pengadilan tidak boleh didengarkan kesaksiannya, karena mereka melakukan sesuatu yang dapat menggugurkan hak orang lain, mereka termasuk orang-orang fasik, wallahu a'lamu”.⁴¹⁶

Menurut As'ad al Kurani sikap tersebut lebih disebabkan oleh sistem hukum yang ada di tengah komunitas masyarakat muslim yang tidak mengundang kaidah-kaidah pembelaan di persidangan yang sudah

⁴¹⁵ Ibn 'Abidin, *Raddu al-Mukhtar 'ala al-Durri al-Mukhtar*, Beirut, Dar al-Kutub al-'ilmiah, 1415 H:1994, hlm. 4:250.

⁴¹⁶ Ibid., hlm, 11-12

diletakkan para fuqaha. Padahal kaidah-kaidah pembelaan tersebut tidak kalah unggul dan cermatnya dari sistem hukum Yunani dan Romawi. Kalaulah hal tersebut dilakukan oleh negara-negara muslim, maka persoalannya akan berbeda, tidak akan terjadi pertentangan antara kaidah- kaidah profesi yang diatur dalam fiqh dengan praktik yang dilakukan oleh para kuasa hukum dalam membela kliennnya,⁴¹⁷ dan status pengacara pun akan menjadi terhormat dan eksis.

Pada masa dinasti Usmaniyah yaitu pada tahun 1292 H diterbitkan sebuah peraturan yang disebut *nizam wukala' al- da'awa*. Menyusul kemudian peraturan-peraturan modern yang mengatur profesi kepengacaraan di beberapa negara Islam. Dengan hadirnya undang-undang tersebut diharapkan dapat membangun citra positif bagi pengacara dalam membela dan mengungkapkan kebenaran di depan pengadilan. Pembahasan wakil di persidangan terutama dari aspek legalitas, ruang lingkup, hak dan kewajiban serta beberapa aspek lain yang berkenaan dengan akad *wakalah*.

Menurut bahasa, *wakalah* atau *al-wiklah*⁴¹⁸ memiliki beberapa pengertian antara lain *al-mura'at wa al hifzu*,⁴¹⁹ dan *al tafwid al-i'timad*⁴²⁰ yaitu penyerahan, pendelegasian, dan pemberian kuasa kepada seseorang. Para *fuqaha* menghendaki *wakalah* dalam pengertian yang kedua, namun dengan beberapa ketentuan sehingga lebih spesifik dari pada pengertian bahasa. Oleh karena itu dalam mendefinisikan *wakalah* mereka mengatakan “Memberikan

⁴¹⁷ Ceramah As'ad al-Kurani, hlm, 12

⁴¹⁸ Sa'di Abu Jaib, Beirut: Dar al-Fikr, Cet. II, 1408 H:1988, hlm. 387

⁴¹⁹ Surat Al-Imran ayat 173

⁴²⁰ Surat al-Anfal ayat 63

kekuasaan kepada orang lain yang akan bertindak atas namanya untuk melakukan suatu perbuatan yang memang dapat diwakilkan”. Definisi yang hampir sama dikemukakan penulis al-Minhaj salah seorang *fuqaha syafi’iyah* menurutnya “*Wakalah* yaitu pendelegasian hak kepada seseorang dalam hal-hal yang bisa diwakilkan kepada orang lain selagi ia masih hidup”.⁴²¹

Menurut mazahab Hanafi, *wakalah* adalah pendelegasian suatu tindakan hukum kepada orang lain yang disebut wakil. Dalam *al-majallah al-’adliyah*.⁴²² Dalam definisi mazhab Syafi’i menunjukkan perbedaan antara *wakalah* dengan *wasiat*.⁴²³ *Wakalah* menurut definisi tersebut merupakan suatu kontrak berdasarkan kesepakatan (*uqud al taradi*) dan memenuhi unsur *ijab qabul*. *Wakalah* juga merupakan bentuk transaksi (akad) yang bersifat tolong menolong. Dengan adanya kontrak *wakalah* maka kedudukan *wakil* sama dengan *muwakkil*. Orang yang melimpahkan perwakilan itu disebut *muwakkil* sedangkan orang yang ditunjuk sebagai wakil itu sendiri disebut *wakil*, sementara objek *wakalah* disebut *muwakkalun bihi*.

Para ahli fiqh menyatakan bahwa akad *wakalah* dibolehkan dalam Islam. Dasar hukum kebolehan ini antara lain : surat al-Kahf ayat 19 yang menunjukkan kebolehan *wakalah* dalam masalah jual beli.⁴²⁴ Sekalipun ayat ini menunjuk pada kaum terdahulu namun tidak terdapat pengingkaran dari syariah sehingga menjadi syariah umat Islam juga. Ayat al-Nisa’ ayat 35

⁴²¹ Muhammad Mustafa Syalabi, Beirut: Dar al-Nahdah al-’Arabiyah, 1405 H:1985 M, hlm.533

⁴²² Sa’ di Abu Jayib, Beirut: Dar al-Fikr, Cet II, 1408 H:1988M, hlm. 387

⁴²³ Mustafa al-Khin dan lain-lain, Damaskus: Dar al-Qalam, Cet. II, 1416 H:19996M, hal. III:313-315

⁴²⁴ Arabi, *Ahkam al-Quran*, Beirut: Dar al-Kutub al-ilmiah, 1416H:1996M, hal. III:220.

tentang perwakilan dalam menyelesaikan masalah perkawinan. Walaupun konteks ayat ini tentang sengketa antara suami isteri, namun secara esensial menjadi dalil kebolehan *wakalah* secara umum.

Wakalah juga banyak ditemukan dalam praktik faktual Nabi. Menurut beberapa riwayat Rasulullah mewakilkan kepada Amr bin Umayyah al- Damiri r.a., untuk menerima nikah Ummu Habibah binti Abi Sufyan r.a.⁴²⁵ Juga riwayat Rafi' maula Rasulullah Saw, beliau berkata Rasulullah mengawini Maimunah dalam keadaan halal (tidak sedang dalam ihram), dan berbulan madu dalam keadaan halal, sementara saya adalah sebagai penengah atau mediator antara keduanya.⁴²⁶

Juga yang diriwayatkan oleh Urwah Al Bariqi r.a, mengatakan bahwa Rasulullah Saw. telah memberiku satu dinar untuk membelikan beliau seekor kambing, maka aku membeli dua kambing, lalu aku menjual kambing yang satunya seharga satu dinar, kemudian aku membawa seekor kambing beserta satu dinar kepada Rasulullah dan menceritakan apa yang telah aku perbuat, maka Rasulullah berkata: Allah memberkatimu dengan transaksi yang telah kamu lakukan.⁴²⁷

Dalil-dalil tersebut menempatkan *wakalah* sebagai aktifitas yang legal karena maslahat yang melekat di dalamnya. Status hukum *wakalah* bersifat dinamis dan kondisional. *Wakalah* menjadi sunnah, jika untuk membantu hal

⁴²⁵ Hadis Riwayat Abu Dawud

⁴²⁶ Dikeluarkan oleh Turmuzi dalam Kitab Hajji yaitu bab makruhnya kawin pada saat ihram.

⁴²⁷ Diriwayatkan oleh Bukhari dalam *Manakib*, bab permintaan kaum musyrikin agar Nabi memperlihatkan tanda ..., hal. 3443. Turmuzi dalam bab jual beli, bab: *Haddatsana* Abu Kuraib, hal. 1258.

yang sunnah. Sebaliknya *wakalah* menjadi makruh, jika untuk membantu hal yang makruh. *Wakalah* pun juga akan menjadi haram, jika untuk membantu hal yang haram. Seperti juga halnya akan menjadi wajib, jika untuk membantu hal yang wajib.

Adanya pengacara dalam persidangan adalah perkara yang dibolehkan, berdasarkan dalil-dalil yang banyak dari al-Qur'an, hadits, ijma', dan akal.

1. Dalil Al-Qur'an

قَدْ أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا كَفَرْنَا بِهِ وَأَنْتَ عَلَى خُلُقٍ لَّيِّنٍ ۚ وَمَا آتَاكَ مِنْ شَيْءٍ فَلْيَفْحَصْ ۚ إِنَّ أَعْيُنَ النَّاسِ عَلَى اللَّهِ وَهِيَ لَأَبْصَارٌ ۚ وَمَا يَتَذَكَّرُ إِلَّا لَعْنَةُ اللَّهِ لِيَذُمَّ الْفَاسِقِينَ (سورة النساء: ٥٠١)

Sesungguhnya Kami telah menurunkan kitab kepadamu dengan membawa kebenaran, supaya kamu mengadili antara manusia dengan apa yang telah Allah wahyukan kepadamu, dan janganlah kamu menjadi penantang (orang yang tidak bersalah), karena (membela) orang-orang yang khianat. (QS. an-Nisa' 4:105)

Dalam ayat ini terdapat larangan menjadi pengacara secara batil, berarti kalau dalam kebenaran maka dibolehkan. Syaikh as-Sadi rahimahullah (1376H) berkata, "Pemahaman ayat ini menunjukkan bolehnya sebagai pengacara bagi seorang yang tidak dikenal dengan kezaliman."⁴²⁸

2. Dalil Hadist

Dari Fathimah binti Qois *radhiyallahu 'anha*, bahwasanya Abu 'Amr menceraikannya tiga cerai dari kejauhan dirinya, dia mengutus wakilnya untuk membawakan gandum kepada Fathimah, tetapi Fathimah malah marah kepadanya. Lalu wakil tersebut mengatakan, "Demi Allah, kamu itu tidak

⁴²⁸ Taisar Karimir Rohman : 2/351

memiliki hak lagi.” Setelah itu Fathimah melapor kepada Rasulullah *Shallallahu ‘alaihi wa sallam* lalu bersabda, “Tidak ada kewajiban baginya untuk menafkahimu lagi.” (HR. Muslim: 1480).

Hadits ini menunjukkan bolehnya perwakilan dalam persengketaan (pengacara), karena Fathimah melaporkan perkara wakil suaminya tersebut kepada Nabi *Shallallahu ‘alaihi wa sallam* namun Nabi *Shallallahu ‘alaihi wa sallam* tidak mengingkarinya, berarti beliau *Shallallahu ‘alaihi wa sallam* menyetujui adanya wakil dalam persengketaan.⁴²⁹

3. Dalil Ijma’

Secara global, tidak ada perselisihan di kalangan ulama tentang bolehnya mewakilkan dalam persengketaan baik dalam harta, pernikahan, dan sejenisnya.⁴³⁰ Bahkan, secara khusus sebagian ulama telah menukil adanya ijma’ dalam masalah ini. As-Sarokhsi (490H) berkata, “Perwakilan dalam pengadilan sudah ada semenjak masa Nabi *Shallallahu ‘alaihi wa sallam* hingga hari ini tanpa adanya pengingkaran dari siapa pun.” As-Sumnani (499 H) menjelaskan tentang pengacara, “Nabi *Shallallahu ‘alaihi wa sallam* juga pernah mewakilkan, demikian juga para imam yang adil dari kalangan sahabat dan tabi’in. Hal ini juga diamalkan oleh manusia di semua negara.”

4. Dalil Akal

Seorang kadang-kadang membutuhkan wakil dalam persidangan, entah karena dia tidak suka perdebatan atau tidak memiliki keahlian dalam berdebat

⁴²⁹ *Syarh Adab al-Qodhi* : 3/402

⁴³⁰ *Al-Mughni* karya Ibnu Qudamah *rahimahullah* : 5/204, *Durorul Hukkam* karya Ali Haidar : 3/368

baik membela atau membantah maka sangat sesuai jika syari'at membolehkannya.⁴³¹

Kesimpulannya; Berprofesi sebagai pengacara hukumnya boleh apabila untuk membela kebenaran dan menolong orang yang terzalimi, baik dengan mengambil gaji atau tidak.

Lajnah Da'imah (komite fatwa) Arab Saudi pernah ditanya tentang hukum profesi sebagai pengacara, maka mereka menjawab, "Apabila dia berprofesi sebagai pengacara bertujuan untuk membela kebenaran, menumpas kebatilan dalam pandangan syari'at, mengembalikan hak kepada pemiliknya, dan menolong orang yang terzalimi, maka hal itu disyari'atkan, karena termasuk tolong-menolong dalam kebaikan. Adapun apabila tujuannya bukan demikian maka tidak boleh karena termasuk tolong-menolong dalam dosa.

Allah Ta'ala berfirman :

وَأَقْرَبُ مَا تَعْلَمُونَ مِنَ الْمَأْثَمِ الْمَعْتَدِ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا كَانُوا عَادُوا عَلَيْهِمْ مِنْ أَمْرٍ إِذْ يَخْرُجُونَ مِنَ الْمَأْثَمِ الْمَعْتَدِ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا كَانُوا عَادُوا عَلَيْهِمْ مِنْ أَمْرٍ إِذْ يَخْرُجُونَ مِنَ الْمَأْثَمِ الْمَعْتَدِ

وَأَقْرَبُ مَا تَعْلَمُونَ مِنَ الْمَأْثَمِ الْمَعْتَدِ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا كَانُوا عَادُوا عَلَيْهِمْ مِنْ أَمْرٍ إِذْ يَخْرُجُونَ مِنَ الْمَأْثَمِ الْمَعْتَدِ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا كَانُوا عَادُوا عَلَيْهِمْ مِنْ أَمْرٍ إِذْ يَخْرُجُونَ مِنَ الْمَأْثَمِ الْمَعْتَدِ

وَأَقْرَبُ مَا تَعْلَمُونَ مِنَ الْمَأْثَمِ الْمَعْتَدِ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا كَانُوا عَادُوا عَلَيْهِمْ مِنْ أَمْرٍ إِذْ يَخْرُجُونَ مِنَ الْمَأْثَمِ الْمَعْتَدِ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ مَا كَانُوا عَادُوا عَلَيْهِمْ مِنْ أَمْرٍ إِذْ يَخْرُجُونَ مِنَ الْمَأْثَمِ الْمَعْتَدِ

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu melanggar syi'ar-syi'ar Allah, dan jangan melanggar kehormatan bulan-bulan haram, jangan (mengganggu) binatang-binatang had-ya, dan binatang-binatang *qalaa-id*, dan jangan (pula) mengganggu orang-orang yang mengunjungi Baitullah sedang

mereka mencari kurnia dan keredhaan dari Tuhannya dan apabila kamu telah menyelesaikan ibadah haji, maka bolehlah berburu. Dan janganlah sekali-kali

⁴³¹ *Akhkamul Qur'an* karya Ibnul 'Arobi : 3/220, *al-kafi* karya Ibnu Qudamah *rahimahullah* : 2/239



kebencian(mu) kepada sesuatu kaum karena mereka menghalang-halangi kamu dari Masjidilharam, mendorongmu berbuat aniaya (kepada mereka). Dan tolong-menolonglah kamu dalam (mengerjakan) kebajikan dan takwa, dan jangan tolong-menolong dalam berbuat dosa dan pelanggaran. Dan bertakwalah kamu kepada Allah, sesungguhnya Allah amat berat siksa-Nya. (5:2)

Bahkan, sebenarnya kalau kita membuka sejarah Islam, profesi pengacara sudah ada sejak dahulu sekalipun tidak mesti dalam setiap persidangan. Bukti akan hal itu banyak sekali, diantaranya apa yang dikatakan oleh as-Sumnani *rahimahullah* (499 H), “Bab tentang pengacara dan kewajiban mereka.” Bab ini menunjukkan bahwa profesi pengacara sudah ada sejak dahulu. Bahkan, dalam kitab biografi, ada sebagian orang yang dikenal sebagai pengacara, seperti Abu Marwa Utsman bin Ali bin Ibrohim *rahimahullah* (346H), beliau dikenal sebagai pengacara yang profesional.

Pada zaman sekarang, banyak keluhan tentang adanya para pengacara yang tidak memenuhi standar agama dan tidak memiliki kriteria yang diharapkan. Karena itu, penting sekali kita mengetahui syarat-syarat sebagai pengacara dalam Islam dan kewajiban mereka :

1. Mengetahui hukum-hukum syar’i

Seorang pengacara sejati harus memiliki ilmu tentang hukum-hukum syar’i seputar mu’amalah baik yang berkaitan tentang pernikahan, kriminal, pengadilan, dan sebagainya. Sebab, bila tidak demikian maka dia akan lebih banyak merusak daripada memperbaiki.

Ibnu Abdi Dam *rahimahullah* (642H) menjelaskan faktor tentang tujuan dia menulis kitab tentang adab-adab seorang hakim, tujuan inti dari memaparkan masalah ini agar mudah diketahui oleh para pengacara yang merupakan wakil dari hakim dalam menyelesaikan persengketaan hukum.

2. Adil dan terpercaya

Seorang pengacara harus memiliki sifat amanat, menjaga rahasia, dan adil, karena dia mengemban kepentingan kaum muslimin yang telah memberikan kepercayaan mereka kepada para pengacara.⁴³²

3. Pria

Seorang pengacara harus pria sebab dia akan sering berurusan dengan banyak lelaki baik hakim, saksi, terdakwa, dan sebagainya, dan sering tinggal di kantor pengacara dan kantor persidangan, padahal semua itu bertentangan dengan tugas seorang wanita yang sejatinya tetap tinggal di rumah, menunaikan tugas rumah, merawat anak-anak, dan tugas-tugas mulia lainnya. Cukuplah profesi ini ditangani oleh kaum pria saja.⁴³³ Sebab itu, dalam undang-undang sebagian negara kafir pun ada larangan pengacara dari kaum wanita.⁴³⁴

Ada beberapa hal yang dapat menghalangi seorang pengacara untuk lulus menjadi pengacara ideal, diantaranya :

⁴³² *Roudhoh al-Qudhot* : 1/122, *Tanbihul Hukkam 'Ala Ma'akhidzil Ahkam* karya Ibnul Munashif *rahimahullah* hlm. 141, *Tabshiroh al-Hukkam Fi Ushul Aqdhiyah wa Manahij ihkam* karya Ibnu Farhun *rahimahullah* : 1/282.

⁴³³ *Al-Muhamah Fi Dhou'i Syari'ah Islamiyyah wal Quwanin al-Arobiyyah* karya Muslim Muhammad Jaudat *rahimahullah* hlm. 130

⁴³⁴ *Al-Muhamah Fi Nidhom Qodho'i* karya Muhammad Ibrahim Zaid *rahimahullah* hlm. 44

1. Bertujuan untuk menyakiti musuh

Hal itu dilarang karena tidak boleh bagi kita untuk menyakiti sesama muslim.

Allah *Ta'ala* berfirman :

Dan orang-orang yang menyakiti orang-orang yang mukmin dan mukminat tanpa kesalahan yang mereka perbuat, maka sesungguhnya mereka telah memikul kebohongan dan dosa yang nyata. (QS. al-Ahzab [33]: 58).

Oleh karena itu, apabila pengacara memiliki permusuhan pribadi dengan lawannya maka tidak boleh ia menjadi pengacara (pada kasus tersebut) karena dia akan berusaha untuk menyakitinya dan meluapkan dendamnya kepada orang tersebut kecuali bila dia (musuhnya) ridho.

2. Suka Berbelit-belit

Apabila ada seorang pengacara yang dikenal berbelit-belit sehingga mengutarakan hal-hal yang tidak ada kenyataannya dengan tujuan untuk memperpanjang masalah dan menyakiti lawan, maka dia tidak boleh diangkat sebagai pengacara.

3. Bila Hakim Pilih Kasih kepadanya

Apabila ada indikasi kuat bahwa hakim akan pilih kasih kepadanya baik karena hubungan kerabat atau hubungan kawan dekat dan sebagainya maka tidak boleh sebagai pengacara dalam kasus tersebut. Oleh karenanya, Syaikh Muhammad bin Ibrohim alu Syaikh berpendapat bahwa hendaknya hakim tidak menjadi hakim dalam kasus yang pengacaranya adalah anaknya sendiri.

4. Sebagai Penggugat dan Pembela dalam Satu Kasus

Masalah ini diperselisihkan oleh ulama, namun pendapat terkuat adalah tidak boleh karena hal itu kontra, bagaimana dia menjadi penggugat dan dalam waktu yang sama dia menjadi pembela. Ini adalah madzhab Hanafiyyah dan pendapat yang kuat dalam madzhab Syafi'iyah.

Ada beberapa kewajiban yang harus diperhatikan oleh para pengacara

1. Melaksanakan Tugas

Kewajiban pengacara adalah melaksanakan tugas yang dibebankan kepadanya dan tidak melampauinya, karena dia adalah wakil dari seorang yang telah mewakilkannya.

2. Menghormati Majelis Pengadilan

Pengacara harus beradab dan menghormati sidang pengadilan baik kepada hakim, terdakwa, dan saksi. Dia berkata sopan kepada mereka dan tidak mengeluarkan kata-kata yang kotor. Dan tidak mengapa untuk menyebutkan tuduhan-tuduhan yang dialamatkan kepadanya sekalipun dengan menyifati penuduh dengan kezaliman karena hal itu bukanlah termasuk ghibah yang terlarang.

3. Memenuhi Panggilan Mahkamah Pengadilan

Pengacara harus segera untuk memenuhi panggilan mahkamah pengadilan ketika diminta datang dalam waktu yang ditentukan seraya menghadirkan data-data dan dokumen yang diperlukan. Semua itu dengan keterangan yang jelas dan data yang komplet. Janganlah dia berbelit-belit dan mempersulit jalannya sidang karena hal itu hanya akan memperuncing masalah.

4. Menjunjung Tinggi Kejururan

Pengacara harus menjunjung tinggi kejujuran. Tugasnya adalah membela kebenaran dan tidak boleh baginya untuk membela kebatilan dan kesalahan. Seandainya seseorang memberikan keterangan-keterangan yang bohong maka tidak boleh sang pengacara menyembunyikannya, tetapi harus menjelaskan fakta sesungguhnya dengan jujur dan adil.

5. Mencerahkan Tenaganya

Pengacara harus berusaha semaksimal mungkin untuk melaksanakan tugasnya baik membantah tuduhan, menyampaikan bukti, atau membela hak. Tidak boleh dia menipu atau memberikan keterangan sebelum waktunya yang sesuai atau mengakhirkannya dari waktu yang sesuai.

6. Menjaga Rahasia

Apabila ada hal-hal yang seharusnya dirahasiakan maka tidak boleh pengacara membongkarnya, apabila hal-hal yang berkaitan dengan pribadi rumah tangga atau menyebabkan kerusakan di masyarakat.

7. Memiliki kantor atau rumah yang mudah diketahui

Tujuannya, jika sewaktu-waktu dibutuhkan oleh hakim atau terdakwa maka dengan mudah dapat dihubungi. dan hal itu pada zaman sekarang sangat mudah dengan adanya alat telekomunikasi yang modern.

Dasar semuanya itu tidak lain adalah *Al-Qur'an* dan *Hadist*. Kebebasan lembaga profesi advokat tentu saja sangat penting dan harus dijamin dalam rangka melindungi dan mengangkat harkat dan martabat manusia yang lebih dikenal dengan hak asasi manusia.

2. Perbandingan Mediasi Penal di Berbagai Negara

Barda Nawawi Arief dalam buku *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara di luar Pengadilan*, menguraikan mengenai *penal mediation* di beberapa negara, dapat dikemukakan bahan komparasi sebagai berikut :

a. Austria

Pada bulan February 1999 parlemen Austria menerima amandemen terhadap KUHAP mengenai *refrainment from prosecution, non-judicial mediation and diversion (Straf-prozeßnovelle 1999)* yang diberlakukan pada Januari 2000.

Pada mulanya diversi/pengalihan penuntutan hanya untuk anak melalui ATA-J (*Außergerichtlicher Tatausgleich für Jugend-liche*), namun kemudian bisa juga untuk orang dewasa melalui ATA-E (*Außergerichtlicher Tatausgleich für Erwachsene*) yang merupakan bentuk *victim-offender mediation (VOM)*.

Menurut Pasal 90g KUHAP Austria, Penuntut Umum dapat mengalihkan perkara pidana dari pengadilan apabila terdakwa mau mengakui perbuatannya, siap melakukan ganti rugi khususnya kompensasi atas kerusakan yang timbul atau kontribusi lain untuk memperbaiki akibat dari perbuatannya, dan apabila terdakwa setuju melakukan setiap kewajiban yang diperlukan yang menunjukkan kemauannya untuk tidak mengulangi perbuatannya di masa datang.

Tindak pidana yang dapat dikenakan tindakan diversifikasi, termasuk mediasi, apabila diancam dengan pidana tidak lebih dari 5 tahun penjara atau 10 tahun dalam kasus anak. Bahkan dapat juga digunakan untuk kasus kekerasan yang sangat berat (*extremely severe violence*). Namun diversifikasi tidak boleh, apabila ada korban mati seperti dalam kasus *manslaughter*.

b. Belgia

Pada tahun 1994 diberlakukan Undang-Undang tentang Mediasi Penal (*the Act on Penal Mediation*) yang disertai pedoman (*the Guideline on Penal Mediation*). Tujuan utama diadakan *penal mediation* adalah untuk memperbaiki kerugian materiel dan moral yang ditimbulkan karena adanya tindak pidana. Namun, mediasi juga dapat dilakukan agar si pelaku melakukan suatu terapi atau melakukan kerja sosial (*community service*).

Dengan adanya ketentuan ini, Penuntut Umum diberi kebebasan lebih luas untuk memprioritaskan kepentingan korban. Apabila pelaku tindak pidana berjanji memberi kompensasi atau telah memberi kompensasi kepada korban, maka kasusnya dapat tidak diteruskan ke penuntutan.

Pada mulanya kewenangan Penuntut Umum untuk tidak meneruskan penuntutan karena adanya pembayaran kompensasi hanya untuk delik yang diancam maksimum 5 tahun penjara, tetapi adanya ketentuan baru ini, dapat digunakan juga untuk delik yang diancam pidana maksimum 2 tahun penjara. Ketentuan hukum acaranya dimasukkan dalam Pasal 216 terCode of Criminal Procedure (10.02.1994).

c. Jerman

Di Jerman, dibedakan dua istilah: *restitution dan Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA) atau *Offender Victim Arrangement* (OVA). Aturan restitusi dimasukkan dalam *the Juvenile Penal Code of 1923*. Restitusi digunakan sebagai sanksi independen (*an independent sanction*) atau digunakan dalam kombinasi dengan sanksi lain (*combination with further orders*), atau sebagai sarana diversifikasi (*as a means of diversion*). Untuk orang dewasa, perintah restitusi diakui sejak 1953 sebagai syarat *probation* dan sejak 1975, diakui sebagai sarana diversifikasi bagi jaksa dan hakim [§ 153(a) StPO].

Pada tahun 1990, OVA (*Offender Victim Arrangement*) dimasukkan dalam hukum pidana anak secara umum (§ 10 I Nr. 7 JGG), dinyatakan sebagai *a means of diversion* (§ 45 II S. 2 JGG). Pada 12 Januari 1994, ditambahkan Pasal 46a ke dalam StGB (KUHP).

Pasal ini menetapkan, bahwa apabila pelaku memberi ganti rugi/kompensasi kepada korban secara penuh atau sebagian besar, atau telah dengan sungguh-sungguh berusaha keras untuk memberi ganti rugi, maka pidananya dapat dikurangi atau bahkan dapat dibebaskan dari pemidanaan.

Pembebasan pidana hanya dapat diberikan apabila deliknya diancam dengan maksimum pidana 1 tahun penjara atau 360 unit denda harian. Penyelesaian kasus pidana antara pelaku dan korban melalui kompensasi ini dikenal dengan istilah *Täter-Opfer-Ausgleich* (TOA). Apabila TOA

telah dilakukan, maka penuntutan dihentikan (s. 153b StPO/Strafprozessordnung/KUHAP).

d. Perancis

Pada tahun 1993 mengamandemen Pasal 41 KUHAP (*CCP-Code of Criminal Procedure*), Penuntut Umum dapat melakukan mediasi antara pelaku dengan korban, sebelum mengambil keputusan dituntut tidaknya seseorang. Inti Pasal 41 CCP itu ialah : Penuntut Umum dapat melakukan mediasi penal (dengan persetujuan korban dan pelaku) apabila hal itu dipandang merupakan suatu tindakan yang dapat memperbaiki kerugian yang diderita korban, mengakhiri kesusahan, dan membantu memperbaiki (merehabilitasi) si pelaku. Apabila mediasi tidak berhasil dilakukan, penuntutan baru dilakukan; namun apabila berhasil penuntutan dihentikan (s. 41 dan s. 41-2 *CCP-Code of Criminal Procedure*).

Untuk tindak pidana tertentu, Pasal 41-2 CCP membolehkan Penuntut Umum meminta pelaku untuk memberi kompensasi kepada korban (melakukan mediasi penal), daripada mengenakan pidana denda, mencabut SIM, atau memerintahkan sanksi alternatif berupa pidana kerja sosial selama 60 jam. Terlaksananya mediasi penal ini, menghapuskan penuntutan.

Tindak pidana tertentu yang dimaksud Psl. 41-2 CCP itu ialah : *articles 222-11, 222-13 (1 to 11), 222-16, 222-17, 222-18 (first paragraph), 227-3 to 227-7, 227-9 to 227-11, 311-3, 313-5, 314-5, 314-6, 321-1, 322-1, 322-2, 322-12 to 322-14, 433-5 to 433-7 and 521-1 of the*

Criminal Code, under the articles 28 and 32 (2) of the Ordinance of 18 April 1939 fixing the regime of war materials, arms and munitions, under Article L. 1 of the Traffic Code and under Article L. 628 of the Public Health Code.

e. Polandia

Proses mediasi perkara pidana diatur dalam Pasal 23a CCP (*Code of Criminal Procedure*) dan Peraturan Menteri Kehakiman 13 Juni 2003 tentang *Mediation proceedings in criminal matters* (Journal of Laws No 108, item 1020). Pengadilan dan Jaksa, atas inisiatifnya atau atas persetujuan korban dan pelaku, dapat menyerahkan suatu kasus ke lembaga terpercaya atau seseorang untuk melakukan mediasi antara korban dan terdakwa. Proses mediasi paling lama satu bulan. Biaya proses mediasi ditanggung oleh perbendaharaan negara (*State Treasury*).

Article 320. § 1. If it is relevant in connection with a respective motion to the court, the state prosecutor may, on his own initiative, or with the consent of parties, refer the case to a trustworthy institution or person in order to conduct a mediation procedure between the suspect and the injured.

Mediator melakukan kontak dengan para pihak, merancang pertemuan para pihak, membantu merumuskan materi kesepakatan, dan mengawasi terpenuhinya kewajiban yang timbul dari kesepakatan itu. Mediator kemudian melaporkan semuanya itu kepada pengadilan/Jaksa. Hasil positif dari mediasi itu menjadi alasan untuk tidak melanjutkan proses pidana.

Mediasi dapat diterapkan untuk semua kejahatan yang maksimumancaman pidananya kurang dari 5 tahun penjara. Bahkan kejahatan kekerasan (*Violent crimes*) juga dapat dimediasi.

Dari berbagai ketentuan di berbagai negara di atas dapat diidentifikasi, bahwa mediasi sebagai salah satu bentuk ADR dimungkinkan dalam perkara pidana; namun tetap diberi payung/kerangka hukum (*mediation within the framework of criminal law*), yang bisa diintegrasikan dalam hukum pidana materiel (KUHP) atau hukum pidana formal (KUHP), atau dalam Undang-Undang khusus. Gambaran pengaturan atau *legal frame-work* di beberapa negara Eropa sebagai berikut :

- a. Ditempatkan sebagai bagian dari Undang-Undang Peradilan Anak (*the Juvenile Justice Act*), yaitu di Austria, Jerman, Finlandia, dan Polandia;
- b. Ditempatkan dalam KUHP (*the Code of Criminal Procedure*), yaitu di Austria, Belgia, Finlandia, Perancis, dan Polandia;
- c. Ditempatkan dalam KUHP (*the Criminal Code*), yaitu di Finlandia, Jerman, dan Polandia;
- d. Diatur tersendiri secara otonom dalam Undang-Undang Mediasi (*the Mediation Act*), seperti di Norwegia, yang diberlakukan untuk anak- anak maupun orang dewasa.

Beberapa negara yang telah menerapkan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara tindak pidana :

a. Albania

Ketentuan tentang mediasi penal tercantum di dalam Undang-Undang tentang Mediasi dan Resolusi Konflik Albania Nomor 9.090 tahun 2003, ketentuan tentang tata cara mediasi dimuat dalam Code Penal Procedure of Republic of Albania (Article 59-285).

b. Amerika

Sejak akhir 1970an, mediasi penal yang dikenal dengan istilah *Victim Offender Mediation* (VOM) telah berkembang di Amerika dan telah ribuan kasus diselesaikan melalui VOM.

c. Argentina

Sejak tahun 1990 telah berlangsung Proyek Alternatif Penyelesaian Konflik melalui mediasi penal, dan pada tahun 1998 mediasi penal dimasukkan ke dalam sistem hukum di Argentina.

d. Belanda

Lembaga penyelesaian di luar proses (*Afdoening buiten process*) ini telah mendapat tempat pada Sv sejak tahun 1838. Setelah berkali-kali mengalami perubahan dan perluasan, pranata hukum ini sekarang terdapat dalam Pasal 74a Sr. Peraturan Pemerintah yang mengatur tentang lembaga penyelesaian perkara di luar pengadilan (*transactie*) tertuang dalam *Transactiebesluit* 1994.

e. Norwegia

Di Norwegia, pengaturan tentang mediasi penal tertuang di dalam Undang-undang Mediasi Penal (*The Mediation Act/LOV LOV 2005-06-17 nr 90: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) atau LOV 2005-*

06-17 nr 90: *Law on mediation and legal proceedings in civil disputes (Civil Procedure Act)*.

f. Portugal

Peraturan yang mengatur tentang mediasi penal, sudah dituangkan dalam bentuk Undang-undang, yaitu Undang-Undang 21 Tahun 2007 tanggal 12 Juni 2007 (Law 21/2007, of 12 June, Portugal). Undang-Undang tentang Mediasi Penal tersebut meliputi pengaturan antara lain tentang syarat-syarat, prosedur dan proses mediasi penal di Portugal.

3. Perbandingan Keadilan Restoratif di Berbagai Negara

Keadilan restoratif (*restorative justice*) adalah penyelesaian perkara tindak pidana melibatkan pelaku korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain terkait mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.⁴³⁵ Konsep ini merupakan perkembangan dari keadilan *retributive*, yang hanya fokus bagaimana menghukum pelaku untuk menimbulkan efek jera⁴³⁶. Sementara kerugian dan trauma dirasakan korban tidak tersentuh. Hal ini kemudian menimbulkan kritik dan tuntutan pembaharuan sistem peradilan pidana, sehingga muncul konsep *restorative justice*.

Karakteristik peradilan *restorative* adalah *just peace principle* atau

⁴³⁵ Pasal 1 butir 6 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012.

⁴³⁶ Memberikan hukuman pada pelaku dianggap obat paling manjur menyembuhkan luka atau derita korban maupun kelainan perilaku yang terdapat dalam diri pelaku. Hukuman pemenjaraan atau bahkan hukuman mati dianggap memberikan keadilan kepada kedua belah pihak. Kwat Puji Prayitno, *Restorative Justice Untuk Peradilan di Indonesia (Perspektif Yuridis Filosofis dalam Penegakan Hukum In Concreto)*, Jurnal Dinamika Hukum Volume 12 Nomor 3 Tahun 2012, hlm 407.

keadilan dilandasi perdamaian antara pelaku, korban dan masyarakat.⁴³⁷ Prinsip ini berlandaskan pemikiran keadilan dan perdamaian pada dasarnya tidak dapat dipisahkan. Perdamaian tanpa keadilan adalah penindasan, keadilan tanpa perdamaian adalah bentuk baru penganiayaan atau tekanan.⁴³⁸ Tujuan ingin dicapai peradilan restoratif dapat dicapai melalui proses kooperatif yang melibatkan semua pihak (*stakeholders*).⁴³⁹

Restorative justice bukanlah teori baru bagi masyarakat internasional termasuk Indonesia. Konsep ini sudah menjadi *dominant theory* dalam sistem peradilan pidana seluruh dunia. Pakar hukum pidana meyakini konsep *restorative justice* sudah ada sejak manusia pertama kali membentuk komunitas. Konsep ini dimanfaatkan sebagai salah satu bentuk utama dari keadilan di mayoritas sistem kebudayaan di dunia.⁴⁴⁰

Fakta menunjukkan *restorative justice* dipahami dan diidentikkan penyelesaian di luar pengadilan yang hanya dapat diterapkan pada kasus tertentu seperti tindak pidana ringan dan peradilan anak (*juvenile*). Fakta lain meskipun populer hampir di semua negara termasuk Indonesia, ternyata hanya sedikit negara merumuskan secara komprehensif dalam sistem peradilan nasional mereka. Amerika Serikat, sebagai contoh, tidak ada satupun negara bagian yang memiliki undang-undang khusus mengatur

⁴³⁷ *Ibid.*, hlm 419.

⁴³⁸ *Ibid.*, hlm 408. Sebagai *just peace principle* atau *just peace ethics* karena pendekatan dalam *restorative justice* menerapkan prinsip dasar pemulihan kerusakan kepada mereka yang menderita kerugian akibat kejahatan; diberikan kesempatan pada pelaku untuk terlibat dalam pemulihan keadaan tersebut, diberikannya peran pada pengadilan dan masyarakat untuk menjaga ketertiban umum dan melestarikan perdamaian yang adil. *Ibid.*, hlm 411.

⁴³⁹ *Ibid.*, hlm 409.

⁴⁴⁰ Christopher D. Lee, *They All Laughed at Christopher Columbus When He said The World was Round: The Not- So radical and Reasonable Need for a Restorative Justice Model Statute*, 30 St. Louis U. Pub. L. Rev. 523, 2011, hlm 529.

restorative justice.⁴⁴¹ Legislasi mereka hanya peradilan anak (*juvenile*) menerapkan *restorative justice*⁴⁴².

Banyak penelitian tingkat nasional maupun internasional merekomendasikan pentingnya *restorative justice* dalam sistem peradilan anak. Dasar pemikiran rekomendasi ini antara lain keyakinan anak masih dapat direhabilitasi dan mereka akan menjadi rentan (*vulnerable*) ketika dicabut dari keluarga untuk dipenjarakan, mereka secara fisik maupun psikhis berbeda dengan orang dewasa.⁴⁴³ Namun belum banyak penelitian fokus pada *restorative justice* di luar peradilan anak seperti penyelesaian kekerasan dalam rumah tangga.

Beberapa penelitian yang sudah ada sebelumnya yang meneliti kemungkinan penerapan *restorative justice* di luar peradilan anak dan tindak pidana ringan menyimpulkan meskipun tidak sepopuler *restorative justice* bagi *juvenile*, tidak berarti bahwa *restorative justice* tidak dapat diterapkan dalam sistem peradilan di luar *juvenile*.⁴⁴⁴

Penelitian ini selaras perkembangan Hukum Hak Asasi Manusia internasional yang merekonseptualisasikan *restorative justice* tidak hanya untuk *juvenile* dan tindak pidana ringan serta tidak hanya penyelesaian di luar pengadilan. Hukum Hak Asasi Manusia internasional merekonseptualisasikan melalui standar minimum penerapan *restorative justice* dalam beberapa

⁴⁴¹ Sandra Pavelka, *Restorative Juvenile Justice Legislation and Policy, A National Assessment*, 4 Int'l J. Restorativ Just. 100, 2008, hlm 100.

⁴⁴² Khusus peradilan anak memang cukup banyak negara telah merumuskan *restorative justice* secara khusus dan eksplisit dalam legislasi nasional mereka. Indonesia termasuk salah satu yang telah mengundang *restorative justice* bagi peradilan anak melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012. Konsep *restorative justice* bagi peradilan anak memang sudah dikenal sejak lebih dari seabad yang lalu. Brian J Safran, *Juvenile Justice Policy From The Perspective of International Human Right*, Cardozo L. Rev. denovo 304, 2012, hlm 305.

⁴⁴³ *Ibid*,

⁴⁴⁴ Christopher D. Lee, *Op, Cit*, hlm 537.

instrument meskipun bentuknya *soft law*. Adapun terkait kondisi di Indonesia, selain peradilan anak, belum mengatur *restorative justice* dalam rumusan khusus dan komprehensif sebagai alternatif sistem pemidanaan.⁴⁴⁵ Tidak terlalu mengejutkan apabila hampir seluruh tindak pidana yang ditangani sistem peradilan pidana di Indonesia berakhir di penjara.⁴⁴⁶

Membahas *restorative justice* tidak bisa lepas dari konteks Hukum Hak Asasi Manusia karena tujuan *restorative justice* untuk melindungi mereka yang rentan (*vulnerable*) seperti anak bermasalah atau berkonflik dengan hukum (*juvenile*); korban suatu tindak pidana; pelaku yang mendapat stigma buruk di masyarakat yang kemudian justru menjadi korban (victimisasi pelaku); serta komunitas sekeliling yang berhak mendapatkan keamanan dan ketertiban sosial yang terganggu oleh tindak pidana yang dilakukan.

Pada tingkat internasional *restorative justice* paling populer diterapkan untuk sistem peradilan anak. Hal ini dibuktikan dengan berhasil diadopsinya beberapa *instrument* Hukum Hak Asasi Manusia internasional yang mengakui perlindungan *juvenile* merupakan hak fundamental bagi harkat dan martabat anak dan memberikan kewajiban negara melindungi mereka.⁴⁴⁷ Instrumen terkait *juvenile* dimaksud : *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) 1985, Convention on*

⁴⁴⁵ Kwat Puji Prayitno, *Op, Cit*, hlm 419.

⁴⁴⁶ Mayoritas penegak hukum di Indonesia masih berparadigma *retributive justice* yang menekankan *punishment* berupa pemenjaraan bagi pelaku tindak pidana. Padahal penjara bukanlah solusi terbaik menyelesaikan masalah tindak pidana, khususnya tindak pidana dimana kerusakan yang ditimbulkan kepada korban dan masyarakat masih bisa diperbaiki sehingga kondisi yang telah rusak dapat dikembalikan ke keadaan semula. *Ibid*, hlm 408.

⁴⁴⁷ Brian J Safran, *Ibid*, hlm 306.

the Rights of the Child, United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty 1990, United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines) 1990, juga Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice Sistem.

Meskipun *restorative justice* sangat populer untuk *juvenile*, namun perkembangan terjadi dalam Hukum Hak Asasi Manusia internasional menunjukkan *restorative justice* tidak hanya domain peradilan anak. Beberapa penelitian diantaranya ditulis Juliet S. Sorensen, berjudul *Restorative Justice for Victims of War Crime*, juga Thomas M. Antkowiak berjudul *An Emerging Mandate for International Courts: Victim Centered Remedies and Restorative Justice* menunjukkan konsep *restorative justice* dapat diterapkan dalam kasus pelanggaran Hak Asasi Manusia berat termasuk kejahatan perang.⁴⁴⁸ Meskipun demikian, dalam kasus ini *restorative justice* lebih fokus pemulihan korban, dikarenakan korban berhadapan dengan negara sebagai sponsor pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat.⁴⁴⁹

Beberapa instrumen mengatur hal ini antara lain *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* 1985 dan *The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* yang baru disetujui Majelis Umum PBB tahun 2005. *Basic Principles* ini menegaskan bahwa korban:

⁴⁴⁸ Juliet S. Sorensen, *Restorative Justice for Victims of War Crime*, 100 J. Crim. L. & Criminology 1689, 2010, hlm 1689.

⁴⁴⁹ *Ibid*, hlm 1696.

..should, as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, be provided with full and effective reparation which include[s] the following forms: restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non repetition. Selanjutnya adalah *the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* yang memberikan korban *compensation, restitution, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition*; *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities* yang mewajibkan negara melakukan *all appropriate measures to promote the physical, cognitive and psychological recovery, rehabilitation and social reintegration of persons with disabilities* ketika terjadi *exploitation, violence or abuse*. Instrumen berikutnya adalah *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001*, menegaskan hak korban atas *full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination.*

The International Covenant on Civil and Political Rights memberikan hak pada korban atas *compensation; public investigation and prosecution; legal reform; restitution of liberty, employment or property; and medical care.* Statuta Roma 1998 tentang Peradilan Pidana Internasional adalah contoh paling bagus dimana *International Criminal Court (ICC)*⁴⁵⁰ dirancang

⁴⁵⁰ ICC tidak hanya mengupayakan pertanggungjawaban juga efek jera pada pelaku, tetapi juga *social welfare and restorative justice*. ICC mewajibkan negara menyediakan dana bagi korban untuk melindungi *the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of*

sebagai forum penerapan *restorative justice*, memberikan remediasi pada jutaan korban kejahatan yang ada di bawah yurisdiksinya. Selain *restorative justice* dalam kasus *juvenile* serta pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat, masyarakat internasional berhasil mengadopsi instrumen hukum yang merekomendasikan diterapkannya program *restorative justice* terhadap tindak pidana biasa yang dilakukan individu dewasa.

Restorative justice dalam kasus ini tidak hanya fokus pada korban saja tetapi juga pelaku, keluarga kedua belah pihak dan masyarakat atau komunitas di sekitarnya. Pelaku didorong bertanggung jawab dengan mengakui kesalahan, menyatakan penyesalan dan permohonan maaf pada korban sertamenunjukkan empati dengan menolong memperbaiki kerugian korban. Stigma pada pelaku dapat hilang melalui tindakan tepat. Kesuksesan program *restorative justice* akan sangat bergantung pada keterlibatan langsung orang yang terpengaruh oleh kejadian.⁴⁵¹

Instrumen Hukum Hak Asasi Manusia internasional mengatur secara detail dan merekomendasikan penerapan *restorative justice* terhadap tindak pidana biasa yang dilakukan orang dewasa adalah *United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules)*. Tujuan utama instrumen ini adalah:⁴⁵²

- a. *to promote the use of non custodial measures, as well as minimum safeguards for persons subject to alternatives to imprisonment;*
- b. *to promote greater community involvement in the management of criminal justice, specifically in the treatment of offenders, as well as to promote*

victims. Hak korban tidak hanya ganti rugi bentuk uang atau rehabilitasi saja tapi juga tuntutan permintaan maaf. Permintaan maaf dirasa lebih memulihkan harkat martabat korban sebagai manusia. Thomas M. Antkowiak, *An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, 47 Stan. J. Int'l L. 279, 2011, hlm 286.

⁴⁵¹ Angkasa, *Model Peradilan Restorative Dalam Sistem Peradilan Anak (Kajian tentang Praktek Mediasi Pelaku dan Korban Dalam Proses Peradilan Anak di Wilayah Hukum Balai Pemasarakatan Purwokerto)*, Jurnal Dinamika Hukum Volume 3 Nomor 9, 2009, hlm 209.

⁴⁵² Lihat Tokyo Rules Angka I point 1.

- among offenders a sense of responsibility towards society*
- c. to ensure a proper balance between the rights of individual offenders, the rights of victims, and the concern of society for public safety and crime prevention;*
 - d. to provide other options, thus reducing the use of imprisonment, and to rationalize criminal justice policies, taking into account the observance of human right the requirements of social justice and the rehabilitation needs of the offender.*

Berdasarkan tujuan utama ingin dicapai, *Tokyo Rules* berupaya memberikan standar minimum penerapan *restorative justice* sebagai alternatif mengurangi pemenjaraan. *Restorative justice* dapat diterapkan pada semua orang yang berstatus tersangka, terdakwa atau terpidana dan dalam semua proses tahapan administrasi *criminal justice*.⁴⁵³ Penerapan *restorative justice* berdasarkan prinsip non diskriminasi baik berdasarkan ras, agama, jenis kelamin, usia, bahasa, politik atau opini politik, kekayaan, asal usul nasionalitas, status kelahiran atau status lain.⁴⁵⁴

Tokyo Rules membagi penerapan *restorative justice* dalam beberapa tahapan yaitu *Pre trial stage*; *Trial and sentencing stage* dan *Post sentencing stage*. Instrumen ini memberikan panduan penerapan *restorative justice* mencakup pengawasan, durasi, kondisi, proses perlakuan, disiplin dan pelanggaran kesepakatan. Tak kalah penting, *Tokyo Rules* juga menekankan pentingnya rekrutmen staf untuk mengimplementasikan *restorative justice*, yaitu :⁴⁵⁵

⁴⁵³ Lihat Tokyo Rules Angka I, point 2.1.

⁴⁵⁴ Lihat Tokyo Rules Bagian I, point 2.2.

⁴⁵⁵ Christopher D. Lee, *Op, Cit*, hlm 540.

Dari keseluruhan petunjuk *Tokyo Rules* nampak ada beberapa komponen kunci yang harus diperhatikan dalam penglegislasian *restorative justice*.

Komponen kunci pertama menurut *Tokyo Rules* adalah seleksi, pelatihan, dan sertifikasi fasilitator. Peran fasilitator adalah memfasilitasi program *restorative justice* bisa dilaksanakan secara *fair* dan tidak memihak. Fasilitator harus memiliki kemampuan mengkondisikan sikap saling menghormati antara pelaku dan korban, mencegah revictimisasi korban, membantu memformulasikan atau memperbaiki kesepakatan antara pelaku dan korban atau beserta keluarga masing-masing. Fasilitator harus memiliki empati, kemampuan organisasi, komunikasi verbal secara efektif, dan management konflik. Pelatihan minimum bagi fasilitator adalah:

- a. Pengenalan konsep dan tujuan program *restorative justice* dan perbandingan dengan *traditional criminal process*;
- b. Pengenalan tata cara atau prosedur pelaksanaan program;
- c. Keahlian komunikasi; dan
- d. Pemahaman mengenai pengalaman revictimisasi

Masih komponen pertama, hal penting dalam pelegislasian *restorative justice* adalah rekrutmen fasilitator/staf pelaksana *restorative justice* untuk memperoleh fasilitator profesional atau siap latih. Warga lokal sangat direkomendasikan menjadi fasilitator karena dipandang lebih memahami budaya lokal dan karakter masyarakat setempat, dimana tindak pidana terjadi. Komponen kunci kedua menurut *Tokyo Rules* adalah *screening process* pelaku dan korban untuk menentukan apakah mereka memenuhi syarat

(*eligible*) untuk berpartisipasi dalam program *restorative justice*. Tidak semua korban atau pelaku siap menjalani program *restorative justice*. Proses *screening* secara hati-hati dengan pendekatan kasuistis sangat diperlukan untuk suksesnya program. Dalam proses *screening* sangat penting mengetahui latar belakang kehidupan pelaku dan korban, sikap pelaku, sikap korban, dan lain-lain.

The *Australian Restorative Justice Act* sangat berhati-hati menetapkan kesiapan mental korban dan pelaku. *Eligible victims* menurut undang-undang Australia ini harus memenuhi standar usia tertentu dan memiliki kesiapan dan kecakapan mental (*the mental cognizance*) untuk memutuskan terlibat dalam program *restorative justice*.⁴⁵⁶ Jika korban masih terlalu muda anggota keluarganya dapat menggantikan sepanjang cukup usia dan memiliki *mental cognizance* yang cukup. Pelaku akan dianggap memenuhi syarat apabila ia mengakui kesalahan dan bersedia menerima tanggung jawab, usianya minimal 10 tahun, serta memiliki *mental cognizance* yang cukup untuk terlibat dalam program *restorative justice*.

Screening bagi korban dilakukan oleh fasilitator. Korban harus tetap diberikan kesempatan mengikuti program *restorative justice* dengan atau tanpa kehadiran pelaku. Namun demikian tidak semua program *restorative justice* sesuai bagi korban, sehingga kemampuan fasilitator menemukan program yang tepat sangat diperlukan. *Screening* bagi pelaku, pada umumnya, dalam sebagian besar kasus, jaksa adalah pihak paling berperan

⁴⁵⁶ Christopher D. Lee, *Op, Cit.*, hlm 542.

dalam melakukan *screening* terhadap pelaku. Hal ini mengizinkan jaksa menghentikan kasus apabila pelaku sudah melaksanakan kewajiban yang disepakai program *restorative justice*.

Komponen kunci ketiga penting untuk pelegislasian *restorative justice* adalah kapan program *restorative justice* dapat dilakukan. Pada umumnya ada empat waktu pelaksanaan program yaitu tahapan di Kepolisian (*pre charge*); penuntutan (*post charge but usually before trial*); persidangan di pengadilan (*pre trial or sentencing stages*); dan *corrections*. Komponen kunci keempat adalah tipe atau bentuk program. Meskipun banyak program direkomendasikan tetapi paling banyak digunakan antara lain *victim offender mediation (VOM)*; *community and family group conferencing*; *circle Sentencing*; *Victim Impact Panels and Surrogate Groups*; *Online Dispute Resolution*; serta *The Victim Offender Reconciliation Program (VORP)*.⁴⁵⁷ Komponen kunci kelima adalah ruang lingkup penerapan *restorative justice* kasus khusus dan sensitif untuk diterapkan *restorative justice*.

Meskipun *Tokyo Rules* tidak membatasi jenis tindak pidana yang dapat diterapkan *restorative justice* namun praktek banyak negara hanya menerapkan dalam kasus ringan, seperti pengrusakan (*vandalism*), penyerangan ringan (*minor assault*) serta pencurian (*theft*).⁴⁵⁸ Setelah *Tokyo Rules* 1990 yang merupakan instrumen utama *restorative justice*, PBB menyelenggarakan konferensi internasional memasyarakatkan dan

⁴⁵⁷ *Ibid*, hlm 544.

⁴⁵⁸ Kate E. Bloch, *Reconceptualizing Restorative Justice*, *Hastings Race & Poverty L. J.* 201, 2010, hlm 207.

memperbaiki kekurangan *Tokyo Rules*. Laporan Kongres PBB ke-11 di Thailand tentang *Crime Prevention and Criminal Justice* 2005, merumuskan perlunya perjanjian internasional mengatur kebutuhan inovasi *administration justice* termasuk penggunaan *restorative justice*, terutama untuk pelaku pemula, pelaku anak, dan penyalahgunaan narkoba.

Selanjutnya Kongres PBB ke-12 di Brasil 2010, merekomendasikan negara anggota mengevaluasi dan mengadakan pembaharuan kebijakan peradilan pidana dengan pengembangan strategi komprehensif mengurangi penggunaan sanksi penjara, dan meningkatkan penggunaan alternatif selain penjara termasuk *restorative justice*.⁴⁵⁹ Demikianlah Hukum Hak Asasi Manusia internasional memberi panduan *criminal Justice* tentang strategi pendekatan inovasi, komprehensif dan integral dengan meningkatkan penggunaan program *restorative justice*.⁴⁶⁰

Perkembangan selanjutnya di masyarakat internasional, banyak rekomendasi penerapan *restorative justice* berlandaskan *justpeace principle*, namun ternyata kritik terhadap konsep ini juga mulai muncul yang kemudian menawarkan konsep *hybrid restorative justice* sebagai alternatif baru.

Konsep ini berupaya mengatasi kelemahan yang ada pada konsep *restorative justice* yang lama (*classical restorative justice*) seperti resiko kesewenang-wenangan dalam proses mediasi karena adanya posisi tawar yang tidak seimbang antara pelaku dan korban, resiko tuduhan yang lebih buruk pada pelaku (*exacerbating prejudice*), serta resiko sakit hati yang lebih buruk (*aggravated*) dengan adanya keterlibatan banyak pihak.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Kuat Puji Prayitno, *Op, Cit*, hlm 413.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ Kate E. Bloch, *Op, Cit*, hlm 209.

Penelitian mengklaim *hybrid restorative* sebagai cara terbaik menyatakan penyelesaian sengketa alternatif yang ditawarkan *classical restorative justice* melalui mediasi *stakeholders* potensial menempatkan pihak korban yang miskin dan tidak memiliki kekuasaan pada posisi lemah sehingga cenderung dirugikan.⁴⁶² Konsep *hybrid restorative justice* hakekatnya menggabungkan antara *traditional criminal justice* yang fokus pemenjaraan pelaku dengan konsep *classical restorative justice* yang menghindari pemenjaraan dan fokus perdamaian pelaku, korban, dan komunitas di sekelilingnya. Konsep *hybrid restorative justice* masih mempertahankan pemenjaraan seperti konsep konvensional tetapi pemenjaraan pada tempat khusus dan fokus pada edukasi dan rehabilitasi pelaku.

Pada *classical restorative justice*, rehabilitasi diperlukan bagi korban saja. Pelaku tidak perlu di penjara apabila kooperatif, mengakui kesalahan, minta maaf, berkomitmen tidak mengulangi dan berempati serta bertanggungjawab pada kerugian korban. Konsep *hybrid restorative justice* pada tahap awal menuntut *personal accountability*. Pelaku dapat menolong dirinya sendiri menunjukkan empati dan rasa tanggung jawab pada korban. Berikutnya korban dan keluarganya dapat menghitung kerugian diderita.

Hal yang membedakan dengan konsep *classical restorative justice* adalah korban dapat diwakili korban pengganti (*surrogate victim*) apabila karena trauma dialami tidak mampu hadir duduk bersama dengan pelaku dan mengungkapkan semua penderitaan serta keinginan atau harapan. Meskipun memerlukan penyempurnaan namun *hybrid restorative justice* dianggap lebih maju karena dapat diterapkan untuk berbagai jenis tindak pidana, tidak

⁴⁶² *Ibid*, hlm 201.

sebatas pada tindak pidana ringan saja. Konsep ini juga dipandang memberikan keseimbangan karena pelaku tidak bebas begitu saja tetapi tetap mengalami pemenjaraan meskipun dengan konsep edukasi dan rehabilitasi pada kelainan perilaku yang diidap oleh pelaku.⁴⁶³

Dalam penerapan *restorative justice*, dewasa ini perkembangan internasional dalam konsep peradilan pidana dan prosedur penanganan kasus pidana di beberapa negara telah dikenal mediasi penal (*penal mediation, mediation penale, mediation in criminal matters, Victim Offender Mediation*) yang merupakan bagian dari sistem peradilan pidana. Mediasi sebelumnya hanya dalam hukum perdata, digunakan di beberapa negara untuk menyelesaikan perkara pidana. Mediasi penal merupakan bentuk perwujudan konsep *restorative justice*, yang hendak memulihkan hak korban.

Dalam mediasi penal penyelesaian kasus pidana dilakukan tanpa melalui proses peradilan pidana formal/tradisional, karena itu dikenal *Penal Mediation* atau *Victim Offender Mediation* (VOM), *Offender Victim Arrangement* (OVA), atau *Mediation in Criminal Matters*, atau dalam bahasa Jerman *Der Außergerichtliche Tatausgleich* (disingkat ATA)⁴⁶⁴. dan dalam istilah Prancis disebut *de mediation pénale. Täter Opfer Ausgleich* (TOA).

Dalam penanganan kasus pidana, sekilas mediasi penal hampir sama dengan diskresi (*discretion*) yang dimiliki lembaga sistem peradilan pidana, seperti kepolisian dan kejaksaan menyaring kasus yang masuk untuk tidak

⁴⁶³ *Ibid*, hlm 213.

⁴⁶⁴ Di Austria terdiri dari ATA-J (*Außergerichtlicher Tatausgleich für Jugendliche*) untuk anak, dan ATA-E (*Außergerichtlicher Tatausgleich für Erwachsene*) untuk orang dewasa.

meneruskan sebagian kasus tertentu melalui proses peradilan pidana. Namun terdapat esensi yang berbeda dengan sistem diskresi tersebut.

Mediasi penal lebih mengedepankan kepentingan pelaku tindak pidana dan sekaligus kepentingan korban, sehingga tercapai *win win solution* yang menguntungkan pelaku dan korban. Dalam mediasi penal korban dipertemukan secara langsung dengan pelaku tindak pidana dan dapat mengemukakan tuntutan sehingga dihasilkan perdamaian para pihak. Melalui mediasi penal proses penanganan perkara dilakukan transparan sehingga mengurangi permainan kotor yang seringkali terjadi dalam proses peradilan pidana tradisional.

Mediasi penal telah dilakukan negara antara lain Amerika, Kanada, San Fransisco, Italia, Belgia, Austria, Prancis, dan Jerman. Jika digali beberapa daerah di Indonesia, dimana peradilan adat masih dipertahankan keberadaannya seperti di Papua, Bali, dan Aceh melalui peradilan pidana adat praktik mediasi penal diterapkan dalam menyelesaikan perkara pidana. Namun sebagai sebuah lembaga penyelesaian perkara pidana, mediasi penal belum populer dalam menyelesaikan perkara pidana sebagai bagian proses peradilan pidana di Indonesia.

Masih digunakannya peradilan pidana tradisional, proses peradilan dilakukan dalam proses panjang, melalui tahapan pemeriksaan dari kepolisian, kejaksaan dan pengadilan. Dengan tahap pemeriksaan tersebut, maka diperlukan waktu, biaya dan tenaga yang besar untuk satu kasus/perkara pidana. Keadaan seperti ini menyebabkan timbulnya beban

penumpukkan perkara pidana di pengadilan. Mengingat keuntungan mediasi penal, sebagaimana dipraktikan di beberapa negara, diperlukan upaya berupa kajian menerapkan mediasi penal dalam proses peradilan pidana Indonesia sebagai bagian dari sistem peradilan pidana di Indonesia.

4. Perbandingan Hukum Islam : Mediasi Penal dengan Pendekatan Keadilan Restoratif

Penyelesaian perkara melalui perdamaian adalah manifestasi *restorative justice* dan telah berjalan sejak lahirnya hukum Islam. Proses penyelesaian perkara pidana melalui perdamaian dapat menjadi pijakan pembaharuan sistem peradilan di Indonesia. Hal ini mengkonfirmasi konsep tujuan hukum pidana adalah *ultimum remedium* (obat terakhir) bukan *premium remedium* (obat utama). Konsep pemberlakuan *restorative justice* yang telah berlangsung lama dalam hukum pidana Islam layak dijadikan pertimbangan dalam melakukan pembaharuan dan pembaharuan hukum pidana materiil di Indonesia. Wajah sistem pemidanaan di Indonesia sudah selayaknya menampakkan wujudnya dengan watak *restorative* dan responsif.

Restorative justice atau keadilan restoratif merupakan bentuk model pendekatan penyelesaian perkara pidana yang muncul dalam era tahun 1960-an. Model pendekatan ini diasumsikan sebagai pilihan paling mutakhir dari berbagai model dan mekanisme yang bekerja dalam sistem peradilan pidana dalam penanganan perkara-perkara pidana saat ini.⁴⁶⁵

Restorative justice merupakan reaksi terhadap teori retributif yang menitikberatkan pada pembalasan dan teori neo klasik yang berorientasi kesetaraan sanksi pidana dan tindakan. Dalam teori retributif, sanksi pidana

⁴⁶⁵ Eva Achjani Zulfa dan Indriyanti Seno Adji, *Op, Cit*, 2009, hlm 2.

bersumber pada gagasan mengapa diadakan pemidanaan, hal ini lebih menekankan pada unsur pembalasan yang bersifat reaktif terhadap suatu perbuatan. Teori ini lebih tertuju pada perbuatan salah seorang melalui penderitaan agar yang bersangkutan menjadi jera, oleh karenanya sanksi tindakan terarah pada upaya memberi pertolongan agar dia berubah.

Keadilan restoratif adalah suatu pendekatan terhadap keadilan berdasarkan pada dasar falsafah dan nilai-nilai tanggungjawab, keterbukaan, kepercayaan, harapan, penyembuhan, dan *inclusiveness* yang berdampak pada pengambilan keputusan kebijakan sistem peradilan pidana dan praktisi hukum di seluruh dunia dan menjanjikan hal positif ke depan berupa sistem keadilan untuk mengatasi konflik akibat kejahatan dan hukum yang dapat dipertanggungjawabkan serta keadilan restoratif dapat terlaksana apabila fokus perhatian diarahkan pada kerugian akibat tindak pidana, keprihatinan yang sarna dan komitmen untuk melibatkan pelaku dan korban, mendorong pelaku untuk bertanggungjawab, kesempatan untuk dialog antara pelaku dan korban, melibatkan masyarakat terkena dampak kejahatan dalam proses retroaktif, mendorong kerjasama dan reintegrasi.⁴⁶⁶

Dalam hukum pidana Islam, ancaman pidana tertentu dapat tergantikan tatkala mendapatkan pemaafan dari korban atau keluarga korban tindak pidana. Terkait dengan itu, Islam memiliki 3 (tiga) tingkatan hukuman, yaitu *pertama*, pidana persamaan, *kedua*, pemaafan, dan, *ketiga*, diat.

Hal ini menunjukkan Islam mengenal dua pengenaan paradigma dalam penyelesaian perkara, yaitu paradigma litigasi dan non litigasi. Paradigma litigasi adalah suatu pandangan dan keyakinan mendasar bahwa satu-satunya institusi yang tepat untuk menyelesaikan perkara adalah melalui pengadilan. Sebaliknya, paradigma non litigasi berangkat dari asumsi dasar penyelesaian

⁴⁶⁶ Muladi dan Barda Nawawi, *Op, Cit*, hlm 4.

perkara tidak selalu melalui hukum dan pengadilan. Cara di luar pengadilan adalah bagian dari model yang tidak ditinggalkan dan terbukti efektif menyelesaikan perkara tanpa meninggalkan luka dan dendam yang berkelanjutan. Cara terakhir inilah disebut pendekatan *restorative justice*.

Penyelesaian perkara melalui jalur non litigasi dapat dilakukan atas dasar prakarsa masing-masing pihak berperkara, dapat pula melibatkan pihak ketiga (*hakam*). *Hakam* berfungsi sebagai penengah (pendamai) dari dua atau lebih pihak yang sedang berperkara. Kedudukan *hakam* setara dengan mediator atau arbitrator.

Cara penyelesaian dengan cara baik-baik merupakan tradisi telah lama berakar dalam masyarakat Arab bahkan sebelum agama Islam hadir. Setelah Islam hadir, diperkuat lagi dengan anjuran senantiasa menciptakan perdamaian dan harmoni dalam masyarakat. Doktrin yang dikembangkan Islam dalam penyelesaian perkara adalah penyelesaian secara damai dan musyawarah di antara pihak berperkara tanpa harus melalui proses hukum di depan pengadilan.

Hal yang menjadi kekurangan dari sistem peradilan konvensional di Indonesia, sebenarnya telah lama disadari dalam Islam untuk tidak terburu-buru membawa kasus atau perkara ke pengadilan, karena ajaran pemaafan merupakan esensi mencapai ketaqwaan seseorang. Karenanya, setiap perkara dapat diselesaikan secara damai dan arif di antara para pihak yang berperkara.

Kedudukan pemaafan dalam hukum Islam tersebut kini diakui sebagai bentuk alternatif penyelesaian perkara dengan pencapaian tujuan pemidanaan

paling ideal. Melalui lembaga pemaafan, penyelesaian perkara dapat membuahkan keadilan seimbang antara pelaku, korban, dan masyarakat. Cita-cita pemidanaan demikian ini hendak dicapai dalam pendekatan *restorative justice*.

Keadilan restoratif di Indonesia dan nilai terkandung di dalamnya telah ada dalam norma-norma masyarakat Indonesia. Tidak heran apabila praktik penerapan keadilan restoratif sebetulnya telah dipraktikkan sejak lama oleh sebagian masyarakat dan penegak hukum di Indonesia. Pelaksanaan *restorative justice* dalam hukum pidana Islam sebagai nilai universal mengilhami pembaharuan hukum pidana materiil di Indonesia yang cenderung *retributif*. Bertitik tolak pada pemberlakuan konsep perdamaian dan pemaafan yang dapat menggugurkan sanksi pidana dalam hukum pidana Islam, maka hendak dirumuskan ide rekonstruksi dan reformulasi KUHP yang hingga saat ini masih menyisakan problem dalam pencapaian keadilan secara substansial

Dalam hukum Islam, pemberian maaf tidak hanya berlaku pada tindak pidana klasifikasi sangat ringan saja, melainkan terhadap tindak pidana pembunuhan yang masuk klasifikasi sangat berat/sangat serius, sehingga mestinya bertitik tolak pada ketentuan tersebut diperlukan *penal reform* bemuansa *restorative justice* yang menasar pada tindak pidana apapun tanpa memandang klasifikasi pidana.

5. Perbandingan Hukum Adat : Mediasi Penal dengan Pendekatan Restoratif

Dalam kajian ini, konsep hukum yang dianut merujuk bahwa di luar

peradilan negara, terdapat peradilan non formal yang bekerja berdasarkan aturan tingkah laku dalam menyelesaikan sengketa berdasarkan hukum yang hidup di masyarakat. Peradilan dikaji sebagai komponen sistem kemasyarakatan kompleks dan tidak sebagai sumber tunggal distribusi keadilan, seperti pemikiran hukum *legalistis positivistik*. Permasalahan distribusi keadilan tidak hanya dikaitkan dengan pemerataan kesempatan memperoleh keadilan, melalui pembentukan peradilan formal dan perangkatnya⁴⁶⁷, tetapi juga dengan pasangan yang tepat antara forum dan sengketa, dan dengan postulat penataan sosial berdasarkan hukum adat.⁴⁶⁸

Kompleksitas peradilan sebagai lembaga pemberi keadilan, diwarnai berbagai pancaran teori dan konsep hukum. Di pihak pertama berdiri kelompok *legalistis positivistik*. Kaum *legalistik positivistic* menginginkan, agar lembaga peradilan bekerja berdasarkan peraturan hukum yang logis.

Sementara di pihak lain berdiri kelompok pragmatis, yang menghendaki agar lembaga peradilan bekerja atas dasar nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat.⁴⁶⁹ Oleh sebab itu uraian di bawah ini akan menyinggung berbagai pemikiran konsep dan teori hukum tentang hukum adat, peradilan dan hakimnya.

Pemikiran mengenai akses kepada keadilan (*akses to justice*) sejatinya tidak merujuk kepada *punitive justice* (keadilan yang merujuk pada

⁴⁶⁷ Ahmad Ubbe, *Perbandingan Antara Jumlah Hakim dengan Perkara, Penduduk dalam Pemerataan Memperoleh Keadilan*, Majalah Hukum Nasional. Nomor 2 tahun 1989, hlm 117.

⁴⁶⁸ Bandingkan dengan Marc Galanter, *Keadilan di Berbagai Ruang: Lembaga Peradilan, Penataan Masyarakat Serta Hukum Rakyat*, dalam T. O. Ihromi, *Op, Cit*, hlm 95.

⁴⁶⁹ Ahmad Ubbe, *Op, Cit*, hlm 17.

pidanaan). Namun dibawa pada suatu wawasan baru, ialah *participatory justice* (keadilan yang merujuk pada kebersamaan), suatu wawasan yang serupa dengan *alternatif dispute resolution* (ADR).

Dengan pemikiran sengketa diselesaikan melalui kesepakatan semua pihak yang terkait dan tidak sekedar menghentikan sengketa secara yuridis dengan mewujudkan keadilan formal. Namun lebih utama daripada hal itu ialah mewujudkan perdamaian, persaudaraan dan upaya mengembalikan masyarakat kepada ketertiban dan ketenteraman sesuai dengan perasaan dan kesadaran hukum yang hidup di masyarakat yang bersangkutan.⁴⁷⁰

Dalam hal ini penyembuhan sosial, hasil musyawarah diselenggarakan dengan atau tanpa melibatkan petugas penegak hukum negara (*non state justice system*). *Non state justice system* menurut pandangan Mardjono Reksidipoetro, merujuk pada pemikiran *restorative justice* (keadilan restoratif) dengan tujuan utama, seperti.⁴⁷¹

- a. *To restore the health of the community, meet victims' needs, repair the harm done, and require the offender to contribute to these repairs;*
- b. *The restorative justice model attempts non punitive, humane solutions to the conflict inherent in crime and victimization.*

Disini dikatakan sekali lagi usaha penyelesaian sengketa melalui kesepakatan semua pihak yang terlibat dalam perselisihan, ikut memberikan kontribusi. Kontribusi pelaku terhadap kesepakatan ini, dapat berbagai macam, seperti *monetary restitution, community service, therapy and even incarceration*.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Ahmad Ubbe, *Hukum Adat Kesusilaan Malaweng, Kesimambungan dan Perubahannya* Yasrif Watampone, Jakarta:2008, hlm 72.

⁴⁷¹ Mardjono Reksodipoetro, "Pengantar" dalam Eva Achyani Zulfa, *Keadilan Restoratif*, : Badan Penerbit FHUI, Jakarta 2009, hlm i.

⁴⁷² *Ibid.*

Konsep penyelesaian sengketa dengan persepakatan ini, timbul tidak hanya sebagai reaksi terhadap cara tradisional yang diterapkan dalam sistem *punitive justice*, baik berorientasi *crime control model*, maupun *due process model*. Namun merupakan upaya refitalisasi dan reaktualisasi peran lembaga perdamaian yang telah ada sebelumnya.

Sejarah mencatat Indonesia memiliki khasanah kebudayaan berupa sistem sosial dan hukum tentang peradilan, hakim dan keadilan. Sekedar sebagai contoh, sejarah kerajaan Mataram sejak abad 17 telah memiliki lembaga peradilan kerajaan yang disebut Peradilan Stinggil atau Serambi. Sementara perkara hukum di pedesaan diselesaikan di Peradilan Padu yang dipimpin oleh kepala adat. Peradilan tingka desa tersebut bertahan hidup hingga sekarang dengan nama yang beragam seperti pengadilan adat atau Lembaga Perdamaian Desa. Hingga sekarang lembaga seperti ini tetap hidup dengan fungsi dan kewenangan membenahi rusaknya pergaulan sosial akibat pelanggaran hukum adat di masyarakat dengan menerapkan dan menegakan hukum dan keadilan.

Menurut A. A. G. Peters hukum tidak dipakai untuk mencapai sasaran yang ditetapkan secara sewenang-wenang, walaupun itu kebijakan yang dimuat dalam peraturan tertulis atau tidak tertulis.

Hukum sepantasnya dipakai sebagai pengarah kepada terwujudnya keadilan dan legitimasi yang berorientasi pada asas-asas hukum dan nilai-nilai hukum, sesuai *living law* yang ada di masyarakat Maka tidaklah salah, jika ada upaya

reaktualisasi dan refitalisasi peradilan adat yang masih hidup di masyarakat.⁴⁷³

Berkaitan hukum adat, telah banyak dikaji dan melahirkan berbagai pengertian. Hukum adat pada umumnya mengandung unsur sebagai berikut:⁴⁷⁴

- a. Dari segi bentuk, pada umumnya merupakan hukum tidak tertulis;
- b. Dari segi asalnya, adalah dari adat dan kebiasaan;
- c. Dari segi sifatnya, adalah dinamis, berkembang terus, dan mudah beradaptasi;
- d. Dari prosesnya adalah dibuat secara tidak sengaja;
- e. Mangandung unsur agama;
- f. Dari segi fungsinya adalah mengatur hubungan antar sesama dan;
- g. Penegakan oleh fungsionaris adat dan;
- h. Mempunyai sanksi.

Eva Achyani Zulfa, mengatakan konsep hukum adat dan peradilan adat merupakan akar keadilan restoratif. Dengan mengutip Supomo tentang karakteristik hukum adat Indonesia, Eva Achyani Zulfa mencatat akar keadilan restoratif ditemukan dalam hukum adat, seperti:⁴⁷⁵

- a. Corak religius yang menempatkan hukum adat sebagai bentuk kesatuan batin masyarakat dalam satu kesatuan (komunal);
- b. Sifat komunal hukum adat menempatkan individu sebagai orang yang terikat dengan masyarakat. Seorang individu bukan sosok yang bebas dalam segala laku, karena dia dibatasi oleh norma yang telah berlakubaginya;

⁴⁷³ A. A. G. Peters, *Hukum Sebagai Proyek*. dalam A. A. G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto (editor), *Hukum dan Perkembangan Sosial, Buku Teks Sosiologi Hukum. Buku III* Sinar Harapan, Jakarta, 1990, hlm 323.

⁴⁷⁴ Jufrina Rizal, *Perkembangan Hukum Adat Sebagai Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat*, Makalah Seminar tentang Revitalisasi dan Reinterpretasi Nilai-Nilai Hukum Tidak Tertulis Dalam Pembentukan dan Penemuan Hukum, Diselenggarakan dalam Kerjasama BPHN Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia-Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makassar 28 September 2006, hlm 3.

⁴⁷⁵ Eva Achyani Zulfa, *Keadilan Restoratif*, Badan Penerbit FHUI, Jakarta 2009, hlm 7.

- c. Tujuan persekutuan masyarakat adalah memelihara keseimbangan lahir batin antara individu, golongan dan lingkungan hidupnya. Tujuan ini pada dasarnya dipikul oleh masing-masing individu anggotanya demi pencapaian tujuan bersama;
- d. Tujuan memelihara keseimbangan lahir batin berpangkal pada pandangan ketertiban alam semesta (kosmos). Kepentingan masyarakat merupakan hubungan harmonis antara segala sesuatu sesuai dengan garis dan keseimbangan kosmos;
- e. Pelanggaran terhadap hukum adat, merupakan pelanggaran terhadap ketertiban kosmos;
- f. Jika garis kosmos tidak dijalani, walaupun oleh seorang individu, maka baik masyarakat maupun orang tersebut akan menderita, karena berada di luar garis kosmos yang ada.

Dari nukilan disebut di atas, hendak dijelaskan pancaran berpikir juri mengenai ukum adat dan peradilan. Di sini peradilan dipahami sebagai pekerjaan hakim dan atau badan pengadilan.

Dari Sudikno, sebagaimana dikutip dari J. van Kan, dikatakan peradilan adalah badan yang oleh penguasa dengan tegas dibebani tugas untuk memeriksa pengaduan tentang gangguan hak (hukum) atau memeriksa gugatan dan badan itu memberi putusan hukum.⁴⁷⁶ Peradilan berasal dari kata dasar adil, mendapat awalan per dan akhiran an. Kata jadian peradilan berarti, segala sesuatu yang berkaitan dengan pengadilan.

Menurut Sudikno Mertokusum pengadilan bukan diartikan semata-mata sebagai badan untuk mengadili, melainkan sebagai pengertian yang abstrak mengenai hal memberikan keadilan. Dalam memberikan keadilan, hakim mendasarkan putusannya pada hukum yang berlaku, menjamin ditaatinya hukum dengan memberikan keputusan.⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-Undangannya di Indonesia Sejak 1942*, Disertasi pada Universitas Gajah Mada, Jogjakarta, 1971, hlm 2.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

Fakta sejarah kembali menunjukkan bahwa dimana ada hukum di situ ada peradilan dan hakimnya. Hukum dan peradilan di Indonesia sudah ada sejak zaman Malaio Polinesia, berubah dan berkembang sesuai kebutuhan dan perkembangan masyarakat hingga sekarang. Dikatakan oleh Hilman Hadikusuma, bahwa sistem hukum dan peradilan datang dari dua arah. Dari bawah dalam bentuk hukum rakyat dan dari atas dalam bentuk hukum penguasa atau hukum perundang-undangan.⁴⁷⁸ Demikian halnya menurut Hilman Hadikusuma, di zaman Mataram ada hukum dan Peradilan Padu dan ada yang disebut *Stinggil* atau *Serambi*. Peradilan Padu berlaku pada masyarakat pedesaan, sedangkan Peradilan *Stinggil* atau *Serambi* berlaku dalam masyarakat Keratuan.⁴⁷⁹

Fakta sejarah selanjutnya menggambarkan hukum dan peradilan mengalami perubahan, lepas zaman VOC masuk zaman Hindia Belanda terdapat lima macam peradilan:

- a. Peradilan Guburnumen (*Gouvernements rechtspraak*);
- b. Pengadilan Pribumi (*Inheemsche Rechtspraak*);
- c. Peradilan Swapraja (*Zelsbestuur Rechtspraak*);
- d. Peradilan Agama (*Godsdienstige Rechtspraak*);
- e. Peradilan Desa (*Dorpsjustiti*).

Dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan

⁴⁷⁸ Hilman Hadikusuma, *Peradilan Adat di Indonesia*, Miswar, Jakarta, 1989, hlm. 36.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, maka *Inheemsche Rechtspraak* dan *Zelsbestuur Rechtspraak* secara berangsur-ansur dihapuskan.

Dengan demikian kelima macam peradilan di zaman kolonial yang hingga sekarang masih berlaku adalah:

- a. Peradilan Gubernumen (Pengadilan Negeri);
- b. Peradilan Agama (Pengadilan Agama);
- c. Peradilan Perdamaian Desa (Peradilan Adat).

Dari ketiga peradilan tersebut di atas, maka hukum adat baik perdata maupun pidana sebagian masih berlaku di pengadilan negeri. Sebagian lainnya berlaku di luar pengadilan negeri. Peradilan adat desa tersebut, memutuskan perkara berdasarkan hukum adat, dalam wujud penyelesaian damai di luar pengadilan negeri. Pengadilan agama mengurus perkara tentang perkawinan dan perceraian. Namun kadang dipilih juga menjadi forum penyelesaian sengketa warisan.

Kata padu berarti temu atau ketemu. Dari kata padu menjadi pepaduan yang artinya forum pertemuan. Jadi peradilan padu atau lengkapnya disebut peradilan pepaduan, artinya penyelesaian perkara secara damai oleh dua pihak yang berselisih dan pihak lain yang terkait dengan cara bermusyawarah disaksikan oleh tua-tua adat dan tokoh-tokoh agama serta dipimpin oleh kepala persekutuan adat, berdasarkan susunan masyarakat genealogis (patrilineal, matrilineal, parental) atau masyarakat teritorial (desa, marga,

nagari, kuria, dati dan seterusnya).⁴⁸⁰ Sekali lagi disimpulkan peradilan padu bekerja di daerah pedesaan dibawah pimpinan kepala desa (lurah), dibantu tokoh-tokoh adat, pemuka agama dan diawasi oleh pejabat kerajaan yang disebut jaksa.

Jenis perkara diselesaikan secara damai melalui peradilan adat, adalah perkara perdata dan perkara pidana ringan. Perkara perdata dimaksud meliputi sengketa di bidang pertanahan, utang piutang, sewa menyewa, perkawinan dan pewarisan. Adapun yang dimaksud perkara pidana ringan seperti pencurian, penipuan, penghinaan dan penganiayaan. Di pihak lain perkara pidana berat yang dapat mengakibatkan terganggunya ketertiban umum, atau menjatuhkan martabat raja dan kerajaan, seperti pembunuhan, perampokan, pembakaran dan pemberontakan, ditangani oleh jaksa dan diadili oleh Peradilan Stinggil atau Serambi.

Pada tahun 1935 Peradilan Desa mendapatkan pengakuan secara yuridis formal melalui Staatsblad 1935 Nomor 102. Dengan Staatsblad ini dilakukan penambahan Pasal 3a ayat 1, 2, dan 3 RO. Didalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951, antara lain ditentukan bahwa Pengadilan Adat akan dihapus secara berangsur-angsur. Akan tetapi hak dan kekuasaan yang selama itu diberikan kepada hakim perdamaian desa tidaklah dikurangi. Dengan demikian peranan hakim perdamaian desa, masih diakui oleh peraturan perundang-undangan.⁴⁸¹

Namun dalam praktik kehidupan hukum sehari-hari, peradilan adat pada umumnya tergerus oleh perubahan zaman. Di wilayah tertentu seperti

⁴⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 8.

⁴⁸¹ Soerjono Soekanto, *Kedudukan Kepala Desa Sebagai Hakim Perdamaian*, Rajawali, Jakarta, 1986, hlm 44. Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op, Cit, hlm 3.

Kalimantan Tengah dan Barat, Peradilan Adat relatif bisa bertahan hidup karena sumber kehidupannya yaitu masyarakat adat dan fungsionarisnya terjaga dan dapat bekerja dengan baik.

Mediasi pada umumnya digunakan dalam kasus-kasus perdata, tidak untuk kasus-kasus pidana, seperti telah disebut di atas. Namun dalam perkembangan wacana teoritik dan pembaruan hukum nasional, terdapat kecenderungan kuat untuk menggunakan mediasi penal, sebagai salah satu bentuk ADR.⁴⁸² Hakekat mediasi adalah musyawarah mufakat untuk menyelesaikan sengketa. Meskipun disebut dengan berbagai nama, intinya tetap merujuk pada kompromi pihak korban dan pembuat delik untuk mencapai titik temu yang menguntungkan pihak-pihak dalam penyelesaian sengketa.

Trisno Raharjo dengan mengutip Martin Wright mengatakan mediasi, merupakan suatu proses dimana korban dan pelaku kejahatan saling bertemu dan berkomunikasi, serta dengan bantuan pihak ketiga, langsung atau tidak, memudahkan korban untuk mengekspresikan apa yang menjadi kebutuhandan perasaannya, dan memungkinkan pelaku menerima dan bertanggung jawab atas perbuatannya.⁴⁸³

Mediasi pidana dikembangkan atas dasar prinsip kerja (*working of principles*) yang meliputi:⁴⁸⁴

a. Penanganan Konflik (*Conflict Handling*)

⁴⁸² *Ibid*, hlm 3.

⁴⁸³ Trisno Raharjo, *Mediasi Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Suatu Kajian Perbandingan dan Peranannya di Indonesia*, Buku Litera dan Lab. Hukum FH UMY, Yogyakarta 2011, hlm 15.

⁴⁸⁴ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana, Op, Cit*, hlm 5.

Mediator bertugas membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide, kejahatan telah menimbulkan konflik interpersonal. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi.

b. Berorientasi Pada Proses (*Proses Orientation*)

Mediasi lebih berorientasi pada kualitas proses daripada hasil, yaitu antara lain menyadarkan pembuat delik akan kesalahannya, kebutuhan-kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut.

c. Proses Informal (*Informal Proceeding*)

Mediasi penal merupakan suatu proses yang informal, tidak birokratis, menghindari prosedur hukum yang ketat.

d. Partisipasi Aktif dan Otonom Para Pihak (*Active and Autoomous Participation*)

Pelaku dan korban tidak dilihat sebagai obyek dari prosedur hukum pidana, tetapi lebih sebagai subjek yang mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan untuk berbuat. Mereka diharapkan berbuat atas kehendaknya sendiri.

Prinsip kerja mediasi penal bertolak pada paradigma penyelesaian sengketa non litigasi untuk mendapatkan keadilan, mengutamakan konsensus dengan mempertemukan kepentingan pihak bersengketa serta dengan mencapai tujuan *win-win solution*.⁴⁸⁵ Berbeda dengan penyelesaian sengketa non litigasi tersebut, maka proses litigasi mewujudkan keadilan melalui sistem perlawanan (*theadversary system*), yakni mempertentangkan pihak-pihak yang bersengketa. Sebab itu proses litigasi, menghasikan penyelesaian yang menempatkan salah satu pihak menjadi pemenang (*a winner*) dan pihak

⁴⁸⁵ Adi Sulitono, *Mengembangkan Paradigma Non-Litigasi di Indonesia* (Lembaga Pengembangan Pendidikan (LPP) UNS dan UPT Penerbitan dan Percetakan UNS/UNS Press, Jakarta, 2007, hlm 7.

lainnya kalah (*a loser*). Oleh sebab itu, berlitigasi, menghasilkan *win-los solution*.⁴⁸⁶

Pembinaan hukum penyelesaian sengketa dengan cara non litigasi, dimaksudkan untuk revitalisasi dan rasionalisasi nilai hukum adat yang masih hidup di masyarakat. Sekaligus dengan itu, ialah pelembagaan kembali (*reinstitutionalization of norms*)⁴⁸⁷ hukum adat dan peradilan dengan kompetensi penyelesaian pelanggaran adat.

Dengan demikian pranata dan kelembagaan adat dapat berfungsi bagi masyarakat yang membutuhkannya. Secara lebih khusus lagi revitalisasi mediasi penal menjadi perilaku masyarakat dalam mengolah sengketa, menjadi sebab terciptanya banyak ruang bagi *access to justice* dan terbangunnya jalur alternatif penyelesaian sengketa sesuai perasaan dan kesadaran hukum masyarakat yang melingkupi sengketa itu. Mediasi penal bukan obat mujarab (*panacea*) dan tidak untuk menggantikan proses penyelesaian perkara dalam sistem peradilan pidana. Namun sebagai bagian dari lembaga kemasyarakatan,⁴⁸⁸ mediasi penal bermanfaat bagi bagian lembaga masyarakat lain sebagai berikut:⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ *Ibid*, hlm 5.

⁴⁸⁷ Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1983, hlm 101. Di sini dijelaskan bagaimana adat istiadat menjadi hukum (adat) dan perbedaan antara adat istiadat dengan hukum adat. Bohanna, antropolog, dengan konsep *reinstitutionalization of norms* mengatakan hukum adalah kebiasaan dari lembaga kemasyarakatan tertentu, diubah sedemikian rupa sehingga dapat dipergunakan oleh lembaga sosial lainnya yang memang dibentuk untuk maksud tersebut.

⁴⁸⁸ *Ibid*, halaman 5. Di sini dikatakan hukum merupakan lembaga kemasyarakatan bertujuan memenuhi kebutuhan pokok warga masyarakat akan ketertiban. Sebagai lembaga masyarakat hukum juga berfungsi, sebagai: (1) pedoman bertingkah, (2) alat untuk menjaga keutuhan masyarakat, (3) alat pengendalian sosial.

⁴⁸⁹ Adi Sulitono, *Op, Cit*, hlm 15.

- a. Pelaksanaan Kekuasaan Kehakiman:
 - 1) Mengurangi kemacetan dan penumpukan perkara di lembaga pengadilan.
 - 2) Banyaknya kasus yang diajukan ke pengadilan, menyebabkan proses pengadilan seringkali berkepanjangan dan memakan biaya yang tinggi, serta sering memberikan hasil yang kurang memuaskan.
 - 3) Mengurangi merebaknya permainan kotor dalam lembaga pengadilan.
- b. Masyarakat Pada Umumnya:
 - 1) Meningkatkan keterlibatan masyarakat (desentralisasi kekuasaan kehakiman) atau memberdayakan pihak-pihak yang bersengketa dalam proses penyelesaian sengketa.
 - 2) Untuk memperlancar jalur keadilan (*access to justice*) di masyarakat.
- c. Pembuat Delik atau Korban:
 - 1) Memberi kesempatan bagi tercapainya penyelesaian sengketa yang menghasilkan keputusan yang dapat diterima oleh semua pihak (*win-win solution*).
 - 2) Penyelesaian perkara lebih sederhana, murah dan cepat.
 - 3) Lebih tinggi tingkat kemungkinan melaksanakan kesepakatan, sehingga hubungan pihak-pihak bersengketa, di masa depan masih dimungkinkan terjalin dengan baik.

Dari wujud mediasi penal dalam praktik di berbagai sistem hukum, diungkapkan berbagai model. Dalam *Explanatory Memorandum* dan Rekomendasi Dewan Eropa Nomor R (99) 19 tentang *Mediation in Penal Matters* dikemukakan berbagai model mediasi penal sebagai berikut:⁴⁹⁰

- a. *Informal Mediation*;
- b. *Traditional Village or Tribal Moots*;
- c. *Victim-Offenders Mediation*;
- d. *Reparation Negotiation Programmes*;
- e. *Community Panels or Courts*;
- f. *Family and Community Group Conferences*.

⁴⁹⁰ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana, Op, Cit*, hlm 6.

Mediasi informal (*Informal Mediation*) digagas oleh personil Jaksa Penuntut Umum. Dalam hal ini pihak-pihak diundang melakukan penyelesaian informal dengan tujuan tidak melanjutkan penuntutan. Adapun model *Traditional Village or Tribal Moots*, sengketa diolah melalui pertemuan seluruh warga masyarakat. Dengan demikian pertemuan ini dimaksudkan untuk keuntungan masyarakat, sedangkan *Informal Mediation* bertujuan menghalangi sengketa untuk kepentingan pelaku dan korban.

Pelaksanaan *Victim Offenders Mediation*, melibatkan korban, pelaku dan mediator. Model *Victim Offenders Mediation*, menampilkan mediator dari pejabat formal atau independen atau gabungan keduanya. Pelaksanaan model ini dapat diadakan di setiap tahap proses kebijakan polisis, jaksa dan pemidanaan. *Victim-Offenders Mediation* bergerak dalam berbagai bentuk:

Pertama kesepakatan pihak-pihak, apakah tuntutan akan diteruskan atau berakhir pada perdamaian. Model ini diterapkan di berbagai negara seperti Belgia dan Austria. Kedua adalah bentuk alternatif dalam proses litigasi hukum pidana atau diversifikasi. Penerapan diversifikasi dilakukan di Belanda dalam bentuk *dading* yakni negosiasi pembayaran ganti rugi. Ketiga kesepakatan dalam batasan hukum pidana konvensional setelah terjadi penghukuman. Di sini kesepakatan untuk perdamaian atau pemaafan.⁴⁹¹

Reparation Negotiation Programmes diterapkan untuk menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayar oleh pembuat delik kepada korban. Pelaksanaan *Reparation Negotiation Programs* jatuh pada saat pemeriksaan di persidangan. Penerapannya tidak sampai pada rekonsiliasi,

⁴⁹¹ Trisno Rahadjo, *Op, Cit*, hlm 42.

tetapi hanya untuk perbaikan materiel. Pembuat delik dikenakan program kerjautuk ganti rugi atau kompensasi.

Community Panels or Courts dilaksanakan dengan mengalihkan kasus pidana dari penuntutan ke prosedur masyarakat yang lebih fleksibel dan informal, dengan melibatkan mediator atau negosiator. Adapun *Family and Community Group Confrences*, dilaksanakan dengan melibatkan partisipasi masyarakat dalam sistem peradilan pidana. Pelaksanaan *Family and Community Group Confrences*, melibatkan tidak hanya korban, tetapi juga pelaku dan warga masyarakat lainnya. bahwa mediasi penal telah berlaku dan diterapkan untuk menyelesaikan perkara pidana.

Mediasi penal telah menjadi bagian dari sistem peradilan pidana, baik sebagai alternatif di luar ataupun di dalam sistem peradilan pidana. Meskipun keberadaan dan penerapannya berbeda-beda sesuai pranata dan lembaga yang mengaturnya, tetapi mediasi penal telah hidup dan aktual sesuai jastifikasi perangkat dan lembaga hukum yang mendasarinya, serta aneka ragam konsep, falsafah, sosial kultur yang melingkupinya.⁴⁹²

Latoa (kitab hukum adat) masyarakat Bugis, mengatakan tanda kebesaran suatu negara ialah tidak ada persengketaan dalam negeri. Dijelaskan bahwa perbuatan yang menyebabkan rusaknya kesejahteraan rakyat, adalah jika orang-orang di dalam negeri bersengketa.⁴⁹³ *Latoa* memakai kata-kata tidak ada persengketaan, artinya boleh saja terjadi perselisihan tetapi kemudian ditiadakan menyelesaikan sengketa menurut

⁴⁹² *Ibid*, hlm 43. Di sini dikatakan bentuk *Victim-Offenders Mediation* (VOM) yang dikenal dan dipraktikan dalam berbagai sistem hukum memiliki perbedaan yang terleta pada justieikasi dokmatik dan masalah *safeguard procedural* mana yang harus diikuti.

⁴⁹³ B. F. Matthes, *Boeginesche Chestomathie, Tweede Deel*, Het Netherlandsh Bijbelgenootschap, Amsterdam, 1972, hlm 3. Mattulada, *Latoa, Suatu Lukisan Analitis Terhadap Antropologi Orang Bugis*, Hasanuddin University Press, Ujung Pandang, 1995, hlm. 107.

pangngadêrrêng (sistem peradatan) yang ada dan berlaku. Lebih lanjut dijelaskan, salah satu fungsi hukum adat melalui peradilan adalah menyelesaikan perselisihan orang-orang yang bersengketa.

Pangkal pokok peradilan, adalah asas saling menyembuhkan (*ma'pasisau'é*) dan asas saling menghormati (*siariwawonng'é*). Jika peradilan tidak lagi ditegakkan, menjadikan kerusakan pada rakyat dan pada akhirnya melemahkan raja dan memendekan umur (citra baik) raja.⁴⁹⁴

Dari asas saling menyembuhkan, diharapkan pengadilan dapat menyelesaikan sengketa di antara warga masyarakat. Dengan asas saling menghormati dapat dibentuk taraf budaya hukum yang baik, bahwa persengketaan hanya dapat diselesaikan dengan saling menghormati perbedaan kepentingan individu dalam masyarakat.

Perdamaian sebagai jalan menghilangkan persengketaan di antara orang-orang bersanak dianjurkan dalam nasehat (*paseng*) orang-orang tua. Dalam suasana damai hubungan antara pihak berjalan harmonis, saling pengertian, menerima dan mengambil sewajarnya. Terjadi komunikasi terbuka antara pihak-pihak bersengketa. Dengan perdamaian ketegangan antara pihak-pihak dihilangkan dan keduanya saling memaafkan, serta melupakan persengketaan di antara mereka.

Perdamaian membuat pihak-pihak tidak saling berkuat-kuatan (gagah-gagahi), tetapi sama-sama menang dan saling menerima kerugian. Tidak patut orang-orang sesanak bertengkar. Dalam pesan leluhur dikatakan, bahwabilamana berbeda pendapat, bertentangan kehendak, dan berlawanan pikiran antar orang sesanak, maka berlapang-dadallah untuk didamaikan. Bila telah berdamai, janglanlah di antara pihak mengajukannya lagi ke pengadilan, sebab

⁴⁹⁴ *Ibid.*

orang sesanak yang berdamai tidak saling mengganti kerugian, tidak saling membebani hal yang berat, yang tidak dapat dipikul oleh sanaknya.⁴⁹⁵

Terhadap *tomatoa* (pemuka adat dan agama) atau fungsionaris masyarakat adat, diingatkan tidak memihak di kiri dan di kanan, putusan didasarkan pada kesucian, dan rasa takut kepada Dewata Yang Esa. Saling membimbing dengan baik dan tidak saling memberatkan. Tenteramkan dan redakan kedua pihak, dengan menjadikan mereka tidak saling mendendam. Kemudian saling mengharap kebaikan dan panjang umur. Dipastikan hukum adat, bahwa perdamaian keluarga atas dasar putusan yang jujur menjadi sebab kebesaran dan keselamatan masyarakat.⁴⁹⁶

Masyarakat hukum atau masyarakat desa Sulawesi Selatan sebagai contoh, memelihara sistem kekeluargaan parental dan kesejahteraan sosial ekonomi berdasarkan pertanian, kelautan, perikanan dan kehutanan. Masyarakat Bugis yang masih hidup secara komunal, bekerja saling membantu mempunyai perasaan dan kesadaran hukum tentang bagaimana menjaga sistem peradatan (*pangngaderreng*) guna memuliakan harkat dan martabatnya (*siri'*) diri dan orang lain sebagai manusia.

Latoa menganut prinsip hukum, peradilan dan keadilan, adalah pangkal mencapai harkat dan martabat manusia. Ketika hukum, peradilan dan keadilan tidak lagi diterapkan dan ditegakan, maka orang tidak akan lagi disebut manusia. Dengan demikian sistem peradatan adalah pangkal memanusiakan manusia.⁴⁹⁷ Peneliti reformasi hukum mengungkapkan temuannya, bahwa Peradilan Desa dan *alternative dispute resolution* (ADR) tradisional belum secara langsung dikaitkan dengan hukum nasional. Dari

⁴⁹⁵ Ahmad Ubbe, *Hukum Adat Kesusilaan Malaweng, Kesenambungan dan Perubahannya* Yasrif Watampone, Jakarta, 2008, hlm. 72

⁴⁹⁶ *Ibid*, hlm 73.

⁴⁹⁷ *Ibid*, hlm. 55.

mereka dikatakan, bahwa hukum adat dan hukum nasional hidup dalam dunia yang berbeda.⁴⁹⁸ Sebagai contoh ADR tradisional belum dikaitkan dengan BANI dan Peradilan Perdamaian belum nyata dikaitkan dengan kekuasaan kehakiman nasional.

Dewasa ini telah menjadi tuntutan reformasi hukum, menjadikan nilai-nilai hukum yang ada, sebagai bahan pembangunan hukum nasional. Kini kaum pragmatis mengajukan rancangan transformasi hukum adat menjadi hukum nasional. Dari pihak pragmatis mengatakan, hukum yang tidak berakar pada kebudayaan hukum masyarakatnya tidak mudah mendapatkan dukungan dalam penerapan dan penegakannya.⁴⁹⁹

Prinsip peradilan Padu atau Peradilan Perdamaian atau apapun namanya, tetapi masih senapas ADR, erat berkaitan dengan prinsip keadilan restoratif. Keadilan restoratif menarik ketika distribusi keadilan menjadi permasalahan bagi penerapan dan penegakan hukum. Hal ini penting karena di luar undang-undang ada juga hukum dan di luar negara ada juga rakyat.

Menyelesaikan sengketa dengan pendekatan keadilan restoratif, berfokus pada prinsip:⁵⁰⁰

- a. Perbaikan kesalahan dengan melakukan perbaikan, termasuk melakukan perbaikan hubungan para pihak yang terkait dengan sengketa dan dengan tujuan perbaikan yang terprogram;
- b. Pelaku sebagai pihak utama, bersama dengan pihak korban melakukan identifikasi masalah secara bersama-sama, mencari masalah dan menyepakati solusinya dan mengupayakan perbaikannya;
- c. Perbaikan sebagai tujuan, dicapai dengan cara musawah dan mufakat antara pihak-pihak yang terlibat untuk memenuhi kebutuhan korban dan masyarakat yang timbul akibat perselisihan.

⁴⁹⁸ Alibudiarto, *Reformasi Hukum di Indonesia, Diagnostic Assessment of Legal Development in Indonesia*, CYBERconsult, Jakarta, 2000, hlm 95.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ Eva Achyani Zulfa, *Op, Cit*, hlm 14.

- d. Tertutupinya kerugian korban dan masyarakat ditujukan sebagai pengungkit terjadinya reintegrasi antara korban dan pelaku;
- e. Persepakatan para pihak meliputi berbagai rencana reparasi (perbaikan), restitusi, dan atau *community services*.

Penyelesaian sengketa di luar peradilan negara dengan pendekatan keadilan restoratif dapat memberikan manfaat dan keuntungan, seperti:

- a. Masyarakat berperan dalam proses peradilan, tidak hanya bagi pelaku atau korban, juga menjadi bagian dari proses penyelesaian sengketa, melalui fungsionaris persekutuan adat mereka;
- b. Proses penanganan sengketa dapat dilakukan secara murah, cepat dan tepat, tidak melalui perangkat birokrasi, berbelit dan koruptif;
- c. Memberikan keuntungan langsung, karena ganti rugi, denda dan uang pengganti sebagai uang perbaikan langsung diterima korban;
- d. Membuka akses keadilan dengan memberi kesempatan tidak saja peradilan adat, tetapi badan lain seperti tua adat, tokoh agama, dan aparat desa, untuk peduli pada perbaikan hubungan sosial di tempat tinggal mereka.

C. Keadilan Restoratif sebagai Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Penegakan Hukum

Konflik atau pertikaian dalam kehidupan masyarakat dewasa ini telah dan akan terus menjadi fenomena biasa dalam masyarakat, baik yang terkait antara dua individu maupun lebih.

Situasi ini akan semakin mempersulit dunia hukum dan peradilan apabila semua konflik, sengketa atau pertikaian itu diproses secara hukum oleh peradilan. Oleh karena itu, perlu dicari upaya-upaya lain di luar prosedur peradilan pidana

yang sudah ada, agar masyarakat tidak hanya tergantung pada prosedur yang ada saat ini. Namun, tetap mendapatkan keadilan dan penyelesaian masalah terutama untuk korban sebagai pihak yang paling dirugikan (menderita), di samping juga untuk pertanggungjawaban pelaku. Salah satu bentuk solusi yang ditawarkan adalah proses penyelesaian dalam konteks *restorative justice* (keadilan restoratif).

Konsep pendekatan *restorative justice* merupakan suatu pendekatan yang lebih menitikberatkan pada kondisi terciptanya keadilan dan keseimbangan bagi pelaku tindak pidana serta korbannya sendiri.

Mekanisme tata acara dan peradilan pidana yang berfokus pada pemidanaan diubah menjadi proses dialog dan mediasi untuk menciptakan kesepakatan atas penyelesaian perkara pidana yang lebih adil dan seimbang bagi pihak korban dan pelaku. *Restorative justice* itu sendiri memiliki makna keadilan yang merestorasi, adapun restorasi disini memiliki makna yang lebih luas dari apa yang dikenal dalam proses peradilan pidana konvensional adanya restitusi atau ganti rugi terhadap korban.

Hal ini berangkat dari pandangan bahwa dalam suatu peristiwa kejahatan, penderitaan orang yang telah menjadi korban tidak saja berakibat pada orang itu sendiri, tetapi juga berdampak pada orang-orang di sekitarnya. Bahkan juga berdampak pada masyarakat dan negara dalam lingkup yang lebih luas.

Dalam praktek peradilan pidana, korban hanya diperlakukan atau diposisikan sebagai saksi (korban), tanpa berhak untuk ikut serta berperan aktif dalam sidang pengadilan. Aparat penegak hukum hanya mendudukan korban sebagai instrumen dalam rangka membantu mereka untuk menghukum atau

menjatuhkan pidana bagi pelaku, tanpa pernah berlanjut pada apa yang dapat mereka berikan untuk kepentingan korban. Namun demikian, konsep *restorative justice* meliputi pemulihan hubungan antara pihak korban dan pelaku. Pemulihan hubungan bisa didasarkan atas kesepakatan bersama antara korban dan pelaku. Pihak korban dapat menyampaikan mengenai kerugian dideritanya dan pelaku diberi kesempatan menebusnya, melalui mekanisme ganti rugi, perdamaian, kerja sosial, maupun kesepakatan lain. Hal ini penting, karena pemidanaan konvensional tidak memberikan ruang kepada pihak terlibat, dalam hal korban dan pelaku berpartisipasi aktif dalam penyelesaian masalah mereka.

Pada akhir-akhir ini terlihat seolah-olah hanya pengadilan saja tempat yang paling baik untuk menyelesaikan masalah (konflik) hukum dan mencari keadilan. Sehingga, setiap indikasi adanya tindak pidana, tanpa memperhitungkan eskalasi perbuatannya, akan terus digulirkan ke ranah penegakan hukum yang hanya menjadi yurisdiksi para penegak hukum.

Partisipasi aktif dari masyarakat seakan tidak menjadi penting lagi, semuanya hanya bermuara pada putusan pengadilan dalam bentuk pemidanaan (*punishment*) tanpa melihat esensinya. Padahal, dalam suatu peradilan pidana, pihak berperan adalah penuntut umum, hakim, terdakwa, dan penasehat hukum serta saksi. Pihak korban diwakili penuntut umum dan menguatkan pembuktian lazimnya yang bersangkutan dijadikan saksi (korban). Namun hal tersebut belum memberikan dampak atau manfaat bagi korban kejahatan.⁵⁰¹

⁵⁰¹ Bambang Waluyo, *Viktimologi Perlindungan Saksi dan Korban*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm 8.

Padahal di banyak negara sudah mulai memikirkan alternatif lain untuk menyelesaikan konflik yang ada dalam masyarakat. Hal ini disebabkan karena ketidakpuasan dan frustrasi terhadap penerapan hukum pidana yang ada selama ini, serta penerapan sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) yang tidak memberikan keadilan bagi individu, perlindungan kepada korban, dan tidak memberikan manfaat kepada masyarakat.

Apabila dilihat dari sejarahnya, pendekatan model *restorative justice* sebenarnya merupakan pendekatan darurat pada era 1960 dalam rangka menyelesaikan kasus-kasus pidana, yang tidak menggunakan sistem peradilan pidana. Dengan pendekatan *restorative justice* ini, pendekatan ini fokus pada partisipasi secara langsung dari pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian kasus-kasus pidana.

Memang pendekatan dalam praktek mengalami perdebatan secara teori, namun pandangan ini berkembang dan mempunyai dampak terhadap kebijakan hukum (*legal policy*) dan praktek penegakan hukum di beberapa negara. *Restorative justice* dianggap sebagai bentuk pemikiran baru yang dapat digunakan untuk merespon berbagai kejahatan dan menjawab ketidakpuasan dari kinerja sistem peradilan pidana pada saat ini.

Konsep *restorative justice* sebenarnya telah muncul cukup lama, kurang lebih dari dua puluh tahun yang lalu sebagai alternatif penyelesaian perkarapidana, khususnya anak, dengan berbagai pertimbangannya. Sebagaimana dikemukakan oleh John Braithwaite bahwa, *restorative justice* sebuah arah

baru antara *justice* dan *welfare model*, kemudian antara *retribution* dan *rehabilitation*.⁵⁰²

Di Amerika Utara, Australia, dan sebagian Eropa, keadilan restoratif sudah diterapkan pada semua tahap proses peradilan pidana konvensional yaitu tahap penyidikan dan penuntutan, tahap adjudikasi dan tahap eksekusi pemenjaraan.⁵⁰³ Dalam perkembangannya, pertumbuhan dan penyebaran keadilan restoratif mendapat dukugan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Dalam Kongres Lima Tahunan yang ke-5 di Jenewa tahun 1975, PBB mulai menaruh perhatian terhadap ganti rugi bagi korban kejahatan, sebagai alternatif bagi peradilan pidana retributif.

Konsep asli praktek keadilan restoratif berasal dari praktek pemeliharaan perdamaian yang digunakan suku bangsa Maori (penduduk asli suku di Selandia Baru). Bilamana timbul konflik, praktek restoratif akan menangani pihak pelaku, korban, dan para *stakeholders*.⁵⁰⁴ Bahkan Jeff Christian, seorang pakar Lembaga Pemasyarakatan Internasional dari Kanada mengemukakan sesungguhnya peradilan restoratif dipraktikkan banyak masyarakat ribuan tahun yang lalu, jauh sebelum lahirnya hukum negara yang formalitas seperti sekarang yang kemudian disebut hukum modern.⁵⁰⁵

Pada dasarnya *restorative justice* mengutamakan makna pertemuan antar pihak berkepentingan dalam kejahatan dan periode sesudahnya. Seperti

⁵⁰² John Brithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, University Press, Oxford, 2002, hal 65.

⁵⁰³ Eriyanto Wahid, *Keadilan Restoratif dan Peradilan Konvensional dalam Hukum Pidana*, Universitas Trisakti, Jakarta, 2009, hlm 1

⁵⁰⁴ Hadi Supeno, *Kriminalisasi Anak, Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pemedanaan*, Gramedia, Jakarta, 2010, hlm 196.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

dikemukakan oleh Achmad Ali yang mengutip pendapat Howard Zher seorang perintis keadilan restoratif di Amerika Serikat, mengartikan *restorative justice* adalah suatu proses yang melibatkan pihak-pihak yang berkepentingan dari sebuah pelanggaran khusus dan secara bersama-sama mengidentifikasi kerugian serta memenuhi kewajiban dan kebutuhan serta menempatkan perubahan sebagai hak yang harus diterima.⁵⁰⁶ Adrianus Meliala mengutip pendapat Morrison tentang restoratif adalah *is a form of conflict resolution and seeks to make it clear to offender that the behaviour id not condoned (welcomed), at the same time as being supportive respectful of the individual.*⁵⁰⁷ Berdasarkan pendapat tersebut, upaya penyelesaian konflik dan sekaligus penyembuhan antara pelaku dan korban caranya adalah dengan mempertemukan atau mengenalkan pelaku dalam satu forum dengan korban ataupun keluarganya untuk menumbuhkan empati di kedua belah pihak.

Dengan demikian, dalam penyelesaian konflik yang ditonjolkan bukan menegaskan kesalahan pelanggar kemudian menjatuhkan sanksi pidana, tetapi peran aktif pihak yang berkonflik melalui mediasi atau kompensasi terhadap kerugian materiil dan immateriil dalam bentuk restitusi atau kompensasi dan pemulihan keharmonisan hubungan kemanusiaan antar para pihak-pihak (humanisasi). Van Ness, seperti dikutip oleh Mudzakkir, mengatakan bahwa

⁵⁰⁶ Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence)*, Kencana Prenada Media, Jakarta: 2009, hlm 247.

⁵⁰⁷ Adrianus Maliala, *Restorative Justice dan Penegakan Hukum*, Bahan Kuliah Mahasiswa PTIK Ang 54/55, Jakarta, 2009.

keadilan restoratif (*restorative justice*) dicirikan dengan beberapa preposisi, yaitu:⁵⁰⁸

- a. Kejahatan adalah konflik antar individu yang mengakibatkan kerugian pada korban, masyarakat, dan pelaku itu sendiri;
- b. Tujuan yang harus dicapai dari proses peradilan pidana adalah melakukan rekonsiliasi diantara pihak-pihak sambil saling memperbaiki kerugian yang ditimbulkan oleh kejahatan;
- c. Proses peradilan pidana harus memfasilitasi partisipasi aktif para korban, pelanggar dan masyarakat, tidak semestinya peradilan pidana didominasi oleh negara dengan mengesampingkan lainnya.

Berdasarkan pendapat tersebut di atas, seyogyanya sistem peradilan pidana dapat dilakukan dengan berbagai pendekatan-pendekatan yang tetap menegakkan keadilan baik bagi korban maupun pelaku kejahatan. Secara teoritis terdapat tiga model yang menempatkan hubungan keadilan restoratif dengan sistem peradilan pidana, yaitu:⁵⁰⁹

- a. Sebagai bagian dari sistem peradilan pidana. Adalah masuk akal jika keadilan restoratif sebagai suatu pemidanaan mengingat ciri dari pemidanaan adalah memaksa, menderitakan seiring dengan timbulnya rasa bersalah dan penyesalan dalam diri pelaku;
- b. Di luar sistem peradilan pidana melalui lembaga/institusi lain di luar sistem. Pandangan keadilan restoratif berbanding terbalik dengan sistem peradilan pidana yaitu mengharamkan sifat keras dari hukum pidana atau disebut sebagai *soft justice* karenanya dia harus berada di luar sistem peradilan pidana;
- c. Di luar sistem peradilan pidana dengan tetap melibatkan pihak penegak hukum. Ini merupakan gambaran dari sistem quasi dimana titik berat disini adalah bahwa model penyelesaian dengan pendekatan restoratif tetap harus berdampingan dengan sistem peradilan pidana karena pada dasarnya

⁵⁰⁸ Mudzakkir, *Viktimologi: Studi Kasus di Indonesia*, Makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi ke XI, Tahun 2005, Surabaya.

⁵⁰⁹ Eva Achjani Zulfa, *Keadilan Restoratif di Indonesia (Studi tentang kemungkinan Penerapan Pendekatan Keadilan Restoratif Dalam Praktek Penegakan Hukum Pidana)*, Disertasi, pada Universitas Indonesia, 2009, hlm 180.

model penyelesaian ini dapat dijadikan dasar dari strategi penanganan perkara pidana yang tujuannya diarahkan pada kebaikan pelaku, korban dan masyarakat. Di samping itu hal ini juga menjadikannya sebagai bagiandari mekanisme yang sah dalam sistem hukum negara.

Berdasarkan beberapa pendapat di atas, jelas sudah bahwa keadilan restoratif adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada pelibatan masyarakat dan korban dalam penyelesaian perkara pidana yang ada.

Pelibatan ini terkait dengan tahapan-tahapan penegakan hukum pidana di tingkat penyidikan, terutama dalam proses penegakan hukum kasus-kasus tertentu di Indonesia berdasarkan pada berat ringannya pidana yang dilakukan, besar kecilnya kerugian yang ditimbulkan, kondisi latar belakang dan motif pelaku serta kondisi sosiologis masyarakat setempat. Lebih jauh lagi, apabila dilihat dari pengaturan tentang *restorative justice* secara internasional, jelaslah bahwa penggunaan *restorative justice* sebagai upaya penyelesaian perkara pidana, sudah diakui secara internasional. Konsep ini esuai hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia (hukum adat).

Di Indonesia sendiri, sebenarnya konsep *restorative justice* ini telah lama dipraktekkan dalam masyarakat Indonesia, seperti masyarakat di Papua, Bali, Toraja, Minang Kabau, Kalimantan, Jawa Tengah dan masyarakat komunitas lain yang masih kuat memegang kebudayaan. Apabila terjadi suatu tindak pidana oleh seseorang dalam prakteknya penyelesaiannya dilakukan dalam pertemuan atau musyawarah mufakat yang dihadiri oleh tokoh masyarakat, pelaku, korban (bila

mau), dan orangtua pelaku untuk mencapai sebuah kesepakatan untuk memperbaiki kesalahan.

Hal demikian sebenarnya merupakan nilai dan ciri dari falsafah bangsa Indonesia dalam sila keempat Pancasila, yaitu musyawarah mufakat. Dengan demikian, *restorative justice* sebetulnya bukan hal yang baru bagi masyarakat Indonesia. Dalam musyawarah mufakat bertujuan untuk mencapai kedamaian, sehingga antara pelaku dan korban tidak ada dendam dan korban dapat dipulihkan (direstor).

Musyawarah mufakat dalam konteks *restorative justice* bisa dilakukan dengan cara, antara lain: mediasi, pembayaran ganti rugi, ataupun cara lain yang disepakati antara korban/keluarga korban dengan pelaku. Pihak lain bisa ikut serta dalam masalah ini, misalnya polisi, pengacara atau tokoh masyarakat sebagai penengah. Apabila penyelesaian ini tidak ada sepakat antara korban/keluarga korban dengan pelaku, maka selanjutnya penyelesaian masalah tersebut diproses secara mekanisme pengadilan yang ada (litigasi).

Pembaharuan hukum pidana materiil dalam bentuk Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (selanjutnya akan disingkat RUU KUHP), merupakan upaya mewujudkan cita negara hukum. Sehingga RUU KUHP merupakan manifestasi dari hal itu yang berkepribadian Indonesia, yang bukan hanya berpaham *rule of law* yang mengutamakan perlindungan kepentingan perseorangan (*individualistis*) model barat ataupun *socialist legality* yang mengutamakan kepentingan negara.

Pembaharuan hukum bukan hanya memperbaiki hukum, tetapi mengganti hukum yang ada dengan hukum yang lebih baik. Sehingga RUU KUHP bukan sekedar mengadakan perubahan-perubahan seperlunya yang mengganti baju kolonial menjadi kemas nasional, melainkan wujud dari kemerdekaan dan kedaulatan bangsa yang sesungguhnya. Bahkan pembaharuan hukum menentukan arah pembentukan watak bangsa, dari satu kondisi riil menuju pada kondisi ideal, sehingga RUU KUHP merupakan alat transformasi sosial dan budaya masyarakat secara terencana.

Hukum pidana sebagai salah satu bagian independen dari hukum publik merupakan salah satu instrument hukum yang sangat *urgent* eksistensinya sejak zaman dahulu. Eksistensi hukum pidana sangat penting dalam menjamin keamanan masyarakat dari ancaman tindak pidana, menjaga stabilitas negara dan merupakan lembaga moral yang berperan merehabilitasi para pelaku tindak pidana. Sehingga hukum pidana terus berkembang sesuai dengan tuntutan perkembangan masyarakat.

Salah satu perkembangan tersebut adalah munculnya ide penyelesaian konflik yang tidak hanya berfokus pada proses hukum di pengadilan, akan tetapi diselesaikan oleh para pihak yang berkonflik dengan cara memulihkan keadaan yang ada. Prinsip inilah kemudian dikenal dengan *restorative justice* yang diintrodusir dalam RUU KUHP melalui sejumlah ketentuan dalam Pasal 2, Pasal 12, Pasal 54, dan Pasal 55, adanya mediasi dalam Pasal 145 huruf d, serta diversifikasi terhadap anak dalam sistem peradilan pidana anak. Munculnya konsep ini

terutama untuk memberikan keseimbangan perhatian diantara *stakeholders* hukum pidana yaitu pelaku, korban, masyarakat dan negara.

Keseimbangan juga terlihat dalam hal pengaturan pidana (*straf/punishment*) dengan pengaturan tindakan (*maatregel/treatment /measures*) dan dimungkinkannya sanksi gabungan antara pidana dan tindakan (*double track system*), mengingat heterogenitas masalah kejahatan, serta kesadaran pentingnya terapi yang tepat terhadap *victimless crime*.

Sebenarnya konsep *restorative justice* merupakan wujud dari hukum adat yang sudah sejak dahulu berkembang dalam masyarakat Indonesia. Sehingga diakuiinya hukum adat (*the living law*) dalam RUU KUHP bertujuan untuk memenuhi rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, dengan memulihkan keadaan yang telah rusak atau proses dimana pihak-pihak berkepentingan memecahkan bersama cara mencapai kesepakatan pasca terjadi suatu tindak pidana termasuk implikasinya dikemudian hari. Dengan demikian, *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana tidak hanya dilihat dari kaca mata hukum semata, tetapi juga dikaitkan dengan aspek-aspek moral, sosial, ekonomi, agama dan adat istiadat lokal serta berbagai pertimbangan lainnya.

Dalam proses acara pidana konvensional misalnya apabila telah terjadi perdamaian antara pelaku dan korban, dan korban memaafkan pelaku, hal tersebut tidak akan bisa mempengaruhi kewenangan penegak hukum terus meneruskan perkara tersebut ke ranah pidana yang nantinya berujung pada pemidanaan sang pelaku. Proses formal pidana yang makan waktu lama serta tidak memberikan kepastian bagi pelaku maupun korban tentu tidak serta merta memenuhi maupun

memulihkan hubungan antara korban dan pelaku, konsep *restorative justice* ini menawarkan proses pemulihan yang melibatkan pelaku dan korban secara langsung dalam penyelesaian masalahnya.

Proses pidana konvensional hanya menjadikan korban nantinya sebagai saksi dalam tingkat persidangan yang tidak banyak mempengaruhi putusan pemidanaan, tugas penuntutan tetap diberikan terhadap Jaksa yang hanya menerima berkas-berkas penyidikan untuk selanjutnya diolah menjadi dasar tuntutan pemidanaan, tanpa mengetahui dan mengerti kondisi permasalahan tersebut secara riil, dan sang pelaku berada di kursi pesakitan siap untuk menerima pidana yang akan dijatuhkan kepadanya.

Selain itu, dalam perkembangan hukum pidana pada saat ini juga dikenal mediasi penal. Dalam praktek hukum pidana, mediasi penal dianggap sebagai sebuah turunan dari *restorative justice*, karena tidak perlu menjalankan hukum pidana melalui pengadilan. Meskipun penyelesaian perkara di luar pengadilan (*Alternative Dispute Resolution/ADR*) umum atau lazimnya diterapkan dalam perkara perdata, tetapi tidak untuk perkara pidana. Sebab pada tataran asas, perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, tetapi dalam prakteknya untuk hal-hal tertentu mungkin terjadi, bahkan boleh jadi penyelesaiannya di luar pengadilan menjadi hal yang ideal.

Dalam perkembangan wacana teoritik maupun perkembangan pembaharuan hukum pidana di berbagai negara ada kecenderungan kuat untuk menggunakan mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian masalah di bidang hukum pidana. Tidak bisa dipungkiri lagi, bahwa praktik penegakan hukum di Indonesia

yang dalam perkara pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui diskresi aparat penegak hukum, belum lagi dalam praktik masyarakat juga melakukan bentuk-bentuk diskresi atas perkara pidana (*social discretion*) melalui mekanisme perdamaian, penyelesaian lembaga adat, dan lain sebagainya, yang kemudian menyebabkan tuntutan untuk mempositifkan bentuk-bentuk penyelesaian perkara di luar pengadilan semakin menguat.

Pada dasarnya *restorative justice* mengembalikan konflik kepada pihak-pihak yang paling terkenal untuk mempengaruhi korban, pelaku dan kepentingan komunitas mereka dan memberikan keutamaan pada kepentingan-kepentingan mereka. *Restorative justice* juga menekan pada hak asasi manusia dan kebutuhan untuk mengembalikan dampak dari ketidakadilan sosial dan dalam cara-cara yang sederhana memberikan pelaku keadilan daripada keadilan formal (hukum) korban tidak mendapatkan keadilan apapun. Kemudian *restorative justice* juga mengupayakan untuk merestore keamanan korban, penghormatan pribadi, martabat dan yang lebih penting adalah *sense of control*.⁵¹⁰

D. Rekonstruksi Hukum

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 di tarik kebelakang makna dari musyawarah itu mengandung lima prinsip sebagai berikut: Pertama *conferencing*

⁵¹⁰ BPHN, *Perencanaan Pembinaan Hukum Nasional Bidang Politik Hukum Pidana dan Sistem Pemidanaan*, 2012.

(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 (*Victem 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 dengan nilai- nilai kekeluargaan yang mengandung esensi *Exspeilencing Justice*.⁵¹¹

Sama hal dengan falsafah nilai Pancasila sila ke-5, nilai yang akan timbul manakala di kaji secara mendalam dari makna inti persoalan keadilan restoratif peradilan pidana terletak pada rumusan “Keadilan Sosial” (*social justice*). Dalam pembahasannya perlu disoroti apa yang terkandung dalam pengertian ‘Adil’, dari kesatuan nilai Keadilan Sosial. Suatu kajian yang mendalam bisa terwujudkannya keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia dari sisi penegakan hukum peradilan

⁵¹¹ <http://pukapaku.com/konsep-restorative-justice-dalam-peradilan-di-indonesia-perspektif-filosofis-pancasila-sila-ke-4-dan-ke-5/>

di Indonesia, merekonstruksi sistem peradilan bisa dijadikan ukuran bagaimana paradigma *restorative justice* dan dimunculkan ke permukaan.

Sila keadilan sosial bilamana dikembalikan kepada dasar kerohanian yang sifat kodrat manusia yang “monodualis” yaitu keseimbangan yang dinamis. Oleh karena itu konsekuensinya kepentingan inividu (perseorangan) (kepentingan khusus) dan kepentingan umum harus dalam suatu keseimbangan yang dinamis. Langkah-langkah dalam proses peradilanpun keseimbanagan jika di tinjau dari pelbagai aspek, konsep dinamis dengan moral keadilan yang berpihak, setidaknya dukungan kearah tersebut harus di apresiasikan.⁵¹²

Ide penegakan hukum progresif menghendaki penegakan hukum tidak sekedar menjalankan peraturan perundang-undangan, tetapi menangkap kehendak hukum masyarakat. Oleh karena itu, ketika suatu peraturan dianggap membelenggu penegakan hukum, maka dituntut kreativitas dari penegak hukum itu sendiri agar mampu menciptakan produk hukum yang mengakomodasi kehendak masyarakat yang bertumpu pada nilai-nilai yang hidup di masyarakat. Oleh sebab itu ide Penegakan Hukum Progresif merupakan letupan dari situasi penegakan hukum yang stagnan atau mengalami kemandekan.⁵¹³

Dalam pelaksanaan penegakan hukum pidana yang progresif oleh aparat penegak hukum dalam sistem peradilan pidana yang mengedepankan pendekatan *restorative justice*, dapat ditemukan adanya penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan melalui mediasi penal dengan jalan perdamaian yang menjunjung tinggi nilai keadilan masyarakat yang berdasarkan musyawarah mufakat antara

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ Ahmad Ali, *Majalah Varia Peradilan*, No. 368 Juli 2016, Halaman 105.

pelaku dan korban tindak pidana atau keluarganya. Adapun penyelesaian perkara-perkara tersebut dapat dilakukan pada tingkat Advokat.

Telah disepakatinya dan dibekukan tentang Hukum pidana sebagai bagian dari pada hukum publik. Dengan demikian, Ketika seseorang melakukan pelanggaran yang merugikan kepentingan orang lain, pembalasan terhadap pelaku tidak hanya menjadi hak korban, tetapi juga menjadi kewajiban seluruh keluarga, Pada akhirnya, masyarakat bertanggung jawab atas pembalasan tersebut. Selain itu, hukum negara menjadi satu-satunya alat untuk menyelesaikan perkara pidana dengan cara yang telah ditetapkan.

Konsep tersebut sedang berlaku di Indonesia sejak diadakannya Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana. Konsep bahwa negara adalah satu-satunya sumber penegakan hukum menunjukkan bahwa individu tidak memiliki banyak upaya untuk menyelesaikan kasus pidana. Sistem yang dibangun oleh kepolisian, kejaksaan, pengadilan, dan lembaga pemasyarakatan sangat penting untuk pencarian keadilan dalam kasus pidana. Namun, keadilan yang diberikan oleh pemerintah belum tentu sesuai dengan keinginan para pencari keadilan karena pada dasarnya setiap orang memiliki kebutuhan dan tingkat akseptabilitas yang berbeda terhadap rasa keadilan. Proses penyelesaian kasus pidana yang hanya dapat diselesaikan melalui sistem hukum Negara juga dapat menimbulkan masalah lain.

Bertambahnya jumlah dan jenis perkara yang diajukan ke pengadilan harus berhadapan dengan keterbatasan teknis dan sumber daya manusia pengadilan. Terhadap fakta ini, Yahya Harahap mendeskripsikan kritik pada pengadilan yaitu:

penyelesaian sengketa melalui litigasi sangat lama, biaya perkara mahal, pengadilan kerap tidak responsif, putusan pengadilan tidak menyelesaikan masalah, dan kemampuan para hakim bersifat generalis.⁵¹⁴

Dalam kasus-kasus perdata seperti pencurian, kecelakaan lalu lintas, dan lainnya, keberhasilan keadilan tidak ditentukan oleh jumlah pidana yang dijatuhkan hakim, tetapi oleh jumlah kerugian yang ditanggung pelaku. Pemahaman ini terkait dengan upaya pembaharuan pidana saat ini. Jika Anda melihat konsep rancangan KUHP baru, Anda akan melihat bahwa ada pembaharuan yang sangat penting, terutama dalam hal sistem pemidanaan. Beberapa pembaharuan yang humanistik tanpa menghilangkan sifat represif dari hukum pidana diantaranya; (1) lebih mengutamakan pidana denda, (2) pidana penjara digunakan sebagai pilihan terakhir, hanya untuk tindak pidana serius dan berbahaya, (3) adanya pedoman dalam penerapan pidana penjara.⁵¹⁵

Sebagaimana disebutkan sebelumnya, perkara pidana biasanya diselesaikan di luar pengadilan meskipun tidak memiliki dasar hukum. Padahal, undang-undang Indonesia belum menetapkan aturan mediasi untuk penyelesaian perkara pidana. Hanya domain hukum perdata yang diatur oleh Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Selain itu, fakta ini menimbulkan pertanyaan tentang dasar pelaksanaan mediasi penal dan prosesnya.

Selama ini, penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan dapat dilakukan

⁵¹⁴ M. Yahya Harahap, *Beberapa Tinjauan mengenai Sistem Peradilan dan Penyelesaian Sengketa*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, hlm. 153.

⁵¹⁵ Muhari Agus Santoso, *Paradigma Baru Hukum Pidana*, Averroes Press, Malang, 2002, hlm. 17.

sesuai kehendak penyidik dan aparat penegak hukum. Selama proses penyidikan, akan diputuskan apakah perkara akan dikirim ke kejaksaan atau dibatalkan. Polisi diharapkan dapat bersikap bijaksana dalam menangani perkara pidana atau laporan tindak pidana jika mereka memilih untuk menyelesaikan suatu perkara pidana di luar pengadilan. Seorang advokat harus selalu mengikuti perkembangan hukum agar mereka dapat melihat kasus dari sudut pandang buku dan praktik hukum saat mendampingi klien mereka baik sebagai pelaku maupun korban.

Menurut Pasal 4 Undang-Undang nomor 16 Tahun 2001 tentang Bantuan Hukum, bantuan hukum yang diberikan oleh pemberi bantuan hukum meliputi masalah hukum keperdataan, pidana, dan tata usaha negara, baik litigasi maupun nonlitigasi, dan meliputi menjalankan kuasa, mendampingi, mewakili, membela, atau melakukan tindakan hukum lain untuk kepentingan hukum Penerima Bantuan Hukum. Dengan demikian, seorang advokat tidak diharuskan untuk hadir di persidangan selama menjalankan tanggung jawabnya. Salah satu bentuk bantuan hukum adalah penyelesaian melalui mediasi penal, yang merupakan tahap awal tugas advokat.

Dalam hukum positif Indonesia, advokat adalah salah satu pihak yang terlibat dalam pengembangan konsep dan praktik mediasi penal. Advokat memiliki tanggung jawab strategis untuk mendampingi para pihak dalam mengupayakan penyelesaian perkara di luar pengadilan, menurut Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat dan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2001 tentang Bantuan Hukum.

Konsekuensi dari kesepakatan damai yang dicapai dalam proses mediasi

penal juga merupakan masalah tambahan. Tidak jelas apakah kesepakatan hukum itu mengikat para pembuatnya atau mempengaruhi proses pemeriksaan perkara. Ketika mediasi kriminal menghasilkan kesepakatan tetapi pelaku tetap dituntut, masyarakat sangat mempertanyakan hal ini.

Prinsip ganti rugi dalam hukum pidana tidak menghapus sifat melawanhukum tindak pidana. Selain itu, berdasarkan hukum acara pidana, pencabutan laporan dapat dilakukan tergantung pada apakah tindak pidana tersebut adalah delik biasa atau aduan. Apakah kesepakatan itu hanya memaksa tersangka untuk melakukan apa yang disepakati, seperti membayar ganti rugi, atau membuat penyidik menghentikan pemeriksaan kasus itu? Proses pencapaian kesepakatan yang adil, selesai, dan mengikat dipengaruhi oleh aktivitas aktif baik dari polisi maupun advokat. Oleh karena itu, penelitian tentang praktik mediasi penal harus diikuti dengan penelitian tentang konsekuensi dari hukum kesepakatan damai mediasi penal.

Penanggulangan kejahatan tetap berfokus pada hukuman terhadap pelaku. Hampir semua kasus pidana yang ditangani oleh sistem peradilan pidana menghasilkan hukuman penjara. Penjara bukanlah solusi terbaik untuk memerangi kejahatan karena tidak selalu berhasil mendidik dan menyadarkan narapidananya, yang pada akhirnya membuat mereka terus melakukan kejahatan.

Penjatuhan pidana penjara yang tidak tepat pun dikritik sebagai sanksi yang hanya akan menyisakan penderitaan, masalah ekonomi, dan stigma.⁵¹⁶ David

⁵¹⁶ Kuat Puji Prayitno, *Restorative Justice untuk Peradilan di Indonesia*, Jurnal Dinamika Hukum, Vol.

12 No.3. Universitas Jenderal Soedirman. 2012, hlm. 416

Lerman mengemukakan bahwa sementara orang merasa pemenjaraan pelaku kejahatan dapat meningkatkan keamanan, sesungguhnya ada konsekuensi yang akan timbul disebabkan adanya stigma terhadap narapidana dan kurangnya rasa percaya di antara masyarakat.⁵¹⁷ Ternyata rasa curiga dapat mendorong perbuatan kriminal. Rasa curiga membuat masyarakat takut dan memutuskan untuk mewaspadaai, bahkan jika perlu menjaga jarak dari "orang lain". Orang menjadi lebih individual dan rentan terhadap kejahatan semakin besar kecurigaannya. Kenapa? Karena kurangnya kepercayaan di antara anggota masyarakat akan melemahkan ikatan yang membentuk masyarakat. Kontrol sosial yang berfungsi untuk menjaga ketertiban dan mencegah kejahatan akan hilang jika komunitas tidak memiliki ikatan yang dapat memperkuatnya.

Paradigma penghukuman yang disebut *restorative justice* muncul sebagai akibat dari sistem pidana yang berfokus hanya pada cara menghukum dan memenjarakan pelaku tindak pidana. Ketika Patrialis Akbar menjabat sebagai Menteri Hukum dan HAM, dia sempat mengusulkan konsep penegakkan hukum yang berpusat pada prinsip *restorative justice* untuk mengatasi kelemahan sistem peradilan pidana negara kita. Pendekatan baru ini muncul sebagai tanggapan terhadap sistem pidana yang hanya berfokus pada cara menghukum dan memenjarakan orang yang melakukan pelanggaran pidana.. *Restorative justice* bertujuan untuk merubah pengarah hukum pidana dengan merubah fokusnya pada kebutuhan korban dan perbaikan ketertiban masyarakat daripada dengan

⁵¹⁷ David Lerman, *Restoring Justice, Mediation*, Asghate Publishing Company, USA, 2001, hlm. 591.

gampangnya memenjarakan seseorang.⁵¹⁸ Berbagai konvensi dan deklarasi internasional saat ini menunjukkan kesadaran untuk tidak hanya membuat instrumen hukum untuk melindungi hak-hak pelaku. Salah satunya adalah *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse Power*, yang menarik perhatian PBB pada tahun 1985. khususnya yang berkaitan dengan akses untuk memperoleh keadilan, hak untuk memperoleh kompensasi, restitusi, serta bantuan-bantuan lain yang harus diatur dalam undang-undang nasional.⁵¹⁹

Konsep *restorative justice* menonjol karena meletakkan korban dan masyarakat di tempat yang berbeda dari paradigma peradilan pidana yang ada saat ini. Penerapannya adalah mekanisme informal yang tidak membantu dalam menangani konflik atau masalah kejahatan di mana pelaku, korban, dan masyarakat bertanggung jawab atas pengambilan keputusan. Salah satu jenis mekanisme ini adalah mediasi kriminal, yang dengan bantuan seorang mediator memungkinkan pertemuan antara pelaku dan korban.

Keadilan retributif juga dikenal sebagai keadilan retributif adalah perspektif yang sebelumnya mendominasi sistem pemidanaan. Korban dalam hal pemidanaan tidak diterima dalam *retributive justice*. Teori ini menekankan pada pembalasan yang tercermin dari sanksi penjara yang diberikan untuk pelanggaran pidana. Menurut *United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention*, metode *restorative justice* telah digunakan untuk memecahkan konflik antarpihak dan memulihkan perdamaian di masyarakat. Ini karena metode retributif

⁵¹⁸ Carrie Menkel-Meadow, *Op.Cit*, hlm. 591

⁵¹⁹ Siswanto Sunarso, *Viktimologi dalam Sistem Peradilan Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, hlm 74.

terhadap kejahatan dianggap sudah tidak memadai dalam beberapa tahun terakhir. Oleh karenanya menyebabkan dorongan untuk beralih kepada pendekatan *restorative justice*.⁵²⁰ *Retributive justice* atau keadilan *retributive* adalah teori keadilan yang menganggap hukum itu, jika proporsional, merupakan resiko yang diterima secara moral sebagai kejahatan, dengan penglihatan untuk manfaat kepuasan dan psikologis yang dapat dilimpahkan ke pihak yang dirugikan, teman-teman, dan masyarakat.⁵²¹

Restorative justice mempertanyakan siapa yang telah dirugikan, bagaimana korban bisa mendapatkan kerugian, dan bagaimana pelaku, masyarakat, dan sistem peradilan pidana dapat membantu memperbaiki kerugian mereka jika keadilan retributif berfokus pada menentukan aturan apa yang dilanggar, siapa yang melanggar, dan bagaimana pelaku dihukum.

Menurut David Lerman, hal itu karena *a core principle of Restorative Justice requires that you care about the needs of crime victims*.⁵²² Oleh karena itu, prinsip utama *Restorative Justice* adalah memprioritaskan kebutuhan korban. Sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum, lembaga bantuan hukum atau organisasi kemasyarakatan harus berbadan hukum, terakreditasi, memiliki kantor atau sekretariat tetap, memiliki pengurus, dan memiliki program bantuan hukum. Menurut Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat, advokat adalah orang yang berprofesi

⁵²⁰ Sahuri Lasmadi, *Mediasi Penal Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Jurnal Universitas

Jambi, <http://onlinejournal.unja.ac.id>

⁵²¹ Wikipedia, Definisi Retributif, <http://id.wikipedia.org>

⁵²² Sahuri Lasmadi, *Loc. Cit.*

memberi jasa hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan, yang memenuhi persyaratan yang ditetapkan oleh undang-undang.

Menurut Undang-undang Nomor 18 Tahun 2003, yang disebut dengan jasa Hukum adalah jasa yang diberikan Advokat berupa memberikan konsultasi hukum, bantuan hukum, menjalankan kuasa, mewakili, mendampingi, membela, dan melakukan tindakan hukum lain untuk kepentingan hukum klien (Pasal 1 ayat 2). Salah satu jasa hukum yang diberikan oleh advokat adalah bantuan hukum, yaitu bantuan hukum yang diberikan oleh pemberi bantuan hukum kepada klien mereka yang menghadapi masalah hukum, baik perdata, pidana maupun tata usaha Negara.

Advokat juga dapat memberikan bantuan dan jasa hukum tidak hanya dalam kasus litigasi tetapi juga dalam kasus non-litigasi. Hal ini sesuai dengan Pasal 1 ayat (9) Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2013 tentang Syarat dan Tata Cara Pemberian Bantuan Hukum dan Penyaluran Dana Bantuan Hukum, bahwa pemberian bantuan hukum secara non litigasi (salah satunya adalah mediasi), dapat dilakukan oleh advokat, paralegal, dosen, dan mahasiswa fakultas hukum dalam lingkup Pemberi Bantuan Hukum yang telah lulus verifikasi dan akreditasi. Jasa hukum yang berkaitan dengan mediasi atau perdamaian dikemukakan oleh Soemarno P. Wirjanto. tugas advokat ada tiga macam, yaitu:⁵²³

- a. Sebagai *procurator*, yaitu mewakili dan membantu kliennya di dalam segala pekerjaan yang diperlukan untuk mempersiapkan perkara pengadilan sehingga siap untuk diputus hakim;

⁵²³ Djoko Prakoso, *Peranan Psikologi Dalam Pemeriksaan Tersangka Pada Tahap Penyidikan*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1986, hlm. 86

- b. Sebagai *pleader* atau *pleiter*, yaitu mengucapkan pledoi, presentasi fakta-fakta, argumentasi hukum, sehingga hakim mendapat pandangan yang tepat terhadap fakta-fakta suatu perkara dan hukum yang berlaku untuk itu;
- c. Sebagai *juris-consult*, yaitu memberi nasehat hukum di luar peradilan, membantu dengan atau membuat akta-akta hukum, perdamaian hukum dan lain-lain.

PERMA Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan menetapkan bahwa advokat dapat bertindak sebagai mediator ketika mereka menyediakan layanan dan bantuan hukum non-litigasi. Pasal 8 Ayat 1 PERMA Nomor 1 tahun 2008 menentukan sebagai berikut:

Para pihak berhak memilih mediator diantara pilihan-pilihan berikut ini:

- a. Hakim bukan pemeriksa perkara pada pengadilan yang bersangkutan;
- b. Advokat atau akademisi hukum
- c. Profesi bukan hukum yang dianggap para pihak menguasai atau berpengalaman dalam pokok sengketa;
- d. Hakim majelis pemeriksa perkara;
- e. Gabungan antara mediator yang disebut dalam butir a dan d, atau gabungan butir b dan d, atau gabungan butir c dan d.

Meskipun peraturan ini mengatur mediasi perdata, tugas mediator pada dasarnya sama dalam penyelesaian perkara pidana dan perdata. Oleh karena itu, peraturan mahkamah agung ini dapat digunakan untuk menentukan mediator

untuk mediasi pidana.. Selanjutnya berkaitan dengan tugas mediator, Pasal 24 PERMA Nomor 1 Tahun 2008 menyatakan:

- a. Tiap mediator dalam menjalankan fungsinya wajib menaati pedoman perilaku mediator.
- b. Mahkamah Agung menetapkan pedoman perilaku mediator.

Berdasarkan hal ini, Ketua Mahkamah Agung membuat Pedoman Perilaku Mediator pada 11 Februari 2010. Pasal 6 ayat (3) menyatakan: “Seorang mediator yang berpotensi sebagai advokat dan rekan pada firma hukum yang sama dilarang menjadi penasihat hukum salah satu pihak dalam sengketa yang sedang ditangani baik selama maupun sesudah proses mediasi.” Oleh karena itu, Pedoman Perilaku Mediator melarang seorang mediator untuk bertindak sebagai advokat atau penasihat hukum bagi salah satu pihak yang bersengketa dalam proses mediasi.

Ketentuan ini didasarkan pada kemungkinan konflik kepentingan jika seorang mediator juga bertindak sebagai penasihat hukum salah satu klien. Hal ini menarik karena pada praktiknya, sebelum memberikan jasa hukum kepada klien mereka di luar persidangan, seorang advokat terlebih dahulu membuat surat somasi kepada pihak lawan untuk negosiasi untuk mencapai penyelesaian. Negosiasi adalah fase tawar-menawar antara dua pihak yang bersengketa.

Dalam hal ini, pihak yang satu berbicara dengan pihak kedua untuk mencapai kesepakatan tentang masalah tertentu. Oleh karena itu, sebagai bagian dari proses negosiasi, advokat juga memberikan layanan hukum kepada klien melalui mediasi. Pengaturan yang lebih tegas telah dibuat untuk mediasi kriminal

di beberapa negara lain. Di Austria, Jerman, Finlandia, dan Polandia, Undang-undang Pengadilan Anak (*The Juvenile Justice Act*) mengatur mediasi hukum. Di Norwegia mediasi penal diatur secara tersendiri dalam Undang-undang Mediasi (*The Mediation Act*), yang diberlakukan untuk anak-anak maupun bagi orang dewasa.⁵²⁴

Penuntut umum dapat mengalihkan perkara pidana dari pengadilan menurut Pasal 90 g KUHP Austria apabila terdakwa mau mengakui perbuatannya dan siap membayar ganti rugi, terutama untuk menggantikerusakan. Mediasi hukum adalah tindak pidana yang dapat dikenakan apabila diancam dengan hukuman tidak lebih dari 5 tahun penjara (atau 10 tahun penjara untuk kasus anak).



⁵²⁴ Setya Wahyudi, *Op. Cit.*, hlm. 73.

BAB VI

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Advokat sebagai penegak hukum dalam penyelesaian tindak pidana dalam mewujudkan keadilan bahwa Advokat memiliki peran penting dalam penegakan hukum dan mewujudkan keadilan, terutama dalam penyelesaian tindak pidana : Mendampingi korban, tersangka, atau terdakwa : Advokat mendampingi kliennya di setiap tingkat pemeriksaan untuk memastikan hak-hak mereka terpenuhi; Menjaga hak asasi manusia : Advokat berperan sebagai pelindung hak asasi manusia. Menegakkan supremasi hukum : Advokat merupakan salah satu pilar dalam menegakkan supremasi hukum Memberikan jasa hukum lainnya : Advokat bisa memberikan jasa hukum lain, seperti konsultasi atau nasihat hukum. Bebas dalam membela : Advokat bebas dalam membela kliennya, tidak terikat pada perintah klien, dan tidak pandangbulu. Memperjuangkan hak asasi manusia : Advokat memperjuangkan hak asasi manusia kliennya. Menjaga rahasia klien : Advokat wajib menjagarahasia kliennya. Patuh pada kode etik : Advokat wajib patuh pada kode etik profesi advokat.
2. Penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal mewujudkan keadilan restoratif, bahwa mediasi penal merupakan salah satu instrumen yang dapat mewujudkan keadilan restoratif dalam penyelesaian tindak pidana. Keadilan restoratif atau restorative justice adalah pendekatan keadilan yang melibatkan pelaku, korban, keluarga, dan pihak terkait untuk mencari penyelesaian yang

adil. Pendekatan ini menekankan pada pemulihan keadaan semula, bukan pembalasan.

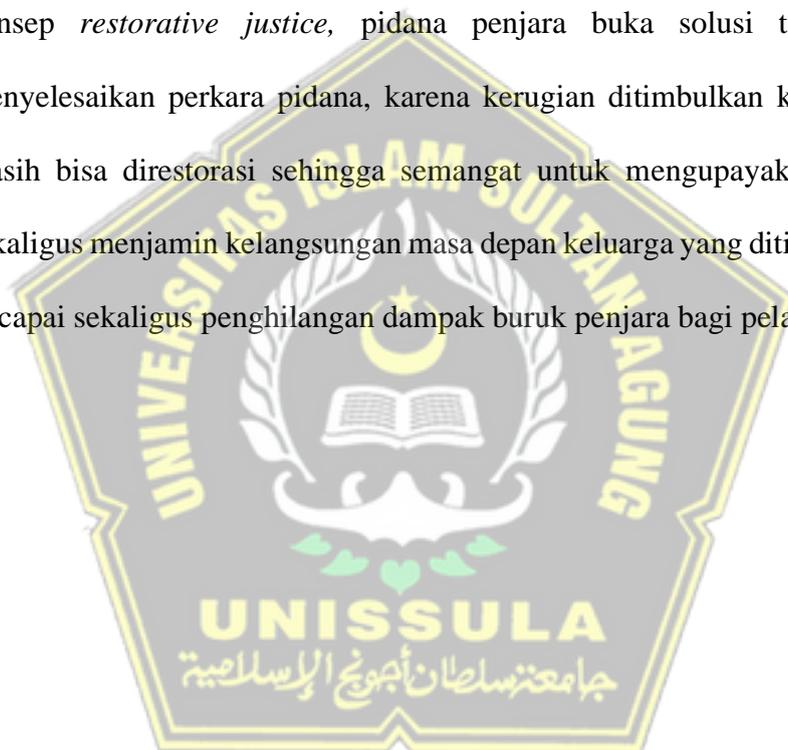
3. Rekonstruksi regulasi kewenangan Advokat dalam penyelesaian tindak pidana melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif dengan Pelaksanaan mediasi penal dalam penegakan hukum pidana oleh Advokat, sehingga kesepakatan perdamaian melalui mediasi antara pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya, ditindaklanjuti dengan dibuatnya surat perdamaian, dan penetapan pengadilan sehingga perkaranya dianggap telah selesai.

B. Saran

1. Perlu untuk mengintegrasikan pendekatan *restorative justice* ke dalam sistem peradilan pidana. Sehingga *restorative justice* dapat diterapkan oleh Advokt. Dengan terintegrasinya *restorative justice* dalam sistem peradilan pidana, maka diharapkan *restorative justice* dapat menjadi alternatif dalam penyelesaian perkara pidana.
2. Mediasi penal merupakan solusi penyelesaian perkara pencurian ringan, perlu adanya penegasan terhadap kualifikasi mediasi penal yang dibakukan dalam bentuk formulasi yang lebih konkrit seperti undang-undang, dan agar penerapan *restorative justice* dalam penyelesaian perkara pidana dapat berjalan secara maksimal, perlu melakukan perubahan terhadap hukum pidana formal sebagaimana dalam KUHAP, dengan mengatur mekanisme

penyelesaian tidak pidana pencurian melalui pendekatan *restorative justice* sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana.

3. Bahwa prospek penerapan *restorative justice* terhadap penyelesaian perkara pidana ke depan akan sangat terbuka, sehubungan perkembangan tujuan pemidanaan yang tidak lagi terfokus upaya untuk menderitakan, tetapi mengarah pada upaya perbaikan ke arah lebih manusiawi, Sehingga adanya konsep *restorative justice*, pidana penjara buka solusi terbaik dalam menyelesaikan perkara pidana, karena kerugian ditimbulkan kepada korban masih bisa direstorasi sehingga semangat untuk mengupayakan pemulihan sekaligus menjamin kelangsungan masa depan keluarga yang ditimbulkan akan tercapai sekaligus penghilangan dampak buruk penjara bagi pelaku.



DAFTAR PUSTAKA

A. Buku-buku

- Abdul Hakim G Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1988.
- Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Gunung Agung, Jakarta, 2002.
- , *Menguak Tabir Hukum : Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996
- , *Menjelajahi Kajian Empiris Terhadap Hukum*, Yarsif Watampone, Jakarta, 1998.
- , *Polisi dan Efektivitas Hukum dalam Penanggulangan Kriminalitas*, Yasrif Watampone, Jakarta, 1998
- Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana I*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002.
- Alef Musyahadah, *Kedudukan Perdamaian Antara Korban Dengan Pelaku Tindak Pidana Dalam Sistem Pidana*, Tesis, Universitas Diponegoro, Semarang, 2005.
- Alvi Syahrin, *Beberapa Masalah Hukum*, Softmedia, Medan, 2009.
- Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2008.
- , *Sistim Pidana Pidana di Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993
- Awaloedin Djamin, *Beberapa Masalah dalam Kepolisian Negara Republik Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1986.
- Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Grafika, Jakarta, 1996
- Barda Nawawi Arif, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.

- , *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bandung, 1996
- , *Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2009.
- Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2009.
- BPHN, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum Nasional Serta Rencana Pembangunan Hukum Jangka Panjang*, BPHN, Jakarta, 1996.
- Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Kencana, Jakarta, 2008
- C. S. T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, *Pokok-Pokok Hukum Pidana, Hukum Pidana Untuk Tiap Orang*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004.
- C. S. T. Simorangkir, *Kamus Hukum Indonesia*, Alenia Baru, Jakarta, 1980
- Dwidja Priyatno, *Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2006.
- Djoko Prakoso, *Polri Sebagai Penyidik Dalam Penegakan Hukum*, Bina Aksara, Jakarta, 2007.
- D P M Sitompul dan Edwar Syahpenong, *Hukum Kepolisian di Indonesia*, Tarsito, Bandung, 2003.
- Frans Magnis Suseno, *Mencari Sosok Demokrasi, Sebuah Telaah Filosofis*, Gramedia, Jakarta, 1997
- G. Johnstone, *A Restorative Justice Reader: texts, sources, context*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2003.
- Howard Zehr, *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottdale, 1995.

- Idham, *Konsolidasi Tanah Perkotaan Dalam Perspektif Otonomi Daerah*, Alumni, Bandung, 2004.
- John M Echol, dan Hasan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2002.
- Kathleen Daly, *The Limits of Restorative Justice*, dalam Denis Sullivan and Larry Tifft (ed), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, London and New York, 2006
- Kunarto, *Intelejen Polri (Sejarah, Perspektif, Aspek dan Prospeknya)*, Cipta Manunggal, Jakarta, 1999
- Laurence W. Friedman, *Teori dan Filsafat Hukum Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum*, Grafindo Persada, Jakarta, 1996
- , *The Legal System: A Sosial Science Perspective*, Russel Soge Foundation, New York, 1969
- Lexy J Moleong. *Metodologi Penelitian Kualitatif*. Remaja Rosydakarya, Bandung, 2002
- Luhut M P Pangaribuan, *Hukum Acara Pidana Suatu Kompilasi Ketentuan-ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana dan Hukum Internasional Yang Relevan*, Djembatan, Jakarta, 2003.
- Mahmud Mulyadi, *Community Policing Diskresi Dalam Pemolisian Yang Demokratis*, Softmedia, Medan, 2011.
- Maman Rachan, *Strategi dan Langkah-langkah Penelitian*. IKIP Semarang Pers, Semarang, 1999
- Marian Liebmann, *Restorative Justice: How It Works*, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007.
- Markas Besar Kepolisian Republik Indonesia, *Himpunan Juklak dan Juknis tentang Proses Penyidikan Tindak Pidana*, Jakarta, 1997.
- Mashuri Maschab, *Sistem Pemerintahan Indonesia (Menurut UUD 1945)*, Bina Aksara, Jakarta, 1988

- M Faal, *Penyaringan Perkara oleh Polisi*, Pradnya Paramitha, Jakarta, 2001.
- M. Kay Harris, *Transformative Justice: The transformation of restorative justice*, dalam Dennis Sullivan and Larry Tifft, *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, London & New York, 2006.
- Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta, 1992.
- Mohammad Hatta, *Pengantar ke Jalan Ilmu Pengetahuan*, Mutiara, Jakarta, 1990
- Mohammad Nazir, *Metode Penelitian*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2005
- Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Studi HTN-FHUI, Jakarta, 1988
- Momo Kelana, *Hukum Kepolisian*, Gramedia Widya Sarana, Jakarta, 2004.
- M. Solly Lubis, *Filsafat Hukum dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994
- , *Ilmu Negara*, Mandar Maju, Bandung, 2002.
- Musa Asya'rie dkk, *Agama, Kebudayaan dan Pembangunan Menyongsong Era Industrialisasi*, IAIN Sunan Kalijaga Press, Yogyakarta, 1994.
- Muatafa Abdullah, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982.
- M Yahya Harahap, *Pembahasan, Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Edisi II, Sinar Grafika, Jakarta, 2000
- , *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1996.
- Niniek Suparni, *Eksistensi Pidana Denda Dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1993.
- O C Kaligis, *Pengawasan Terhadap Jaksa Selaku Penyidik Tindak Pidana Khusus Dalam Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Alumni, Bandung, 2006

- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009
- Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1986
- Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011.
- Roeslan Saleh, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Makalah kuliah S2 Ilmu Hukum Undip, 1995
- , *Pikiran-pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984.
- , *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1993.
- Ronny Haditijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Remaja Rosdakarya, Semarang, 1998
- Roscou Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, Barata, Jakarta, 1989
- R Seno Soeharja, *Serba-Serbi Tentang Polisi*, Alumni, Bandung, 1993
- R Soesilo, *Taktik dan Teknik Penyidikan Perkara Kriminil*, Politeia, Bogor, 1989.
- R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1989.
- Salim H S dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013
- Sanafiah Faisal, *Penelitian Kualitatif Dasar-Dasar dan Aplikasi*, YA3, Malang, 1990
- Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, 1993.
- , *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009

- Satjipto Rahardjo dan Anton Tabah, *Polisi : Pelaku dan Pemikir*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1997.
- Selo Sumardjan, *Adat, modernisasi dan pembangunan*, Dalam *Kumpulan tulisan mengenang Teuku Mohamad Radhie*. UPT Penerbitan Universitas Tarumanegara, Jakarta, 1993.
- S. Nasution, *Metode Research (Penelitian Ilmiah)*, Bumi Aksara, Jakarta, 2000
- Soehino, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, 2005.
- Soemitro dan Ronny Hanitijo, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1998
- Soerjono Soekanto, *Beberapa Aspek Sosio Yuridis dan masyarakat*, Alumni, Bandung, 1991.
- , *Efektivitas Hukum dan Peranan Sanksi*, Remaja Karya, Jakarta, 1995.
- , *Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993.
- , *Sosiologi ; Suatu Pengantar*, Rajawali Pres, Bandung, 1996
- Soejono Soekanto dan Mustafa Abdullah, *Sosiologi Hukum Dalam Masyarakat*, Rajawali, Jakarta, 1987.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali, Jakarta, 1986
- Soesilo Yuwono, *Penyelesaian Perkara Pidana Berdasarkan KUHP*, Alumni, Bandung, 2002.
- Soewadji, *Merubah Image Polisi*, Pustaka Bintang, Jakarta, 2005
- S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994.
- Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1992,.

- Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1998.
- Suharsimi Arikunto, *Metode Penelitian*, Angkasa, Jakarta, 1998.
- Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke- 20*, Alumni, Bandung, 1994
- Syahrizal Abbas, *Mediasi: Dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2009.
- Tan Kamello, *Memperkenalkan Model Sistem Pembangunan Hukum di Indonesia*, Universitas Sumatera Utara, Medan, 2012
- Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1995.
- Tongat, *Hukum Pidana materiil*, Universitas Muhammadiyah Malang, Malang, 2006
- Tjip Ismail, *Pengaturan Pajak Daerah Indonesia*, Yellow Printing, Jakarta, 2007
- Winarto Surakhmad, *Pengantar Penelitian Ilmiah Dasar Metode Teknik*, Tarsito, Bandung, 1990.
- Wiryono Pradjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1980.
- W. J. S. Poerwardarminta, *Kamus Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1995
- Zamhari Abidin, *Pengertian dan Asas Hukum Pidana dalam Schema (bagan) dan Synosis (catatan singkat)*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986.

B. Peraturan Perundang-Undangan :

Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP).

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

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Surat Kapolri Nomor Pol: B/3022/XII/2009/SDEOPS tanggal 14 Desember 2009 tentang Penangan Kasus atau Perkara Melalui Alternative Dispute Resolution atau yang dikenal dengan Mediasi Penal.

PERMA Nomor 02 Tahun 2012 tentang Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda Dalam KUHP.

C. Artikel, Makalah, Internet, dan Lain-lain :

Agus Sahbani, *MA Terbitkan Perma Batasan Tipiring*. <http://www.Hukumonline.com>.

Barda Nawawi Arief, *Makalah Aspek Kebijakan Mediasi Penal Dalam Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Materi Program Doktoral.

Bryan Bernadi, *Hukum yang Prorakyat*. <http://www.Gagasanhukum.Html>.

Dieter Rössner, *Mediation as a Basic Element of CrimeControl: Theoretical and Empirical Comments*, www.buffalo.universityjournal.

Frequently Asked Questions about Criminal District Court Mediation, www.mnnc.org/pg1.cfm

Imam Sukadi, *Hukum Dalam Proses Penegakan Hukum di Indonesia*, Jurnal Risalah Hukum Volume 7 Nomor1, ISSN 021-969X Fakultas Hukum Unmul.

- Karolus Kopong Medan, *Peradilan Rekonsiliatif: Konstruksi Penyelesaian Kasus Kriminal Menurut Tradisi Masyarakat Lamaholot di Flores, Nusa Tenggara Timur*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum, Semarang: Undip, 2006.
- Kusnu Goesniadhie S, *Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundang-undangan (Lex Specialis Suatu Masalah)*, JP BOOKS, Surabaya, 2006.
- Larry E. Sullivan and Marie Simmonetti Rose dalam *Encyclopedia of Law Enforcement Volume I*, 2010.
- Mudzakir, *Allternative Dipute Resolution (ADR), Penyelesaian Perkara Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Makalah workshop, Jakarta 18 Januari 2007.
- Muladi, *Harmonisasi dan Sinkronisasi Peraturan Perundang-undangan Tentang Pemberantasan Korupsi*, Makalah pada Lokakarya Pembentukan Pengadilan Korupsi yang diselenggarakan Kelompok Kerja A1 KHN dari FH UNDIP dan BPHN, di Jakarta 30 Juli 2002.
- Naskah Akademik Grand Strategi Polri 2005-2025 point 1.2.2 tentang Restorasi Sistem Keadilan: Restorative Justice.
- Nota Kesepakatan Bersama antara Ketua Mahkamah Agung, Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia, Jaksa Agung, dan Kepala Kepolisian Republik Indonesia Nomor 131/KMA/SKB/X/2012, Nomor M.HH-07.HM.03.02 Tahun 2012, Nomor KEP-06/E/EJP/10/2012, No. B/39/X/2012 tentang Pelaksanaan Penerapan Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda, Acara Pemeriksaan Cepat, serta Penerapan Keadilan Restoratif (*Restorative Justice*).
- R Subekti, *Beberapa Pemikiran Mengenai Sistem Hukum Nasional Yang Akan Datang*, Makalah Seminar Hukum Nasional IV, tahun 1979.
- Satjipto Rahardjo, *Mengejar Keteraturan Menemukan Ketidakteraturan (Teaching Order Finding Disorder)*, Pidato mengakhiri masa jabatan sebagai guru besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 15 Desember 2000.
- Setio Utomo, *Sistem Pidana Dalam Hukum Pidana yang Berbasis Restorative Justice*, Makalah, 2012.

Stefanie Tränkle, *The Tension between Judicial Control and Autonomy in Victim-Offender Mediation a Microsociological Study of a Paradoxical Procedure Based on Examples of the Mediation Process in Germany and France*, http://www.iuscrim.mpg.de/orsch/krim/traenkle_e.html.

Sunaryati Hartono, *Menentukan Politik Hukum Ekonomi Bagi Indonesia Dalam Kurun Waktu Tahun 2004- 2009* dalam Laporan Forum dialog Nasional Hukum dan Non Hukum, 7-9 September 2004, BPHN, Jakarta, 2004.

Tom R. Tyler, *Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking*, *Journal of Social Issues*, Volume 62 Nomor 2, 2006.

Yunan Hilmy, *Penegakan Hukum Melalui Pendekatan Restorative Justice*, Makalah disampaikan Dalam Rakernis Fungsi Reserse Narkoba Jajaran Polda Kalsel, di Banjarmasin, 11 April 2012

