

Menurut Luypen, apa yang disebut tata hukum belum tentu disebut hukum. Sebab bisa terjadi, terdapat tata hukum yang tidak mewajibkan, yakni kalau tata hukum itu menurut norma-norma keadilan. Hanya hukum yang menurut norma-norma keadilan sajalah yang sungguh-sungguh mewajibkan. Maka masalah besar para penganut positivisme yuridis yang menganggap hukum hanya sekedar “kenyataan legal” belaka. Mereka telah melalaikan sesuatu yang hakiki dalam hukum, yakni keinsyafan keadilan yang hidup dalam hati manusia. Luypen menuntut supaya norma-norma keadilan diindahkkan dalam pembentukan hukum. Bila tidak, maka hukum yang sebenarnya tidak ada.

Keadilan dalam konsepsi Luypen lebih sebagai sebuah sikap, yaitu sikap keadilan. Karena itu ia merumuskan keadilan sebagai sikap memperhatikan tugas dan kewajiban untuk mempertahankan dan memperkembangkan perikemanusiaan. Tanpa sikap ini, hidup bersama antar manusia tidak mungkin terbangun dengan baik. Apa yang memajukan perikemanusiaan adalah adil, dan apa yang menentangnya adalah tidak adil. Namun harus diingat, isi perikemanusiaan itu sendiri tidak pernah dapat ditetapkan sebagai sesuatu yang kekal. Sebab kebenaran tentang hidup bersama dalam ko-ekseistensi tidak pernah lengkap, tetapi berkembang dalam sejarah. Maka tidak terdapat norma-norma hukum alam yang tetap. Bagi Luypen, yang

penting adalah adanya sikap keadilan. Hanya dengan adanya sikap keadilan dalam hidup bersama, maka dimungkinkan tercapainya perikemanusiaan.³

Hukum ada tidak semata-mata untuk dirinya sendiri, tetapi untuk tujuan dan makna sosial yang melampaui logika hukum. Sekalipun dalam negara hukum, tetapi tidak semuanya secara total harus dilakukan dengan dan melalui hukum. Menyerahkan dinamika dan proses dalam masyarakat sepenuhnya kepada hukum bisa berakibat fatal. Proses-proses produktif dalam masyarakat, termasuk keadilan, bisa macet atau setidak-tidaknya terganggu.⁴

Dewasa ini banyak kasus-kasus kecil yang harus berujung di pengadilan, sebagai contoh kasus mbok Minah (Banyumas. Pencurian buah coklat/kakao), kasus Basar dan Kholil (Kediri, pencurian satu buah semangka), kasus Manisih bersama kedua anaknya (Batang, kasus pencurian kapuk/buah randu), kasus Misbachul Munir dan tetangganya Budi Hermawan (Magelang, yang ditahan karena merapikan dan memotong 2 batang pohon bambu), kasus AAL (Palu, kasus pencurian sandal jipit), kasus kakek Ngatmanu (Lumajang, mencuri kedelai 2 Kg), kasus nenek Asyani (Situbondo, dituduh mencuri 7 batang kayu jati) dan kasus-kasus serupa lainnya, di mana kasus-kasus tersebut oleh aparat penegak hukum diangkat menjadi suatu kasus yang diproses hingga persidangan dengan alasan perbuatan tersangka/terdakwa telah memenuhi unsur-unsur tindak pidana (hukum positif).

³ Bernard L. Tanya, et al, 2010, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, hal. 193.

⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, 2009, Genta Publishing, Yogyakarta, hal. 51.

Lembaga peradilan sebagai lembaga penegakan hukum dalam sistem peradilan pidana “*Criminal justice system*” merupakan suatu tumpuan harapan dari para pencari keadilan yang selalu menghendaki peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan. Keadilan yang hakiki merupakan suatu syarat yang utama untuk mempertahankan kelangsungan hidup suatu masyarakat, dalam hal hakim mempunyai suatu peranan penting dalam penegakan hukum pidana untuk tercapainya suatu kadilan yang diharapkan dan dicita-citakan.⁵

Konsep yang sudah berjalan selama inilah yang tidak memberikan perlindungan dan penghargaan kepada kepentingan korban maupun pelaku tindak pidana. Ini merupakan sebuah mekanisme konvensional yang disandarkan pada tegaknya proses formil pidana (*criminal justice system*) tanpa melihat kenyataan yang ada di masyarakat, tanpa melihat perkembangan hukum dan rasa keadilan masyarakat, tanpa melihat kepentingan masyarakat, serta tanpa melihat kemaslahatannya yang ditimbulkan dalam masyarakat.

Sebenarnya ada dilema bagi aparat penegak hukum pada saat mengaplikasikan undang-undang yang tidak memberikan keluwesan/fleksibilitas dalam menegakkan hukum agar tujuan keadilan dapat diwujudkan.

Fenomena yang mewarnai timbulnya berbagai jenis kejahatan menimbulkan pertanyaan bagaimana mengatasinya? Mungkin di antaranya ada yang berpendapat untuk secepatnya menggunakan hukum pidana. Terhadap pandangan yang demikian perlu diingatkan bahwa mendayagunakan

⁵ Yesmil Anwar dan Adang, 2009, *Sistem Peradilan Pidana*, Widya Padjadjaran, Bandung, hal. 218.

hukum ini harus dipertimbangkan masak-masak, karena kita harus memandang hukum pidana itu sebagai hukum yang berfungsi subsidier, sebagaimana beberapa kali dikemukakan, hukum pidana hendaknya baru digunakan apabila upaya-upaya lain diperkirakan kurang mencapai hasil yang diharapkan atau malahan tidak sesuai.⁶

Proses formal pidana yang makan waktu lama dan biaya yang tidak sedikit serta tidak memberikan kepastian dan keadilan bagi pelaku tindak pidana maupun korban, tentu tidak serta merta memenuhi maupun memulihkan hubungan yang baik antara korban dan pelaku tindak pidana dalam masyarakat. Konsep mediasi penal menawarkan proses pemulihan yang melibatkan pelaku dan korban secara langsung dalam penyelesaian masalahnya. Proses pidana konvensional hanya menjadikan korban pada saatnya nanti sebagai saksi dalam tingkat proses hukum yang tidak banyak mempengaruhi putusan pembedaan.

Dalam proses pemeriksaan perkara pidana seolah-olah ia “tidak dimanusiakan”; ia hanya merupakan saksi (biasanya saksi pertama) yang hanya penting untuk memberi keterangan tentang apa yang dilakukan oleh sipembuat guna dijadikan alat bukti tentang kesalahan sipembuat ini. Dalam proses selanjutnya ia tidak diperhitungkan lagi; pada pembacaan keputusan tentang pidana yang dijatuhkan – apabila dinyatakan bersalah – ia tidak hadir, karena memang tidak diperlukan kehadirannya.⁷

⁶ Sudarto, 1983, *Hukum Pidana Dan Perkembangan Masyarakat, kajian terhadap pembaharuan hukum pidana*, Sinar Baru, Bandung, hal. 40.

⁷ Sudarto, 1981, *Hukum Dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, hal. 185.

Sejalan dengan perkembangan hukum di masyarakat, maka aparat penegak hukum harus berani mengambil langkah untuk menyelesaikan perkara pidana dengan jalan musyawarah kekeluargaan antara pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya di luar proses hukum (peradilan) dengan jalan mediasi penal, dan tidak harus setiap perkara pidana berakhir di persidangan dengan pemidanaan. Ini berarti ada penyelesaian perdamaian perkara pidana di luar pengadilan dengan jalan mediasi di antara para pihak, yaitu pihak pelaku tindak pidana dan pihak korban atau keluarganya agar perkara/kasus tersebut tidak perlu dilakukan dengan proses hukum yang berujung di pengadilan dengan putusan pemidanaan.

Dalam praktik sehari-hari pada tingkat penyidikan kepolisian tidak jarang terbentur pada tata acara pidana formil apabila hendak mengesampingkan sebuah perkara pidana, diskresi yang dimiliki oleh polisi sebagaimana dalam Surat Kapolri No Pol: B/3022/XII/2009/SDEOPS tanggal 14 Desember 2009 tentang Penanganan Kasus Melalui *Alternatif Dispute Resolution* (ADR) serta Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2008 Tentang Pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Tugas Polri, hanya pada perkara-perkara tertentu atau perkara-perkara kecil yang telah disepakati perdamaian antara pihak korban dan pelaku tindak pidana dan tidak melingkupi kewenangannya untuk menilai sebuah perkara untuk terus dilanjutkan atau dihentikan, takarannya hanya terbatas pada bukti tindak pidana yang cukup. Polisi hanya berpedoman pada bukti awal, yaitu apabila ada bukti telah terjadi sebuah tindak pidana, maka

polisi akan terus melanjutkan perkara tersebut, meskipun telah ada perdamaian (ganti rugi kepada pihak korban atau keluarganya), karena perdamaian/ganti rugi tersebut sementara ini oleh aparat penegak hukum masih “dianggap” dalam ruang lingkup perkara perdata yang tidak menghapuskan pidana, yang pada gilirannya hal tersebut hanya untuk meringankan tuntutan oleh Jaksa Penuntut Umum dan meringankan putusan oleh hakim/pengadilan.

Dalam Rencana aksi 100 hari penjabaran program prioritas Kapolri Jendra Polisi Drs. H.M. Tito Karnavian, M.A, Ph.D., pada angka Romawi IX Penegakan Hukum Yang Lebih Profesional dan Berkeadilan, bagian 7 menyebutkan: *Menyelesaikan perkara-perkara yang mudah dan ringan melalui pendekatan restoratif justice*. Oleh karena itu, jajaran kepolisian dengan adanya program prioritas Kapolri tersebut, diharapkan ke depan pihak penyidik dalam menangani setiap perkara pidana yang mudah dan ringan harus mengedepankan pendekatan *restorative justice*. Hal mana sesuai dengan keinginan dan perkembangan hukum di masyarakat yang mengharapkan adanya penyelesaian perkara di luar proses hukum formal dengan mengedepankan jalan musyawarah mufakat melalui mediasi penal yang berdasarkan pada nilai-nilai keadilan Pancasila.

Alternatif penyelesaian perkara pidana melalui ADR (*Alternatif Dispute Resolution*), telah bersinergi dengan berbagai perkembangan pemikiran tentang tujuan pemidanaan dalam sistem peradilan pidana. Sebagaimana diketahui bersama, bahwa dewasa ini telah berkembang pemikiran mengenai tujuan pidana dan pemidanaan adalah menyelesaikan konflik, pembebasan

rasa bersalah dari pelaku tindak pidana, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat.

Tujuan pidana dan tujuan hukum pidana adalah dua hal yang berbeda. Kendati demikian, tujuan pidana tidak terlepas dari aliran dalam hukum pidana. Jika aliran-aliran dalam hukum pidana yang mendasari tujuan pidana terdiri dari aliran klasik, aliran moderen dan aliran neo-klasik, maka tujuan pidana secara garis besar juga terbagi menjadi tiga, yakni teori absolut, teori relatif dan teori gabungan. Akan tetapi dalam perkembangannya selain ketiga teori tersebut ada juga teori-teori kontemporer tentang tujuan pidana.⁸

Secara tradisional teori-teori pembedaan pada umumnya dapat dibagi dalam dua kelompok teori, yaitu:⁹

1. Teori absolut atau teori pembalasan (*retributive/vergelding theorieen*).

Menurut teori ini pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*). Pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi dasar pembenaran dari pidana terletak pada adanya atau terjadinya kejahatan itu sendiri.

2. Teori relatif atau teori tujuan (*utilitarian/doeltheorieen*).

Menurut teori ini pembedaan bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat.

⁸ Eddy O.S. Hiarij, 2014, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hal. 31.

⁹ Muladi dan Barda Nawawi, 1984, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, hal. 10.

Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itu teori inipun sering juga disebut teori tujuan (*Utilitarian theory*).

Dalam perkembangannya selain teori-teori tujuan pidana secara tradisional yaitu teori absolut dan teori relatif, maka teori-teori tujuan pidana selanjutnya adalah:

3. Teori Gabungan.

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

maatschappelijke bescherming). Dengan demikian, Vos memberi bobot yang sama antara pembalasan dan perlindungan masyarakat.¹⁰

4. Teori Kontemporer.

Selain teori absolut, teori relatif dan teori gabungan sebagai tujuan pidana, dalam perkembangannya terdapat teori-teori baru yang penulis sebut sebagai teori kontemporer. Bila dikaji lebih mendalam, sesungguhnya teori-teori kontemporer ini berasal dari ketiga teori tersebut di atas dengan beberapa modifikasi. Wayne R. Lafave menyebutkan salah satu tujuan pidana adalah sebagai *deterrence effect* atau efek jera agar pelaku kejahatan tidak lagi mengulangi perbuatannya. Demikian juga pidana bertujuan sebagai edukasi kepada masyarakat mengenai mana perbuatan yang baik dan mana perbuatan yang buruk. Tujuan pidana sebagai *deterrence effect* pada hakikatnya sama dengan teori relatif terkait prevensi khusus.¹¹

Masih menurut Lavafe, tujuan pidana yang lain adalah rehabilitasi. Artinya, pelaku kejahatan harus diperbaiki ke arah yang lebih baik, agar ketika kembali ke masyarakat ia dapat diterima oleh komunitasnya dan tidak lagi mengulangi perbuatan jahat. Pidana juga bertujuan sebagai pengendalian sosial. Artinya, pelaku kejahatan diisolasi agar tindakan berbahaya yang dilakukan tidak merugikan masyarakat. Tegasnya, masyarakat harus dilindungi dari tindakan jahat pelaku. Pidana bertujuan untuk memulihkan keadilan yang dikenal dengan istilah *restorative*

¹⁰ Eddy. O.S. Hiariej, *Op.Cit.*, hal. 34.

¹¹ *Ibid*, hal. 35.

justice atau keadilan restoratif. *Restorative justice* dipahami sebagai bentuk pendekatan penyelesaian perkara menurut hukum pidana dengan melibatkan pelaku kejahatan, korban, keluarga korban atau pelaku dan pihak lain yang terkait untuk mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pada pemulihan kembali pada keadaan semula dan bukan pembalasan.¹²

Mengenai tujuan pidana untuk pencegahan, bisa dibedakan antara istilah prevensi spesial dan prevensi general atau sering juga digunakan istilah “*special deterence*” dan “*general deterence*”.¹³

Dengan prevensi spesial dimaksudkan pengaruh pidana terhadap terpidana. Jadi pencegahan kejahatan itu ingin dicapai oleh pidana dengan mempengaruhi tingkah laku si terpidana untuk tidak melakukan tindak pidana lagi. Ini berarti pidana bertujuan agar si terpidana itu berubah menjadi orang yang lebih baik dan berguna bagi masyarakat. Teori tujuan pidana serupa ini dikenal dengan sebutan *Reformation* atau *Rehabilitation Theory*.

Dengan prevensi general dimaksudkan pengaruh pidana terhadap masyarakat pada umumnya. Artinya pencegahan kejahatan itu ingin dicapai oleh pidana dengan mempengaruhi tingkah laku anggota masyarakat pada umumnya untuk tidak melakukan tindak pidana.

¹² *Ibid*, hal. 35-36.

¹³ Muladi dan Barda Nawawi, *op.cit.*, hal. 17.

Dalam pembaruan hukum pidana di Indonesia, perkembangan pemikiran yang menyangkut dari tujuan pemidanaan telah dimuat dalam Rancangan KUHP tahun 2015 pada Pasal 55

(1) Pemidanaan bertujuan:

- a. mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
- b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
- c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
- d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana;

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

Selain daripada itu dalam pembaruan hukum pidana yang bertalian dengan ADR (*Alternatif Dispute Resolution*), juga telah termuat dalam Rancangan KUHP tahun 2015 pada Pasal 152:¹⁴

Kewenangan penuntutan gugur, jika:

- a. telah ada putusan yang memperoleh kekuatan hukum tetap;
- b. terdakwa meninggal dunia;
- c. daluwarsa;
- d. **telah ada penyelesaian di luar proses;**
- e. maksimum pidana denda dibayar dengan sukarela bagi tindak pidana yang dilakukan hanya diancam dengan pidana denda paling banyak kategori II;

¹⁴ Rancangan KUHP 2015.

- f. maksimum pidana denda dibayar dengan sukarela bagi tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak kategori III;
- g. Presiden memberi amnesti atau abolisi;
- h. penuntutan dihentikan karena penuntutan diserahkan kepada negara lain berdasarkan perjanjian;
- i. tidak adanya pengaduan atau pengadunya ditarik kembali untuk tindak pidana pengaduan; atau
- j. ada pengenaan asas oportunitas oleh Jaksa Agung.

Hal senada juga terdapat dalam Rancangan KUHAP. Penyelesaian diluar pengadilan tercantum di dalam Pasal 42 ayat (2) dan ayat (3). Pasal 42 ayat (2) menyebutkan: Penuntut umum juga berwenang demi kepentingan umum dan/atau dengan alasan tertentu menghentikan penuntutan baik dengan syarat maupun tanpa syarat. Pasal 42 ayat (3) menyebut syarat-syarat itu sbb:¹⁵

- a. tindak pidana yang dilakukan bersifat ringan;
- b. tindak pidana yang dilakukan diancam dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun;
- c. tindak pidana yang dilakukan hanya diancam dengan pidana denda;
- d. umur tersangka pada waktu melakukan tindak pidana di atas 70 (tujuh puluh) tahun; dan/atau
- e. kerugian sudah diganti.

¹⁵ Rancangan KUHAP tahun 2015.

Memperhatikan dari tujuan pemidanaan sebagaimana teori-teori pemidanaan dan apa yang termuat dalam Pasal 55 Rancangan KUHP; dan mengenai kewenangan penuntutan gugur jika ada penyelesaian di luar proses, sebagaimana diatur dalam Pasal 152 huruf (d) Rancangan KUHP; serta Pasal 42 ayat (2) dan ayat (3) Rancangan KUHAP, maka dapat diambil suatu pemahaman bahwa penyusun Rancangan KUHP dan Rancangan KUHAP tersebut telah dapat mengakomodir eksistensi hukum yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat Indonesia, baik yang bersumber dari adat istiadat maupun dari berbagai agama yang ada di Indonesia, oleh karena itu di dalam Rancangan KUHP dan Rancangan KUHAP yang akan datang perlu didorong pendekatan penanganan tindak pidana yang lebih humanis yang berakar pada nilai-nilai budaya kearifan lokal bangsa Indonesia yang lebih menekankan dan mendahulukan pendekatan mediasi penal dibandingkan teoritik yang formal legalistik. Pemikiran tersebut di atas sebagai kerangka teoritik, juga kearifan lokal dalam hukum adat dan hukum agama di Indonesia yang berlandaskan alam pikiran kosmis, komunal, magis dan religius yang sudah lama mengenal lembaga mediasi penal, yaitu musyawarah untuk mufakat yang berbasis pada nilai keadilan sesuai dengan nilai-nilai luhur Pancasila.

Mediasi pidana (mediasi penal-pen) yang telah dilakukan penyaringan dengan nilai-nilai Pancasila tersebut menjadikan ide dalam pembaharuan hukum pidana baik pidana materiil maupun hukum pidana formil. Pembaharuan hukum pidana harus dilakukan secara bersama-sama antara

hukum pidana materiil (hukum pidana substantif), hukum pidana formil (hukum acara pidana) dan hukum pelaksanaan pidana (*stafvollstreckungsgesetz*).¹⁶

Sebenarnya pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh harus meliputi pembaharuan hukum pidana materiil (*substantif*), hukum pidana formil dan hukum pelaksanaan pidana. Apabila pembaharuan tidak serempak, maka akan terjadi kesulitan dalam pelaksanaannya.¹⁷

Berdasarkan hal tersebut, sudah seharusnya bangsa Indonesia ke depan perlu melakukan konstruksi sistem hukum pidana dengan menciptakan “karya agung” berupa KUHAP, KUHP dan Hukum Pelaksanaan Pidana yang dipakai sebagai dasar dalam setiap penanganan perkara pidana harus lebih mencerminkan rasa keadilan, baik bagi korban maupun pelaku tindak pidana dan lebih luas lagi bagi masyarakat dan bukan sekedar keadilan hukum. Selain daripada itu harus menggunakan pendekatan yang humanis dengan menggali nilai-nilai budaya hukum kearifan lokal bangsa Indonesia yang lebih adil dan bijaksana serta harus didorong dan diutamakan ketimbang suatu pendekatan formal legalistik yang kaku dan tidak menciptakan rasa keadilan dalam masyarakat.

Dengan bertitik tolak dari pola-pola atau praktik-praktik penyelesaian perkara melalui perdamaian, atau melalui proses musyawarah secara kekeluargaan yang terjadi di masyarakat, maka sudah seyogyanya pola-pola penyelesaian perkara yang dapat memberikan rasa keadilan bagi pihak korban

¹⁶ Muladi, 1992, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, hal. 4.

¹⁷ Sudarto, *op.cit.*, hal. 107.

tindak pidana dan pelaku tindak pidana, dapat diakomodasi di dalam kebijakan perundang-undangan. Pembaharuan hukum dan sistem peradilan pidana yang bersandar pada nilai-nilai sosial budaya masyarakat Indonesia, dan dengan demikian merefleksikan nilai-nilai falsafah hidup Pancasila dan perkembangan global yang merefleksikan penghormatan pada nilai-nilai kearifan lokal (*local wisdom*), merupakan suatu keniscayaan.¹⁸

Berdasar uraian di atas, maka cukuplah alasan bagi penulis untuk menyusun disertasi dengan judul : **Konstruksi Mediasi Penal Dalam Penegakan Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan Pancasila.**

Di negara Republik Indonesia sebagai negara hukum yang berdasarkan Pancasila dan Undang Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945, keadilan, kebenaran, kepastian hukum, dan ketertiban penyelenggaraan sistem hukum merupakan hal-hal pokok untuk menjamin kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

Kemerdekaan bangsa Indonesia yang diproklamasikan pada tanggal 17 Agustus 1945 tidak dapat dilepaskan dari cita-cita pembaharuan hukum. Di dalam pernyataan kemerdekaan bangsa Indonesia itu sekaligus juga terkandung di dalamnya pernyataan untuk merdeka dan bebas dari ikatan belenggu penjajahan hukum kolonial. Ditegaskan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 bahwa pernyataan kemerdekaan bangsa Indonesia, di samping merupakan rahmat Allah Yang Maha Kuasa juga didorong oleh

¹⁸ Natangsa Surbakti, 2015, *Peradilan Restoratif Dalam Bingkai Empiris, Teori Dan Kebijakan*, Genta Publishing, Yogyakarta, hal. 210.

keinginan luhur bangsa Indonesia untuk berkehidupan kebangsaan yang bebas itu ingin dicapai dengan membentuk pemerintah negara Indonesia yang disusun dalam suatu Undang-Undang Dasar. Dengan demikian cita-cita atau keinginan luhur untuk berkehidupan kebangsaan seperti yang diamanatkan oleh Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 itu, bukan sekedar cita-cita untuk berkehidupan kebangsaan yang bebas tetapi “berkehidupan yang bebas dalam keteraturan” atau “berkehidupan yang bebas dalam suasana tertib hukum”. Ini berarti proklamasi kemerdekaan seperti terungkap dalam pembukaan UUD 1945 mengamanatkan juga usaha pembaharuan hukum di Indonesia. Usaha untuk memperbaharui kehidupan kebangsaan dalam suasana tertib hukum itu dimulai dengan disusunnya Undang-Undang Dasar Negara Indonesia.¹⁹

Usaha pembaharuan hukum di Indonesia yang sudah dimulai sejak lahirnya UUD’45 tidak dapat dilepaskan pula dari landasan dan sekaligus tujuan yang ingin dicapai seperti telah dirumuskan juga dalam Pembukaan UUD’45. Tujuan yang telah digariskan dalam Pembukaan UUD’45 itu secara singkat ialah “melindungi segenap bangsa Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila”. Inilah garis kebijakan umum yang menjadi landasan dan sekaligus tujuan politik hukum di Indonesia. Ini pulalah yang menjadi landasan dan tujuan dari setiap usaha pembaharuan

¹⁹ Barda Nawawi Arief (I), 2010, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Genta Publishing, Yogyakarta, hal. 1.

hukum, termasuk pembaharuan di bidang hukum pidana dan kebijakan penanggulangan kejahatan di Indonesia.²⁰

Masalah hukum tidak dapat dipisahkan dengan masyarakat pada suatu wilayah dan waktu tertentu. Ini berarti hukum di Indonesia-pun tidak dapat dipisahkan dari masyarakat dan wilayah Indonesia serta perjalanan sejarahnya. Berhubung dengan itu, materi hukum di Indonesia harus digali dan dibuat dari nilai-nilai yang terkandung dalam masyarakat bangsa Indonesia. Nilai-nilai itu dapat berupa kesadaran dan cita hukum (*rechtsidee*), cita moral, kemerdekaan individu dan bangsa, perikemanusiaan, keadilan sosial, perdamaian, cita politik, sifat, bentuk dan tujuan negara, kehidupan kemasyarakatan, keagamaan dan sebagainya. Dengan perkataan lain, sedapat mungkin hukum Indonesia harus bersumber dari bumi Indonesia sendiri, yaitu jiwa dan kepribadian bangsa Indonesia.²¹

Tata Hukum Indonesia adalah sama seperti Tata Hukum Pancasila oleh karena itu hukum Pancasila adalah hukum tertulis di Indonesia, hukum yang hidup di Indonesia dan hukum yang di cita-citakan oleh bangsa Indonesia, oleh karena itu hukum di Indonesia harus mencerminkan hukum yang mengakui Tuhan Yang Maha Esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, persatuan Indonesia, kerakayatan dan keadilan sosial. Oleh karena itu semua permasalahan yang dihadapi oleh bangsa ini harus dapat diselesaikan oleh

²⁰ *Ibid.*

²¹ <http://blog.ub.ac.id/youleyta/2012/10/24/negara-hukum-berdasarkan-pancasila/>

Hukum Pancasila. Terdapat dalam sistem hukum Pancasila yang sesuai dengan teori Lawrence Friedman, yaitu :²²

1. Substantif – Hukum Postive
2. Struktur – Struktur Kelembagaan
3. Budaya – Budaya hukum yang hidup di dalam masyarakat.

Kegagalan hukum dalam menangani permasalahan yang menimpa bangsa ini antara lain disebabkan karena hukum yang berlaku di negara kita tidak bersumber dari nilai-nilai yang telah berurat-berakar hidup dan berkembang dalam masyarakat Indonesia sendiri, akan tetapi justru mengadopsi hukum-hukum yang bersumber dari bangsa asing dengan nilai-nilai yang melatarbelakanginya.²³

Penerapan hukum pidana bangsa Indonesia sampai saat ini masih bersumber dari hukum bangsa Belanda yang memiliki latar belakang nilai individualistis dan leberalistik, maka hal tersebut sudah sangat tidak sesuai dengan situasi dan kondisi bangsa Indonesia yang memiliki sifat religi, kebersamaan, dan sifat musyawarah mufakat dalam setiap menyelesaikan permasalahan/perkara.

Visi dan misi rekonstruksi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Nasional telah ditegaskan di dalam Penjelasan RUU KUHP yang diarahkan kepada misi “*dekolonisasi*”, “*demokratisasi*”, “*adaptasi*” dan misi “*harmonisasi*” hukum pidana, terhadap pelbagai perkembangan hukum yang

²² <http://studihukum.wordpress.com/2009/10/14/hukum-pancasila/>

²³ Sri Endah Wahyuningsih (I), 2010, *Prinsip-Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, hal. 44-45.

terjadi baik sebagai akibat perkembangan di bidang ilmu pengetahuan hukum pidana maupun perkembangan nilai-nilai, standar serta norma yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab di dunia internasional.²⁴

Tekanan arus globalisasi hukum (internasional) juga memberikan dampak terhadap tuntutan perubahan hukum di Indonesia, produk hukum yang ada di Indonesia perlu diadakan penyesuaian-penyesuaian dengan perkembangan hukum internasional, tanpa meninggalkan baju identitas idiologi bangsa yaitu Pancasila dan Undang Undang Dasar 1945. Dalam mengadopsi hukum global bangsa Indonesia juga tidak boleh meninggalkan tradisi-tradisi lokal yang sudah mendarah daging di dalam jiwa warga masyarakat. Tradisi-tradisi lokal tersebut dapat berupa hukum yang tidak tertulis (hukum adat atau adat istiadat) maupun hukum Islam-lapangan hukum tertentu yang sudah membumi di Indonesia.²⁵

Walaupun hukum pidana positif di Indonesia saat ini bersumber/berinduk pada KUHP buatan Belanda (WvS), tetapi dalam penegakan hukum seharusnya berbeda dengan penegakan hukum pidana seperti di zaman Belanda. Hal ini wajar, karena kondisi lingkungan atau kerangka besar hukum nasional (*national legal framework*) sebagai tempat dioperasionalisasinya WvS (tempat dijalankannya mobil), sudah berubah. Menjalankan mobil (WvS) di Belanda atau di zaman penjajahan Belanda, tentunya berbeda dengan di zaman R.I. ini berarti, penegakan hukum pidana positif saat ini (terlebih KUHP warisan Belanda) tentunya harus memperhatikan juga rambu-

²⁴ Sri Endah Wahyuningsih (II), 2012, *Perbandingan Hukum Pidana Dari Perspektif Religious Law System*, UNISSULA Press, Semarang, hal. 10.

²⁵ Ali Imron, 2009, *Pertanggungjawaban Hukum*, Walisongo Press, Semarang, hal. 54.

rambu umum proses peradilan (penegakan hukum dan keadilan) dalam sistem hukum nasional. Dengan kata lain, penegakan hukum pidana positif harus berada dalam konteks ke-Indonesia-an (dalam konteks dalam sistem hukum nasional/*national legal framework*), dan bahkan dalam konteks BANGNAS dan BANGKUMNAS. Inilah baru dapat dikatakan “penegakan hukum Indonesia”. Salah satu kesimpulan Konvensi Hukum Nasional (Maret 2008) pun menyatakan: “penegakan hukum dan sikap masyarakat terhadap hukum tidak boleh mengabaikan keadaan dan dimensi waktu saat hukum itu ditetapkan/berlaku”.²⁶

Penanggulangan kejahatan melalui sarana penal lazimnya secara operasional dilakukan melalui langkah-langkah yaitu Perumusan norma-norma yang di dalamnya terkandung adanya unsur substansif, struktural dan kultural masyarakat di mana sistem hukum pidana itu diberlakukan. Sistem hukum pidana yang berhasil dirumuskan itu selanjutnya secara operasional bekerja lewat suatu sistem yang disebut Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice Sistem*).²⁷ Sistem Peradilan Pidana (terpadu) bisa berdimensi internal, namun bisa juga berdimensi eksternal. Berdimensi internal apabila perhatian ditujukan kepada keterpaduan subsistem peradilan, seperti Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Pemasyarakatan. Sedangkan dimensi eksternal

²⁶ Barda Nawawi Arief (II), *Pendekatan Keilmuan Dan Pendekatan Religius Dalam Rangka Optimalisasi Dan Reformasi Penegakan Hukum (Pidana) Di Indonesia*, Universitas Diponegoro, Semarang, hal. 19-20.

²⁷ Muladi, 1995, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Universitas Diponegoro, Semarang, hal. 8.

lebih karena kaitannya yang hampir tidak bisa dipisahkan dari sistem sosial yang lebih luas.²⁸

Sistem peradilan (atau sistem penegakan hukum untuk selanjutnya disingkat SHP) dilihat secara integral, merupakan satu kesatuan berbagai sub-sistem (komponen) yang terdiri dari komponen “substansi hukum” (*legal substance*), “struktur hukum” (*legal structure*), dan “budaya hukum” (*legal culture*). Sebagai suatu sistem penegakan hukum, proses peradilan/penegakan hukum terikat erat dengan ketiga komponen itu, yaitu norma hukum/peraturan perundangan-undangan (komponen substantif/normatif), lembaga/struktur/lembaga penegak hukum (komponen struktur/institusional beserta mekanisme prosedural/administrasinya), dan nilai-nilai budaya hukum (komponen kultural). Yang dimaksud dengan nilai-nilai “budaya hukum” (*legal culture*) dalam konteks penegakan hukum tentunya lebih berfokus pada nilai-nilai filosofis hukum, nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dan kesadaran/sikap perilaku hukum/perilaku sosialnya, dan pendidikan/ilmu hukum.²⁹

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa sistem peradilan pidana/penegakan hukum pada hakikatnya merupakan kesatuan sistem substansial, sistem struktural, dan sistem kultural. Dalam *Encyclopedia of Crime and Justice*, Vo.2, Editor Sanford H Kadish dinyatakan bahwa *Criminal Justice System* (CJS) atau Sistem Peradilan Pidana (SPP) dapat dilihat dari tiga

²⁸ Muladi, 2002, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia dan Reformasi Hukum di Indonesia*, The Habibie Center, Jakarta, hal. 34.

²⁹ Barda Nawawi Arief, 2011 (III), *Reformasi Sistem Peradilan Pidana (Sistem Penegakan Hukum) DI Indonesia*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, hal. 3-4.

aspek yang integral, yaitu sebagai sistem normatif (*normative system*), sebagai sistem administratif (*administrative system*), dan sebagai sistem sosial (*social system*).³⁰

Adapun Sistem Peradilan Pidana di Indonesia menganut konsep bahwa perkara pidana itu merupakan persengketaan/perselisihan antara manusia individu dengan manusia yang banyak (masyarakat/publik), sengketa atau perselisihan itu akan diselesaikan oleh negara (pemerintah) sebagai wakil dari masyarakat publik. Sistem ini dibangun dengan satu doktrin bahwa pemerintah (negara) senantiasa akan berbuat baik kepada warganegaranya dengan jalan menghargai, melindungi dan memenuhi hak-hak asasi setiap warganya. Doktrin ini semakin jelas kelihatan ketika negara menegaskan hal itu dalam konstitusi dan Undang-Undang serta peraturan pelaksanaannya.³¹

Reformasi hukum dan keadilan merupakan dua kata yang sangat menonjol dalam penampilan Muladi sewaktu menjadi Menteri Kehakiman yang baru. Kedua masalah ini memang bukan masalah baru, namun dalam situasi krisis seperti saat ini, penonjolan/penekanan kedua masalah itu dirasakan sebagai suatu kebutuhan dan tuntutan yang sangat mendesak. Oleh karena itu, pernyataan Muladi waktu itu yang menegaskan bahwa “pengadilan bukan tempat mencari uang, tetapi tempat mencari keadilan” benar-benar dirasakan sebagai pernyataan yang berorientasi pada kebutuhan/harapan masyarakat luas

³⁰ *Ibid.*, hal. 5.

³¹ Luhut M.P. Pangaribuan, 2006, *Hukum Acara Pidana Surat-Surat Resmi di Pengadilan oleh Advokat Praperadilan, Eksepsi, Pledoi, Duplik, Memori Banding, Kasasi, Peninjauan Kembali*, Djambatan, Jakarta, hal. 1.

dan sarat dengan muatan interitas nilai/moral yang didambakan oleh masyarakat.³²

Reformasi hukum tidak hanya berarti pembaruan undang-undang atau substansi hukum (*legal substance reform*), tetapi juga pembaruan struktur hukum (*legal structure reform*), dan pembaruan budaya hukum (*legal culture reform*) yang termasuk di dalamnya juga pembaruan etika hukum dan ilmu/pendidikan hukum (*legal ethic and legal science/education reform*). Bahkan dalam situasi krisis saat ini yang terpenting justru pembaruan aspek immateriil dari hukum, yaitu pembaruan budaya hukum, etika/moral hukum dan ilmu/pendidikan hukum. Immateriil dari pembaruan hukum inilah yang seyogyanya lebih diutamakan apabila sasaran utamanya adalah penegakan keadilan. Terlebih hakikat pembaruan/pembangunan hukum bukan terletak pada aspek formal dan lahiriah (seperti terbentuknya UU baru, struktur kelembagaan dan mekanisme/prosedur baru, bertambahnya bangunan dan sarana/prasarana lainnya yang serba baru), melainkan justru terletak pada aspek immateriil ini, yaitu membangun budaya dan nilai-nilai kejiwaan dari hukum.³³

“Reformasi” sering diartikan secara singkat sebagai “pembaharuan”. Namun apabila direnungi maknanya yang lebih dalam, reformasi bukan sekedar melakukan pembaharuan/perubahan, tetapi mengandung makna “peningkatan kualitas yang lebih baik”, karena “*to reform*” mengandung makna “*to make better*”, “*become better*”, “*change for the better*”, atau

³² Barda Nawawi Arief (IV), 2010, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana, Jakarta, hal. 3.

³³ *Ibid.*, hal. 6.

“*return to a former good state*”. Dengan demikian, “reformasi sistem peradilan” mengandung makna “pembaharuan sistem peradilan menuju kualitas yang lebih baik” atau secara singkat “peningkatan kualitas sistem peradilan”.

Adapun upaya atau bentuk/wujud dari reformasi/pembaharuan menuju kualitas yang lebih baik itu bisa bermacam-macam, antara lain dengan melakukan reorientasi (penyesuaian/peninjauan kembali), re-evaluasi (evaluasi/penilaian kembali), reformulasi (perumusan kembali), restrukturisasi (“penataan kembali”), rekonstruksi (“pembangunan kembali”).³⁴

Dalam rangka pembaharuan sistem peradilan pidana di Indonesia perubahan orientasi sistem peradilan pidana dari yang selama ini berfokus pada perbuatan yang dilarang dan pelaku tindak pidana (*crime, and offender oriented*), beralih pada orientasi perbuatan, tersangka dan korban (*crime, offender and victim oriented*) merupakan suatu keniscayaan. Dalam kaitan ini, praktik pemberian maaf dalam penyelesaian perkara-perkara pidana, pada dasarnya telah terdapat di dalam berbagai khasanah budaya berbagai masyarakat tradisional. Penggunaan pemberian maaf yang merupakan inti dari peradilan restoratif, kendatipun lebih banyak berlangsung dalam mekanisme di luar proses peradilan negara, namun sedikit banyak memberi pengaruh pada proses peradilan pidana dalam penyelesaian kasus-kasus pidana tertentu. Dengan demikian, kajian terhadap praktik peradilan pidana yang mengakomodasikan pemberian maaf sebagai sendi utama peradilan restoratif

³⁴ Barda Nawawi Arief (III), *op.cit.*, hal. 10.

yang bersumber pada nilai-nilai sosial budaya dan aspirasi hukum yang hidup di masyarakat merupakan suatu keniscayaan. Keniscayaan ini, dengan merujuk pada pendapat Barda Nawawi Arief, disebabkan sistem hukum nasional di samping hendaknya dapat menunjang pembangunan nasional dan kebutuhan pergaulan internasional, namun juga harus bersumber dan tidak mengabaikan nilai-nilai dan aspirasi hukum yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat. Nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat itu dapat bersumber atau digali dari nilai-nilai hukum adat dan nilai-nilai hukum agama.³⁵

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

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

Dengan demikian, upaya penanggulangan kejahatan secara garis besar dapat dibagi dua, yaitu lewat jalur “*penal*” (hukum pidana) dan lewat jalur “*nonpenal*” (bukan/diluar hukum pidana). Dalam pembagian G.P. Hoefnagels

³⁵ Natangga Surbakti, 2011, *Kebijakan Formulasi Pemberian Maaf Dalam Kebijakan Legislasi Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, hal. 9.

di atas, upaya-upaya yang disebut dalam butir (b) dan (c) dapat dimasukkan dalam kelompok upaya “nonpenal”.³⁶

Dewasa ini seiring dengan berjalannya waktu, perubahan dan dinamika perkembangan masyarakat yang sangat kompleks di satu sisi sedangkan di sisi lainnya terhadap regulasi pembuatan peraturan perundang-undangan sebagai kebijakan legislasi yang bersifat parsial ternyata sifat publik dari hukum pidana bergeser sifatnya karena relatif juga memasuki ranah privat yang dikenal dan telah dipraktikan meskipun masih pada perkara-perkara tertentu (perkara yang tidak besar), yaitu sebuah konsep yang perlu dikembangkan dan diberlakukan di Indonesia yang disebut dengan mediasi penal (*penal mediation*) terhadap semua perkara pidana sebagai sebuah bentuk alternatif penyelesaian perkara pidana di luar proses peradilan.

Mediasi penal merupakan alternatif penyelesaian perkara pidana yang dilakukan di luar jalur prosedural hukum positif yang berlaku sekarang. Selama ini dalam setiap penyelesaian perkara pidana selalu berakhir di pengadilan biasanya selalu dengan penjatuhan pidana oleh hakim terhadap pelaku, hal ini secara filosofis-sosiologis terkadang tidak memuaskan semua pihak, oleh karena itu perlu adanya pemikiran penyelesaian perkara pidana melalui jalur ADR (*Alternative Dispute Resolution*) yang mengedepankan pendekatan *restorative justice* dengan maksud agar konflik yang terjadi antara pelaku tindak pidana dengan korban dapat diselesaikan dengan jalan damai

³⁶ Barda Nawawi Arief (V), 2010, *Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Jakarta, hal. 41-42.

melalui mediasi penal guna mencapai keadilan yang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila.

Menurut Muladi model konsensus yang dianggap menimbulkan konflik baru harus diganti dengan model asensus, karena dialog antara yang berselisih untuk menyelesaikan masalahnya, adalah langkah yang sangat positif. Dengan konsep ini muncul istilah ADR yang dalam hal-hal tertentu lebih memenuhi tuntutan keadilan dan efisien. ADR ini merupakan bagian dari konsep *restorative justice* yang menempatkan peradilan pada posisi mediator.³⁷

Eksistensi mediasi penal dapat dikaji dari perspektif filosofis, sosiologis dan yuridis. Ditinjau dari perspektif filosofis, maka eksistensi mediasi penal mengandung asas diterapkannya solusi “menang-menang” (*win-win solution*) dan atau kemenangan bersama bukan berakhir dengan “menang-kalah” (*win-lost*) sebagaimana yang ingin dicapai oleh peradilan yaitu dengan pencapaian keadilan formal melalui proses hukum litigatif (*law enforcement process*). Dengan melalui proses mediasi penal ini, maka akan diperoleh puncak keadilan tertinggi yaitu terjadinya kesepakatan antara para pihak yang terlibat dalam perkara pidana tersebut yaitu antara pihak pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya, yang pada akhirnya bermanfaat bagi masyarakat.

Dikaji dari perspektif sosiologis maka aspek ini berorientasi pada masyarakat bangsa Indonesia yang mempunyai akar budaya kekeluargaan, mengutamakan asas musyawarah mufakat untuk menyelesaikan suatu sengketa/permasalahan dalam suatu sistem sosial. Atau dengan kata lain,

³⁷ Muladi, 1997, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, hal. 67.

aspek dan dimensi tersebut diselesaikan melalui dimensi kearifan lokal hukum adat/agama yang berdasar Pancasila.

Selanjutnya dikaji dari perspektif yuridis, maka mediasi penal berdasarkan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia (hukum positif) pada prinsipnya perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan walaupun dalam praktek banyak perkara pidana yang diselesaikan di luar pengadilan melalui berbagai diskresi aparat penegak hukum atau melalui mekanisme musyawarah mufakat/perdamaian melalui mekanisme lembaga adat antara pihak pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya.

Upaya dipertemukannya pelaku dan korban kejahatan secara langsung dalam mediasi penal dapat mengubah cara pandang hukum pidana yang selama ini dikenal statis dalam setiap menyelesaikan konflik dengan proses dan prosedur yang tetap dan formal, maka dengan mendiasi penal cara pandang hukum pidana yang formal legalistik tersebut dapat diubah ke arah hukum pidana yang humanistik. Karena di dalam mediasi penal fokus utamanya bukan pada pembalasan terhadap tindakan pelaku, akan tetapi pada upaya penyembuhan dan perdamaian yang pada gilirannya dapat mensejahterakan masyarakat. Pertemuan antara pelaku dan korban bertujuan untuk memperbaiki kerusakan atau kerugian, baik terhadap korban, lingkungan maupun masyarakat luas. Oleh karena itu dengan melalui mediasi penal akan didapat puncak keadilan yang tertinggi karena adanya kesepakatan para pihak yang terlibat dalam perkara pidana tersebut yaitu antara pihak pelaku tindak pidana dan korban. Pihak korban maupun pelaku tindak pidana

diharapkan dapat mencari dan mencapai solusi serta alternatif terbaik untuk menyelesaikan perkara tersebut dengan jalan musyawarah kekeluargaan untuk mencapai perdamaian. Implikasi dari pencapaian ini maka pihak pelaku tindak pidana dan korban dapat mengajukan kompensasi yang ditawarkan, kemudian dirundingkan dan disepakati perdamaian antar pihak korban dan pelaku tindak pidana, sehingga solusi yang dicapai bersifat solusi “menang-menang” (*win-win solution*) atau kemenangan bersama dan saling menguntungkan serta memenuhi nilai keadilan Pancasila.

Dalam bahasa arab perdamaian diistilahkan dengan “As-Shulh” , secara harfiah atau secara etimologi mengandung pengertian “memutus pertengkaran/perselisihan”. Sedangkan menurut istilah (terminologi) didefinisikan oleh para ulama adalah sebagai berikut:³⁸

1. Imam Taqiy al-Din Abi Bakr ibn Muhammad al-Husaini dalam kitab *Kifayatu al-Akhyar* yang dimaksud *al-Sulh* adalah akad yang memutuskan perselisihan dua pihak yang berselisih.
2. Hasbi Ash-Shidieqy dalam bukunya Pengantar Fiqh Muamalah berpendapat bahwa yang dimaksud dengan *Al-Shulh* adalah akad yang disepakati dua orang yang bertengkar dalam hak untuk melaksanakan sesuatu, dengan akad itu dapat hilang perselisihan”.
3. Sayyid Sabiq berpendapat bahwa yang dimaksud dengan *Al-Shulh* adalah suatu jenis akad untuk mengakhiri perlawanan antara dua orang yang berlawanan.

³⁸ <http://makalahkompli.blogspot.com/2012/12/perdamaian-al-shulh.html>

Dari pengertian di atas maka dapat dipahami bahwa yang dimaksud dengan *Al-Shulh* adalah suatu akad yang bertujuan untuk mengakhiri perselisihan atau persengketaan atau dengan kata lain adanya perdamaian (*win-win solution*).

Dalam ajaran Islam perdamaian merupakan kunci pokok menjalin hubungan antar umat manusia, sedangkan perang dan pertikaian adalah sumber mala petaka yang berdampak pada kerusakan sosial. Agama mulia ini sangat memperhatikan keselamatan dan perdamaian, juga menyerukan kepada umat manusia agar selalu hidup rukun dan damai.

Islam sangat menekankan perdamaian (*islah*) dalam kehidupan sosial di tengah masyarakat, keadilan harus diterapkan bagi siapa saja walau dengan musuh sekalipun. Karena dengan ditegakkannya keadilan, maka tidak ada seorangpun yang merasa dikecewakan dan didiskriminasikan sehingga dapat meredam rasa permusuhan, dengan demikian konflik tidak akan terjadi. Firman Allah dalam Al-Qur'an yang menekankan untuk adanya perdamaian (*Islah*), antara lain terdapat dalam surat:

An-Nisa: 114

Artinya: Tidak ada kebaikan pada kebanyakan bisikan-bisikan mereka, kecuali bisikan-bisikan dari orang yang menyuruh (manusia) memberi sedekah, atau berbuat ma'ruf, atau mengadakan perdamaian di antara manusia.

Al- Hujarat: 9

Artinya: Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaiakan antara keduanya.

Al-Hujarat: 10

Artinya: Orang-orang mukmin itu saudara, sebab itu perdamaikanlah antara dua orang saudaramu.

Al- Baqarah: 224

Artinya: Janganlah kamu jadikan Allah sasaran bagi sumpahmu untuk (menghalangi) kamu berbuat baik dan bertakwa dan memperdamaiakan antara manusia.

Untuk menegakkan kebenaran dan keadilan, Allah berfirman dalam Al-Qur'an surat Al-Mâidah (QS.5) ayat 8:

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

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

bahkan dapat dikatakan bahwa dalam Islam, pihak korban sebagai penentu utama pencapaian perdamaian dalam hal pidana.³⁹

Gugurnya hukuman dalam hukum pidana Islam di antaranya dikarenakan adanya pengampunan dan perdamaian (*shulh*). Menurut mazhab Syafi'i dan mazhab Hanafi perdamaian mempunyai pengertian ganda, yaitu pengampunan dari tindak pidana saja, atau pengampunan dari tindak pidana dan diganti dengan diat. Kedua pengertian tersebut merupakan pembebasan hukuman dari pihak korban tanpa menunggu persetujuan dari pihak pelaku.⁴⁰ Adapun yang berhak memberikan pengampunan adalah korban itu sendiri apabila ia telah baligh dan berakal. Apabila ia belum baligh dan akalnya tidak sehat, menurut mazhab Syafi'i dan mazhab Hambali hak itu dimiliki oleh walinya. Di dalam perdamaian (*shulh*) baik korban atau walinya ataupun washinya (pemegang wasiat) diperbolehkan untuk mengadakan perdamaian dalam hal penggantian hukuman dengan imbalan pengganti sama dengan diat atau lebih besar dari diat.⁴¹

Pengampunan yang diberikannya berpengaruh bagi si pelaku kejahatan dan oleh karena itu si korban bisa memaafkan pelaku yang dikenai hukuman kisas dan menggantinya dengan hukuman diat atau bahkan bisa membebaskan dari hukuman diat. Dasar adanya hak memberikan pengampunan bagi korban atau walinya kepada pelaku kejahatan kisas/diat ialah:⁴²

³⁹ Mahrus Ali dan Syarif Nurhidayat, 2011, *Penyelesaian Pelanggaran HAM Barat In Court System & Out Court System*, Gratama Publishing, Jakarta, hal. 280.

⁴⁰ Abdul al-qadir, *At-Tasyri Al-Jinaiy Al-Islamy*, jus II, Dar Al-kitab Al-A'rabi, Beirut, hal. 258, dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. 195.

⁴¹ Ahmad Wardi Muslich, 2005, *Hukum Pidana Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, hal. 195.

⁴² Sri Endah Wahyuningsih II, *op.cit.*, hal. 153-154.

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

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

Lebih lanjut Sri Endah Wahyuningsih menyatakan:⁴³ Keutamaan memaafkan ini dasarnya adalah Al-Qur'an surat Asy-Syuura (QS.42) ayat 40:

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

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

Dari gambaran di atas, maka pentingnya penelitian ini adalah untuk menegakkan hukum dan keadilan, tidak semua perkara pidana harus berakhir di pengadilan (dengan hukuman), kerana penyelesaian perkara dengan putusan pengadilan (hakim) hanya memenuhi asas kepastian hukum, dan tidak memenuhi asas keadilan maupun asas manfaat bagi para pihak, baik pihak pelaku tindak pidana maupun korban atau lebih luas lagi bagi masyarakat, selain daripada itu proses formal akan memakan waktu yang cukup lama dan

⁴³ *Ibid.*, hal. 157.

biaya yang tidak sedikit serta akan menimbulkan masalah semakin banyak dan menumpuknya perkara yang masuk ke lembaga peradilan (*“the problems of court case overload”*) yang tidak selesai-selesai, sehingga hal tersebut menjadikan tidak terpenuhinya asas peradilan yang cepat, biaya ringan dan sederhana. Belum lagi masalah jumlah tahanan dan narapidana di Rutan dan Lapas akan semakin banyak dan bertambah serta menjadikan *over capacity* yang akan menimbulkan permasalahan baru.

Proses hukum dengan melalui mediasi penal, selain memberikan rasa keadilan bagi para pihak, baik pelaku kejahatan atau korban, juga akan dapat mengurangi beban sosial-ekonomis negara dan energi para penegak hukum dalam memberikan keadilan bagi masyarakat. Oleh karena itu penyelesaian perkara pidana melalui mediasi penal dewasa ini merupakan penyelesaian perkara yang mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dan berkembang dalam masyarakat dan sesuai dengan nilai-nilai luhur Pancasila, sehingga cara penyelesaian dengan jalan mediasi penal tersebut harus dapat menjadi bagian dari reformasi sistem peradilan pidana di Indonesia yang progresif yang berlandaskan pada nilai-nilai hukum bangsa Indoneisa, karena penyelesaian perkara pidana melalui mediasi penal dapat memenuhi asas keadilan, asas kepastian hukum dan asas manfaat, baik bagi pelaku tindak pidana maupun korban atau keluarganya dan bahkan masyarakat secara umum.

B. Rumusan Masalah

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

1. Bagaimana pelaksanaan mediasi penal dalam penegakan hukum pidana saat ini?
2. Bagaimana kelemahan pelaksanaan mediasi penal dalam penegakan hukum pidana saat ini?
3. Bagaimana konstruksi mediasi penal dalam penegakan hukum pidana yang berbasis nilai keadilan Pancasila?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah:

1. Ingin mengetahui dan mendapatkan gambaran yang jelas tentang pelaksanaan mediasi penal dalam penegakan hukum pidana saat ini.
2. Ingin mengetahui dan mendapatkan gambaran yang jelas tentang kelemahan pelaksanaan mediasi penal dalam penegakan hukum pidana saat ini.
3. Ingin mengetahui dan mendapatkan gambaran yang jelas tentang konstruksi mediasi penal dalam penegakan hukum pidana yang berbasis nilai keadilan Pancasila.

D. Kegunaan Penelitian

Adapun kegunaan atau manfaat yang diharapkan dari penelitian ini adalah:

1. Teoritis

Dengan adanya penelitian ini, maka:

Dapat membangun teori baru hukum pidana tentang mediasi penal dalam konstruksi sistem hukum pidana di Indonesia.

Diharapkan dapat jadi bahan pemikiran bagi aparat penegak hukum dalam menyelesaikan masalah pidana melalui mediasi penal yang berkeadilan.

2. Praktis

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

E. Kerangka Teori

1. Grand Teori

Penelitian ini menggunakan Teori Keadilan sebagai grand teori (*grand theory*).

1.1 Teori Keadilan Plato.

Pada bagian lain dari buku *Republic*, Plato mengatakan bahwa karena keadilan sebenarnya merupakan masalah “kesenangan” (*convenience*) yang saling berbeda-beda atau bahkan saling bertentangan antara satu orang dengan orang lainnya, maka akhirnya keadilan hanyalah suatu bentuk kompromi. Ini berarti bahwa:⁴⁴

... that justice, or morality, is merely a matter of convenience. It is natural for men to pursue their own interests regardless of other; but would be impossible to run an orderly on

⁴⁴ Munir Fuady, 2010, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, hal. 93.

that basis, and the system of morality is arrived at as a compromise.

1.2 Teori Keadilan Aristoteles

Di samping Plato, filosof Yunani terkenal lainnya, yaitu Aristoteles menyatakan bahwa ukuran dari keadilan adalah bahwa:⁴⁵

1. seseorang tidak melanggar hukum yang berlaku, sehingga keadilan berarti “*lawful*”, yaitu hukum tidak boleh dilanggar dan aturan hukum harus diikuti; dan
2. seseorang tidak boleh mengambil lebih dari haknya, sehingga keadilan berarti persamaan hak (*equal*).

1.3 Teori Keadilan Hans Kelsen

Menurut Hans Kelsen pengertian “Keadilan” bermakna legalitas. Suatu peraturan umum adalah “adil” jika ia benar-benar diharapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa. Konsep keadilan dan legalitas inilah yang diterapkan dalam hukum nasional bangsa Indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum nasional dapat dijadikan payung hukum (*umbrella law*) bagi peraturan-peraturan hukum nasional lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu memiliki daya ikat terhadap

⁴⁵ *ibid*

materi-materi yang dimuat (materi muatan) dalam peraturan tersebut.⁴⁶

1.4 Teori Keadilan Pancasila

Hukum yang berkeadilan berdasarkan Pancasila adalah rumusan keadilan yang terlaksana dalam masyarakat Indonesia adalah keadilan yang menekankan pada keseimbangan antara hak dan kewajiban yaitu hak untuk menikmati hasil pembangunan dengan kewajiban darma baktinya. Dengan adanya rumusan keadilan ini, maka pembangunan hukum nasional dalam negara hukum Pancasila pada dasarnya bertujuan mengarahkan untuk melindungi:⁴⁷

- 1) Segenap bangsa Indonesia,
- 2) Seluruh tumpah darah Indonesia,
- 3) Cita-cita dan tujuan bangsa Indonesia,
- 4) Masyarakat Indonesia dan individu-individu,
- 5) Jiwa, kebebasan individu, kehormatan, dan harta bendanya,
- 6) Pelaksanaan pembangunan hukum (hukum harus berfungsi sebagai sarana penunjang perkembangan modernisasi dan pembangunan yang menyeluruh).

Pembaharuan Sistem Hukum Nasional (termasuk Sistem Pidana) seharusnya berlandaskan pada “Sistem Hukum

⁴⁶ Marwan Effendy, 2014, *Teori Hukum*, Referensi, Jakarta, hal. 81.

⁴⁷ Teguh Prasetyo dan Arie Purnomosidi, 2014, *Membangun Hukum Berdasarkan Pancasila*, Nusa Media, Bandung, hal. 163.

Pancasila” dengan berorientasi pada ide dasar (*basic ideas*) yaitu tiga pilar/nilai keseimbangan Pancasila yang mengandung di dalamnya keseimbangan nilai/ide/paradigma: (a) moral religious (Ketuhanan), (b) kemanusiaan (humanistic), (c) kebangsaan, (d) demokrasi, dan (e) keadilan social. Terlebih ideologi negara Indonesia adalah Pancasila.⁴⁸

Ajaran filsafat bernegara bangsa yang dibingkai dalam sebuah ideologi negara yang disebut Pancasila merupakan landasan utama semua penyelenggaraan negara Indonesia dan hukum sebagai produk negara tidak dapat dilepaskan dari falsafah negaranya sehingga filsafat hukum tidak dapat dilepaskan dari pemikiran filsafat dari negaranya.⁴⁹

Posisi Pancasila terhadap sistem hukum nasional adalah menempatkan ide dasar yang ada dalam Pancasila dalam filsafat hukumnya sehingga nilai-nilai Pancasila secara yuridis mengilhami UUD 1945 yang implementasinya pada peraturan perundang-undangan yang ada.⁵⁰

Berdasarkan filsafat dan teori hukum tersebut di atas, pembaharuan hukum merupakan suatu keniscayaan dengan adanya perkembangan masyarakat. Dengan adanya perkembangan masyarakat tersebut maka hukum-pun harus berkembang mengikuti perkembangan masyarakat agar hukum dapat menjawab kepentingan dan kebutuhan masyarakat tersebut sehingga dapat tercapai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan hukum bagi masyarakat. Perkembangan hukum pidana

⁴⁸ Syamsul Fatoni, 2015, *Pembaharuan Sistem Pemidanaan*, Setara Press, Malang, hal. 204.

⁴⁹ Suko Wiyono dalam Syamsul Fatoni, *op.cit.*, hal. 205.

⁵⁰ *Ibid.*

saat ini sudah dipandang perlu untuk diadakan pembaharuan-pembaharuan hukum. Hukum pidana akan datang yang perlu dijadikan kajian adalah menyangkut Rancangan Undang-Undang Kitab Hukum Pidana (KUHP, Rancangan Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi) dan isu-isu aktual lain seputar hukum pidana dewasa ini.⁵¹

Dari uraian tersebut di atas, perlu kiranya mengonstruksi mediasi penal dalam penegakan hukum pidana yang berbasis pada nilai keadilan Pancasila, yang merupakan salah satu alternatif penyelesaian sengketa/perkara pidana di luar pengadilan.

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

⁵¹ Teguh Prasetyo, *Op.cit.*, hal. 82.

pemeberlakuan hukum pidana dengan mempertimbangkan keseimbangan antara kepentingan pelaku dan korban.⁵²

2. Middle Teori

Selanjutnya mengenai *Middle Theory*, digunakan teori penegakan hukum, teori ini juga disebut sebagai teori antara.

2.1 Teori Penegakan Hukum Menurut Lawrence M. Friedman.

Menurut Lawrence M. Friedman, sistem hukum meliputi 3 komponen yaitu:⁵³

1. *Legal structure*, yaitu bagian-bagian yang bergerak di dalam suatu mekanisme, yang merupakan kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum dan mempunyai fungsi untuk mendukung bekerjanya sistem hukum (mencakup wadah dari sistem hukum seperti lembaga-lembaga hukum, dan hubungan atau pembagian kekuasaan antar lembaga);
2. *Legal substance*, yaitu hasil aktual yang diterbitkan oleh sistem hukum, yang berupa norma-norma hukum, baik peraturan-peraturan, keputusan-keputusan yang digunakan oleh para penegak hukum maupun oleh mereka yang diatur; dan
3. *Legal culture* yang berupa ide-ide, sikap, harapan dan pendapat tentang hukum sebagai keseluruhan faktor yang menentukan

⁵² *Ibid*, hal. 135.

⁵³ Lawrence M. Friedman, Legal System dalam Sri Endah Wahyuningsih (I), *op.cit.*, hal. 4.

bagaimana sistem hukum memperoleh tempatnya orang untuk menerima hukum atau sebaliknya.

2.2 Teori Penegakan Hukum Pancasila

Teori hukum Pancasila bergerak dari suatu prinsip bahwa setiap hukum harus sesuai dengan Pancasila sebagai tolok ukurnya. Artinya, setiap kaidah hukum harus sesuai dengan kelima sila dari Pancasila. Jadi, hukum di Indonesia harus memenuhi unsur-unsur sebagai berikut.⁵⁴

- a. Sesuai kaidah agama (sila ketuhanan).
- b. Mengandung unsur kemanusiaan, keadilan, dan beradab.
- c. Mengandung unsur persatuan Indonesia.
- d. Sesuai kedaulatan rakyat.
- e. Mengandung unsur keadilan sosial.

Penegakan hukum diartikan sebagai “perhatian dan penggarapan”, baik perbuatan-perbuatan melawan hukum yang sungguh-sungguh terjadi (*onrecht in actu*) maupun perbuatan melawan hukum yang mungkin akan terjadi (*onrecht in potentie*). Dengan demikian, di sini penegakan hukum tidak hanya diartikan sebagai penerapan hukum positif, tetapi juga penciptaan hukum positif.⁵⁵

⁵⁴ Munir Fuady, *op.cit.*, hal. 167.

⁵⁵ Nyoman Serikat Putra Jaya, 2008, *Beberapa Pemikiran Ke Arah Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hal. 52.

Penegakan hukum pidana (proses pemidanaan) tentunya tidak hanya didasarkan pada peraturan perundang-undangan pidana (hukum pidana positif), tetapi juga harus memperhatikan rambu-rambu proses peradilan (penegakan hukum dan keadilan) dalam Siskumnas.⁵⁶

Diskresi dalam penegakan hukum pidana, apabila dalam beberapa kasus terjadinya perbenturan kepentingan antara rasa kepastian hukum dan rasa keadilan, maka yang diutamakan adalah rasa keadilan. Apabila kepastian hukum diutamakan, maka akan terjadi rasa ketidakadilan dalam masyarakat. Walaupun disadari kepastian hukum harus berjalan secara paralel dengan rasa keadilan, rasa keadilan itu sendiri didapat dari kepastian hukum, dalam hal-hal yang demikian perlu adanya diskresi di dalam penegakan hukum.⁵⁷

Penegakan hukum dalam menanggulangi tindak pidana/perkara pidana perlu untuk ditegakan, akan tetapi dalam melaksanakan penegakan hukum tidak harus menggunakan hukum positif (*penal*) yang hanya mengedepankan formalitas, seyogyanya dalam menyelesaikan perkara tersebut diupayakan menggunakan alternatif penyelesaian perkara pidana dengan jalan mediasi penal (*non penal*), karena penegakan hukum dengan menggunakan hukum positif (*penal*) hanya akan mendapatkan kepastian hukum tanpa mendapatkan adanya

⁵⁶ Barda Nawawi Arif (VI), 2010, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hal. 318.

⁵⁷ Erna Dewi dan Firganefi, 2014, *Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Graha Ilmu, Yogyakarta, hal. 39.

rasa keadilan dan kemanfaatan, baik bagi pelaku, korban atau lebih luas lagi bagi masyarakat.

3. Applied Teori

Teori hukum progresif digunakan dalam *Applied Theory* dalam penelitian ini.

3.1 Teori Hukum Progresif Satjipto Rahardjo.

Hukum progresif tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak dan final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran tersebut, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaannya dapat diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakekat “hukum yang selalu dalam proses menjadi” (*law as process, law in the making*). Hukum tidak ada untuk hukum itu sendiri, tetapi untuk manusia.⁵⁸

3.2 Teori Hukum Responsif Philippe Nonet dan Philip Selznick

Teori Pound mengenai kepentingan-kepentingan sosial merupakan sebuah usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan suatu model hukum responsif. Dalam perspektif ini, hukum yang baik seharusnya

⁵⁸ Satjipto Rahardjo, *op.cit.*, hal.5.

menawarkan sesuatu yang lebih daripada sekedar keadilan prosedural. Hukum yang baik harus berkompeten dan juga adil; hukum semacam itu seharusnya mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen bagi tercapainya keadilan substantif.⁵⁹

Penegakan hukum progresif bekerja untuk menyelesaikan segala bentuk ketidakteraturan (termasuk penyelesaian konflik), melalui pendayagunaan institusi kenegaraan maupun institusi nonkenegaraan. Penekanannya adalah memilih untuk menjadi kekuatan pembebasan. Pembebasan itu tertuju baik kepada tipe, cara berfikir, asas, dan teori yang tidak lagi terbelenggu pada hukum konvensional (positivistik). Satu karakter penting dari konsep penegakan hukum progresif adalah menolak *status quo*, manakala keadaan tersebut menimbulkan dekadensi, suasana korup dan merugikan rakyat. Watak inilah yang pada akhirnya berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum.⁶⁰

Penegakan hukum yang berkeadilan merupakan penegakan hukum yang mengandung nilai keadilan substansial. Bukan keadilan prosedural yang selama ini dihasilkan oleh hukum modern yang lebih mengedepankan formalitas tekstual dan mengabaikan kontekstual. Penegakan hukum yang dilakukan oleh aparaturnya (polisi, jaksa, hakim, advokat) semata hanya ingin menegakan undang-undang sehingga bagi korban kejahatan tidak menyediakan ketertiban dan keadilan. Korban

⁵⁹ Philippe Nonet dan Philip Selznick, 2008, *Hukum Responsif*, Nusa Media, Bandung, hal. 183.

⁶⁰ Siswanto Sunarso, 2014, *Victimologi Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, hal. 178.

hanya pelengkap dari penegakan hukum yang dilakukan. Padahal penegakan hukum progresif tidak sekedar menjalankan kata-kata hitam putih dari peraturan perundang-undangan melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam dari undang-undang atau hukum. Penegakan hukum yang dilakukan tidak hanya dengan kecerdasan intelektual melainkan harus dengan kecerdasan spiritual. Penegakan hukum yang dilakukan dengan komitmen terhadap hak dan kepentingan korban kejahatan akan menimbulkan keberanian untuk mencari jalan lain daripada hanya sekedar melaksanakan kata-kata undang-undang yang tidak berpihak pada korban. Penegakan hukum progresif diharapkan dapat menjadi alternatif dalam mewujudkan keadilan bagi korban kejahatan.⁶¹

Mediasi penal sebagai bentuk penyelesaian perkara pidana di luar proses hukum dengan tujuan adanya penyelesaian konflik dengan jalan musyawarah mufakat (*win win solution*) antara pelaku dan korban atau keluarganya telah sejalan dengan konsep penegakan hukum progresif, yaitu menolak keadaan *status quo*, yang mengisaratkan agar masyarakat harus dapat menerima dan peka dengan adanya perubahan dan perkembangan hukum di masyarakat, baik lokal, nasional maupun global.

⁶¹ Rena Yulia, 2013, *Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, Konsorsium Hukum Progresif 2013, Thafa Media, Yogyakarta, hal. 352.

F. Kerangka Konseptual Disertasi

1. Alur Kerangka Pemikiran

Sering muncul pepatah latin: *Fiat justitia ruat coelum*, yang memiliki arti “meski langit runtuh keadilan harus ditegakkan” dalam rangka penegakan hukum yang kemudian menjadi sangat populer dan sering dipergunakan sebagai dasar argumen pembenaran dalam pelaksanaan sebuah sistem peraturan hukum di Indonesia. Dalam penerapannya, adagium tersebut diimplementasikan oleh para penegak hukum dalam sebuah kerangka pemikiran yang sangat sempit sebagai alasan pembenar demi penegakan dan kepastian hukum dengan tanpa memperhatikan keadilan dan kemanfaatan baik bagi korban maupun pelaku tindak pidana atau yang lebih luas lagi bagi masyarakat.

Perlu dikemukakan kerangka pemikiran dalam penulisan disertasi ini, yaitu: **pertama**, tentang eksistensi ide dasar mediasi penal yang dapat dijadikan landasan pelaksanaan penyelesaian perkara pidana dalam penegakkan hukum pidana saat ini; **kedua**, tentang kelemahan pelaksanaan mediasi penal dalam penegakkan hukum pidana saat ini; dan **ketiga**, tentang konstruksi mediasi penal dalam penegakan hukum pidana yang berbasis nilai keadilan Pancasila;

Untuk itu perlu adanya terobosan dalam sistem peradilan pidana guna mengupayakan adanya mediasi penal. Adapun latar belakang pemikirannya ada yang dikaitkan dengan ide-ide pembaharuan hukum pidana (*penal reform*), dan ada yang dikaitkan dengan masalah pragmatisme. Latar belakang ide-ide “*penal reform*” itu antara lain ide

perlindungan korban, ide harmonisasi, ide *restorative justice*, ide mengatasi kekakuan/formalitas dalam sistem yang berlaku, ide menghindari efek negatif dari sistem peradilan pidana dan sistem pemidanaan yang ada saat ini, khususnya dalam mencari alternatif lain dari pidana penjara (*alternative to imprisonment/alternative to custody*) dsb. Latar belakang pragmatisme antara lain untuk mengurangi stagnasi atau penumpukan perkara (“*the problems of court case overload*”), untuk penyederhanaan proses peradilan dsb.⁶²

Hukum mengatur masyarakat secara patut dan bermanfaat dengan menetapkan apa yang diharuskan ataupun yang dibolehkan dan sebaliknya. Dengan demikian menarik garis antara apa yang hukum dan apa yang melawan hukum. Hukum dapat mengkualifikasi sesuatu perbuatan sesuai dengan hukum atau mendiskualifikasinya sebagai melawan hukum. Perbuatan yang sesuai dengan hukum tidak merupakan masalah dan tidak perlu dipersoalkan; yang menjadi masalah ialah perbuatan yang melawan hukum. Bahkan yang diperhatikan dan digarap oleh hukum ialah justru perbuatan yang disebut terakhir ini, baik perbuatan melawan hukum yang sungguh-sungguh terjadi (*onrecht in actu*) maupun perbuatan melawan hukum yang mungkin akan terjadi (*onrecht in potentie*). Perhatian dan penggarapan itulah yang merupakan penegakan hukum. Terhadap perbuatan yang melawan hukum tersedia sanksi.⁶³

⁶² online-journal.unja.ac.id/index.php/jimih/article/download/530/484 –

⁶³ Sudarto, 1981, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, hal. 111.

Usaha-usaha yang rasional untuk mengendalikan atau menanggulangi kejahatan (politik kriminal) sudah barang tentu tidak hanya dengan menggunakan sarana “*penal*” (hukum pidana), tetapi dapat juga dengan menggunakan sarana-sarana yang “*non penal*”. Tujuan utama dari usaha-usaha non penal itu adalah memperbaiki kondisi-kondisi sosial tertentu, namun secara tidak langsung mempunyai pengaruh preventif terhadap kejahatan. Dengan demikian dilihat dari sudut politik kriminal, keseluruhan kegiatan preventif yang non-penal itu sebenarnya mempunyai kedudukan yang sangat strategis, memegang posisi kunci yang harus diintensifkan dan diefektifkan.⁶⁴

Upaya penanggulangan kejahatan lewat jalur “*penal*” lebih menitikberatkan pada sifat “*repressive*” (penindasan/pemberantasan/penumpasan) sesudah kejahatan terjadi, sedangkan jalur “*non penal*” lebih menitikberatkan pada sifat “*preventive*” (pencegahan/penangkalan/pengendalian) sebelum kejahatan terjadi.⁶⁵

2. Ide dan Prinsip Kerja Pengembangan Mediasi Penal

Mediasi pidana/penal yang dikembangkan bertolak dari ide dan prinsip kerja (*working principles*) sebagai berikut.⁶⁶

a. Penanganan konflik (*Conflict Handing/Konfliktbearbeitung*):

⁶⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1984, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, hal. 158-159.

⁶⁵ Barda Nawawi Arief (VII), 2010, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana Pengembangan Penyusunan Konsep Baru KUHP*, Kencana Prenada Media, Jakarta, hal. 42.

⁶⁶ Barda Nawawi Arief (VI), *op.cit*, hal. 5.

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. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi.

b. **Berorientasi pada proses** (*Process Orientation; Prozessorientierung*):

Mediasi penal lebih berorientasi pada kualitas proses daripada hasil, yaitu: menyadarkan pelaku tindak pidana akan kesalahannya, kebutuhan-kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut dsb.

c. **Proses informal** (*Informal Proceeding-Informalitat*):

Mediasi penal merupakan suatu proses yang informal, tidak bersifat birokratis, menghindari prosedur hukum yang ketat.

d. **Ada partisipasi aktif dan otonom para pihak** (*Active and Autonomous Participation-Parteiautonomie/Subjektivierung*):

Para pihak (pelaku dan korban) tidak dilihat sebagai obyek dari prosedur hukum pidana, tetapi lebih sebagai subjek yang mempunyai tanggungjawab pribadi dan kemampuan untuk berbuat. Mereka diharapkan berbuat atas kehendaknya sendiri.

3. Pemikiran Mediasi Penal Dalam Lembaga Peradilan Pidana

Pemikiran tentang perlunya penyelesaian perkara tindak pidana di luar pengadilan telah berkembang, hal tersebut dapat dilihat antara lain dalam

tulisan Barda Nawawi Arief. Barda Nawawi Arief melakukan kajian terhadap perkembangan pemikiran berbagai negara serta dokumen dan rekomendasi internasional tentang mediasi penal, sampai pada pemikiran tentang kebijakan pengaturan ADR atau mediasi penal di Indonesia, baik yang senyatanya (*das sein*) maupun yang seharusnya (*das sollen*)⁶⁷

Untuk mewujudkan pemikiran tentang kebijakan pengaturan ADR atau mediasi penal tersebut, maka perlu dibuat suatu peraturan perundang-undangan mengenai mediasi penal atau melakukan konstruksi terhadap KUHP dan KUHAP agar pemikiran ide mediasi penal dapat dimasukkan dalam pasal-pasal RKUHP atau RKUHAP.

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

⁶⁷ Barda Nawawi Arief, *Aspek Kebijakan Mediasi Penal dalam Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Makalah disampaikan dalam Seminar Nasional “Pertanggungjawaban Hukum Korporasi dalam Konteks *Good Corporate Governence*”, yang diselenggarakan oleh Program Doktor Ilmu Hukum di Inter Continental Hotel, Jakarta, pada tanggal 27 Maret 2007, dalam Nirmala Sari, 2010, *Mediasi Penal Sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup Di Luar Pengadilan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, hal. 9.

Teori *grundnorm* (norma dasar) ini banyak dikembangkan oleh ahli hukum positivisme, utamanya oleh Hans Kelsen. Apa yang dimaksud dengan *grundnorm* (norma dasar) adalah kaidah-kaidah yang paling fundamental tentang kehidupan manusia di mana di atas norma dasar tersebut dibuatlah kaidah-kaidah hukum lain yang lebih konkret dan lebih khusus. Biasanya, norma dasar yang berlaku dalam suatu negara ditulis dalam konstitusi dari negara tersebut. Suatu norma dasar tidak dengan sendirinya mengikat secara hukum tanpa kehadiran suatu aturan hukum pada tataran yang lebih konkret berupa norma hukum yang valid.⁶⁸

Jean Jacques Rousseau mengemukakan metode pembuatan hukum yang mencerminkan kehendak umum. Ada tiga metode yang digunakan untuk membuat hukum, yang meliputi:

Pertama, adalah bahwa kehendak umum dapat ditunjuk oleh seorang legislator. Perlunya penunjukan legislator adalah karena, meskipun kehendak umum tidak dapat salah, rakyat yang memutuskan apa sesungguhnya yang menjadi kehendak umum tersebut, dapat melakukan kesalahan.

Kedua, bahwa kehendak umum itu lahir ketika individu-individu bersepakat untuk menyatukan diri dalam institusi politik, yaitu negara. Legitimasi kehendak umum adalah pencapaian kesepakatan dengan suara bulat, yang berarti setiap individu terlibat memberikan persetujuannya.

⁶⁸ Munir Fuady, 2013, *Teori-Teori Besar (grand Theory) Dalam Hukum*, Kencana, Jakarta, hal. 138.

Ketiga, bahwa hukum sebagai kehendak umum dapat dihasilkan melalui mesyawarah atau *voting*, yang dilakukan dalam sidang rakyat.⁶⁹

Dalam membentuk peraturan perundang-undangan, ada beberapa teori yang perlu dipahami oleh perancang yakni teori jenjang norma. Hans Nawiasky, salah satu murid Hans Kelsen, mengembangkan teori gurunya tentang teori jenjang norma dalam kaitannya dengan suatu negara. Hans Nawiasky dalam bukunya “*Allgemeine Rechtslehre*” mengemukakan bahwa sesuai dengan teori Hans Kelsen, suatu norma hukum negara selalu berlapis-lapis dan berjenjang yakni norma yang di bawah berlaku, berdasar, dan bersumber pada norma yang lebih tinggi dan begitu seterusnya sampai pada suatu norma yang tertinggi yang disebut norma dasar. Dari teori tersebut, Hans Nawiasky menambahkan bahwa selain norma itu berlapis-lapis dan berjenjang, norma hukum juga berkelompok-kelompok. Nawiasky mengelompokkan menjadi 4 kelompok besar yakni:

- 1) *Staatsfundamentalnorm* (norma fundamental negara);
- 2) *Staatsgrundgezets* (aturan dasar negara);
- 3) *Formell Gesetz* (undang-undang formal);
- 4) *Verordnung dan Autonome Satzung* (aturan pelaksana dan aturan otonom).⁷⁰

⁶⁹ Reza Antonius dalam H. Salim dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis Dan Disertasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hal. 54.

⁷⁰ <http://zalirais.wordpress.com/2013/09/12/asas-asas-dan-teori-pembentukan-perundang-undangan/>

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

1. lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan undang-undang yang lebih tinggi; dan
2. peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tidak boleh bertentangan dengan undang-undang yang lebih tinggi lagi.⁷¹

Teori peringkatan hukum Kelsen tersebut dijabarkan lebih lanjut dalam konteks Indonesia oleh A. Hamid S. At Tamimi. Ia mengemukakan bahwa:

“Secara hierarkis dari yang tertinggi sampai terendah sebagai berikut: *rechtsidee*, *staatsfundamentalnorm*, *staatsgrundgesetz*, *verrordnung*, dan *autonome satzung*. Peringkat hukum tersebut dapat dikelompokkan dalam tiga kategori, yaitu cita hukum (*rechtsidee*), norma hukum antara (*interval norm*) dan norma hukum konkret (*concreta norm*).

Cita hukum (*rechtsidee*) mengandung arti gagasan besar suatu masyarakat mengenai sistem hukum yang akan dianut oleh masyarakat yang bersangkutan. Contohnya di Indonesia. Sebagai cita hukumnya, yaitu Pancasila. Kelima sila yang tercantum di dalamnya merupakan cita hukum rakyat Indonesia di dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara secara positif, memberikan bimbingan dan pedoman dalam semua kegiatan, serta memberi isi kepada setiap peraturan perundang-

⁷¹ H. Salim dan Erlie Septiana Nurbani, *op.cit.*, hal 57.

undangan. *Staatsfundamentalnorm*, yaitu terdapat dalam Pembukaan UUD 1945 dan Batang Tubuhnya. *Stattsgrungesetz*, yaitu Ketetapan MPR. *Formellgetetz*, yaitu undang-undang organik yang merupakan penjabaran dari UUD 1945. *Verordnung* dan *autono-me satzung*, yaitu aturan pelaksanaan dan aturan otonom, seperti Peraturan Pemerintah dan peraturan perundang-undangan di bawahnya.⁷²

Hukum bukan merupakan suatu institusi yang absolut dan final, melainkan sangat bergantung pada bagaimana manusia melihat dan menggunakannya. Manisialah (Santos, “emansipasi”) yang merupakan penentu. Memang menghadapkan manusia kepada hukum mendorong kita melakukan pilihan-pilihan yang rumit. Tetapi pada hakekatnya teori-teori hukum yang ada berakar pada kedua faktor tersebut. Semakin landasan suatu teori bergeser ke faktor hukum, semakin menganggap hukum sebagai sesuatu yang mutlak, otonom dan final. Semakin bergeser ke manusia, semakin teori tersebut ingin memberikan ruang kepada faktor manusia.⁷³

Bahwa apabila sistem peradilan pidana (SPP) dilihat sebagai suatu rangkaian sistem yang terpadu dari “sistem kekuasaan menegakkan hukum” (atau “sistem kekuasaan kehakiman”), maka di dalam SPP terikat minimal 4 (empat) sub-sistem struktur/kelembagaan penegak hukum, yaitu: (1) badan/lembaga penyidik (yang melaksanakan kekuasaan “penyidikan”); (2) badan/lembaga penuntut umum (yang melaksanakan

⁷² *Ibid*, hal. 59.

⁷³ Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif*, Genta Publishing, Yogyakarta, hal. 33.

kekuasaan “penuntutan”); (3) badan/lembaga pengadilan (yang melaksanakan kekuasaan “mengadili dan menjatuhkan putusan/pidana”); dan (4) badan/aparat pelaksana/eksekusi (yang melaksanakan kekuasaan “pelaksanaan putusan/pidana”). Patut dicatat, bahwa Advokat/Penasihat Hukum juga merupakan bagian integral di dalam setiap tahap/proses SPP, sehingga dapat disebut sebagai badan/lembaga/aparat ke (5) dalam SPP Indonesia.⁷⁴

Mendasari pada pendapat Barda Nawai Arief tersebut, maka dalam sistem peradilan pidana dapat dilakukan mediasi penal oleh sub-sistem struktur/kelembagaan penegak hukum, yaitu penyidik (Polisi), Jaksa (Penuntut Umum), hakim (Pengadilan), pelaksana putusan (Lembaga Pemasyarakatan) dan Advokat/Penasihat Hukum yang merupakan bagian integral di dalam setiap tahap/proses sistem peradilan pidana, maka mediasi penal dapat dilakukan antara pelaku tindak pidana dan korban atau keluarganya pada tingkatan:

i. Advokat:

Tindak pidana/kejahatan yang dilakukan oleh pelaku tindak pidana terhadap korban, penyelesaian atas peristiwa tersebut dapat dilakukan secara musyawarah mufakat melalui mediasi penal. Apabila kedua belah pihak sepakat untuk berdamai dengan berbagai persyaratan, maka dibuatlah surat perdamaian yang mengikat kedua belah pihak dan perkaranya dianggap telah selesai, namun apabila tidak ada kesepakatan, maka perkara tersebut ditindak lanjuti dengan

⁷⁴ Barda Nawawi Arief (II), *op.cit.*, hal. 29-30.

melaporkan ke pihak penyidik (Polisi) untuk ditindak lanjuti sesuai dengan prosedur hukum.

ii. Kepolisian:

Tindak pidana/kejahatan yang dilakukan oleh pelaku tidak pidana terhadap korban, penyelesaian atas peristiwa tersebut dapat dilakukan secara musyawarah mufakat melalui mediasi penal melalui diskresi atau melalui diversifikasi bagi tindak pidana yang dilakukan anak-anak. Apabila kedua belah pihak sepakat untuk berdamai dengan berbagai persyaratan, maka dibuatlah surat perdamaian yang mengikat kedua belah pihak dan perkaranya dianggap telah selesai selanjutnya atas dasar surat perdamaian tersebut pihak penyidik (Polisi) wajib menerbitkan: Surat Penghentian Penyidikan (SP3), namun apabila tidak ada kesepakatan, maka perkara tersebut ditindak lanjuti dengan melakukan penyidikan terhadap tersangka. Sepanjang perkaranya belum dilimpahkan ke Kejaksaan, maka masih ada ruang untuk diupayakan mediasi penal.

iii. Kejaksaan:

Setelah Jaksa Penuntut Umum menerima berkas pelimpahan dari penyidik (Kepolisian) atas tindak pidana/kejahatan yang dilakukan oleh pelaku tindak pidana terhadap korban, maka penyelesaian atas peristiwa tersebut dapat dilakukan secara musyawarah mufakat melalui mediasi penal dapat dalam bentuk diversifikasi bagi perkara pidana yang dilakukan oleh anak-anak. Apabila kedua belah pihak sepakat untuk berdamai dengan berbagai persyaratan, maka dibuatlah surat

perdamaian yang mengikat kedua belah pihak dan perkaranya dianggap telah selesai, selanjutnya atas dasar surat perdamaian tersebut pihak penyidik (Jaksa Penuntut Umum) wajib menerbitkan: Surat Ketetapan Penghentian Penuntutan (SKPP/SKP2), namun apabila tidak ada kesepakatan, maka perkara tersebut ditindak lanjuti dengan melakukan penyidikan terhadap tersangka. Sepanjang perkaranya belum dilimpahkan ke Pengadilan, maka masih ada ruang untuk diupayakan mediasi penal.

iv. Pengadilan:

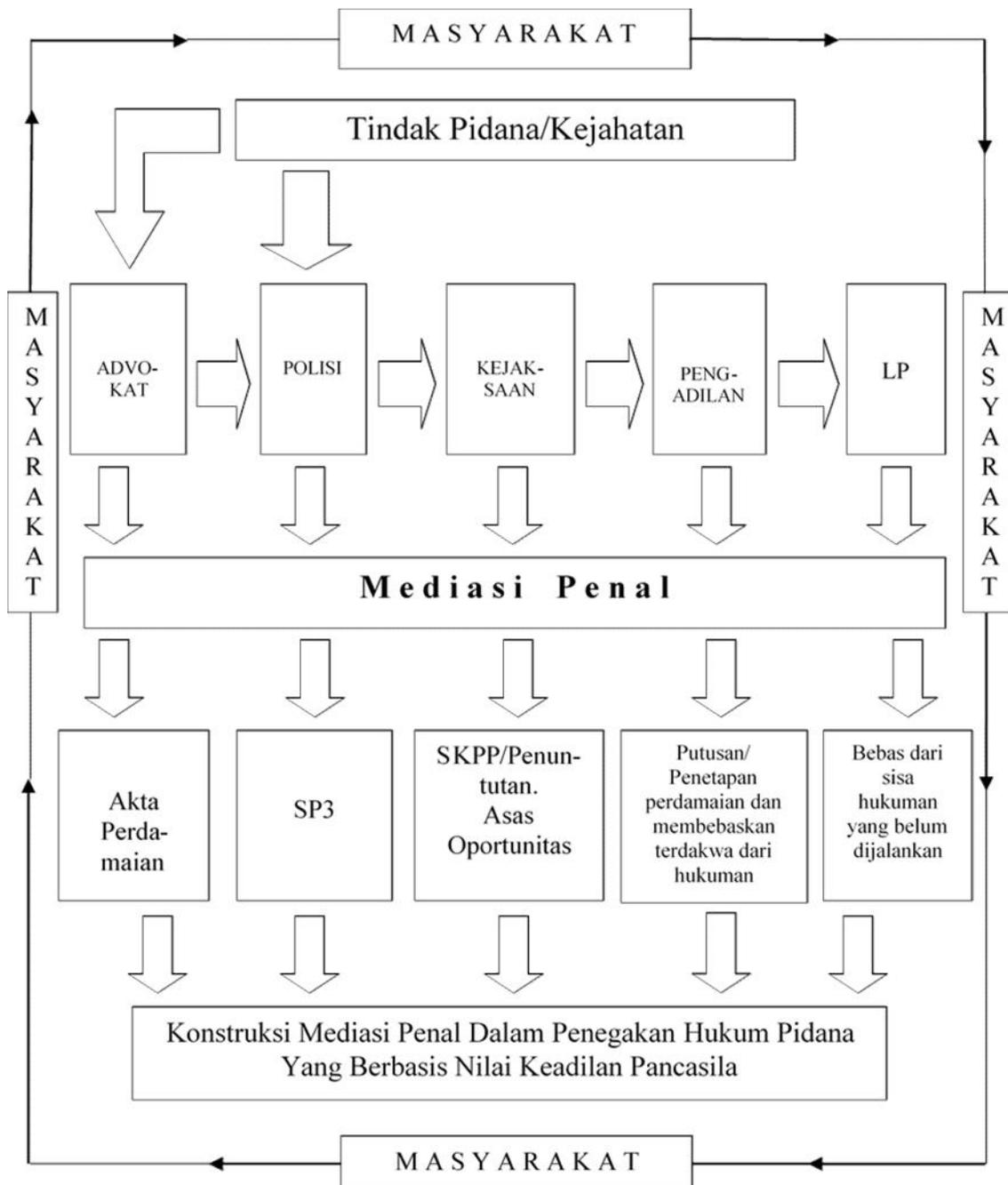
Setelah hakim (Pengadilan) menerima pelimpahan berkas dari Penuntut Umum (Kejaksaan) atas tindak pidana/kejahatan yang dilakukan oleh pelaku tindak pidana terhadap korban, penyelesaian atas peristiwa tersebut dapat dilakukan secara musyawarah mufakat melalui mediasi penal dapat dalam bentuk diversifikasi bagi perkara pidana yang dilakukan oleh anak-anak. Apabila kedua belah pihak sepakat untuk berdamai dengan berbagai persyaratan pada tahap proses persidangan, maka hakim (pengadilan) wajib mengakhiri proses persidangan dengan: Memberikan putusan/penetapan perdamaian dan membebaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum, namun apabila tidak ada kesepakatan perdamaian, maka perkara tersebut ditindak lanjuti dengan putusan biasa (pemeriksaan). Sepanjang perkaranya belum diputus oleh (hakim) Pengadilan, baik pada tingkat pertama, tingkat banding maupun tingkat kasasi, maka masih ada ruang untuk diupayakan mediasi penal.

v. Lembaga Pemasyarakatan:

Setelah Lembaga Pemasyarakatan menerima berkas putusan Pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap atas tindak pidana/kejahatan yang dilakukan oleh pelaku terhadap korban, maka penyelesaian atas peristiwa tersebut dapat dilakukan secara musyawarah mufakat melalui mediasi penal. Apabila kedua belah pihak sepakat untuk berdamai dengan berbagai persyaratan, maka dibuatlah surat perdamaian yang mengikat kedua belah pihak dan perkaranya dianggap selesai yang selanjutnya pihak Lembaga Pemasyarakatan wajib menerbitkan: Surat Pembebasan terhadap terpidana dari sisa waktu hukuman yang belum dijalankan oleh terpidana, namun apabila tidak ada kesepakatan sepanjang belum ada perdamaian, maka masih ada ruang untuk diupayakan mediasi penal.

G. Kerangka Pemikiran Disertasi

BAGAN I ALUR PEMIKIRAN DISERTASI



Seperti tampak pada bagian I, bahwa alur pemikiran penelitian ini berawal dari adanya realitas kasus-kasus perkara pidana yang telah banyak melukai rasa keadilan dan mengusik akal sehat dari masyarakat, seperti kasus mbok Minah (Banyumas. Pencurian buah coklat/kakao), kasus Basar dan Kholil (Kediri, pencurian satu buah semangka), kasus Manisih bersama kedua anaknya (Batang, kasus pencurian kapuk/buah randu), kasus Misbachul Munir dan tetangganya Budi Hermawan (Magelang, yang ditahan karena merapikan dan memotong 2 batang pohon bambu), kasus AAL (Palu, kasus pencurian sandal jepit) dan lain sejenisnya, menuntut pemikiran kritis terhadap bekerjanya sistem peradilan pidana di Indonesia dewasa ini yang cenderung telah meninggalkan hukum asli bangsa Indonesia. Termasuk, mekanisme prosedur administrasi keadilan apakah telah dapat memberikan lorong keadilan hukum bagi semua golongan rakyat dalam segala lapisan masyarakat. Ideologi dari Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) yang dibuat pada tahun 1981 banyak melindungi hak-hak tersangka atau terdakwa para pelaku kejahatan, akan tetapi tidak banyak mengadopsi hak-hak dari korban kejahatan, sehingga penerapan hukum pidana yang hanya mengedepankan asas kepastian hukum akan sering menimbulkan beberapa reaksi sosial yaitu berupa tuntutan adanya keadilan hukum di masyarakat.

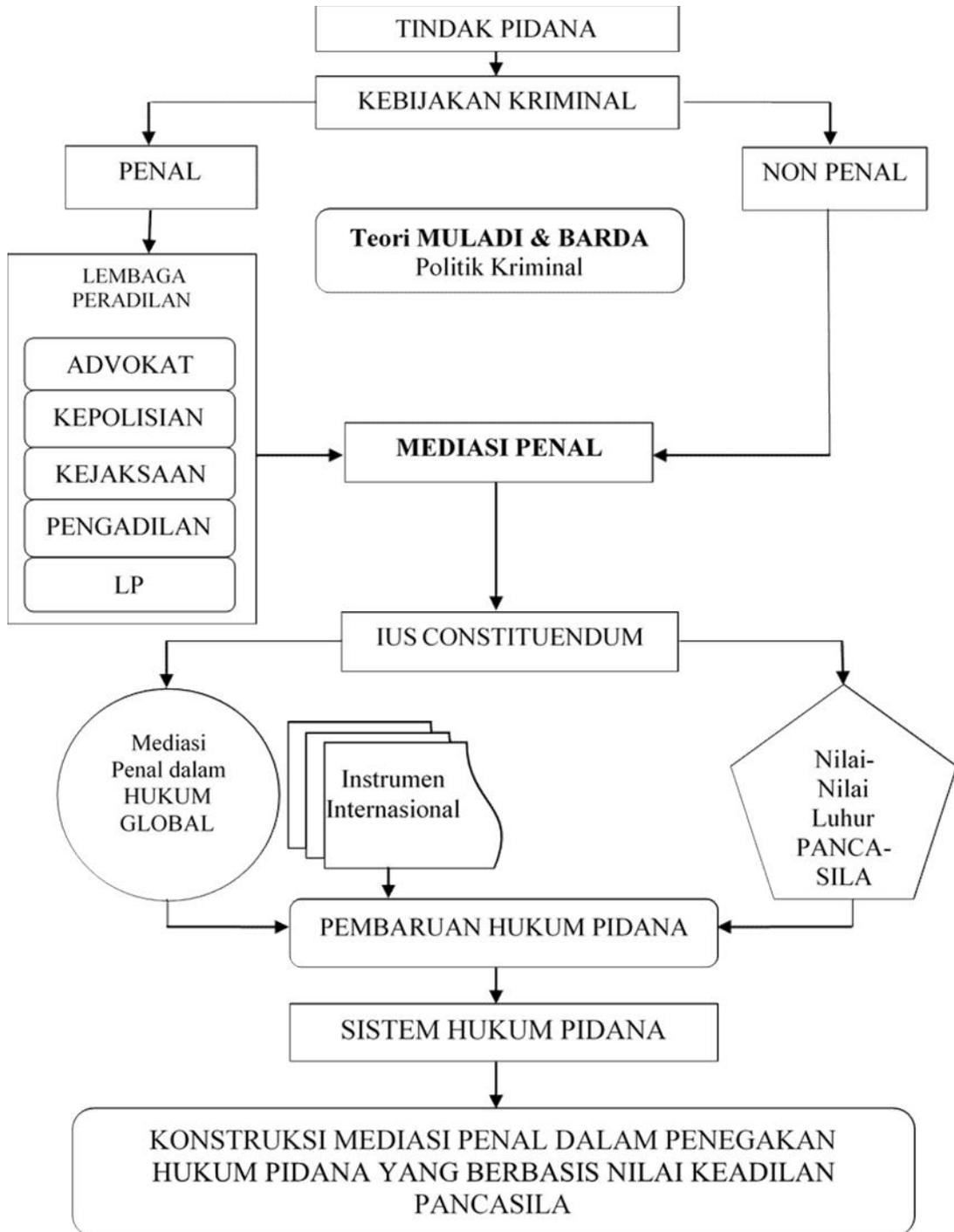
Aturan hukum acara pidana dan pidana di Indonesia telah mengatur mengenai prosedur formal yang panjang dan harus dilalui dalam menyelesaikan sebuah perkara pidana, di mana sistem formil tersebut

dalam praktiknya sering digunakan sebagai alat yang hanya mengedepankan kepastian hukum dan bukan mengedepankan hukum yang berkeadilan sebagaimana yang diharapkan dan dicita-citakan oleh masyarakat dewasa ini, selain dari pada itu aturan tersebut juga hanya sebagai alat represif bagi aparat penegak hukum dalam menjalankan tugasnya.

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

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

BAGAN II
ALUR PEMIKIRAN DISERTASI



H. Metode Penelitian

1. Paradigma Penelitian

Seperti telah diuraikan pada tujuan penelitian disertasi ini, yaitu mencoba untuk memahami segala bentuk dan hubungan serta harapan masyarakat terhadap sistem peradilan pidana yang berkenaan dengan penyelesaian perkara pidana dengan jalan mediasi penal sejak dari Advokat, Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan hingga Lembaga Pemasyarakatan. Kegiatan penelitian ini ditujukan pada eksplorasi hubungan korban dan pelaku kejahatan serta masyarakat dan menggambarkan kenyataan sebagaimana yang dialami oleh responden atau informan sendiri. Dengan proses pemaknaan yang tidak secara ketat diperiksa atau diukur dalam kualitas jumlah, intensitas atau frekuensi, akan tetapi dengan realitas yang dibangun secara sosial, interaksi antara peneliti dengan apa yang diteliti serta konteks yang membentuk masukan, proses dan keluaran penelitiannya.

Oleh karena itu, penelitian dan penulisan disertasi ini menggunakan paradigma *Constructivism*. Pengertian paradigma oleh beberapa pakar sebagai berikut:⁷⁵

1. Thomas S. Khun, seorang sejarawan ilmiah, dan penulis dari buku *The Structure of Scientific Revolution*, menulis bahwa paradigma ilmiah adalah contoh-contoh praktik ilmiah yang aktual dan dapat diterima. Contoh tersebut mencakup undang-undang, teori, penerapan, dan

⁷⁵ Joel Arthur Barker, 1999, *Paradigma*, Terjemahan Moh. Anwar, Interaksara, Batam, hal. 38-40.

instrumentasi secara bersama-memberikan model yang darinya timbul tradisi penelitian ilmiah khusus yang koheran.

2. Adam Smith, di dalam bukunya *Power of the Mind*, paradigma adalah: Seperangkat gabungan perkiraan. Paradigma adalah cara kita memahami kehidupan, seperti air bagi ikan. Paradigma menjelaskan kehidupan ini kepada kita dan memudahkan kita untuk mengira-ngira prilakunya.
3. Marilyn Ferguson, dalam bukunya *The Aquarian Conspiracy*, menulis: Paradigma adalah kerangka kerja dari pikiran, skema untuk memahami dan menjelaskan aspek tertentu dari kehidupan ini.

Selain daripada itu pengertian paradigma adalah: seperangkat kepercayaan atau keyakinan dasar yang menuntun seseorang dalam bertindak dalam kehidupan sehari-hari maupun dalam penyelidikan ilmiah.⁷⁶ Kaum konstruktivisme berpendirian bahwa manusia pada dasarnya mengkonstruksi dan memodifikasi konsep, model, realitas, termasuk pengetahuan dan keberan hukum. Dalam konteks ini berarti, model penyelesaian problematika yang dikembangkan atau dimodifikasi tersebut merupakan hasil dari perspektif manusia itu sendiri.⁷⁷

⁷⁶ Agus Salim, 2001, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial* (dari Denzin Guba dan Penerapannya), PT. Tiara Wacana, Yogya, hal. 33.

⁷⁷ Mustaghfirin, 2006, "*Refleksi Nilai-Nilai Kapitalisme Dalam Praktik Dan Rekonstruksi Sistem Hukum Perbankan Nasional Yang Berbasis Nilai-Nilai Ekonomi Bangsa Indonesia*", Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, hal. 24.

Dalam mengembangkan suatu paradigma ilmu, khususnya paradigma kontrak harus didasarkan pada aspek filosofi dan metodologis yang meliputi dimensi sebagai berikut:⁷⁸

Ontologis, yaitu realitas merupakan konstruksi sosial, kebenaran suatu realitas bersifat relatif, berlaku sesuai konteks spesifik yang dinilai relevan oleh pelaku sosial.

Epistemologis, yaitu transaksional/subyektif: Pemahaman tentang suatu realitas, atau temuan suatu penelitian merupakan produk interaksi antara yang meneliti dan yang diteliti.

Metodologis, yaitu reflective/Dialectical: menekankan empati dan interaksi dialektik antara peneliti dan responden untuk merekonstruksi realitas yang diteliti melalui metode-metode kualitatif seperti participant observation. Dan kriteria kualitas penelitian. Authenticity dan reflectivity, sejauh mana temuan merupakan refleksi otentik dari realitas dihayati oleh para pelaku sosial.

Axiologis, yaitu nilai etika dan pilihan moral merupakan bagian tidak terpisahkan dalam suatu penelitian. Peneliti sebagai participant, fasilitator yang menjembatani keragaman subyektivitas pelaku sosial. Dan tujuan penelitian: rekonstruksi realitas sosial secara dialektik antara peneliti dengan aktor sosial yang diteliti.

⁷⁸ Disinopsiskan dari Egon G Guba dan Y. Vonna S. Lincoln, 1994, *Handbook of Qualitative Research*, Sage Publication, London, hal. 110-111.

Penelitian hukum merupakan suatu kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode, sistematika dan pikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu dengan jalan menganalisisnya. Kecuali itu, maka juga diadakan pemeriksaan yang mendalam terhadap fakta tersebut, untuk kemudian mengusahakan suatu pemecahan atas permasalahan yang timbul di dalam gejala yang bersangkutan.⁷⁹

Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Hal ini sesuai dengan karakter preskriptif ilmu hukum.⁸⁰

Penelitian dimulai dari hasrat keingintahuan atau permasalahan, kemudian dicetuskan dengan penelaahan landasan teoritis dalam perpustakaan untuk mendapatkan jawaban sementara atau hipotesis, kemudian dirancang dan dilakukan dengan pengumpulan fakta atau data untuk menguji hipotesis melalui analisis data, sehingga diperoleh kesimpulan untuk menjawab permasalahannya, dengan terjawabnya permasalahan tadi atau dalam proses pemecahan masalah tadi akan timbul permasalahan baru, dengan demikian siklus tersebut akan terulang lagi secara seimbang sampai tak terbatas.⁸¹

⁷⁹ Soerjono Soekanto, 1981, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, hal. 5.

⁸⁰ Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.*, hal. 35.

⁸¹ Sri Sumarwani, 2012, *Sebuah Seri Metode Penelitian Hukum*, UPT Undip Press, Semarang, hal. 1.

Penelitian hukum dilakukan untuk mencari pemecahan atas isu hukum yang timbul. Oleh karena itulah, penelitian hukum merupakan suatu penelitian di dalam kerangka *know-how* di dalam hukum. Hasil yang dicapai adalah untuk memberikan preskripsi mengenai apa yang seyogyanya atas isu yang diajukan. Mengingat penelitian hukum merupakan suatu kegiatan dalam kerangka *know how*, isu hukum hanya dapat diidentifikasi oleh ahli hukum dan tidak mungkin oleh ahli yang lain.⁸²

Untuk mengoperasionalisasikan atau menjalankan paradigma kontrak dalam penulisan disertasi ini guna mendapatkan data material empirik di dalam praktek metodologi (*social legal research*), dilakukan dengan studi kasus-kasus yang telah dilakukan proses hukum oleh aparat penegak hukum sampai adanya putusan pengadilan, oleh masyarakat proses hukum demikian dianggap telah mencederai rasa keadilan di masyarakat.

Konstruksi akan dijalani melalui interaksi antara dan sesama responden dan obyek observasi dengan metode pendekatan hermeneutik. Josep Bleicher, mengatakan bahwa Hermeneutika secara umum dapat didefinisikan sebagai suatu teori atau filsafat interpretasi makna⁸³. Hermeneutik⁸⁴ secara lafdli (etimologi) mempunyai makna penafsiran atau interpretasi, sedangkan secara istilah (terminologi) adalah “proses

⁸² Peter Mahmud Marzuki, 2010, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, hal. 41.

⁸³ Josep Bleicher dalam Nafisul Atho' dan Arif Fahrudin, 2003, *Hermeneutika Transendental*, IRCiSoD, Yogyakarta, hal.14.

⁸⁴ E. Sumaryono, 1995, *Hermeneutik Sebuah Metode Filsafat*, Kanisius, Yogyakarta, hal. 24.

mengubah sesuatu atau situasi ketidaktahuan menjadi mengerti” dan pertukaran dialektikal.

Ada dua istilah yang menunjukkan adanya kegiatan hermeneutika dalam Islam, yaitu istilah tafsir dan istilah takwil. Sebagai kegiatan hermeneutika, kedua istilah ini mengandung pengertian yang sedikit berbeda antara satu dan lainnya. *Tafsir* secara bahasa berarti menjelaskan, menyingkap, dan menampakkan, atau menerangkan makna yang abstrak dan pelik. Dengan demikian, tafsir berarti menyingkap apa yang dimaksud oleh lafadh dan melepaskan apa yang tertahan dari pemahaman. Adapun takwil menurut bahasa berasal dari kata *aul* yang berarti kembali ke asal. Dikatakan “*Ala Ilaihi aulan wama lan*”, artinya kembali kepadanya dan “*awwalal-kalama ta’wilan*” artinya memikirkan, memperkirakan, dan menafsirkan.⁸⁵

Untuk itu diperlukan penafsiran atau interpretasi terhadap teks-teks hukum pidana, baik materiil maupun formil yang hidup dan berlaku dalam realitas masyarakat Indonesia dan hermeneutik dapat juga untuk memahami struktur kehidupan masyarakat secara komprehensif, termasuk sikap dan perilakunya dalam praktek peradilan pidana yang merupakan konstruksi dari sikap dan perilakunya.

Konstruksi sistem hukum pidana tersebut akan dibandingkan dan ditandingkan dengan konstruksi sistem hukum budaya kearifan lokal bangsa Indonesia, yaitu hukum adat dan hukum agama (Islam) dengan

⁸⁵ Dedy Supriyadi, 2010, *Pengantar Filsafat Islam (Lanjutan) Teori dan Prkatik*, Pustaka Setia, Bandung, hal. 151.

tidak meninggalkan hukum global yang telah difilter guna mendapatkan resultante konstruksi, sehingga benar-benar menemukan dan mengonstruksi sistem hukum pidana Indonesia, khususnya mengenai mediasi penal yang benar-benar sesuai dengan nilai-nilai hukum pidana bangsa Indonesia.

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

2. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian sosial-legal (*social legal research*). Penelitian yang bersifat sosial-legal hanya menempatkan hukum sebagai gejala sosial, dalam hal demikian hukum dipandang dari segi luarnya saja.⁸⁶ Studi sosio-legal (*socio-legal research*) merupakan studi hukum dalam bentuk studi-studi empiris yang berorientasi pada penemuan teori-teori mengenai proses terjadinya dan mengenai proses bekerjanya hukum dalam masyarakat.⁸⁷ Dalam penelitian ini menitik beratkan pada perilaku individu atau masyarakat dalam kaitannya dengan efektifitas aturan hukum yang berlaku, yaitu aturan hukum yang sekarang berjalan

⁸⁶ Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.*, hal. 87.

⁸⁷ Zaenudin Ali, 2009, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hal. 13.

merupakan mekanisme konvensional yang didasarkan pada tegaknya proses formil pidana tanpa melihat kenyataan dan perkembangan hukum serta rasa keadilan di masyarakat, sementara proses yang demikian tidak memberikan perlindungan kepada kepentingan korban atau pelaku tindak pidana untuk mendapatkan keadilan dan kesejahteraan atau dengan kata lain hanya memenuhi asas kepastian hukum dan tidak memenuhi asas keadilan dan asas manfaat. Mediasi penal memberikan jalan terbaik untuk menyelesaikan masalah atau konflik yang terjadi antara pelaku tindak pidana dengan korban dengan melibatkan langsung di antara mereka guna menyelesaikan masalahnya dengan jalan damai yang mengedepankan nilai-nilai keadilan Pancasila.

Sulistiyowati Irianto menyebutkan metode penelitian sosiolegal dapat diidentifikasi melalui dua hal. *Pertama*, studi sosiolegal melakukan studi tekstual terhadap peraturan perundang-undangan dan kebijakan secara kritis untuk menjelaskan problematika filosofis, sosiologis dan yuridis dari hukum tertulis. Dengan demikian diketahui apa makna dan bagaimana implikasinya terhadap subjek hukum. *Kedua*, studi sosiolegal menggunakan berbagai metode “baru” hasil perkawinan antara metode penelitian hukum dengan ilmu sosial, seperti penelitian kualitatif sosiolegal dan etnografi sosiolegal. Metode yang dikembangkan secara interdisipliner tersebut dapat menjelaskan fenomena hukum yang sangat luas seperti relasi kekuasaan dalam konteks sosial, budaya dan ekonomi di mana hukum berada. Melalui dua metode tersebut, studi sosiolegal dapat

dilakukan dengan menggunakan pendekatan normatif kritikal dan empirisme kualitatif di dalam satu penelitian. Dengan demikian penelitian hukum tidak terkungkung menjadi penelitian dogmatis sekaligus juga tidak liar menjadi penelitian non-hukum. Penggunaan sekaligus dua pendekatan tersebut ditujukan untuk menjawab persoalan-persoalan hukum supaya hukum benar-benar hadir untuk mendatangkan keadilan bagi semua kalangan, terutama bagi kalangan marjinal yang realitasnya sering diabaikan dalam studi hukum normatif.⁸⁸

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini terdiri dari beberapa pendekatan penelitian hukum. Peter Mahmud Marzuki menyebutkan bahwa pendekatan yang digunakan dalam penelitian hukum adalah pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan historis (*historical approach*), pendekatan komparatif (*comparative approach*), dan pendekatan konseptual (*coceptual approach*).⁸⁹

Pendekatan undang-undang (*statute approach*), dimaksudkan untuk mengidentifikasi apakah mediasi penal itu telah termuat di dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia; Pendekatan kasus (*case approach*), dimaksudkan untuk menelaah kasus-kasus yang berkaitan dengan mediasi penal, baik dalam tingkat penyidikan, penuntuan, pengadilan, lembaga pemasyarakatan maupun advokat/penasihat hukum; Pendekatan historis (*historical approach*),

⁸⁸ <http://yancearizona.net/2010/06/17/berkenalan-dengan-metode-penelitian-sosiolegal/>

⁸⁹ Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.*, hal. 93.

dimaksudkan untuk menelaah latar belakang dan perkembangan (sejarah) mediasi penal di dalam masyarakat Indonesia; Pendekatan komparatif (*comparative approach*), dimaksudkan untuk membandingkan eksistensi mediasi penal di Indonesia dan di berbagai negara di dunia; dan yang selanjutnya adalah Pendekatan konseptual (*coceptual approach*), dimaksudkan dengan mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin hukum, maka akan ditemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang relevan dengan mediasi penal.

3. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian ini adalah deskriptif analisis yaitu mengangkat kasus-kasus yang diselesaikan melalui proses peradilan pidana. Adapun kasus-kasus yang dikaji dalam penelitian ini adalah kasus-kasus yang penyelesaiannya dilakukan melalui proses peradilan pidana dengan mengakomodir perdamaian dengan jalan mediasi penal antara pelaku tindak pidana dan korban dengan tujuan mencapai keadilan bersama. Pengkajian mana terhadap kasus-kasus pidana yang ada pada lembaga peradilan sejak dari lembaga penyidik, penuntutan, pengadilan sampai dengan lembaga pemasyarakatan, dan termasuk juga lembaga advokat.

4. Sumber Data Penelitian

Data yang diperlukan dalam penelitian ini berupa data primer dan data sekunder yang bersifat kualitatif. Data primer merupakan data yang

diperoleh secara langsung dari narasumber atau responden melalui wawancara.

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

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

Data sekunder di bidang hukum (dipandang dari sudut kekuatan mengikatnya) dapat dibedakan menjadi:⁹⁰

a. Bahan-bahan hukum primer:

1. Norma dasar Pancasila;
2. Peraturan dasar: Batang tubuh UUD 1945, Ketetapan MPR;

⁹⁰ Ronny Hanitjo Soemitro, 1985, *Metodologi Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hal. 24.

3. Peraturan perundang-undangan;
 4. Bahan hukum yang tidak dikodifikasikan, misalnya hukum adat;
 5. Jurisprudensi;
 6. Traktat.
 7. RUU KUHP tahun 2015.
 8. RUU KUHAP tahun 2015.
- b. Bahan-bahan hukum sekunder yaitu bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisa dan memahami bahan hukum primer, adalah:
1. Rancangan peraturan perundang-undangan:
 - a. RUU KUHP tahun 2015.
 - b. RUU KUHAP tahun 2015.
 2. Hasil karya ilmiah para sarjana;
 3. Hasil-hasil penelitian;
- c. Bahan-bahan hukum tertier yaitu bahan-bahan yang memberikan informasi tentang bahan primer dan sekunder, misalnya:
1. Bibliografi;
 2. Indeks kumulatif.

5. Metode Pengumpulan Data

Untuk mendeskripsikan data primer dan data sekunder dilakukan:

- a. Studi Pustaka.

Dalam penelitian hukum normatif atau kepustakaan teknik pengumpulan data dalam penelitian normatif dilakukan dengan studi pustaka terhadap bahan-bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, maupun bahan hukum tersier dan atau bahan non-hukum. Penelusuran bahan-bahan hukum tersebut dapat dilakukan dengan membaca, melihat, mendengarkan, maupun sekarang banyak dilakukan penelusuran bahan hukum tersebut dengan melalui media internet.⁹¹

b. Observasi Lapangan.

Observasi atau pengamatan merupakan kegiatan yang dilakukan oleh peneliti dalam rangka pengumpulan data dengan cara mengamati fenomena suatu masyarakat tertentu dalam waktu tertentu pula. Dalam observasi ini peneliti menggunakan banyak catatan, seperti daftar *check*, daftar isian, daftar angket, daftar kelakuan dan lain-lain, yang harus dilakukan sendiri oleh peneliti.⁹²

c. Wawancara.

Wawancara dimaksudkan melakukan tanya jawab secara langsung antara peneliti dengan responden atau narasumber atau informan untuk mendapatkan informasi. Wawancara adalah bagian penting dalam suatu penelitian hukum terutama dalam penelitian hukum empiris. Karena tanpa wawancara, peneliti akan kehilangan informasi yang

⁹¹ Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, 2013, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif & Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hal. 160.

⁹² *Ibid*, hal. 167.

hanya diperoleh dengan jalan bertanya secara langsung kepada responden, narasumber atau informan.⁹³

Dalam penelitian ini dilakukan dengan wawancara kepada responden, narasumber atau informan, yaitu pelaku tindak pidana, korban tindak pidana atau keluarganya, advokat, polisi (penyidik), jaksa, hakim dan petugas Lembaga Pemasyarakatan, akademisi, tokoh agama/tokoh masyarakat di wilayah hukum Kabupaten Pemalang, Pekalongan, Banyumas, Kota Semarang dan sekitarnya;

6. Analisa Data

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

Logika berfikir deduktif digunakan untuk memaparkan dan menjelaskan secara rinci dan mendalam, guna mengungkapkan eksistensi dan prinsip-prinsip dasar dari mediasi penal sebagai alternatif menyelesaikan perkara pidana, dan menyusun konstruksi mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana yang ideal dalam sistem hukum pidana di Indonesia.

⁹³ *Ibid*, hal. 161.

I. Orsinalitas Penelitian

Penelitian tentang sistem peradilan pidana (SPP) yang berorientasi pada pembangunan sistem peradilan pidana dewasa ini relatif tidak sedikit yang dilakukan, terutama dalam rangka penelitian untuk penulisan tesis dan disertasi. Namun demikian, penelitian yang secara khusus melakukan eksplorasi tentang mediasi penal dalam bingkai teoritis peradilan pidana di Indonesia, menurut peneliti hingga sekarang masih relatif tidak banyak.

Berikut ini disampaikan beberapa hasil penelitian disertasi sebelumnya yang dibandingkan dengan konsep atau pemikiran dari peneliti sebagai kajian orsinalitas penelitian peneliti, sebagai berikut:

PENELITIAN SEBELUMNYA				PENELITIAN SEKARANG
NO	PENELITI/ PENULIS	JUDUL PENELITIAN	HASIL PENELITIAN	UNSUR KEBARUAN
1.	Nirmala Sari	Mediasi Penal Sebagai Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan ⁹⁴	Menitik beratkan dan 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 dalm sistem hukum pidana di Indonesia.	Fokus penulis dalam penelitian ini adalah menempatkan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian

⁹⁴ Nirmala Sari, 2011, *Mediasi Penal Sebagai Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang.

2.	Trisno Raharjo	Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penyelesaian Konflik Antara Pelaku dan Korban Tindak Pidana Melalui Mediasi Pidana ⁹⁵	Menitik beratkan dan menempatkan mediasi pidana sebagai alternatif penyelesaian konflik yang terintegrasi dengan sistem peradilan pidana, sehingga posisi korban dapat lebih terakomodasi dalam penyelesaian konflik dengan pelaku tindak pidana.	perkara pidana yang terintegrasi dalam sistem peradilan pidana, di mana dalam penyelesaiannya dituangkan dalam bentuk
3.	Mudzakkir	Posisi Hukum Korban Kejahatan dalam Sistem Peradilan Pidana ⁹⁶	Menitikberatkan pada posisi hukum korban kejahatan dalam sistem peradilan pidana dan formulasi pemberdayaan posisi korban kejahatan dalam sistem peradilan pidana di Indonesia kedepan.	surat/akta perdamaian, yang dilakukan oleh pelaku dan korban tindak pidana atau keluarganya,
4.	Natangsa Surbakti	Kebijakan Formulasi Pemberian Maaf Dalam Kebijakan Legislasi Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia ⁹⁷	Menitik beratkan pada ide pemberian maaf bagi pelaku tindak pidana yang diformulasikan dalam kebijakan legislasi sistem peradilan pidana di Indonesia.	baik di luar maupun di dalam proses peradilan, mulai dari Advokat,
5.	Ridwan Mansyur	Penyelesaian Tindak Pidana Kekerasan	Menitik beratkan pada lembaga khusus dalam	Kepolisian,

⁹⁵ Trisno Raharjo, 2011, *Kebijakan Hukum Pidana Dalam Penyelesaian Konflik Antara Pelaku Dan Korban Tindak Pidana Melalui Mediasi Pidana*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang.

⁹⁶ Mudzakkir, 2001, *Posisi Hukum Korban Kejahatan dalam Sistem Peradilan Pidana*, Disertasi, Program Pascasarjana FH. UI, Jakarta.

⁹⁷ Natangsa Surbakti, 2011, *Kebijakan Formulasi Pemberian Maaf Dalam Kebijakan Legislasi Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang.

		dalam Rumah Tangga Menurut Sistem Peradilan Pidana dari Perspektif <i>Restoratif Justice</i> ⁹⁸	penegakan hukum pidana terhadap perkara kekerasan dalam rumah tangga yang memberikan rasa keadilan guna mewujudkan pemulihan bagi para pihak (pelaku dan korban).	Kejaksaan, Pengadilan sampai dengan Lembaga Pemasyarakatan, yang berbasis pada nilai keadilan Pancasila.
6.	G. Widiartana	Ide Keadilan Restoratif pada Kebijakan Penanggulangan Kekerasan dalam Rumah Tangga dengan Hukum Pidana ⁹⁹	Menitik beratkan pada ide keadilan restoratif sebagai dasar bagi kebijakan hukum pidana pada penanggulangan kekerasan dalam rumah tangga yang mencerminkan ide keadilan restoratif.	

Berdasarkan pada hal-hal tersebut di atas, maka disertasi yang peneliti buat berbeda dengan penelitian yang dilakukan oleh Nirmala Sari, Trisno Raharjo, Mudzakkir, Natangsa Surbakti, Ridwan Mansyur dan G. Widiartana. Disertasi dengan fokus penelitian mengenai mediasi penal dalam upaya penyelesaian konflik, baik di luar maupun di dalam proses peradilan dari mulai Lembaga Advokat, Lembaga Kepolisian, Lembaga Kejaksaan, Lembaga Pengadilan sampai dengan Lembaga Pemasyarakatan dalam penegakan hukum pidana yang berbasis pada nilai keadilan Pancasila sebagaimana diusulkan peneliti,

⁹⁸ Ridwan Mansyur, 2010, *Penyelesaian Tindak Pidana Kekerasan dalam Rumah Tangga Menurut Sistem Peradilan Pidana dari Perspektif Restoratif Justice*, Disertasi, Program Pascasarjana, Program Doktor (S3) Ilmu Hukum UNPAD, Bandung.

⁹⁹ G. Widiartana, 2011, *Ide Keadilan Restoratif pada Kebijakan Penanggulangan Kekerasan dalam Rumah Tangga dengan Hukum Pidana*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP, Semarang.

sepanjang pengetahuan peneliti realitasnya belum pernah dikaji oleh para penstudi hukum selama ini.

J. Sistematika Penulisan Disertasi

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

Bab kedua, kajian teori yang memuat pembahasan mengenai perkembangan pemikiran dan teorik tentang mediasi penal: Perkembangan Hukum Pidana: Perkembangan Teori Hukum Pidana, Perkembangan Aliran Hukum Pidana; Sistem Peradilan Pidana: Pengertian Sistem Peradilan Pidana, Model Sistem Peradilan Pidana; Perkembangan Mediasi Penal: Pengertian *Alternative Dispute Resolution* (ADR), Pengertian Mediasi Penal, Pengertian *Restorative Justice*, Pengertian Diskresi, Pengertian Diversi, Mediasi Penal Dalam Hukum Pidana Adat, Mediasi Penal Dalam Hukum Pidana Islam, Mediasi Penal Dalam Hukum Positif.

Bab ketiga, Pelaksanaan Mediasi Penal dalam Penegakan Hukum Pidana saat ini, meliputi: Ide Perkembangan Mediasi Penal, Prinsip-Prinsip Perkembangan Mediasi Penal Global; Perbandingan Mediasi Penal di Berbadai Negara; dan Mediasi Penal Yang Berdasarkan Nilai Kearifan Lokal Budaya Bangsa Indonesia Dengan Nilai-Nilai Falsafah Pancasila.

Bab keempat, memuat pembahasan mengenai Kelemahan-kelemahan Pelaksanaan Mediasi Penal dalam Penegakan Hukum Pidana saat ini, meliputi: Mediasi Penal Dalam Formulasi KUHAP/Hukum Pidana Formil, Mediasi Penal Dalam Formulasi KUHAP/Hukum Pidana Materiil, Mediasi Penal Dalam Kebijakan Diskresi, Mediasi Penal Dalam Formulasi Perundang-Undangan, Kelebihan dan Kelemahan Mediasi Penal.

Baba kelima, memuat Pelaksanaan Mediasi Penal dalam Penegakan Hukum Pidana yang Berbasis Nilai Keadilan Pancasila: padat tahap/tingkat Advokat, Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan.

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