

**REKONSTRUKSI REGULASI PENYELESAIAN TINDAK
PIDANA OLEH KEPOLISIAN MELALUI MEDIASI PENAL
BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF**

**DISUSUN
OLEH**

**RICHY RICARDO SEMBIRING
NIM. 10302100178**

DISERTASI

**Untuk memperoleh gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum
Pada Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA)**

**Dipertahankan pada tanggal 22 November 2025
Di Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA)**



**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG
SEMARANG
2025**

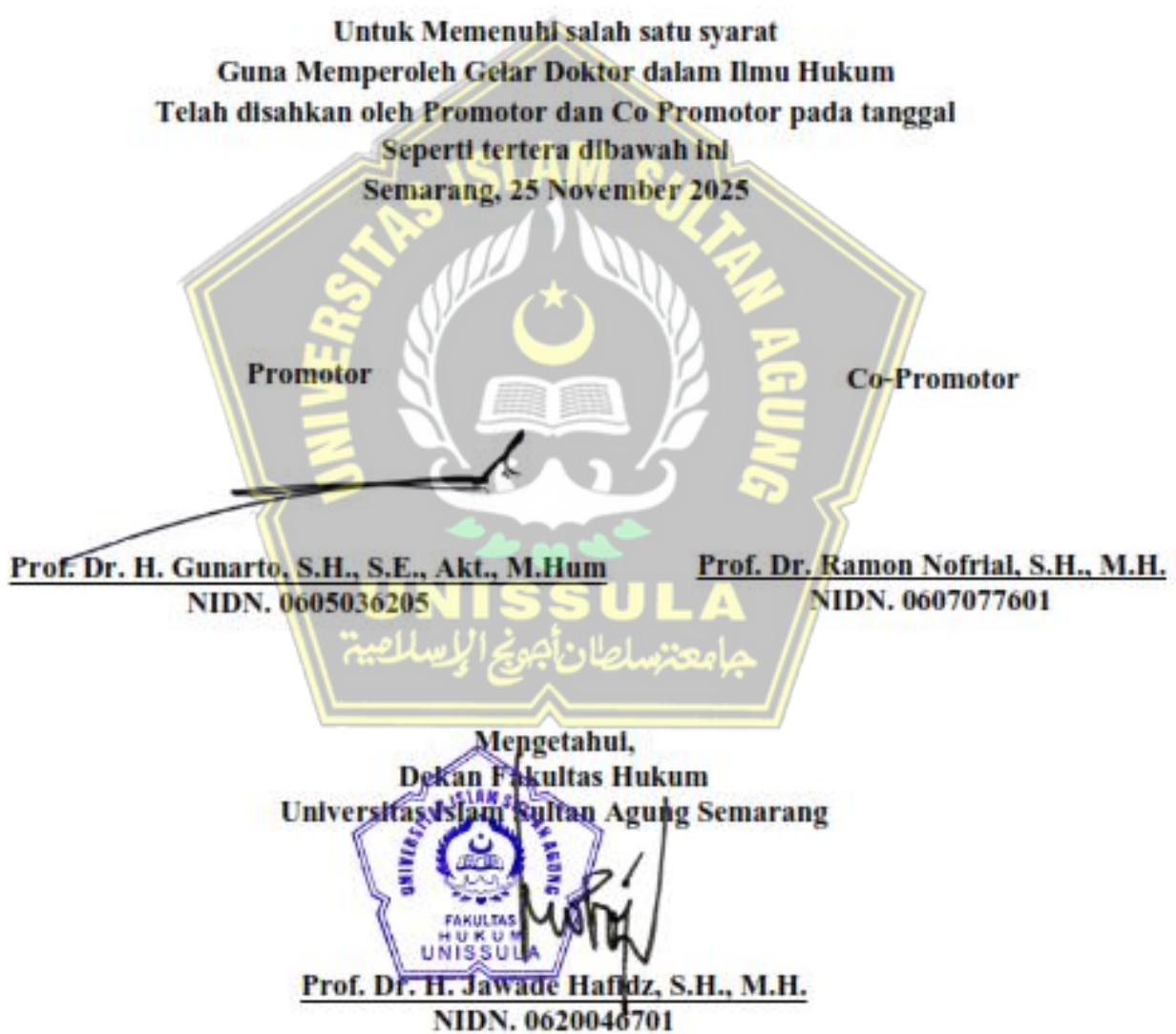
LEMBAR PENGESAHAN DISERTASI
REKONSTRUKSI REGULASI PENYELESAIAN TINDAK PIDANA OLEH
KEPOLISIAN MELALUI MEDIASI PENAL BERBASIS NILAI KEADILAN
RESTORATIF

Oleh :

RICHY RICARDO SEMBIRING
NIM : 10302100178

DISERTASI

Untuk Memenuhi salah satu syarat
Guna Memperoleh Gelar Doktor dalam Ilmu Hukum
Telah disahkan oleh Promotor dan Co Promotor pada tanggal
Seperti tertera dibawah ini
Semarang, 25 November 2025



PERNYATAAN

Dengan ini saya menyatakan bahwa :

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

Semarang, November 2025
Yang membuat pernyataan,

Richy Ricardo Sembiring
NIM. 10302100178

Rekonstruksi Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana Oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif

Ricky Ricardo Sembiring *)
Gunarto, Ramon Nofrial, dan Irpan Husein Lubis **)

ABSTRAK

Regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal belum berbasis nilai keadilan restoratif dikarenakan pembatasan untuk penanganan tindak pidana yang dapat dihindarkan penyidikan berdasarkan keadilan restoratif, padahal di dalam kenyataan banyak terjadi di masyarakat penyelesaian tindak pidana berdasarkan mediasi penal, namun belum diakomodir oleh suatu regulasi demi berkekuatan dan berkepastian hukum. Oleh karenanya diperlukan sistem hukum pidana nasional yang lebih mengedepankan pendekatan *restorative justice*, mengingat sistem pemidanan diterapkan saat ini mengalami dan menimbulkan banyak permasalahan, seperti terbaikannya hak korban, kurang memberikan kepuasan dan rasa keadilan masyarakat, terjadinya penumpukan perkara di lembaga peradilan, selain juga terjadinya over kapasitas narapidana di lembaga pemasyarakatan.

Kelemahan regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif pada saat ini yakni pada hukum positif Indonesia asasnya perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu dimungkinkan adanya penyelesaian kasus di luar pengadilan. Akan tetapi, praktik penegakan hukum di Indonesia sering juga perkara pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui diskresi aparat penegak hukum, mekanisme perdamaian, lembaga adat dan lain sebagainya. Implikasi praktik penyelesaian perkara di luar pengadilan selama ini memang tidak ada landasan hukum formalnya, sehingga lazim juga terjadi suatu kasus secara informal telah dilakukan penyelesaian damai melalui mekanisme hukum adat, namun tetap saja diproses ke pengadilan sesuai hukum positif yang berlaku.

Rekonstruksi regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif dengan memperkuat mediasi penal merupakan solusi penyelesaian tindak pidana, sehingga perlu adanya penegasan terhadap kualifikasi mediasi penal yang dibakukan dalam bentuk formulasi yang lebih konkret seperti undang-undang, dan agar penerapan *restorative justice* dalam penyelesaian perkara pidana dapat berjalan secara maksimal, perlu melakukan perubahan terhadap hukum pidana formal dengan mengatur mekanisme penyelesaian tidak pidana melalui pendekatan *restorative justice* sebagai yang utama dalam penyelesaian perkara pidana.

Praktik mediasi penal saat ini dilakukan melalui diskresi penegak hukum sehingga masa mendatang diperlukan adanya pengaturan secara limitatif terhadap perkara-perkara yang dapat dilakukan mediasi penal sehingga tidak terjadi adanya penyalahgunaan wewenang (*abuse of power*) dari para pihak yang terlibat dalam Sistem Peradilan Pidana.

Kata Kunci : Kepolisian, Mediasi Penal, dan Keadilan Restoratif

*) Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung

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

KATA PENGANTAR

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

Disertasi ini diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Doktor Ilmu Hukum pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung. Adapun judul Disertasi Ini adalah **Rekonstruksi Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana Oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif.**

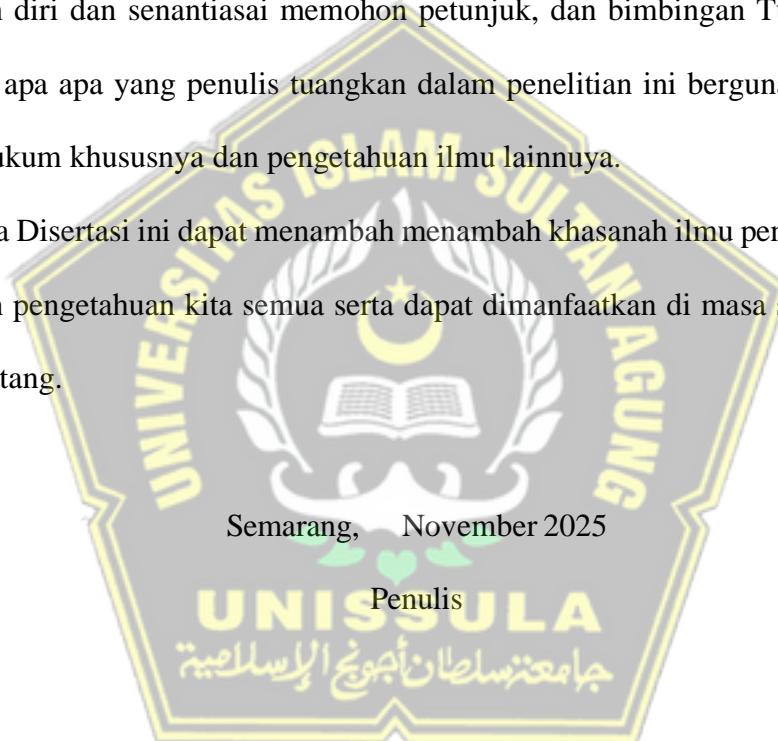
Pada kesempatan ini juga dengan kerendahan hati penulis ingin menyampaikan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada semua pihak yang turut berpartisipasi langsung maupun tidak langsung memberikan bantuan, bimbingan dan arahan kepada penulis selama penyelesaian Disertasi ini, yakni:

1. Prof. Dr. H. Gunarto, S.H., S.E., Akt., M.Hum. selaku Rektor Universitas Islam Sultan Agung Semarang.
2. Prof. Dr. H. Jawade Hafidz, S.H., M.H. selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang.
3. Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, S.H., M.Hum. selaku Ketua Program Doktor Ilmu Hukum dan Dr. Latifah Hanim, S.H., M.Hum. selaku Sekretaris Program Doktor Ilmu Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang.
4. Promotor dan Co Promotor beserta Dosen atas ilmu yang diajarkan dan bimbingan serta arahan yang diberikan selama mengikuti perkuliahan. Semoga segala keikhlasan hati diberikan balasan yang terbaik dari Allah SWT.

5. Kepada Seluruh keluarga atas segala dukungan baik moril dan materil selama penulis menyelesaikan perkuliahan serta doa demi keberhasilan penulis di Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung.
6. Ucapan terima kasih juga saya sampaikan kepada sahabat saya serta teman-teman seperjuangan di bangku perkuliahan PDIH atas dukungan dan kebersamaan mengapai kesuksesan studi selama ini.

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

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



Richy Ricardo Sembiring

DAFTAR ISI

LEMBAR PENGESAHAN.....	i
PERNYATAAN.....	ii
ABSTRAK.....	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
DAFTAR ISI.....	vi
BAB I : PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah.....	9
C. Tujuan Penelitian.....	8
D. Kegunaan Penelitian.....	9
E. Kerangka Konseptual.....	9
F. Kerangka Teoritik.....	12
1. <i>Grand Theory</i> : Teori Keadilan Restoratif.....	12
2. <i>Middle Theory</i> : Teori Negara Hukum..... Teori Sistem Hukum.....	16 38
3. <i>Applied Theory</i> : Teori Penegakan Hukum..... Teori Hukum Progresif.....	40 48
G. Kerangka Pemikiran.....	53
H. Orisinalitas Penelitian.....	54
I. Metode Penelitian.....	59
J. Sistematika Penulisan.....	64

BAB II : TINJAUAN PUSTAKA.....	65
A. Fungsi Hukum Dalam Masyarakat.....	65
B. Kepolisian Republik Indonesia.....	71
C. Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana.....	79
D. Alternatif Penyelesaian Sengketa, Mediasi dan Mediasi Penal.....	89
E. Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa.....	111
F. Keadilan Restoratif.....	119
BAB III : REGULASI PENYELESAIAN TINDAK PIDANA OLEH KEPOLISIAN MELALUI MEDIASI PENAL BELUM BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF.....	129
A. Penegakan Hukum oleh Kepolisian Republik Indonesia.....	129
B. Keadilan Retoratif Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Melalui Mediasi Penal.....	132
C. Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Belum Berbasis Nilai Keadilan.....	150
BAB IV : KELEMAHAN REGULASI PENYELESAIAN TINDAK PIDANA OLEH KEPOLISIAN MELALUI MEDIASI PENAL BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF PADA SAAT INI	167
A. Keadilan Restoratif dan Keadilan Prosedural.....	167
B. Keadilan Restoratif Dalam Penegakan Hukum.....	168
C. Perdamaian Dalam Mediasi Penal sebagai Penyelesaian Sengketa.....	181
D. Diskresi Kepolisian Dalam Penyelesaian Sengketa.....	185
E. Kelemahan Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal.....	191

BAB V : REKONSTRUKSI REGULASI PENYELESAIAN TINDAK PIDANA OLEH KEPOLISIAN MELALUI MEDIASI PENAL BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF.....	202
A. Keadilan Restoratif Menurut Pancasila dan UUD NRI 1945.....	202
B. Study Perbandingan Hukum Keadilan Restoratif di Berbagai Negara.....	235
C. Perspektif Hukum Islam tentang Keadilan Restoratif.....	249
D. Keadilan Restoratif Dalam Penyelesaian Sengketa Menurut Hukum Adat	254
E. Rekonstruksi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif.....	271
BAB VI : PENUTUP.....	302
A. Simpulan.....	302
B. Saran.....	303

DAFTAR PUSTAKA



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalahs

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

Pembangunan hukum untuk mencapai suatu penegakan hukum tidak terbatas pada adanya aturan yang bersifat normatif saja, namun dalam rangka mencapai penegakan hukum itu, perlu dipahami dengan baik faktor yang berpengaruh dalam penegakan hukum itu. Oleh karenanya hal ini dengan sendirinya menjadi dasar dan tujuan setiap usaha penegakan hukum pidana terutama kebijakan penanggulangan kejahatan di Indonesia sebagai perwujudan pembangunan bidang hukum dalam rangka kesejahteraan dan perlindungan sosial, maka penerapan hukum atau dipergunakannya aturan bagi masyarakat sebagai upaya penanggulangan kejahatan bukanlah salah satunya tujuan. Apalah artinya penerapan hukum di masyarakat kalau pada akhirnya tujuan pembangunan hukum tidak tercapai.

Dalam rangka penegakan hukum, salah satunya ditentukan oleh faktor kualitas penegak hukum, sehingga mampu memahami hakikat penegakan hukum pidana. Dengan tingginya kualitas penegakan hukum, ia dapat mengambil upaya

yang menurutnya paling baik dilakukan, salah satunya adalah ketika penegak hukum melakukan tindakan penyaringan perkara.

Sistem peradilan pidana sudah dianggap berhasil apabila laporan ataupun pengaduan terjadinya kejahatan di dalam masyarakat dapat diselesaikan dengan diajukan ke pengadilan dan mendapat putusan dari hakim yang seadil- adilnya, apakah berupa putusan bebas, lepas dari segala tuntutan hukum, ataupun berupa pemidanaan. Keberhasilan dari sistem peradilan pidana dapat dilihat dari berkurangnya jumlah kejahatan dan residivis di dalam masyarakat.

Suatu tujuan hukum tidak selalu identik dengan tujuan yang dirumuskan secara eksplisit, apa yang dinyatakan dalam suatu aturan belum tentu merupakan alasan yang sesungguhnya dari pembuatan aturan tersebut.¹ Jadi dengan demikian perlu dikaji bahwa dalam kenyataannya hukum itu tidak secara membabi buta diperlakukan kepada siapa pun dan dalam kondisi apapun seperti apa yang tercantum dalam bunyi perundang-undangan itu.

Pandangan yang sempit di dalam hukum pidana ini bukan saja tidak sesuai dengan tujuan hukum pidana tetapi akan membawa akibat suatu kehidupan masyarakat menjadi berat, susah atau membuat tidak menyenangkan. Karena segala gerakannya diatur atau dikendalikan sanksi oleh peraturan itu. Dan untuk mengatasi kekuatan ini maka jalan keluar yang diberikan oleh hukum adalah diserahkan kepada petugas hukum itu sendiri, untuk menguji setiap perkara yang masuk dalam proses untuk diadakan diskresi.

Hukum itu hanya dapat menuntut kehidupan bersama secara umum. Sebab begitu ia mengatur secara rinci dengan memberikan skenario langkah-langkah secara lengkap, maka pada waktu itu pula kehidupan akan macet. Oleh karena

¹ Soerdjono Soekanto, *Efektivitas Hukum dan Peranan Sanksi*, Remaja Karya, Jakarta, 1995, hlm 7.

itu sesungguhnya diskresi merupakan kelengkapan dari pengaturan oleh hukum itu sendiri.²

Menurut Roscoe Found, tujuan hukum harus ditelaah dalam rangka kebutuhan dan atau untuk kepentingan sosial yang antara lain meliputi keamanan umum, kehidupan pribadi dan sebagainya.³ Dalam pandangan ajaran ini hukum dipandang sebagai instrumen untuk mengarahkan atau mencapai tujuan yang menurut Roscoe Pound adalah seluruh kepentingan sosial sejak dari kepentingan pribadi sampai dengan kepentingan-kepentingan masyarakat dan negara.⁴

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

Penjelasan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negera Republik Indonesia, bahwa : Tindakan pencegahan tetap diutamakan melalui pengembangan asas preventif dan asas kewajiban umum kepolisian, yaitu memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat. Dalam hal ini setiap pejabat kepolisian negara Republik Indonesia memiliki kewenangan diskresi yaitu kewenangan bertindak demi kepentingan umum berdasarkan penilaian sendiri.

Kepolisian adalah alat negara berperan dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan dalam negeri. Anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia adalah pegawai negeri pada Kepolisian Negara Republik Indonesia. Fungsi

² Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, 1993, hlm 11.

³ M Faal, *Penyaringan Perkara oleh Polisi*, Pradnya Paramitha, Jakarta, 2001, hlm 21.

⁴ *Ibid*, hlm 22.

kepolisian adalah salah satu fungsi pemerintahan negara bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat. Fungsi kepolisian harus memperhatikan semangat penegakan hak asasi manusia, hukum, dan keadilan. Kepolisian Negara Republik Indonesia bertujuan mewujudkan keamanan dalam negeri meliputi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib, dan tegaknya hukum, terselenggaranya perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat, serta terbinanya ketentraman masyarakat dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia. Kepolisian Negara Republik Indonesia mempunyai peran dalam memelihara keamanan, dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta memberikan perlindungan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat, serta terbinanya ketentraman masyarakat dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia.⁵

Diskresi berasal dan bahasa Inggris yaitu dan kata *discretion* yang artinya kebijaksanaan.⁶

Diskresi melekat kepada profesi polisi, karena polisi adalah hukum di alam nyata, hukum praktis, bukan sekadar bersifat legal formal, yang acap kali bernada teoritis. Diskresi sebagai putusan yang lebih bertitik tolak pada kecerdasan dan keluruhan nurani, yang merupakan kebijaksanaan yang layak diapresiasi. Kepolisian Negara Republik Indonesia yang telah diatur dalam Undang Undang Dasar 1945 pada Pasal 30 ayat (4) bahwa Kepolisian Negara Republik Indonesia sebagai alat negara yang menjaga keamanan dan melayani masyarakat, serta menegakkan hukum. Undang-Undang Kepolisian adalah merupakan sebuah landasan yuridis yang mengatur tentang keberadaan Polri dalam sistem negara Indonesia.⁷

Pasal 13 Undang-Undang Kepolisian dijelaskan bahwa tugas pokok kepolisian adalah memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat.

Menurut Sartijipto Rahardjo dan Anton Tabah, dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat tersebut membutuhkan kelonggaran dan kebebasan dalam bertindak, dan itu diberi tugas polisi tidak bias diatur dan dibatasi, atau dengan istilah ilmunya dibutuhkan suatu diskresi untuk bisa melaksanakan tugas tersebut.⁸

⁵ Penjelasan umum Undang – Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia dikutip dalam Prof.Drs. C.S. T Kansil, SH, Pokok – Pokok etika profesi hukum, Jakarta, PT Pradnya Paramita, 2011, hal.127

⁶ John M Echol, dan Hasan Shadily, Kamus Inggris Indonesia, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2002, hlm 145.

⁷ Mahmud Mulyadi, Community Policing Diskresi Dalam Pemolisian Yang Demokratis, Softmedia, Medan, 2011, hlm 8.

⁸ Satjipto Rahardjo dan Anton Tabah, Polisi : Pelaku dan Pemikir, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1997, hlm 28.

Dengan demikian apabila kata diskresi itu digabungkan dengan kata kepolisian maka akan menjadi diskresi kepolisian yang artinya suatu kebijaksanaan yang berdasarkan kekuasaannya untuk melakukan sesuatu tindakan atas dasar pertimbangan dan keyakinannya.⁹

Tindakan tersebut dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu atau di pandang lebih baik untuk melakukan hal tersebut walaupun penerapan diskresi merupakan suatu kebijakan yang melanggar undang-undang dengan memuat 3 (tiga) syarat, yakni: demi kepentingan umum, masih dalam batas wilayah kewenangannya, dan tidak melanggar asas-asas umurn pemerintahan yang baik.¹⁰

Berdasarkan kerangka pemikiran di atas, bahwa diskresi kepolisian yang diberikan kewenangan kepada polri diharapkan dengan tujuan hukum yaitu adanya keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.

Penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide tentang keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan sosial menjadi kenyataan. Proses perwujudan ide-ide itulah yang merupakan hakekat dari penegakan hukum. Penegakan hukum diartikan sebagai suatu proses untuk mewujudkan keinginan hukum, yaitu pikiran dari badan pembuat undang-undang yang dirumuskan dan ditetapkan dalam peraturan-peraturan hukum yang kemudian menjadi kenyataan.¹¹

Selain itu penegakan hukum juga mengandung arti keseluruhan kegiatan dari para pelaksana penegakan hukum ke arah tegaknya hukum, keadilan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia, ketertiban dan ketentraman dan kepastian hukum sesuai dengan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Penegakan hukum dikaitkan perlindungan masyarakat terhadap kejahatan tentunya berkaitan dengan penegakan hukum pidana. Tujuan ditetapkannya hukum pidana adalah sebagai salah satu sarana politik kriminal yaitu untuk perlindungan masyarakat yang sering pula dikenal dengan istilah *social defence*. Fungsionalisasi hukum pidana diartikan sebagai upaya untuk membuat hukum pidana dapat berfungsi, beroperasi atau bekerja dan

⁹ Mahmud Mulyadi, *Op, Cit*, hlm 3.

¹⁰ *Ibid*, hlm 40.

¹¹ Satjipto Rahardjo, *Op, Cit*, hlm. 15

terwujud secara konkret. istilah fungsionalisasi atau konkretisasi hukum pidana yang pada hakikatnya sama dengan penegakan hukum pidana.¹²

Dalam penegakan hukum, bukan merupakan tanggung jawab aparatur penegak hukum semata, tetapi merupakan tanggung jawab masyarakat dalam upaya menghadapi, menaggulangi berbagai bentuk kajahatan yang merugikan dan meresahkan masyarakat itu sendiri.¹³

Penegak hukum juga merupakan kegiatan menyerasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan dalam kaidah-kaidah, pandangan-pandangan yang mantap dan mengejawantahkannya dalam sikap dan tindakan sebagai serangkaian penjabaran nilai tahap akhir untuk menciptakan kedamaian pergaulan hidup. Tegaknya hukum ditandai oleh beberapa faktor yang saling terkait sangat erat yaitu hukum dan aturannya sendiri.¹⁴

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

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

Polisi merupakan aparat penegak hukum pertama kali berhadapan dengan setiap kasus pidana, sehingga perkara pidana yang masuk ke tahap penuntutan

¹² Barda Nawawi Arif, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm. 11.

¹³ Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, hlm. 3

¹⁴ Alvi Syahrin, *Beberapa Masalah Hukum*, Softmedia, Medan, 2009, hlm 11.

maupun pemeriksaan di pengadilan merupakan seleksi dari pihak kepolisian. Hal ini dapat dilihat dengan adanya beberapa tindakan pidana yang selesai di tingkat kepolisian. Ini dilakukan polisi berdasarkan wewenang diskresi yaitu menyelesaikan berdasarkan penilaianya sendiri sebagaimana yang terjadi dalam penyelesaian tindak pidana, bahkan menyebabkan kematian. Biasanya perkara pidana selesai pada tingkat penyelidikan secara kekeluargaan. Dalam menyeleksi perkara pidana polisi harus benar-benar melakukannya demi penegakan hukum dan jangan karena adanya sesuatu. Disamping itu perlu adanya pengawasan yang dilakukan atasan atau instansi lain maupun dari masyarakat, sehingga tindakan penyalahgunaan dan penyelewengan kekuasaan dapat dihindari.

Dalam proses penyelesaian perkara tindak pidana oleh Kepolisian Resor Deli Serdang, secara hukum dan menerapkan ketentuan hukum yang berlaku, penyelesaian perkara ini juga sering dilakukan melalui jalur di luar pengadilan atau dengan kata lain diselesaikan melalui perdamaian (*islah*) antar para pihak. Mekanisme ini sering juga disebut dengan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Perdamaian dalam hukum pidana artinya adalah penyelesaian kasus kejahatan dilakukan di luar acara peradilan, yaitu dengan cara perdamaian antara kedua belah pihak, sama halnya seperti dalam kasus perdata. Lembaga perdamaian ini secara yuridis formal tidak diakui dalam peraturan perundang-undangan hukum pidana, sehingga pelaksanaannya dipandang liar dan illegal karena tidak mempunyai landasan dalam hukum pidana positif.

Perdamaian dalam hukum pidana artinya adalah penyelesaian kasus kejahatan dilakukan di luar acara peradilan, yaitu dengan cara perdamaian antara kedua belah pihak, sama halnya seperti dalam kasus perdata. Lembaga

perdamaian ini secara yuridis formal tidak diakui dalam peraturan perundang-undangan hukum pidana, sehingga pelaksanaannya dipandang liar dan illegal karena tidak mempunyai landasan dalam hukum pidana positif.

Berdasarkan uraian di atas, maka tertarik untuk melakukan penelitian dalam bentuk disertasi mengenai **Rekonstruksi Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif.**

B. Rumusan Masalah

Adapun tujuan dari penelitian ini adalah :

1. Mengapa regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal belum berbasis nilai keadilan restoratif ?
2. Apa kelemahan regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif pada saat ini ?
3. Bagaimana rekonstruksi regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif ?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini adalah :

1. Untuk menganalisis dan menemukan regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal belum berbasis nilai keadilan restoratif.
2. Untuk menganalisis dan menemukan kelemahan regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif pada saat ini.

3. Untuk menganalisis dan menemukan serta melakukan rekonstruksi regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif.

D. Kegunaan Penelitian

Adapun kegunaan penelitian ini adalah :

1. Secara Teoritis

Sebagai bahan masukan bidang ilmu hukum bagi kalangan akademis mengenai hukum, dan juga diharapkan dapat memberikan masukan bagi penyempurnaan peraturan hukum dalam mengenai Rekonstruksi Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif.

2. Secara Praktis

Penelitian ini dapat dijadikan masukan bagi pihak kepolisian sebagai penegak hukum dan masyarakat sehubungan Rekonstruksi Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif.

E. Kerangka Konseptual

Kerangka konsepsi adalah kerangka yang menggambarkan hubungan antara konsep-konsep khusus, yang ingin atau akan diteliti.¹⁵ Dalam penelitian ini disusun berberapa definisi operasional dari konsep-konsep yang akan digunakan agar tidak terjadi perbedaan pengertian Sesuai permasalahan penelitian yang

¹⁵ Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1995, hlm 132.

dianalisis, maka kerangka konseptual dalam penelitian ini dapat dijelaskan sebagai berikut :

1. Rekonstruksi

Rekonstruksi memiliki arti bahwa *re* berarti pembaharuan sedangkan konstruksi sebagaimana penjelasan diatas memiliki arti suatu sistem atau bentuk.¹⁶ Rekonstruksi adalah upaya reorientasi dan reevaluasi serta penyusunan kembali nilai hukum, sosiologis, politik, sosio filosofis dan *socio cultural*.

Rekonstruksi mencakup tiga poin penting, yaitu pertama, memelihara inti bangunan asal dengan tetap menjaga watak dan karakteristiknya. Kedua, memperbaiki hal-hal yang telah runtuh dan memperkuat kembali sendi-sendi yang telah lemah. Ketiga, memasukkan beberapa pembaharuan tanpa mengubah watak dan karakteristik aslinya. Dari sini dapat dipahami bahwa pembaharuan bukanlah menampilkan sesuatu yang benar-benar baru, namun lebih tepatnya merekonstruksi kembali kemudian menerapkannya dengan realita saat ini.¹⁷

2. Pengertian Regulasi menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah pengaturan.¹⁸

Christel Koop dan Martin Lodge mengambil pengertian regulasi sebagai tiga konsep utama. Pertama, regulasi adalah seperangkat aturan yang otoritatif dengan disertai beberapa mekanisme untuk memantau dan mempromosikan kepatuhan terhadap aturan-aturan yang berlaku. Ketiga, regulasi adalah semua mekanisme kontrol sosial, termasuk untuk proses yang tidak disengaja dan tidak berhubungan dengan negara.¹⁹

3. Kepolisian adalah Kepolisian Nasional di Indonesia, yang bertanggung jawab langsung di bawah Presiden dan mengemban tugas-tugas kepolisian di seluruh wilayah Indonesia yaitu memelihara keamanan dan ketertiban

¹⁶ Hasan Alwi, *Kamus Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2016, hlm. 729.

¹⁷ Yusuf Qardhawi, *Problematika Rekonstruksi Ushul Fiqih, Al-Fiqh Al-Islâmî bayn AlAshâlah wa At-Tajdîd*, Tasikmalaya, 2014, hlm 56.

¹⁸ *Kamus Besar Bahasa Indonesia online*, <https://www.kbbi.web.id/.pdf>

¹⁹ Koop, Christel and Lodge, Martin, *What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. Regulation and Governance*. ISSN 1748-5983, 2015, hlm 3.

- masyarakat; menegakkan hukum; dan memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat.
4. Mediasi Penal adalah penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan melalui musyawarah antara pelaku dan korban dengan bantuan mediator netral. Tujuannya adalah untuk mencapai keadilan restoratif dengan memulihkan hubungan dan kondisi para pihak (pelaku, korban, dan masyarakat) melalui kesepakatan, bukan sekadar hukuman formal.
 5. Keadilan restoratif, menurut Marian Liebmann maknanya antara lain didapat Konsorsium Keadilan Restoratif di Inggris, sebuah lembaga amal yang dibentuk pemerintah untuk mempromosikan keadilan restoratif, dalam *pamflet* yang diedarkan, merumuskan *restorative justice works to resolve conflict and repair harm. It encourages those who have caused harm to acknowledge the impact of what they have done and gives them an opportunity to make reparation. It offers those who have suffered harm the opportunity to have their harm or loss acknowledged and amends made.*²⁰ (Keadilan restoratif bekerja untuk menyelesaikan konflik dan memperbaiki kerugian. Ini mendorong mereka yang telah menyebabkan kerugian untuk mengakui dampak dari apa yang telah mereka lakukan dan memberi mereka kesempatan untuk melakukan perbaikan. Ini menawarkan kepada mereka yang telah menderita kerugian kesempatan untuk mengakui kerugian atau kerugian mereka dan menebusnya).

²⁰ Marian Liebmann, *Restorative Justice: How It Works*, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, hlm 25.

F. Kerangka Teoritik

Kerangka teori merupakan pemikiran atau butir-butir pendapat, teori, tesis mengenai suatu kasus atau permasalahan yang dapat menjadi bahan perbandingan dan pegangan teoritis. Hal ini dapat menjadi masukan eksternal bagi penulis.²¹

Lima macam kegunaan teori yaitu: *Pertama*, teori berguna mempertajam atau lebih mengkhususkan fakta yang hendak diteliti atau diuji. *Kedua*, teori berguna dalam mengembangkan sistem klasifikasi fakta, membina struktur konsep serta memperkembangkan definisi. *Ketiga*, teori biasanya merupakan suatu ikhtisar dari pada hal yang telah diketahui serta diuji kebenarannya yang menyangkut objek yang diteliti. *Keempat*, Teori memberikan kemungkinan pada prediksi fakta mendatang oleh karena telah diketahui sebab-sebab terjadinya fakta tersebut dan kemungkinan faktor tersebut akan timbul lagi pada masa-masa mendatang. *Kelima*, teori memberikan petunjuk terhadap kekurangan pada pengetahuan penelitian.²²

Kerangka teori merupakan pendukung atau penjelasan dari permasalahan yang dianalisis. Teori dengan demikian memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakan.²³

Teori yang dimaksud disini adalah penjelasan mengenai gejala yang terdapat dunia fisik tersebut tetapi merupakan suatu abstraksi intelektual di mana pendekatan secara rasional digabungkan dengan pengalaman empiris. Artinya teori ilmu merupakan suatu penjelasan rasional yang berkesesuaian dengan objek yang dijelaskannya. Suatu penjelasan biar bagaimanapun meyakinkan tetapi harus didukung oleh fakta empiris untuk dapat dinyatakan benar.²⁴

1. *Grand Theory* : Teori Keadilan Restoratif

Sebagai *grand theory* digunakan teori keadilan restoratif (*restorative justice*). Keadilan adalah salah satu topik filsafat paling banyak dikaji. Teori hukum alam mengutamakan *the search for justice* sejak Socrates hingga

²¹ M. Solly Lubis, *Filsafat Hukum dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994, hlm 80

²² Soerjono Soekanto, *Beberapa Aspek Sosio Yuridis dan masyarakat*, Alumni, Bandung, 1991, hlm 111

²³ Satijpto Rahardjo, *Mengejar Keteraturan Menemukan Ketidakteraturan (Teaching Order Finding Disorder)*, Pidato mengakhiri masa jabatan sebagai guru besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 15 Desember 2000, hlm 8.

²⁴ W. Friedman, *Teori dan Filsafat Hukum Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum*, Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm 157.

Francois Geny mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum.²⁵ Keadilan adalah sebuah masalah menarik ditelaah lebih dalam karena banyak hal terkait, baik moralitas, sistem kenegaraan, dan kehidupan bermasyarakat. Keadilan menjadi pokok pembicaraan sejak munculnya filsafat Yunani. Bahkan dalam Islam, keadilan mendapat porsi kajian paling penting diantara kajian lain. Sebagai agama diharapkan perannya menegakkan keadilan dan mengembangkan etika keadilan.²⁶ Pembicaraan keadilan memiliki cakupan luas bagi setiap pribadi manusia, sejak lahir hingga akhir hayat. Banyak orang berpikir bertindak adil tergantung kekuatan dimiliki, untuk menjadi adil terlihat mudah, namun tidak begitu penerapannya dalam kehidupan manusia.

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

Johnstone menyatakan *restorative justice is not a single coherent theory or perspective on crime and justice, but a loose unifying term which encompasses a range of distinct ideas, practices, and proposals.*²⁷ Makna keadilan restoratif berbeda dari satu negara dan komunitas ke negara dan komunitas lain. Ada beberapa istilah yang mirip keadilan restoratif, misalnya keadilan prosedural, keadilan partisipatif, keadilan *real*, keadilan relasional, keadilan positif, dan keadilan transformatif.

²⁵ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam LIntasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, hlm 196.

²⁶ Musa Asya'rie dkk, *Agama, Kebudayaan dan Pembangunan Menyongsong Era Industrialisasi*, IAIN Sunan Kalijaga Press, Yogyakarta, 1994, hlm 99.

²⁷ G. Johnstone, *A Restorative Justice Reader: texts, sources, context*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2003, hlm ix.

M. Kay Harris mengatakan, *restorative justice and transformative justice are two names for the same thing and, properly understood, the terms should be considered interchangeable.*²⁸ Istilah paling cocok bagi konsepsi dan praktik ini, bukanlah keadilan restoratif melainkan pendekatan restoratif (*restorative approaches*).²⁹ Di Indonesia istilah keadilan restoratif menunjuk pada pendekatan restoratif ini.

Keadilan restoratif merupakan istilah yang umumnya dipakai untuk pendekatan terhadap penyelesaian kasus kriminal yang menekankan restorasi atau pemulihan korban dan komunitas dari pada menghukum pelaku.

Braithwaite dan Strang sebagaimana dikutip M. Kay Harris dalam *Transformative Justice : The transformation of restorative justice*, mengartikan keadilan restoratif sebagai suatu proses penyelesaian suatu perkara atau kejadian hukum, melibatkan semua *stakeholder* yang berurusan dengan kejadian, dengan mendiskusikan bagaimana kejadian bisa terjadi guna mencapai kesepakatan memulihkan penderitaan yang diakibatkan kejadian tersebut.³⁰

Nilai keadilan restoratif yang membedakannya dari keadilan hukuman tradisional negara adalah keadilan restoratif lebih menaruh tekanan pada *healing* (penyembuhan) atau *restoration* (pemulihan) dari pada melukai (*hurting*). Gerry Johnstone mengartikannya sebagai seperangkat prinsip yang mengarahkan praktek umum institusi atau kelompok mana pun dalam menangani perkara kejadian. Zehr menyebutnya sebagai suatu paradigma baru berkaitan keadilan, atau Sullivan dan Tifft menempatkannya sebagai suatu teori sosial normatif atau suatu gaya hidup baru.

²⁸ M. Kay Harris, *Transformative Justice: The transformation of restorative justice*, dalam Dennis Sullivan and Larry Tifft, *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, London & New York, 2006, hlm 556.

²⁹ Marian Liebmann, *Restorative Justice: How It Works*, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, hlm 25

³⁰ M. Kay Harris, *Op, Cit*, hlm 555.

Konsorsium Keadilan Restoratif di Inggris, sebuah lembaga amal yang dibentuk pemerintah untuk mempromosikan keadilan restoratif, merumuskan : *Restorative justice works to resolve conflict and repair harm. It encourages those who have caused harm to acknowledge the impact of what they have done and gives them an opportunity to make reparation. It offers those who have suffered harm the opportunity to have their harm or loss acknowledged and amends made.*³¹

Kathleen Daly melalui artikel : *The Limits of Restorative Justice* dalam buku *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, merumuskan *restorative justice* sebagai *a set of ideals about justice that assumes a generous, empathetic, supportive, and rational human spirit.*³² Liebmann merumuskan tujuan keadilan restoratif yakni: *Restorative justice aims to restore the well-being of victims, offenders and communities damaged by crime, and to prevent further offending.*³³ Pendekatan mengupayakan proses mediasi, pertemuan dan dialog antara korban dan pelaku, melibatkan keluarga dan masyarakat luas, dan menumbuhkan kesadaran dan tanggung jawab pelaku dan korban.

Semangat utama keadilan restoratif adalah tidak terutama mengadili dan menghukum pelaku melainkan guna mereparasi dan merestorasi korban dan pelaku. Maka nilai keadilan restoratif terletak pada dialog (*dialogue*), kesepahaman (*mutuality*), penyembuhan (*healing*), perbaikan (*repair*), penyesalan dan tobat (*repentance*), tanggung jawab (*responsibility*), kejujuran (*honesty*), dan ketulusan (*sincerity*).³⁴

³¹ Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 25.

³² Kathleen Daly, *The Limits of Restorative Justice*, dalam Denis Sullivan and Larry Tifft (ed), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, London and New York, 2006, hlm. 134.

³³ Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 25.

³⁴ *Ibid*, hlm 31.

2. Middle Theory : Teori Negara Hukum

Hukum adalah peraturan yang dibuat oleh suatu kekuasaan (pemerintah) atau adat yang berlaku bagi semua orang di suatu masyarakat (negara) atau diartikan pula sebagai undang-undang (peraturan). Untuk mengatur pergaulan hidup masyarakat.³⁵ Dalam khazanah pemikiran Islam, hukum disebut syari'ah yang meliputi seluruh dimensi kehidupan manusia; pribadi, sosial, politik, ekonomi dan lain-lain termasuk dimensi agama yang kesemuanya dibangun atas paradigma aqidah (tauhid).³⁶

Negara hukum menurut Aristoteles dalam perumusannya masih terkait dengan polis, menurutnya pengertian negara hukum timbul dari polis yang mempunyai wilayah negara kecil, seperti kota yang berpenduduk sedikit, tidak seperti negara sekarang ini yang mempunyai negara luas dan berpenduduk banyak (*vlakte staat*); dalam polis itu segala urusan negara dilakukan dengan musyawarah dimana seluruh warga negaranya yang ikut serta dalam urusan penyelenggaraan negara.³⁷

Jika diamati pengertian di atas, maka polis (negara-kota) dengan jumlah dan luas wilayah yang relatif kecil melibatkan warga masyarakat untuk ikut serta dalam pelaksanaan pemerintahan negara, ini berarti bahwa negara hukum mempunyai kesamaan dengan demokrasi, dimana demokrasi sering didefinisikan bentuk pemerintahan dari, oleh dan untuk rakyat. Tetapi, pemerintahan demokratis dalam konteks Yunani kuno, saat ini sudah ditinggalkan oleh semua negara oleh karena tidak mungkin melibatkan seluruh warga negara secara langsung dalam urusan kenegaraan. Maka sistem

³⁵ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1995, hlm 314.

³⁶ Ziauddin Sardar, *Masa Depan Islam*, Mizan, Bandung, 1995, hlm 107, lihat juga, Wagar Ahmad Husain, *Sistim Pembinaan Masyarakat Islam*, Pustaka, Bandung, 1993, hlm 241, Bandingkan dengan A. Rahman Zainuddin, *Kekuasaan dan Negara : Pemikiran Politik Ibnu Khaldun*, Gramedia, Jakarta, 1992, hlm 154.

³⁷ Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Studi HTN-FHUI, Jakarta, 1988, hlm 153. Bandingkan dengan Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm 163.

repsentasi (perwakilan) rakyat menjadi solusi di tengah perkembangan zaman dan semakin meningkatkan jumlah masyarakat pada suatu negara. Dalam hal negara hukum ini, Aristoteles berpendapat bahwa suatu negara yang baik ialah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum.³⁸ Menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, negara hukum adalah negara yang berdiri di atas hukum yang menjamin keadilan kepada warganya. Keadilan merupakan syarat bagi tercapainya kebahagiaan hidup untuk warga negaranya, dan sebagai dasar dari pada keadilan itu perlu diajarkan rasa susila kepada setiap manusia agar ia menjadi warga negara yang baik. Demikian pula peraturan hukum yang sebenarnya hanya ada jika peraturan hukum itu mencerminkan keadilan bagi pergaulan hidup antar warga negaranya.³⁹

Selain itu, konsep negara hukum (*rule of law*) juga di sampaikan oleh A V Dicey, yang lahir dalam naungan sistem hukum anglo saxon. Dicey mengemukakan *unsur-unsur the rule of law* sebagai berikut :⁴⁰

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

Sebagai bangsa merdeka dan berdaulat, perencanaan dan penetapan konsep pengelolaan kehidupan berbangsa diserahkan sepenuhnya kepada sebuah bangsa sesuai dengan cita-cita kehidupan kebangsaan yang bebas,

³⁸ Dahlan Thaib, *Kedaulan Rakyat, Negara Hukum dan Konstitusi*, Liberty, Yogyakarta, 1999, hlm 22.

³⁹ Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Op, Cit*, hlm 165.

⁴⁰ *Ibid*, hlm 59.

merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur.⁴¹ Secara teoritis semua bangsa menuangkan pokok-pokok pandangan, pendirian, prinsip konseptual, mengenai pengelolaan kehidupannya di dalam konstitusi, baik tertulis maupun tidak tertulis. Undang-Undang Dasar sebagai konstitusi tertulis umumnya mengemukakan latar belakang hasrat bernegara, landasan filosofi kenegaraan, tujuan negara, struktur organisasi dan mekanisme pemerintahan negara yang diinginkan oleh bangsa yang mendirikan dan mempertahankan negara itu.⁴²

Tipe negara hukum ini sering juga disebut negara hukum dalam arti yang luas atau disebut pula negara hukum modern. Negara dalam pengertian ini bukan saja menjaga keamanan semata-mata tetapi secara aktif turut serta dalam urusan kemasyarakatan demi kesejahteraan rakyat. Oleh sebab itu pengertian negara hukum dalam arti materiel atau luas sangat erat hubungannya dengan pengertian negara kesejahteraan atau *welfare state*.

Dalam perkembangannya negara hukum memiliki unsur-unsur yang dikemukakan oleh Julius Stahl, antara lain sebagai berikut :⁴³

1. Sistem pemerintahan negara yang didasarkan atas kedaulatan rakyat;
2. Bawa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau peraturan perUndang-Undangan;
3. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara);
4. Adanya pembagian kekuasaan dalam negara
5. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan yang bebas dan mandiri, dalam arti lembaga peradilan tersebut benar-benar tidak memihak dan tidak berada di bawah pengaruh eksekutif.

⁴¹ M Solly Lubis, *Politik dan Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 1999, hlm 2.

⁴² Ridwan H R, *Op, Cit*, hlm 4.

⁴³ *Ibid*, hlm 4. lihat juga Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1992, hlm 29, lihat juga Abdul Hakim G Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1988, hlm 12, lihat juga Frans Magnis Suseno, *Mencari Sosok Demokrasi, Sebuah Telaah Filosofis*, Gramedia, Jakarta, 1997, hlm 58.

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

Sistem pemerintahan negara Republik Indonesia yang ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945 adalah negara Indonesia ialah negara hukum. Asas ini mengikat para pejabat negara dan seluruh rakyat Indonesia untuk menjunjung tinggi hukum yang berlaku. Tindakan yang sewenang-wenang tanpa mengindahkan hukum yang ada, tidak boleh dilakukan oleh siapapun juga. Hukum yang berlaku hendaknya dibuat sedemikian rupa sesuai dengan rasa keadilan dan rasa hukum masyarakat.⁴⁴ Negara Indonesia sebagai negara hukum atau *rechtsstaat* yang mengutamakan kesejahteraan seluruh rakyat, dalam pengertian *Welfare State* tidak hanya mengutamakan kesejahteraan rakyat tetapi juga membentuk manusia Indonesia seutuhnya dalam mencapai masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila

Dalam negara hukum modern tugas pokok negara tidak saja terletak pada pelaksanaan hukum, tetapi juga mencapai keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Sebagai negara berdasar atas hukum, negara Indonesia didirikan untuk melindungi segenap bangsa dan tumpah darah Indonesia. Selain itu adalah untuk memajukan kesejahteraan umum. Upaya memajukan kesejahteraan umum yang membuat negara Indonesia terkategorii sebagai negara hukum modern ataupun bercorak *welfare state* ditujukan untuk merealisasikan suatu masyarakat adil dan makmur yang merata materiil dan spiritual.⁴⁵

⁴⁴ Mashuri Maschab, *Sistem Pemerintahan Indonesia (Menurut UUD 1945)*, Bina Aksara, Jakarta, 1988, hlm 4.

⁴⁵ Tjip Ismail, *Pengaturan Pajak Daerah Indonesia*, Yellow Printing, Jakarta, 2007, hlm 12.

Sehubungan dengan hal tersebut, terkandung makna bahwa negara atau pemerintah Indonesia mempunyai kewajiban yang mutlak untuk menyelenggarakan kesejahteraan rakyat.

Pengertian ini memandang bahwa, negara hukum adalah untuk menjamin keadilan bagi warga negara. Keadilan merupakan syarat terciptanya suatu kebahagiaan bagi warga negara dalam berbangsa dan bernegara. Disisi lain salah satu dasar daripada keadilan adalah adanya rasa susila kepada manusia dan menganggap bahwa peraturan perundang-undangan hanya ada, jika peraturan itu mencerminkan rasa keadilan. Hal ini sesuai dengan pendapat Gustav Rebruch tentang tiga ide dasar hukum yaitu: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.⁴⁶

Dalam beberapa hal, negara hukum sulit dibedakan dengan demokrasi sekalipun tidak dapat dipersamakan. Keduanya ibarat dua sisi dari sekeping mata uang yang sulit dipisahkan satu dengan yang lainnya. Negara hukum tidak harus demokratis, pemerintahan *monarchis* atau *paternalistik* sekalipun dapat saja taat kepada hukum tanpa tunduk kepada kaedah-kaedah demokrasi. Tetapi demokrasi yang bukan negara hukum bukanlah demokrasi dalam arti sesungguhnya.⁴⁷

Moh. Mahfud, MD, menilai bahwa, demokrasi tanpa hukum tidak akan terbangun dengan baik bahkan mungkin menimbulkan anarki, sebaliknya hukum tanpa sistem politik yang demokratis hanya akan menjadi hukum yang elastis dan represif.⁴⁸ Oleh karena itu, bagaimanapun baiknya suatu hukum tanpa ditopang oleh demokrasi maka hukum itu akan lumpuh. Dan juga bagaimanapun baiknya suatu sistem yang demokratis tetapi tidak ditopang oleh hukum maka akan muncul kesewenang-wenangan di tengah masyarakat.

Tidaklah berlebihan jika Franz Magnis Suseno dengan mengutip pendapat

⁴⁶ Ketiga ide dasar hukum dikenal pula sebagai tujuan dari pada hukum, yakni : 1) Aliran etis yang menganggap bahwa tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan keadilan, 2). Aliran Utilitis yang menganggap tujuan hukum adalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan warga: 3) aliran normatif dogmatik yang menganggap bahwa tujuan hukum adalah untuk menciptakan kepastian hukum. Lihat dalam Ahmad Ali, *Menguak Tabir Hukum : Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996, hlm 84. Lihat pula Roscou Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, Barata, Jakarta, 1989, hlm 27.

⁴⁷ Franz Magnis Suseno, *Op. Cit*, hlm 58.

⁴⁸ Moh. Mahfud MD, *Hukum Dari Pilar-Pilar Demokrasi*, Gama Media, Yogyakarta 1999, hlm 1.

Lobkowics, menyatakan bahwa demokrasi merupakan cara yang paling aman dalam mempertahankan kontrol atas negara hukum.⁴⁹ Prinsipnya negara hukum adalah suatu sistem pemerintahan yang dikendalikan oleh rakyat dan dijalankan berdasarkan atas hukum.

Istilah negara hukum merupakan terjemahan dari konsep *rechtsstaat* dan *the rule of law*, sekalipun beberapa pakar hukum berbeda pendapat dengan dua istilah tersebut tetapi ada juga yang mempersamakannya. Azhary misalnya, dengan *rechtsstaat* atau *rule of law*, mengingat istilah tersebut mempunyai arah yang sama; yaitu mencegah kekuasaan absolut demi pengakuan dan perlindungan hak asasi.⁵⁰ Perbedaannya lanjut beliau, terletak pada arti materil atau isi dari kedua istilah tersebut yang disebabkan oleh latar belakang sejarah dan pandangan hidup suatu bangsa.⁵¹ *Rechtstaat* yang berkembang di Jerman dan di negara-negara Eropa kontinental lainnya, dan konsep *rule of law* yang berkembang di Inggris atau negara-negara Anglo Saxon pada umumnya. Perbedaan yang paling pokok antara keduanya terletak pada keberadaan peradilan administrasi (tata usaha) negara pada konsep (*rechtsstaat*) sedangkan pada negara yang menganut konsep *Rule of Law* tidak terdapat dalam sistem peradilan administratif, sebab negara-negara Anglo Saxon pada umumnya lebih menekankan perinsip persamaan kedudukan dihadapan hukum (*equality before the law*). Dengan prinsip itu, diharapkan agar setiap orang dipandang memiliki kedudukan yang sama dihadapan hukum atau dihadapan pengadilan, tidak terkecuali para pejabat

⁴⁹ Franz Magnis Soseno, *Op. Cit*, hlm 60.

⁵⁰ Azhary, *Negara Hukum Indonesia : Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1995, hlm 33.

⁵¹ *Ibid.*

publik (administrasi) maupun pejabat militer. Dengan demikian mereka tidak merasa perlu memiliki sistem peradilan khusus atau peradilan administrasi.

Sunaryanti Hartono lebih memilih memakai istilah *rule of law* bagi negara hukum agar supaya tercipta suatu negara yang berkeadilan bagi seluruh rakyat, penegakan *the rule of law* itu harus diartikan dalam arti yang materi.⁵² Memang, negara hukum mengalami persepsi yang berbeda dilihat dari segi perkembangannya. Negara hukum pada abad ke XIX diartikan secara formil, keberadannya hanya menjadi pelaksana (tunduk pada) keinginan-keinginan rakyat yang diperjuangkan secara liberal (individualisme) untuk menjadi keputusan parlemen atau diistilahkan sebagai negara penjaga malam (*nacht wactterstaat*),⁵³ dengan tugas menjamin dan melindungi kedudukan ekonomi dari mereka yang menguasai adat-adat, pemerintah yakin *ruling class* yang merupakan golongan eksklusif, sedangkan nasib yang bukan golongan *ruling class* tidak dihiraukan.⁵⁴

Dengan peran negara hukum (formil) yang seperti itu, maka memunculkan gejolak di tengah masyarakat yang kemudian melahirkan negara hukum dalam arti materil pada pertengahan abad XX tepatnya setelah perang dunia II dengan memberi peran yang lebih luas kepada negara (pemerintah). Pemerintah tidak boleh berlaku sebagai penjaga malam melainkan harus aktif melaksanakan upaya-upaya untuk membangun kesejahteraan rakyat dengan cara mengatur kehidupan ekonomi dan sosial agar rakyat dapat menikmatinya secara adil dan demokratis. Pada masa inilah

⁵² Sunaryati Hartono, *Apakah The Rule of Law*, Alumni, Bandung, 1996, hlm 35

⁵³ Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hlm 26.

⁵⁴ E. Utrecht, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, FH PM Unpad, Bandung, 1960, hlm 21.

muncul teori negara kesejahteraan (*welfare state*) oleh Miriam Budiardjo mengemukakan, bahwa munculnya gugatan terhadap negara hukum formal diakibatkan oleh dampak dari industrialisasi dan sistem kapitalis, tersebarnya paham sosialisme yang menginginkan pembagian kekuasaan secara merata serta kemenangan partai sosialisasi di Eropa.⁵⁵ Oleh Sudargo Gautama senada dengan Sunaryanti Hartono menyamakan *rule of law* bagi negara hukum ia mengemukakan: Bawa dalam suatu negara hukum, terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan. Negara tidak maha kuasa, tidak bertindak sewenang-wenang tindakan-tindakan negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum inilah apa yang oleh ahli hukum Inggris dikenal sebagai *the rule of law*.⁵⁶

Pandangan di atas memberi ketegasan bahwa dalam konsep *rule of law* itu kekuasaan bukanlah kekuasaan absolut, melainkan kekuasaan yang dibatasi oleh hukum dan perundang-undangan. Padmo Wahjono pun menilai bahwa negara hukum dalam istilah *rechtsstaat* dan *rule of law* tidak menunjukkan perbedaan yang mendasar sebagaimana pendapat beberapa pakar terdahulu, beliau mengemukakan di lingkungan Anglo Saxon (Inggris, Amerika dan negara-negara lain yang mengikuti pola bernegaranya) menolak adanya suatu pengadilan khusus seperti halnya pengadilan administrasi dalam negara hukum (liberal). Mereka mengutamakan persamaan dalam hukum sehingga tidak perlu ada perbedaan dalam forum pengadilan konsepsi mereka dikenal dengan istilah teknis *rule of law*.⁵⁷ Dari pendapat di atas, bahwa di

⁵⁵ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 2012, hlm 59.

⁵⁶ Sudargo Gautama, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1993, hlm 8.

⁵⁷ Padmo Wahjono, *Membudayakan Undang-Undang Dasar 1945*, Ind-Hild Co, Jakarta, 1991, hlm 74.

negara-negara Anglo Saxon tidak terdapat adanya pengadilan khusus atau peradilan administrasi negara yang mengadili secara khusus pelanggaran-pelanggaran di bidang administrasi pemerintahan tetapi secara teknis menitikberatkan pada persamaan warga di depan hukum sehingga semua orang dapat diadili pada pengadilan yang sama, hukum yang sama, baik sebagai kapasitas pejabat pemerintahan maupun warga biasa.

Dalam penjelasan UUD NRI Tahun 1945, negara hukum diterjemahkan dari kata (*rechtsstaat*). Sekalipun dalam praktiknya konsep itu tidak dilaksanakan secara murni dan konsekuensi oleh karena pengaruh dari konsep *rule of law* dan nilai budaya bangsa sendiri yang telah dianut dan berlaku di dalamnya. Selain pendapat di atas oleh Philipus M. Hadjon tidak menyetujui istilah negara hukum disamakan antara *rechtsstaat* dengan *rule of law*, terlebih jika dikaitkan dengan pengakuan akan harkat dan martabat manusia ia membedakan antara *rechtsstaat* dengan *the rule of law* dengan melihat latar belakang sejarahnya dengan sistem hukum yang menopang kedua istilah tersebut. Hadjon berpendapat bahwa konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, sebaliknya konsep *the rule of law* berkembang secara evolusioner. Hal ini tampak dari kriteria *rechtsstaat* dan kriteria *the rule of law*.⁵⁸ Lebih lanjut dikatakannya: Konsep *rechtsstaat* bertumpu atas sistem hukum kontinental yang disebut *civil law*, *modern roman law*, sedangkan konsep *the rule of law* bertumpu pada sistem hukum *common law*.⁵⁹

⁵⁸ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1997, hlm 72.

⁵⁹ *Ibid*,

Dengan demikian pengertian *rechtsstaat* dengan *the rule of law* tidak mungkin dapat dipersamakan oleh karena dasar keduanya berbeda, latar belakang keberadaannya dan sistem hukum yang menopangnya pun tidak sama. Sejarah pemikiran negara hukum sebetulnya sudah sangat tua. lebih tua dibandingkan dengan usia ilmu negara atau ilmu ketatanegaraan lainnya.

Menurut Azhary, cita negara hukum itu untuk pertama kalinya dikemukakan oleh Plato dan kemudian pemikiran itu dipertegas oleh Aristoteles dalam karya *Republic*-nya. Plato menyatakan bahwa negara yang paling ideal adalah negara yang dipimpin oleh para filosof,⁶⁰

Guna mewujudkan negara ideal tersebut, Plato membagi struktur sosial sebuah negara menjadi tiga bagian. *Pertama*, kelompok filosofis yang diberi amanah untuk memerintah, karena, mereka mempunyai pengertian tentang yang baik sehingga akan lebih aktif. Dalam memimpin negara. *Kedua*, adalah golongan ksaktria atau prajurit, mereka sebagai penjaga keamanan negara yang mengawasi warga negara agar segala tindak pada para filosof. *Ketiga*, golongan rakyat biasa yakni para petani, tentang yang menopang kehidupan ekonomi rakyat.⁶¹

Sekedar catatan, Plato maupun Aristotels tidak mendukung tipe negara yang berlandaskan demokrasi (banyak orang) oleh karena hanya mengandalkan keinginan yang tak perlu (*unnecessary desire*) yang dapat membahayakan warga dan tidak praktis. Mereka mendambakan suatu Aristoteles yang dipimpin oleh para filosof karena punya kelebihan, keutamaan dan pandangan jauh ke depan.⁶² Jika Plato dalam mengembangkan pikiran menggunakan dengan metode deduktif. Maka Aristoteles (murid Plato) memakai metode *induktif* dengan cara terlebih dahulu mengadakan

⁶⁰ A. Rahman Zainuddin, *Op, Cit*, hlm 187.

⁶¹ Mohammad Hatta, *Alam Pikiran Yunani*, Tinta Mas, Jakarta, 1990, hlm 112. Lihat juga K. Bertens, *Sejarah Filsafat Yunani*, Kanisius, Yogyakarta, 1993, hlm 119.

⁶² Harsja W. Bachtiar, *Empat Masalah Filsafat*, Jambatan, Jakarta, 1990, hlm 46. Bandingkan, Mumtas Ahmad, *Op, Cit*, hlm 61.

penyelidikan terhadap 158 konstitusi-konstitusi yang berlaku dalam polis-polis (negara-kota) di Yunani yang kemudian dituangkan dalam bukunya yang berjudul *Politica*.⁶³ Dalam bukunya itu ia membedakan tiga bentuk negara yang sempurna, yakni *monarkhi* yang dipimpin oleh seorang, *Aristokrasi* oleh sejumlah kecil orang dan *politea* yang dipimpin banyak orang. Sedang bentuk negara yang tidak sempurna terdiri dari, yakni : Despotie, Tirani, Oligarki, Platokrasi serta Demokrasi⁶⁴ disampaikannya bahwa pemerintah yang berdasarkan konstitusi memiliki tiga unsur, yaitu: *Pertama*, pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum; *kedua*, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasar ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang sewenang-wenang menyampingkan konvensi dan konstitusi, ketiga, kehendak rakyat pada tahap ini, sejarah pemikiran negara hukum dapat disebut sebagai *fase Yunani Kuno*.

Pasca keruntuhan Yunani Kuno (klasik) maka yang menggantikannya adalah peradaban romawi atau fase Romawi. Romawi merupakan pewaris dari Yunani dipandang dari segi filsafat (pemikiran). Pada masa ini, Romawi membentuk pemerintahan imperium, yang merupakan bentuk negara yang memiliki daerah kekuasaan yang luas sekali tanpa memperhatikan perbedaan-perbedaan yang terdapat antara rakyat yang diperintahnya dari segi kebangsaan agama, bahasa, warna kulit dan sebagainya.⁶⁵ Di bidang kenegaraan dunia Romawi hampir tidak memberikan kontribusi baru dari segi pemikiran filosofis tetapi lebih mengarahkan pada pembentukan institusi

⁶³ Deliar Noer, *Pemikiran Politik di Negeri Barat*, Mizan, Bandung, 1997, hlm 35.

⁶⁴ Moh. Kusnardi dan Bintang R Saragih, *Ilmu Negara*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1997, hlm 17.

⁶⁵ Muhammad Azhar, *Filsafat Politik : Perbandingan Antara Islam dan Barat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm 28.

negara secara sentralistik untuk memperkuat sistem pemerintahan dimana Roma sebagai pusatnya. Pembentukan konsul, senat dan Dewan atau Majelis (*assembly*) dengan pola kekeluargaan kebapakan (*patriarchal family*) adalah untuk mengukuhkan kekuasaan negara.⁶⁶ Maka pemerintah Romawi lebih mengutamakan kewenangan dan kewibawaan penguasa (*authority*) dan sistem keamanan negara (*stability*) ketimbang kebebasan (*liberty*) dan pemerintahan demokratis (*democracy*). Di sini negara hukum sebagaimana yang dimaksudkan di atas menjadi terkubur oleh kekuasaan.⁶⁷

Pada pertengahan abad VI-XV runtuhan Romawi Barat (476 M) dan keruntuhan Romawi Timur (1453 M) disebut masa kegelapan (*the dark ages*) karena tidak muncul gagasan besar yang dibanggakan masa ini dimensi ketuhanan (teoritis) menjadi acuan utama hampir seluruh kehidupan termasuk ketatanegaraan. Santo Agustinus (354-430) pemikir abad pertengahan banyak dipengaruhi pemikiran patristik kekristenan yang eskatologis menolak *Kota Bumi* dan memberikan perhatian kepada *Kota Tuhan*. Baginya kota Bumi dianggap *Kota Setan* yang hanya memberikan kesengsaraan umat manusia. konsep kota Tuhan (*the city of god*) merupakan refleksi penolakan terhadap konsep negara di dunia yang dinilai penuh dosa dan ketidak-jujuran dan menyeru kepada negara Tuhan yang di dalamnya cinta hanyalah bagi Tuhan saja, sekalipun harus membenci diri. Penguasa sudah pasti tidak lagi menuruti apa yang diminta daging dan darah, akan tetapi menuruti apa yang dikehendaki Tuhan.⁶⁸

Filosof lain yang hidup pada masa pertengahan ini adalah Thomas Aquinas (1225-1274), pikirannya tentang negara dan hukum dihimpun dalam bukunya *De Regimene Principum* (pemerintahan raja-raja) dan *Summa Theologica* yang memuat tentang ketuhanan. Thomas Aquinas banyak dipengaruhi ajaran Aristoteles oleh karena interaksinya dengan timur tengah (dunia Islam) saat-saat berkunjung ke tempat suci agama Kristen dimana

⁶⁶ Edward Mc Nall Burns, *Western Civilization*, NW. Norton and Company Inc, New York, 1988, hlm 202.

⁶⁷ Marsama Windhu, *Kekuasaan dan Kekerasan Menurut Johan Galtung*, Kanisius, Yogyakarta, 1992, hlm 33.

⁶⁸ A. Rahman Zainuddin, *Op, Cit*, hlm 188.

dunia Islam mengkaji pikiran Aristoteles dan filosof Yunani lainnya penguasa negara menurutnya, adalah penguasa yang menjalankan pemerintahan negara sesuai dengan kepentingan umum untuk mencapai tujuan bersama.⁶⁹ yang menjadi tujuan hidup manusia, maka itu pula tujuan negara. Kemudian dikemukakan bahwa tujuan manusia adalah mencapai kemuliaan abadi dan kemuliaan abadi dapat dicapai jika menuruti tuntutan gereja. Di sini terlihat betapa ajaran teo sentris ikut serta mempelajarinya.

Ajaran Thomas Aquinas tentang pemerintahan negara terlihat pengaruh Aristoteles yang menurut sifatnya terbagi dalam tiga macam, yaitu, *pertama*, pemerintahan satu orang, yang baik disebut monarki yang jelek disebut tirani, *kedua*, pemerintahan oleh beberapa orang, yang baik disebut Aristokrasi, yang jelek disebut oligarki; *ketiga*, pemerintahan oleh seluruh rakyat yang disebut *politeia* dan yang jelek adalah demokrasi. Dalam melaksanakan pemerintahan negara, penguasa harus menjadikan undang-undang dasar atau konstitusi untuk mengatur dan membatasi tindakan-tindakan pemerintah yang dapat mencegah pemerintahan tirani.⁷⁰

Fase pertengahan Eropa mengalami kegelapan, sementara dibelahan dunia Islam melahirkan pemikir politik kenegaraan brilian sebutlah misalnya, ibu Abi Rabi (833-842), Al-Farabi (870-950), Al-Mawardi (975-1059), Al-Ghazali (1058-1111), Ibn Taimiyah (1262-1328) dan Ibnu Khaldun (1332-1406).⁷¹ Jadi pemikiran tentang cita negara hukum sebenarnya tidak pernah dilupakan orang seperti yang dikatakan Azhary,⁷² hanya pemikiran negara hukum tersebut beralih ke dunia Islam dan bukan dari poros barat. Ibu Abi Rabi' ilmuan Islam menghimpun pemikiran politik kenegaraannya dalam

⁶⁹ Soehino, *Hukum Tata Negara Perkembangan Sistem Demokrasi di Indonesia*, BPFE, Yogyakarta, 2010, hlm 58.

⁷⁰ Pemerintahan Tirani adalah pemerintahan yang berindikasi sesuai dengan bahwa nafsunya (*unlawful desire*) dan seorang tiran tidak mempunyai kontrol atas dirinya. Keadilan dalam pemerintahan ini sama sekali tidak terwujud dalam rezim ini, lihat, Rahman Surbakti, *Memahami Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1992, hlm 24.

⁷¹ Pemikiran Politik kenegaraan ke-enam tokoh Islam ini dapat dilihat dalam Munawir Sjadjali, *Islam dan Tata Negara: Ajaran Sejarah dan Pemikiran*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1993, hlm 42, lihat pula, Muhammad Azhar, *Op, Cit*, hlm 76.

⁷² Azhary, *Op, Cit*, hlm 21.

buku *Suluk al-Malik fi-Tadbir al-Mamalik* (Perilaku Raja dalam Pengelolaan Kerajaan) dipersebelikan kepada pemerintahan Mu'tazma, Khalifah Abbasiyah VII pada abad IX M.⁷³ Buku itu dimaksudkan sebagai penuntun raja dalam melaksanakan tugas pemerintahan, seperti halnya Niccolo Machiavelli menulis buku *In Principe* atau *The Prince* (Sang Pangeran) dan dipesembahkan kepada Lorenzo di Medici, penguasa di Florence, Italia sebagaimana Thomas Aquinas, ibn Abi Rabi' pun banyak dipengaruhi pemikir Plato dan Aristoteles. Sistem pemerintahan yang di kategorisasi dalam sistem monarki, aristokrasi, oligarki, demokrasi dan demagogi merupakan sistem pemerintahan Demagogi Ibu Abi Rabi' pun memilih monarki sebagai bentuk pemerintahan yang di ideakan awal oleh Aristoteles, bedanya hanya pada sistem pemerintahan Demagogi.⁷⁴ Ibn Abi Rabi' pun memilih monarki sebagai bentuk pemerintahan yang terbaik sekaligus bukti legalitasnya terhadap dinasti Abbasiyah yang dipimpin oleh seorang raja.

Seperti halnya Ibu Abi Rabi' al-Farabi (870-950)⁷⁵ menyusun pemikirannya dalam buku *al-Madinah al-Fadilah* (negara utama). Al-Farabi mengilustrasikan negara utama itu bagaikan anggota-anggota badan, apabila salah satu menderita, anggota badan yang lainnya ikut merasakannya. Tiap-tiap anggota badan mempunyai fungsi dan peranan yang berbeda-beda, maka demikian pula kebahagiaan masyarakat tidak akan terwujud tanpa

⁷³ Munawir Sjadjali, *Op. Cit*, hlm 42.

⁷⁴ Pemerintahan yang apabila hak-hak politik rakyat di pergunakan secara tidak bertanggung jawab yang kemudian melahirkan pemerintah anarki

⁷⁵ Nama lengkapnya, Abu Nasr Muhammad al-Farabi (870-950). Lahir di Wasij, desa di Farab. Ia berasal dari turki, pernah menjadi hakim dan menetap di Baghdad sebagai pusat ilmu pengetahuan saat itu. Ia belajar pada Bishr Matta Ibn Yunus dan menetap selama 20 tahun disana lalu pindah ke Aleppo dan tinggal di istana Saif al-Daulah, berkonsentrasi pada ilmu pengetahuan dan filsafat. Ia terkenal dalam ilmu pengetahuan sehingga tidak dekat dengan pemerintahan khalifah Abbasiyah oleh karena dilanda kekacauan, pemberontakan dan perang yang berkepanjangan.

pendistribusian kerja yang sesuai dengan kecakapan dan kemampuan anggota sebagai manifestasi interaksi sosial, karena satu dengan yang lainnya saling membutuhkan. Kepala negara ibarat jantung bagi badan, demikian pendapat al-Farabi kedudukannya yang sangat strategis berbagai sumber koordinasi, pengendali dari segala kekuasaan lainnya ada pada kepada negara seorang kepala negara harus memenuhi kualitas luhur sebagai pimpinan yang arif dan bijaksana kriteria itu yakni; (1). lengkap anggota badannya; (2) baik intelegensinya; (3) tinggi intelektualitasnya; (4) pandai mengemukakan pendapat dan mudah dimengerti uraiannya; (5). pencinta pendidikan dan gemar mengajar (6) tidak rakus; (7). pencinta kejujuran; (8) berjiwa besar dan berbudi luhur. (9) tidak utamakan keduniaan; (10) bersifat adil; (11) optimis dan besar hati; dan (12) kuat pendirian dan penuh keberanian, antusias dan tidak berjiwa kerdil.⁷⁶ Jika tidak ada memenuhi syarat seorangpun, maka kepala negara dapat meninjau dengan sistem presidium, bahkan secara ekstrim dinyatakan hanya Nabi dan para filosof yang dapat memenuhi syarat dan kepemimpinan negara utama tersebut, dengan konsep negara utama yang *utopis* sama dengan negara sempurna Plato, maka tidak mungkin terwujud di tengah masyarakat yang penuh dengan kelemahan dan kekurangan.

Sementara al-Mawardi seorang pemikir Islam terkenal dalam bidang Fiqh Siyasah mengetengahkan karya ketatanegaraannya dalam *al-Ahkam al-Sulthaniah* (peraturan-peraturan pemerintahan/ kerajaan). Gagasan pokoknya bahwa pemerintah (kepala negara) dalam mengadakan pemerintahnya harus memberikan perlindungan kepada rakyat dan mengelola negara dengan baik

⁷⁶ Munawir Sjadzali, *Op, Cit*, hlm 56 dan Muhammad Azhar, *Op, Cit*, hlm 79.

dan penuh rasa tanggung-jawab demikian sebaliknya rakyat harus taat kepada pemimpinnya sebagai hubungan timbal balik atas dasar sukarela yang melahirkan hak dan kewajiban dalam perjanjian atau kontrak sosial.

Mawardi mengemukakan teori *social contract* ini pada abad XI, sedangkan di Eropa Barat teori kontrak sosial baru muncul pertama kali pada abad XVI atau lima abad kemudian yang dikemukakan oleh beberapa pemikir barat dengan versi yang berbeda satu sama lain sejak Hubert Langnet (1519-1581), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) dan J. J. Rousseau (1712-1778).⁷⁷ Dari teori Mawardi di atas, pemerintahan negara berdasar pada kehendak rakyat yang disepakati secara bersama dalam bentuk perjanjian dan berfungsi sebagai hukum oleh karena isi perjanjian merupakan dasar penyelenggaraan pemerintahan.

Bagi al-Mawardi, lembaga pemerintahan mempunyai tugas dan tujuan yang harus dilaksanakan, yaitu, mempertahankan dan memelihara agama menurut prinsipnya yang ditetapkan dan apa yang menjadi *ijma*; melaksanakan kepastian hukum diantara pihak bersengketa atau berperkara; melindungi wilayah Islam dan memelihara kehormatan rakyat agar mereka bebas dan aman baik jiwa maupun harta; memelihara hak rakyat dan hukum tuhan; membentuk kekuatan hukum menghadapi musuh; jihad terhadap orang yang menentang Islam; memungut pajak dan sedekah menurut yang diwajib *syara'*(hukum); mengatur penggunaan harta baitul mal secara efektif; meminta nasehat dan pandangan orang terpercaya; dalam mengatur umat dan

⁷⁷ Munawir Sjadzali, *Op, Cit*, hlm 67.

memelihara agama pemerintah dan kepala negara langsung menanganinya dan meneliti keadaan sebenarnya.

Mawardi, berpandangan kekuasaan pemerintahan berdasarkan rakyat al-Gazali,⁷⁸ berpendapat kepemimpinan suatu negara harus berdasarkan agama dan penguasa harus ditaati agar dapat mengamankan jiwa dan harta warganya sehingga agama dan penguasa dianggap saudara kembar. Dunia hanya tempat mengumpulkan bekal kehidupan akhirat, dunia sebagai wahana mencari ridha Allah. Kepala negara yang shaleh merupakan bayangan Allah di bumi, maka ia adalah suci dan kekuasaannya pun suci dari Allah.

Sistem pemerintahan Ghazali dekat dengan sistem teokrasi karena dilatar belakangi dunia Islam saat itu mengalami kemunduran dan kemerosotan, khalifah sudah tidak berwibawa, penguasa lokal berebut kekuasaan dan mencari dukungan masing-masing aliran agama. Tujuan pemerintahan adalah lembaga yang memiliki kekuasaan dan menjadi alat melaksanakan syari'at (hukum), mewujudkan kemaslahatan rakyat, menjamin ketertiban urusan dunia dan urusan agama serta menjadi lambang kesatuan umat Islam demi kelangsungan sejarah umat Islam.

Setelah dinasti Abbasiyah jatuh ketangan bangsa Tartar sebagai klimaks disintegrasi Ibnu Taimiyyah⁷⁹ memandang teori khalifah tidak mampu memenuhi tujuan pemerintahan dalam Islam karenanya tidak perlu

⁷⁸ Nama lengkapnya Abu Hamid Muhammad al-Gazali (450-1058 H atau 505-1111 M) karyanya yang terkenal : Ihya 'Ulum al-din, al-Ijtihad wa al-I'tiqad dan Tibn al Masbuk fi Nashihat al- Maluk. Lihat Muhammad Jalal Syaraf dan Ali Abd al-Mut'hi Muhammad, *al-Fikr al- Siyasah fi al-Islam*, Iskandariyat, Dar al-Ma'arifat, 1997, hlm 107.

⁷⁹ Nama lengkapnya, Taqiyuddin Abu al-Abbas Bin Taimiyah (661-1262 H atau 728 1238 M) Gagasan politik-kenegaraan terdapat dalam karyanya : al-Siyasah al-Syari'at, dan Minhaj al-Sunnah, atau dalam Qamaruddin Khan, *Thepolitical Thought of ibn Taimiyah* diterjemahkan oleh Anas Mahyuddin dengan judul; *Pemikiran Politik Ibnu Taimiyah*, Pustaka, Bandung, 1983, hlm 324. dan Khalid Ibrahim Jaidan, *Teori Politik Islam : Telaah Kritis Ibnu Taimiyah tentang Pemerintahan*, Risalah Gusti, Surabaya, 1995, hlm 232.

kekhilafahan sama sekali ia bahkan meragukan validitas kekhilafahan berasal dari al-Qur'an dan al-Hadits, Ibn Taimiyah memakai pentingnya pemerintahan sebab tidak ada manusia yang mampu meraih kesejahteraan sempurna baik di dunia maupun di akhirat tanpa tergabung dalam sebuah *ijtima* yang mewujudkan kerjasama dan tolong menolong dalam rangkaian menggapai manfaat dan menolak apapun yang membahayakan.⁸⁰ Manusia sebagai makhluk politik yang dibentuk secara natural seyogyanya mampu mengatur *ijtima* dengan pelbagai aturan dan dapat mungkin tetap mematuhi pemimpin yang terpilih demi tercapainya cita-cita bersama. Ibn Taimiyah berpendapat kebutuhan manusia terhadap pemerintahan tidak hanya didasarkan pada wahyu tetapi juga diperkuat oleh hukum alam yang melibatkan manusia untuk bergabung dan menjadi kerja sama. Dan yang terakhir, gagasan Ibnu Khaldun⁸¹ tentang negara hukum pada awalnya dibangun atas relasi manusia dan masyarakat. dan dalam kerangka itu ia berbicara mengenai kekuasaan dan negara. Baginya negara sangat penting bagi manusia untuk memenuhi kebutuhan hidupnya, menjamin keamanan jiwa dari ancaman luar dan perlunya saling membantu satu dengan lainnya.

Ditegaskan bahwa negara tidak akan kuat jika tanpa dukungan rasa persatuan dan solidaritas yang kuat. Begitupun keberadaan agama sangat berperan dan diperlukan menegakkan negara. Hubungan antara pemerintah dan masyarakat bersifat relasional dan seimbang antara kedua belah pihak,

⁸⁰ Khalid Ibrahim Jaidan, *Op, Cit*, hlm 47.

⁸¹ Nama lengkapnya, Abd Rahman bin Khaldun (732-1332 H atau 808-1406 M) pemikirannya tertuang dalam karyanya yang terkenal al-Muqaddirat. Lihat pula. Deliar Noer, *Op, Cit*, hlm 76.

pemerintah memiliki rakyat dan rakyat membutuhkan pemerintah⁸² untuk menghindari kesewenangan pemerintah (negara) maka dibuat hukum (peraturan) dan kebijakan politik tertentu yang harus ditaati. Peraturan tersebut menurut ibnu Khaldun berasal dari hasil musyawarah para cendikiawan, negarawan ulama maupun yang bersumberkan ajaran agama. Konsep sistem politik kenegaraan dalam pandangan Islam memiliki ciri tersendiri antara lain; kekuasaan dipegang penuh oleh rakyat (umat). Artinya rakyat menentukan pikiran terhadap jalannya kekuasaan dan persetujuannya merupakan syarat kelangsungan orang yang menjadi pilihannya; masyarakat ikut berperan dan bertanggung jawab dalam penegakan hukum, kemakmuran dunia dan kemaslahatan umum dan bukan hanya tanggung jawab penguasa; kebebasan merupakan hak bagi semua orang artinya kebebasan eksperesi manusia terhadap dirinya merupakan pengejawantahan dari aqidah tauhid; persamaan diantara sesama. Islam sangat menghormati dan melindungi manusia tanpa melihat asal usul agama, ras dan lain-lain; mengakui pluralitas golongan artinya Islam sangat menghormati adanya kelompok yang berkembang dalam masyarakat; mencegah kesewenangan dan usaha meluruskannya dan, undang-undang di atas segala-galanya. Artinya legalitas kekuasaan tegak dan berlangsung dengan usaha mengimplementasikan sistem hukum dan keberlakuannya tanpa membeda-bedakan antara penguasa dan rakyat⁸³ sejatinya, Islam mempraktekkan negara yang berlandaskan pada hukum dan kedaulatan rakyat jauh sebelumnya yakni pada masa Nabi

⁸² A. Rahman Zaenuddin, *Politik Ibnu Khaldun*, Gramedia, Jakarta, 1992, hlm 191.

⁸³ Fahmi Hummidy, *al-Islam wa-al-Dimukratiyah*, di terjemahkan oleh Abd. Gaffar M, dengan judul, Demokrasi dan Masyarakat Madinah; Issu-isu besar politik Islam, Mizan, Bandung, 1993, hlm 177

Muhammad SAW, dengan sebutan Piagam Madinah atau konstitusi Madinah yang merupakan perjanjian sosial masyarakat Madinah yang heterogen di dalamnya ada bangsa Arab, suku Aus dan Khazraj, Yahudi dan Arab pengemis (*nomaden*). Oleh banyak peneliti sejarah, pakar politik dan hukum bahkan ilmuan barat seperti Philip K. Hitti dan W. Montgomery Watt menyebutkan sebagai konstitusi pertama di dunia.⁸⁴

Pemikiran negara hukum berkembang antar bangsa dan peradaban dengan persepsi dan versi relevan. Runtuhnya peradaban Islam, dan Barat mengalami masa transisi dari fase pertengahan, pikiran dan pemerintah dikuasai otoritas gereja ke fase modern yang merupakan antitesis dominasi teologis ke rasionalisme dan individualisme. Ciri utama fase *renaissance* ialah munculnya individualisme Martin Luther sebagai gerakan reformasi Kristen, humanisme, emperisme dan rasionalisme menjadi watak perkembangan ilmu pengetahuan dimasa mendatang (modern) serta ciri lain dari renaissance ini adanya sikap oposisi terhadap dominasi gereja yang mengungkapkan kreativitas individual masyarakatnya. Akibat gerakan renaissance, muncul pelbagai upaya mengutamakan individu kreatif dan ingin kembali meraih kejayaan seperti era Yunani kuno dimana pemikiran dihargai secara positif.

Secara politis era *renaissance* merupakan simbol dari adanya sebuah revolusi individualisme dan humanisme menentang dominasi dan kolektivisme gereja di abad pertengahan.⁸⁵

⁸⁴ J. Suyuti Pulungan, *Prinsip-Prinsip Pemerintahan Dalam Piagam Madinah Ditinjau Dari Pandangan Al-Quran*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm 8. lihat pula Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992, hlm 12.

⁸⁵ Muhammad Azhar, *Op, Cit*, hlm 37.

Fase ini ditandai kebangkitan kembali ilmu pengetahuan, seni dan kebudayaan pada perkembangan berikutnya melahirkan liberalisme, kapitalisme hingga kolonoalisme. Pada fase transisi ini, Nicolo Machiavelli (1469-1527) seorang ilmuan Italia menulis buku judul *The Prince* atau *Il Principe* (Sang Pangerang) sebagai pedoman raja daam memerintahkan dalam menyusun buku tersebut ia membuang jauh-jauh pandanan bernegara dari masa pertengahan yang menjauhi dominasi kristen dan melihat pada kenyataan sejarah kejadian yang dialaminya sendiri. Bangsa Italia waktu itu hidup dalam kecamasan peperangan antar kelompok, perebutan kekuasaan tidak ada satupun yang menaklukkan semuanya. Dari realitas itulah, Machiavelli prihatin dengan menginginkan tampilnya kekuasaan *super power* yang dapat mempersatukan bangsa tanpa harus mempertimbangkan moral, etika dan kesusahaannya.⁸⁶

Seorang pangeran dalam mencapai tujuan negara ia menyarankan agar kepala negara tidak usah memperhatikan masalah moral, kejujuran, kejam dan mendustai ajaran agama asal saja semuanya itu dilakukan, untuk memperbesar dan mempertahankan kekuasaan dan dengan kekuasaan besar dapat menaklukkan semua penguasa negara Italia lainnya agar terbentuk satu negara nasional Italia. Sejalan dengan pemikiran itu, Shan adalah seorang pejabat Cina, berpendapat jika ingin memiliki negara kuat dan berwibawa maka rakyat harus lemah dan miskin, pandangan ini didasari atas realitas bangsa Cina yang sementara dilanda kekacauan karena perebutan kekuasaan antara dinasti dan pemberontakan daerah terhadap dinasti berkuasa.

Pada fase modern (Abad XVI-XX) ditandai dengan munculnya *renaissance* dan *reformasi* ajaran Kristen telah mempersiapkan barat (Eropa) masuk ke dalam masa *anfklarung* (pencerahan) dengan memerdekan pikiran dari batas-batas yang ditentukan Gereja yang pada gilirannya melahirkan kebebasan politik. Disinilah timbul gagasan tentang hak-hak politik rakyat yang tidak boleh diselewengkan oleh raja, serta timbuknya

⁸⁶ Azhary, *Op, Cit*, hlm 22.

kecaman kecaman terhadap raja yang memperoleh dengan kekuasaan yang tidak terbatas dalam bentuk monarki absolut. Gagasan politik dan kecaman terhadap absolutisme monarki didukung oleh golongan menengah (*Middle Class*) yang waktu itu mulai berpengaruh kondisi kedudukan ekonomi dan mutu pendidikan yang relatif baik.⁸⁷ Kecaman terhadap absolutisme monarki di dasarkan pada prinsip *social contract* dan nilai-nilai keadilan yang universal. Hubungan antara raja dan rakyat didasarkan atas perjanjian yang mengikat kedua belah pihak, raja diberi kekuasaan untuk menyelenggarakan pemerintahan dan menciptakan suasana yang memungkinkan rakyat menikmati hak-hak adanya terjamin.

Disinilah oleh Thomas Hobbes (1588-1679) dalam karyanya, *Leviathan* bahwa *Lex Naturalis* yang termuat dalam perjanjian masyarakat oleh raja harus di implementasikan dan raja dibatasi dengan perjanjian itu yang dikemudian hari melahirkan sistem pemerintahan *Constitutional Monarchi*.

Jhon Locke (1632-1704) mengemukakan bahwa hak-hak politik rakyat mencakup atas hak-hak hidup, kebebasan dan hak memiliki (*right for live, liberty, property*) Montesquie (1689-1755) mengemukakan sistem pokok yang menurutnya dapat menjamin hak-hak politik tersebut melalui konsep *trias politika*-nya, yakni suatu sistem pemisahan kekuasaan negara ke dalam kekuasaan legislatif, eksekutif dan Yudikatif yang masing kekuasaan itu merdeka dan tidak boleh dikuasai oleh seorang raja.⁸⁸

Hal sama disampaikan oleh J. J. Rousseau (1712-1778) bahwa keberadaan negara dan penyelenggaraan pemerintahan didasari atas kesepakatan bersama dan dalam mengambil keputusan berdasarkan suara banyak atau berdasarkan hukum. pemikiran negara hukum merambah

⁸⁷ Miriam Budiardjo, *Op, Cit*, hlm 55. Lihat juga, Moh. Mahfud, MD., *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, *Op, Cit*, hlm 25.

⁸⁸ Azhary, *Op, Cit*, hlm 28, dan Moh. Mahfud, MD., *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, *Op, Cit*, hlm 25.

kemana-kemana sesuai dengan sejarah budaya dan latar belakang suatu bangsa. Di negara-negara Eropa seperti Perancis, Jerman, Belanda dan lain- lain, konsep *Rechtsstaat* Inggris, Amerika dan pengikut, lainnya- negara hukum *Rule of Law* serta negara-negara sosialis-komunis pun mengklaim diri sebagai negara hukum.

3. Middle Theory : Teori Sistem Hukum

Teori Sistem Hukum yang dikemukakan oleh Lawrence Friedman menyatakan bahwa suatu sistem hukum dari sitem kemasyarakatan maka hukum mencakup tiga komponen yaitu substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structure*), budaya hukum (*legal culture*).⁸⁹ Dari ketiga komponen dalam sistem tersebut saling mempengaruhi satu sama lainnya, maka dapat dikaji bagaimana bekerjanya hukum dalam praktek sehari-hari. Hukum merupakan budaya masyarakat, oleh karena itu tidak mungkin mengkaji hukum secara satu atau dua sistem hukum saja, tanpa memperhatikan kekuatan sistem yang ada dalam masyarakat. Dengan demikian teori sistem hukum ini menganalisa masalah penerapan substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum.

Komponen struktur dari suatu sistem hukum mencakup berbagai institusi (lembaga) yang diciptakan sistem hukum tersebut dengan berbagai

⁸⁹ Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Sosial Science Perspektive*, Russel Soge Foundation, New York, 1969, hlm 1. Substansi hukum (*legal substance*); merupakan aturan- aturan, norma-norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu termasuk produk yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam sistem hukum itu, mencakup keputusan yang mereka keluarkan atau aturan baru yang mereka susun. 2. Struktur hukum (*Legal structure*); merupakan kerangka, bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberikan semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan instansi-instansi penegak hukum. Di Indonesia yang merupakan struktur dari sistem hukum antara lain; institusi atau penegak hukum seperti, wilayah hisbah, advokat, polisi, jaksa dan hakim. 3. Budaya hukum (*legal culture*); merupakan suasana pikiran sistem dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum itu digunakan, dihindari atau disalahgunakan oleh masyarakat.

macam fungsi dalam mendukung bekerjanya sistem hukum. Salah satu diantara institusi adalah peradilan dengan berbagai perlengkapannya. Mengenai hal ini Friedman menulis, ”....*structure is the body, the framework, the longlasting shape of the system; the way courts of police deapements are organized, the lines of jurisdiction, the table of organization*”.⁹⁰ (Struktur adalah bodi atau kerangka, bentuk sistem yang bermotif, cara pengorganisasian pengaturan Departemen Kepolisian, garis-garis yurisdiksi, bagan organisasi). Komponen struktur hukum dalam hal ini mencakup berbagai institusi yang diciptakan oleh sistem hukum dengan berbagai macam fungsinya dalam rangka mendukung bekerjanya sistem hukum tersebut.

Substansi hukum meliputi aturan-aturan hukum, norma-norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu termasuk produk yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam sistem hukum itu, mencakup keputusan-keputusan yang mereka keluarkan atau aturan baru yang mereka susun. Mengenai hal ini Lawrence M.Friedman, menyatakan sebagai berikut “*Substance is what we call the actual rules or norms used by institutions, (or as the case may be) the real observable behavior patterns of actors within the system.*⁹¹ (Substansi adalah apa yang kita kenal dengan peraturan atau norma aktual yang digunakan oleh institusi, (atau sebagai kans mungkin) pola-pola tingkah laku yang dapat observasi secara nyata di dalam sistem).

Lawrence M.Friedman juga membedakan budaya hukum ini meliputi dua, yaitu: 1) budaya hukum eksternal (*Eksternal Legal Culture*); 2) budaya hukum internal (*Internal Legal Culture*). Mengenai hal ini Lawrence M. Friedman menyatakan sebagai berikut : *We can distinguish between an external and an internal legal culture. The external legal culture is the legal culture of those members of society who perform specialized legal*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid*, hlm 17

tasks. Every society has a legal culture but only societies with legal specialists have an internal legal culture".⁹²

4. *Aplicht Theory : Teori Penegakan Hukum*

Hukum sebagai idealisme memiliki hubungan yang erat dengan konseptualisasi keadilan secara abstrak. Apa yang dilakukan oleh hukum adalah untuk mewujudkan ide dan konsep keadilan yang diterima oleh masyarakatnya ke dalam bentuk yang konkret, berupa pembagian atau pengolahan sumber daya kepada masyarakatnya.

Hal demikian itu berkaitan erat dengan perkembangan masyarakat atau negara yang berorientasi kesejahteraan dan kemakmuran. Hakikat dari pengertian hukum sebagai suatu sistem norma, maka sistem hukum itu merupakan cerminan dari nilai-nilai dan standar elit masyarakat, masing-masing mempunyai kepentingan sendiri-sendiri sesuai dengan kepentingan kelompok mereka.

Efektivitas hukum dapat diartikan sebagai keberhasilgunaan hukum, dalam hal ini berkenaan dengan keberhasilan pelaksanaan hukum itu sendiri. Para pakar hukum dan sosiologi hukum memberikan pendekatan tentang makna efektivitas sebuah hukum beragam, bergantung pada sudut pandang yang dibidiknya. Menurut Soerjono Soekanto berbicara mengenai derajat efektivitas suatu hukum ditentukan antara lain :

Oleh taraf kepatuhan warga masyarakat terhadap hukum, termasuk para penegak hukumnya. Sehingga dikenal suatu asumsi, bahwa taraf kepatuhan hukum yang tinggi merupakan suatu indikator berfungsinya suatu sistem hukum. Dan berfungsinya hukum merupakan pertanda bahwa hukum tersebut telah mencapai tujuan hukum, yaitu berusaha untuk mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup.⁹³

⁹² *Ibid*, hlm 225.

⁹³ Soejono Soekanto, *Sosiologi ; Suatu Pengantar*, Rajawali Pres, Bandung, 1996, hlm 62.

Teori efektivitas hukum merupakan teori yang mengkaji dan menganalisis, kegagalan dan faktor yang mempengaruhi dalam pelaksanaan dan penerapan hukum.⁹⁴ Teori efektivitas hukum antara lain dikemukakan oleh Bronislaw Malinowski, Lawrence M. Friedman, Soerjono Soekanto, Clearance J. Dias, Howard, Mummers, Satjipto Rahardjo dan Tan Kamelo. Ada tiga fokus kajian teori efektivitas hukum, yang meliputi:⁹⁵

1. Keberhasilan dalam pelaksanaan hukum;
2. Kegagalan di dalam pelaksanaannya; dan
3. Faktor yang mempengaruhinya.

Keberhasilan di dalam pelaksanaan hukum adalah hukum yang dibuat telah mencapai maksudnya. Maksud norma hukum adalah mengatur kepentingan manusia. Apabila norma hukum ditaati dan dilaksanakan oleh masyarakat maupun penegak hukum, maka pelaksanaan hukum itu dikatakan efektif atau berhasil di implementasinya. Misalnya, dapat dilihat di dalam masyarakat telah sadar menyelesaikan kasus tindak pidana melalui lembaga adat. Kegagalan di dalam pelaksanaan hukum adalah bahwa ketentuan hukum yang telah ditetapkan tidak mencapai maksudnya atau tidak berhasil di dalam implementasinya. Faktor yang mempengaruhi adalah hal yang ikut menyebabkan atau mempengaruhi di dalam pelaksanaan dan penerapan hukum tersebut. Faktor yang mempengaruhi dapat dikaji dari aspek keberhasilannya; dan aspek kegagalannya.

⁹⁴ Salim H S dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013, hlm 3

⁹⁵ *Ibid.*

Faktor yang mempengaruhi keberhasilan itu, meliputi substansi hukum, struktur hukum, kultur, dan fasilitasnya. Norma hukum dikatakan berhasil atau efektif apabila norma itu ditaati dan dilaksanakan oleh masyarakat maupun aparatur penegak hukum itu sendiri.⁹⁶ Faktor yang mempengaruhi kegagalan di dalam pelaksanaan hukum adalah karena norma hukum yang kabur atau tidak jelas, aparatur penegak hukum yang korup, atau masyarakat yang tidak sadar atau taat pada hukum atau fasilitas yang tersedia untuk mendukung pelaksanaan hukum itu sangat minim.⁹⁷

Soerjono Soekanto mengungkapkan bahwa derajat efektivitas suatu hukum ditentukan antara lain oleh taraf kepatuhan masyarakat terhadap hukum, termasuk oleh para penegak hukumnya. Sehingga dikenal suatu asumsi bahwa taraf kepatuhan hukum yang tinggi merupakan suatu indikator berfungsinya suatu sistem hukum. Berfungsinya hukum merupakan pertanda bahwa hukum tersebut telah mencapai tujuan hukum, yaitu berusaha untuk mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup.⁹⁸ Dalam ilmu sosial, antara lain dalam sosiologi hukum, masalah kepatuhan atau ketaatan hukum atau kepatuhan terhadap kaidah-kaidah hukum pada umumnya telah menjadi faktor yang pokok dalam menakar efektif tidaknya sesuatu yang ditetapkan, dalam hal ini hukum.⁹⁹

Soerjono Soekanto mengungkapkan juga bahwa efektivitas hukum adalah segala upaya yang dilakukan agar hukum yang ada dalam masyarakat benar-benar hidup dalam masyarakat, dan agar kaidah hukum atau sebuah

⁹⁶ *Ibid*, hlm 4

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Soerjono Soekanto, *Sosiologi: Suatu Pengantar*, Op, Cit, hlm 19

⁹⁹ *Ibid*, hlm 20.

peraturan berfungsi bahkan hidup dalam tatanan kehidupan masyarakat,¹⁰⁰ maka dikatakan lebih lanjut oleh Soerjono Soekanto bahwa kaidah hukum atau peraturan haruslah memenuhi tiga unsur, yaitu:¹⁰¹

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

Menurut Soerjono Soekanto, ada 5 (lima) faktor yang sangat berpengaruh dalam penegakan hukum, dan antara kelimanya itu saling berkaitan erat satu dengan yang lainnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum dan merupakan tolak ukur dari efektifitas penegakan hukum. Faktor yang dimaksud diharapkan akan menjadi landasan untuk mengukur efektifitas penegakan hukum adalah :¹⁰²

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

¹⁰⁰ *Ibid*, hlm 53.

¹⁰¹ *Ibid*, hlm 57.

¹⁰² Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grapindo Persada, Jakarta, 1993, hlm 1.

menjadi peraturan hukum yang mati, atau dirasakan sebagai tirani karena tidak berakar.

- 2) Faktor penegak hukum, yaitu pihak-pihak yang membentuk maupun yang menerapkan hukum. Penegak hukum mencakup segala elemen yang secara langsung atau tidak langsung berkecimpung di bidang penegakan hukum, adalah mereka yang mempunyai peranan yang sangat menentukan keberhasilan usaha penegakan hukum dalam masyarakat, seperti polisi, jaksa, hakim, pengacara dan lain-lain.
- 3) Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum. Sarana atau fasilitas sangat menentukan dalam penegakan hukum, tanpa sarana atau fasilitas yang memadai, penegakan hukum tidak akan lancar, penegakan hukum tidak akan baik dalam menjalankan peranannya. Sarana atau fasilitas tersebut antara lain tenaga manusia yang berpendidikan dan profesional, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup dan sebagainya.
- 4) Faktor masyarakat, yaitu lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan. Salah satu faktor yang mempengaruhi proses penegakan hukum adalah kesadaran hukum masyarakat, semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin memungkinkan penegakan hukum yang baik, sebaliknya semakin rendah tingkat kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin sukar untuk melaksanakan penegakan hukum.
- 5) Faktor kebudayaan, yaitu sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan prakarsa didalam pergaulan hidup masyarakat.

Satjipto Rahardjo menyatakan bekerjanya hukum dalam masyarakat tidak serta merta dan terjadi begitu saja, karena hukum bukanlah merupakan hasil karya pabrik, yang begitu keluar langsung dapat bekerja, melainkan memerlukan beberapa langkah yang memungkinkan ketentuan (hukum) tersebut dijalankan atau bekerja.¹⁰³ Sekurang-kurangnya ada empat langkah yang harus dipenuhi untuk mengupayakan hukum atau aturan atau ketentuan dapat bekerja dan berfungsi (secara efektif) yaitu:¹⁰⁴

- 1) Adanya pejabat/aparat penegak hukum sebagaimana ditentukan dalam peraturan hukum tersebut;
- 2) Adanya orang (individu/masyarakat) yang melakukan perbuatan hukum, baik yang mematuhi atau melanggar hukum;
- 3) Orang-orang tersebut mengetahui adanya peraturan;
- 4) Orang-orang tersebut sebagai subjek maupun objek hukum bersedia untuk berbuat sesuai hukum.

¹⁰³ Satjipto Rahardjo, *Op, Cit*, hlm 70.

¹⁰⁴ *Ibid*, hlm 72

Tan Kamello,¹⁰⁵ memperkenalkan salah satu model dalam pembentukan hukum yang belum disentuh oleh penulis sebelumnya. Model yang diperkenalkan ini merupakan kreasi hukum dengan penggabungan paham rasional dan empirisme dengan menggunakan metode deduktif dan induktif. Dalam ilmu sosial antara lain dalam sosiologi hukum, masalah kepatuhan atau ketaatan hukum atau kepatuhan terhadap kaidah-kaidah hukum pada umumnya telah menjadi faktor yang pokok dalam menakar efektif tidaknya sesuatu yang ditetapkan dalam hal ini hukum.¹⁰⁶ Yang dimaksud dengan efektivitas adalah segala upaya yang dilakukan agar hukum yang ada dalam masyarakat benar-benar hidup dalam masyarakat, artinya hukum tersebut benar-benar berlaku secara yuridis, sosiologis dan filosofis (penjelasan tentang *Life of Law* lengkap pada sub-bab selanjutnya).

Dalam kehidupan masyarakat selalu terdapat hubungan atau interaksi sosial. Dalam hubungan tersebut, ada suatu aturan sebagai pedoman yang dipatuhi/ditaati yang mengatur hubungan atau pergaulan unsur sosial yang ada dalam struktur masyarakat dengan bertujuan untuk mencapai kedamaian hidup antar pribadi, yang meliputi ketertiban, keserasian dan ketentraman hidup. Warga masyarakat tidak akan mungkin hidup teratur tanpa hukum, karena norma-norma berfungsi untuk memenuhi kebutuhan manusia akan keteraturan dan ketentraman secara tuntas.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Tan Kamello, *Memperkenalkan Model Sistem Pembangunan Hukum di Indonesia*, Universitas Sumatera Utara, Medan, 2012, hlm 95.

¹⁰⁶ *Ibid.*, hlm 20. Lebih lanjut pada hlm 96, dikatakan bahwa sistem hukum Indonesia harus dibangun dengan model yang memperhatikan unsur-unsur yang terkait satu sama lain sebagai berikut : Pembentukan kesadaran publik (*Public awareness*); Mempersiapkan rancangan hukum (*Draft of law*); Menciptakan undang-undang atau substansi hukum (*Substantive of law*); Melakukan sosialisasi hukum (*Socialization of law*); Mempersiapkan struktur hukum (*Structure of law*); Menyediakan fasilitas hukum (*Facility of law*); Menegakkan hukum (*Law Enforcement*); Membentuk kultur hukum (*Culture of law*); Melakukan kontrol hukum (*Control of law*); Menghasilkan kristalisasi hukum (*Crystallization of Law*); dan Melahirkan nilai hukum (*Value of law*).

¹⁰⁷ Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1986, hlm 86. Dalam hubungannya dengan kaedah hukum, dikenal adanya pola interaksi sosial sebagai berikut: Pola *tradisional integrated group*: interaksi sosial terjadi apabila warga-warga masyarakat berperilaku atas dasar kaedah-kaedah dan nilai-nilai yang sama sebagaimana diajarkan oleh warga masyarakat lainnya. Interaksi ini tampak (terutama pada masyarakat sederhana) dimana para warga berperilaku menurut adat-istiadatnya. Dalam hal ini karena kaedah

Hal tersebut terutama dalam masyarakat yang majemuk: berbeda agama, berbeda suku bangsa, berbeda golongan, berlapis-lapis dan sebagainya. Masing-masing kelompok dapat dimungkinkan saling mempengaruhi dan memperjuangkan nilai, aspirasi politik, dan lain-lain hal yang menurut mereka patut dijalankan dan dipatuhi.

Terkait dengan efektivitas hukum dalam masyarakat, Ronny Hanitijo Soemitro mengutip Metzger bahwa efektif tidaknya suatu sistem hukum ditentukan oleh 5 (lima) syarat, yaitu:¹⁰⁸

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

Menurut Soerjono Soekanto menyebut lima hal yang berpengaruh dalam penegakan hukum:¹⁰⁹

- a. Faktor hukumnya sendiri.

hukum yang berlaku sudah melembaga dalam masyarakat, kaedah-kaedah tersebut mempermudah interaksi diantaranya; Pola *public*: interaksi sosial terjadi apabila warga-warga masyarakat berperilaku atas dasar pengertian-pengertian yang sama yang diperoleh dari komunikasi langsung. Peraturan-peraturan yang dikeluarkan oleh penguasa, berlaku bagi seluruh masyarakat dalam wilayah negara; Pola *audience*: interaksi sosial terjadi apabila warga-warga masyarakat berperilaku atas dasar pengertian-pengertian yang sama yang diajarkan oleh suatu sumber secara individual, yang disebut sebagai “*propagandist*”. Kaedah-kaedah yang berlaku dalam suatu golongan politik sosial tertentu; Pola *crowd*: interaksi sosial terjadi apabila warga-warga masyarakat berperilaku atas dasar perasaan yang sama dan keadaan fisik yang sama. Perilaku yang terjadi (misalnya perkelahian pelajar) pada suatu kerumunan dan dalam waktu tertentu.

¹⁰⁸ Ronny Hanitijo Soemitro, *Studi Hukum dan Kemiskinan*, Penerbit Tugu Muda, Semarang, 1989, hlm 46

¹⁰⁹ Soerjono Soekanto, *Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Op, Cit, hlm 5.

- b. Faktor penegak hukum.
- c. Faktor sarana atau fasilitas.
- d. Faktor masyarakat.
- f. Faktor kebudayaan.

Teori tersebut di atas sangat relevan dengan pembahasan masalah disertasi ini yang mengarah kepada cita hukum bangsa Indonesia¹¹⁰ yang berakar kepada Pancasila (nilai relegius) sebagai landasan kefilsafatan dalam menata kerangka dan struktur dasar organisasi negara sebagaimana yang dirumuskan dalam UUD NRI Tahun 1945.

Penegakan hukum merupakan suatu usaha mewujudkan ide dan konsep menjadi kenyataan. Yang disebut sebagai keinginan hukum disini tidak lain adalah pikiran pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan hukum itu. Pembicaraan mengenai proses penegakan hukum ini menjangkau pula sampai kepada pembuatan hukum. Perumusan pikiran pembuat undang-undang (hukum) yang dituangkan dalam peraturan hukum akan turut menentukan bagaimana penegakan hukum itu dijalankan.¹¹¹

Secara konsepsional, inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyerasikan hubungan nilai yang dijabarkan dalam kaedah yang mantap dan mengejawantah dalam sikap tindak sebagai rangkuman penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup. Penegakan hukum pada hakekatnya merupakan diskresi menyangkut pembuatan keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaedah hukum, akan tetapi mempunyai unsur penilaian pribadi dan pada hakekat diskresi berada diantara hukum dan moral.¹¹²

Penegakan hukum adalah proses upaya tegak atau berfungsinya hukum secara nyata sebagai pedoman prilaku atau hubungan dalam kehidupan bermasyarakat. Ditinjau dari subjek, penegakan hukum dapat dilakukan oleh subjek yang luas dan sempit. Dalam arti luas proses melibatkan semua subjek

¹¹⁰ Cita hukum adalah gagasan, karsa, cipta dan pikiran berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum, yang dalam intinya terdiri atas tiga unsur : keadilan, kehasil- gunaan (*doelmanigheid*) dan kepastian hukum. Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2009, hlm 181

¹¹¹ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm 154.

¹¹² Soerjono Soekanto. *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Op, Cit. Hlm 7.

hukum dalam setiap hubungan hukum. Siapa saja yang menjalankan aturan normatif atau melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dengan mendasar pada aturan norma aturan hukum, berarti dia menjalankan atau menegakkan aturan hukum. Dalam arti sempit, penegakan hukum diartikan sebagai upaya aparatur penegak hukum menjamin dan memastikan suatu aturan hukum berjalan sebagaimana seharusnya, apabila diperlukan, aparatur penegak hukum itu dipergunakan untuk menggunakan daya paksa.

5. *Applicht Theory : Teori Hukum Progresif*

Tokoh yang melahirkan teori hukum progresif¹¹³ ini adalah Satjipto Rahardjo, teori ini berawal dari keprihatinan beliau terhadap keterpurukan hukum di Indonesia, beberapa kritiknya yang sering dilontarkan baik berupa wacana lisan maupun tulisan antara lain dikatakan bahwa: hukum itu sudah cacat sejak dilahirkan, hal ini sejatinya adalah sebuah tragedi hukum. Masyarakat diatur hukum yang penuh cacat, karena ketidakmampuannya untuk merumuskan secara tepat hal-hal yang ada dalam masyarakat. Akibatnya masyarakat diatur oleh hukum yang sudah cacat sejak lahir.¹¹⁴

Gagasan hukum progresif bertolak dari pandangannya bahwa hukum harus dilihat sebagai suatu ilmu, oleh karenanya hukum tidak hanya dianggap selesai setelah tersusun sebagai peraturan perundang-undangan dengan kalimat yang telah tertata rapi dan sistematis, akan tetapi hukum harus selalu mengalami proses pemaknaan sebagai sebuah pendewasaan atau pematangan, sehingga dengan proses itulah hukum dapat menunjukkan jati dirinya sebagai sebuah ilmu, yaitu selalu berproses mencari kebenaran.¹¹⁵

¹¹³ Progresif berasal dari kata *Progress* yang berarti kemajuan. Hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab problematika yang berkembang dalam masyarakat, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya aparat penegak hukum sendiri. Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008, hlm ix.

¹¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006, hlm iv.

¹¹⁵ Ari Wibowo, *Mewujudkan Keadilan Melalui Penerapan Hukum Progresif, Membumikan Hukum Progresif*, Aswaja Pressindo, Yogyakarta, 2013, hlm 7.

Hukum harus dilihat secara utuh menyeluruh yang menekankan pada sifat substantif dan transedental dengan mendasarkan pada fakta sosial yang tidak lepas dari nilai-nilai agama, etik dan moral, dan tidak hanya dalam wujud norma-norma yang tertulis saja.¹¹⁶ Hukum progresif adalah bagian proses pencarian kebenaran yang tidak pernah berhenti, bertolak dari realitas empirik bekerjanya hukum di masyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan akan kinerja dan kualitas penegakan hukum Indonesia akhir abad ke-20. Dalam proses pencarian itu Satjipto Rahardjo berkesimpulan, salah satu penyebab menurunnya kinerja dan kualitas penegak hukum di Indonesia adalah dominasi paradigma positivisme dengan sifat formalitasnya yang melekat.¹¹⁷ Dalam kaitan sistem peradilan pidana, kegagalan dalam penegakan hukum dan pemberdayaan hukum ditengarai oleh sikap *submissive* terhadap kelengkapan hukum yang ada, seperti prosedur, doktrin dan asas hukum Indonesia, selain itu juga disebabkan ketidakmampuan *criminal justice system* mengemban tugasnya. Sehingga muncul pertanyaan sejauhmana efisiensi lembaga peradilan sebagai institusi tempat mencari keadilan, berakibat ketidakpuasan terhadap eksistensi peradilan itu sendiri.¹¹⁸

Penegakan hukum adalah suatu proses mewujudkan keinginan hukum menjadi kenyataan. Keinginan hukum adalah pikiran badan pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan hukum. Perumusan pikiran pembuat hukum yang dituangkan dalam peraturan hukum akan turut menentukan penegakan hukum itu dijalankan, penegakan hukum itu akan berpuncak pada pelaksanaannya oleh para pejabat penegak hukum.¹¹⁹

¹¹⁶ Turiman, *Memahami Hukum Progresif Prof. Satjipto Rahardjo Dalam Paradigma Thawaf (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Teori Hukum yang Membumi/Grounded Theory Meng-Indonesia)* dalam <http://eprint.undip.ac.id>.

¹¹⁷ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Op. Cit, hlm 22.

¹¹⁸ *Ibid*, hlm x.

¹¹⁹ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Op, Cit, hlm 24.

Dalam kaitannya antara peranan peraturan perundang-undangan dengan pelaksanaannya oleh para penegak hukum, Satjipto Rahardjo mengemukakan:

Dalam nada agak ekstrim bahwa keberhasilan atau kegagalan penegak hukum melaksanakan tugas sebetulnya sudah dimulai sejak peraturan hukum yang harus dijalankan dibuat. Misalnya, badan legislatif membuat peraturan yang sulit dilaksanakan dalam masyarakat, maka sejak saat itu sebetulnya badan tersebut telah menjadi arsitek bagi kegagalan para penegak hukum dalam menerapkan peraturan tersebut. Hal ini, misalnya dapat terjadi karena peraturan tersebut memerintahkan dilakukannya sesuatu yang tidak didukung oleh sarana yang mencukupi. Akibatnya, tentu saja peraturan tersebut gagal dijalankan oleh penegak hukum.¹²⁰

Pada bagian lain, dalam kaitannya dengan fungsi hukum dan lembaga hukum dalam masyarakat, Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa:

Pengkajian hukum dari sudut studi hukum dan masyarakat, selalu ingin menegaskan *fungsi* sesungguhnya dijalankan oleh hukum atau lembaga hukum itu di dalam masyarakat. Penegasan mengenai fungsi ini tidak hanya dilihat dari sudut ketentuan hukum yang mengaturnya, melainkan juga dari apa yang ditentukan oleh masyarakat sendiri mengenainya.¹²¹

Hukum merupakan mekanisme mengintegrasikan kekuatan dan proses dalam masyarakat, maka pengadilan pastilah merupakan lembaga yang menjadi pendukung utama dari mekanisme itu, karena dalam lembaga inilah nantinya sengketa-sengketa yang terdapat dalam masyarakat tersebut akan diselesaikan, agar tidak berkembang menjadi pertentangan yang membahayakan keamanan dan ketertiban masyarakat.¹²²

Sejalan Satjipto Rahardjo, Lawrence M. Friedman menyatakan sistem hukum akan bekerja jika terdapat kekuatan sosial (*social forces*) yang menggerakkan hukum. Kekuatan sosial itu terdiri dari elemen nilai dan sikap sosial yang dinamakan budaya hukum (*legal culture*).¹²³ Menurut Friedman, istilah *Social Forces* merupakan sebuah abstraksi yang tidak secara langsung

¹²⁰*Ibid.*, Hal. 25.

¹²¹ Satjipto Rahardjo, *Hukum, Masyarakat dan Pembangunan*, Alumni, Bandung, 1980, hlm 105.

¹²²*Ibid*, hlm 106.

¹²³ Lawrence M. Friedman, *Op, Cit*, hlm 14.

menggerakkan sistem hukum, tetapi perlu diubah menjadi tuntutan-tuntutan formal untuk menggerakkan bekerjanya sistem hukum di pengadilan.¹²⁴

Istilah Budaya Hukum juga digunakan oleh Daniel S. Lev dalam tulisannya berjudul *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia* (Lembaga-lembaga Peradilan dan Budaya Hukum Indonesia),¹²⁵

Ia menerapkan konsep budaya hukum untuk menganalisis pola-pola perubahan sistem hukum Indonesia sejak revolusi, uraian Lev berkisar pada dua konsep, yaitu konsep sistem hukum dan konsep budaya hukum. Menurut Lev suatu sistem hukum itu terdiri atas proses-proses formal yang membentuk lembaga-lembaga formal bersama-sama dengan proses informal yang mengelilinginya, sedangkan budaya hukum diartikan sebagai nilai-nilai yang terkait dengan hukum dan proses hukum, dimana budaya hukum mencakup dua komponen pokok yang sangat berkaitan, yaitu nilai-nilai hukum substantif dan nilai-nilai hukum keacaraan.¹²⁶

Nilai hukum keacaraan mencakup sarana pengaturan sosial maupun pengelolaan konflik dalam masyarakat. Nilai ini merupakan landasan budaya sistem hukum dan nilai ini membantu menentukan ruang sistem kepada lembaga hukum, politik, agama dan lembaga lain di masyarakat.¹²⁷

Gagasan hukum progresif menekankan kualitas aparat penegak hukum ini pernah diungkapkan Plato, bahwa hukum tidak akan berjalan baik jika tidak didukung faktor lain seperti sarana yang memadai, dana yang cukup, kebijakan instansi dan terpenting adalah aparat penegaknya. Aturan sebaik apapun tanpa diikuti kualitas intelektual dan integritas yang baik, maka keadilan sulit diwujudkan. Justeru meskipun hukumnya jelek akan tetapi kualitas aparatnya baik maka keadilan akan tetap dapat terwujud.¹²⁸

Hukum progresif menjadikan ketulusan dan kejujuran sebagai mahkota penegakan hukum. Keadilan menjadi tujuan akhir dari proses penegakan hukum. Oleh karena itu ajaran hukum progresif ini mengutamakan sikap empati, kedulian dan dedikasi dari para aparat penegak hukum untuk

¹²⁴ *Ibid*, hlm 15. Lihat pula Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2012, hlm 154.

¹²⁵ Daniel S. Lev, 1990, *Hukum dan Politik di Indonesia, Kesinambungan dan Perubahan*, Terjemahan Nirwono dan AE. Priyono, LP3ES, Jakarta, Hal. 118.

¹²⁶ *Ibid*, hlm 119.

¹²⁷ Satjipto Rahardjo, 1980, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, Hal. 87.

¹²⁸ Bernard, *Teori Hukum; Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hlm 42.

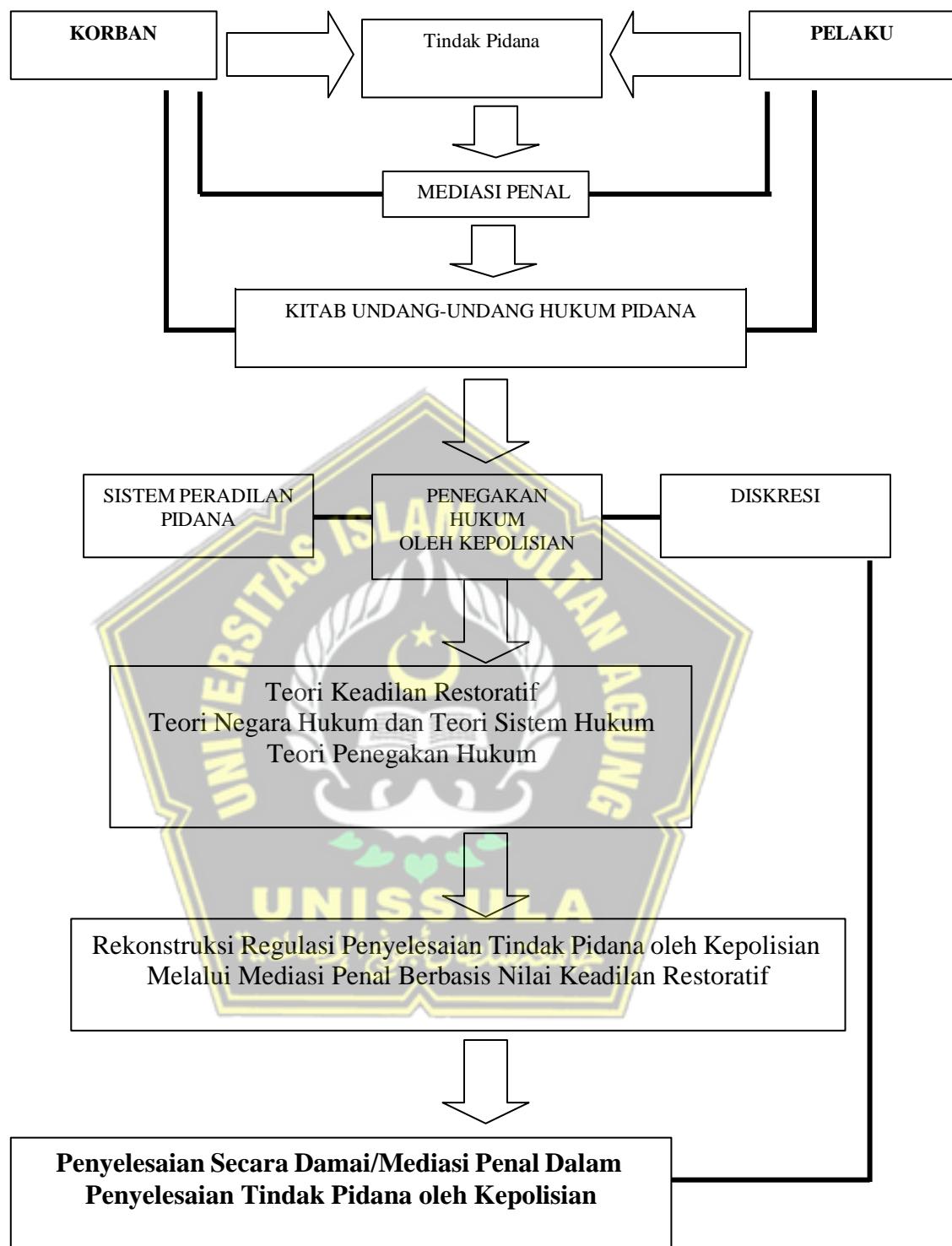
tegaknya keadilan, karena aparat penegak hukumlah sebagai ujung tombak penegak keadilan dimaksud.¹²⁹

Penegakan hukum menuntut pula agar ada tindakan atau penanganan yang luar biasa pula. Salah satu penyebab kegagalan penegakan hukum dan pemberdayaan hukum dalam sistem peradilan pidana antara lain disebabkan oleh sikap patuh atau tunduk serta menerima apa adanya kelengkapan hukum yang ada, baik berupa prosedur, doktrin ataupun asas hukum yang ada.



¹²⁹ Sudijono Sastro Atmmojo, *Sistem Peradilan Pidana Progresif: Alternatif dalam Penegakkan Hukum Pidana*, Jurnal Hukum, Vol. 14 Nomor 2, Edisi April 2007, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, hlm 215.

G. Kerangka Pemikiran



H. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan penelurusan, terdapat penelitian terkait dengan Rekonstruksi Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif, yaitu :

No.	Nama dan Judul Penelitian	Hasil Penelitiannya	Kebaharuan Disertasi
1	Muh. Fauzan Aries, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar, 2020, dengan judul Hakikat Keadilan Restoratif Dalam Penegakan Hukum Pidana Anak Ditinjau Dari Perspektif Hukum Sebagai Alat Rekayasa Sosial	Hasil penelitian menunjukkan bahwa: (1) pada hakikat keadilan dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, terdapat pengaruh pandangan teori monistik dan teori dualistik, serta hermeneutika hukum terhadap bagaimana hukum pidana bekerja untuk menegakkan keadilan, (2) pada penerapan prinsip diversi dalam sistem peradilan pidana anak dari perspektif hukum sebagai alat rekayasa sosial, terdapat pendekatan model Alternative Dispute Resolution (ADR), serta pendekatan hukum adat, (3) mengenai rasio hukum dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak dalam menghasilkan keadilan restoratif dalam hukum pidana di indonesia terkait dengan fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial, kita akan menuju kepada tujuan akhir terhadap jarak rasio antara hukum dan keadilan yang sifat dasarnya abstrak serta dipenuhi oleh nilai-nilai dari filsafat hukum, hubungan hukum dan keadilan dibangun oleh pondasi dari	Belum terdapat yang menunjukkan adanya pembahasan tentang Rekonstruksi Regulasi Diskresi Kepolisian Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Terhadap Nyawa Orang Berbasis Nilai Keadilan Restoratif. Karenanya, disinilah letak perbedaan penelitian ini dengan penelitian-penelitian sebelumnya.

		<p>maxim, principat, postulat, dan principle, sehingga hukum dapat dilahirkan secara concreto, lalu berangkat menuju pengaruh premis logika hukum sebagai alat rekayasa sosial terhadap prinsip reaksi dan sistem penunjang model keadilan restoratif.</p>	
2	<p>Yoyok Subagiono, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya, 2020, dengan judul “Konsep Penghentian Penyidikan Demi Hukum Berbasis Keadilan Restoratif”.</p>	<p>Hasil kajian,sifat penghentian penyidikan adalah menghentikan atau tidak melanjutkan proses penyidikan dalam upaya menghindari penjatuhan pidana atau sanksi terhadap seseorang Makna hukum sangat mendalam, yaitu dengan menggali makna hukum. Secara filosofis, hukum tidak hanya berkaitan dengan hukum positif, tetapi juga nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat dan menjadi sumber hukum material. Pandangan positivistik adalah bahwa hukum terkandung dalam undang-undang. Sedangkan menurut beberapa ahli hukum merupakan cerminan dari kehendak masyarakat, yang terwujud dalam suatu kebudayaan yang meliputi agama, adat istiadat, kesopanan, dan kesopanan serta bertujuan untuk mencapai kebahagiaan. Pengembangan konsep yang lebih manusiawi dan bermartabat Perluasan makna demi hukum harus dikembangkan tidak hanya terbatas pada tiga hal sebagaimana diatur dalam Pasal 109 KUHAP, tetapi juga mengatur alasan-alasan</p>	<p>Belum terdapat yang menunjukkan adanya pembahasan tentang Rekonstruksi Regulasi Diskresi Kepolisian Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Terhadap Nyawa Orang Berbasis Nilai Keadilan Restoratif. Karenanya, disinilah letak perbedaan penelitian ini dengan penelitian-penelitian sebelumnya.</p>

		<p>lain sesuai dengan keinginan masyarakat atau para pihak dengan tetap berpijak pada nilai-nilai yang ada di masyarakat Penghentian penyidikan karena para pihak akan menyelesaiannya secara damai atau kasus yang dialami tersangka bertengangan dengan hati nurani masyarakat merupakan bentuk keadilan. Pemulihan kondisi sebagai salah satu hal yang harus dipenuhi oleh pelaku sebagai bentuk pertanggungjawaban atas perbuatannya merupakan bentuk penyesalan atas perbuatannya. Sikap kekeluargaan dapat meniadakan balas dendam antar pihak, meningkatkan ketertiban dan membawa kebahagiaan bagi pelaku, korban dan masyarakat mati.</p>	
3	Yeti Kurniati, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Pasundan, 2019, dengan judul “Penerapan Prinsip Keadilan Restoratif Dalam Perumusan Stelsel Sanksi Pidana di Bidang Ketenagakerjaan”.	<p>Hasil penelitian menunjukkan bahwa penerapan prinsip keadilan restoratif dalam perumusan stelsel sanksi pidana bidang ketenagakerjaan di masa yang akan datang dapat dilakukan dengan penambahan ketentuan sanksi restitusi sebagai sanksi tindakan (treatment) disamping penerapan sanksi pidana (punishment) yang selama ini masih digunakan oleh Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan. Pengenaan sanksi tindakan (treatment) dapat diterapkan pada ketentuan Pasal 78 ayat (2), Pasal 79 ayat (1) dan (2), Pasal 82, Pasal 85 ayat (3), Pasal 90 ayat (1), Pasal 93</p>	<p>Belum terdapat yang menunjukkan adanya pembahasan tentang Rekonstruksi Regulasi Diskresi Kepolisian Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Terhadap Nyawa Orang Berbasis Nilai Keadilan Restoratif. Karenanya, disinilah letak perbedaan penelitian ini dengan penelitian-penelitian sebelumnya.</p>

		<p>ayat (2), Pasal 160 ayat (4) dan ayat (7) dan Pasal 167 ayat (5), karena ketentuan tersebut tergolong ke dalam perbuatan hukum perdata dan administratif. Pemberian sanksi tindakan berupa restitusi berguna sebagai sarana untuk memperbaiki hubungan kedua belah pihak (Pekerja dan Pengusaha) agar terwujudnya rekonsiliasi/pemulihan pada keadaan semula (restutio in integrum). Selain dari pada itu alternatif selanjutnya ialah dilakukannya upaya “Depenalisasi” terhadap beberapa ketentuan sebagaimana dimaksud di atas yang semula diancam dengan pidana kemudian ancaman pidana ini dihilangkan dan digantikan dengan pemberian restitusi.</p>	
4	Ahmad Agus Ramdlany, Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya, 2021, dengan judul "Restorative Justice dalam hukum pidana islam perspektif filsafat hukum islam".	<p>Hasil penelitian pertama; keadilan restoratif dalam hukum pidana Islam dikenal dengan istilah al ‘afwu dan Islah. Perbuatan memaafkan dan perdamaian dari korban atau keluarganya dipandang sebagai suatu yang lebih baik. Korban mendapat perbaikan dari sanksi yang dijatuhkan, serta ada peranan korban dalam sistem dan proses peradilan pidana. Kedua; Hukum pidana Islam sangat menganjurkan penyelesaian perkara dengan cara perdamaian. Penerapan restorative justice telah berkembang di masyarakat, baik di desa maupun perkotaan. Ketiga; Nilai-nilai keadilan restoratif memberikan perhatian yang</p>	<p>Belum terdapat yang menunjukkan adanya pembahasan tentang Rekonstruksi Regulasi Diskresi Kepolisian Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Terhadap Nyawa Orang Berbasis Nilai Keadilan Restoratif. Karenanya, disinilah letak perbedaan penelitian ini dengan penelitian-penelitian sebelumnya.</p>

	<p>sama terhadap korban dan pelaku. Otoritas untuk menentukan rasa keadilan ada di tangan para pihak, terutama korban bukan pada negara. Restorative Justice dalam hukum pidana Islam dapat berimplikasi pada efektifitas penegakan hukum di Indonesia. Kejahatan akan berkurang, penjara tidak akan over capacity serta terciptanya keamanan dan Ketentraman dalam masyarakat. Penyerapan nilai-nilai hukum pidana Islam dilakukan melalui proses objektifikasi istilah-istilah teknis dan bentuk-bentuk hukuman dari hukum pidana Islam. Dengan metode ini, diharapkan hukum pidana Islam secara substansial-kontekstual tetap menjadi bagian dari jiwa pembaruan hukum pidana Indonesia, meskipun secara formal-tekstual tidak nampak di permukaan, sesuai dengan kaidah, “Ma laa yudraku kulluhu, la yutraku kulluhu” (sesuatu yang tidak mungkin terwujud seluruhnya, tidak boleh ditinggalkan (yang terpenting didalamnya) seluruhnya”.</p>	
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

Berdasarkan uraian di atas, penelitian Rekonstruksi Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif memiliki perbedaan dengan penelitian sebelumnya. Oleh karena itu originalitas penelitian ini dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.

I. Metode Penelitian

Metode penelitian adalah cara yang digunakan oleh peneliti dalam mengumpulkan data penelitiannya. Penelitian adalah suatu pencarian fakta menurut metode objektif yang jelas untuk menemukan hubungan antar fakta dan menghasilkan dalil atau hukum.¹³⁰

1. Metode Pendekatan

Penelitian ini bersifat yuridis normatif dan empiris. Yuridis normatif dengan melakukan analisis terhadap permasalahan dan penelitian melalui pendekatan terhadap asas-asas hukum serta mengacu pada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan. Pendekatan empiris yang digunakan dalam penelitian ini adalah untuk melihat perilaku hukum sebagai pola perilaku masyarakat dan terlihat sebagai kekuatan sosial.

Menurut Soemitro dan Ronny Hanitijo, secara sederhana, penelitian hukum dapat diklarifikasikan ke dalam 2 (dua) jenis yaitu: penelitian hukum normatif/doktrinal dan penelitian hukum empiris/sosiologis. Penelitian hukum normatif/doktrinal mempergunakan data sekunder. Penelitian hukum empiris/sosiologis adalah penelitian hukum yang menggunakan data primer.¹³¹ Hal yang sama juga dinyatakan oleh Soedjono Soekanto dan Sri Mamudji yang menggolongkan penelitian hukum menjadi 2 (dua) golongan/jenis, yaitu penelitian hukum normatif dan sosiologis/empiris.¹³² Yang dimaksud dengan pendekatan penelitian yuridis normatif dan empiris ini seperti yang disebutkan di atas oleh Soerjono Soekanto disebut sebagai

¹³⁰ Mohammad Nazir, *Metode Penelitian*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2005, hlm 13.

¹³¹ Soemitro dan Ronny Hanitijo, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1998, hlm 10.

¹³² Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali, Jakarta, 1986, hlm 15.

socio legal research, yakni memandang hukum sebagai *law in action* yang menyangkut pertautan antara hukum dengan pranata-pranata sosial.¹³³

2. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian ini adalah preskriftif dan deskriptif analitis. Penelitian ini bersifat *preskriftif* yang menawarkan konsep untuk memecahkan suatu masalah (*problem solving*) dan tidak sekedar *deskriptif* (*just to describe something as it is*).¹³⁴ Atau sifat penelitian *preskriftif* adalah menyorot sesuatu (objek) yang dicita-citakan atau yang seharusnya.¹³⁵ Maksudnya untuk menggambarkan Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif.

Penelitian ini juga dimaksudkan mendapatkan masukan terhadap hal yang harus dilakukan untuk mengatasi masalah Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Berbasis Nilai Keadilan Restoratif.

Bersifat deskriptif analitis, yaitu untuk menggambarkan semua gejala dan fakta serta menganalisa permasalahan yang ada pada masa sekarang.¹³⁶ Dikatakan deskriptif, karena penelitian ini diharapkan mampu memberikan gambaran secara rinci, sistematis dan menyeluruh mengenai segala hal yang berhubungan dengan perkembangan mengenai Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Berbasis Nilai Keadilan Restoratif.

3. Sumber Data

Data yang dipergunakan dalam penelitian Disertasi ini terdiri dari data

¹³³ *Ibid*, hlm 20.

¹³⁴ M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, Op, Cit, hlm 107

¹³⁵ *Ibid*, hlm 3.

¹³⁶ Winarto Surakhmad, *Pengantar Penelitian Ilmiah Dasar Metode Teknik*, Tarsito, Bandung, 1990, hlm 132.

primer¹³⁷ dan data sekunder¹³⁸. Data primer merupakan data yang diperoleh secara langsung dari penelitian lapangan dengan mengadakan kegiatan wawancara¹³⁹, pengamatan (observasi)¹⁴⁰, dan teknik dokumentasi¹⁴¹. Data sekunder yaitu data yang diperoleh berdasarkan studi kepustakaan yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder, dan tertier.¹⁴² Data sekunder dalam penelitian ini yakni :

1. Bahan hukum primer dalam hal ini berupa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan penulisan disertasi ini.
2. Bahan hukum sekunder adalah bahan-bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti hasil-hasil penelitian, bahan hukum yang diperoleh dari buku teks, jurnal, pendapat para sarjana, kasus-kasus hukum.
3. Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan petunjuk atau

¹³⁷ Data primer adalah data yang langsung dan segera diperoleh dari sumber data oleh penelitian untuk tujuan yang khusus. Winarto Surakhmad, *Ibid*, hlm 163

¹³⁸ Data sekunder, antara lain mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berwujud laporan, buku harian, dan seterusnya. Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op, Cit*, hlm 11. Bandingkan, Sanafiah Faisal, *Penelitian Kualitatif Dasar-Dasar dan Aplikasi*, YA3, Malang, 1990, hlm 81, studi kepustakaan disebut sebagai sumber data non manusia, dilakukan untuk memperoleh data sekunder, dengan cara mempelajari peraturan-peraturan perundang-undangan, literatur, dokumen-dokumen resmi yang mendukung objek penelitian.

¹³⁹ Wawancara adalah percakapan dengan maksud tertentu. Percakapan itu dilakukan oleh dua pihak, yaitu pewawancara, yang mengajukan pertanyaan dan yang diwawancarai yang memberikan jawaban atas pertanyaan itu. Lexy J Moleong. *Metodologi Penelitian Kualitatif*. Remaja Rosdakarya, Bandung, 2002, hlm 133. Lihat Ronny Haditjo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Remaja Rosdakarya, Semarang, 1998, hlm 61. Wawancara secara mendalam prosedur yang dirancang untuk membangkitkan pernyataan-pernyataan secara bebas yang dikemukakan bersungguh-sungguh secara terus terang.

¹⁴⁰ Pengamatan dan pencatatan dalam penelitian ini dilakukan terhadap objek di tempat terjadi atau berlangsungnya peristiwa, sehingga observer berada bersama objek yang diselidiki, disebut observasi langsung. Sedangkan observasi tidak langsung adalah pengamatan yang dilakukan tidak pada saat berlangsungnya suatu yang akan diselidiki. Maman Rachan, *Strategi dan Langkah-langkah Penelitian*. IKIP Semarang Pers, Semarang, 1999, hlm 77.

¹⁴¹ Teknik dokumentasi adalah mengumpulkan data melalui peninggalan tertulis, seperti arsip-arsip dan termasuk juga buku-buku tentang pendapat, teori, atau hukum-hukum dan lain-lain yang berhubungan dengan masalah penelitian. *Ibid*, hlm 86.

¹⁴² Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke- 20*, Alumni, Bandung, 1994, hlm 105.

penjelasan bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus hukum, ensiklopedia, dan lain-lain.

Pengelompokan bahan hukum tersebut sesuai dengan pendapat Peter Mahmud Marzuki, bahwa bahan hukum dibedakan antara bahan hukum primer, seperti undang-undang dan putusan pengadilan, dan bahan hukum sekunder, misalnya makalah dan buku-buku yang ditulis oleh para ahli, karangan berbagai panitia pembentukan hukum dan lain-lain serta bahan hukum tertier.¹⁴³

4. Teknik Pengumpulan Data

Sesuai dengan penggunaan data sekunder dalam penelitian ini, maka pengumpulan datan akan dilakukan dengan cara mengumpul, mengkaji, dan mengolah secara sistimatis bahan-bahan kepustakaan serta dokumen- dokumen yang berkaitan.¹⁴⁴ Data sekunder baik yang menyangkut bahan hukum primer, sekunder dan tersier diperoleh dari bahan pustaka, dengan memperhatikan prinsip pemutakhiran dan rekavensi. Data tersebut disusun secara sistematis, sehingga diperoleh gambaran relatif lengkap dari klasifikasi secara kualitatif.

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

¹⁴³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009, hlm 85.

¹⁴⁴ Lexi Moeloeng, *Op, Cit*, hlm 2.

Penelitian kepustakaan (*library research*), yaitu menghimpun data dengan melakukan penelaahan bahan kepustakaan atau data sekunder yang meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tertier yang ada hubungannya dengan masalah yang diteliti.¹⁴⁵ Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan yang terkait dengan pembahasan terhadap permasalahan dalam penelitian ini. Sedangkan bahan hukum sekunder yang diperoleh dari studi literatur berupa buku, jurnal dan pendapat para sarjana. Bahan hukum tertier merupakan pendukung bahan hukum sekunder, berupa kamus, dan eksiklopedia.

5. Analisa Data

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

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

¹⁴⁵ Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum dalam Praktek*, Grafika, Jakarta, 1996, hlm 14.

J. Sistematika Penulisan

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

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

Bab kedua merupakan bab mengenai Tinjauan Puustaka, Dalam bab ini diuraikan Fungsi Hukum Dalam Masyarakat, Kepolisian Republik Indonesia, Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Alternatif Penyelesaian Sengketa, Mediasi, dan Keadilan Restoratif

Bab ketiga Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Belum Berbasis Nilai Keadilan Restoratif, Bab keempat, yaitu Kelemahan Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai keadilan restoratif pada saat ini, Bab kelima, Rekonstruksi Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif.

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

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Fungsi Hukum Dalam Masyarakat

Dalam abad ke-19, seorang ahli filsafat bangsa Perancis bernama Auguste Comte telah menulis beberapa buku yang berisikan pendekatan umum mempelajari masyarakat. Bahwa ilmu pengetahuan mempunyai urutan tertentu berdasarkan logika dan setiap penelitian dilakukan melalui tahap tertentu untuk kemudian mencapai tahap terakhir yaitu tahap ilmiah.

Dia mempunyai anggapan saatnya telah tiba bahwa semua penelitian soal kemasyarakatan dan gejala masyarakat memasuki tahap terakhir yaitu tahap ilmiah, dia menyarankan agar semua penelitian terhadap masyarakat ditingkatkan menjadi suatu ilmu tentang masyarakat yang berdiri sendiri. Nama yang diberikannya tatkala itu adalah sosiologi yang berasal dari kata Latin *socius* yang berarti kawan dan kata Yunani *logos* yang berarti kata atau berbicara. Jadi sosiologi berarti berbicara mengenai masyarakat.¹⁴⁶

Sosiologi merupakan ilmu sosial yang obyeknya masyarakat. Sosiologi merupakan ilmu pengetahuan yang berdiri sendiri karena telah memenuhi segenap unsur ilmu pengetahuan, yang ciri utamanya adalah :¹⁴⁷

1. Sosiologi bersifat empiris, berarti ilmu pengetahuan tersebut didasarkan pada observasi kenyataan dan akal sehat serta hasilnya tidak spekulatif;
2. Sosiologi bersifat teoritis, yaitu ilmu pengetahuan tersebut selalu berusaha untuk menyusun abstraksi dari hasil observasi. Abstraksi merupakan kerangka unsur yang tersusun secara logis serta bertujuan menjelaskan hubungan sebab akibat, sehingga menjadi teori.
3. Sosiologi bersifat kumulatif, berarti teori sosiologi dibentuk atas dasar teori yang sudah ada dalam arti memperbaiki, memperluas serta memperhalus teori yang lama;
4. Bersifat non etis, yakni yang dipersoalkan bukanlah buruk baiknya fakta tertentu, akan tetapi tujuannya menjelaskan fakta tersebut secara analitis.

Definisi sosiologi dan sifat hakikatnya adalah sangat sukar merumuskan

¹⁴⁶ Soerjono Soekanto, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Op, Cit, halaman 24.

¹⁴⁷ Ibid, halaman 26

suatu definisi (batasan makna) yang dapat mengemukakan keseluruhan penegrtian, sifat dan hakikat yang dimaksud dalam beberapa dalam kata kalimat. Oleh sebab itu, suatu definisi hanya dapat dipakai sebagai suatu pegangan sementara saja. Sungguhpun penyelidikan berjalan terus dan ilmu pengetahuan tumbuh ke arah pelbagai kemungkinan, masih juga diperlukan suatu pengertian yang pokok dan menyeluruh. Untuk patokan sementara akan diberikan beberapa definisi sosiologi sebagai berikut:¹⁴⁸

1. Pitirim Sorokin mengatakan bahwa sosiologi adalah suatu ilmu yang mempelajari:
 - a. Hubungan dan pengaruh timbal balik antara aneka macam gejala-gejala sosial (misalnya antara gejala ekonomi dengan agama, keluarga dengan moral, hukum dengan ekonomi, gerak masyarakat dengan politik dan lain sebagainya);
 - b. Hubungan dengan pengaruh timbal balik antara gejala sosial dengan gejala-gejala non-sosial (misalnya gejala geografis, biologis, dan sebagainya);
 - c. Ciri-ciri umum semua jenis gejala-gejala sosial.
2. Roucek dan Warren mengemukakan bahwa sosiologi adalah ilmu yang mempelajari hubungan antara manusia dalam kelompok-kelompok.
3. William F. Ogburn dan Meyer F. Nimkoff berpendapat bahwa sosiologi adalah penelitian secara ilmiah terhadap interaksi sosial dan hasilnya yaitu organisasi sosial.
4. J. A. A van Doorn dan C. J. Lanmers berpendapat bahwa sosiologi adalah ilmu pengetahuan tentang struktur dan proses kemasyarakatan yang bersifat stabil.
5. Selo Soemardjan dan Soelaeman Soemardi menyatakan bahwa sosiologi atau ilmu masyarakat ialah ilmu yang mempelajari struktur sosial dan proses-proses sosial, termasuk perubahan- perubahan sosial. Selanjutnya menurut Selo Soemardjan dan Soelaeman Soemardi, struktur sosial adalah keseluruhan jalinan antara unsur-unsur sosila yang pokok yaitu kaidah-kaidah sosila (norma-norma sosial) lembaga-lembaga sosial, kelompok serta lapisan-lapisan sosial. Proses sosial adalah pengaruh timbal balik antara berbagai segi kehidupan ekonomi dengan segi kehidupan politik , antara segi kehidupan hukum dengan segi kehidupan agama, antara segi kehidupan agama dan segi kehidupan ekonomi dan lain sebagainya. Salah satu proses sosial yang bersifat tersendiri ialah dalam hal terjadinya perubahan-perubahan di dalam struktur sosial.

Berbicara masalah pengertian sosiologi hukum maka kita berbicara masalah

¹⁴⁸ *Ibid*, halaman 30.

kajian sosiologi hukum, menurut pendapat Achmad Ali dalam bukunya menjelajahi kajian empiris terhadap hukum sebagai berikut:

Kajian sosiologi hukum adalah suatu kajian sosiologi yang obyeknya fenomena hukum, tetapi menggunakan optik atau kacamata ilmu sosial dan teori-teori sosiologi, pendekatan yang dipakai dalam sosiologi hukum berbeda dengan pendekatan yang digunakan oleh ilmu-ilmu hukum lainnya.¹⁴⁹

Achmad Ali juga menjelaskan sebagai berikut:

Yang membedakan antara ilmu-ilmu hukum dengan sosiologi hukum yaitu bahwa ilmu hukum normatif menekankan kajian pada *Law in books*, hukum sebagaimana seharusnya, dan arena itu berada dalam dunia solen. Sebaliknya, sosiologi hukum menekankan kajian pada *law in action*, hukum dalam dunia sains. Sosiologi hukum menggunakan pendekatan empiris, sebaliknya ilmu hukum menggunakan pendekatan normatif yang bersifat prekspertif.¹⁵⁰

Kajian terhadap hukum dapat dibedakan ke dalam beberapa pandangan. Di antara pandangan-pandangan itu, diuraikan berikut:¹⁵¹

1. Kajian Normatif

Kajian normatif memandang hukum dalam wujudnya sebagai kaidah, yang menentukan apa yang boleh dan apa yang tidak boleh dilakukan. Kajian normatif sifatnya prespektif yaitu bersifat menentukan apa yang salah dan apa yang benar. Kajian-kajian normatif terhadap hukum antara lain: Ilmu Hukum Pidana Positif, dan Ilmu Hukum Tatanegara Positif. Dengan kata lain, kajian normatif mengkaji *law in books*. Kajian normatif dunianya adalah das solen (apa yang seharusnya).

2. Kajian Filosofis

Kajian filosofis merupakan kajian yang memandang hukum sebagai seperangkat nilai ideal, yang seyogyanya senantiasa menjadi rujukan dalam setiap pembentukan, pengaturan, dan pelaksanaan kaidah hukum. Kajian filosofis sifatnya ideal. Kajian ini diperankan oleh kajian Filsafat Hukum. Dengan perkataan lain, kajian filsafat hukum itu mengkaji *law in ideas*.

3. Kajian yang Empiris

Kajian empiris adalah kajian yang memandang hukum sebagai kenyataan, mencakup kenyataan sosial, kenyataan kultur, dan lain-lain. Kajian ini bersifat deskriptif. Kajian-kajian empiris antara lain: Sosiologi Hukum, Antropologi Hukum, dan Psikologi Hukum. Dengan kata lain kajian empiris mengkaji *law in action*.

¹⁴⁹ Achmad Ali, *Menjelajahi Kajian Empiris Terhadap Hukum*, Yarsif Watampono, Jakarta, 1998, halaman 9.

¹⁵⁰ *Ibid*, halaman 11

¹⁵¹ *Ibid*, halaman 3.

Curson menjelaskan penggunaan istilah *legal sociology* juga menunjukkan studi spesifik tentang situasi-situasi di mana aturan-aturan hukum beroperasi, dan tingkah laku yang dihasilkan dari beroperasinya aturan-aturan hukum itu.¹⁵²

Dengan demikian yang membedakan antara Ilmu Hukum (normatif) seperti Ilmu Hukum Pidana, Ilmu Hukum Tatanegara, dan Ilmu Hukum Acara dengan Sosiologi Hukum Pidana, Sosiologi Hukum Tatanegara, Sosiologi Hukum Acara, adalah ilmu normatif menekankan kajian pada *law in books*, hukum sebagaimana seharusnya dan karena itu berada dalam dunia *sollen*. Sebaliknya, sosiologi hukum menekankan kajian pada *law in action*, hukum dalam kenyataannya, hukum sebagai tingkah laku manusia yang berarti berada di dunia *sein*. Sosiologi hukum menggunakan pendekatan empiris yang bersifat deskriptif, sebaliknya ilmu hukum menggunakan pendekatan normatif yang bersifat prespektif.¹⁵³

Vilhelm Aubert memandang sosiologi hukum merupakan cabang dari dari Sosiologi Umum, yang sama halnya dengan cabang sosiologi lain seperti Sosiologi Keluarga, Sosiologi Industri, atau Sosiologi Medis. Ia seharusnya tidak mengabaikan bahwa bagaimanapun, secara logis sosiologi dapat juga dipandang sebagai suatu alat pembantu dari studi hukum, suatu penolong dalam pelaksanaan tugas-tugas profesi hukum.

Analisis sosiologis tentang fenoma-fenoma yang diatur oleh hukum, dalam membantu para pembuat undang-undang atau pengadilan dalam membuat putusannya. Dan yang benar-benar penting adalah fungsi kritis dari sosiologi hukum, sebagai suatu penolong dalam meningkatkan kesadaran kaum professional hukum dalam menjalankan fungsi-fungsi kemasyarakatannya.¹⁵⁴

Jadi, sosiologi hukum bukanlah sosiologi ditambah hukum. Itulah sebabnya sehingga pakar sosiologi hukum adalah seorang yuris dan bukan seorang sosiolog. Tidak lain karena seorang sosiolog hukum harus mampu membaca, mengenal, dan memahami berbagai fenomena hukum sebagai objek kajiannya. Hukum yang merupakan objek dari ilmu hukum dilihat dari dalam hukum itu sendiri.

¹⁵² *Ibid*, halaman 8.

¹⁵³ *Ibid*, halaman 11.

¹⁵⁴ *Ibid*, halaman 13.

Sebaliknya, sosiologi hukum menenpatkan juga hukum sebagai objeknya, tetapi meneropong dari luar hukum dengan menggunakan konsep-konsep beberapa ilmu sosial. Berikut beberapa yang mempunyai kapasitas keilmuan di bidang sosiologi di bidang sosiologi hukum untuk memberikan pengertian sosiologi hukum, hal tersebut di ungkapkan sebagai berikut:

1. Menurut Soerjono Soekanto: Sosiologi hukum adalah suatu cabang ilmu pengetahuan yang secara analitis dan empiris menganalisi atau mempelajari hubungan timbal balik antara hukum dengan gejala-gejala sosial lainnya.
2. Menururut Satjipto Raharjo: Sosiologi hukum (*sociology of law*) adalah pengetahuan hukum terhadap pola perilaku masyarakat dalam konteks sosialnya.
3. Menurut H. L. A. Hart: Tidak menegemukan definis tentang sosiologi hukum. Namun, definisi yang dikemukakannya mempunyai aspek sosiologi hukum. Hart mengungkapkan bahwa suatu konsep tentang hukum mengandung unsur-unsur kekuasaan yang terpusatkan kepada kewajiban tertentu di dalam gejala hukum yang tampak dari kehidupan bermasyarakat.
4. Menurut R. Otje Salman: Sosiologi hukum adalah ilmu yang mempelajari hubungan timbal balik antara hukum dengan gejala- gejala sosiola lainnya secara empiris analitis.

Apabila membicarakan masalah efektif atau berfungsi tidaknya suatu hukum dalam arti undang-undang atau produk hukum lainnya, maka pada umumnya pikiran diarahkan pada kenyataan apakah hukum tersebut benar-benar berlaku atau tidak dalam masyarakat. Dalam teori-teori hukum biasanya dibedakan antara 3 (tiga) macam hal berlakunya hukum sebagai kaidah Mengenai pemberlakuan

kaidah hukum menurut Soerjono Soekanto dan Mustafa Abdullah bahwa:¹⁵⁵

1. Kaidah hukum berlaku secara yuridis, apabila penentuannya didasarkan pada kaidah yang lebih tinggi tingkatnya atau bila berbentuk menurut cara yang telah ditetapkan atau apabila menunjukkan hubungan keharusan antara suatu kondisi dan akibatnya;
2. Kaidah hukum berlaku secara sosiologis, apabila kaidah tersebut efektif artinya kaidah tersebut dapat dipaksakan berlakunya oleh penguasa walaupun tidak diterima oleh warga masyarakat atau kaidah tadi berlaku karena diterima dan diakui oleh masyarakat;
3. Kaidah hukum tersebut berlaku secara filosofis artinya sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi.

Jika ditelaah secara mendalam, maka untuk berfungsinya atau efektifnya suatu hukum haruslah memenuhi ketiga unsur tersebut, sejalan dengan hal tersebut menurut Mustafa Abdullah bahwa agar suatu peraturan atau kaidah hukum benar-benar berfungsi harus memenuhi empat faktor yaitu:¹⁵⁶

1. Kaidah hukum atau peraturan itu sendiri;
2. Petugas yang menegakkan atau yang menerapkan;
3. Fasilitas yang diharapkan akan dapat mendukung pelaksanaan kaidah hukum atau peraturan tersebut;
4. Warga masyarakat yang terkena ruang lingkup peraturan tersebut.

Masalah berlakunya hukum sehingga dapat efektif di masyarakat termasuk yang dibicarakan dalam skripsi ini yaitu efektivitas suatu peraturan daerah dalam mendukung terwujudnya ketertiban dalam masyarakat, maka ada 2 komponen harus diperhatikan yaitu:¹⁵⁷

1. Sejauhmana perubahan masyarakat harus mendapatkan penyesuaian oleh hukum atau dengan kata lain bagaimana hukum menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat;
2. Sejauh mana hukum berperan untuk menggerakkan masyarakat menuju suatu perubahan yang terencana, dalam hal ini hukum berperan aktif atau dikenal dengan istilah sebagai fungsi hukum sebagai alat rekayasa sosial/*a tool of social engineering*.

¹⁵⁵ Soejono Soekanto dan Mustafa Abdullah, *Sosiologi Hukum Dalam Masyarakat*, Rajawali, Jakarta, 1987, halaman 23.

¹⁵⁶ Muatafa Abdullah, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982, halaman 14.

¹⁵⁷ *Ibid.*

Sehubungan hal tersebut, maka menurut pendapat Hugo Sinzheimer bahwa:

Perubahan hukum senantiasa dirasakan perlu dimulai sejak adanya kesenjangan antara keadaan-keadaan, peristiwa-peristiwa, serta hubungan-hubungan dalam masyarakat, dengan hukum yang mengaturnya. Bagaimanapun kaidah hukum tidak mungkin kita lepaskan dari hal-hal yang berubah sedemikian rupa, tentu saja dituntut perubahan hukum untuk menyesuaikan diri agar hukum masih efektif dalam pengaturannya.¹⁵⁸

Persoalan penyesuaian hukum terhadap perubahan yang terjadi dalam masyarakat adalah bagaimana hukum tertulis dalam arti peraturan perundang-undangan karena mesti diingat bahwa kelemahan peraturan perundang-undangan termasuk di dalamnya peraturan daerah adalah sifatnya statis dan kaku.

Dalam keadaan yang sangat mendesak, peraturan perundang-undangan memang harus disesuaikan dengan perubahan masyarakat, tetapi tidak mesti demikian sebab sebenarnya hukum tertulis atau perundang-undangan telah mempunyai senjata ampuh untuk mengatasi terhadap kesenjangan tersebut, kesenjangan yang dimaksud dalam hal ini adalah dalam suatu peraturan perundang-undangan termasuk peraturan daerah diterapkan adanya sanksi bagi mereka yang melakukan pelanggaran terhadap peraturan daerah tersebut.

B. Kepolisian Republik Indonesia

Istilah polisi pada mulanya berawal dan bahasa Yunani yaitu: *Politie* yang berarti pemerintahan negara atau kepolisian, sedangkan menurut Kamus Umum Bahasa Indonesia, polisi adalah badan pemerintahan yang bertugas memelihara keamanan dan ketertiban umum.¹⁵⁹ Polisi adalah bagian kekuasaan eksekutif yang bertugas melindungi negara, alat-alat negara demi kelancaran jalannya roda

¹⁵⁸ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Op, Cit, halaman 203.

¹⁵⁹ W. J. S. Poerwardarminta, *Kamus Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1995, hlm 763.

pemerintahan, rakyat dan hak-haknya terhadap penyerangan dan bahaya dengan selau waspada dengan pertolongan dan paksaan.¹⁶⁰

Istilah Polisi berasal dari kata *politea* yang dalam bahasa Yunani memiliki arti atau pada mulanya meliputi semua hal mengenai kenegaraan, semua usaha negara, tidak terkecuali urusan keagamaan.¹⁶¹ Pada saat itu negara Yunani terdiri dari kota-kota yang dinamakan Polis. Jadi pada zaman itu arti Polisi demikian luasnya bahkan meliputi seluruh pemerintahan negara kota, termasuk juga urusan-urusan keagamaan seperti penyembahan terhadap dewa-dewanya, termasuk dalam urusan pemerintahan.¹⁶²

Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 menyatakan Kepolisian adalah segala hal ihwal yang berkaitan dengan fungsi dan lembaga polisi sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Pasal 1 angka 2 Undang- Undang Nomor 2 Tahun 2002 menyatakan : Anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia adalah pegawai negeri pada Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Secara umum lembaga kepolisian memiliki 3 (tiga) fungsi, yaitu fungsi memelihara keamanan, fungsi pelayanan masyarakat, dan fungsi peradilan pidana.¹⁶³ Fungsi kepolisian terlihat jelas sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 2 Undang-Undang Kepolisian, sedangkan tugasnya termaktub di dalam Pasal 13 dan 14 ayat (1) Undang-Undang Kepolisian, yakni:

Pasal 13: Tugas pokok Kepolisian Negara Republik Indonesia adalah:

1. Memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat ;

¹⁶⁰ Djoko Prakoso, *Polri Sebagai Penyidik Dalam Penegakan Hukum*, Bina Aksara, Jakarta, 2007, hlm 136.

¹⁶¹ R Seno Soeharja, *Serba-Serbi Tentang Polisi*, Alumni, Bandung, 1993, hlm 10.

¹⁶² Momo Kelana, *Hukum Kepolisian*, Gramedia Widya Sarana, Jakarta, 2004, hlm 10.

¹⁶³ O C Kaligis, *Pengawasan Terhadap Jaksa Selaku Penyidik Tindak Pidana Khusus Dalam Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Alumni, Bandung, 2006, hlm 46.

2. Menegakkan hukum ; dan
3. Memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat.

Pasal 14 yan (1): Dalam melaksanakan tugas pokok sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13, Kepolisian Negara Republik Indonesia bertugas :

1. Melaksanakan pengaturan, penjagaan, pengawalan, dan patrol terhadap kegiatan masyarakat dan pemerintah sesuai kebutuhan ;
2. Menyelenggarakan segala kegiatan dalam menjamin keamanan, ketertiban, dan kelancaran lalu lintas di jalan ;
3. Membina masyarakat untuk meningkatkan partisipasi masyarakat, kesadaran hukum masyarakat serta ketaatan warga masyarakat terhadap hukum dan peraturan perundangundangan ;
4. Turut serta dalam pembinaan hukum nasional;
5. Memelihara ketertiban dan menjamin keamanan umum;
6. Melakukan koordinasi, pengawasan, dan pembinaan teknis terhadap kepolisian khusus, penyidik pegawai negeri sipil, dan bentuk-bentuk pengamanan swakarsa ;
7. Melakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap semua tindak pidana sesuai hukum acara pidana dan peraturan perundang-undangan lainnya ;
8. Menyelenggarakan identifikasi kepolisian, kedokteran kepolisian, laboratorium forensik dan psikologi kepolisian untuk kepentingan tugas kepolisian ;
9. Melindungi keselamatan jiwa raga, harta benda, masyarakat, dan lingkungan hidup dari gangguan ketertiban dan/atau bencana termasuk memberikan bantuan dan pertolongan dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia ;

10. Melayani kepentingan warga masyarakat untuk sementara sebelum ditangani oleh instansi dan/atau pihak yang berwenang ;
 - a. Memberikan pelayanan kepada masyarakat sesuai dengan kepentingannya dalam lingkup tugas kepolisian ; serta
 - b. Melaksanakan tugas lain sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Fungsi kepolisian disebutkan dalam Pasal 2 Undang-Undang Kepolisian, sedangkan tugasnya di dalam Pasal 13 dan Pasal Undang-Undang Kepolisian. Secara umum lembaga kepolisian memiliki 3 (tiga) fungsi, yaitu:¹⁶⁴

1. Fungsi memelihara keamanan ;
2. Fungsi pelayanan masyarakat ;
3. Fungsi peradilan pidana.

Fungsi kepolisian sebagai bagian dari sistem peradilan pidana sesungguhnya hanyalah merupakan salah satu dari fungsi kepolisian, namun karena fungsi ini paling banyak disorot oleh masyarakat, maka kegiatan polisi hanya diidentikkan dengan fungsi ini saja. Selain tiga fungsi di atas, maka kepolisian juga mempunyai

2 (dua) tugas utama, yaitu:¹⁶⁵

1. Tugas penegakan hukum; dan
2. Tugas memelihara ketertiban dan ketentraman dalam masyarakat.

Penegakan hukum adalah tugas pokok polisi sebagai profesi mulia, yang aplikasinya harus berkiblat pada asas legalitas, undang-undang yang berlaku dan hak asasi manusia. Atau dengan kata lain harus bertindak secara profesional dan memegang kode etik secara ketat dan keras, sehingga tidak mudah terjerumus ke

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid*, hlm 47.

dalam spektrum yang dibenci masyarakat.¹⁶⁶ Penegakan hukum yang umumnya diharapkan oleh masyarakat sebagai fungsi polisi adalah penegakan hukum pidana (*enforcing the criminal law*). Sebagai perlengkapan negara polisi bertanggung jawab melaksanakan sebagian dan tugas pemerintah sehari-hari, yaitu menimbulkan rasa aman pada warga masyarakat.

Tugas pemerintah ini dilakukan polisi melalui penegakan hukum pidana khususnya melalui pencegahan kejahatan dan menyelesaikan kejahatan yang terjadi, tetapi dalam usaha menimbulkan rasa aman ini, polisi juga bertugas memelihara ketertiban dan ketentraman.

Berdasarkan uraian di atas, tugas dan fungsi polisi terbagi dalam beberapa bagian. Fungsi polisi dalam peradilan pidana memberikan tugas bagi polisi dalam penegakan hukum dan dalam rangka penegakan hukum (pidana) ini,¹⁶⁷ polisi difungsikan dalam Badan Reserse Kriminal (Bareskrim), dan Intelijen dan Pengamanan Kepolisian (Intelpampol) dan juga bertugas dalam bidang peradilan pidana di bidang proses penyidikan serta sebagai pengayom masyarakat.

1. Badan Reserse Kriminal (Bareskrim)

Selaku unsur teknis operasional, Bareskrim Polri mengemban tugas pokok mencari dan menemukan pelaku pelanggar hukum maupun kejahatan untuk diproses sesuai hukum berlaku. Karena lebih memfokuskan pada tindakan atau penindakan terhadap pelanggar hukum. Bareskrim Polri lebih dominan melakukan upaya represif dari pada preventif, karena tugas yang khas tersebut Bareskrim disebut jantung Polri. Dalam fungsi reserse Polri, hukum berfungsi melindungi hak asasi warga negara sesuai aturan undang-undang.

¹⁶⁶ Kunarto, *Etika Kepolisian*, Cipta Manunggal, Jakarta, 1996, hlm 53.

¹⁶⁷ Soewadji, *Merubah Image Polisi*, Pustaka Bintang, Jakarta, 2005, hlm 31.

Reserse melaksanakan praktek-praktek kepolisian represif dari penyelidikan, pemanggilan, penangkapan, pemeriksaan, penggeledahan, penyitaan sampai penahanan, dan di Bareskrim pula mekanisme sistem administrasi peradilan dalam rangka *criminal justice system* terselenggara.

2. Intelijen dan Pengamanan Kepolisian (Intelpampol)

Intelpampol adalah bagian integral dari fungsi organik Polri yang melakukan kegiatan intelijen, antara lain meliputi *early, warning* serta mengidentifikasi sumber ancaman dan gangguan kamtibmnas khususnya kriminalitas.

Adapun pengamanan kepolisian adalah bagian integral dari fungsi interpol yang menyelenggarakan pengamanan ke dalam tubuh Polri, baik pengamanan personal, materiil, informasi, maupun terhadap ancaman dari dalam dan dari luar tubuh Polri serta pengamanan terhadap sandi Polri dan militer, juga melakukan pengamanan terhadap hasil pembangunan nasional, pengamanan masyarakat secara menyeluruh. kegiatan Intelpampol meliputi:¹⁶⁸

- a. Penyelidikan, mengumpulkan dan mengolah bahan-bahan keterangan serta menjadikan produk intelijen kepada pimpinan kepolisian guna menentukan kebijaksanaan dalam bidang keamanan dan ketertiban masyarakat (kamtibnas) serta *internal security*.
- b. Pengamanan, mencegah serta memberantas segala kegiatan subversi dalam rangka usaha memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat.
- c. Penggalangan, mengadakan koordinasi segala kegiatan intelijen kepolisian dengan menggunakan saluran-saluran hierarki yang ada di pusat dan di daerah-daerah untuk menciptakan kondisi dan situasi masyarakat yang menguntungkan.

Intelijen kepolisian adalah intelijen yang diimplementasikan dalam pelaksanaan tugas kepolisian (bagi kepentingan pelaksanaan tugas pokok Polri) yang merupakan salah satu fungsi utama maka interpol menyelenggarakan kegiatan deteksi dini dan identifikasi terhadap segala

¹⁶⁸ Kunarto, *Intelejen Polri (Sejarah, Perspektif, Aspek dan Prospeknya)*, Cipta Manunggal, Jakarta, 1999, hlm 18.

bentuk sumber pelanggaran hukum, penyimpangan norma-norma sosial dan sumber-sumber gangguan kamtibnas yang merupakan faktor kriminogen termasuk mencegah dan menanggulangi tumbuhnya aliran kepercayaan yang dapat menimbulkan perpecahan atau mengancam persatuan dan kesatuan bangga serta menyelenggarakan pengamanan ke dalam tubuh Polri.

3. Tugas Polri Dalam Bidang Peradilan

Berdasarkan Pasal 16 UU Kepolisian, dalam rangka menjalankan tugas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13 dan 14 di bidang proses pidana dalam hal penyidikan, Polri setelah mengetahui adanya peristiwa yang patut diduga sebagai tindak pidana, mempunyai kewajiban untuk melakukan penyidikan. Dengan demikian apabila telah terjadi suatu peristiwa yang patut diduga merupakan tindak pidana, penyidik dalam hal ini Polri wajib segera melakukan tindakan penyidikan setelah menerima laporan atau pengaduan dari masyarakat ataupun orang yang dirugikan sedangkan penyidik mengetahui terjadinya peristiwa itu, ketentuan ini tercantum dalam Pasal 106 KUHAP yang mengatakan bahwa penyidik yang mengetahui atau menerima laporan atau pengaduan tentang terjadinya suatu peristiwa pidana yang patut diduga sebagai tindak pidana wajib segera melakukan tindakan penyidikan yang diperlukan mengenai perihal penyidikan.

Dari uraian-uraian di atas jelaslah bahwa tugas pokok Polri dalam bidang peradilan adalah dipercayakan oleh undang-undang sebagai penyidik, yaitu menemukan tersangka serta barang-barang bukti yang diperlukan untuk proses selanjutnya yakni penuntutan di depan sidang pengadilan.

4. Polri Sebagai Pengayom Masyarakat

Nilai kepercayaan merupakan salah satu nilai atau kepentingan masyarakat yang perlu selalu dipelihara, ditegakkan dan dilindungi. Peran dan tugas Polri sesungguhnya merupakan implementasi dari hukum yang hidup dalam masyarakat adalah wajar apabila polisi diharapkan sebagai aparat yang sepatutnya dipercaya dalam menegakkan wibawa hukum, yang pada hakikatnya juga identik menegakkan nilai kepercayaan dalam masyarakat.¹⁶⁹

Dalam melaksanakan tugasnya Polri harus peka dan tanggap terhadap segala ancaman kemungkinan gejolak sosial dalam masyarakat terutama yang dapat mengganggu keamanan dan ketertiban masyarakat maupun yang dapat menghambat kelancaran pelaksanaan pembangunan nasional. Tugas pokok tersebut dirinci lebih luas sebagai berikut :¹⁷⁰

- a. Aspek ketertiban dan keamanan umum ;
- b. Aspek perlindungan terhadap perorangan dan masyarakat dari gangguan/perbuatan melanggar hukum/kejahatan dari penyakit-penyakit masyarakat dan aliran kepercayaan yang membahayakan termasuk aspek pelayanan masyarakat dengan memberikan perlindungan dan pertolongan;
- c. aspek pendidikan sosial bidang ketaatan/kepatuhan hukum warga masyarakat;
- d. Aspek penegak hukum bidang peradilan, khususnya di bidang penyelidikan dan penyidikan.

Berdasarkan uraian di atas, tugas dan wewenang kepolisian yang lebih berorientasi pada aspek sosial atau aspek kemasyarakatan sebenarnya lebih banyak dari pada tugas yuridisnya sebagai penegak hukum di bidang peradilan pidana. Dengan demikian dalam menjalankan tugas dan wewenangnya kepolisian sebenarnya berperan ganda baik sebagai penegak hukum maupun sebagai pekerja sosial untuk menggambarkan kedua tugas/peran ganda ini, kongres PBB ke-5 (mengenai *Prevention of Crime and The Treatment of Offenders*) pernah menggunakan istilah *service oriented task* dan *law enforcement duties*.

¹⁶⁹ Soewadji, *Op. Cit*, hlm 32.

¹⁷⁰ *Ibid*, hlm 34.

C. Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana

Istilah tindak pidana berasal dari istilah dalam hukum pidana Belanda yaitu *straafbaar feit*, tetapi tidak ada penjelasan resmi dimaksud *straafbaar feit*. Para ahli hukum berusaha memberi arti istilah tersebut walau sampai saat ini belum ada keseragaman.¹⁷¹ Beberapa pendapat para sarjana yang memberikan pengertian mengenai *strafbaar feit* antara lain: Mengenai *strafbaar feit* Utrecht memandang istilah peristiwa pidana lebih tepat.¹⁷² Hal ini disetujui C. S. T. Kansil dan Christine S. T. Kansil karena yang diancam pidana bukan saja yang berbuat atau bertindak tetapi yang tidak berbuat atau tidak bertindak.¹⁷³ Moeljatno lebih menyetujui *strafbaar feit* diartikan perbuatan pidana, yaitu perbuatan dilarang suatu aturan hukum, disertai sanksi berupa pidana tertentu, bagi siapa melanggar larangan tersebut.¹⁷⁴ Komariah E. Sapardjaja menggunakan istilah tindak pidana menerjemahkan *strafbaar feit*, adalah suatu perbuatan manusia yang memenuhi perumusan delik, melawan hukum dan pembuat bersalah melakukan perbuatan itu.¹⁷⁵

Wirjono Pradjodikoro memakai istilah tindak pidana menyebut *strafbaar feit*, hal juga ditunjukkan sifat melanggar hukum merupakan bagian dari tindak pidana sebagai suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukuman pidana dan pelaku merupakan subjek tindak pidana.¹⁷⁶ Moeljatno, memakai istilah perbuatan pidana menggambarkan *strafbaar feit* dan mendefinisikan sebagai suatu

¹⁷¹ Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana I*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hlm 67.

¹⁷² Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm 86.

¹⁷³ C. S. T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, *Pokok-Pokok Hukum Pidana, Hukum Pidana Untuk Tiap Orang*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004, hlm 37.

¹⁷⁴ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta, 1992, hlm 54.

¹⁷⁵ Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm 27.

¹⁷⁶ Wiryono Pradjodikoro, *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1990, hlm 1.

perbuatan yang dilarang suatu aturan hukum, disertai ancaman (sanksi) berupa pidana tertentu, bagi siapa melanggar. Beliau tidak setuju istilah tindak pidana karena tindak lebih pendek daripada perbuatan, tindak tidak menunjukkan hal abstrak seperti perbuatan, tetapi hanya menyatakan keadaan konkret.¹⁷⁷

Istilah pidana diartikan hukuman, berasal dari kata *straf*, merupakan istilah umum dan konvensional, berkonotasi dengan bidang yang luas. Oleh Andi Hamzah, kedua istilah dibedakan. Hukuman adalah suatu pengertian umum sebagai suatu sanksi menderitakan atau nestapa kepada seseorang. pidana merupakan suatu pengertian khusus berkaitan hukum pidana.¹⁷⁸ Pidana dikenakan harus dirumuskan eksplisit dalam peraturan perundangan tertulis, hal ini ditemukan dalam KUHP sebagai induk hukum pidana Indonesia. Bagian terpenting KUHP adalah stelsel pidananya, karena KUHP tanpa stelsel pidana tidak akan ada artinya.¹⁷⁹

Tindak pidana sebagai suatu perbuatan yang pelakunya dapat dikenakan hukuman pidana dan pelaku merupakan subjek tindak pidana.¹⁸⁰ Dasar patut dipidananya perbuatan, berkaitan erat masalah sumber hukum atau landasan legalitas menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan.¹⁸¹ *Strafbaar feit* merupakan suatu perbuatan yang dilarang suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang

¹⁷⁷ Leden Marpaung, *Unsur-unsur Perbuatan Yang Dapat Dihukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 1991, hlm 13.

¹⁷⁸ Andi Hamzah, *Sistim Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2003, hlm 1.

¹⁷⁹ Niniek Suparni, *Eksistensi Pidana Denda Dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1993, hlm 20.

¹⁸⁰ Wiryono Pradjodikoro, *Op, Cit*, hlm 1.

¹⁸¹ Barda Nawawi Arif, *Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2009, hlm 49.

siapa melanggar larangan tersebut.¹⁸² tindak pidana, yaitu perbuatan, dilarang (oleh aturan hukum), dan ancaman pidana (bagi yang melanggar).¹⁸³

Pertanggungjawaban pidana disebut *teorekenbaardheid* atau *criminal responsibility* menjurus pemidanaan pelaku. Untuk dipidana pelaku, harus memenuhi unsur delik ditentukan undang-undang. Dari terjadinya tindakan dilarang, seseorang akan dipertanggungjawabkan apabila tindakan tersebut melawan hukum serta tidak ada alasan pemberar atau peniadaan sifat melawan hukum untuk pidana dilakukan. Dilihat dari sudut kemampuan bertanggung jawab, hanya seseorang mampu bertanggung jawab dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan. Pemahaman kemampuan bertanggung jawab menurut beberapa pandangan adalah:¹⁸⁴

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

Syarat orang dapat dipertanggungjawabkan menurut G A Van Hamel adalah:¹⁸⁵

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

¹⁸² Leden Marpaung, *Hukum Pidana II*, Sinar Grafika, 2007, hlm 13.

¹⁸³ Moeljatno, *Hukum Pidana II*, Rajawali Pers, 2005, hlm 54.

¹⁸⁴ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia*, Eresko, Bandung, 1996, hlm 55.

¹⁸⁵ P. A. F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Armico, Bandung, 2007, hlm 397.

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

1. Mampu Bertanggung Jawab

Dari sudut terjadinya suatu tindakan terlarang (diharuskan), seseorang akan dipertanggungjawab pidana apabila tindakan tersebut bersifat melawan hukum (dan tidak ada peniadaan sifat melawan hukum atau *rechtsvaardigingsgrond* atau alasan pemberar) untuk itu. Dilihat dari sudut kemampuan bertanggungjawab, hanya seseorang yang mampu bertanggungjawab yang dapat dipertanggung-jawabkan. bilamana pada umumnya.¹⁸⁶ unsur mampu bertanggung jawab mencakup:¹⁸⁷

a. Keadaan jiwanya:

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

b. Kemampuan jiwanya:

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

Kemampuan bertanggungjawab didasarkan keadaan dan kemampuan jiwa (*geestelijke vermogens*), dan bukan pada keadaan dan kemampuan berfikir (*verstandelijke vermogens*), seseorang, walaupun Pasal 44 KUHP adalah

¹⁸⁶ E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Storia Grafika, Jakarta, 2008, hlm 249.

¹⁸⁷ *Ibid.*

verstanddelijke vermoegens atau keadaan dan kemampuan jiwa seseorang.¹⁸⁸

Pertanggungjawaban pidana disebut *toerekenbaarheid* menentukan apakah tersangka/terdakwa dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana atau tidak.¹⁸⁹ Petindak adalah orang, bukan makhluk lain. Untuk membunuh, mencuri, menghina dan sebagainya, dapat dilakukan siapa saja. Lain hal jika tindakan merupakan menerima suap, menarik kapal dari pemilik/pengusaha dan memakainya untuk keuntungan sendiri.

2. Kesalahan

Kesalahan dianggap ada, apabila dengan sengaja atau kelalaian telah melakukan perbuatan menimbulkan keadaan atau akibat dilarang hukum pidana dan dilakukan dengan mampu bertanggung jawab. Kesalahan dan kelalaian dapat diukur apakah pelaku tindak pidana mampu bertanggung jawab, yaitu bila tindakannya itu memuat 4 (empat) unsur yaitu:¹⁹⁰

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

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

- a. Kesengajaan (*opzet*)

Kebanyakan tindak pidana mempunyai unsur kesengajaan atau *opzet*, bukan *culpa*. yang pantas mendapatkan hukuman pidana ialah orang yang

¹⁸⁸ *Ibid*, hlm 250.

¹⁸⁹ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggung Jawab Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1991, hlm. 45.

¹⁹⁰ Moeljatno, *.Asas-asas Hukum Pidana, Op, Cit*, hlm 164.

dengan sengaja.¹⁹¹ Kesengajaan harus mengenai ketiga unsur tindak pidana, yaitu ke-1: perbuatan dilarang, ke-2: akibat yang menjadi pokok- alasan diadakan larangan itu, dan ke-3: perbuatan itu melanggar hukum.¹⁹² Kesengajaan dapat dibagi menjadi 3 bagian, yakni :

1) Sengaja Sebagai Niat (*Oogmerk*)

Kesengajaan bersifat tujuan si pelaku dapat dipertanggungjawabkan, mudah dimengerti khalayak ramai. Apabila kesengajaan semacam ini ada pada suatu tindak pidana, tidak ada yang menyangkal, si pelaku pantas dikenakan hukuman pidana. Dengan adanya kesengajaan bersifat tujuan, dapat dikatakan si pelaku mengkehendaki mencapai akibat yang menjadi pokok alasan diadakan ancaman pidana.

Bawa yang dapat dikehendaki ialah hanya perbuatan, bukan akibatnya. Akibat ini oleh si pelaku hanya dapat dibayangkan atau digambarkan akan terjadi (*voorstellen*). Secara siakletik timbul dua teori yang bertentangan satu sama lain, yaitu:¹⁹³

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

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

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

Kesengajaan semacam ini ada apabila si pelaku dengan perbuatannya, tidak bertujuan mencapai akibat yang menjadi dasar dari *delict*, tetapi ia

¹⁹¹ Bahder Johan Nasution, *Hukum Kesehatan Pertanggungjawaban Dokter*, Rineka Cipta, Jakarta, 2005, hlm 54.

¹⁹² Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Op, Cit, hlm 61.

¹⁹³ *Ibid*, hlm 62.

tahu, akibat itu pasti akan mengikuti perbuatan itu.

Jika ini terjadi, maka teori kehendak (*wilstheorie*) menganggap akibat tersebut juga dikehendaki pelaku, maka kini juga ada kesengajaan menurut teori bayangan (*voorstelling theorie*) keadaan ini sama dengan kesengajaan berupa tujuan (*oogmerk*) oleh karena dalam keduanya tentang akibat tidak dapat dikatakan ada kehendak si pelaku, melainkan hanya bayangan atau gambaran dalam gagasan pelaku, akibat pasti akan terjadi, maka juga kini ada kesengajaan.¹⁹⁴

Sebagai contoh disebutkan peristiwa Thomas van Bremerhaven, yaitu perbuatan seseorang berupa memasukkan dalam kapal laut, yang akan berlayar di laut, suatu mesin yang akan meledak apabila kapal itu sudah ada di tengah laut. Dengan peledakan ini kapal akan hancur, dan kalau ini terjadi, pemilik kapal akan menerima uang asuransi dari perusahaan asuransi. Dalam merancangkan kehendak ini si pelaku dianggap tahu benar, apabila kapal hancur, para anak kapal dan penumpang lain akan tenggelam di tengah laut dan akan mati. Meskipun kematian orang tidak masuk tujuan si pelaku, namun tetap dianggap ada kesengajaan, dan dari itu si pelaku dapat dipersalahkan malakukan tindak pidana pembunuhan.¹⁹⁵

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

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

Lain hal kesengajaan terang-terangan tidak disertai bayangan suatu kepastian terjadinya akibat bersangkutan, melainkan hanya dibayangkan suatu kemungkinan belaka akan akibat itu, ternyata tidak ada persamaan pendapat antara sarjana hukum Belanda. Menurut Van

¹⁹⁴ *Ibid*, hlm 63.

¹⁹⁵ *Ibid*.

Hattum dan Hazewinkel Suringa, ada dua penulis Belanda, yaitu Van Dijk dan Pompe mengatakan, hanya ada keinsafan kemungkinan, tidak ada kesengajaan, melainkan hanya mungkin ada *culpa* atau kurang berhati-hati.

Apabila gagasan si pelaku hanya ada bayangan kemungkinan belaka terjadi akibat bersangkutan tanpa dituju, maka harus ditinjau sendainya ada bayangan kepastian, tidak hanya kemungkinan, maka apakah perbuatan akan dilakukan. Kalau ini terjadi, bahwa kalau perlu, akibat yang terang tidak dikehendaki dan hanya mungkin akan terjadi, akan dipikul pertanggungjawabannya pelaku jika akibat kemudian terjadi.¹⁹⁶

b. Kealpaan (*Culpa*)

Kelalaian merupakan salah satu bentuk kesalahan yang timbul karena pelakunya tidak memenuhi standar perilaku yang telah ditentukan menurut undang-undang, kelalaian itu terjadi dikarenakan perilaku orang itu sendiri.

Dalam pelayanan kesehatan misalnya yang menyebabkan kelalaian karena kurangnya pengetahuan, pengalaman dan/atau kehati-hatian, padahal diketahui jika dilihat dari segi profesionalisme, seorang dokter dituntut terus mengembangkan ilmunya.¹⁹⁷ Kelalaian menurut hukum pidana terbagi dua macam yaitu:¹⁹⁸

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

¹⁹⁶ *Ibid*, hlm 66.

¹⁹⁷ Bahder Johan Nasution, *Op, Cit*, hlm 55.

¹⁹⁸ *Ibid*, hlm 56.

Kealpaan itu sendiri memuat tiga unsur, yaitu:¹⁹⁹

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

Menurut D. Schaffmeister, N. Keijzer dan E. P. H. Sutorius, skema kelalaian atau *culpa* yaitu:²⁰⁰

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

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

3. Tidak Ada Alasan Pemaaf

Hubungan petindak dengan tindakan ditentukan kemampuan bertanggungjawab dari petindak.

Ia menginsyafi hakekat dari tindakan yang akan dilakukan, dapat mengetahui ketercelaan dari tindakan dan dapat menentukan apakah akan dilakukan tindakan tersebut atau tidak. Jika ia menentukan (akan) melaksanakan tindakan itu, maka bentuk hubungan itu adalah sengaja atau alpa. Untuk

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ D. Schaffmeiste, N. Keijzer dan E. P. H. Sutorius, *Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm 102.

penentuan tersebut, bukan sebagai akibat atau dorongan dari sesuatu, yang jika demikian penentuan itu berada di luar kehendaknya sama sekali.²⁰¹

Menurut Ruslan Saleh, tiada terdapat alasan pemaaf, yaitu kemampuan bertanggungjawab, bentuk kehendak dengan sengaja atau alpa, tiada terhapus keselahan atau tiada alasan pemaaf, adalah termasuk dalam pengertian kesalahan (*schuld*).²⁰² Pompe mengatakan hubungan petindak dengan tindakan ditinjau dari sudut kehendak, kesalahan petindak adalah merupakan bagian dalam dari kehendak tersebut. Asas yang timbul dari padanya ialah: tiada pidana, tanpa kesalahan.²⁰³ Menurut Martiman Prodjhamicjojo, unsur subjektif adalah adanya suatu kesalahan dalam bentuk kesengajaan dan kealpaan, sehingga perbuatan melawan hukum dapat dipertanggungjawabkan.

Unsur subjektif yaitu:²⁰⁴

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

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

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

Dalam ilmu pidana alasan penghapus pidana dibagi atas dua bagian; yaitu pertama, penghapus pidana umum, yang berlaku kepada semua rumusan delik yang disebut dalam Pasal 44, 48 – 51 KUHP, kedua adalah alasan penghapus

²⁰¹ Zainal Abidin Farid Andi, *Hukum Pidana I*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm 92.

²⁰² E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi, *Op. Cit*, hlm 25.

²⁰³ *Ibid*, hlm 26.

²⁰⁴ *Ibid*.

pidana khusus yang terdapat dalam pasal tertentu, yaitu Pasal 122, 221 ayat(2), 261, 310 dan 367 ayat(1) KUHP.²⁰⁵ Alasan pemaaf (*schuldduitsluitingsgrond*) yang diatur dalam Pasal 44 KUHP tentang tidak mampu bertanggung jawab, Pasal 48 KUHP tentang daya paksa (*overmacht*), Pasal 49 ayat (2) KUHP tentang pembelaan terpaksa yang melampaui batas (*noodweer execes*), Pasal 51 ayat (2) KUHP tentang menjalankan perintah tidak sah tetapi menganggap perintah itu datang dari pejabat berwenang.

D. Alternatif Penyelesaian Sengketa, Mediasi dan Mediasi Penal

1. Alternatif Penyelesaian Sengketa

Pasal 1 butir 10 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, menyebutkan *Alternative Dispute Resolution* adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsolidasi dan penilaian ahli.

Untuk mengembangkan gagasan penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan perlu didukung oleh statistik yang terpadu yang dapat dipercaya (akurat), bukan hanya dengan kekuatan undang-undang saja, melainkan juga memerlukan dukungan atas hukum pidana dan landasan filsafat hukum yang menjadi pondasi sistem hukum pidana nasional.

Penyelesaian perkara pidana melalui ADR menurut Mudzakir dalam *workshop* yang diselenggarakan oleh *Security and Justice Governance Reform Programme Assistant*, Kemitraan Patnership bahwa istilah penyelesaian di luar pengadilan tidak sama dengan istilah *alternative dispute resolution* meskipun keduanya ada kesamaan, yaitu perkara pelanggaran

²⁰⁵ Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Op. Cit, hlm 143.

hukum pidana tidak diajukan ke pengadilan.²⁰⁶

Dalam Kepustakaan Hukum berbahasa Inggris dapat ditemukan adanya dua pandangan tentang konsep *alternative dispute resolution*. Satu pandangan menyatakan, bahwa *alternative dispute resolution* – sering juga ditulis dan disebut dengan singkatan ADR–merupakan sebuah konsep yang mencakup semua bentuk atau cara-cara penyelesaian sengketa selain dari proses peradilan atau litigasi (*litigation*).

Bentuk atau cara penyelesaian sengketa selain dari peradilan, meliputi negosiasi, mediasi, pencari fakta, dan arbitrase. Pandangan ini merupakan pandangan yang diterima umum di kalangan sarjana pada umumnya. Namun, ada pandangan lain yang menyatakan bahwa *alternative dispute resolution* merupakan konsep yang mencakup semua bentuk atau cara-cara penyelesaian sengketa yang didasarkan pada pendekatan konsensus atau mufakat para pihak, sedangkan penyelesaian yang bersifat memutus (*adjudicative*) tidak termasuk ke dalam *alternative dispute resolution*. Menurut pandangan kedua, arbitrase tidak termasuk *alternative dispute resolution* karena arbitrase merupakan proses penyelesaian sengketa dengan cara memutus (*adjudicative*) oleh arbiter seperti halnya hakim dalam proses peradilan.²⁰⁷

Menurut konsep, ADR merupakan lembaga yang diakui secara hukum sebagai lembaga penyelesaian perkara yang sah dan diatur dalam peraturan perundang-undangan melalui mekanisme mediasi, arbitrase, atau rekonsiliasi. Sedangkan penyelesaian perkara di luar pengadilan pada umumnya dikenal sebagai kebijakan yang dilakukan oleh aparat penegak hukum yang memiliki wewenang untuk melakukan diskresi atau penyampingan perkara pidana atau dilakukan oleh korban, masyarakat, atau pihak lain yang terkait pelanggaran hukum pidana, baik posisinya sebagai pelanggar dan keluarganya atau

²⁰⁶ Siswanto Sunarso, *Viktimalogi dalam Sistem Peradilan Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hlm 148.

²⁰⁷ Takdir Rahmadi, *Mediasi Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Raga Grafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm 11.

sebagai pihak yang dirugikan, atau korban dan keluarganya. Istilah umum yang populer adalah perdamaian dalam perkara pelanggaran hukum pidana.²⁰⁸

Lembaga ADR diakui sebagai lembaga penyelesaian perkara, sehingga perkara yang telah diselesaikan melalui model ADR adalah perkara yang benar-benar dinyatakan telah selesai. Konsekuensinya perkara yang telah diselesaikan melalui ADR, tertutup kemungkinannya (tidak bisa) diajukan lagi ke pengadilan. Jika pihak-pihak yang terlibat dalam perselisihan tersebut memang benar-benar tidak ada kesepakatan atau masih ada keberatan, maka penyelesaian tersebut menjadi alasan untuk mengajukannya ke pengadilan.²⁰⁹

Berbeda dengan itu, model penyelesaian di luar pengadilan tidak menutup kemungkinan perkara tersebut untuk diajukan ke pengadilan, meskipun telah terjadi kesepakatan antara pihak pelaku dengan korbannya untuk diselesaikan diluar pengadilan atau perdamaian dapat dijadikan pertimbangan meringankan pidana.

Dalam pelanggaran hukum pidana tertentu, maksudnya pelanggaran hukum pidana yang termasuk delik aduan, penyelesaian di luar pengadilan diakui secara sah sebagai penyelesaian perkara pidana, karena telah terselesaikan, maka tidak ada alasan hukum mengajukan perkara ke pengadilan.²¹⁰

Menurut Mas Achmad Santoso, ADR merupakan konsep penyelesaian sengketa dengan dilakukan di luar pengadilan secara kooperatif yang diarahkan pada suatu kesepakatan atau solusi dalam menang-menang (*win-win solution*). Solusi menang-menang merupakan kesepakatan yang mampu mencerminkan kepentingan para pihak yang terlibat dalam sengketa.²¹¹

Menurut Sudharto P. Hadi, terdapat beberapa keunggulan penyelesaian yang diperoleh melalui proses ADR, antara lain:²¹²

- a. Mampu memenuhi segitiga kepuasan (*triangle satisfaction*). Segitiga dimaksud meliputi aspek substansi, yakni pihak bersengketa memperoleh kesepakatan sesuai yang diharapkan. Hal ini bisa dalam bentuk pemberian penggantian kerugian, pemulihan lingkungan dan adanya komitmen pihak lain meningkatkan kinerja lingkungannya agar

²⁰⁸ Siswanto Sunarso, *Op, Cit*, hlm 148.

²⁰⁹ *Ibid*, hlm 148.

²¹⁰ *Ibid*, hlm 149.

²¹¹ Nirmala Sari, *Mediasi Penal Sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan*, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm 93.

²¹² *Ibid*, hlm 99.

tidak menimbulkan kerusakan atau pencemaran.

Kepuasan kedua dalam bentuk kepuasan prosedural, artinya penyelesaian konflik dilakukan melalui prosedur yang mereka sepakati bersama. Sebagaimana diketahui, ketika pihak-pihak yang bersengketa sepakat menyelesaikan konflik melalui perundingan maka aturan perundingan, mekanisme dan prosedur yang lain dirumuskan bersama dan ditaati.

Kepuasan yang ketiga dalam bentuk kepuasan psikologis. Hal ini karena masing-masing pihak merasa menjadi bagian dari proses (*part of the process*). Masing-masing tidak merasa *exclude* dalam proses. Buah kesepakatan merupakan kerja keras bersama.

Kovach berpandangan bahwa kepuasan prosedural pada umumnya dicapai melalui keikutsertaan para pihak dalam perundingan. Jika para pihak memiliki kesempatan berpartisipasi tanpa tekanan, kendatipun kesepakatan akhir tidak tercapai, mereka merasa puas.

Kepuasan psikologis akan tercapai menurut Kovach, jika para pihak bukan hanya memiliki kesempatan untuk didengar pendapatnya, tetapi juga mampu mengekspresikan emosi, perasaan, kekecewaan, kesedihan, frustasi mereka.

- b. Murah, cepat dan efisien. Hal ini disebabkan karena prosedurnya tidak rumit sebagaimana di media pengadilan yang harus menunggu lama untuk diproses dan dengan mekanisme yang birokratis.
Secara potensial ADR juga akan lebih cepat, karena semuanya sangat tergantung pada komitmen masing-masing pihak. Dengan dua ciri tersebut, maka ADR akan memungkinkan lebih efisien.
- c. Keperansertaan banyak pihak dalam perundingan. Selain *primary parties* (pihak utama) dimungkinkan pihak-pihak lain (*secondary parties*) juga ikut dalam perundingan.
- d. Agenda pembahasan merupakan kreasi dari para pihak. Prinsip sukarela tercermin dalam proses perundingan sejak tahap awal sampai akhir perundingan. Dalam penyusuan agenda pembahasan tentang isu (masalah yang dihadapi), masing-masing pihak tentu dipersilahkan untuk menyampaikan isu-isu (masalah yang perlu dipecahkan). Dari sekian banyak isu, maka diperlukan kesepakatan isu-isu mana yang perlu dibahas.
- e. Sejalan dengan semangat reformasi. Daya kritis dan keberanian masyarakat dalam mengemukakan pendapat seharusnya diakomodasikan dalam forum yang tepat, sehingga tidak menimbulkan anarki. ADR merupakan salah satu media bagi masyarakat menyalurkan aspirasi dan keinginannya. Dalam konteks ini ADR memberikan sumbangan bagi terwujudnya masyarakat sipil (madani).
- f. Sejalan dengan nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat Indonesia, yang menempatkan musyawarah untuk mencapai kesepakatan dalam penyelesaian konflik, demi mencapai kehidupan yang selaras dengan alam dan damai dengan sesama.

Menurut Sudharto P. Hadi pula, selain memiliki keunggulan, ADR juga

memiliki kelemahan berikut:²¹³

- a. Keengganan berunding;
- b. Tidak merasa setara;
- c. Pemahaman tentang ADR;
- d. Bertahan pada posisi;
- e. Tidak rasional;
- f. Kecurigaan yang berlebihan;
- g. Kekuatan hukum lemah;
- h. Belum tersedianya mediator dalam jumlah yang memadai

2. Mediasi dan Mediasi Penal

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

Setiap masyarakat Indonesia atau pun masyarakat dunia lainnya, merasakan suatu sengketa yang muncul di dalam kehidupan tidak boleh dibiarkan begitu saja, melainkan harus ada upaya penyelesaian sengketa, karena suatu sengketa memiliki dampak negatif, misalnya memperburuk hubungan antar pihak bersengketa sehingga dapat mengganggu keharmonisan sosial dalam masyarakat.

Penyelesaian sengketa dalam masyarakat mengacu pada prinsip kebebasan yang menguntungkan pihak bersengketa, artinya para pihak lebih leluasa mengkreasi kemungkinan opsi ditawarkan dalam penyelesaian

²¹³ *Ibid*, hlm 100.

sengketa.²¹⁴ Musyawarah mufakat merupakan falsafah masyarakat Indonesia dalam setiap pengambilan keputusan, termasuk dalam penyelesaian sengketa, sebagai nilai filosofi bangsa diterjemahkan dalam dasar negara, yaitu Pancasila. Sila keempat disebutkan, kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/ perwakilan. Kemudian dijabarkan dalam UUD NRI 1945 dan peraturan perundang-undangan di bawahnya. Prinsip musyawarah mufakat merupakan nilai dasar yang digunakan pihak bersengketa dalam mencari solusi terutama di jalur luar pengadilan. Nilai musyawarah mufakat terdapat dalam bentuk penyelesaian seperti mediasi.

Secara etimologi, istilah mediasi berasal dari bahasa latin, *mediare*, berarti berada di tengah. Makna menunjuk peran ditampilkan pihak ketiga sebagai mediator dalam menengahi dan menyelesaikan sengketa para pihak. Berada di tengah juga bermakna mediator harus berada pada posisi netral dan tidak memihak. Ia harus mampu menjaga kepentingan pihak bersengketa secara adil dan sama, sehingga menumbuhkan kepercayaan pihak bersengketa.²¹⁵

Kata mediasi dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia diberi arti proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian perselisihan sebagai penasihat.²¹⁶ Dalam Black's Law Dictionary, pengertian mediasi adalah *a method of non binding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution.*²¹⁷

Menurut John W. Head, mediasi adalah suatu prosedur penengahan dimana seseorang bertindak sebagai kendaraan untuk berkomunikasi antar para pihak, sehingga pandangan mereka yang berbeda atas sengketa dapat dipahami dan

²¹⁴ Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, Kencana Predana Media, Jakarta, 2009, hlm 285.

²¹⁵ *Ibid*, hlm 1.

²¹⁶ Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ketiga*, Balai Pustaka, Jakarta, 2002, hlm 726

²¹⁷ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, West, USA, 2004, hlm 1003.

mungkin didamaikan, tetapi tanggung jawab utama tercapainya suatu perdamaian tetap berada di tangan para pihak sendiri.²¹⁸

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

a. Aspek Urgensi/Motivasi

Urgensi dan motivasi mediasi adalah agar pihak berperkara menjadi damai dan tidak melanjutkan perkara dalam proses pengadilan. Apabila ada hal mengganjal yang selama ini menjadi masalah, harus diselesaikan secara kekeluargaan dengan musyawarah mufakat. Tujuan utama mediasi mencapai perdamaian antara pihak bertikai yang biasanya sulit mencapai kata sepakat apabila bertemu dengan sendirinya. Titik temu yang selama ini beku mengenai hal dipertikaikan biasanya bisa cair apabila ada yang mempertemukan. Mediasi merupakan sarana mempertemukan pihak berperkara, difasilitasi seorang atau lebih mediator untuk memfilter persoalan agar menjadi jernih dan pihak bertikai mendapatkan kesadaran akan pentingnya perdamaian antara mereka.

b. Aspek Prinsip

Mediasi tercantum dalam Pasal 2 ayat (2) PerMA Nomor 01 Tahun 2008 mewajibkan hakim, mediator dan para pihak mengikuti prosedur penyelesaian perkara melalui mediasi. Apabila tidak menempuh prosedur

²¹⁸ John W. Head, *Pengantar Umum Hukum Ekonomi*, ELIPS, Jakarta, 1997, hlm 42.

mediasi merupakan pelanggaran terhadap Pasal 130 HIR dan/atau Pasal 154 RBg. yang mengakibatkan putusan batal demi hukum. Artinya, semua perkara yang masuk ke pengadilan tingkat pertama tidak mungkin melewatkannya acara mediasi.

c. Aspek Substansi

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

Mediasi adalah merupakan upaya pihak berperkara untuk berdamai demi kepentingan pihak itu sendiri. Bukan kepentingan pengadilan atau hakim, juga bukan kepentingan mediator. Sehingga segala biaya yang timbul karena proses mediasi ini ditanggung oleh pihak berperkara.

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

Mediasi dengan landasan musyawarah menuju kesepakatan damai, mendapat pengaturan tersendiri dalam sejumlah produk hukum Hindia Belanda maupun

produk hukum Indonesia sampai hari ini. Pengaturan alternatif penyelesaian sengketa dalam aturan hukum amat penting, mengingat Indonesia adalah negara hukum (*rechtstaat*). Dalam negara hukum tindakan lembaga negara dan aparatur negara harus memiliki landasan hukum. Mediasi sebagai institusi penyelesaian sengketa dapat dilakukan oleh hakim (aparatur negara) di pengadilan atau pihak lain di luar pengadilan, sehingga keberadaannya memerlukan aturan hukum.²¹⁹

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

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

Pada masa kolonial Belanda, penyelesaian sengketa pada proses damai diatur dalam Pasal 130 HIR (*Het Herziene Indonesisch Reglement, Staatblad*

²¹⁹ *Ibid*, hlm 287.

1941 Nomor 44) atau Pasal 154 R.Bg (*Rechtsreglement Buitengewesten, Staatsblad, 1927 Nomor 27*) atau Pasal 31 Rv (*Reglement op de Rechtsvordering, Staatsblad 1874 Nomor 52*). Bahwa hakim atau majelis hakim akan mengusahakan perdamaian sebelum perkara mereka diputuskan.

Ketentuan pasal ini adalah:²²⁰

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

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

Kesepakatan dituangkan dalam akta perdamaian sehingga memudahkan para pihak melaksanakan kesepakatan itu. Akta damai memiliki kekuatan hukum sama dengan vonis hakim, sehingga dapat dipaksakan kepada para pihak jika salah satu diantara mereka enggan melaksanakan isi kesepakatan. Para pihak tidak dibenarkan melakukan banding terhadap akta perdamaian yang dibuat dari hasil mediasi. Dalam sejarah hukum, penyelesaian sengketa melalui proses damai dikenal dengan *dading*.²²¹

Pasal 24 UUD NRI Tahun 1945 menegaskan kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di

²²⁰ R. Tresna, *Komentar HIR*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1998, hlm 289.

²²¹ Syahrizal Abbas, *Op. Cit*, hlm 288.

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

Sistem hukum Indonesia membuka peluang menyelesaikan sengketa di luar jalur pengadilan (*non litigasi*). Green menyebutkan dua model penyelesaian sengketa ini metode sengketa formal dan informal.²²² Dalam peradilan di Indonesia, proses penyelesaian sengketa menganut asas sederhana, cepat dan biaya ringan. Asas ini berlaku pada lembaga pemegang Kekuasaan Kehakiman yang terdiri atas Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya.

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

Menghadapi tantangan begitu berat, sistem hukum Indonesia sebenarnya memiliki aturan hukum yang dapat digunakan menyelesaikan sengketa secara cepat baik di lingkungan peradilan maupun di luar pengadilan. Di lingkungan

²²² *Ibid*, hlm 292.

peradilan dapat ditempuh jalur damai melalui mediasi, dimana hakim terlibat mendamaikan para pihak bersengketa. Di luar pengadilan dapat ditempuh jalur arbitrase, mediasi, negosiasi atau fasilitasi sebagai bentuk alternatif penyelesaian sengketa.

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

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

Pasal 1 dan 2 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 dapat dipahami beberapa hal antara lain:

- a. Objek sengketa yang dapat diselesaikan dengan arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa adalah sengketa perdata dan sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa menurut undang-undang tidak dapat diadakan perdamaian;
- b. Sengketa tersebut baru dapat diselesaikan melalui arbitrase bila dalam perjanjian pokok tertulis secara tegas menyatakan bahwa bila terjadi

sengketa atau beda pendapat timbul atau mungkin timbul dari suatu hubungan hukum akan diselesaikan melalui arbitrase.

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

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

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

Mediasi merupakan penyelesaian non litigasi atau setidak-tidaknya proses terpisah dari proses litigasi sebagaimana ditegaskan Pasal 19 ayat (1)

PerMA Nomor 1 Tahun 2008, bahwa pernyataan dan pengakuan para pihak dalam proses mediasi tidak dapat digunakan sebagai alat bukti dalam proses persidangan jika mediasinya gagal, kemudian Pasal 19 ayat (2) disebutkan semua catatan mediator wajib dimusnahkan.

Bila ditelaah lebih lanjut kalimat keterpisahan mediasi dari litigasi akan terlihat agak ganjil, karena sejatinya ketika gugatan didaftarkan dan dicatat dalam register pengadilan, berarti sejak saat itu para pihak sudah mulai tunduk dengan aturan proses hukum acara perdata. PerMA Nomor 1 Tahun 2008 mengatur mediasi dalam proses perkara, walaupun belum masuk substansi persidangan sebenarnya karena gugatan belum dibacakan. Sesungguhnya perkara tersebut sudah ada dalam kewenangan pengadilan. PerMA hendak memberikan pengertian meskipun mediasi dilaksanakan dalam proses berperkara, namun sifat dan substansi penyelesaian berada di luar kewenangan majelis hakim yang menyidangkan perkaranya.²²³

PerMA menyebutkan mediasi merupakan proses di luar litigasi, menurut D. Y. Witanto, proses mediasi memiliki ciri dan prinsip berbeda dengan prinsip persidangan pada umumnya, perbedaan tersebut antara lain:²²⁴

- a. Proses mediasi bersifat informal.
Mediator sebagai fasilitator akan menggunakan pendekatan non legal dalam menyelesaikan perkara, sehingga tidak kaku dan *rigid*. Bagi mediator non hakim, pertemuan dapat dilakukan di luar pengadilan seperti hotel, restoran, dan sebagainya, sehingga suasana nyaman relatif lebih baik agar tercipta perdamaian bagi kedua belah pihak. Dalam mediasi di pengadilan tetap mengikuti aturan hukum acara sebagai panduan proses, namun tingkat formalitasnya tidak seformal persidangan di pengadilan, maka proses mediasi di pengadilan bersifat semi informal.
- b. Waktu yang dibutuhkan relatif singkat.
Dalam Pasal 13 ayat (3) PerMA Nomor 1 Tahun 2008 disebutkan proses mediasi berlangsung paling lama 40 (empat puluh) hari dan dalam Pasal 13 ayat (4) dapat diperpanjang paling lama 14 (empat belas) hari. Waktu tersebut tidaklah mutlak, bila kesepakatan tercapai kurang dari 40 (empat puluh) hari, mediator dapat langsung mengajukan kesepakatan damai kehadapan hakim yang memeriksa perkara untuk dibuat akta perdamaian, bila mediasi di pengadilan tingkat pertama gagal, dapat dilakukan kembali pada tingkat banding, kasasi, dan peninjauan kembali.
- c. Penyelesaian didasarkan atas kesepakatan para pihak.

²²³ D. Y. Witanto, *Hukum Acara Mediasi : Dalam Perkara Perdata di Lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama Menurut PerMA Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*, Alfabeta, Bandung, 2010, hlm 31.

²²⁴ *Ibid*, hlm 32.

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

- d. Biaya ringan dan murah.

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

- e. Prosesnya tertutup dan bersifat rahasia.

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

- f. Kesepakatan damai bersifat mengakhiri perkara.

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

- g. Proses mediasi dapat mengesampingkan pembuktian.

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

- h. Proses mediasi menggunakan pendekatan komunikasi.

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

- i. Hasil mediasi bersifat *netral*.

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

- j. Akta perdamaian bersifat final dan binding.

Berkekuatan hukum tetap dan dapat dieksekusi.

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

Menurut Ahmad Ali, keuntungan menggunakan mediasi adalah:²²⁵

- a. Proses cepat

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

- b. Bersifat rahasia

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

- c. Tidak mahal

²²⁵ Achmad Ali, *Sosiologi Hukum: Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*, IBLAM, Jakarta, 2004, hlm 24.

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

d. Adil

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

e. Berhasil baik

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

Mediasi memberikan banyak keuntungan karena memiliki metode berbeda dari litigasi di pengadilan. Menurut Gatot Soemartono, mediasi dapat memberikan beberapa keuntungan penyelesaian sebagai berikut:²²⁶

- a. Mediasi diharapkan dapat menyelesaikan sengketa dengan cepat dan relatif murah dibandingkan membawa perselisihan ke pengadilan atau arbitrase;
- b. Mediasi akan memfokuskan para pihak pada kepentingan mereka secara nyata dan pada kebutuhan emosi atau psikologis mereka, jadi bukan hanya pada hak hukumnya;
- c. Mediasi memberi kesempatan para pihak berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan perselisihan mereka;
- d. Mediasi memberi para pihak kemampuan melakukan kontrol terhadap proses dan hasilnya;
- e. Mediasi dapat mengubah hasil, yang dalam litigasi dan arbitrase sulit diprediksi, dengan suatu kepastian melalui consensus;
- f. Mediasi memberikan hasil yang tahan uji dan akan mampu menciptakan saling pengertian yang lebih di antara para pihak bersengketa karena mereka sendiri yang memutuskannya.
- g. Mediasi mampu menghilangkan konflik atau permusuhan yang hampir selalu mengiringi setiap putusan bersifat memaksa yang dijatuhkan oleh hakim di pengadilan atau arbiter pada arbitrase.

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

²²⁶ Gatot Soemartono, *Arbitrase dan Mediasi di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006, hlm 139.

kesempatan untuk berpartisipasi dalam menyelesaikan konflik dan mengatasi konsekuensinya.

Program keadilan restoratif didasarkan keyakinan pihak terlibat konflik harus secara aktif terlibat dalam menyelesaikan dan mengurangi konsekuensi negatif. Mereka juga didasarkan, dalam beberapa kasus, pada kemauan untuk kembali ke bangunan pengambilan keputusan dan masyarakat setempat. Pendekatan ini juga dilihat sebagai sarana mendorong ekspresi damai konflik, mempromosikan toleransi dan inklusivitas, membangun penghargaan atas keragaman dan mempromosikan praktik masyarakat bertanggung jawab.²²⁷

Pada perkembangan wacana teoritik maupun perkembangan pembaharuan hukum pidana di berbagai negara, ada kecenderungan kuat menggunakan mediasi pidana/penal (*penal mediation*) sebagai salah satu alternatif penyelesaian masalah hukum pidana.²²⁸

Penal mediation di tingkat internasional telah lama dikenal seperti dalam beberapa konferensi misalnya Kongres PBB ke-9 tahun 1995 khususnya yang berkorelasi manajemen peradilan pidana (dokumen A/CONF 169/6) disebutkan perlunya semua negara mempertimbangkan *privatizing some law enforcement and justice functions* dan *alternative dispute resolution* berupa mediasi, konsiliasi, restitusi dan kompensasi dalam sistem peradilan pidana.

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

²²⁷ UNODC, *Handbook on Restorative Justice Programmes : Criminal Justice Handbook Series*, Vienna, UN New York, 2006, hlm 5.

²²⁸ Barda Nawawi Arif, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara di Luar Pengadilan*, Pustaka Magister, Semarang, 2008, hlm 4.

*reducing the prison population, the proper manajement of risons dan the role of civil in penal reform.*²²⁹

Dalam Kongres PBB ke-10 tahun 2000 (dokumen A/CONF.187/4/Rev.3), antara lain dikemukakan untuk memberikan perlindungan kepada korban kejahatan, hendaknya diintrodusir mekanisme mediasi dan keadilan restorative (*restorative justice*). Sebagai tindak lanjut pertemuan tersebut mendorong munculnya dokumen internasional yang berkorelasi dengan peradilan restorative dan mediasi dalam perkara pidana berupa *the Recommendation of the Council of Eure 1999 Nomor R (99) 19 tentang Mediation in Penal Mattres*, berikutnya *the EU Framework Decision 2001 tentang the Stannding of Victim in Criminal Proceedings* dan *The UN Principles 2002* (Resolusi Ecosoc 2002/12) tentang *Basic Principles on the Use Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*. Kemudian, *mediasi penal* ini juga dikenal dalam undang-undang pada negara Austria, Jerman, Belgia, Perancis dan Polandia.

Maraknya fenomena *restorative justice* merupakan antiklimaks atas hancurnya sistem pemidanaan pada saat ini. Sistem pemasyarakatan sebagai pengganti sistem kepenjaraan ternyata sudah terbukti sama sekali tidak efektif dalam menekan tingginya angka kejahatan. *Restorative justice* lebih memandang pemidanaan dari sudut berbeda, berkaitan pemenuhan atas kerugian korban, dan sekaligus diharapkan mampu mengembalikan magis

²²⁹ Lilik Mulyadi, *Penyelesaian Perkara di Luar Pengadilan Melalui Dimensi Mediasi Penal (Penal Mediation) Dalam Sistem Peradilan Pidana. Pengkajian Asas, Norma, Teori dan Praktik*, Makalah ini dipresentasikan dalam rangka Penelitian untuk wilayah Pengadilan Tinggi Palangkaraya, Mataram, Jambi dan Semarang diselenggarakan Badan Penelitian dan Pengembangan dan Pendidikan dan Pelatihan Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung (Badan Litbang Diklat Kumdil MARI) pada bulan April-Mei Tahun 2011.

religius dalam komunitas masyarakat si pelaku, sehingga kedamaian menjadi tujuan akhir dari konsep ini.

Mediasi penal (*penal mediation*) sering juga disebut antara lain *mediation in criminal cases* atau *mediation in penal matters* yang dalam istilah Belanda disebut *strafbemiddeling*, dalam istilah Jerman disebut *Der Aubergerichtliche Tatausgleich* (ATA) atau dalam Bahasa Prancis disebut *de mediation pénale* karena mediasi penal mempertemukan antara pelaku tindak pidana dengan korban, maka mediasi penal ini sering disebut dengan istilah *Victim-Offender Mediation* (VOM) atau *Täter Opfer-Ausgleich* (TOA) atau *Offender-Victim Arrangement* (OVA).²³⁰

Mediasi penal merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang dimungkinkan dilakukan (dikenal dengan istilah *Alternative Dispute Resolution*, ada pula yang menyebutnya *Apropriate Dispute Resolution*). Mediasi pidana diungkapkan di atas, bertolak dari ide dan prinsip kerja (*working principles*) sebagai berikut:²³¹

- a. Penanganan konflik (*conflict handling/konfliktbearbeitung*)
Tugas mediator adalah membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide, bahwa kejahanan telah menimbulkan konflik interpersonal.
- b. Berorientasi pada proses (*process orientation prozessorientierung*)
Mediasi penal lebih berorientasi pada kualitas proses daripada hasil, yaitu: menyadarkan pelaku tindak pidana akan kesalahannya, kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut dan sebagainya.
- c. Proses informal (*informal proceeding - informalität*):
Mediasi penal merupakan suatu proses 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 objek prosedur hukum pidana, tetapi sebagai subjek yang mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan berbuat, Mereka diharapkan berbuat atas kehendaknya sendiri.

Mediasi penal merupakan bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang lebih populer di lingkungan perdata, berarti tidak dapat

²³⁰ Barda Nawawi Arif, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*, *Op. Cit*, hlm 1.

²³¹ *Ibid*, hlm 4.

diterapkan di lingkungan hukum pidana. Beberapa aturan dapat menjadi dasar hukum pemberlakuan mediasi penal di Indonesia, antara lain:

- a. Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 6 Tahun 1959, menyebutkan persidangan anak harus dilakukan secara tertutup.
- b. Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 6 Tahun 1987 tentang Tata Tertib Sidang Anak.
- c. Surat Edaran Jaksa Agung Nomor SE-002/j.a/4/1989 tentang Penuntutan terhadap Anak.
- d. Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 1644 K/Pid/1988 tanggal 15 Mei 1991 dimana dalam *ratio deciden* diputuskan disebutkan apabila seseorang melanggar hukum adat kemudian Kepala dan Para Pemuka Adat memberikan reaksi adat (sanksi adat) maka yang bersangkutan tidak dapat diajukan lagi (untuk kedua kalinya) sebagai terdakwa dalam persidangan Badan Peradilan Negara (Pengadilan Negeri) dengan dakwaan sama melanggar hukum adat dan dijatuahkan pidana penjara menurut ketentuan KUHP (Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang drt Nomor 1 Tahun 1951) sehingga dalam keadaan demikian pelimpahan berkas perkara serta tuntutan kejaksaan di pengadilan negeri harus dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).
- e. Surat Jaksa Agung Muda Tindak Pidana Umum B-532/E/11/1995 tentang Petunjuk Teknis Penuntutan Terhadap Anak.
- f. Instruksi Presiden Nomor 8 Tahun 2002 tentang Pemberian Jaminan Kepastian Hukum kepada Debitur yang telah Menyelesaikan Kewajibannya atau Tindakan Hukum kepada Debitur yang tidak

Menyelesaikan Kewajibannya Berdasarkan Penyelesaian Kewajiban Pemegang Saham.

- g. *Memorandum of Understanding* Nomor 20/PRS-2/KEP/2005 DitBinRehSos Depsos dan DitPas DepKumHAM tentang pembinaan luar lembaga bagi anak yang berhadapan dengan hukum.
- h. Surat Edaran Ketua Mahkamah Agung Nomor MA/Kumdil/31/I/K/2005 tentang kewajiban setiap Pengadilan Negeri mengadakan ruang sidang khusus dan ruang tunggu khusus untuk anak yang akan disidangkan.
- i. Himbauan Ketua Mahlamah Agung untuk menghindari penahanan pada anak dan mengutamakan putusan tindakan daripada penjara.
- j. Peraturan KaPolRI Nomor 10 Tahun 2007, tentang Unit Pelayanan Perempuan dan Anak.
- k. Peraturan KaPolRI Nomor 3 Tahun 2008 tentang Pembentukan Ruang Pelayanan Khusus dan Tata Cara Pemeriksaan Saksi dan Korban Tindak Pidana.
- l. TR/1124/XI/2006 dari Kabareskrim PolRI, dan TR/395/VI/2008 tentang Pelaksanaan Diversi dan *Restorative Justice* Dalam Penanganan Kasus Anak Pelaku dan Pemenuhan Kepentingan Terbaik Anak Dalam Kasus Anak Baik Sebagai Pelaku, Korban atau Saksi.
- m. Kesepakatan Bersama antara Departemen Sosial Nomor 12/PRS-2/KPTS/2009, Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor M.HH.04.HM.03.02Th 2009, Departemen Pendidikan Nasional Nomor 11/XII/KB/2009, Departemen Agama Nomor 06/XII/2009, dan Kepolisian

Nomor B/43/ XII/2009 tentang Perlindungan dan Rehabilitasi Sosial Anak Yang Berhadapan dengan Hukum.

- n. Surat Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung, Jaksa Agung, Kepala Kepolisian, Menteri Hukum dan HAM, Menteri Sosial, Menteri Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, Nomor 166/KMA/SKB/XII/2009, Nomor 148A/A/JA/12/2009, Nomor B/45/XII/2009, Nomor M.HH-08 HM.03.02 Tahun 2009, Nomor 10/PRS-2/KPTS/2009, Nomor 02/Men.PP dan PA/XII/2009 tentang Penanganan Anak Yang Berhadapan Dengan Hukum.
- o. Surat KaPolRI Nomor Pol B/3022/XII/2009/SDEOPS tentang Penanganan Kasus Melalui *Alternatif Dispute Resolution* (ADR).
- p. Peraturan KaPolRI Nomor 7 Tahun 2008 tentang Pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Tugas Polri.
- q. Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak.
- r. Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan.

Praktik mediasi penal dalam menyelesaikan perkara pidana tertentu, baik dengan cara perdamaian antara pelaku dan korban yang diakhiri pembayaran ganti kerugian kepada korban maupun dalam penyelesaian perkara pidana pada tahap proses peradilan pidana yang kesepakatan dan pembayaran ganti kerugian dari pelaku kepada korban hanya dijadikan sebagai pertimbangan meringankan tuntutan pidana dan penjatuhan pidana. Berdasarkan

Explanatory Memorandum Rekomendasi Dewan Eropa tentang *Mediation in Penal Matters*, dikemukakan beberapa model *mediasi penal*, yaitu:²³²

a. Model *informal mediation*

Model ini dilaksanakan personil peradilan pidana dalam tugas normalnya, yaitu dapat dilakukan jaksa penuntut umum dengan mengundang para pihak melakukan penyelesaian informal dengan tujuan, tidak melanjutkan penuntutan apabila tercapai kesepakatan; Jenis intervensi informal sudah biasa dalam seluruh sistem hukum.

b. Model *traditional village or tribal moots*

Menurut model ini, seluruh masyarakat bertemu memecahkan konflik kejahatan di antara warganya.

c. Model *victim offender mediation*

Mediasi antara korban dan pelaku merupakan paling sering ada dalam pikiran orang. Model ini melibatkan berbagai pihak yang bertemu dengan dihadiri mediator. Mediasi dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik tahap kebijaksanaan polisi, tahap penuntutan, tahap pemidanaan atau setelah pemidanaan. Model ini ada diterapkan untuk semua tipe pelaku tindak pidana; yang khusus untuk anak; ada untuk tipe tindak pidana tertentu (misal pengutilan, perampokan dan tindak kekerasan).

d. Model *reparation negotiation programmes*

Model ini semata-mata untuk menaksir/menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayar pelaku tindak pidana kepada korban, biasanya pada saat pemeriksaan di pengadilan. Program ini tidak berhubungan dengan rekonsiliasi antara para pihak, hanya berkaitan perencanaan perbaikan materiel. Dalam model ini, pelaku tindak pidana dapat dikenakan program kerja agar dapat menyimpan uang untuk membayar ganti rugi/kompensasi.

e. Model *community panels or courts*

Model ini merupakan program membelokkan kasus pidana dari penuntutan atau peradilan pada prosedur masyarakat lebih fleksibel dan informal dan sering melibatkan unsur mediasi atau negosiasi.

f. Model *family and community group conferences*

Model ini tidak hanya melibatkan korban dan pelaku tindak pidana, juga keluarga pelaku dan warga masyarakat lain, pejabat tertentu (polisi dan hakim anak) dan para pendukung korban. Pelaku dan keluarganya diharapkan menghasilkan kesepakatan komprehensif dan memuaskan korban serta dapat membantu menjaga si pelaku keluar dari kesusahan/persoalan berikutnya.

E. Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa

Petunjuk atau pedoman berperilaku secara pantas dikenal dengan kaedah atau norma, merupakan ukuran atau standar untuk bertingkah laku yang akan

²³² *Ibid*, hlm 5.

menjaga hubungan sesama manusia, ataupun hubungan antara manusia dengan masyarakat dapat berjalan baik, dengan kata lain bahwa keberadaan norma atau kaedah adalah untuk menjaga adanya keseimbangan dalam kehidupan masyarakat.

Salah satu kesadaran hukum yang berasal dari nilai-nilai (norma-norma) kehidupan masyarakat di Indonesia, yang saat ini terus berkembang adalah model penyelesaian sengketa non litigasi, antara lain adalah melalui mediasi. Takdir Rahmadi, mengatakan bahwa mediasi adalah proses penyelesaian sengketa antara dua pihak atau lebih melalui perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus,²³³ sedangkan menurut Djoko Sarwoko dikatakan pengertian mediasi, sebagai suatu proses yang dilakukan oleh para pihak dengan dibantu seorang mediator atau lebih bersifat netral.²³⁴

Sebagaimana yang diketahui bahwa pada umumnya penyelesaian sengketa hukum dapat ditempuh melalui 2 (dua) jalur, yaitu jalur litigasi (peradilan) atau jalur non-litigasi (di luar peradilan), tetapi biasanya penyelesaian sengketa (perkara) melalui jalur litigasi sering terkendala oleh berbagai faktor, misalnya masalah pembuktian, biaya yang besar dan faktor-faktor lain, dan oleh sebab itu sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat pada masa sekarang, maka jalur non litigasi menjadi pilihan para pihak dalam penyelesaian sengketa yang terjadi.

Berdasarkan Pasal 1 angka 10 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999, ditegaskan bahwa alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli. Masing-masing lembaga penyelesaian sengketa di

²³³ Takdir Rahmadi, *Op. Cit*, hlm 12.

²³⁴ Djoko Sarwoko, *Beberapa Model Alternatif Dispute Resolution*, Majalah Varia Peradilan, Tahun XI Nomor 124 Januari 1996, hlm 142.

luar pengadilan dapat ditempuh dengan cara :²³⁵

1. Konsultasi

Yaitu suatu tindakan yang bersifat personal antara suatu pihak tertentu (klien) dengan pihak lain yang merupakan pihak konsultan, dimana pihak konsultan memberikan pendapatnya kepada klien sesuai dengan keperluan dan kebutuhan kliennya.

2. Negosiasi

Suatu upaya penyelesaian sengketa para pihak tanpa melalui proses pengadilan dengan tujuan mencapai kesepakatan bersama atas dasar kerja sama yang lebih harmonis dan kreatif.

3. Mediasi

Cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator.

4. Konsiliasi

Penengah akan bertindak menjadi konsiliator dengan kesepakatan para pihak dengan mengusahakan solusi yang dapat diterima. Penilaian Ahli, yaitu pendapat para ahli untuk suatu hal yang bersifat teknis dan sesuai dengan bidang keahliannya.

Terkait istilah mediasi, yang secara etimologi berasal dari bahasa latin, yaitu *mediare*, yang berarti berada di tengah.

Makna ini menunjukkan pada peran yang ditampilkan pihak ketiga sebagai mediator dalam menjalankan tugasnya menengahi dan menyelesaikan sengketa antara para pihak. Berada di tengah bermakna bahwa mediator harus berada pada posisi netral dan tidak memihak dalam menyelesaikan sengketa. Mediator harus mampu menjaga kepentingan para pihak yang bersengketa secara adil dan sama, sehingga menumbuhkan kepercayaan (*trust*) dari para pihak yang bersengketa.²³⁶

Dalam perkembangan praktik hukum di Indonesia, penggunaan instrument hukum mediasi pada peradilan di Indonesia baru dimulai sejak tanggal 11 September 2003 yang didasarkan pada Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi dan Pengadilan, yang kemudian diganti dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Dalam perkembangan lebih lanjut Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 telah dicabut dan diganti dengan Peraturan

²³⁵ Frans Hendra Winarta, *Hukum Penyelesaian Sengketa: Arbitrase Nasional Indonesia dan Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm 7.

²³⁶ Syahrizal Abbas, *Op. Cit*, hlm 2.

Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, yang memberikan pengertian mediasi adalah sebagai cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator.

Peran mediator membantu para pihak mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa dengan cara tidak memutus atau memaksakan pandangan atau penilaian atas masalah-masalah selama proses mediasi berlangsung. Takdir Rahmadi, mengatakan bahwa mediasi adalah proses penyelesaian sengketa antara dua pihak atau lebih melalui perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus,²³⁷ menurut Djoko Sarwoko mediasi, sebagai suatu proses yang dilakukan oleh para pihak dengan dibantu seorang mediator atau lebih yang bersifat netral.²³⁸

Berdasarkan pengertian mediasi tersebut di atas, diasumsikan mediasi mengandung unsur sebagai berikut:

1. Mediasi adalah proses penyelesaian sengketa berdasarkan perundingan;
2. Mediator terlibat dan diterima oleh para pihak yang bersengketa di dalam perundingan;
3. Mediator bertugas membantu para pihak yang bersengketa untuk mencari penyelesaian;
4. Mediator tidak mempunyai kewenangan membuat keputusan selama perundingan berlangsung; dan
5. Tujuan mediasi adalah untuk mencapai atau menghasilkan kesepakatan yang dapat diterima pihak-pihak yang bersengketa guna mengakhiri sengketa.

²³⁷ Takdir Rahmadi, *Op. Cit*, hlm 12.

²³⁸ Djoko Sarwoko, *Op. Cit*, hlm 142.

Di Indonesia dasar hukum mediasi yang merupakan salah satu dari sistem alternatif penyelesaian sengketa adalah dasar negara Indonesia, yaitu Pancasila, yang dalam filosofinya tersirat bahwa asas penyelesaian sengketa adalah musyawarah dan mufakat.

Secara khusus peraturan tertulis yang mengatur tentang mediasi adalah Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999. Selain itu, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, antara lain terdapat dalam :

1. Pasal 58, yang menentukan bahwa upaya penyelesaian sengketa perdata dapat dilakukan di luar pengadilan negara melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa;
2. Pasal 60 ayat (1), yang menentukan bahwa alternatif penyelesaian sengketa merupakan lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.

Awalnya landasan formil mengenai penerapan mediasi dalam sistem peradilan pada dasarnya tetap bertitik tolak dari ketentuan *Herzien Inlandsch Reglemen (HIR)* dan ketentuan *Rechtreglement voor de Buitengewesten (RBg)*, khususnya Pasal 130 *HIR jo.* Pasal 154 *Rbg*, yang merupakan sumber Hukum Acara Perdata yang berlaku di Indonesia.

Pasal ini menghendaki penyelesaian perkara dengan perdamaian dari pada proses putusan biasa. Bentuk penyelesaian yang digariskan Pasal 130 *HIR jo.* Pasal 154 *RBg*, yaitu para pihak menyelesaikan sendiri lebih dahulu kesepakatan tanpa campur tangan hakim.

Selanjutnya kesepakatan perdamaian itu diminta kepada hakim untuk

dituangkan dalam bentuk akte perdamaian yang disepakati para pihak yang berperkara, intervensi hakim sangat kecil hanya berupa pembuatan akte perdamaian yang dijatuhkan sebagai putusan pengadilan yang berisi amar menghukum para pihak untuk menaati dan mematuhi isi perdamaian dimaksud.

Terkait dengan penerapan ketentuan Pasal 130 *HIR jo. Pasal 154 RBg*, dalam praktik pengadilan, Djoko Sarwoko mengemukakan bahwa dalam permulaan pemeriksaan perkara perdata undang-undang telah mewajibkan kepada Pengadilan, dengan perantara Ketua Majelis, untuk mencoba mendamaikan kedua belah pihak, tetapi ketentuan tersebut di dalam praktik belum dilaksanakan dengan sungguh-sungguh sehingga pelaksanaannya hanya sekedar memenuhi formalitas belaka.²³⁹

Mahkamah Agung berpendapat bahwa ketentuan Pasal 130 *HIR jo. Pasal 154 RBg* tersebut perlu diatur lebih lanjut mengenai tata cara pelaksanaannya agar lebih optimal, sehingga lahirlah Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2003, yang selanjutnya digantikan dengan keluarnya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008, dan terakhir telah diganti pula dengan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016.

Dalam diktum menimbang pada konsideran Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016, disebutkan bahwa :

1. Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa secara damai yang tepat, efektif, dan dapat membuka akses yang lebih luas kepada para pihak untuk memperoleh penyelesaian yang memuaskan, serta berkeadilan;
2. Dalam rangka reformasi birokrasi Mahkamah Agung Republik Indonesia yang berorientasi pada visi terwujudnya badan peradilan Indonesia yang agung, salah satu elemen pendukung adalah mediasi sebagai instrumen untuk meningkatkan akses masyarakat terhadap keadilan sekaligus implementasi

²³⁹ *Ibid*, hlm 146.

- asas penyelenggaraan peradilan yang sederhana, cepat, dan berbiaya ringan;
3. Ketentuan hukum acara perdata yang berlaku, Pasal 154 Reglemen Hukum Acara untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (*Reglement Tot Regeling van Het Rechtswezen in de Gewesten Buiten Java en Madura, Staatsblad* 1927: 227) dan Pasal 130 Reglemen Indonesia yang diperbarui (*Het Herziene Inlandsch Reglement, Staatsblad* 1941:44) mendorong para pihak untuk menempuh proses perdamaian yang dapat didayagunakan melalui mediasi dengan mengintegrasikannya ke dalam prosedur berperkara di pengadilan;
 4. Prosedur mediasi di pengadilan menjadi bagian hukum acara perdata dapat memperkuat dan mengoptimalkan fungsi lembaga peradilan dalam penyelesaian sengketa;
 5. Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan belum optimal memenuhi kebutuhan pelaksanaan mediasi yang lebih berdayaguna dan mampu meningkatkan keberhasilan mediasi di pengadilan;
 6. Berdasarkan pertimbangan sebagaimana dimaksud dalam huruf a, huruf b, huruf c, huruf d dan huruf e, perlu menyempurnakan Peraturan Mahkamah Agung tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Tidak semua perkara dapat diselesaikan dengan mediasi, karena berdasarkan Pasal 4 ayat (1) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016, ditentukan beberapa jenis perkara wajib menempuh mediasi, yaitu semua sengketa perdata yang diajukan ke pengadilan termasuk perkara perlawanann (*verzet*) atas putusan *verstek* dan perlawanann pihak berperkara (*partij verzet*) maupun pihak ketiga (*derden verzet*) terhadap pelaksanaan putusan yang telah berkekuatan hukum

tetap, sedangkan dalam Pasal 4 ayat (2) Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016, ditentukan pula bahwa sengketa yang dikecualikan dari kewajiban penyelesaian melalui mediasi, yaitu :

1. Sengketa yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaiannya, yang meliputi :
 - a. Sengketa yang diselesaikan melalui prosedur Pengadilan Niaga;
 - b. Sengketa yang diselesaikan melalui prosedur Pengadilan Hubungan Industrial;
 - c. Keberatan atas putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha;
 - d. Keberatan atas putusan Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen;
 - e. Permohonan pembatalan putusan arbitrase;
 - f. Keberatan atas putusan Komisi Informasi;
 - g. Penyelesaian perselisihan partai politik;
 - h. Sengketa yang diselesaikan melalui tata cara gugatan sederhana; dan
 - i. Sengketa lain yang pemeriksaannya di persidangan ditentukan tenggang waktu penyelesaiannya dalam ketentuan peraturan perundang-undangan;
2. Sengketa yang pemeriksaannya dilakukan tanpa hadirnya pengugat atau tergugat yang telah dipanggil secara patut;
3. Gugatan balik (rekonsensi) dan masuknya pihak ketiga dalam suatu perkara (intervensi);
4. Sengketa mengenai pencegahan, penolakan, pembatalan dan pengesahan perkawinan;
5. Sengketa yang diajukan ke pengadilan setelah diupayakan penyelesaian di luar pengadilan melalui mediasi dengan bantuan mediator bersertifikat yang

terdaftar di pengadilan setempat tetapi dinyatakan tidak berhasil berdasarkan pernyataan yang ditandatangani oleh para pihak dan mediator bersertifikat.

Tujuan dilakukannya mediasi adalah menyelesaikan sengketa antara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan imparsial. Mediasi dapat mengantarkan para pihak ketiga pada perwujudan kesepakatan damai yang permanen dan lestari, mengingat penyelesaian sengketa melalui mediasi menempatkan kedua belah pihak pada posisi yang sama, tidak ada pihak yang dimenangkan atau pihak yang dikalahkan (*win win solution*).

Dalam mediasi para pihak yang bersengketa proaktif dan memiliki kewenangan penuh dalam pengambilan keputusan. Mediator tidak memiliki kewenangan dalam pengambilan keputusan, tetapi hanya membantu para pihak dalam menjaga proses mediasi guna mewujudkan kesepakatan damai.²⁴⁰

Tujuan mediasi tidak untuk menghakimi salah atau benar, tetapi lebih memberikan kesempatan kepada para pihak untuk :

1. Menemukan jalan keluar dan pembaruan perasaan;
2. Melenyapkan kesalahpahaman;
3. Menentukan kepentingan yang pokok;
4. Menemukan bidang-bidang yang mungkin dapat persetujuan; dan
5. Menyatukan bidang tersebut menjadi solusi disusun sendiri oleh para pihak.

F. Keadilan Restoratif

Meskipun wacana keadilan restoratif dalam iklim akademik, intelektual, dan praktik pengadilan semakin dominan mencari terobosan baru dalam menegakkan

²⁴⁰ Handar Subhandi, *Tujuan dan Manfaat Mediasi*, <http://handarsubhandi.blogspot.co.id>.

keadilan yang makin dirasakan masyarakat, makna dan proses penerapan konsepsi keadilan restoratif dalam praktik sangat beragam.

Johnstone menyatakan *restorative justice is not a single coherent theory or perspective on crime and justice, but a loose unifying term which encompasses a range of distinct ideas, practices, and proposals.*²⁴¹ Weitekamp menyatakan makna keadilan restoratif berbeda dari satu negara dan komunitas ke negara dan komunitas lain. Ada beberapa istilah lain dipakai makna mirip keadilan restoratif. Misalnya, keadilan prosedural, keadilan partisipatif, keadilan *real*, keadilan relasional, keadilan positif, dan keadilan transformatif. Istilah sering dipakai mengganti istilah keadilan restoratif karena memiliki makna sama adalah keadilan transformatif atau *transformativ justice*.

M. Kay Harris mengatakan, *restorative justice and transformative justice are two names for the same thing and, properly understood, the terms should be considered interchangeable.*²⁴² Beberapa praktisi bahkan berpendapat istilah yang paling cocok bagi konsepsi dan praktik ini, bukanlah keadilan restoratif melainkan pendekatan restoratif (*restorative approaches*).²⁴³ Di Indonesia istilah keadilan restoratif menunjuk pada pendekatan restoratif ini. Tetapi pertanyaan pokoknya adalah apa yang dimaksud keadilan restoratif tersebut.

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

²⁴¹ G. Johnstone, *A Restorative Justice Reader : Texts, Sources, Context*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2003, hlm ix.

²⁴² M. Kay Harris, *Transformative Justice: The transformation of restorative justice*, dalam Dennis Sullivan and Larry Tifft, *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, London & New York, 2006, hlm 556.

²⁴³ Marian Liebmann, *Restorative Justice: How It Works*, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007, hlm 25.

Braithwaite dan Strang sebagaimana dikutip M. Kay Harris dalam *Transformative Justice: The transformation of restorative justice*, mengartikan keadilan restoratif sebagai suatu proses penyelesaian suatu perkara atau kejahatan hukum yang melibatkan semua *stakeholder* yang berurusan dengan kejahatan yang sudah terjadi dengan mendiskusikan bagaimana kejahatan bisa terjadi guna mencapai kesepakatan tentang apa sebaiknya dilakukan untuk memulihkan penderitaan diakibatkan kejahatan tersebut. Gerry Johnstone mengartikannya sebagai seperangkat prinsip yang mengarahkan praktik umum institusi atau kelompok manapun dalam menangani perkara kejahatan. Zehr menyebutnya sebagai suatu paradigma baru berkaitan keadilan, atau Sullivan dan Tifft menempatkan sebagai suatu teori sosial normatif atau suatu gaya hidup baru.²⁴⁴

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

Konsorsium keadilan restoratif di Inggris, sebuah lembaga amal yang dibentuk pemerintah untuk mempromosikan keadilan restoratif, dalam *pamflet* yang mereka edarkan, merumuskan *restorative justice works to resolve conflict and repair harm. It encourages those who have caused harm to acknowledge the impact of what they have done and gives them an opportunity to make reparation. It offers those who have suffered harm the opportunity to have their harm or loss acknowledged and amends made.*²⁴⁵

Kathleen Daly melalui *The Limits of Restorative Justice* dalam buku *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, merumuskan *restorative justice* sebagai *a set of ideals about justice that assumes a generous, empathetic, supportive, and rational human spirit.*²⁴⁶ Keadilan restoratif mengasumsikan korban bermurah hati pada mereka yang sudah melakukan kejahatan, pelaku atau pelanggar menyadari kesalahan dan menyesali kejahatan, bahwa komunitas yang peduli terhadap mereka bisa mendukung dan membantu, dan seorang fasilitator atau mediator dapat memandu diskusi rasional dan mendorong penyelesaian

²⁴⁴ M. Kay Harris, *Op, Cit*, hlm 555.

²⁴⁵ Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 25.

²⁴⁶ Kathleen Daly, *The Limits of Restorative Justice*, dalam Denis Sullivan and Larry Tifft, *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, London, 2006, hlm 134.

perkara atau pengambilan keputusan konsensual antara berbagai pihak dengan kepentingan yang berbeda.

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

Gerry Johnstone menyatakan keadilan restoratif harus dilihat sebagai perangkat ide yang ingin melampaui penegakan keadilan konvensional yang sudah mapan. Ia menantang untuk memikirkan kejahatan, korban, dan reaksi terhadap pelaku secara baru. Liebmann merumuskan tujuan utama keadilan restoratif yakni: *Restorative justice aims to restore the well-being of victims, offenders and communities damaged by crime, and to prevent further offending.*²⁴⁷ Pendekatan yang digunakan mewujudkan tujuan adalah mengupayakan mediasi antara korban dan pelaku, pertemuan dan dialog antara korban dan pelaku melibatkan keluarga dan masyarakat luas, dan menumbuhkan kesadaran dan tanggung jawab pelaku dan korban.

Semangat utama keadilan restoratif adalah tidak terutama mengadili dan menghukum pelaku, melainkan mereparasi dan merestorasi korban dan pelaku. Nilai keadilan restoratif terletak pada dialog (*dialogue*), kesepahaman (*mutuality*), penyembuhan (*healing*), perbaikan (*repair*), penyesalan dan tobat (*repentance*),

²⁴⁷ Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 25.

tanggung jawab (*responsibility*), kejujuran (*honesty*), dan ketulusan (*sincerity*).²⁴⁸ Nilai pendekatan ini membedakan keadilan restoratif dari sistem pengadilan atau keadilan kriminal konvensional. Howard Zehr dalam *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*, membuat peta perbedaan antara keadilan restoratif dengan keadilan retributif yang dirangkum dalam tabel berikut.²⁴⁹

Perbedaan antara Keadilan retributif dan Keadilan restoratif

Perbedaan Antara Keadilan Retributif Dan Keadilan Restoratif	
Keadilan Retributif	Keadilan Restoratif
<i>Crime defined as violation of the state</i>	<i>Crime defined as violation of one person by another</i>
<i>Focus on establishing blame, on guilt, on past (did he/she do it?)</i>	<i>Focus on problem solving, on liabilities and obligations, on future (what should be done?)</i>
<i>Adversarial relationships and process normative</i>	<i>Dialogue and negotiations normative</i>
<i>Imposition of pain to punish and deter/prevent</i>	<i>Restitutions as a means of restoring both parties; reconciliations/ restorations as goal</i>
<i>Justice defined by intent and by process: right rules</i>	<i>Justice defined as right relationships: judge by the outcome</i>
<i>Interpersonal, conflictual nature of crime obscured, repressed: conflict seen as individual vs. state</i>	<i>Crime recognised as interpersonal conflict: value of conflict recognised</i>
<i>One social injury replaced by another</i>	<i>Focus on repair of social injury</i>
<i>Community on side line, represented abstractly by state</i>	<i>Community as facilitator in restorative process</i>
<i>Encouragement of competitive, individualistic values</i>	<i>Encouragement of mutuality</i>
<i>Action directed from state to offender: Victim ignored and Offender passive</i>	<i>Victim's and offender's role recognised in both problem and solution: Victim rights/needs recognised and Offender encouraged to take responsibility</i>
<i>Offender accountability defined as taking punishment</i>	<i>Offender accountability defined as understanding impact of action and helping decide how to make things right</i>
<i>Offence defined in purely legal terms, devoid of moral, social,</i>	<i>Offence understood in whole context-moral, social, economic, political</i>

²⁴⁸ *Ibid*, hlm 31.

²⁴⁹ Howard Zehr, *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottdale, 2005, hlm 211. Lihat juga Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 32.

<i>economic, political dimensions</i>	
<i>Debt owed to state and society in the abstract</i>	<i>Debt/liability to victim recognised</i>
<i>Response focused on offender's past behaviour</i>	<i>Response focused on harmful consequences of offender's behaviour</i>
<i>Stigma of crime unremovable</i>	<i>Stigma of crime removable through restorative action</i>
<i>No encouragement for repentance and forgiveness</i>	<i>Possibilities for repentance and forgiveness</i>
<i>Dependence upon proxy professional</i>	<i>Direct involvement by participants</i>

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

Hasil ingin dicapai keadilan restoratif adalah kesatuan dalam pertemuan, perkembangan, reintegrasi, dan kebenaran secara menyeluruh. Ini berbeda dari tendensi ingin dicapai dalam keadilan retributif yakni separasi (pemisahan), kesalahan dan kejahatan (*harm*), pengasingan (*ostracism*), dan kebenaran legal (*legal truth*). Keadilan restoratif bertujuan mencapai keseimbangan berbagai kutub berbeda antara model terapeutik dan retributif, antara hak korban dan hak pelaku, antara perlunya merehabilitasi pelaku dan kewajiban melindungi publik. Tetapi hasil ini hanya bisa dicapai bila fasilitator atau mediator berperan secara tidak memihak, cakap dan terampil, kedua belah pihak menerima tanggung jawab, putusan dicapai merupakan pilihan realistik dan rasional, tidak ada tekanan dan pemaksaan, pengakuan semua pihak terlibat sama pentingnya, terlibat aktif,

proses komunikasi dan dialog konstruktif, saling percaya, dan solusi diambil merupakan kesepakatan bersama dan bukan atas dasar pemaksaan pihak tertentu.

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

Situasi penegakan hukum mencerminkan masyarakat pendendam dan penghakim, seperti beberapa dekade terakhir di Amerika Serikat. Tom R. Tyler dalam *Journal of Social Issues* dengan judul *Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking*, mensinyalir perkembangan masyarakat hukum Amerika menjadi masyarakat pendendam atau masyarakat ingin menghakimi.²⁵⁰ Diskusi publik semakin menghendaki hukuman lebih tegas terhadap pelanggar hukum dan pelaku kejahatan. Pada hal banyak negara Eropa justru mengupayakan pengurangan hukuman dan hukuman mati pun dihapus.²⁵¹

Asumsi dasar masyarakat punitif bahwa individu akan meregulasi diri dan menaati hukum jika ia dimotivasi menghindari sanksi, dalam kenyataannya tidak sesuai tujuan moral hukum. Hukum tidak dimaksudkan menghukum yang bersalah melainkan guna mengatur perilaku anggota masyarakat agar sesuai kepentingan bersama. Maka penyelesaian perkara pelanggaran hukum dan

²⁵⁰ Sebuah jajak pendapat di Amerika Serikat di tahun 1960an menunjukkan mayoritas orang dewasa di Amerika Serikat menghendaki agar hukuman semakin dikurangi, hukuman mati dihapus dan sisi rehabilitasi dan reintegrasi perlu menjadi prioritas. Tetapi poling pendapat yang dilakukan tahun 1980-an hingga 1990-an justru menunjukkan hasil yang mencemaskan. Sebanyak 80 % masyarakat Amerika Serikat justru lebih menghendaki hukuman mati bagi para pelanggar hukum dan pelaku kejahatan. Tom R. Tyler, *Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking*, *Journal of Social Issues*, Volume 62 Nomor 2, 2006, hlm 307.

²⁵¹ *Ibid*, hlm 308.

tindakan kejahatan, seharusnya memiliki perspektif jangka panjang yakni memotivasi para pelanggar hukum untuk lebih meregulasi diri dan tindakan di masa depan.

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

Penyelesaian kasus hukum dan kejahatan mengedepankan sikap seperti ini merupakan ciri dari model penyelesaian pendekatan keadilan restoratif (*restorative justice*). Persoalan adalah makna, pemahaman, serta penerapan prinsip keadilan restoratif sangat beragam. Sejumlah pihak menginginkan prinsip keadilan restoratif diterapkan atau dipraktekkan di luar proses pengadilan formal konvensional, dan kondisi ini sangat berbahaya. Marian Liebmann menguraikan prinsip keadilan restoratif sebagai berikut:²⁵²

1. Dukungan dan pemulihan korban menjadi prioritas.

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

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

²⁵² Marian Liebmann, *Op, Cit*, hlm 26.

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

2. Pelaku bertanggungjawab atas apa yang telah ia lakukan.
Pelaku kejahatan memang perlu dihukum. Tetapi ini tidak sama dengan memikul tanggung jawab atas apa yang telah ia lakukan. Memikul tanggung jawab mengandung pengakuan dan kesadaran bahwa ia telah melakukan kejahatan, menjelaskan apa yang sebetulnya terjadi dan menanggung akibat dari perbuatannya, termasuk mengembalikan kerugian yang diakibatkan oleh tindakannya. Unsur ini merupakan titik tolak keadilan restoratif.
3. Dialog untuk mencapai kesepahaman.
Ada banyak pertanyaan dari para korban yang tidak terjawab dalam proses pengadilan kejahatan dengan menggunakan sistem pengadilan konvensional. Pertanyaan seperti mengapa saya? Mengapa mobil atau rumah saya? Apa yang sesungguhnya terjadi? Apakah kejadian ini bisa terjadi lagi? Hanya ada satu orang yang dapat menjawab pertanyaan ini yakni pelaku. Tetapi banyak pelaku pun tidak memahami bagaimana mereka bisa melakukan kejahatan. Apa yang terjadi pada korban dan pelaku sehingga kejahatan itu bisa terjadi? Di sini dialog diperlukan. Dialog ini umumnya tidak terjadi untuk tidak mengatakan tidak mungkin dalam pengadilan formal tetapi sebaliknya merupakan proses inti dalam keadilan restoratif.
4. Adanya upaya menempatkan kejahatan yang sudah dilakukan pada posisi sebenarnya.
Disini apologi bisa terjadi, yang dibutuhkan justru lebih dari itu: kejujuran. Situasi korban dan komunitas perlu dikembalikan dan diperbaiki. Langkah logis berikut sebagai bukti tanggung jawab pelaku dan masyarakat terhadap korban adalah mengupayakan agar semua hak, kondisi, dan situasi korban bisa kembali seperti sediakala. Banyak pelaku justru tidak memiliki kemampuan, keterampilan, miskin dan tidak mampu untuk memulihkannya secara material. Di sini peran masyarakat luas dan negara dibutuhkan. Dalam kasus pencurian misalnya, seringkali kejahatan dilakukan pelaku untuk menyambung hidup. Kemiskinan dialami pelaku secara implisit menampakkan ketidakmampuan negara menyediakan lapangan kerja, merumuskan kebijakan upah yang berpihak pada buruh, atau tidak adanya jaminan sosial dari negara bagi warga negara miskin. Sementara, korban tidak jarang justru menghendaki pelaku membayar kejahatan yang ia lakukan dengan membantu orang lain yang lebih tidak beruntung.
5. Pelaku berusaha menghindari kejahatan serupa di masa depan.
Sekali seorang pelaku mengakui kejahatan yang ia lakukan, umumnya ia tidak ingin mengulanginya lagi. Ini diperlukan untuk menghentikan kejahatan. Tetapi kadang banyak problem mengitari pelaku sehingga terpaksa melakukan kejahatan. Kemiskinan, gelandangan (tidak memiliki rumah), *broken home*, minuman keras, dan sebagainya bisa menjadi faktor pemicu kejahatan. Ini berarti bantuan nyata dalam menyelesaikan persoalan

ini bisa mempromosikan gaya dan kualitas hidup berbeda dan menghindari kejahatan serupa di masa depan. Keadilan restoratif menekankan usaha bahu membahu dari berbagai sumber daya yang ada untuk mewujudkan tujuan ini dan tidak menimpa sepenuhnya kesalahan ini pada pelaku. Salah satu poin penting dari pendekatan restoratif adalah memotivasi pelaku mengubah hidupnya sendiri. Tidak jarang banyak korban pun mendukung restorasi pelaku guna menghindari kejahatan di masa depan.

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

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



BAB III

REGULASI PENYELESAIAN TINDAK PIDANA OLEH KEPOLISIAN MELALUI MEDIASI PENAL BELUM BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF

A. Penegakan Hukum oleh Kepolisian Republik Indonesia

Perkembangan masyarakat, menuntut kebutuhan kepastian akan hukum.

Peningkatan kebutuhan akan kepastian hukum pada masyarakat ini, menuntut penegak hukum (Polisi, Jaksa, Hakim, termasuk Advokat) serta para pembuat peraturan perundang-undangan untuk profesional dalam menjalankan tugasnya.

Tugas yang dilaksanakan penegak hukum tidak boleh atas kekuasaan, karena sudah ada dasar hukumnya. Kepolisian merupakan bagian dari penegak hukum, memiliki tugas dan wewenang yang diatur oleh undang-undang.

Penegakan hukum adalah tugas pokok polisi sebagai profesi mulia, yang aplikasinya harus berkiprah pada asas legalitas, undang-undang yang berlaku dan hak asasi manusia. Atau dengan kata lain harus bertindak secara profesional dan memegang kode etik secara ketat dan keras, sehingga tidak mudah terjerumus ke dalam spektrum yang dibenci masyarakat.²⁵³

Penegakan hukum yang umumnya diharapkan masyarakat sebagai fungsi polisi adalah penegakan hukum pidana. Polisi bertanggungjawab melaksanakan sebagian dan tugas pemerintah, yaitu menimbulkan rasa aman pada warga masyarakat melalui penegakan hukum pidana khususnya melalui pencegahan kejahatan dan menyelesaikan kejahatan yang terjadi, tetapi dalam usaha menimbulkan rasa aman ini, polisi juga bertugas memelihara ketertiban dan ketentraman. Polri dalam melaksanakan tugasnya dapat dibedakan antara tugas yang bersifat preventif dan tugas yang bersifat refresif.

²⁵³ Kunarto, *Intelejen Polri (Sejarah, Perspektif, Aspek dan Prospeknya)*, Op, Cit, hlm 53.

Tugas bersifat preventif menghindaki kehadiran dan eksistensi polri di tengah masyarakat, sebagai upaya prevensi keberadaan polri dianggap memiliki daya cegah anggota masyarakat melakukan kriminal. Sedangkan tugas bersifat refresif dengan mengadakan penyidikan atas suatu kejahatan dan pelanggaran menurut ketentuan dalam KUHP dan tindak pidana khusus di luar KUHP.²⁵⁴

Dalam penegakan hukum pidana Polri mempunyai tugas berwenang melakukan penyelidikan dan penyidikan.²⁵⁵ Pasal 1 butir 4 KUHAP merumuskan Penyelidik adalah pejabat Polisi Negara Republik Indonesia yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk melaksanakan penyelidikan. Sesuai Pasal 4 KUHAP yang berwenang melaksanakan fungsi penyelidikan adalah setiap pejabat Polisi Negara Republik Indonesia. Selain pejabat Polri, yang lain tidak berwenang melakukan penyelidikan. Penyelidikan merupakan monopoli tunggal Polri.²⁵⁶

Penyelidikan menurut Pasal 1 butir 5 KUHAP adalah serangkaian tindakan penyelidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini. Penyelidikan menurut KUHAP lebih cenderung mendahului tindakan lain. Penyelidikan menurut KUHAP bertujuan untuk:²⁵⁷

1. Mendahului guna mempersiapkan tindakan penyidikan akan dilakukan;
2. Mencegah terjadinya pelanggaran hak warga negara;
3. Mengatasi penggunaan upaya paksa secara dini;
4. Menghindarkan penyidik dari kemungkinan timbul resiko tuntutan hukum karena tindakan penyidik yang dilakukan;
5. Membatasi dan mengawasi pelaksanaan penyelidikan agar dilakukan secara terbuka (Pasal 104 KUHAP).

²⁵⁴ M Yahya Harahap, *Pembahasan, Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Sinar Grafika, Jakarta, 2000, hlm 90.

²⁵⁵ Istilah penyelidikan dan penyidikan dipisahkan artinya oleh KUHAP, walaupun menurut bahasa Indonesia berasal dari kata dasar sidik, diartikan memeriksa, meneliti. Kata sidik diberi sisipan el menjadi selidik, artinya banyak menyidik. Jadi, menyelidik dan menyidik sebenarnya sama artinya, dimana sisipan el hanya memperkeras (banyak) menyidik. Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm 119.

²⁵⁶ *Ibid*, hlm 103.

²⁵⁷ Markas Besar Kepolisian Republik Indonesia, *Himpunan Juklak dan Juknis tentang Proses Penyidikan Tindak Pidana*, Jakarta, 1997, hlm 3.

Penyelidikan dapat dilakukan dengan adanya laporan atau pengaduan, ataupun adanya tersangka yang tertangkap tangan, maupun pengetahuan petugas pelaksana hukum sendiri. Dengan adanya sumber tindakan ini dilakukanlah penyelidikan, untuk menentukan apakah dapat dilakukan penyidikan atau tidak.

Hasil dari penyelidikan bermuara pada dua saluran, yaitu saluran tindakan penyidikan, dan saluran pembelaan diri bagi tersangka/ terdakwa.²⁵⁸ Dengan kedua saluran ini pada akhirnya bermuara pada terwujudnya keadilan, bebas, jujur dan tidak memihak, bahwa lembaga penyelidikan berfungsi sebagai penjaring apakah suatu peristiwa dapat dilakukan penyidikan atau tidak, sehingga kekeliruan yang akan terjadi pada tindakan penyidikan yang sudah bersifat upaya paksa terhadap seseorang dapat dihindarkan sedini mungkin.

Penyidikan berasal dari kata sidik, mempunyai arti : terang, penyidikan artinya membuat terang atau jelas dan bekas (sidik jari), menyidik berarti mencari bekas-bekas, dalam hal ini bekas kejahatan yang berarti setelah bekas terkumpul kejahatan menjadi terang. Bertolak dari kedua kata terang dan bekas dari arti kata sidik, penyidikan artinya membuat terang kejahatan, sehingga dapat diketahui peristiwa pidana dan siapa pelakunya.²⁵⁹

Pasal 1 angka 2 KUHAP menyebutkan : Penyidikan adalah serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini untuk mencari serta mengumpulkan bukti yang dengan bukti itu membuat terang tentang tindak pidana yang terjadi dan guna menemukan tersangkanya. Dari rumusan tersebut dapat dilihat unsur dari tindakan penyidikan, yaitu:²⁶⁰

1. Merupakan serangkaian tindakan;
2. Dilakukan oleh Penyidik;
3. Dalam hal yang diatur dalam KUHAP;

²⁵⁸ Soesilo Yuwono, *Penyelesaian Perkara Pidana Berdasarkan KUHAP*, Alumni, Bandung, 2002, hlm 35.

²⁵⁹ R Soesilo, *Taktik dan Teknik Penyidikan Perkara Kriminal*, Politeia, Bogor, 1999, hlm 17.

²⁶⁰ D P M Sitompul dan Edwar Syahpenong, *Hukum Kepolisian di Indonesia*, Tarsito, Bandung, 2003, hlm 65.

4. Menurut cara yang diatur dalam KUHAP;
5. Untuk mencari dan mengumpulkan bukti dan guna membuat terang suatu tindak pidana dan siapa tersangkanya.

Pasal 1 angka 1 jo Pasal 6 (1) KUHAP merumuskan : Penyidik adalah pejabat Polisi Negara Republik Indonesia atau Pejabat Pegawai Negeri Sipil tertentu yang diberi wewenang khusus oleh undang-undang untuk melakukan penyidikan. Hasil penyidikan merupakan dasar penuntutan. Bahwa tujuan penegakan hukum pidana materil adalah kebenaran selengkapnya dari pada suatu perkara pidana, dengan menetapkan ketentuan hukum acara pidana secara tepat, dengan tujuan mencari siapa pelaku tindak pidana, selanjutnya diadakan pemeriksaan pengadilan guna menentukan kesalahan terdakwa.

Terkait wewenang penyidik, haruslah berpedoman kepada buku petunjuk pelaksanaan tentang proses penyidikan tindak pidana Polri, yang pada Bab III Pasal 8 tentang Pelaksanaan menguraikan perihal penyidikan tindak pidana dilaksanakan setelah diketahui sesuatu peristiwa yang terjadi merupakan tindak pidana dan suatu peristiwa dan/atau tindak pidana dapat diketahui melalui: Laporan; Pengaduan; Informasi masyarakat; Tertangkap tangan.²⁶¹

B. Keadilan Retoratif Dalam Penyelesaian Tindak Pidana Melalui Mediasi Penal

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

²⁶¹ Luhut M P Pangaribuan, *Hukum Acara Pidana Suatu Kompilasi Ketentuan-ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana dan Hukum Internasional Yang Relevan*, Djambatan, Jakarta, 2003, hlm 653.

Setiap masyarakat Indonesia ataupun masyarakat dunia, merasakan suatu sengketa dalam kehidupan tidak boleh dibiarkan begitu saja, harus adanya upaya penyelesaian karena dampak negatif, misalnya memperburuk hubungan pihak bersengketa sehingga mengganggu keharmonisan sosial dalam masyarakat. Penyelesaian sengketa mengacu prinsip kebebasan menguntungkan pihak bersengketa, artinya para pihak lebih leluasa mengkreasi kemungkinan opsi ditawarkan dalam penyelesaian sengketa.²⁶²

Musyawarah mufakat merupakan falsafah masyarakat Indonesia dalam setiap pengambilan keputusan, termasuk dalam penyelesaian sengketa. Musyawarah mufakat sebagai nilai filosofi bangsa diterjemahkan dalam dasar negara, yaitu Pancasila. Dalam sila keempat Pancasila disebutkan, kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan. Prinsip musyawarah mufakat merupakan nilai dasar yang digunakan pihak bersengketa dalam mencari solusi terutama di luar pengadilan. Nilai musyawarah mufakat terdapat dalam sejumlah bentuk penyelesaian seperti mediasi.

Pada sejarah perundang-undangan Indonesia prinsip musyawarah mufakat berujung damai dalam penyelesaian sengketa perdata. Hal ini terlihat dari sejumlah peraturan perundang-undangan sejak masa Kolonial Belanda sampai sekarang masih memuat asas musyawarah damai. Bahkan muncul dorongan kuat memperteguh prinsip damai melalui mediasi dan arbitrase dalam penyelesaian sengketa.²⁶³

Pasal 24 UUD NRI Tahun 1945 menegaskan Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Ketentuan Pasal 24 UUD NRI 1945

²⁶² Syahrizal Abbas, *Op, Cit*, hlm 285.

²⁶³ Mediasi dengan landasan musyawarah menuju kesepakatan damai, mendapat pengaturan tersendiri dalam sejumlah produk hukum Hindia Belanda maupun produk hukum Indonesia merdeka sampai hari ini. Pengaturan alternatif penyelesaian sengketa dalam aturan hukum penting, mengingat Indonesia adalah negara hukum (*rechtstaat*). Dalam negara hukum tindakan lembaga negara dan aparatur negara harus memiliki landasan hukum, karena tindakan negara atau aparatur negara yang tidak ada dasar hukumnya dapat dibatalkan atau batal demi hukum. Mediasi sebagai institusi penyelesaian sengketa dapat dilakukan oleh hakim (aparatur negara) di pengadilan atau pihak lain di luar pengadilan, sehingga keberadaannya memerlukan aturan hukum. *Ibid*, hlm 287

mengisyaratkan bahwa penyelesaian sengketa yang terjadi dikalangan masyarakat dilakukan melalui jalur pengadilan (*litigasi*).

Sistem Hukum Indonesia juga membuka peluang menyelesaikan sengketa di luar jalur pengadilan (*non litigasi*). Green menyebutkan dua model penyelesaian sengketa ini dengan metode sengketa dalam bentuk formal dan informal.²⁶⁴ Dalam peradilan di Indonesia, proses penyelesaian sengketa menganut asas sederhana, cepat dan biaya ringan.²⁶⁵

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

Menghadapi tantangan begitu berat, sistem hukum Indonesia sebenarnya memiliki aturan hukum yang dapat digunakan menyelesaikan sengketa secara cepat baik di lingkungan maupun di luar pengadilan. Di lingkungan peradilan dapat ditempuh jalur damai melalui mediasi, dimana hakim terlibat mendamaikan para pihak bersengketa. Di luar pengadilan ditempuh jalur arbitrase, mediasi, atau negosiasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa. Ketentuan yang menegaskan mediasi terdapat dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase

²⁶⁴ *Ibid*, hlm 292.

²⁶⁵ Ketentuan ini diatur dalam Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 dan diubah dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 demikian telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Asas ini berlaku pada lembaga pemegang kekuasaan kehakiman yang terdiri atas Mahkamah Agung dan badan-badan peradilan di bawahnya.

dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2000 tentang Lembaga Penyedia Jasa Pelayanan Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan, dan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 membawa angin baru bagi para pihak yang ingin menyelesaikan sengketa di luar Pengadilan. Penyelesaian sengketa di luar pengadilan menganut prinsip sama-sama menguntungkan, berbeda penyelesaian sengketa di pengadilan dimana prinsip yang dianut menang-kalah. Undang-undang ini memberikan dorongan kepada pihak bersengketa agar menunjukkan itikad baik, karena tanpa itikad baik apa pun yang diputuskan di luar pengadilan tidak akan dapat dilaksanakan.

Ketentuan mediasi di pengadilan pada mulanya diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 02 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Kemudian Mahkamah Agung menyempurnakan dengan mengeluarkan PERMA Nomor 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Peraturan Mahkamah Agung menempatkan mediasi sebagai bagian dari proses penyelesaian perkara yang diajukan para pihak ke pengadilan. Hakim tidak secara langsung menyelesaikan sengketa melalui proses peradilan (*litigasi*), harus terlebih dahulu diupayakan mediasi (*nonlitigasi*). Mediasi menjadi suatu kewajiban yang harus ditempuh hakim dalam memutus perkara di pengadilan.

Apabila melihat dalam kenyataan, tidak selamanya yang diatur dalam teori sama dengan praktik, adakalanya praktik berbeda dengan teori. Dalam perkara pidana, bahwa dalam perkara pidana tidak dikenal perdamaian atau dalam hukum pidana dan hukum acara pidana tidak mengatur tentang perdamaian. Demikian

juga Hakim tidak diwajibkan mendamaikan para pihak pada sidang pengadilan bahkan tidak boleh menawarkan perdamaian, sehingga dalam perkara pidana tidak mungkin dilakukan perdamaian dalam sidang untuk menghentikan penuntutan dalam perkara tindak pidana. Walaupun demikian dalam praktek pihak tersangka/terdakwa dan korban sering melakukan perdamaian di luar sidang.

Perdamaian adalah suatu perjanjian dengan mana kedua belah pihak, dengan menyerahkan, atau menahan suatu barang, mengakhiri suatu perkara yang sedang bergantung atau mencegah timbulnya suatu perkara.²⁶⁶ Dalam perjanjian perdamaian kedua belah pihak saling melepaskan sebahagian tuntutan demi mengakhiri suatu perkara yang sedang berlangsung atau untuk mencegah timbulnya suatu perkara. Perdamaian dilakukan adalah atas dasar kesadaran atau sukarela kedua belah pihak yang mengadakan perdamaian, perdamaian dilakukan secara tertulis dengan ditandatangani oleh kedua belah pihak.

Perdamaian dalam perkara pidana adalah suatu perjanjian antara kedua belah pihak (pelaku dan korban), bertujuan untuk menghindarkan permusuhan dan digunakan sebagai alasan meringankan hukuman bagi pelaku (terdakwa). Perdamaian adalah suatu perjanjian bertimbali-balik (bilateral), karena perdamaian merupakan perjanjian, maka sudah tentu mempunyai subjek sebagai pelaksana dari perjanjian.²⁶⁷ Perjanjian timbal balik disebabkan adanya hubungan hukum antara dua orang atau lebih yang mengikatkan dirinya. Masing-masing akan menduduki tempat berbeda, satu orang sebagai pihak pelaku (si tersalah) dan pihak lain sebagai pihak si korban (yang terkena dengan tindak pidana tersebut).

²⁶⁶ R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1999, hlm 177.

²⁶⁷ Pihak ini disebut satu orang menjadi pihak kreditur dan yang seorang lagi sebagai pihak debitur. M. Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 2006, hlm 15.

Jika dikaitkan perkara tindak pidana, pihak pelaku sebagai debitur, korban sebagai pihak kreditur. Tetapi kedua belah pihak (kreditur dan debitur) dapat diwakili keluarganya. Subjek perjanjian perdamaian tindak pidana, yakni pelaku dan korban. Karena perjanjian perdamaian hanya mengikat para pihak, maka dalam tindak pidana, perjanjian perdamaian sifatnya hanya akta di bawah tangan, dimana penyidik tetap dapat melakukan penyidikan perkara dan meneruskan perkaranya kepada Jaksa Penuntut Umum dan sampai ke pengadilan guna mendapat putusan Hakim yang berkekuatan hukum tetap.

Hal ini dapat dimaklumi karena perjanjian perdamaian dalam perkara pidana tidaklah mengikat bagi Penyidik, Penuntut Umum dan Hakim. Karena KUHP dan KUHAP tidak ada mengatur tentang perjanjian perdamaian. Hanya saja didalam praktek para pihak sering melakukan perdamaian di luar sidang.

Kepolisian memiliki kewenangan yang luas untuk menjalankan tugas sesuai Undang-Undang Kepolisian dan Kode Etik Kepolisian. Dalam menjalankan tugas memiliki kewenangan memutuskan sesuatu tindakan tidak hanya berdasarkan ketentuan peraturan, undang-undang atau hukum yang berlaku tetapi atas dasar kebijaksanaan, pertimbangan atau keadilan menurut penilaian sendiri yang dikenal diskresi kepolisian.

Kepolisian dalam melaksanakan tugas harus selalu berpedoman pada hukum dan mengenakan sanksi kepada pelanggarnya, Kepolisian juga dimungkinkan melakukan tindakan pembebasan seseorang pelanggar dari proses hukum, sesuai kewenangan diskresi yang tertuang pada Pasal 18 ayat (1) dan (2) Undang- Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, yaitu kepentingan umum pejabat kepolisian dalam melaksanakan tugas dan

wewenangnya dapat bertindak menurut penilaianya sendiri. Pelaksanaan hanya dapat dilakukan dalam keadaan sangat perlu dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan serta kode etik profesi.

Pelaksanaan diskresi pada penyidikan mempunyai pola dan bentuk tersendiri dipengaruhi oleh perkara, keadaan sosial, ekonomi, budaya setempat, situasi dan kondisi maupun keadaan pelaku maupun korban. Penerapan kewenangan diskresi kepolisian secara implisit diatur dalam Surat Kapolri No B/3022/XII/2009/Sdeops pada tanggal 14 Desember 2009 tentang Penanganan Perkara Melalui *Alternative Dispute Resolution*, mengatur hal pokok antara lain :

1. Mengupayakan penanganan kasus pidana yang mempunyai kerugian materi kecil, penyelesaiannya dapat diarahkan melalui konsep ADR.
2. Penyelesaian kasus pidana dengan menggunakan ADR harus disepakati pihak berperkara namun apabila tidak terdapat kesepakatan baru diselesaikan sesuai dengan prosedur hukum berlaku secara profesional dan proporsional.
3. Penyelesaian kasus pidana menggunakan ADR harus berprinsip musyawarah mufakat, diketahui masyarakat sekitar dengan menyertakan RT RW setempat.
4. Penyelesaian kasus pidana dengan menggunakan ADR harus menghormati norma hukum sosial/adat serta memenuhi asas keadilan.
5. Memberdayakan anggota Polmas dan memerankan FKPM di wilayah masing-masing untuk mengidentifikasi kasus pidana yang mempunyai kerugian materiil kecil dan memungkinkan diselesaikan melalui konsep ADR.
6. Untuk kasus yang telah diselesaikan melalui konsep ADR agar tidak lagi disentuh tindakan hukum lain yang kontra produktif dengan tujuan Polmas.

Lahirnya Surat Kapolri Nopol B/3022/XII/2009/Sdeops tentang Penanganan Perkara Melalui *Alternative Dispute Resolution* (ADR), maka Polisi telah memiliki landasan hukum melakukan penyelesaian kasus pidana dengan melakukan upaya non penal melalui mediasi penal sebagai perwujudan konsep *restorative justice*.

Polisi dituntut memiliki kemampuan memilah-milah kasus, mana yang dapat dilakukan mediasi dan mana yang harus dilanjutkan ke Kejaksaan. Beberapa kategorisasi tolok ukur dan ruang lingkup perkara yang dapat diselesaikan di luar pengadilan melalui mediasi penal yaitu :²⁶⁸

1. Pelanggaran hukum pidana memiliki pidana denda sebagai ancaman pidana dan pelanggar telah membayar denda tersebut (Pasal 80 KUHP).
2. Pelanggaran hukum pidana termasuk kategori pelanggaran, bukan kejahatan yang hanya diancam dengan pidana denda.
3. Pelanggaran hukum pidana termasuk tindak pidana di bidang hukum administrasi yang menempatkan sangsi pidana sebagai *ultimum remedium*.
4. Pelanggaran hukum pidana termasuk kategori ringan/serba ringan dan aparat penegak hukum menggunakan wewenang melakukan diskresi.
5. Pelanggaran hukum pidana biasa yang dihentikan atau tidak diproses ke pengadilan (*deponir*) oleh Jaksa Agung sesuai wewenang dimilikinya.
6. Pelanggaran hukum pidana termasuk pelanggaran hukum pidana adat yang diselesaikan melalui lembaga adat.

Meskipun Indonesia tidak mengakui mediasi dalam sistem peradilan pidana, akan tetapi dalam praktek perkara pidana diselesaikan melalui mediasi, yaitu mediasi penal dengan dasar hukum sebagai berikut :

1. Surat Kapolri No Pol:B/3022/XII/200S/SDEOPS tanggal 14 Desember 2009 Tentang Penanganan Kasus Melalui *Alternatif Dispute Resolution* (ADR);
2. Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2008 Tentang Pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat dalam Penyelenggaraan Tugas Polri;

²⁶⁸ Mudzakkir, *Allternative Dipute Resolution, Penyelesaian Perkara Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Makalah Workshop, Jakarta 18 Januari 2007.

3. Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2012 tentang Penyesuaian Batas Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda dalam KUHP.

Kebijakan menetapkan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian, yang merupakan bagian proses peradilan pidana sangat dibutuhkan, sehingga mediasi penal dapat menjadi sarana penyelesaian perkara pidana yang sah dan hasil kesepakatannya bersifat mengikat terhadap para pihak, aparat penegak hukum, dan masyarakat sehingga tindak pidana yang diselesaikan melalui mediasi penal menghapuskan kewenangan untuk menuntut.

Dengan mediasi penal diharakan memberikan rasa keadilan bagi pihak berkonflik dan kepuasan dalam penyelesaian sebuah kasus pidana, sesuai karakteristik model mediasi penal dikemukakan Muladi, bahwa *restorative justice model* mempunyai beberapa karakteristik yaitu :²⁶⁹

1. Kejahatan dirumuskan sebagai pelanggaran seorang terhadap orang lain dan diakui sebagai konflik;
2. Titik perhatian pada pemecahan masalah pertanggungjawaban dan kewajiban pada masa depan;
3. Sifat normatif dibangun atas dasar dialog dan negosiasi;
4. Restitusi sebagai sarana perbaikan para pihak, rekonsiliasi dan restorasi sebagai tujuan utama;
5. Keadilan dirumuskan sebagai hubungan hak, dinilai atas dasar hasil;
6. Sasaran perhatian pada perbaikan kerugian sosial;
7. Masyarakat merupakan fasilitator di dalam proses restoratif;
8. Peran korban dan pelaku diakui, baik dalam masalah maupun penyelesaian hak dan kebutuhan korban. Pelaku didorong untuk bertanggung jawab;
9. Pertanggungjawaban pelaku dirumuskan sebagai dampak pemahaman terhadap perbuatan dan untuk membantu memutuskan yang terbaik;
10. Tindak pidana dipahami dalam konteks menyeluruh, moral, sosial dan ekonomis; dan
11. Stigma dapat dihapus melalui tindakan restoratif.

Keadilan restoratif dilihat sebagai perangkat ide yang ingin melampaui penegakan keadilan konvensional. Ia menantang memikirkan kejadian, korban,

²⁶⁹ Setio Utomo, *Sistem Pemidanaan Dalam Hukum Pidana yang Berbasis Restorative Justice*, Makalah, 2012, hlm 19.

dan reaksi terhadap pelaku secara baru. Liebmann merumuskan tujuan keadilan restoratif yakni: *Restorative justice aims to restore the well-being of victims, offenders and communities damaged by crime, and to prevent further offending.*²⁷⁰ Untuk mewujudkan tujuan dengan mengupayakan mediasi antara korban dan pelaku, yang melibatkan keluarga dan masyarakat luas, dan menumbuhkan kesadaran dan tanggung jawab pelaku dan korban.

Semangat utama keadilan restoratif adalah tidak terutama untuk mengadili dan menghukum pelaku melainkan guna mereparasi dan merestorasi korban dan pelaku. Maka nilai keadilan restoratif terletak pada dialog (*dialogue*), kesepahaman (*mutuality*), penyembuhan (*healing*), perbaikan (*repair*), penyesalan dan tobat (*repentance*), tanggung jawab (*responsibility*), kejujuran (*honesty*), dan ketulusan (*sincerity*).²⁷¹

Nilai pendekatan keadilan restoratif membedakan keadilan restoratif dari sistem pengadilan atau keadilan kriminal konvensional. Howard Zehr membuat perbedaan yang dirangkum dalam tabel berikut.²⁷²

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

²⁷⁰ Marian Liebmann, *Op. Cit*, hlm 25.

²⁷¹ *Ibid*, hlm 31.

²⁷² Howard Zehr, *Op. Cit*, hlm 211. Lihat juga Marian Liebmann, *Op. Cit*, hlm 32.

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

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

Dari sisi hasil dan tujuan ingin dicapai, kedua pendekatan ini menunjukan tendensi berbeda. Hasil ingin dicapai keadilan restoratif adalah kesatuan dalam pertemuan, perkembangan, reintegrasi, dan kebenaran secara menyeluruh. Berbeda dari tendensi ingin dicapai dalam keadilan retributif yakni separasi

(pemisahan), kesalahan dan kejahatan (*harm*), pengasingan (*ostracism*), dan kebenaran legal (*legal truth*).

Keadilan restoratif bertujuan mencapai keseimbangan antara berbagai kutub berbeda yakni antara model terapeutik dan retributif, antara hak korban dan hak pelaku, antara perlunya merehabilitasi pelaku dan kewajiban untuk melindungi publik. Tetapi hasil ini hanya bisa dicapai bila fasilitator atau mediator berperan secara tidak memihak, cakap dan terampil, kedua belah pihak menerima tanggung jawab, putusan yang dicapai merupakan pilihan yang realistik dan rasional, tidak ada tekanan dan pemaksaan, pengakuan bahwa semua pihak yang terlibat sama pentingnya, semua pihak terlibat secara aktif, proses komunikasi dan dialog yang konstruktif, saling percaya, dan solusi yang diambil merupakan kesepakatan bersama dan bukan atas dasar pemaksaan pihak-pihak tertentu. Marian Liebmann menguraikan prinsip keadilan restoratif sebagai berikut :

1. Dukungan dan pemulihan korban menjadi prioritas.

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

Pelaku kejahatan atau orang yang dianggap bersalah diincar, ditangkap, diborgol, dilumpuhkan, didakwa, dihukum, dipenjara, bahkan juga dihukum mati. Agen atau institusi yang terlibat dalam proses ini hanyalah polisi, jaksa, hakim, staf penjara, atau para eksekutor. Meskipun kepentingan korban dengan demikian dibela, alokasi perhatian dan penetapan orientasi dan tujuan hukum ke depan belumlah seimbang.²⁷³

²⁷³ Marian Liebmann, *Op. Cit*, hlm 26.

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

2. Pelaku bertanggungjawab atas apa yang telah ia lakukan.

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

3. Dialog untuk mencapai kesepahaman.

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

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

4. Adanya upaya menempatkan kejahatan pada posisi yang sebenarnya.

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

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

5. Pelaku berusaha untuk menghindari kejahatan serupa di masa depan.

Sekali seorang pelaku mengakui kejahatan yang ia lakukan, umumnya ia tidak ingin mengulanginya, dan ini diperlukan untuk menghentikan kejahatan. Banyak problem yang mengitari pelaku sehingga ia terpaksa melakukan kejahatan. Kemiskinan, gelandangan (tidak memiliki rumah), *broken home*, minuman keras, dan sebagainya bisa menjadi faktor pemicu kejahatan.

Bahwa bantuan nyata menyelesaikan persoalan ini bisa mempromosikan gaya dan kualitas hidup yang berbeda dan menghindari kejahatan serupa di masa depan. Keadilan restoratif menekankan usaha bahu membahu dari

berbagai sumber daya mewujudkan tujuan dan tidak menimpakan sepenuhnya kesalahan pada pelaku. Pendekatan restoratif memotivasi pelaku mengubah hidupnya sendiri. Tidak jarang banyak korban pun mendukung restorasi pelaku guna menghindari kejahatan di masa depan.

6. Komunitas mengintegrasikan baik korban maupun pelaku dalam masyarakat.

Pelaku perlu diintegrasikan ke dalam masyarakat, terutama setelah hukuman penjara. Yang dibutuhkan pelaku adalah akomodasi, pekerjaan, dan relasi yang positif sebagai anggota komunitas dan masyarakat. Di sisi lain, korban perlu diintegrasikan ke dalam komunitas dan masyarakat. Ia tidak perlu disingkirkan karena kejahatan dialaminya. Ini merupakan salah satu tujuan pokok dukungan terhadap korban.

Mediasi penal merupakan salah satu bentuk dari pelaksanaan *restorative justice*, yaitu konsep yang memandang kejahatan secara lebih luas. Konsep ini memandang kejahatan atau tindak pidana bukan hanya sekadar urusan pelaku dengan negara yang mewakili korban, dan meninggalkan proses penyelesaian hanya kepada pelaku dan negara (Jaksa Penuntut Umum).

Restorative justice menuntut proses peradilan pidana memberikan pemenuhan kepentingan korban sebagai pihak dirugikan akibat perbuatan pelaku. Sehingga diperlukan pergeseran paradigma menempatkan mediasi penal sebagai bagian dari sistem peradilan pidana.

Mengingat secara etik, tren ini bersandar pada asas pertanggungjawaban individu, dalam hukum pidana substantif, dengan mengacu pengambilan pertanggungjawaban pelaku terhadap sanksi pidana, dalam hukum pelaksanaan sanksi. Metode alternatif resolusi kesepakatan ini juga memberikan lebih besar kepentingan korban dan membuat ruang bagi manajemen konflik rasional. Mengingat pandangan etik pula sebuah reaksi terhadap sebuah tindak pidana adalah sebuah kejahanan tersendiri, tapi tidak diperlukan timbulnya kerugian atau luka baru terhadap pelaku tindak

pidana.²⁷⁴

Ide yang mendasari mediasi penal adalah menyatukan pihak-pihak yang menginginkan untuk merekonstruksi model peradilan pidana yang sangat panjang dengan model resolusi, yang akan memperkuat posisi korban dan mencari alternatif pidana, serta mencari cara untuk mengurangi kerugian dan beban berat pada sistem peradilan pidana mengingat sistem ini lebih efektif dan efisien.²⁷⁵

Mediasi pidana yang dikembangkan itu bertolak dari ide dan prinsip kerja (*working principles*) sebagai berikut:²⁷⁶

1. Penanganan konflik (*Conflict Handling/Konfliktbearbeitung*)

Tugas mediator adalah membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide, bahwa kejahatan telah menimbulkan konflik interpersonal. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi.

2. 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 sehingga mediasi penal dapat dikatakan menyelesaikan perkara secara menyeluruh.

3. Proses informal (*Informal Proceeding-Informalität*):

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

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

Para pihak (pelaku dan korban) tidak dilihat sebagai objek dari prosedur hukum pidana, tetapi sebagai subjek yang mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan berbuat. Mereka diharapkan berbuat atas kehendak sendiri, dengan sukarela menyelesaikan perkara pidananya.

Dalam *Explanatory Memorandum* dari Rekomendasi Dewan Eropa tentang

²⁷⁴ Dieter Rössner, *Mediation as a Basic Element of CrimeControl: Theoretical and Empirical Comments*, www.buffalo university journal.

²⁷⁵ Recommendation Nomor R (99) 19. (*the Committee of Ministers of the Council of Europe*) 15 September 1999.

²⁷⁶ Stefanie Tränkle, *The Tension between Judicial Control and Autonomy in Victim-Offender Mediation a Microsociological Study of a Paradoxical Procedure Based on Examples of the Mediation Process in Germany and France*, http://www.iuscrim.mpg.de/oresch/krim/traenkle_e.html.

Mediation in Penal Matters, beberapa model mediasi penal, yaitu:²⁷⁷

1. Model *informal mediation*

Model ini dilaksanakan oleh personil peradilan pidana (*criminal justice personnel*) dalam tugas normalnya, yaitu dapat dilakukan oleh JPU (Jaksa Penuntut Umum) dengan mengundang para pihak untuk melakukan penyelesaian informal dengan tujuan tidak melanjutkan penuntutan apabila tercapai kesepakatan. Mediator dapat dilakukan oleh pekerja sosial atau pejabat pengawas (*probation officer*) atau pejabat polisi atau Hakim. Jenis intervensi informal ini sudah biasa dalam seluruh sistem hukum.

2. Model *Traditional village or tribal moots*

Menurut model ini seluruh masyarakat bertemu untuk memecahkan konflik pidana di antara warganya. Model ini ada di beberapa negara yang kurang maju dan di wilayah pedesaan/pedalaman. Model ini lebih memilih keuntungan bagi masyarakat luas. Model ini mendahului hukum barat dan telah memberi inspirasi bagi kebanyakan program-program mediasi modern. Program mediasi modern sering mencoba memperkenalkan berbagai keuntungan dari pertemuan suku (*tribal moots*) dalam bentuk yang disesuaikan dengan struktur masyarakat modern dan hak-hak individu yang diakui menurut hukum.

3. Model *victim-offender mediation*

Mediasi antara korban dan pelaku merupakan model yang paling sering ada dalam pikiran orang. Model ini melibatkan berbagai pihak yang bertemu dengan dihadiri oleh mediator yang ditunjuk. Banyak variasi dari model ini. Mediatorya dapat berasal dari pejabat formal, mediator independen, atau kombinasi. Mediasi ini dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik pada tahap pemeriksaan di kepolisian, tahap penuntutan, tahap pemidanaan atau setelah pemidanaan. Model ini ada yang diterapkan untuk semua tipe pelaku tindak pidana, ada yang khusus untuk pelaku anak, ada yang untuk tipe tindak pidana tertentu (misal pengutilan, perampukan dan tindak kekerasan). Ada yang terutama ditujukan pada pelaku anak, pelaku pemula, namun ada juga untuk delik-delik berat dan bahkan untuk residivis.

4. Model *Reparation negotiation programmes*

Model ini semata-mata untuk menaksir/menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayar oleh pelaku tindak pidana kepada korban, biasanya pada saat pemeriksaan di pengadilan. Program ini tidak berhubungan dengan rekonsiliasi antara para pihak, tetapi hanya berkaitan dengan perencanaan perbaikan materiel. Dalam model ini pelaku tindak pidana dapat dikenakan program kerja agar dapat menyimpan uang untuk membayar ganti rugi/kompensasi.

5. Model *Community panels or courts*

Model ini merupakan program untuk membelokkan kasus pidana dari penuntutan atau peradilan pada prosedur masyarakat yang lebih fleksibel dan informal dan sering melibatkan unsur mediasi atau negosiasi.

6. Model *Family and community group conferences*

²⁷⁷ Barda Nawawi Arief, *Makalah Aspek Kebijakan Mediasi Penal Dalam Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Materi Perkuliahan Program Doktoral.

Model ini telah dikembangkan di Australia dan New Zealand, yang melibatkan partisipasi masyarakat dalam Sistem Peradilan Pidana. tidak hanya melibatkan korban dan pelaku tindak pidana, juga keluarga dan warga masyarakat lain, pejabat tertentu (polisi dan hakim anak) dan para pendukung korban. Pelaku dan keluarganya diharapkan menghasilkan kesepakatan komprehensif dan memuaskan korban serta dapat membantu menjaga si pelaku keluar dari kesusahan/persoalan berikutnya.

Dalam *restorative justice* keberadaan dan kedudukan korban diakui dan dilibatkan dalam proses yang akan memberikan hasil berupa pemulihan atau perbaikan kerugian yang diderita akibat perbuatan pelaku, dilakukan melalui mediasi penal. *Restorative justice* adalah konsep penyelesaian masalah kejadian secara lebih menyeluruh, hal ini dapat dilihat dari program penyelesaian perkara pidana berdasarkan konsep *restorative justice* yang berupa:²⁷⁸

1. *Victim offender reconciliation/mediation programs use trained mediators to bring victims and their offenders together in order to discuss the crime, its aftermath, and the steps needed to make things right* (Program rekonsiliasi/mediasi korban dan pelaku dengan menggunakan mediator yang terlatih untuk bersama-sama korban dan pelaku melakukan diskusi tentang kejadian yang menimpanya, dan kejadian setelahnya (akibat kejadian) serta tahap-tahap yang diperlukan untuk memulihkan keadaan).
2. *Conferencing programs are similar to victim-offender reconciliation/mediation, but differ in that they involve not only the offender and victim, but also their family members and community representatives.* (Program Konferensi adalah sama dengan rekonsiliasi/mediasi antara korban - pelaku, tetapi bedanya yang terlibat di sini bukan hanya pelaku dan korban akan tetapi para anggota keluarga mereka dan perwakilan masyarakat).
3. *Victim offender panels bring together groups of unrelated victims and offenders, linked by a common kind of crime but not by the particular crimes that have involved the others.* (Panel Korban- Pelaku bersama-sama dengan kelompok yang tidak ada hubungan dengan korban dan pelaku, dihubungkan rasa yang sama terhadap kejadian tetapi tidak pada kejadian yang melibatkan mereka).
4. *Victim assistance programs provide services to crime victims as they recover from the crime and proceed through the criminal justice process.* (Program bantuan korban menyediakan pelayanan kepada korban kejadian sampai mereka pulih dari akibat kejadian dan dihasilkan melalui proses peradilan pidana).
5. *Prisoner assistance programs provide services to offenders while they are in prison and on their release.* (Program bantuan Terpidana menyediakan

²⁷⁸ Ibid.

jasa layanan kepada para terpidana selama mereka di penjara dan pada saat pembebasan mereka.)

6. *Community crime prevention programs reduce crime by addressing its underlying causes.* (Program pencegahan kejahatan oleh masyarakat mengurangi kejahatan dengan menitikberatkan pada penyebabnya).

C. Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Belum Berbasis Nilai Keadilan

Penegakan hukum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, terdiri dari Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan, Pengacara dan Lembaga Pemasyarakatan. Kepolisian berhadapan langsung dengan masyarakat, dan di dalamnya banyak keterlibatan dalam pengambilan keputusan.

Penegakan hukum merupakan indikator negara hukum,²⁷⁹ segala tindakan harus didasarkan atas hukum atau peraturan perundang-undangan.²⁸⁰ Penegakan hukum konsisten akan memberikan rasa aman, keadilan dan kepastian.²⁸¹ Pada upaya penegakan hukum, penegak hukum dituntut melaksanakan tugas sesuai amanah peraturan perundang-undangan, yang mengarah pada putusan dengan substansi berupa keadilan bagi para pihak.²⁸²

Penegakan hukum merupakan upaya penegakan norma hukum yang nyata sebagai kode perilaku berkenaan lalu lintas hukum dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara, diharapkan mendorong kreativitas dan peran aktif dalam membangun masyarakat negara, khususnya dalam menjamin kemerdekaan hak asasi manusia karena merupakan hak-hak dasar yang kodrat, yang melekat pada diri manusia dan alam semesta.²⁸³

²⁷⁹ Alvi Syahri, *Law Enforcement against Policies Who Breached the Code of Conduct*, Jurnal Daulat Hukum, Volume 3 Nomor 3, September 2020, url: <http://jurnal.unissula.ac.id/index..>

²⁸⁰ Achmad Sulchan, *Kemahiran Litigasi Hukum Pidana*, Unissula Press, Semarang, 2018, hlm. 4.

²⁸¹ Anggrin Gayuh Praptiwi dan Lathifah Hanim, *Effectiveness And Role Of The Food Duty Unit Of Police Region Of Central Java In Law Enforcement In The Field Of Food In The Regional Law Of POLDA Central Java*, Jurnal Daulat Hukum, Volume 2 Nomor 3 September 2019, url: <http://jurnal.unissula.ac.id/index.php/RH/article/view/5669/3416>.

²⁸² Iwan Setiyadi dan Sri Kusriyah, *Law Enforcement Process Analysis By Agencies Of Provos Indonesian National Police (Inp) On Discipline Violation In The Form Of Crime By Police Members (Case Study In National Police Headquarter)*, Jurnal Daulat Hukum, Volume 2 Nomor 2 Juni 2019, url: <http://jurnal.unis sula.ac.id/index.php/RH/article/view/5424/3345>.

²⁸³ Tasmo dan Rahmat Bowo Suharto, *The Legal Consequence Of The Judge Decision In The Case Of Children Criminal Justice Which Do Not Based On Society Research From Society*

Fungsi penegakan hukum diharapkan dapat mencegah orang (melakukan tindak pidana).²⁸⁴ Bambang Poernomo menyatakan bahwa penegakan hukum yang ada di masyarakat modern tidak hanya diartikan dalam arti sempit, tetapi juga dalam arti luas, seperti di Indonesia penegakan hukum dikaitkan dengan unsur manusia dan lingkungan sosialnya.²⁸⁵

Polisi pada hakikatnya sebagai hukum yang hidup, karena di tangan polisi hukum mengalami perwujudannya, terutama bidang pidana yang bertujuan menciptakan ketertiban dalam masyarakat dengan melawan kejahatan, dan Polisi mempunyai tugas menertibkan kekacauan di dalam masyarakat, dan menegakkan hukum secara konkret, sehingga Polisi disebut sebagai penegak ketertiban. Hal disebutkan dalam ketentuan Pasal 13 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002, bahwa ada 3 (tiga) tugas pokok Polri, yaitu:

1. Memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat;
2. Menegakkan hukum;
3. Memberikan perlindungan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat.

Tugas Polri dalam mewujudkan penegakan hukum guna terpeliharanya kamtibmas, pada hakikatnya dapat dilihat sebagai hukum yang hidup (*living law*), karena di tangan Polri, hukum menjadi konkret atau mengalami perwujudannya di masyarakat. Pada posisi ini, Polri diharapkan dapat berbuat banyak berperan dalam penegakan hukum (*law enforcement*) dari masyarakat yang dilayaniinya.²⁸⁶

*Supervisor (Studies on Settlement Case of Children Crime In State Court of Cirebon), Jurnal Daulat Hukum Volume 2 Nomor 4 Tahun 2019, url: [²⁸⁴ Dany Andhika Karya Gita, Amin Purnawan dan Djauhari, *Kewenangan Kepolisian Dalam Menangani Tindak Pidana Pertambangan \(Illegal Mining\) Menurut Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 \(Studi Di Kepolisian Negara Indonesia\)*, Jurnal Daulat Hukum, Volume Nomor. 1, Maret 2018, url: \[²⁸⁵ Muhammad Dani Hamzah, *Penegakan Hukum Pada Kasus Tindak Pidana Kecelakaan Lalu Lintas Yang Menyebabkan Hilangnya Nyawa Orang*, Jurnal Daulat Hukum Volume 1 Nomor 1 Tahun 2018, url: \\[²⁸⁶ I Ketut Adi Purnama, *Op, Cit*, hlm 61.\\]\\(http://jurnal.unissula.ac.id/index.php/RH/article/view/2563/1920.</p>
</div>
<div data-bbox=\\)\]\(http://jurnal.unissula.ac.id/index.php/RH/article/view/2561/1918.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://jurnal.unissula.ac.id/index.php/RH/article/view/8362/3900.</i></p>
</div>
<div data-bbox=)*

Penegakan hukum merupakan suatu usaha mengekspresikan citra moral yang terkandung di dalam hukum. Kepolisian selain sebagai penegak hukum, juga mempunyai tugas memelihara kamtibmas, memberikan pertimbangan, pengayoman dan pelayanan kepada masyarakat. Sebagai aparat penegak hukum dalam melaksanakan tugasnya, Kepolisian dituntut menanamkan rasa kepercayaan kepada masyarakat, karena menegakkan wibawa hukum pada hakikatnya berarti menanamkan nilai kepercayaan dalam masyarakat. Kepolisian juga dituntut bekerja secara profesional dalam menegakkan hukum dan keadilan, dalam artian tidak tebang pilih dalam melaksanakan tugas-tugasnya.

Fungsi polisi sebagai penegak hukum, serta pelayan, pelindung dan pengayom masyarakat, berarti juga berfungi melindungi harkat dan martabat manusia, memelihara ketertiban masyarakat dan menangani kejahatan baik dalam bentuk tindakan terhadap pelaku kejahatan maupun upaya pencegahan kejahatan, dengan tujuan warga masyarakat dapat hidup dan bekerja maupun melaksanakan aktivitasnya dalam keadaan aman dan tenram. Masyarakat mengharapkan adanya Polisi yang dekat dengan masyarakatnya, yang berubah dari Polisi yang awalnya dianggap antagonis menjadi Polisi yang protagonis.

Selama ini, masyarakat masih ada yang menganggap Polisi adalah musuh masyarakat. Terdapat oknum polisi bersikap arogan dan kasar, bahkan bertindak sewenang-wenang, hal itu mencoreng nama Kepolisian. Masyarakat merasakan ketakutan dan merasa terdapat batas untuk berinteraksi dengan Polisi.

Polisi sebagai penegak hukum sekaligus sebagai pelayanan, pengayom dan pelindung masyarakat, menempatkan Polisi tidak hanya bertanggungjawab kepada hukum. Polisi dalam menjalankan tugas operasionalnya terikat pada peraturan perundangan-undangan, doktrin dan asas-asas hukum yang berlaku (khususnya hukum pidana). Pada saat yang bersamaan Polisi juga harus

bertanggungjawab kepada masyarakat, yang mengharapkan profesionalisme Polisi mengungkap kejahatan dalam mewujudkan kamtibmas.²⁸⁷

Bawa kejahatan atau tindak pidana merupakan faktor potensial mengganggu terwujudnya kamtibmas, dan merupakan masalah sosial kompleks. Tindak pidana merupakan perbuatan atau tindakan yang diancam dengan undang- undang, bertentangan undang-undang dan dilakukan oleh orang yang mampu bertanggungjawab.²⁸⁸

Perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi menjadi penyebab berkembangnya kejahatan/tindak pidana dan meningkatnya angka kriminalitas dengan cara-cara dan modus yang semakin canggih, sehingga di sini dapat diketahui bahwa kejahatan tidak terlepas dari lingkungan masyarakatnya.

Perubahan dan kecanggihan tindak kejahatan berjalan seiring kemampuan mengatasi kejahatan tersebut, baik secara represif, preventif, maupun kuratif, yaitu pencegahan dan kejahatan itu sendiri. Kemampuan untuk mencegah dan mengatasinya juga merupakan cermin dari lingkungan masyarakatnya. Banyak metode, teknik dan cara lama disempurnakan.

Masyarakat dan Polisi merupakan dua kegiatan yang tidak bisa dipisahkan, oleh karena apabila dipisahkan maka proses-proses dalam masyarakat tidak akan berjalan dengan lancar dan produktif. Perilaku polisi adalah wajah hukum sehari-hari. Polisi merupakan ujung penegakan hukum, berarti Polisi secara langsung berhadapan dengan masyarakat, dan khususnya, pelanggar hukum dalam usaha

²⁸⁷ Satjipto Rahardjo, *Polisi Sipil dalam Perubahan Sosial di Indonesia*, Buku Kompas, Jakarta, 2002, hlm. 25.

²⁸⁸ Zulfikar Hanafi Bahri, *Consideration of Semarang District Court Judge's Decision in Case Dropped Because The Crime of Defense of Emergency*, Jurnal Daulat Hukum Volume 1 Nomor 2 Tahun 2018, url: <http://jurnal.unissula.ac.id/index.php/RH/article/view/3322/2453>.

menegakkan hukum.²⁸⁹ Masyarakat akan melihat jika Polisi bertindak buruk, maka hukumnya adalah buruk.

Masyarakat melihat Polisi sebagai cerminan hukum, sehingga sikap Polisi yang buruk akan menghilangkan kepercayaan terhadap hukum, dan tidak heran jika masyarakat bertindak main hakim sendiri, karena masyarakat menganggap Polisi tidak dapat menyelesaikan permasalahan dan bersikap tidak adil. Terlebih banyaknya permasalahan atau konflik di masyarakat, akan mengganggu kamtibmas. Masyarakat mempunyai harapan tinggi kepada Kepolisian untuk membantu penyelesaian konflik yang terjadi di masyarakat, secara adil dan benar.

Konflik dalam masyarakat merupakan sesuatu tidak dapat dihindari mengiringi dinamika kehidupan.²⁹⁰ Berbagai penanganan konflik yang selama ini dilakukan masyarakat maupun pemerintah terkesan hanya menyelesaikan atau mengakhiri konflik, belum mengarah upaya transformasi konflik secara berkesinambungan. Akibatnya, meskipun konflik terlihat berhenti, tetapi potensi konflik yang sama bisa saja muncul di lain waktu. Menyikapi serangkaian konflik berujung pada tindak pidana atau kejahatan yang muncul seperti kekerasan, tindak pidana terhadap nyawa, penganiayaan, perampokan, dan kejahatan lain di sekitar masyarakat, diperlukan perhatian dari semua pihak, tidak hanya dari Kepolisian.²⁹¹

Polri sudah melakukan berbagai upaya mengantisipasi dan meminimalisir berbagai keluhan masyarakat dan mengatasi masalah sosial, serta mengatasi

²⁸⁹ Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, 1993, hlm 71.

²⁹⁰ Imam Tholkhah, *Konflik Sosial Bernuansa Agama*, Badan Litbang Agama dan Diklat Keagamaan Departemen Agama, Jakarta, 2002, hlm. 1.

²⁹¹ Rudy Cahya Kurniawan, *Pelaksanaan Tugas Polri di Era Perubahan: Model Perpolisian Masyarakat, Penegakan Hukum, dan Kearifan Lokal*, Op, Cit, hlm 14.

permasalahan kesenjangan terjadi. Polri memiliki kebijakan dengan 6 (enam) *output* sasaran operasional Polri, yaitu:²⁹²

1. Penertiban ke dalam organisasinya;
2. Menurunkan *crime total*;
3. Meningkatkan *crime clearance* (penyelesaian perkara);
4. Meningkatkan potensi dan partisipasi masyarakat;
5. Meningkatkan keamanan dan kelancaran lalu lintas; dan
6. Meningkatkan mutu pelayanan masyarakat dengan menggunakan strategi membangun kemitraan dengan masyarakat.

Saat ini, penegakan hukum pidana mengarah pada penegakan hukum modern, merupakan suatu konsep berorientasi dan menitikberatkan tindakan preventif dibandingkan represif, dengan tujuan mengurangi kejahatan dan rasa ketakutan terjadinya kejahatan, serta meningkatkan kualitas hidup warga setempat.²⁹³ Polmas mengutamakan hubungan baik antara Polisi dan masyarakat.

Penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan dilakukan oleh Polri sudah sesuai mekanisme penegakan hukum yang ideal. Model penegakan hukum Polri yang lama ini, dalam penyelesaian perkara konflik kepentingan berindikasi pidana menggunakan tindakan represif dan preventif.

Tindakan represif adalah tindakan aktif yang dilakukan pihak yang berwajib, yaitu aparat Kepolisian pada saat penyimpangan sosial terjadi, agar penyimpangan yang sedang terjadi dapat dihentikan. Contohnya penyebaran narkotika dan obat-obatan terlarang (narkoba) yang mulai masuk di wilayah-wilayah pelosok desa, tetapi aparat Kepolisian berhasil menggagalkan aksi para kurir narkoba itu, dan menangkap para kurir serta bandar narkoba sebelum transaksi dan penyebaran narkoba dilakukan lebih meluas. Tindakan preventif adalah tindakan yang dilakukan oleh pihak yang berwajib, yaitu aparat Kepolisian, sebelum penyimpangan sosial terjadi agar suatu tindak pelanggaran dapat diredam/dicegah.²⁹⁴

²⁹² *Ibid*, hlm 14.

²⁹³ Rudy Cahya Kurniawan, *Pelaksanaan Tugas Polri di Era Perubahan: Model Perpolisian Masyarakat, Penegakan Hukum, dan Kearifan Lokal*, Op, Cit, hlm 15.

²⁹⁴ Rudy Cahya Kurniawan, *Pelaksanaan Tugas Polri di Era Perubahan: Model Perpolisian Masyarakat, Penegakan Hukum, dan Kearifan Lokal*, Op, Cit, hlm 161.

Tindakan diskresi diperlukan dalam penegakan hukum, karena pada hakikatnya penerapan diskresi adalah mengambil keputusan yang diatur oleh norma hukum dengan agak longgar, tetapi mengandung unsur penilaian pribadi.²⁹⁵ Pentingnya tindakan diskresi, mengingat:²⁹⁶

1. Tidak ada undang-undang demikian lengkap, sehingga dapat mengatur semua perilaku manusia;
2. Adanya keterlambatan peraturan perundang-undangan menyesuaikan perkembangan di dalam masyarakat menimbulkan ketidakpastian hukum;
3. Kurangnya biaya untuk menerapkan peraturan perundang-undangan sebagaimana dikehendaki oleh pembentuk undang-undang;
4. Adanya kasus-kasus individual yang memerlukan penanganan secara khusus.

Buku Pedoman Pelaksanaan Tugas Bintara Polisi di Lapangan (Surat Keputusan Kalemdiklat Polri Nomor Pol. SKEP/65/111/2003 tanggal 24 Maret 2003), memaknai tindakan diskresi sebagai: Kewenangan yang dilaksanakan bilamana seorang petugas Polri Indonesia yang bertugas di masyarakat seorang diri, harus mampu mengambil keputusan berdasarkan penilaiannya sendiri apabila terjadi gangguan terhadap ketertiban umum dan keamanan umum, atau bila diperkirakan akan timbul bahaya bagi ketertiban dan keamanan umum.

Pengaturan diskresi Kepolisian diatur dalam Pasal 18 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 yang memberikan pijakan yuridis kepada Polisi untuk menerapkan filosofi *restorative justice*/keadilan restoratif dalam penanganan perkara pidana. Melalui diskresi, Kepolisian memilih berbagai tindakan dalam menyelesaikan perkara pidana yang ditanganinya. Salah satu tindakan dalam mengimplementasikan keadilan restoratif dengan memposisikan korban di titik

²⁹⁵ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Op, Cit, hlm 7.

²⁹⁶ *Ibid*, hlm 21.

sentral menyelesaikan perkara pidana dan menjauhkan pelaku dari pemenjaraan, tetapi tetap dimintai pertanggungjawaban.

Penggunaan diskresi merupakan opsi penyelesaian dianggap lebih efektif dan efisien bila dibandingkan melalui sistem peradilan pidana konvensional. Bawa hukum hanya dapat menuntut kehidupan bersama-sama secara umum, sebab begitu ia mengatur secara rinci, dengan memberikan skenario secara lengkap, pada waktu itu pula kehidupan akan macet, karena sesungguhnya diskresi merupakan kelengkapan sistem pengaturan oleh hukum itu sendiri.²⁹⁷

Anggota Kepolisian dalam menggunakan wewenang diskresi tidak boleh digunakan sembarangan tanpa alasan rasional dan logis, tetapi selektif, proporsional dan dapat dipertanggungjawabkan secara hukum.

Wewenang bertindak berdasarkan penilaian sendiri dalam rangka menjalankan kewajiban hukum dan kewajiban tugas, wajib berpegang pada norma hukum maupun moral. Norma moral berkaitan tindakan berdasarkan nurani dan norma hukum karena wewenang dijalankan atas dasar undang- undang (*rechtmatigheid*).²⁹⁸

Pasal 16 ayat (1) huruf 1 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002, menyebutkan wewenang Kepolisian untuk mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggungjawab. Substansi pasal dimaksud ditafsirkan diskresi Kepolisian masuk lingkup tindakan lain menurut hukum yang bertanggungjawab, karena tindakan diskresi tidak ada rumusan yang jelas dan tegas namun dijalankan atas dasar wewenang yang diberikan oleh undang-undang, dan tindakan tersebut harus dipertanggungjawabkan secara hukum, maka tindakan penyalahgunaan wewenang dan kesewenang-wenangan dalam penggunaan diskresi Kepolisian dapat dikontrol melalui syarat yang dirumuskan dalam Pasal 16 ayat (2) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002, yakni : Tindakan lain sebagaimana dimaksud

²⁹⁷ Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologi Hukum*, Op, Cit, hlm 11.

²⁹⁸ Sadjijono, Op, Cit, hlm 186.

dalam ayat (1) huruf 1 adalah tindakan penyelidikan dan penyidikan yang dilaksanakan jika memenuhi syarat, sebagai berikut:

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

Polri dalam menghadapi kasus tertentu yang terjadi di masyarakat, bukan hanya mengambil sikap perkara melanjutkan perkara ke tingkat yang lebih tinggi (Kejaksaan) demi mengejar target banyaknya perkara diajukan, tetapi terhadap kasus tertentu tindakan Polri dapat mengumpulkan pihak bersengketa/bermasalah untuk mendengarkan dan menyimak kasus dari masing-masing pihak apa yang menjadi permasalahan, dan mencari solusinya bersama-sama.

Penegakan hukum dalam Polmas pada dasarnya adalah mencari solusi tepat dalam memecahkan masalah. Polmas dalam hal penegakan hukum menuntut Polri berperan mengoptimalkan sumber daya masyarakat. Polri memecahkan permasalahan secara bersama-sama mencari solusi terbaik. Dalam hal ini, menggunakan pendekatan *restorative justice*/keadilan restoratif untuk pelanggaran atau kejahatan ringan, sehingga Polmas dapat meningkatkan kualitas hidup masyarakat itu sendiri.

Lilik Mulyadi sebagaimana dikutip Achmad Sulchan, menyatakan : *Restorative justice is a fair settlement that involved offenders, victims and their families and other relevant parties in a criminal act, work together to find a*

*solution to the offense and its implications, with emphasis back to its original state and not retaliation.*²⁹⁹ Keadilan restoratif adalah penyelesaian yang adil melibatkan pelaku, korban dan keluarga mereka dan pihak terkait lain dalam tindak pidana, bekerjasama menemukan solusi atas pelanggaran dan implikasinya, dengan penekanan kembali ke keadaan semula dan bukan pembalasan.

Penerapan keadilan restoratif diharapkan memberikan jawaban atas isu penting seperti kritik terhadap sistem peradilan pidana yang tidak memberikan kesempatan khususnya bagi korban, menghilangkan konflik terutama antara pelaku dengan korban dan masyarakat, yang pada kenyataan bahwa perasaan tidak berdaya yang dialami akibat tindak pidana harus diatasi untuk mencapai proses pemulihan.³⁰⁰

Polri telah menggariskan standar untuk menggunakan pendekatan keadilan restoratif untuk pelanggaran atau kejahatan ringan, yakni Peraturan Polri Nomor 8 Tahun 2021 tentang Penanganan Tindak Pidana berdasarkan Keadilan Restoratif. Persyaratan umum penanganan tindak pidana berdasarkan keadilan restoratif meliputi persyaratan materiil dan formil. Persyaratan materiil meliputi:

1. Tidak menimbulkan keresahan dan/atau penolakan dari masyarakat;
2. Tidak berdampak konflik sosial;
3. Tidak berpotensi memecah belah bangsa;
4. Tidak radikalisme dan sparatisme;
5. Bukan pelaku pengulangan tindak pidana berdasarkan putusan pengadilan; dan
6. Bukan tindak pidana terorisme, tindak pidana terhadap keamanan negara, tindak pidana korupsi, dan tindak pidana terhadap nyawa orang.

²⁹⁹ Achmad Sulchan, *Special Protection of Children In Criminal Justice System*, The 2nd Proceeding Indonesia Clean of Corruption In 2020, Unissula Press, Semarang, hlm 926.

³⁰⁰ Hari Wibisono Condro dan Achmad Sulchan, *Investigation Process Traffic Accident Offenders Of Minors The Police Resort Kebumen*, Jurnal Daulat Hukum Volume 2 Nomor 3 September 2019, url: <http://jurnal.unissula.ac.id/index.php/RH/article/view/5672/3421>, hlm. 406.

Untuk persyaratan umum, penanganan tindak pidana berdasarkan keadilan restoratif yang berupa persyaratan formil, meliputi :

1. Perdamaian dari dua belah pihak dibuktikan dengan kesepakatan perdamaian dan ditanda tangani oleh para pihak, kecuali untuk tindak pidana narkotika;
2. Pemenuhan hak korban dan tanggung jawab pelaku, berupa pengembalian barang, mengganti kerugian, mengganti biaya yang ditimbulkan dari akibat tindak pidana dan/atau mengganti kerusakan yang ditimbulkan akibat tindak pidana. Dibuktikan surat pernyataan sesuai kesepakatan yang ditandatangani oleh pihak korban (kecuali untuk tindak pidana narkotika).

Persyaratan khusus, dalam penanganan tindak pidana berdasarkan keadilan restoratif, merupakan persyaratan tambahan untuk tindak pidana lain, di antaranya:

1. Tindak pidana informasi dan transaksi elektronik;

Persyaratan khusus penanganan tindak pidana berdasarkan keadilan restoratif untuk tindak pidana informasi dan transaksi elektronik, paling sedikit meliputi:

- a. Pelaku tindak pidana Informasi dan transaksi elektronik yang menyebarkan konten ilegal;
- b. Pelaku bersedia menghapus konten yang sedang diunggah, diserahkan kepada penyidik dalam bentuk *soft copy* dan *hard copy*;
- c. Pelaku menyampaikan permohonan maaf melalui video yang diunggah di media sosial disertai dengan pemintaan untuk menghapus konten yang telah menyebar, diserahkan kepada penyidik dalam bentuk *soft copy* dan *hard copy*; dan

- d. Pelaku bersedia bekerja sama dengan penyidik Polri untuk melakukan penyelidikan lanjutan.
2. Tindak pidana narkoba;
- Persyaratan khusus penanganan tindak pidana berdasarkan keadilan restoratif untuk tindak pidana narkoba, meliputi:
- a. Pecandu narkoba dan korban penyalahgunaan narkoba yang mengajukan rehabilitasi;
 - b. Pada saat tertangkap tangan ditemukan barang bukti narkotika pemakaian 1 (satu) hari dengan penggolongan narkotika dan psikotropika sesuai dengan ketentuan perundang-undangan, dan tidak ditemukan barang bukti tindak pidana narkoba namun hasil tes urine menunjukkan positif narkoba;
 - c. Tidak terlibat dalam jaringan tindak pidana narkoba, pengedar, dan/ atau bandar;
 - d. Telah dilaksanakan asesmen oleh tim asesmen terpadu; dan
 - e. Pelaku bersedia bekerjasama dengan penyidik Polri untuk melakukan penyelidikan lanjutan.
3. Tindak pidana lalu lintas.
- Persyaratan khusus penanganan tindak pidana berdasarkan keadilan restoratif untuk tindak pidana lalu lintas, meliputi:
- a. Kecelakaan lalu lintas yang disebabkan mengemudikan kendaraan bermotor dengan cara dan keadaan membahayakan yang mengakibatkan kerugian materi dan/atau korban luka ringan; atau
 - b. Kecelakaan lalulintas di jalan karena kelalaianya yang mengakibatkan korban manusia dan/atau kerugian harta benda.

Keadilan dalam penyelesaian sengketa melalui keadilan restoratif, adalah adanya upaya pemulihan bagi pihak yang dirugikan. Siapa pun yang terlibat dan terkena dampak dalam masalah, tindak pidana, konflik dan lainnya yang terkait masalah ketertiban dan keamanan mendapat kesempatan berpartisipasi penuh.

Keadilan diharapkan dapat diterima semua pihak adalah keadilan substantif, merupakan hal yang diharapkan dalam suatu usaha penyelesaian masalah. Praktik di masyarakat Indonesia sesuai budaya timur yang melekat dalam penyelesaian masalah, konflik yang terjadi sudah sejak dulu menjadi pranata dalam kehidupan kesehariannya. Kecenderungan masyarakat yang tidak mau ribut dan keinginan untuk selalu hidup rukun dan menyelesaikan setiap masalah dalam musyawarah untuk mufakat sudah ada sejak dulu dalam tatanan kehidupan bangsa Indonesia.

Hal sebagaimana kebijakan nasional Indonesia yang memiliki falsafah dasar negara (*weltanschauung*) Pancasila dan merupakan falsafah inti (*core philosophy*) bangsa. Sebagai *core philosophy*, Pancasila dengan begitu merupakan sumber nilai bagi adanya sistem hukum di Indonesia, yakni dalam Sila Keempat Pancasila bahwa: Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmah Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, terkandung falsafah permusyawaratan atau musyawarah, dan makna yang terkandung adalah mengutamakan musyawarah dalam mengambil keputusan untuk kepentingan bersama, dan menghormati setiap keputusan musyawarah, keputusan yang diambil harus dapat dipertanggungjawabkan secara moral kepada Tuhan Yang Maha Esa, menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia, nilai-nilai kebenaran dan keadilan, serta mengutamakan persatuan dan kesatuan demi kepentingan bersama.

Sila Keempat Pancasila mengajarkan untuk menentukan sebuah pilihan atau mengatasi setiap permasalahan melalui cara musyawarah. Penyelesaian permasalahan mengutamakan musyawarah dalam mengambil keputusan untuk kepentingan bersama. Musyawarah untuk mencapai mufakat diliputi semangat kekeluargaan. Falsafah musyawarah mengandung 5 (lima) asas, yaitu:³⁰¹

1. *Conferencing*, yakni bertemu saling mendengar dan mengungkapkan keinginan;
2. *Searching solutions*, yaitu mencari solusi atau titik temu atas masalah yang sedang dihadapi;
3. *Reconciliating*, yakni berdamai dengan tanggung jawab masing-masing;
4. *Repairing* atau *restoring*, yakni memperbaiki atas semua akibat yang timbul; dan
5. *Circling*, yakni saling menunjang.

Asas tersebut sama seperti dibutuhkan dalam keadilan restoratif, sehingga secara ketatanegaraan, keadilan restoratif menemukan dasar pijakannya dalam falsafah Sila Keeempat Pancasila. Dasar pijakan tersebut jika diimplementasikan dalam pola penyelesaian perkara pidana mengandung asas yang disebut dengan istilah VOC (*Victim Offender Conferencing*).

Target dalam pertemuan VOC atau VOM (*Victim-Offender Mediation*) adalah mediasi, yaitu kesempatan untuk berdamai dan saling menyepakati perbaikan. Tujuannya adalah untuk menangani kejahatan sebagai konflik yang harus diselesaikan antara orang yang terkena dampak langsung, bukan sebagai konflik antara negara dan lawan terdakwa.³⁰²

Aspek budaya hukum di Indonesia, khususnya mengenai kesadaran hukum dari masyarakat serta aparat penegak hukum pada umumnya penerapan pendekatan keadilan restoratif sudah sangat didukung untuk menjadi opsi penyelesaian tindak pidana dalam rangka penanggulangan tindak pidana termasuk pencegahan kejahatan (*prevention of crimes*).

³⁰¹ *Ibid*, hlm 204.

³⁰² *Ibid*, hlm 205.

Bawa keadilan restoratif merupakan suatu ideologi yang menjunjung nilai-nilai hak asasi manusia, yakni menghormati martabat individu. Adapun 3 (tiga) nilai yang dianut oleh keadilan restoratif, yakni:³⁰³

1. Keadilan restoratif adalah sebuah ideologi, mengedepankan suatu proses melibatkan semua pihak terkait terjadinya suatu tindak pidana tertentu, guna secara bersama-sama memecahkan masalah dan menghindari akibat negatif di masa datang. Ini adalah sebuah konsep payung bagi berbagai kegiatan nyata, seperti dilakukannya mediasi dan pertemuan korban- pelaku. Keadilan restoratif terang-terangan mengakui korban sebagai pihak yang menderita kerugian akibat dari kejahatan. Banyak penulis menekankan bahwa keadilan restoratif adalah setiap proses yang memungkinkan para korban dan pelaku aktif berpartisipasi. Sebagai sebuah ideologi, keadilan restoratif ditandai oleh nilai-nilai dan prinsip- prinsip tertentu salah satu nilai tersebut adalah menghormati martabat individu. Ini adalah hak dari manusia, yang dapat ditemukan di *Universal Declaration of Human Rights* Tahun 1948;
2. Keadilan restoratif adalah inklusi atau mendorong partisipasi korban dan pelaku;
3. Keadilan restoratif adalah perbaikan, atau yang dikenal sebagai reparasi. Pelanggar didorong untuk bertanggungjawab dan mengakui konsekuensi dari perilaku mereka. Proses restoratif secara terang-terangan mengakui dan memvalidasi korban dan penderitaan mereka, dan berusaha memperbaiki korban. Reparasi bisa mengambil berbagai bentuk dari kompensasi moneter untuk reparasi simbolis atau permintaan maaf. Pengakuan itu sendiri bisa mempercepat penyembuhan atau pemulihan korban.

Selain sejalan prinsip hak asasi manusia, pendekatan keadilan restoratif pada hakikatnya sejalan dengan hukum agama, dalam al Qur'an Q.S. al-Baqarah ayat 178, artinya: "Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu *qishaash* berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barang siapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (*diat*) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula). Yang

³⁰³ Mohammad Kemal Dermawan dan Mohammad Irvan Oli'i, *Sosiologi Peradilan Pidana*, FISIP UI dan Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2015, hlm 84.

demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih. Berdasarkan Q.S. al-Baqarah ayat 178 tersebut, ditegaskan ketentuan hukuman mati bagi yang membunuh, namun bila pihak keluarga memberi maaf, maka hukumannya diganti dengan pembayaran denda. Hal ini sampai sekarang masih berlaku di negara yang menerapkan syariat Islam terhadap tindak pidana.

Mengacu pada budaya masyarakat Indonesia, dalam penyelesaian konflik pada hakekatnya masih dipengaruhi nilai-nilai hukum adat yang menginginkan terwujudnya kedamaian dan keharmonisan dalam kehidupan bermasyarakat. Salah satu budaya masyarakat yang hingga kini masih tetap dilaksanakan ialah adanya lembaga musyawarah dalam proses penyelesaian sengketa.

Masyarakat Indonesia sudah lama mengenal lembaga musyawarah sebagai bagian mekanisme menyelesaikan perkara pidana yang diselenggarakan oleh pelaku dan korban sendiri, atau melibatkan aparatur desa atau lembaga adat memperlihatkan pola pikir masyarakat melihat suatu permasalahan. Penyelesaian masalah, termasuk terkait tindak pidana, melalui musyawarah merupakan pola pikir yang terangkum dalam keadilan restoratif yang memberikan peluang kepada para pihak untuk menyampaikan upaya-upaya perbaikan demi terciptanya hubungan yang harmonis pada masa-masa selanjutnya.

Model pendekatan keadilan restoratif menggunakan proses dialog antara pelaku dan korban, merupakan moral dasar dan bagian terpenting penerapan keadilan. Dialog antara pelaku dan korban menjadikan korban dapat mengungkapkan apa dirasakannya, mengemukakan harapan terpenuhinya hak dan keinginan dari penyelesaian perkara pidana.

Melalui proses dialog pelaku diharapkan tergugah hatinya mengkoreksi diri, menyadari kesalahan dan menerima tanggung jawab sebagai konsekuensi tindak pidana dilakukan dengan penuh kesadaran. Berdasar proses dialog, masyarakat dapat turut serta berpartisipasi mewujudkan hasil kesepakatan dan memantau pelaksanaan. Hal menunjukkan budaya masyarakat Indonesia sangat mendukung bagi penerapan keadilan restoratif.³⁰⁴



³⁰⁴ Bambang Waluyo, *Penegakan Hukum di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2017, hlm 129.

BAB IV

KELEMAHAN REGULASI PENYELESAIAN TINDAK PIDANA OLEH KEPOLISIAN MELALUI MEDIASI PENAL BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF PADA SAATINI

A. Keadilan Restoratif dan Keadilan Prosedural

Dalam sejumlah literatur, keadilan restoratif, meskipun berbeda dengan keadilan prosedural formal, mengandung nilai yang dapat dicapai melalui penerapan keadilan prosedural. Tyler misalnya menyatakan bahwa riset keadilan prosedural menunjukkan selalu ada jalan lain meregulasi tindakan dan kondisi sosial secara efektif selain *punitive punishment*. Jalan itu adalah kepedulian (*respect*) dan keadilan prosedural.³⁰⁵ Jika individu melihat dan mengalami mereka diperlakukan secara sama, mereka akan melihat otoritas hukum sebagai sesuatu yang legitim dan perlu ditaati. Hasilnya, masyarakat menjadi lebih sadar diri (*self-regulating*), mengembangkan tanggung jawab personal dalam mengikuti aturan sosial. Pendekatan ini yang disebut dengan *process based model of regulation*.³⁰⁶

Mendasarkan ketaatan hukum pada moralitas internal, kontrol dari pihak manapun di luar individu digantikan oleh kontrol dari dalam diri sendiri (melalui internalisasi). Legitimasi harusnya mengupayakan perkembangan moral dan bukan sebaliknya. Pendekatan keadilan prosedural justru ingin mengaktifkan sisi moralitas ini menjalankan otoritas secara fair.³⁰⁷

Berbeda dengan keadilan prosedural, keadilan restoratif justru menekankan kepedulian terhadap individu yang terkait kejahatan atau pelanggaran hukum tersebut. Tujuannya untuk merestorasi atau memulihkan korban, pelaku, dan komunitas. Bagi pelaku, tujuan keadilan restoratif adalah mengupayakan kesadaran individu atas kesalahannya dan menerima apa yang menjadi tanggung

³⁰⁵ Tom R. Tyler, *Op.Cit*, hlm 308.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.*

jawabnya. Ini akan memulihkan martabat pelaku. Tetapi yang menarik adalah bahwa keadilan restoratif bukanlah sebuah penyelesaian kejahatan dan pelanggaran hukum di luar prosedur hukum. Ia harus menjadi bagian dari prosedur penyelesaian hukum.

B. Keadilan Restoratif Dalam Penegakan Hukum

Keadilan restoratif merupakan salah satu bentuk penyelesaian persoalan hukum diantara anggota masyarakat. Konfigurasi sosial, ekonomi, dan politik, sering membawa serta persoalan-persoalan hukum yang tidak hanya semakin rumit dan pelik untuk diselesaikan melainkan juga membutuhkan metode-metode penyelesaian yang efektif, rasional, dan dapat diterima oleh semua pihak yang terkait persoalan hukum.

Sebagai pendekatan dalam penyelesaian hukum yang menekankan unsur dialog, komunikasi, kebersamaan, simpatik, empatik, dan restorasi atau pemulihan korban tindakan kejahatan hukum, keadilan restoratif merupakan upaya menemukan kembali semangat kebersamaan nilai, komunitas, dan kepedulian terhadap orang lain yang mengakar kuat pada masyarakat tradisional namun hilang dalam masyarakat modern.

Keadilan restoratif berakar nilai moral, semangat spiritual, dan keyakinan kultural masyarakat. Praktek pertemuan melibatkan keluarga untuk menyelesaikan konflik di New Zealand pada zaman dulu disebut *whanau*, atau praktek Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi di Afrika Selatan selama tahun 1970-an dan 1980-an bekerja atas dasar energi spiritual dan kultural *ubuntu*, merupakan penyelesaikan konflik mengandung semangat keadilan restoratif.

Di Indonesia, jika tidak dipolitisasi berdasarkan kepentingan politik terutama di era Orde Baru, *musyawarah* untuk mencapai mufakat merupakan nama lain untuk praktik yang sama: menegakkan keadilan restoratif. Karena nilai-nilai keadilan restoratif terkandung dalam semangat musyawarah untuk mufakat.

Nilai-nilai tersebut adalah pada proses dialog yang didasarkan pada perasaan (afeksi) dan semangat kesatuan, pandangan bahwa ada banyak cara dan perspektif untuk memahami suatu situasi, keyakinan bahwa pengalaman dan pemahaman masyarakat umum atas suatu situasi lebih penting dari apa yang senyatanya terjadi. Mendengar sudut pandang dan ide-ide dari yang lain (*the others*), penderitaan dan usulan mereka tentang bagaimana suatu situasi dapat diselesaikan membutuhkan empati, pemahaman, dan peduli terhadap perasaan, persepsi, dan suara mereka.³⁰⁸

Munculnya gairah wacana teoretis dan praktik penerapan keadilan restoratif bahkan dalam beberapa negara dilakukan oleh badan atau mediator di luar proses pengadilan formal tidak lepas dari praktik dan kualitas putusan pengadilan yang tidak memuaskan berbagai pihak.

Nilai-nilai yang merupakan spirit dasar pendekatan keadilan restoratif ini sangat jauh dari proses dan putusan nyata pengadilan. Maka tidak mengherankan bila banyak pihak menilai bahwa persepsi, visi, pendekatan, dan praktek keadilan restoratif yang semakin diupayakan di luar proses pengadilan formal merupakan tamparan telak terhadap proses pengadilan formal-konvensional yang dinilai tidak hanya tidak adil melainkan semakin membuat kepastian hukum tidak pasti.

Kondisi inilah yang melahirkan wacana perlunya dikembangkan pendekatan keadilan restoratif. Karena pendekatan ini lebih mengedepankan visi humanis dan moralis hukum yakni melindungi, menjaga, dan menjunjung tinggi tanggung jawab dan martabat luhur manusia dari pada menghakimi, menghukum, atau memenjarakan.

³⁰⁸ *Ibid*, hlm 147.

Salah satu contoh penerapan pendekatan keadilan restoratif dalam proses pengadilan formal adalah apa yang dinyatakan hakim agung, Komariah Emong Sapardjaja, dalam beberapa tahun silam. Ia mengatakan pendekatan keadilan restoratif sudah dilakukan dalam penyelesaikan perkara kejahatan dalam pengadilan formal. Ketika mengadili seorang suami (Perkara Nomor 307 K/Pid.Sus/2010) yang didakwa dengan Pasal 49 huruf a Jo Pasal 9 ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga dengan ancaman hukuman paling lama tiga tahun atau denda Rp 15 juta karena menelantarkan istri dan anak-anaknya, memilih menjatuhkan hukuman percobaan dengan syarat khusus memberikan nafkah kepada istri dan anak-anak. Salah satu pertimbangannya adalah yang dibutuhkan oleh korban adalah nafkah bulanan, sedangkan pelaku berharap tidak dipecat dari pekerjaannya sebagai Pegawai Negeri Sipil. Melalui putusan ini kepentingan korban dan pelaku terakomodasi.

Para aparat penegak hukum seharusnya menerima kritik ini sebagai kesempatan untuk membuktikan kemampuan mereka untuk menyelesaikan proses hukum formal-konvensional secara adil sesuai dengan harapan semua kelompok masyarakat terutama korban dan pelaku seperti diisyaratkan oleh pendekatan keadilan restoratif.

Haruslah disadari bahwa tujuan dasar hukum untuk menegakkan kepastian dan keadilan hukum secara taat asas, paling tidak dari perspektif legal formal, merupakan upaya yang sulit dan tidak pernah sempurna. Ia selalu merupakan usaha yang tidak komplet (*incomplete*). Meskipun penting dan harus diraih, keadilan, menurut Derrida, tidak pernah dapat dicapai, apalagi secara memuaskan.

Keadilan bahkan dilukiskan sebagai *an experience of the impossible, an ideal, an aspiration, which is supremely important and worth striving for constantly and tirelessly.*³⁰⁹ Dan keadilan hukum seharusnya diupayakan di dalam proses formal hukum itu sendiri dan tidak mencarinya di luar proses hukum.

Sistem pemidanaan mencakup keseluruhan peraturan perundang-undangan mengatur bagaimana hukum pidana ditegakkan secara konkret sehingga dijatuhi sanksi (hukum pidana). Ini berarti semua aturan perundang-undangan hukum pidana susbtantif, hukum pidana formal dan hukum pelaksanaan pidana dilihat sebagai satu kesatuan sistem pemidanaan.³¹⁰ Hal tersebut sejalan pemikiran L. H. C. Hullsman mengemukakan sistem pemidanaan adalah aturan perundang-undangan berhubungan sanksi dan pemidanaan (*the statutory rules relating to penal sanction and punishment*).³¹¹

Jika konsisten pada pengertian sistem pemidanaan di atas, penanganan perkara pidana setidaknya melibatkan tiga komponen yaitu hukum pidana materil/susbtantif, hukum pidana formil dan hukum pelaksanaan pidana. Pelibatan ketiga komponen dilakukan secara sistemik karena masing-masing penegak hukum memiliki peran di dalamnya yang tidak dapat serta merta mengesampingkan komponen hukum pidana yang lain.

Sistem pemidanaan Indonesia mengacu pada KUHP dan KUHAP, KUHP merupakan hukum pidana materiil/susbtantif yang dapat diartikan bahwa keseluruhan ketentuan dalam KUHP, baik berupa aturan umum maupun aturan khusus tentang perumusan tindak pidana, pada hakekatnya merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan. Sehingga ketentuan pidana yang tercantu dalam semua Undang-Undang Khusus di luar KUHP merupakan bagian khusus (sub sistem) dari keseluruhan sistem pemidanaan. Dengan demikian, sistem pemidanaan dalam Undang-Undang Khusus di luar KUHP harus terintegrasi dalam (konsisten dengan) aturan umum (*general rules*). Namun,

³⁰⁹ *Ibid*, hlm 134.

³¹⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op, Cit, hlm 129.

³¹¹ *Ibid*, hlm 23.

dalam Undang-Undang Khusus di luar KUHP tersebut dapat membuat aturan khusus yang menyimpang atau berbeda dengan aturan umum.³¹²

Hukum pidana materiil/substantif dalam menyelesaikan perkara tindak pidana mengacu pada KUHP. Proses penyelesaian melalui acara peradilan pidana sesuai peraturan perundang-undangan, berarti mengacu pada KUHAP. Tidak disebutkan adanya proses lain menggesampingkan penyelesaian melalui KUHAP, oleh sebab itu segala bentuk penyelesaian di luar KUHAP akan kontradiktif dengan KUHP sebagai hukum materiil.

Berdasarkan sistem pemidanaan di atas, penyelesaian perkara tindak pidana menghendaki pelaku untuk mendapatkan pidana penjara dan/atau denda dan diproses melalui sidang pengadilan. Upaya penyelesaian dengan jalan perdamaian yang dilakukan antar pihak korban dan pelaku di luar proses persidangan sebagai upaya penerapan *restorative justice* tentu akan berbenturan dengan sistem pemidanaan yang ada, hal inilah yang membuat aparat penegak hukum mendapati posisi dilematis dalam menerapkan *restorative justice* terhadap perkara pidana.

Restorative justice sebagai paradigma alternatif menyelesaikan kasus memang bersifat progresif yang sudah pasti berbenturan dengan sistem hukum yang ada, wujud perdamaian pelaku dan korban tidak akan berarti, karena undang-undang tidak merumuskan sebagai delik aduan, melainkan delik biasa yang berarti penegak hukum dapat bertindak sesuai undang-undang untuk menghukum pelaku. Sehingga dalam paraktiknya walaupun *restorative justice* bertujuan baik bagi para pihak namun sistem pemidanaan di Indonesia belum mencantumkan secara formal konsep *restorative justice* sebagai bentuk penyelesaian perkara pidana, sehingga secara normatif yuridis akan selalu memunculkan perbedaan pandangan di antara

³¹² Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana, Op. Cit*, hlm 136.

ahli hukum dalam melihat *restorative justice* sebagai upaya penyelesaian tindak pidana.

Dalam penyelesaian tindak pidana ada beberapa pihak yang terlibat yaitu: pelaku, korban dan aparat penegak hukum. Pelaku dan korban keduanya sama-sama memiliki kepentingan dalam penyelesaian kasus tersebut. Kepentingan antara pelaku tentu akan berbeda dengan kepentingan korban, sehingga upaya mengakomodasi dua kepentingan tersebut bukanlah tanpa kendala, namun disanalah konsep *restorative justice* memainkan perannya, yaitu dengan mempertemukan berbagai kepentingan untuk dicari titik temu sehingga memunculkan kepentingan bersama yang dimaklumi para pihak.

Kendala dalam mempertemukan kepentingan para pihak sangat dimungkinkan terjadi, mengingat tolok ukur yang dipergunakan sifatnya sangat subjektif yaitu bergantung kepada kebutuhan (*what I need*) masing-masing pihak, sehingga dalam praktik di lapangan beberapa kemungkinan munculnya benturan kepentingan antara lain : Jika pelaku tidak mampu memberikan kompensasi atau menyantuni korban, atau pihak korban meminta kompensasi/santunan di luar kesanggupan pelaku untuk memenuhinya; dan Jika korban (atau keluarganya) tidak membutuhkan kompensasi atau santunan, dan lebih menginginkan penghukuman terhadap pelaku.

Kemungkinan seperti di atas yang akan menjadikan kendala dalam penerapan *restorative justice*, karena menyatukan beberapa kepentingan tidaklah mudah dalam mencapai *win win solution*, para pihak harus dengan sukarela memaklumi kepentingan pihak yang lain dan menjalankan apa yang telah disepakati sebagai bentuk pelaksanaan *restorative justice*.

Jika dibandingkan konsep pemidanaan saat ini, peran korban tidaklah signifikan, korban hanya menjadi saksi di muka persidangan dan apa yang diinginkan oleh korban terhadap pelaku tidak dapat diakomodir, karena akan terbatas dari apa yang telah diatur oleh undang-undang, seperti yang tercantum dalam KUHP yang membatasi hak korban.

Dari pembatasan yang ada maka akan terlihat bahwa pemulihan atas kerugian korban belum tentu memuaskan si korban itu sendiri, berbeda dengan konsep *restorative justice* yang memposisikan korban sebagai pihak yang memang dirugikan hak-haknya. Oleh karena itu dengan sistem pemidanaan yang ada saat ini memunculkan dorongan bagi para pihak untuk mengupayakan penyelesaian kasus di luar pengadilan sebagai bentuk penerapan *restorative justice* namun benturan akan pelaksanaannya akan selalu muncul dan akan selalu menjadikan ambiguitas bagi penerapan *restorative justice* itu sendiri.

Salah satu bagian tidak terpisahkan dari hukum pidana adalah pemidana. Bukan merupakan hukum pidana suatu peraturan hanya mengatur norma tanpa diikuti suatu ancaman pidana. Pidana dijatuhkan bagi mereka yang dianggap salah, merupakan sikap derita (*suffering*) yang harus dijalani, walaupun demikian, sanksi pidana bukanlah semata-mata bertujuan memberikan rasa derita.³¹³ Pidana pada hakikatnya merupakan alat mencapai tujuan dan bagaimana merumuskan tujuan tersebut dalam konsep atau materi suatu undang-undang yang oleh pembentuknya ingin ditegakkan dengan mencantumkan pidana.

³¹³ Niniek Suparni, *Op, Cit*, hlm 1.

Selain ditegakkan, di dalamnya terdapat tujuan pemidanaan dan syarat pemidanaan. Tujuan pemidanaan terdapat perlindungan masyarakat dan perlindungan atau pembinaan pelakunya.

Bahwa pidana pada hakekatnya hanya merupakan alat mencapai tujuan yang bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok yaitu perlindungan masyarakat dan perlindungan atau pembinaan individu pelaku tindak pidana. Bertolak dari keseimbangan, syarat pemidanaan menurut konsep juga bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu, antara faktor objektif dan subjektif.³¹⁴

Garland mendefinisikan pidana adalah *the legal process whereby violators of criminal law are condemned and sanctioned in accordance with specified legal categories and procedures* (suatu proses hukum dimana merupakan suatu celaan dan sanksi terhadap pelanggar hukum pidana sesuai dengan kategorisasi dan aturan hukum yang telah ditetapkan).³¹⁵ Dengan demikian, pidana merupakan nestapa yang dikenakan negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran terhadap ketentuan undang-undang. Pidana dijatuhkan secara sengaja oleh negara terhadap terpidana agar dirasakan sebagai nestapa. Penderitaan pidana merupakan penebusan dosa dari si pembuat. Dengan penebusan dosa, kesalahannya akan dipulihkan keseimbangan nilai pada diri si pembuat. Penebusan diri adalah kebutuhan fundamental dari sifat moral kita.³¹⁶

Disisi lain pidana juga merupakan suatu reaksi atas delik, dan berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik itu.³¹⁷ Nestapa yang ditempakan kepada pembuat delik bukanlah suatu tujuan

³¹⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung: 2002, hlm 88.

³¹⁵ David Garland, *Punishment in Modern Society, A Study in Social Theory* Clarendon Press, Oxford, 1990, hlm 312.

³¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Undip, Semarang, 2000, hlm 159.

³¹⁷ Roeslan Saleh, *Hukum Pidana Sebagai Konfrontasi Manusia dan Manusia Ghilia* Indonesia, Jakarta, 1993, hlm 5.

yang terakhir dicita-citakan masyarakat, tetapi nestapa hanyalah suatu tujuan yang terdekat. Hukum pidana dalam usahanya untuk mencapai tujuan-tujuannya tidaklah semata-mata dengan menjatuhkan pidana, tetapi dengan jalan menggunakan tindakan-tindakan. Menurut Roeslan Saleh, tindakan dapat dipandang sebagai suatu sanksi, tetapi tidak bersifat pembalasan, dan ditujukan semata-mata pada prevensi khusus, dan tindakan dimaksudkan untuk menjaga keamanan masyarakat terhadap ancaman bahayanya.³¹⁸

Menurut Simons, pidana (*straf*) adalah suatu penderitaan yang oleh undang-undang pidana telah dikaitkan dengan pelanggaran terhadap suatu norma, yang dengan suatu putusan hakim telah dijatuhkan bagi seseorang yang bersalah.³¹⁹ Sementara itu, Van Hamel mengartikan pidana sebagai: Suatu penderitaan yang bersifat khusus, yang telah dijatuhkan oleh kekuasaan yang berwenang untuk menjatuhkan pidana atas nama negara sebagai penanggungjawab dari keterlibatan hukum umum bagi seorang pelanggar, yakni semata-mata karena orang tersebut telah melanggar suatu peraturan hukum yang harus ditegakkan oleh negara.³²⁰

Persoalan pemidanaan bukanlah sekedar proses sederhana untuk memasukkan seseorang ke dalam penjara. Pemidanaan pada dasarnya merupakan gambaran dari sistem moral, nilai kemanusiaan dan pandangan filosofis suatu masyarakat manusia pada suatu zaman, sehingga permasalahan mengenai sistem pemidanaan paling tidak harus meliputi tiga perspektif yaitu filosofis, sosiologis dan kriminologis.³²¹ Pemidanaan merupakan bagian terpenting dalam hukum pidana, karena merupakan puncak dari seluruh proses mempertanggungjawabkan

³¹⁸ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1993, hlm 9.

³¹⁹ P. A. F. Lamintang, *Hukum Penitensier Indonesia*, Armico, Bandung, 1994, hlm 35.

³²⁰ *Ibid*, hlm 34.

³²¹ Eva Achjani Zulfa dan Indriyanto Seno Adji, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan Lubuk Agung*, Bandung, 2011, hlm 3.

seseorang yang telah bersalah melakukan tindak pidana. Andrew Ashworth mengatakan *a criminal law without sentencing would merely be a declaratory system pronouncing people guilty without any formal consequences following from that guilt.*³²² Dengan demikian, hukum pidana tanpa pemidanaan berarti menyatakan seseorang bersalah tanpa ada akibat yang pasti terhadap kesalahannya tersebut. Dengan demikian, konsepsi tentang kesalahan mempunyai pengaruh yang signifikan terhadap pengenaan pidana dan proses pelaksanaannya. Jika kesalahan dipahami sebagai dapat dicela, maka di sini pemidanaan merupakan perwujudan dari celaan tersebut.³²³

Dalam hukum pidana harus dipikirkan tujuan dan pedoman pemidanaan yang menempati posisi sentral yang bertujuan memberi arah dan pegangan yang jelas bagi hakim dalam menjatuhkan pidana. Hal ini sesuai dengan hakekat dari undang-undang itu sendiri yang sebenarnya merupakan sistem (hukum) yang bertujuan (*purposive*).³²⁴ Selain itu, adanya tujuan dan pedoman pemidanaan dimaksudkan sebagai fungsi pengendali/kontrol, sekaligus memberikan dasar filosofis, rasionalitas dan motivasi pemidanaan yang jelas dan terarah.³²⁵

Ada beberapa tujuan yang hendak dicapai dengan pemidanaan tersebut G.Peter Hoefnagels, sebagaimana dikutip oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa tujuan pidana adalah untuk:³²⁶

- a. Penyelesaian konflik (*conflict resolution*);
- b. Mempengaruhi para pelanggar dan orang lain ke arah perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum (*influencing offenders and possibly other than offenders toward more or less Law-conforming behavior*).

³²² Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991, hlm 12.

³²³ Chairul Huda, *Op, Cit*, hlm 125.

³²⁴ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, *Op, Cit*, hlm 136.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ *IbId*, hlm 138.

Pada hakekatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana, yaitu:³²⁷

- a. Segi prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan;
- b. Segi pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.

Pada hakekatnya pidana adalah selalu perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tidak hukum. Di samping itu Roeslan Saleh juga mengemukakan bahwa pidana mengandung hal-hal lain, yaitu bahwa pidana diterapkan sebagai sesuatu yang akan membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat.

Berkenaan pedoman pemidanaan, terdapat beberapa pedoman pemidanaan, yakni:³²⁸

- a. Pedoman bersifat umum, yang memberikan pengarahan kepada hakim mengenai hal-hal apa yang sepatutnya dipertimbangkan dalam menjatuhkan pidana;
- b. Pedoman yang bersifat khusus, yang khusus memberikan pengarahan kepada hakim dalam memilih atau menjatuhkan jenis-jenis pidana tertentu;
- c. Pedoman bagi hakim dalam menerapkan sistem perumusan ancaman pidana yang digunakan dalam perumusan delik.

Dalam prakteknya terdapat fakta kesenjangan antara harapan dan kenyataan. Seperti tingginya angka residivis, serta kejahatan menyebabkan viktimasasi terhadap narapidana dalam sistem peradilan pidana.³²⁹ Pelaku kejahatan yang dijatuhi pidana (penjara) di Lembaga Pemasyarakatan, seharusnya akan sadar atas

³²⁷ Roeslan Saleh, *Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1998, hlm 25.

³²⁸ *Ibid*, hlm 137.

³²⁹ Dey Ravena, *Sistem Pemasyarakatan (Pergeseran Paradigma Pembinaan Narapidana dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia)*, Disertasi, Universitas Diponegoro, Semarang, 1997, hlm 10.

semua kesalahannya dan kembali menjadi orang baik di masyarakat. Akan tetapi, pada kenyataannya sering sekali pelaku malah tidak bisa kembali menjadi orang baik, sehingga tidaklah mengherankan apabila dikatakan penjara sebagai sekolah kejahatan.

Munculnya model hukuman restoratif dikarenakan sistem peradilan pidana dan pemidanaan yang sekarang berlaku menimbulkan masalah. Dalam sistem kepenjaraan sekarang tujuan pemberian hukuman adalah penjeraan, pembalasan dendam, dan pemberian derita (*suffering*) sebagai konsekuensi perbuatannya. Indikator menghukum tergantung sejauhmana narapidana tunduk pada peraturan penjara. Jadi, pendekatannya lebih ke keamanan (*security approach*).

Selain pemenjaraan yang membawa akibat bagi keluarga narapidana, sistem yang berlaku sekarang dinilai tidak melegakan atau menyembuhkan korban. Apabila proses hukumnya memakan waktu cukup lama. Sebaliknya, pemidanaan restoratif melibatkan korban, keluarga, dan pihak-pihak lain dalam menyelesaikan masalah. Di samping itu, menjadikan pelaku tindak pidana bertanggung jawab untuk memperbaiki kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatannya. Pada korban, penekanannya adalah pemulihan kerugian aset, derita fisik, keamanan, harkat dan kepuasan atau rasa keadilan.

Restorative justice menempatkan nilai yang lebih tinggi dalam keterlibatan yang langsung dari para pihak. Korban mampu untuk mengembalikan unsur kontrol, sementara pelaku didorong untuk memikul tanggung jawab sebagai sebuah langkah dalam memperbaiki kesalahan yang disebabkan oleh tindak kejahatan dan dalam membangun sistem nilai sosialnya. Keterlibatan komunitas secara aktif memperkuat komunitas itu sendiri dan mengikat komunitas akan

nilai-nilai untuk menghormati dan rasa saling mengasihi antar sesama. Sehingga peranan pemerintah berkurang dalam memonopoli proses peradilan. *Restorative justice* membutuhkan usaha-usaha yang kooperatif dari komunitas dan pemerintah menciptakan sebuah kondisi dimana korban dan pelaku dapat merekonsiliasikan konflik mereka dan memperbaiki luka-luka mereka.

Seperti diuraikan sebelumnya bahwa sistem pemidanaan belum menempatkan *restorative justice* sebagai bentuk formil penyelesaian kasus, sehingga disinilah peran aparat penegak hukum dalam bertindak atas nama undang-undang menyelesaikan tindak pidana yang terjadi, dengan menghukum pelaku sesuai dengan undang-undang yang berlaku.

Namun penegak hukum juga dapat menerapkan dan memaknai *restorative justice* sesuai penafsiran masing-masing berdasarkan batasan kewenangan yang dimilikinya, seperti pihak kepolisian dapat menggunakan diskresinya dengan mengeluarkan Surat Perintah Penghentian Penyidikan (SP3), kejaksaan melalui deponeringnya, dan pengadilan melalui putusannya. Banyak pihak menganggap bahwa upaya perdamaian antara pelaku dan korban dengan mengakui kesalahan, memberi ganti rugi dan menyantuni keluarga korban merupakan bentuk pertanggungjawaban pidana oleh pelaku, padahal dengan perdamaian tidak menggugurkan tuntutan perkara pidana.

Perdamaian dengan kewajiban mengganti kerugian dapat dilakukan di luar pengadilan jika terjadi kesepakatan damai di antara para pihak, namun segala bentuk ganti rugi yang diberikan pihak pelaku kepada korban (atau keluarganya) tidak akan menghentikan proses penegakan hukum itu sendiri sehingga penanganan kasus tetap berlanjut, dan kesepakatan damai pihak pelaku dan

korban hanya mengesampingkan tuntutan ganti kerugian di muka persidangan, karena hakim dapat memutuskan besaran ganti kerugian berdasarkan kesepakatan damai antara pihak terlibat. Hal ini menimbulkan benturan kepastian hukum bagi para pihak, khususnya pelaku kekhawatiran penerusan kasus ke meja persidangan akan terus membayangi, padahal telah terjadi kesepakatan para pihak akan perdamaian dan kompensasi diberikan.

Sebelum adanya payung hukum formal maka penerapan *restorative justice* tidak akan memiliki nilai kepastian hukum, jikalau ada kepastian hukumnya akan sangat bergantung sekali kepada aparat penegak hukum sesuai dengan kewenangan yang dimilikinya, hal inilah yang menyebabkan ambiguitas dari penerapan *restorative justice* itu sendiri, karena paradigma aparat penegak hukumlah yang dapat memaknai konsep *restorative justice*.

Selain itu paradigma yang ada disebagian masyarakat Indonesia, termasuk aparat penegak hukum adalah paradigma legalistik formal yang terpaku pada undang-undang, sehingga upaya penerapan *restorative justice* memiliki kendala dalam pelaksanaan terhadap penegakan hukum tindak pidana, akan sangat mengusik pandangan masyarakat manakala pelaku tidak dihukum sesuai perbuatannya.

C. Perdamaian Dalam Mediasi Penal sebagai Penyelesaian Sengketa

Perdamaian sebagai hal yang dapat menghapuskan pidana tidak terdapat dalam KUHP yang telah menyebutkan secara limitatif hal yang menghapuskan pidana. Walaupun dalam surat pernyataan menyatakan para pihak tidak akan meneruskan perkara pidana terhadap nyawa tersebut secara pidana dan tidak akan

menuntut pelaku, dan dibuat secara tertulis di atas materai.

Perdamaian sama sekali tidak dapat dijadikan oleh penyidik sebagai alasan menghapus pidana bagi pelaku. Bahkan, walaupun adakalanya pihak korban memohon untuk tidak melanjutkan proses pidana bagi pelaku. Dengan perdamaian dapat dijadikan pertimbangan meringankan hukuman bagi pelaku.

Walaupun perdamaian dalam perkara pidana terhadap nyawa tidak mengikat penyidik, tetapi apabila para pihak (tersangka dan korban) telah melakukan perdamaian, pelaku telah membayar sejumlah uang kepada korban sebagaimana layaknya, maka karena relanya pelaku berarti telah mengakui kesalahan dengan itikad baik, sehingga telah ada satu alasan atau hal demikian wajarlah kalau perkaranya tidak dilanjutkan. Dengan perdamaian, permusuhan kedua belah pihak sudah semakin berkurang atau dapat dihindarkan karena dilakukan atas kemauan atau kehendak kedua belah pihak, bukan karena adanya unsur paksaan.

Dalam praktek, perdamaian tidaklah dapat digunakan sebagai alasan menghapuskan hukuman atau mengenyampingkan perkara karena perdamaian hanya mengikat para pihak, tidak mengikat Penyidik, Penuntut Umum dan Hakim. Perdamaian dalam perkara pidana pada umumnya dilakukan perdamaian di luar sidang, sedangkan perdamaian di depan penyidik, jaksa dan hakim tidak mungkin dilakukan karena tidak mempunyai dasar hukum dan tidak berkewajiban bahkan tidak diperbolehkan untuk menawarkan perdamaian.

Walaupun perdamaian dalam perkara pidana tidak diatur dalam undang-undang, tetapi perdamaian masih mempunyai fungsi juga, yaitu :

1. Untuk mengurangi beratnya hukuman yang dijatuahkan oleh hakim terhadap pelaku tindak pidana tersebut;

2. Untuk menghindarkan atau mengurangi permusuhan antara para pihak (pelaku dengan korban) dikemudian hari;
3. Untuk menghindari adanya gugatan perdata dari pihak keluarga korban dengan alasan perbuatan melawan hukum.

Sebagai pengejawantahan sila keempat Pancasila, nilai musyawarah lebih dihormati dan dihargai sebagai kebiasaan yang hidup dalam masyarakat. Seharusnya perdamaian tersebut, dijadikan sebagai akhir penyelesaian perkara pidana karena memang itu yang dikehendaki oleh pelaku dan juga korban.

Hal ini sejalan dengan teori hukum pidana yang dikemukakan D. Schaffmeister dan N. Keijzer, seorang ahli hukum Belanda, menyatakan bahwa unsur perbuatan pidana itu adalah jika seseorang terbukti melakukan bahwa perbuatannya itu sifatnya tercela atau dilakukan dengan kesalahan atau merugikan orang lain. Seseorang bisa dipidana jika perumusan deliknya terpenuhi, baik formal maupun materil dan sifat perbuatan melawan hukum terpenuhi baik formal maupun materil serta perbuatan itu tercela. Akan tetapi, jika perbuatan itu tidak lagi tercela dan tidak ada yang dirugikan, maka seseorang itu tidak dapat dipidana.³³⁰

Demikian juga perdamaian dalam perkara pidana terhadap nyawa, dengan adanya pemaafan, dan ganti kerugian oleh pelaku terhadap korban dan pihak korban menerima dengan ikhlas dan memaafkan pelaku, sebenarnya tidak ada lagi pihak yang dirugikan serta sifat tercela dari perbuatan pelaku menjadi hilang karena adanya itikad baik dari pelaku untuk meminta maaf dan bertanggungjawab terhadap perbuatannya. Berkaitan tujuan pemidanaan, perdamaian dalam menyelesaikan perselisihan sejalan tujuan pemidanaan, khususnya sarana menyelesaikan konflik, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat.

Perdamaian oleh korban dengan pelaku tindak pidana juga mempunyai arti

³³⁰ *Ibid*, hlm 12.

penting dalam mengaspirasikan dua kepentingan yaitu kepentingan korban dan kepentingan pelaku tindak pidana, mengingat struktur hukum pidana Indonesia saat ini belum mengakomodasikan kepentingan korban dimana hanya ditempatkan sebagai saksi korban yang hanya bergantung nasibnya pada jaksa yang mewakili kepentingannya. Perdamaian juga dapat dijadikan alternatif pidana yaitu sebagai tindakan non penal dalam menyelesaikan permasalahan mengingat upaya penal merupakan ultimum remedium apabila upaya lain tidak mampu mengatasi.

Perdamaian merupakan salah satu cara dalam menyelesaikan konflik pada masyarakat di Indonesia yang memandang penyelesaian dengan jalan damai merupakan nilai terpuji dan dijunjung tinggi sehingga mendapat dukungan yang kuat. Hukum adat Indonesia memandang setiap penyimpangan terhadap aturan adat akan menimbulkan keguncangan/ketidakseimbangan, sehingga terhadap orang yang melanggar aturan dikenakan sanksi/reaksi adat. Sanksi/reaksi adat yang dijatuhan merupakan usaha mengembalikan ketidakseimbangan, termasuk ketidakseimbangan bersifat magis akibat adanya gangguan berupa pelanggaran adat. Pemberian sanksi adat berfungsi sebagai stabilitator mengembalikan keseimbangan adat dunia lahir dan dunia ghaib, bukan penderitaan.

Hukum kebiasaan biasanya yang lebih menyesuaikan dengan konflik sosial dibanding hukum positif yang ada, sebab dalam masyarakat majemuk seperti Indonesia tidak mustahil di samping tunduk kepada hukum positif masih mengikuti hukum kebiasaan, termasuk sistem mediator seperti yang terdapat di Kalimantan, Irian Jaya dan sebagainya.³³¹

Nilai yang menjelma dalam perdamaian merupakan hukum yang hidup (*the living law*) sebab menjelaskan perasaan hukum nyata dari masyarakat. Hukum yang hidup dalam suatu masyarakat merupakan suatu sistem hukum dalam arti

³³¹ Alef Musyahadah, *Kedudukan Perdamaian Antara Korban Dengan Pelaku Tindak Pidana Dalam Sistem Pemidanaan*, Tesis, Universitas Diponegoro, Semarang, 2005. hlm 109.

sebenarnya, yaitu hukum sebagai suatu proses nyata dan aktual.

Perdamaian antara korban dengan pelaku tindak pidana juga mempunyai peranan penting sebagai sarana pembaharuan hukum pidana yang bermakna upaya melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana sesuai nilai sentral sosio politik, sosio filosofik, dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia,³³² khususnya nilai-nilai positif yang terkandung dalam perdamaian dan merupakan nilai kultural yang dimiliki oleh masyarakat Indonesia dapat menjadi sumbangan dalam rangka pembaharuan hukum pidana tersebut.

Berdasarkan hal di atas, sangat perlu pengaturan perdamaian sebagai alasan penghapus pidana sebagai terobosan dalam pembaharuan hukum di Indonesia. Banyak nilai keadilan tergali jika pelaksanaan *restorative justice* diterapkan, karena keadilan restoratif merupakan paradigma alternatif untuk keadilan yang bertentangan dengan nilai tradisional dan prosedur sistem pidana tradisional.³³³

D. Diskresi Kepolisian Dalam Penyelesaian Sengketa

Istilah polisi mulanya berawal dari bahasa Yunani yaitu *Politie*, berarti pemerintahan negara atau mulanya meliputi semua hal mengenai kenegaraan, semua usaha negara, tidak terkecuali urusan keagamaan.³³⁴

³³² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bandung, 1996, hlm 30.

³³³ Larry E. Sullivan and Marie Simmonetti Rose dalam *Encyclopedia of Law Enforcement* Volume I, 2010, hlm 154.

³³⁴ R Seno Soeharja, *Serba-Serbi Tentang Polisi*, Alumni, Bandung, 1993, hlm 10. Pada saat itu negara Yunani terdiri dari kota-kota yang dinamakan Polis. Jadi pada zaman itu arti Polisi demikian luas bahkan meliputi seluruh pemerintahan negara kota, termasuk urusan keagamaan seperti penyembahan terhadap dewa. Momo Kelana, *Hukum Kepolisian*, Gramedia Widya Sarana, Jakarta, 2004, hlm 10.

Polisi adalah badan pemerintahan yang bertugas memelihara keamanan dan ketertiban umum.³³⁵ Polisi bagian dari kekuasaan eksekutif, bertugas melindungi negara, alat-alat negara demi kelancaran roda pemerintahan, rakyat dan haknya terhadap penyerangan dan bahaya serta selalu waspada dengan pertolongan dan paksaan.³³⁶ Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 menyatakan Kepolisian adalah segala hal ihwal yang berkaitan dengan fungsi dan lembaga polisi sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Lembaga kepolisian memiliki 3 (tiga) fungsi, yaitu fungsi memelihara keamanan, fungsi pelayanan masyarakat, dan fungsi peradilan pidana.³³⁷ Fungsi kepolisian disebutkan dalam Pasal 2 Undang-Undang Kepolisian, sedangkan tugasnya di dalam Pasal 13 dan 14 ayat (1) Undang-Undang Kepolisian, yakni :

Pasal 13: Tugas pokok Kepolisian Negara Republik Indonesia adalah:

1. Memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat ;
2. Menegakkan hukum ; dan
3. Memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat.

Pasal 14 ayat (1) : Dalam melaksanakan tugas pokok sebagaimana dimaksud dalam Pasal 13, Kepolisian Negara Republik Indonesia bertugas :

- a. Melaksanakan pengaturan, penjagaan, pengawalan, dan patroli terhadap kegiatan masyarakat dan pemerintah sesuai kebutuhan ;
- b. Menyelenggarakan segala kegiatan dalam menjamin keamanan, ketertiban, dan kelancaran lalu lintas di jalan ;
- c. Membina masyarakat untuk meningkatkan partisipasi masyarakat, kesadaran hukum masyarakat serta ketaatan warga masyarakat terhadap hukum dan peraturan perundangundangan ;
- d. Turut serta dalam pembinaan hukum nasional ;
- e. Memelihara ketertiban dan menjamin keamanan umum ;

³³⁵ W. J. S. Poerwardarminta, *Kamus Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1995, hlm 763.

³³⁶ Djoko Prakoso, *Polri Sebagai Penyidik Dalam Penegakan Hukum*, Bina Aksara, Jakarta, 2007, hlm 136.

³³⁷ O C Kaligis, *Pengawasan Terhadap Jaksa Selaku Penyidik Tindak Pidana Khusus Dalam Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Alumni, Bandung, 2006, hlm 46.

- f. Melakukan koordinasi, pengawasan, dan pembinaan teknis terhadap kepolisian khusus, penyidik pegawai negeri sipil, dan bentuk-bentuk pengamanan swakarsa;
- g. Melakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap semua tindak pidana sesuai hukum acara pidana dan peraturan perundang-undangan lainnya ;
- h. Menyelenggarakan identifikasi kepolisian, kedokteran kepolisian, laboratorium forensik dan psikologi kepolisian untuk kepentingan tugas kepolisian ;
- i. Melindungi keselamatan jiwa raga, harta benda, masyarakat, dan lingkungan hidup dari gangguan ketertiban dan/atau bencana termasuk memberikan bantuan dan pertolongan dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia ;
- j. Melayani kepentingan warga masyarakat untuk sementara sebelum ditangani oleh instansi dan/atau pihak yang berwenang ;
- k. Memberikan pelayanan kepada masyarakat sesuai dengan kepentingannya dalam lingkup tugas kepolisian ; serta
- l. Melaksanakan tugas lain sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Fungsi kepolisian sebagai bagian sistem peradilan pidana merupakan salah satu fungsi kepolisian, fungsi ini paling banyak disorot masyarakat, maka kegiatan polisi hanya diidentikkan dengan fungsi ini saja. Fungsi polisi dalam peradilan pidana memberikan tugas bagi polisi dalam penegakan hukum dan dalam rangka penegakan hukum (pidana).³³⁸ Dalam melaksanakan tugasnya Polri harus peka dan tanggap terhadap segala ancaman kemungkinan gejolak sosial dalam masyarakat terutama yang mengganggu keamanan dan ketertiban masyarakat maupun menghambat kelancaran pelaksanaan pembangunan nasional. Tugas pokok tersebut dirinci lebih luas sebagai berikut :³³⁹

1. Aspek ketertiban dan keamanan umum ;
2. Aspek perlindungan perorangan dan masyarakat dari gangguan/perbuatan melanggar hukum/kejahatan dari penyakit masyarakat dan aliran kepercayaan yang membahayakan termasuk aspek pelayanan masyarakat dengan memberikan perlindungan dan pertolongan;
3. Aspek pendidikan sosial bidang ketaatan hukum warga masyarakat;
4. Aspek penegak hukum di bidang peradilan, khususnya di bidang penyelidikan dan penyidikan.

³³⁸ Soewadji, *Merubah Image Polisi*, Pustaka Bintang, Jakarta, 2005, hlm 31.

³³⁹ *Ibid*, hlm 34.

Diskresi Polisi diartikan sebagai suatu kebijaksanaan berdasarkan kekuasaan untuk melakukan suatu tindakan atas dasar pertimbangan dan keyakinan dirinya. Kewenangan diskresi adalah suatu kekuasaan atau wewenang yang dilakukan berdasarkan hukum atas dasar pertimbangan dan keyakinannya dan lebih menekankan pertimbangan moral ketimbang dalam kerangka hukum. Meskipun demikian diskresi itu dilakukan bukan lepas dari ketentuan hukum tetapi diskresi itu tetap dilakukan dalam kerangka hukum.

Diskresi sebagai kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi dihadapi.³⁴⁰ Diskresi dikaitkan dengan pengambilan keputusan, kekuasaan atau kewenangan yang dilakukan oleh seseorang terhadap persoalan yang dihadapi.³⁴¹ Polisi selaku pelaku diskresi, yaitu bertindak seolah-olah tidak berdasarkan hukum positif yang berlaku, apabila dikaji lebih jauh justru itu suatu tindakan yang dapat menjunjung tinggi tujuan hukum itu sendiri yaitu kesejahteraan, kenyamanan dan ketertiban.

Dipergunakannya hukum pidana (KUHP dan peraturan perundang- undangan lain) bukanlah satu-satunya. Sebagaimana dikatakan Louis A. Redelet yang dikutip Roeslan Saleh: *Law is not an end in itself, properly understood, it is a mean to higher ends in human affair, much as good order, justice*³⁴²

Pekerjaan polisi tidak hanya harus dilihat dalam kaitan penyelenggaraan hukum melainkan lebih luas lagi. Bukan hanya pekerjaan berkualitas hukum semata, melainkan semua urusan sebagai konsekuensi tugas pokok polisi meliputi berbagai macam kegiatan pemeliharaan dan pencegahan seperti memeliharaa

³⁴⁰ C. S. T. Simorangkir, *Kamus Hukum Indonesia*, Alenia Baru, Jakarta, 1980, hlm 45.

³⁴¹ Djoko Prakoso, *Op, Cit*, hlm 182.

³⁴² Roeslan Saleh, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Makalah kuliah S2 Ilmu Hukum Undip, 1995, hlm 74.

ketertiban dan keamanan, keselamatan orang, benda dan masyarakat, mencegah dan memberantas menjalanya penyakit-penyakit masyarakat.

Dalam menjalankan tugas dan fungsi membutuhkan kreativitas. Pada gilirannya kreativitas membutuhkan kelonggaran dan kebebasan dalam bertindak dan itu berarti tugas Polisi tidak bisa diatur dan dibatasi atau dalam istilah ilmunya dibutuhkan suatu diskresi untuk bisa melaksanakan tugas tersebut.³⁴³ Hukum itu hanya dapat menuntut kehidupan bersama secara umum, sebab hukum mengatur secara rinci dengan memberikan skenario langkah secara lengkap, maka pada waktu itu pula kehidupan akan macet. Sesungguhnya diskresi merupakan kelengkapan dari sistem pengaturan oleh hukum itu sendiri.³⁴⁴ Suatu tujuan hukum tidak selalu identik dengan tujuan yang dirumuskan secara eksplisit apa yang dinyatakan dalam suatu aturan belum tentu merupakan alasan yang sesungguhnya dari pembuatan aturan tersebut.³⁴⁵

Dalam Pasal 18 ayat (1) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia ditegaskan untuk kepentingan umum pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaianya sendiri. Pertimbangan demi kepentingan umum adalah diantara alternatif berbagai macam pertimbangan yang diyakin anggota Polisi. Langkah kebijaksanaan yang diambil Polisi biasanya dengan pertimbangan berikut :³⁴⁶

1. Penggunaan hukum adat setempat dirasa lebih efektif dibanding dengan hukum positif yang berlaku;
2. Hukum setempat lebih dapat dirasakan oleh para pihak antara pelaku, korban dan masyarakat;

³⁴³ Satijipto Rahardjo dan Anton Tabah, *Polisi, Pelaku dan Pemikir*, Op, Cit, hlm 28.

³⁴⁴ *Ibid*, hlm.11.

³⁴⁵ *Ibid*, hlm 7.

³⁴⁶ M. Faal, *Op*, Cit, hlm 74.

3. Kebijaksanaan yang ditempuh lebih banyak manfaat daripada semata-semata menggunakan hukum positif yang ada;
4. Atas kehendak mereka sendiri;
5. Tidak bertentangan dengan kepentingan umum.

Kepentingan umum dalam Pasal 1 butir 7 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 disebutkan : Kepentingan umum adalah kepentingan masyarakat dan atau kepentingan bangsa dan negara demi terjaminnya keamanan dalam negeri. Hal tersebut masih abstrak dan perlu penjabaran lebih lanjut sehingga tidak menimbulkan pemahaman bermacam-macam hingga menimbulkan kesan penyalahgunaan kekuasaan atau wewenang.

Dikaitkan dengan diskresi kepolisian, nilai ketertiban dan ketentraman merupakan hal menarik perhatian. Antara nilai itu si petugas hukum harus dapat menyelesaikan antara kedua unsur itu. Ketertiban lebih ditekankan kepada kepentingan umum sedangkan ketentraman lebih dititikberatkan pada kepentingan perseorangan. Kedua kepentingan harus diperhatikan setiap penegak hukum di lapangan terutama kepolisian. Demikian juga keserasian antara nilai tradisional dengan nilai pembaharuan, agar tidak menimbulkan gejolak, polisi hendaknya mampu mendekati dan mengamati dengan tangan. Alhasil keseluruhan nilai di masyarakat ikut mempengaruhi tindakan kepolisian, termasuk hal diskresi. Petugas tidak perlu mempertentangkan nilai adat dengan hukum positif, tetapi kebijaksanaan menyelesaikannya. Dengan cara begini nilai-nilai budaya itu mempengaruhi pejabat di dalam menentukan kebijaksanannya, dalam hal ini diskresi Polisi.³⁴⁷

Sehubungan dengan hal itu, Pasal 18 ayat (2) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 menjelaskan bahwa: Pelaksanaan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan serta Kode Etik Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Diskresi sesungguhnya suatu keputusan atau tindakan kepolisian yang dengan sadar tidak melakukan kewajiban atau tugasnya selaku penegak hukum berdasarkan alasan dipertanggungjawabkan. Pemikiran kebijaksanaan diskresi bisa mengadakan kompromi antara keharusan yang diletakkan dalam peraturan hukum dengan keleluasaan bertindak.³⁴⁸

³⁴⁷ *Ibid*, hlm 111.

³⁴⁸ Satjipto Rahardjo dan Anton Tabah, *Polisi, Pelaku dan Pemikir*, Op, Cit, hlm 11.

Mengingat pemahaman kewenangan diskresi sangat luas, dibutuhkan persyaratan yang harus dimiliki petugas terutama di dalam menilai suatu perkara. Di samping dituntut kecakapan dan kemahiran, kiranya perlu pula instrumen yang dapat membantu misalnya dalam pelaksanaan KUHAP, petugas Polisi sebelum mengadakan penyidikan didahului oleh kegiatan penyelidikan. Jika dipahami lebih jauh, fungsi penyelidikan ini bisa merupakan alat penyaring atau filter terhadap peristiwa yang terjadi apakah dapat dilakukan penyidikan atau tidak.

Fungsi penyaring dalam sistem peradilan pidana menempatkan kedudukan Polisi sebagai *gate keeper process*. Pemberian diskresi Polisi sebenarnya bukan hal sederhana, karena di dalamnya dijumpai konflik kepentingan antara kentingan hukum dan kepentingan masyarakat.

E. Kelemahan Regulasi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal

Pada hukum positif Indonesia asasnya perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu dimungkinkan adanya penyelesaian kasus di luar pengadilan. Akan tetapi, praktik penegakan hukum di Indonesia sering juga perkara pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui diskresi aparat penegak hukum, mekanisme perdamaian, lembaga adat dan lain sebagainya.

Implikasi praktek penyelesaian perkara di luar pengadilan selama ini memang tidak ada landasan hukum formalnya, sehingga lazim juga terjadi suatu kasus secara informal telah dilakukan penyelesaian damai melalui mekanisme hukum adat, namun tetap saja diproses kepengadilan sesuai hukum positif yang berlaku. Konsekuensi makin diterapkan eksistensi mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian perkara dibidang hukum pidana melalui restitusi dalam proses pidana menunjukkan, bahwa perbedaan antara hukum

pidana dan perdata tidak begitu besar dan perbedaan itu menjadi tidak berfungsi.³⁴⁹

Eksistensi mediasi penal merupakan dimensi baru dikaji dari aspek teoretis dan praktik. Seiring berjalannya waktu ketika semakin hari terjadi peningkatan jumlah volume perkara diselesaikan di pengadilan, maka polarisasi dan mekanisme mediasi penal merupakan salah satu solusi menekan volume perkara, sepanjang hal tersebut sungguh-sungguh dikehendaki bersama para pihak (tersangka dan korban), serta untuk mencapai kepentingan yang lebih luas, yaitu terpeliharanya harmonisasi sosial.

Mudzakkir mengemukakan kategorisasi ruang lingkup perkara yang dapat diselesaikan melalui mediasi penal adalah sebagai berikut :³⁵⁰

1. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori delik aduan, baik aduan yang bersifat absolut maupun aduan yang bersifat relatif.
2. Pelanggaran hukum pidana tersebut memiliki pidana denda sebagai ancaman pidana dan pelanggar telah membayar denda tersebut (Pasal 80 KUHP).
3. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori pelanggaran, bukan kejahatan, yang hanya diancam dengan pidana denda.
4. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk tindak pidana di bidang hukum administrasi yang menempatkan sanksi pidana sebagai ultimum remedium.
5. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori ringan/serba ringan dan aparat penegak hukum menggunakan wewenangnya untuk melakukan diskresi.
6. Pelanggaran hukum pidana biasa yang dihentikan atau tidak diproses ke pengadilan (deponir) oleh Jaksa Agung sesuai dengan wewenang hukum yang dimilikinya.
7. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori pelanggaran hukum pidana adat yang diselesaikan melalui lembaga adat.

Melalui proses mediasi penal maka diperoleh puncak keadilan tertinggi karena terjadinya kesepakatan para pihak yang terlibat dalam perkara pidana

³⁴⁹ Barda Nawawi Arief, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara Diluar Pengadilan*. (Semarang: Pustaka Magister, 2008).

³⁵⁰ Mudzakkir, “Alternative Dispute Resolution (ADR): Penyelesaian Perkara Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia” (Jakarta, 18 Januari 2007: makalah workshop, 2007).

tersebut yaitu antara pihak pelaku dan korban. Pihak korban maupun pelaku diharapkan dapat mencari dan mencapai solusi serta alternatif terbaik untuk menyelesaikan perkara tersebut. Implikasi dari pencapaian ini maka pihak pelaku dan korban dapat mengajukankom pensasi yang ditawarkan, disepakati dan dirundingkan antar mereka bersama sehingga solusi yang dicapai bersifat menang-menang (*win-win*). Selain itu, melalui mediasi penal ini akan mempunyai implikasi bersifat positif ketika secara filosofis dicapainya peradilan dilakukan secara cepat, sederhana, dan biaya ringan karena pihak yang terlibat relatif lebih sedikit dibandingkan melalui proses peradilan dengan komponen Sistem Peradilan Pidana (SPP).

Mediasi penal merupakan perkembangan baru dalam ranah hukum pidana yang membawa implikasi mulai diterapkan dimensi bersifat privat ke dalam ranah hukum publik. Pada perspektif filosofis, eksistensi mediasi penal mengandung asas diterapkannya solusi *menang-menang* (*win-win*) dan bukan berakhir dengan situasi kalah-kalah (*lost-lost*) atau menang-kalah (*win-lost*) sebagaimana ingin dicapai oleh peradilan dengan pencapaian keadilan formal melalui proses hukum litigatif (*law enforcement process*).

Apabila diuraikan lebih detail, hakikat mediasi penal dikembangkan dengan bertolak dari ide dan prinsip kerja (*working principles*) sebagai berikut :

Penanganan konflik (*Conflict Handling/Konfliktbearbeitung*): Tugas mediator adalah membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide, bahwa kejahatan telah menimbulkan konflik interpersonal. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi :

1. Berorientasi pada proses (*Process Orientation; Prozessorientierung*): Mediasi penal lebih berorientasi pada kualitas proses dari pada hasil, yaitu: menyadarkan pelaku tindak pidana akan kesalahannya, kebutuhan-kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut, dan sebagainya.
2. Proses informal (*Informal Proceeding-Informalitat*) : Mediasi penal merupakan suatu proses yang informal, tidak bersifat birokratis, menghindari prosedur hukum yang ketat.
3. Ada patisipasi aktif dan otonom pada pihak (*Active and Autonomous Participation-Parteiautonomie/Subjektivierung*) : Para pihak (pelaku dan korban) tidak dilihat sebagai objek dari prosedur hukum pidana, tetapi lebih sebagai subjek yang mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan untuk berbuat. Mereka diharapkan berbuat atas kehendaknya sendiri.

Kemudian terhadap mediasi penal ini dalam *Explanatory Memorandum* dari rekomendasi Dewan Eropa Nomor R. (99) 19 tentang *Mediation in Penal Matters*, dikemukakan model mediasi penal sebagai berikut :

1. Model *informal mediation*
Model ini dilaksanakan oleh personil peradilan pidana (*criminal justice personnel*) dalam tugas normalnya, yaitu dapat dilakukan oleh Jaksa Penuntut Umum dengan mengundang para pihak untuk melakukan penyelesaian informal dengan tujuan tidak melanjutkan penuntutan apabila tercapai kesepakatan. Pada model ini dapat dilakukan oleh pekerja sosial atau pejabat pengawas (*probation officer*), oleh pejabat Polisi atau Hakim.
2. Model *Traditional village or tribal moots*

Menurut model ini, seluruh masyarakat bertemu untuk memecahkan konflik kejahatan diantara warganya dan terdapat pada beberapa negara yang kurang maju dan berada di wilayah pedesaan/pedalaman. Asasnya, model ini mendahuluikan hukum barat dan telah memberi inspirasi bagi kebanyakan program-program mediasi modern. Program mediasi modern sering mencoba memperkenalkan berbagai keuntungan dari pertemuan suku (*tribal moots*) dalam bentuk yang disesuaikan dengan struktur masyarakat modern dan hak-hak individu yang diakuinya menurut hukum.

3. Model *Victim-offender mediation*

Menurut model ini maka mediasi antara korban dan pelaku merupakan model yang paling sering ada dalam pikiran orang. Model ini melibatkan bebagai pihak yang bertemu dengan dihadiri oleh mediator yang ditunjuk. Banyak variasi dari model ini. Mediatornya dapat berasal dari pejabat formal, mediator independen, atau kombinasi. Mediasi ini dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik pada tahap kebijaksaan polisi, tahap penuntutan, tahap pemidanaan atau setelah pemidanaan. Model ini ada yang diterapkan untuk semua tipe pelaku tindak pidana, ada yang untuk tipe tindak pidana tertentu (misalnya pengutilan, perampukan dan tindak kekerasan). Ada yang terutama ditujukan pada pelaku anak, pelaku pemula, namun ada juga untuk delik-delik berat dan bahkan untuk recidivist.

4. Model *Reparation negotiation programmes*

Model ini semata-mata untuk menaksir atau menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayar oleh pelaku tindak pidana kepada korban, biasanya pada saat pemeriksaan di pengadilan. Program ini berhubungan

dengan rekonsiliasi antara para pihak, tetapi hanya berkaitan dengan perencanaan perbaikan materiel. Dalam model ini, pelaku tidak pidana dapat dikenakan program kerja agar dapat menyimpan uang untuk membayar ganti rugi/kompensasi.

5. Model *Community panels of Courts*

Model ini merupakan program untuk membelokan kasus pidana dari penuntutan atau peradilan pada prosedur masyarakat yang lebih fleksibel dan informal dan sering melibatkan unsur mediasi atau negosiasi.

6. Model *Family and community group conferences*

Model ini telah dikembangkan di Australia dan New Zealand, yang melibatkan partisipasi masyarakat dalam SPP (sistem peradilan pidana). Tidak hanya melibatkan korban dan pelaku tindak pidana, tetapi juga keluarga pelaku dan warga masyarakat lainnya, pejabat tertentu (seperti polisi dan hakim anak) dan para pendukung korban. Pelaku dan keluarganya diharapkan menghasilkan kesepakatan yang komprehensif dan memuaskan korban serta dapat membantu untuk menjaga si pelaku keluar dari kesusaahan/persoalan berikutnya.

Dalam perkembangannya, penyelesaian perkara di luar pengadilan maka tidak semua perkara pidana dapat dilakukan melalui dimensi mediasi penal. Kasus hukum yang memiliki preferensi untuk diselesaikan melalui ADR adalah sebagai berikut :

1. Kasus-kasus yang pelaku (atau tersangka pelaku) tidak melibatkan negara. Atau, dapat pula diprioritaskan untuk tindak pidana yang termasuk kategori delik aduan. Di samping itu ADR juga dapat diperluas mencakup tindak

pidana yang korbannya adalah masyarakat atau warga negara sehingga mereka sendiri yang mengungkapkan tingkat kerugian yang dialaminya.

2. Tindakan pidana yang walaupun melibatkan negara (sebagai tersangka pelaku), tetapi memerlukan penyelesaian mengingat berdampak langsung kepada masyarakat. Misalnya, untuk tindak pidana di bidang ekonomi dimana negara mengharapkan adanya pengembalian dana negara dalam kasus-kasus korupsi.

Secara parsial dan terbatas sifatnya, mediasi penal diatur dalam Surat Kapolri Nomor 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. Pada Surat Kapolri Nomor Pol : B/3022/XII/2009/SDEOPS tanggal 14 Desember 2009 ditentukan beberapa langkah-langkah penanganan kasus melalui ADR yaitu :

1. Mengupayakan penanganan kasus pidana yang mempunyai kerugian materi kecil, penyelesaiannya dapat diarahkan melalui konsep ADR;
2. Penyelesaian kasus pidana dengan menggunakan ADR harus disepakati oleh pihak-pihak yang berperkara namun apabila tidak terdapat kesepakatan baru diselesaikan sesuai dengan prosedur hukum yang berlaku secara profesional dan proporsional;
3. Penyelesaian kasus pidana yang menggunakan ADR harus berprinsip pada musyawarah mufakat dan harus diketahui oleh masyarakat sekitar dengan menyertakan RT/RW setempat;

4. Penyelesaian kasus pidana dengan menggunakan ADR harus menghormati norma sosial/adat serta memenuhi azas keadilan;
5. Memberdayakan anggota Polmas dan memerankan FKPM yang ada di wilayah masing-masing untuk mampu mengidentifikasi kasus-kasus pidana yang mempunyai kerugian materiil kecil dan memungkinkan untuk diselesaikan melalui konsep ADR;
6. Untuk kasus yang telah dapat diselesaikan melalui konsep ADR agar tidak lagi disentuh oleh tindakan hukum lain yang kontra produktif dengan tujuan Polmas

Kemudian dalam Pasal 14 huruf f Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2008 tentang Pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Tugas Polri ditentukan bahwa penerapan konsep alternative dispute resolution (pola penyelesaian masalah sosial melalui jalur alternatif yang lebih efektif berupa upaya menetralisir masalah selain melalui proses hukum atau litigasi), misalnya melalui upaya perdamaian.

Selanjutnya, pengaturan penyelesaian perkara di luar pengadilan melalui mediasi penal juga diatur dalam Inpres Nomor 8 Tahun 2002 tentang Pemberian Jaminan Kepastian Hukum kepada Debitur yang Telah Menyelesaikan Kewajibannya atau Tindakan Hukum kepada Debitur yang Tidak Menyelesaikan Kewajibannya Berdasarkan Penyelesaian Kewajiban Pemegang Saham. Inpres ini ditujukan kepada beberapa Menteri/Kepala Lembaga Pemerintahan, antara lain Menteri Kehakiman dan HAM, Jaksa Agung RI, Kepala Kepolisian RI dan Ketua Badan Penyehatan Perbankan Nasional. Pada diktum pertama angka 4

Inpres Nomor 8 Tahun 2002 disebutkan bahwa dalam hal pemberian kepastian hukum sebagaimana dimaksud dalam angka 1 menyangkut pembebasan debitur dari aspek pidana yang terkait langsung dengan program Penyelesaian Kewajiban Pemegang Saham, yang masih dalam tahap penyelidikan, penyidikan dan/atau penuntutan oleh instansi penegak hukum, maka sekaligus juga dilakukan dengan proses penghentian penanganan aspek pidananya, yang pelaksanaannya tetap dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang- undangan yang berlaku.

Pengaturan mediasi penal sebagaimana konteks di atas diatur secara parsial, terbatas dan gradasi pengaturannya diatur pada level di bawah undang- undang. Akan tetapi, dalam batas pengaturan di tingkat undang-undang, untuk perkara pidana pada dasarnya tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu, dimungkinkan ada penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan akan tetapi tidak termasuk ruang lingkup mediasi penal. Ketentuan-ketentuan tersebut dapat disebutkan sebagai berikut :

1. Dalam hal tindak pidana dilakukan berupa pelanggaran yang hanya diancam dengan pidana denda. Ketentuan Pasal 82 KUHP menentukan kewenangan/hak menuntut tindak pidana pelanggaran itu hapus, apabila terdakwa telah membayar denda maksimum untuk pelanggaran tersebut dan biaya-biaya yang telah dikeluarkan kalau penuntutan telah dilakukan. Pada dasarnya, norma ketentuan Pasal 82 KUHP ini dikenal dengan istilah *afkoop* atau pembayaran denda damai yang merupakan salah satu alasan penghapusan penuntutan.
2. Dalam hal tindak pidana dilakukan oleh anak dibawah usia 8 (delapan) tahun.

Menurut ketentuan Pasal 5 UU 3/1997 tentang Pengadilan Anak maka

ditentukan batas usia anak nakal yang dapat diajukan ke pengadilan sekurang-kurangnya 8 (delapan) tahun dan belum mencapai 18 (delapan belas) tahun. Khusus, terhadap anak di bawah usia 8 (delapan) tahun, penyidik dapat menyerahkan kembali anak tersebut kepada orang tua, wali, atau orang tua asuhnya apabila dipandang masih dapat dibina atau diserahkan kepada Departemen Sosial apabila diandang tidak dapat lagi dibina oleh orang tua/wali/orang tua asuh.

3. Dalam hal terjadi kasus pelanggaran Hak Asasi Manusia (HAM) sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat 7, Pasal 76 ayat 1, Pasal 89 ayat 4 dan Pasal 96 UU 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia yang memberi kewenangan kepada Komnas HAM untuk melakukan mediasi dalam kasus pelanggaran HAM. Aspek ini sifatnya hanya bersifat parsial, oleh karena tidak ada ketentuan secara tegas menyatakan bahwa semua kasus pelanggaran HAM dapat dilakukan mediasi oleh Komnas HAM, karena ketentuan pasal 89 ayat (4) menentukan bahwa Komnas HAM dapat juga hanya memberi saran kepada para pihak untuk menyelesaikan sengketa melalui pengadilan, atau hanya memberi rekomendasi kepada pemerintah atau DPR untuk ditindak lanjuti penyelesaiannya. Selain itu pula, ketentuan UU 39/1999 tidak mengatur secara tegas yang menyatakan bahwa akibat adanya mediasi oleh Komnas HAM itu dapat menghapuskan penuntutan atau pemidanaan, tetapi berdasarkan Pasal 96 ayat (3) hanya ditentukan bahwa, "keputusan mediasi mengikat secara hukum dan berlaku sebagai alat bukti yang sah.

Kemudian dalam KUHP baru sebagai *ius constitutum* aspek penyelesaian perkara di luar pengadilan telah diatur dalam ketentuan Pasal 145 huruf d, dimana gugurnya kewenangan penuntutan karena telah dilakukan penyelesaian di luar proses. Selanjutnya, dalam konteks SPP khususnya dalam sub sistemnya maka pemanfaatan ADR lebih efektif dikembangkan oleh Kepolisian ketimbang Kejaksaan ataupun Pengadilan.

Dalam kaitan itu, maka tak terhindarkan apabila pemanfaatan ADR dalam perspektif ini lebih dirasakan pentingnya untuk dikembangkan oleh kepolisian ketimbang kejaksaan ataupun pengadilan, mengingat peran kepolisian sebagai gerbang awal dari sistem peradilan pidana. Dapat diperkirakan bahwa suatu kasus yang telah dimulai secara ADR, katakanlah demikian, akan lebih mungkin untuk diteruskan dan berakhir dengan cara ADR pula ketimbang ADR dimunculkan ditengah (ketika perkara ditangani kejaksaan) atau diakhiri proses peradilan (maksudnya diputus oleh pengadilan).³⁵¹

Pada dasarnya, konteks mediasi penal puncaknya diharapkan dapat menekan penumpukan perkara (*congestion*) di pengadilan khususnya pada tingkat Mahkamah Agung. Tegasnya, walaupun adanya pembatasan permintaan kasasi melalui regulasi berdasarkan ketentuan Pasal 45A UU 5/2004 jo UU 3/2009 akan tetapi setiap tahun terjadi penumpukan perkara. Oleh karena itu, mediasi penal dapat pula menekan penumpukan perkara pada tingkat yudex facti (Pengadilan Negeri/Pengadilan Tinggi).

³⁵¹ Adrianus Meliala, ‘Penyelesaian Sengketa Alternatif: Posisi dan Potensinya di Indonesia’, Makalah.,” 2007.

BAB V

REKONSTRUKSI REGULASI PENYELESAIAN TINDAK PIDANA OLEH KEPOLISIAN MELALUI MEDIASI PENAL BERBASIS NILAI KEADILAN RESTORATIF

A. Keadilan Restoratif Menurut Pancasila dan UUD NRI 1945

Minat pendekatan *restorative justice* sejak Kongres 5 tahunan PBB: *Congress on Crime Prevention and The Treatment of Offenders*. Tahun 1990 dan 1995, LSM dari beberapa negara mensponsori sejumlah sessi pertemuan secara khusus berdiskusi *restorative justice*. Tahun 2000 dihasilkan *UN, Basic Principles On The Use of Restorative Justice Programmes In Criminal Matters* berisi sejumlah prinsip mendasar penggunaan *restorative justice*.³⁵² Model pendekatan ini adalah upaya penyelesaian perkara pidana menitikberatkan adanya partisipasi langsung pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara pidana. Terlepas dari kenyataan bahwa pendekatan ini masih diperdebatkan secara teoretis, akan tetapi pandangan ini pada kenyataannya berkembang dan banyak mempengaruhi kebijakan hukum dan praktik di berbagai negara.

Restorative justice adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini. Di pihak lain, *restorative justice* juga merupakan suatu kerangka berfikir yang baru yang dapat digunakan dalam merespon suatu tindak pidana bagi penegak dan pekerja hukum.

³⁵² Yunan Hilmy, *Penegakan Hukum Melalui Pendekatan Restorative Justice*, Makalah Dalam Rakernis Fungsi Reserse Narkoba Jajaran Polda Kalsel, di Banjarmasin, 11 April 2012.

Dalam penerapannya, *restorative justice* menekankan: adanya kemauan dari pelaku untuk memperbaiki kerugian yang telah ditimbulkannya sebagai bentuk rasa tanggung jawab, adanya kemauan dari korban untuk memberikan maaf, kemauan masyarakat untuk terlibat dalam penyelesaian perkara dan kemauan dari aparat penegak hukum untuk menegakkan hukum secara adil.

Pada intinya, pelaksanaan *restorative justice* adalah memperbaiki kerusakan sosial diakibatkan pelaku, mengembangkan pemulihan korban dan masyarakat, serta mengembalikan pelaku kepada masyarakat. Upaya ini membutuhkan kerja sama semua pihak dan penegak hukum.

Restorative justice menawarkan sesuatu yang berbeda karena mekanisme peradilan yang terfokus kepada pembuktian perkara pidana diubah menjadi proses dialog dan mediasi. Selain itu, tujuan akhir dari sistem berjalan dalam sistem peradilan pidana yaitu membuktikan kesalahan pelaku dan menjatuhki hukuman diubah menjadi upaya mencari kesepakatan atas suatu penyelesaian perkara pidana yang menguntungkan. Tujuan pemidanaan diarahkan pada perbaikan hubungan sosial para pihak. Hal ini secara sederhana dapat digambarkan sebagai berikut:

Perbandingan Sistem Peradilan Pidana dan *Restorative Justice*

	Sistem Peradilan Pidana	<i>Restorative Justice</i>
Tujuan	Mengulangi dan Mengendalikan kejahatan	Mencari penyelesaian atas tindak pidana yang terjadi
Tolak Ukur Keberhasilan	Jumlah Perkara yang diproses dan pidana yang dijatuahkan	Kesepakatan para pihak dapat dijalankan
Tujuan akhir	Mengintegrasikan pelaku kembali ke masyarakat untuk menjadi warga yang baik	Pemulihan hubungan sosial antar stake holder
Bentuk Penyelesaian	Pembalasan, Pemaksaan, Penderitaan bagi pelaku	Pemaafan, Sukarela, Perbaikan untuk semua

Jika dibandingkan beberapa negara lain, *restorative justice* diterapkan secara berbeda-beda, tetapi semuanya diterapkan hanya tindak pidana tertentu.

Di New Zealand, Inggris dan Wales, Philipina dan Canada misalnya, kasus tindak pidana dilakukan anak-anak dan remaja. Di Afrika Selatan pendekatan *restorative justice* digunakan dalam menyelesaikan kasus kekerasan yang pernah dilakukan oleh rezim Apartheid. Australia, Canada, Finlandia, Ghana, Bulgaria, atau Belgia, *restorative justice* digunakan konsep mediasi. Inggris, Selandia Baru, atau Afrika Selatan, digunakan dalam sistem pemidanaan.³⁵³

Dengan menjadikan *restorative justice* sebagai pendekatan maka ada beberapa keuntungan yang bisa didapatkan. *Pertama*, masyarakat diberikan ruang untuk menangani sendiri permasalahan hukumnya yang dirasakan lebih adil. *Kedua*, beban negara dalam beberapa hal menjadi berkurang. Misalnya untuk mengurusi tindak pidana-tindak pidana yang masih dapat diselesaikan secara mandiri oleh masyarakat.

Aparat kepolisian, kejaksaan dan pengadilan dapat lebih memfokuskan diri untuk memberantas tindak pidana-tindak pidana yang kualifikasinya lebih berbahaya. Secara administratif, jumlah perkara yang masuk ke dalam sistem peradilan dapat dikurangi sehingga beban institusi pengadilan sebagaimana diungkapkan di atas menjadi berkurang. Dengan demikian beban untuk menyediakan anggaran penyelenggara sistem peradilan pidana utamanya dalam hal penyelenggaraan lembaga pemasyarakatan pun akan berkurang. Sebagai contoh, Berdasarkan data Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia, isi hunian Lembaga Pemasyarakatan ke Kalimantan Tengah hingga maret 2012 adalah 4.707 orang dengan diantaranya 1.968 orang kasus narkoba dan 170 orang anak. Padahal kapasitasnya hanya 1760 orang. Dengan demikian terdapat *over capacitas* sebesar 267,4 %.³⁵⁴

Untuk membedakan tindakan kepolisian bersifat preventif dan represif dalam kaitan diskresi, sebagai pembagian umum tugas dalam organisasi kepolisian. Dengan demikian dapat arti preventif dan represif kepolisian dalam arti organ dan dalam arti tindakan kepolisian. Atas dasar tugas Polisi yang preventif dan represif secara konseptual di atas atau tugas *order maintenance* dan

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Ibid.*

law enforcement, pertanyaan selanjutnya bagaimana tugas Polisi tersebut dalam hubungan dengan diskresi kepolisian, apakah ada, di bidang tugas apa diskresi Polisi itu dapat diberikan oleh petugas Polisi.

Dalam realita kehidupan di masyarakat, lebih khusus lagi di jalan raya, sering dijumpai polisi membiarkan atau menyuruh jalan iringan pengendara bermotor pengantar jenazah melintas dan melanggar lampu rambu lalu lintas. Di samping itu juga seringkali dijumpai, Polisi tidak menilang pengendara bermotor yang melanggar helm (pelindung kepala), kemudian membebaskan perkara kasus tertentu dengan alasan demi kepentingan umum. Contoh di atas dan masih banyak contoh diskresi jelas dapat diberikan di seluruh Polisi Lalu Lintas (Polantas), Sabhara dan sebagainya maupun di dalam tugas represif baik dalam tugas penjagaan tata tertib (*order maintenance*) maupun dalam tugas penegakan hukum (*law enforcement*). Hanya kadarnya agak berbeda.

Bahwa perkara yang didapatkan petugas Polisi sendiri, kesempatan pemberian diskresi relatif lebih besar jika dibandingkan dengan yang diperoleh orang lain yang menghendaki untuk memprosesnya, terutama dalam perkara *law enforcement* agar hubungan antara masyarakat dengan polisi tetap baik, meski terbatas pada perkara pidana ringan dan tidak membahayakan kepentingan umum.

Begini pula halnya dengan bidang tugas preventif atau *order maintenance* yang pemberian tindakan diskresi relatif cukup besar apabila dibandingkan dengan *law enforcement*. Hal ini terjadi karena tugas Polisi yang relatif sangat luas, sehingga tidak seluruhnya dapat dituangkan secara rinci dalam suatu peraturan. Misalnya dalam rangka menciptakan ketentraman, Polisi harus

bertindak tertentu yang tindakan itu dilakukan sebagai penilaian dan keputusannya sendiri seperti karena alasan kepentingan umum.

Pelaksanaan diskresi tidak bisa lain hendaknya berorientasi pada hakikat tujuan penegakan hukum pidana. Di samping itu pula ditenggarai bahwa dalam pelaksanaan tugas dan kewajiban, Polisi memerlukan wewenang dan wewenang tersebut merupakan tindakan kepolisian yang apabila diperhatikan sangat menyentuh hak asasi manusia.

Berdasarkan pemikiran di atas, Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 memberi peluang untuk diskresi dalam kerangka memelihara keamanan dan ketertiban dan kewenangan bertindak diskresi demi kepentingan umum. Meskipun kepentingan umum yang dimaksud sebagai kepentingan masyarakat dan atau kepentingan bangsa dan negara demi terjaminnya keamanan dalam negeri namun dimungkinkan timbul aspek negatif pelaksanaan wewenang diskresi berupa :

1. Melampaui batas kewenangan atau *abuse of power*;
2. Tidak memperhatikan lagi batasan yang ditetapkan undang-undang. Artinya kecenderungan diskresi sering dilakukan atau diskresi dilakukan demi suatu kepentingan pribadi atau kelompok dan sebagainya yang berakibat pada kerugian bagi orang lain.

Meskipun tujuan dan maksud dilakukannya diskresi kepolisian sangat abstrak dan dapat mengundang bermacam-macam penafsiran, sepatutnya dapat dipertanggungjawabkan dari berbagai segi hukum, segi moral maupun etika kepolisian. Menurut Roeslan Saleh, suatu tindakan penyalahgunaan kekuasaan

harus dipertanggungjawabkan dan kena hukuman sesuai dengan sistem hukum atau norma yang dilanggar itu.³⁵⁵

1. Secara Hukum

Sehubungan tugas Polisi seperti mengenai penangkapan, pemanggilan seseorang, penggeledahan dan sebagainya hingga pada ketentuan umum yang memberi kemerdekaan pejabat negara seperti polisi untuk bertindak leluasaan terhadap pelaksanaan tugas-tugasnya yang di dalam hukum administrasi negara disebut sebagai *freies ermessen* atau *pouvoir discretionnaire*.

Menurut Utrecht sebagaimana dikutip M. Faal, antara lain menjelaskan bahwa penyebab kebebasan dan keleluasaan pejabat negara untuk bertindak sebenarnya karena kompleks dan dinamisnya tugas penguasa sehingga sulit dan tidak dapat diatur secara rinci, pelaksanaan tugas ini terdiri dari tingkah laku-tingkah laku dari penguasa yang dijalankan atas inisiatif pejabat-pejabat yang bersangkutan.³⁵⁶ Kemerdekaan pejabat administrasi tersebut dikenal dengan sebutan *droit function* tidak boleh dijalankan demikian rupa sehingga merugikan kepentingan individu tanpa alasan keadilan dan kelayakan. Pejabat tidak boleh menjalankan wewenangnya untuk menyelenggarakan suatu kepentingan yang lain dari pada yang dimaksud oleh peraturan yang menjadi dasar wewenang itu. Oleh karenanya *freis ermessen* tersebut patut dijaga dari tindakan penyalahgunaan sehingga mengakibatkan *ditournement de pouvoir*.

Berdasarkan pemikiran di atas Polisi yang melanggar ketentuan hukum tentu saja tidak terlepas dari ancaman hukuman. Ancaman atau sanksi hukum itu dapat berakibat pada lembaga maupun pada diri si petugas. Kesemuanya

³⁵⁵ Roeslan Saleh, *Pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994, hlm 34.

³⁵⁶ M Faal, *Penyaringan Perkara oleh Polisi*, Pradnya Paramitha, Jakarta, 2001, hlm 123.

itu sebenarnya merupakan unsur pengontrolan agar pejabat administrasi negara termasuk Polisi dapat mengendalikan diri terhadap segala tindakannya. Sedangkan dilihat dari aspek masyarakat, sangat membutuhkan perlindungan atau defence dari kesewenang-wenangan pejabat.

Untuk menjawab sejauhmana pertanggungjawaban administratif yang dibebankan pada anggota, misal di dalam pelaksanaan pra peradilan. Secara intern Polisi menindak anggotanya yang menyimpang dan merugikan orang lain atau masyarakat. Karena kesalahan Polisi dalam perkara-perkara pra peradilan yang bertanggung jawab adalah lembaga kepolisian.

Karena secara hukum sebenarnya bukanlah kesalahan perorangan, tetapi kesalahan ini dibebankan kepada lembaga kepolisian. Dengan demikian kompensasi yang diberikan berasal dari umum (negara). Hal semacam ini memberikan kesan seolah-olah melepaskan tanggung jawab perorangan tersebut. Kesalahan perorangan yang menjadi tanggung jawab lembaga dan perwujudan tanggung jawab yang diberikan berasal dari dana umum (negara), pada dasarnya karena tindakan yang dilakukan pejabat administrasi negara (dalam hal ini Polisi) merupakan rangkaian tugas yang diberikan oleh negara meskipun pada kenyataan kesalahan tindakan yang dilakukan oleh polisi didasarkan pada kehendak individu polisi. Misal, pemberhentian pemeriksaan perkara oleh Polisi karena tindakan ilegal oleh tersangka berupa pemberian upeti, atau memberikan sejumlah uang kepada polisi yang dilakukan oleh orang yang dinyatakan melakukan pelanggaran.

Dalam hal ini, peraturan hukum lebih melihat persoalan ini secara umum sebagai tanggung jawab tugas negara. Namun tampaknya pimpinan

kepolisian secara intern juga menetapkan kebijakan untuk melakukan pemeriksaan, penelitian bahkan mengambil tindakan terhadap anggota Polisi yang salah mempergunakan wewenangnya untuk mempertanggungjawabkan. Seperti terhadap anggota polisi yang digugat, tetapi ternyata anggota tersebut telah melaksanakan tugas dengan baik dan sesuai prosedur, telah melaksanakan tugas dengan baik dan sesuai prosedur, namun digugat di luar kemampuannya, diambil tindakan dengan cara diberi pengarahan atau petunjuk agar lebih teliti dan berusaha meningkatkan kepekan terhadap ketidakpuasan dari orang-orang yang tersangkut perkara. Sementara terhadap anggota Polisi yang digugat karena kelalaianya/kecerobohnya atau kesengajaan diberi teguran dan atau tindakan administratif serta diproses secara hukum.

Bahwa sanksi yang diberikan adalah sanksi sebagai perbuatan melanggar kode etik profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia. Pasal 34 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 menjelaskan bahwa :

- a. Sikap dan perilaku pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia terikat pada Kode Etik Profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia.
- b. Kode Etik Kepolisian Negara Republik Indonesia dapat menjadi pedoman bagi pengembangan fungsi kepolisian lainnya dalam melaksanakan tugas sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku di lingkungannya.
- c. Ketentuan mengenai Kode Etik Profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia diatur dengan Keputusan Kapolri.

Pasal 35 Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 menyebutkan :

- a. Pelanggaran terhadap Kode Etik Profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia diselesaikan oleh Komisi Kode Etik Kepolisian Negara Republik Indonesia.
- b. Ketentuan mengenai susunan organisasi dan tata kerja Komisi Kode Etik Kepolisian Negara Republik Indonesia diatur dengan Keputusan Kapolri.

Dalam hubungan dengan tugas dan pertanggungjawaban Kepolisian Negara Republik Indonesia, pasal-pasal di atas pada dasarnya menjelaskan setiap anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenang harus mencerminkan kepribadian Bhayangkara Negara seutuhnya yaitu pejuang pengawal dan pengaman Negara Republik Indonesia.

Selain itu untuk mengabdikan diri sebagai alat negara penegak hukum yang tugas dan wewenangnya bersangkutan paut dengan hak dan kewajiban warga negara secara langsung, diperlukan kesadaran dan kecakapan teknis yang tinggi, oleh karena itu setiap anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia harus menghayati dan menjiwai etika profesi Kepolisian tersebut dirumuskan dalam Kode Etik Kepolisian Republik Indonesia yang merupakan kristalisasi nilai-nilai yang terkandung dalam Tribrata dan Catur Prasetya yang dilandasi dan dijiwai oleh Pancasila.

Karena pelaksanaan Kepolisian Negara Republik Indonesia berkaitan erat dengan hak dan kewajiban warga negara dan masyarakat secara langsung serta diikat oleh Kode Etik Profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia, maka dalam hal seorang anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia yang melaksanakan tugas dan wewenangnya dianggap melanggar etika profesi, maka anggota tersebut harus mempertanggungjawabkan perbuatannya di

hadapan Komisi Kode Etik Kepolisian Negara Republik Indonesia. Sedangkan terhadap pelanggaran disiplin dan hukum pidana diselesaikan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Selain itu penggunaan kekuasaan yang melampaui batas wewenang yang dilakukan anggota Kepolisian dalam melaksanakan tugas banyak berakibat merugikan orang lain. Kerugian itu dapat berupa material maupun imateriil, dan ini mempunyai akibat yang sangat luas. Sebagai contoh karena salah tahan. Kerugian yang diterima dapat saja berupa lamanya dalam tahanan sehingga tidak dapat bekerja dan kerugian ekonomis akan didapat.

2. Secara Moral Etika

Merupakan tanggung jawab polisi dari aspek hukum yang sanksi umumnya diberikan oleh kekuatan dari luar diri si Polisi. Sedangkan tanggung jawab moral dan etika kepolisian ini sebenarnya merupakan tanggung jawab batiniah yang sanksinya dirasakan oleh dirinya sebagai anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Dari aspek pembentukannya, hukum itu dibuat oleh lembaga formal yang dalam hal ini adalah pemerintah. Sedangkan etika dibuat oleh lembaga profesi sebagaimana dalam Pasal 35 ayat (2) Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 yaitu susunan organisasi dan tata kerja Komisi Kode Etik Kepolisian Negara Republik Indonesia diatur dengan Keputusan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Dari aspek berlakunya, pada dasarnya hukum diberlakukan pada setiap orang dan semua orang sama kedudukannya dihadapan hukum *equality before the law*, sedangkan etika atau kode etik diberlakukan khusus pada

anggota profesi itu, dalam hal ini adalah anggota Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Dari aspek pelaksanaanya, hukum mengikat dan dapat dipaksakan oleh alat-alat negara, sedangkan kode etik didasarkan pada tuntutan hati nurani, dorongan kekuatan moral dari setiap anggota Polisi. Kode etik merupakan kekuatan moral yang memiliki motivasi dan dukungan yang kuat. Misal seorang polisi yang karena kesalahannya (disengaja atau tidak disengaja) yang mengakibatkan kerugian akan mengalami penyesalan atau rasa menyesal karena perbuatan atau tindakannya terlepas dari apakah tindakan hukum telah dilakukan atau tidak.



Ini suatu gambaran profil Polisi yang benar-benar menghayati kode etik profesinya. Di sini terlihat bahwa kesadaran dan kepatuhan etika dan sanksinya timbul dari hati nurani atau batiniah dan sifatnya sangat pribadi. Meski pun kode etik itu sendiri pada akhirnya mengandung suruhan dan larangan tentang mana-mana yang benar dan mana yang salah, mama yang pantas dan mana yang tidak pantas dilakukan oleh anggota profesi yang tergabung dalam profesinya itu.

Etika profesi yang terhimpun dalam kode etik sebenarnya merupakan norma di dalam kehidupan bersama. Dalam kehidupan bersama manusia berpegang pada pasangan nilai tertentu, yang merupakan pandangan mengenai apa yang dianggap buruk. Etika atau kesusailaan dalam arti luas menunjukkan kepada manusia hal yang merupakan suatu yang benar dan mana yang salah. Sebagai salah satu akibat adanya etika, maka muncul kaidahh, yang cenderung berisikan suruhan, larangan atau pun kebolehan. Bagi hal yang benar tersedia kaidah yang berisikan suruhan maupun kebolehan, sedangkan bagi hal yang salah tersedia kaidah yang berisikan larangan. Kaidah akan mengatur sikap tindak manusia yang mempunyai aspek psiko sosial dalam arti yang luas.³⁵⁷

³⁵⁷ Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Op, Cit, hlm 54.

Atas dasar pentingnya peran kode etik di lingkungan Kepolisian Negara Republik Indonesia sebagaimana dalam Pasal 34 dan Pasal 35 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 yang antara lain menyebutkan bahwa kode etik profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia sebagai pengikat sikap dan perilaku Kepolisian Negara Republik Indonesia dan merupakan pedoman dalam mengembangkan tugas dan fungsinya, maka berdasarkan Surat Keputusan Kepala Kepolisian Republik Indonesia Nomor Polisi: SKEP/213N11/1985 telah disahkan kode etik Kepolisian Republik Indonesia yang berisi 17 butir dan wajib diikrarkan oleh setiap setiap lulusan pendidikan kepolisian sebelum melaksanakan tugasnya.

Termasuk pula dalam hal diskresi polisi sebagaimana Pasal 18 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 yang berbunyi:

- (1) Untuk kepentingan umum pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaianya sendiri.
- (2) Pelaksanaan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan serta Kode Etik Profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Disamping itu pula sebagai pedoman landasan mental dan sikap serta perilaku Polisi di lapangan maka Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia mentepaskan Surat Keputusannya Nomor Polisi: SKEP/433/XI/1985 tentang Buku Saku Pengetahuan Dasar Bagi Anggota Polri di Lapangan yang di dalamnya berisi 12 pedoman landasan mental, sikap dan perilaku Polri di lapangan. Sebenarnya substansi Buku Saku sebagian besar mencerminkan materi *Code of Conduct for Law Enforcement Officials*. Di antara 12 pedoman sikap dan perilaku anggota Polri yang terdapat dalam Buku Saku

ada yang sesuai dengan *Code of Conduct for Law Enforcement Official* dalam Resolusi Majelis Umum PBB Nomor 34/169 tanggal 17 Desember 1979.³⁵⁸

Tugas polisi itu tidak sekedar *law enforcement* tetapi juga *peace maintenance* (kedamaian, ketentraman). Menurut Soerjono Soekanto, penegakan hukum adalah proses penyesuaian nilai, kaidah pola perilaku realitas.³⁵⁹ Kalau tugas polisi itu tidak sekedar penegak hukum tetapi juga menciptakan ketentraman, maka tugas utama penegakan hukum adalah mencapai keadilan.

Penegakan hukum dikatakan merupakan proses, karena upaya penegakan hukum itu berusaha mengkonkritisasi hukum yang masih abstrak atau hukum yang normatif itu menjadi hidup. Konkritisasi terhadap hukum akan nampak dalam pelaksanaan hukum oleh petugas penegak hukum. Upaya penegakan hukum atau menjadikan kaidah hukum yang abstrak itu menjadi konkret tentu saja sangat dipengaruhi beberapa faktor. Menurut Soerjono Soekanto,: Faktor-faktor yang mempengaruhi di dalam menentukan berlakunya hukum itu adalah:³⁶⁰

1. Faktor hukumnya sendiri;
2. Faktor penegak hukum;
3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
4. Faktor masyarakat;
5. Faktor kebudayaan.

Sebagaimana dikemukakan di atas bahwa melalui aplikasi secara konkret terhadap kaidah hukum yang masih abstrak tersebut oleh petugas/Polisi, maka dalam rangka tujuan penegakan hukum pidana tindakan diskresi Polisi diperlukan. Karena penegakan hukum tidak berarti dilaksanakannya hukum secara normatif (apa adanya aturan itu mengatur). Di samping hukum itu sendiri tidak bisa

³⁵⁸ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op, Cit, hlm 9.

³⁵⁹ Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Op, Cit, hlm 33.

³⁶⁰ *Ibid*, hlm 5.

mengatur secara rinci segala perilaku manusia. Agar hukum itu dapat hidup di tengah masyarakat, maka dibutuhkan komponen penegak hukumnya yang diharapkan mampu melihat hukum dan keadaan masyarakat.

1. Faktor Hukum

Hal yang menyangkut faktor hukum adalah persoalan tentang peraturan hukum positifnya yang akan diterapkan di lapangan yang berkaitan dengan tuntutan atau kepentingan tugas atau pengembangan kehidupan bermasyarakat.

Diskresi dilakukan karena :

- a. Peraturan yang sudah tidak sesuai dengan iklim perkembangan dan pembangunan bangsa dan negara.
- b. Peraturan hukum formal itu dapat diselesaikan oleh petugas menurut hukum setempat yang dipandang lebih efektif dan dirasakan keadilannya oleh masyarakat itu.
- c. Peraturan yang dilanggar tersebut termasuk dalam kategori ringan dan dianggap ringan oleh petugas dalam kadar kejahatannya atau obyek kejahatannya maupun pelaku kejahatannya sehingga dirasakan tidak langsung merugikan orang banyak atau kepentingan umum.

Hal ini tidaklah berarti bahwa Polisi bermaksud menghilangkan aturan tertentu, namun dengan melihat latar belakang pelaku dan kondisi-kondisi yang mempengaruhi pelanggaran tersebut, sehingga dirasakan tidak tepat bila perkara itu diproses. Peraturan hukum memang memberi kewenangan petugas untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu atau yang disebut sebagai tindakan diskresi.

Dalam hubungannya dengan faktor hukum yang mempengaruhi tindakan diskresi di atas, dalam praktek penegakan hukum polisi tidak mungkin bertindak kaku, hal ini dikarenakan:³⁶¹

- a. Tidak ada perundang-undangan yang demikian lengkap, sehingga dapat mengatur semua perilaku manusia;
- b. Adanya hambatan-hambatan untuk menyesuaikan petundang- undangan dengan perkembangan-perkembangan di dalam masyarakat sehingga menimbulkan ketidakpastian.
- c. Kurangnya biaya untuk menerapkan perundang-undangan sebagaimana yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang;
- d. Adanya kasus individual memerlukan penanganan secara khusus.

2. Faktor Petugas/Polisi

Salah satu faktor yang juga menentukan dalam rangka penegakan hukum pidana adalah polisi sebagai pelaku alat penegak hukum, khususnya dalam hal tindakan diskresi kepolisian. Faktor petugas, dalam banyak hal sangat menentukan kualitas diskresi itu sendiri, misalnya profil Polisi itu sendiri, latar belakang pendidikan Polisi, kemahiran Polisi dan sebagainya.

Polisi selaku penegak hukum, ia bisa mencerminkan dirinya sebagai bapak, sebagai teman, sebagai pengabdi, sebagai moralis, sebagai jagoan babkan sebagai penembak jitu. Pada saat tertentu Polisi pun bisa menjadi keras ketika berhadapan dengan ancaman yang sangat membahayakan jiwa, badan, harts benda dan sebagainya masyarakat yang dilindungi.

3. Faktor Kebudayaan

Budaya/kebudayaan dimaksud adalah nilai-nilai tertuang dalam konsep-konsep abstrak tentang hal yang baik/sebaiknya dan yang buruk atau tidak boleh dilakukan yang mendasari hukum yang berlaku.

³⁶¹ M. Faal, *Op, Cit*, hlm 101.

Menurut Soerjono Soekanto: Nilai-nilai yang merupakan konsepsi-konsepsi abstrak lazimnya merupakan pasangan yang mencerminkan dua keadaan ekstrim harus diserasikan. Pasangan nilai itu adalah:³⁶²

- a. Nilai ketertiban dan nilai ketentraman;
- b. Nilai jasmaniah/kebendaan dan nilai rohaniah/keakhlakan;
- c. Nilai kelanggengan/konservatisme dan nilai kebaruan/inovatisme.

Artinya bahwa ketertiban lebih menekankan pada kepentingan umum, sementara ketentraman lebih menekankan pada kepentingan perseorangan, demikian seterusnya. Kedua kepentingan itu harus diperhatikan oleh petugas Polisi ketika di lapangan. Pada akhirnya, dengan cara seperti ini nilai-nilai budaya itu mempengaruhi pejabat di dalam menentukan diskresi Polisi.

4. Faktor Sosial

Faktor sosial adalah pengaruh situasi masyarakat menurut perspektif atau penilaian Polisi dalam penegakan hukum khususnya dalam hal pemberian wewenang diskresi. Meskipun pada dasarnya diskresi adalah pendapat atau penilaian Polisi itu sendiri, namun hal ini tidak lepas dari persoalan orang yang dihadapi. Kalau petugas menganggap masyarakat yang harus dihadapi harus dilindungi, diayomi, dilayani dan sebagainya, maka kecenderungan diskresi akan lebih besar. Karenanya disadari tugasnya tidak sekedar tindakan represif atau menindak dalam sistem peradilan pidana.

Penggambaran di atas sebagaimana diharapkan dalam tujuan kepolisian. Apabila Polisi dan masyarakat tidak terjalin hubungan baik, artinya Polisi menganggap masyarakat lawan dan masyarakat menganggap Polisi musuh.

³⁶² Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Op, Cit, hlm 46.

Polisi akan tidak segan menindak secara hukum berlaku sekalipun kecil masalahnya, dan masyarakat pun selalu curiga ketika Polisi memberikan tindakan diskresi. Hal lain mengakibatkan kecenderungan diskresi itu kecil adalah sikap masyarakat terhadap petugas mencerminkan ketidakbaikan, misalnya kurang simpatik, melawan, dan sebagainya.

5. Faktor Fasilitas

Faktor fasilitas sesungguhnya merupakan faktor pelengkap terhadap faktor manusianya sebagai faktor penentu dalam penegakan hukum. Menurut Soerjono Soekanto bahwa: Sarana atau fasilitas mempunyai peranan yang sangat panting di dalam penegakan hukum. Tanpa adanya sarana atau fasilitas tersebut, tidak akan mungkin penegak hukum menyerasikan peranan yang seharusnya dengan peranan aktual.³⁶³

Hal yang melekat pada manusia (petugas) dan mempengaruhi dalam melaksanakan tugasnya antara lain adalah pendidikan, keterampilan profesional, peralatan dan organisasinya. Unsur pendidikan akan menentukan kualitas tindakan diskresi, demikian juga halnya dengan kemahiran atau keterampilan profesional. Unsur peralatan akan menentukan juga proses bekerjanya hukum di lapangan, misalnya sarana mobilitas, transportasi, telekomunikasi dan sebagainya.

Unsur organisasinya merupakan salah satu pelengkap dalam penegakan hukum oleh Polisi. Kepolisian sebagai salah satu lembaga penegakan hukum jelas-jelas merupakan lembaga yang bertujuan tidak semata-mata penegakan hukum yang bekerja dalam proses peradilan pidana, tetapi juga memberikan pengayoman, pembinaan, perlindungan dan pelayanan kepada masyarakat.

Dalam hubungan dengan begitu luasnya tugas dan wewenang diskresi, timbul pertanyaan bagaimana tindakan diskresi diawasi agar tidak menyimpang

³⁶³ *Ibid*, hlm 28.

dari maksud dan tujuan dikehendaki dan diatur oleh ketentuan hukum dan kode etik Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Hukum tidak sekedar untuk mewujudkan ketertiban, lebih dari itu hukum harus memberikan rasa keadilan bagi masyarakat. Hukum tidak dengan sendirinya akan melahirkan keadilan akan tetapi untuk tercapainya keadilan hukum harus ditegakkan. Fungsi dari penegakan hukum adalah untuk mengaktualisasikan aturan-aturan hukum agar sesuai dengan yang dicita-citakan oleh hukum itu sendiri, yakni mewujudkan sikap atau tingkah laku manusia sesuai dengan bingkai (*frame-work*) yang telah ditetapkan oleh suatu Undang-Undang atau hukum. Sistem penegakan hukum yang mempunyai nilai-nilai yang baik adalah menyangkut penyerasan antara nilai dengan kaidah serta dengan perilaku nyata manusia. Pada hakikatnya hukum mempunyai kepentingan untuk menjamin kehidupan sosial masyarakat, karena hukum dan masyarakat teradpat suatu interelasi. Sistem peradilan pidana harus selalu mempromosikan kepentingan hukum dan keadilan. Apapun teori keadilan yang dipergunakan, definisi keadilan harus mencakup: kejujuran (*fairness*), tidak memihak (*impartiality*), dan pemberian sanksi dan hadiah yang patut (*appropriate reward and punishment*).

Selama ini peran penegak hukum dalam proses penegakan hukum pidana (*integrated criminal justice system*) adalah: *pertama*, mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat; *kedua*, memasyarakatan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna; *ketiga*, menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan

rasa damai dalam masyarakat; *keempat*, membebaskan rasa bersalah pada terpidana dan memaafkan terpidana.

Restorative justice menjadi wacana yang sangat popular di tengah kejemuhan masyarakat yang melihat hukum formal didominasi aliran pemikiran positivisme dan tidak bisa optimal mengakomodir rasa keadilan masyarakat karena lebih mengedepankan kepastian hukum (*rechtssicherheit*).

Restorative justice hadir menawarkan konsep penyelesaian tidak formalistik yang sekedar mengedepankan sisi *legalistic* formal, tetapi dapat dilakukan dengan cara mediasi antara pelaku dan korban, reparasi (pelaku membentulkan kembali segala hal rusak), konferensi korban-pelaku (melibatkan keluarga kedua belah pihak dan tokoh pemuka masyarakat), dan *victim awareness work* (suatu usaha dari pelaku untuk lebih peduli akan dampak dari perbuatannya).

Selain itu, sistem peradilan pidana yang ada sekarang dianggap tidak lagi dapat memberikan perlindungan terhadap hak asasi manusia serta transparansi terhadap kepentingan umum yang semakin tidak dirasakan. Kenyataan menunjukan bahwa banyak masyarakat lebih memilih menyelesaikan perkara pidana yang dialaminya diluar sistem.³⁶⁴ Penyelesaian di luar sistem baik dilakukan oleh para pihak (pelaku dan korban secara mandiri) ataupun dengan melibatkan petugas penegak hukum. Ketidakpuasan terhadap Sistem Peradilan Pidana dengan demikian terkait tidak saja dengan mekanisme penanganan perkara dan administrasi, tetapi juga Hasil akhir dari proses yang berjalan.

³⁶⁴ Berdasarkan studi dilakukan oleh Eva Ahjani Zulfa menunjukkan 62% responden memilih untuk tidak meneruskan perkaranya ke tahap penuntutan (berhenti di tingkat kepolisian); 82% menyatakan upaya damai menjadi pilihan utama menyelesaikan permasalahan atas tindak pidana yang terjadi. Upaya damai tidak melulu berupa ganti rugi tetapi melalui permohonan maaf secara langsung. Inisiatif damai berasal dari kerabat (43%), aparat (35%) dan sisanya berasal dari teman ataupun pihak lawan. Eva Ahjani Zulfa, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan*, Op, Cit, hlm 148.

Terdapat pandangan salah bahwa seringkali ukuran keberhasilan penegakan hukum hanya ditandai dengan keberhasilan mengajukan tersangka ke pengadilan dan kemudian dijatuhi hukuman. Seharusnya ukuran keberhasilan penegakan hukum oleh aparat penegak hukum ditandai dengan tercapainya nilai-nilai keadilan di dalam masyarakat.

Lembaga Kepolisian adalah salah satu lembaga penegak hukum yang diharapkan dapat menjalankan mekanisme *restorative justice* ini. Tujuan dibentuknya Kepolisian Negara Republik Indonesia guna mewujudkan keamanan dalam negeri yang meliputi terpeliharanya keamanan dan ketertiban masyarakat, tertib dan tegaknya hukum, terselenggaranya perlindungan, pengayoman dan pelayanan masyarakat, serta terbinanya ketentraman masyarakat dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia.

Dengan demikian Kepolisian merupakan alat negara yang berperan dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum serta memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan dalam negeri.

Minat pendekatan *restorative justice* sejak Kongres 5 tahunan PBB: *Congress on Crime Prevention and The Treatment of Offenders*. Tahun 1990 dan 1995, LSM dari beberapa negara mensponsori sejumlah sessi pertemuan untuk secara khusus berdiskusi tentang *restorative justice*. Tahun 2000 dihasilkan *UN, Basic Principles On The Use of Restorative Justice Programmes In Criminal Matters* yang berisi sejumlah prinsip-prinsip mendasar dari penggunaan pendekatan *restorative justice*.³⁶⁵

Model pendekatan ini adalah upaya penyelesaian perkara pidana yang menitikberatkan pada adanya partisipasi langsung pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara pidana. Terlepas dari kenyataan bahwa

³⁶⁵ Yunan Hilmy, *Op, Cit*, hlm 3.

pendekatan ini masih diperdebatkan secara teoretis, akan tetapi pandangan ini pada kenyataannya berkembang dan banyak mempengaruhi kebijakan hukum dan praktik di berbagai negara.

Restorative justice adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini. Di pihak lain, *restorative justice* juga merupakan suatu kerangka berfikir yang baru yang dapat digunakan dalam merespon suatu tindak pidana bagi penegak dan pekerja hukum.

Dalam penerapannya, *restorative justice* menekankan: adanya kemauan dari pelaku untuk memperbaiki kerugian yang telah ditimbulkannya sebagai bentuk rasa tanggung jawab, adanya kemauan dari korban untuk memberikan maaf, kemauan masyarakat untuk terlibat dalam penyelesaian perkara dan kemauan dari aparat penegak hukum untuk menegakkan hukum secara adil.

Pada intinya, pelaksanaan *restorative justice* adalah memperbaiki kerusakan sosial yang diakibatkan pelaku, mengembangkan pemulihan bagi korban dan masyarakat, serta mengembalikan pelaku kepada masyarakat. Upaya ini membutuhkan kerja sama semua pihak dan aparat penegak hukum. *Restorative justice* menawarkan sesuatu yang berbeda karena mekanisme peradilan yang terfokus kepada pembuktian perkara pidana diubah menjadi proses dialog dan mediasi. Selain itu, tujuan akhir dari sistem berjalan dalam sistem peradilan pidana yaitu membuktikan kesalahan pelaku dan menjatuhki hukuman diubah menjadi upaya kesepakatan atas penyelesaian perkara pidana menguntungkan.

Aparat kepolisian, kejaksaan dan pengadilan dapat lebih memfokuskan diri untuk memberantas tindak pidana-tindak pidana yang kualifikasinya lebih berbahaya. Secara administratif, jumlah perkara yang masuk kedalam sistem peradilan dapat dikurangi sehingga beban institusi pengadilan sebagaimana diungkapkan diatas menjadi berkurang.

Dengan demikian beban menyediakan anggaran penyelenggara sistem peradilan pidana utamanya dalam hal penyelenggaraan lembaga pemasarakatan pun akan berkurang. Selama ini aparat kepolisian harus bertanggung jawab terhadap bekerjanya hukum melalui sistem peradilan pidana sebagaimana diatur dalam KUHAP. Pada dasarnya tugas dan wewenang polisi sebagaimana ditetapkan secara yuridis dalam Undang-Undang Nomor. 2 Tahun 2002 itu bukan sesuatu yang baru, melainkan sudah pernah diatur dalam produk hukum sebelumnya.

Tugas polisi yang ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 adalah sebagai berikut :

1. Tugas polisi sebagai penjaga keamanan dan ketertiban masyarakat:

Melaksanakan pengaturan penjagaan, pengawalan, dan patroli terhadap kegiatan masyarakat dan pemerintah sesuai kebutuhan; menyelenggarakan segala kegiatan dalam menjamin keamanan, ketertiban dan kelancaran lalu lintas di jalan; membina masyarakat untuk meningkatkan partisipasi masyarakat, kesadaran hukum masyarakat, serta ketaatan warga masyarakat terhadap hukum dan peraturan perundang-undangan.

2. Tugas polisi sebagai penegak hukum:

Turut serta dalam pembinaan hukum nasional; memelihara ketertiban dan

menjamin keamanan umum; melakukan koordinasi, pengawasan dan pembinaan teknis kepolisian khusus, penyidik pegawai negeri sipil dan bentuk keamanan swakarsa; melakukan penyelidikan dan penyidikan terhadap semua tindak pidana sesuai dengan hukum acara pidana dan peraturan perundangan lainnya; menyelenggarakan identifikasi kepolisian, kedokteran kepolisian, laboratorium forensik dan psikologi kepolisian untuk kepentingan untuk kepentingan tugas kepolisian.

3. Tugas polisi sebagai pengayom dan pelayan masyarakat antara lain:

Melindungi keselamatan jiwa raga, harta benda, masyarakat dan lingkungan hidup dari gangguan ketertiban dan/atau bencana termasuk memberikan bantuan dan pertolongan dengan menjunjung tinggi hak asasi manusia; melayani kepentingan warga masyarakat untuk sementara sebelum ditangani oleh instansi dan/atau pihak yang berwenang; memberikan pelayanan kepada masyarakat sesuai dengan kepentingannya dalam lingkup tugas kepolisian.

Untuk dapat melaksanakan tugas, baik sebagai penjaga keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum, maupun perlindungan, pengayom dan pelayan masyarakat, polisi diberi wewenang :

1. Menerima laporan dan/atau pengaduan;
2. Membantu menyelesaikan perselisihan warga masyarakat yang dapat mengganggu ketertiban umum;
3. Mencegah dan menanggulangi tumbuhnya penyakit-penyakit masyarakat;
4. Mengawasi aliran yang dapat menimbulkan perpecahan atau mengancam persatuan dan kesatuan bangsa;
5. Mengeluarkan peraturan kepolisian dalam lingkup kewenangan administratif;

6. Melaksanakan pemeriksaan khusus sebagai bagian dari tindakan kepolisian dalam rangka pencegahan;
7. Melakukan tindakan pertama di tempat kejadian;
8. Mengambil sidik jari dan identitas lainnya serta memotret seseorang;
9. Mencari keterangan dan barang bukti;
10. Menyelenggarakan pusat informasi kriminal nasional;
11. Mengeluarkan surat izin dan/atau surat keterangan yang diperlukan dalam rangka pelayanan masyarakat;
12. Memberikan bantuan pengamanan dalam siding dan pelaksanaan putusan pengadilan, kegiatan instansi lain, serta kegiatan masyarakat; dan
13. Menerima dan menyimpan barang temuan untuk sementara waktu secara khusus untuk menjalankan tugas dalam bidang proses pidana atau proses penegakan hukum.

Selain itu polisi diberi wewenang sebagai berikut:

1. Melakukan penangkapan, penahanan, penggeledahan, dan penyitaan; melarang setiap orang meninggalkan atau memasuki tempat kejadian perkara untuk kepentingan penyidikan;
2. Membawa dan menghadapkan orang kepada penyidik dalam rangka penyidikan;
3. Menyuruh berhenti orang yang dicurigai dan menanyakan serta memeriksa tanda pengenal diri; melakukan pemeriksaan dan penyitaan surat; memanggil orang untuk didengar dan diperiksa sebagai tersangka/saksi;
4. Mendatangkan orang ahli yang diperlukan dalam hubungannya dengan pemeriksaan perkara;

5. Mengadakan penghentian penyidikan;
6. Menyerahkan berkas perkara kepada penuntut umum; mengajukan permintaan secara langsung kepada pejabat imigrasi berwenang di tempat pemeriksaan imigrasi dalam keadaan mendesak untuk mencegah atau menangkal orang yang disangka melakukan tindakan pidana;
7. Memberi petunjuk dan bantuan penyidikan kepada penyidik pegawai negeri sipil serta menerima hasil penyidikan penyidik pegawai negeri sipil untuk diserahkan kepada penuntut umum; dan
8. Mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab.

Dengan demikian, kepolisian tidak perlu hanya memainkan peran bersifat represif. Dalam kenyataan, secara prosentase pekerjaan polisi yang bersifat represif lebih kecil jika dibandingkan dengan yang bersifat preventif, dan bahkan jauh lebih kecil lagi bila dibandingkan dengan pekerjaan yang bersifat preemptif.

Perpaduan peran Polri yang demikian itu mengisyaratkan bahwa cara kerja kepolisian bukan seperti pemadam kebakaran yang bekerja setelah kejadian, melainkan harus selalu mendahului munculnya kejadian dengan mengedepankan tindakan preventif dan preemptif ketimbang represif.³⁶⁶

Awaloedin Djamin dalam makalahnya berjudul *Beberapa Masalah dalam Kepolisian Negara Republik Indonesia* menggunakan istilah pembinaan masyarakat (Bimmas) untuk menunjuk tugas-tugas kepolisian yang bersifat preemptif. Mengingat peran yang dimainkan oleh kepolisian secara komprehensif seperti itu (represif-preventif-preemptif), maka model peradilan yang cocok dikembangkan oleh kepolisian (dan tentunya juga oleh perangkat penegak hukum yang lain) dalam menangani berbagai kasus kriminal adalah *restorative justice* (peradilan restoratif).³⁶⁷

³⁶⁶ Achmad Ali, *Polisi dan Efektivitas Hukum dalam Penanggulangan Kriminalitas*, Yasrif Watampone, Jakarta, 1998, hlm. 221.

³⁶⁷ Awaloedin Djamin, *Beberapa Masalah dalam Kepolisian Negara Republik Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1996, hlm 17.

Model peradilan demikian lebih mengutamakan upaya pemulihan keadaan sehingga meningkatkan kepercayaan (*trust*) dari masyarakat pencari keadilan.

Peran kepolisian dalam model peradilan restoratif adalah sebagai fasilitator dan bukan semata sebagai penghukum (penegak hukum) yang menjurus ke tindakan represif. Dengan demikian, hasil yang diharapkan dari proses peradilan restoratif adalah menggalang terwujudnya perdamaian antara para pihak melalui upaya *win-win solution*.³⁶⁸

Model peradilan restoratif yang dikembangkan pada masyarakat Jepang ini tampaknya cocok untuk dikembangkan di Indonesia, karena dari kultur masyarakat Indonesia masih sangat kuat dipengaruhi oleh budaya harmoni.

Budaya harmoni ini pulalah yang memiliki andil yang sangat besar dalam penataan pola-pola penyelesaian kasus-kasus kriminal (juga kasus-kasus sengketa yang lain) pada masyarakat lokal di Indonesia. Masyarakat Batang Jawa Tengah, misalnya, berkembang sebuah tradisi peradilan yang lebih populer disebut dengan *peradilan mela sareka* atau *peradilan tapan halo* (peradilan rekonsiliatif), yakni peradilan yang lebih berupaya untuk membangun kembali relasi sosial para pihak yang bertikai.³⁶⁹

Penerapan *restorative justice* di Indonesia dapat dilakukan dengan lembaga musyawarah. Masyarakat Indonesia mengenal lembaga musyawarah sebagai bagian mekanisme yang dipilih untuk menyelesaikan perkara pidana.

Landasannya adalah Pancasila, Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Perlindungan Saksi dan Korban, Undang-Undang Pengadilan Anak, dan lain-lain. Penegak hukum dapat menjadikannya solusi mengatasi kendala dalam penanganan perkara di lapangan dalam mengimplementasikan *restorative justice* adalah melalui diversi, yaitu mengalihkan penyelesaian suatu perkara ke satu sistem ke sistem lainnya. Polisi dapat melakukan hal ini melalui diskresi yang dimilikinya.³⁷⁰

Dalam berbagai wacana aktual, *restorative justice* atau keadilan restoratif merupakan suatu cara khusus untuk menyelesaikan kasus pidana diluar

³⁶⁸ Naskah Akademik Grand Strategi Polri 2005-2025 point 1.2.2 tentang Restorasi Sistem Keadilan: Restorative Justice.

³⁶⁹ Karolus Kopong Medan, *Peradilan Rekonsiliatif: Konstruksi Penyelesaian Kasus Kriminal Menurut Tradisi Masyarakat Lamaholot di Flores, Nusa Tenggara Timur*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum, Semarang: PDIH Undip, 2006, hlm 247.

³⁷⁰ Kewenangan diskresi ini juga dimiliki oleh Jaksa melalui deponir dengan asas oportunitas.

pengadilan. Walaupun tidak semua jenis pidana bisa diterapkan dalam sistem ini, namun penerapan sistem ini bisa dikatakan jauh lebih efektif dibandingkan proses peradilan pidana yang konvensional.

Jenis pidana ini dapat mengacu pada Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2012 tentang Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda dalam KUHP. Meskipun Perma ini hanya dapat diterapkan di lingkungan pengadilan, tetapi implementasinya dikuatkan dengan nota kesepakatan bersama (MoU) antara Ketua Mahkamah Agung, Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia, Jaksa Agung, dan Kepala Kepolisian Republik Indonesia menyangkut penerapan batasan jumlah denda dalam tindak pidana ringan (Tipiring) dapat mengimplementasikan *restorative justice* dalam menyelesaikan perkara-perkara tersebut.³⁷¹

Diskresi polisi dapat dilakukan berdasarkan Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 mengatakan bahwa: *pertama*, untuk kepentingan umum, pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaianya sendiri. *Kedua*, pelaksanaan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan memerhatikan peraturan perundang-undangan serta Kode Etik Profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Satjipto Rahardjo mengatakan hukum hanya dapat menuntut kehidupan bersama-sama secara umum sebab begitu ia mengatur secara rinci, dengan memberikan skenario langkah secara lengkap maka pada waktu itu pula kehidupan akan macet, diskresi merupakan kelengkapan sistem pengaturan hukum itu sendiri.³⁷² Begitu juga dengan Farouk Muhammad yang mengatakan diskresi

³⁷¹ Nota Kesepakatan Bersama antara Ketua Mahkamah Agung, Menteri Hukum dan HAM, Jaksa Agung, dan Kepala Kepolisian Nomor 131/KMA/SKB/X/2012, Nomor M.HH-07.HM.03.02 Tahun 2012, Nomor KEP-06/E/EJP/10/2012, Nomor B/39/X/2012 tentang Pelaksanaan Penerapan Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda, Acara Pemeriksaan Cepat, serta Penerapan Keadilan Restoratif (*Restorative Justice*).

³⁷² Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis Hukum, Op, Cit*, hlm 11.

merupakan salah satu upaya penyelesaian masalah dalam penegakan hukum.³⁷³

Dalam masyarakat yang sedang mengalami perubahan seperti dalam era reformasi, diskresi aparat penegak hukum menjadi penting untuk menerobos aturan-aturan hukum yang bersifat kaku. Penerapan diskresi akan mendorong terwujudnya keadilan sejalan perubahan nilai dianut dalam masyarakat.

Diskresi juga disebut kebijakan. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, kata Kebijakan dari akar kata bijak sebagai rangkaian konsep dan asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana dalam pelaksanaan suatu pekerjaan, kepemimpinan dan cara bertindak (tata pemerintahan, organisasi dan sebagainya). Kebijakan juga berarti; pernyataan cita-cita, tujuan, prinsip, atau maksud sebagai garis pedoman untuk manajemen dalam usaha mencapai sasaran.³⁷⁴

Sebagai suatu rangkaian konsep dan asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana pelaksanaan tindakan maka kebijakan merupakan suatu sistem. Sebagai sistem, kebijakan penanggulangan tindak pidana merupakan sub sistem dari sistem kebijakan sosial sebagai rangkaian konsep dan asas dalam pelaksanaan suatu rencana bertindak pemerintah untuk mencapai suatu tujuan. Kebijakan sosial dalam berfungsinya mempunyai tujuan besar yakni kesejahteraan masyarakat dan perlindungan masyarakat. Kebijakan penanggulangan tindak pidana dapat diberi arti lain dengan Kebijakan penanggulangan kejahatan (*criminal policy*). Dalam kerangka sistem *policy*, sub sistem *criminal policy* secara operasional berupaya mewujudkan tujuan utama; *social welfare* dan *social defence*. Sebagai sarana penanggulangan kejahatan, dapat ditempuh melalui sarana penal (*penal policy*) dan sarana non penal (*non penal policy*).

Tujuan *social welfare* dan *social defence* merupakan aspek *immateril* terutama nilai kepercayaan, kebenaran atau kejujuran atau keadilan. Dalam

³⁷³ Farouk Muhammad, *Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional (PPHN)*, Kelompok Kerja Bidang Hukum dan Polcam, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, Jakarta, 2005, hlm 39.

³⁷⁴ W. J. S. Poerwadarminta, *Op. Cit*, hlm 115.

pelaksanaan tugas polisi dalam masyarakat terutama sebagai penegak hukum yang berupaya menanggulangi tindak pidana, maka skema di atas dapat dipakai sebagai acuan tugas, bahwa upaya penanggulangan tindak pidana dalam pelaksanaannya perlu ditempuh melalui kebijakan integral (*integrated approach*) dengan memadukan antara *social policy* dengan *criminal policy* dan memadukan antara *penal policy* dan *non penal policy*.³⁷⁵

Perlunya diskresi juga disampaikan Soerjono Soekanto dengan menyitir Wayne R. La Favre (1986) yang mengatakan bahwa hal ini penting karena :

Pertama, tidak ada undang-undang yang demikian lengkap sehingga dapat mengatur semua perilaku manusia. *Kedua*, adanya keterlambatan peraturan perundang-undangan menyesuaikan perkembangan di dalam masyarakat menimbulkan ketidakpastian hukum. *Ketiga*, kurangnya biaya untuk menerapkan peraturan perundang-undangan sebagaimana dikehendaki oleh pembentuk undang-undang. *Keempat*, adanya kasus-kasus individual yang memerlukan penanganan secara khusus.³⁷⁶

Prajudi Atmosudirjo menyebut hal ini sebagai pelengkap asas legalitas.³⁷⁷

Dalam Buku Pedoman Pelaksanaan Tugas Bintara Polisi di Lapangan (Surat Keputusan Kalemdiklat Polri Nomor Pol: SKEP/65/III/2003 tanggal 24 Maret 2003) diterjemahkan sebagai kewenangan dilaksanakan bilamana seorang petugas kepolisian yang bertugas, harus mampu mengambil keputusan berdasarkan penilaian sendiri apabila terjadi gangguan ketertiban dan keamanan umum atau diperkirakan timbul bahaya bagi ketertiban dan keamanan umum.

Adanya pengaturan diskresi kepolisian dalam Pasal 18 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 sebenarnya telah memberikan pijakan yuridis kepada penyidik menerapkan filosofi *restorative justice* dalam penanganan perkara pidana. Dengan diskresi dapat memilih berbagai tindakan dalam menyelesaikan perkara pidana yang ditangani, dalam implementasi *restorative justice* dengan

³⁷⁵ *Ibid*, hlm 42.

³⁷⁶ Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Op, Cit, hlm 7.

³⁷⁷ S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghilia Indonesia, Jakarta, 2004, hlm 82.

mendudukkan korban pada titik sentral dalam menyelesaikan perkara pidana dan menjauhkan dari pemenjaraan, akan tetapi tetap dimintai pertanggungjawaban.

Dalam kaitan kinerja kepolisian, kemampuan aparat penegak hukum perlu menjadi perhatian dalam pelaksanaan tugas. Makna kemampuan tidak sekedar diberi makna kuantitas atau jumlah personil, lebih utama justru pada kualitasnya. Kualitas personil kepolisian mencakup, tingkat intektualitas, moral, kinerja, kedisiplinan, ketegasan, keteladanan dan ketaqwaannya.

Dalam upaya kebijakan, penanggulangan tindak pidana, G. Peter Hoefnagels menggambarkan kebijakan kriminal (*criminal policy*) mencakup; *Pertama*, mempengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan pidana lewat media massa; *Kedua*, penerapan hukum pidana (kriminologi praktis) dan *ketiga*, pencegahan tanpa pidana yang meliputi: politik sosial, rencana kesehatan mental masyarakat, dan lainnya.³⁷⁸

Gambaran Hoefnagels mengenai pencegahan tanpa pidana, menunjukkan sifat non penalnya dari fungsionalisasi *criminal policy* yang berarti lebih menitik beratkan pada sifat preventif, sementara penggunaan sarana penal lebih bersifat represif. Sudarto memberikan pemahaman, bahwa tindakan represif, pada hakikatnya juga dapat dilihat sebagai tindakan preventif dalam arti luas. Kebijakan penanggulangan tindak pidana melalui jalur non penal ini lebih bersifat pencegahan terjadinya kejahatan, maka sasaran utamanya adalah menangani faktor-faktor kondusif untuk penyebab terjadinya kejahatan.

Praktik penerapan diskresi oleh aparat penegak hukum sangat bergantung pada subyektivitas yang bersangkutan. Bila aparat penegak hukum menghayati nilai-nilai moral dan etika, maka penerapan diskresi akan melahirkan rasa keadilan dan ketenteraman dalam masyarakat. Tetapi bila sebaliknya, maka akan melahirkan kesewenang-wenangan. Hal ini selaras dengan pendapat Wayne R La Favre yang mengatakan bahwa pada hakikatnya diskresi berada di antara hukum dan moral sehingga penegakan hukum sebagai suatu proses, pada hakikatnya merupakan penerapan diskresi

³⁷⁸ Barda Nawawi, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Op, Cit, hlm 20.

yang menyangkut membuat keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaidah hukum, akan tetapi mempunyai unsur penilaian pribadi.³⁷⁹

Untuk itu perlu pengawasan Komisi Kepolisian. Selain itu, diperlukan suatu norma untuk menjamin kesamaan tindakan penyidik dalam penerapan konsep *restorative justice* pada penegakan hukum pidana, dan memberikan legitimasi kepada penyidik agar segala tindakan dilakukan dalam implementasi *restorative justice* untuk kepentingan penyidikan tidak dicap ilegal atau menyimpang dari hukum acara yang berlaku.

Pada dasarnya hukum nasional adalah suatu sistem.³⁸⁰ Sistem adalah suatu susunan atau tatanan yang teratur, suatu keseluruhan yang terdiri dari bagian yang berkaitan satu sama lain, tersusun menurut suatu rencana atau pola, hasil dari suatu pemikiran untuk mencapai suatu tujuan.³⁸¹ Sistem terdiri dari sejumlah unsur atau komponen yang selalu pengaruh-mempengaruhi, terkait satu sama lain oleh satu atau beberapa asas dan berinteraksi.

Semua unsur/komponen/fungsi/variabel terpaut dan terorganisasi menurut suatu struktur atau pola tertentu, sehingga senantiasa saling pengaruh mempengaruhi dan berinteraksi. Asas utama yang mengaitkan semua unsur atau komponen hukum nasional ialah Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945, di samping sejumlah asas hukum lain seperti asas kenusantaraan, kebangsaan, dan kebhinekaan. Sistem hukum nasional tidak hanya terdiri dari kaidah atau norma hukum belaka, juga mencakup seluruh lembaga aparatur dan organisasi,

³⁷⁹ Bandingkan dengan Sudikno Mertokusumo, *Sistem Peradilan di Indonesia*, Serial Online 24 Maret 2008, <http://sudiknoartikel.blogspot.com/search?updated-min>

³⁸⁰ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum Nasional Serta Rencana Pembangunan Hukum Jangka Panjang*, Jakarta, 1996, hlm 19.

³⁸¹ R Subekti, *Beberapa Pemikiran Mengenai Sistem Hukum Nasional Yang Akan Datang*, Makalah Seminar Hukum Nasional IV, 1979, hlm 5. Lihat juga Kusnu Goesniadhie S, *Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundang-undangan (Lex Spesialis Suatu Masalah)*, JP BOOKS, Surabaya, 2006, hlm 75.

mekanisme dan prosedur hukum, falsafah dan budaya hukum, juga perilaku hukum pemerintah dan masyarakat. Sistem Hukum Nasional mencakup berbagai sub bidang hukum dan berbagai bentuk hukum yang berlaku yang semuanya bersumber pada Pancasila.

Bidang hukum inilah yang merupakan fokus perhatian pengembangan Hukum Nasional menuju tatanan Hukum Modern Indonesia yang bersumber pada kebiasaan (lingkaran terakhir), yurisprudensi (lingkaran keempat) peraturan perundang-undangan (lingkaran ketiga), UUD NRI Tahun 1945 (lingkaran kedua), dan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum.

Dalam pengembangan sistem hukum perlu diperhatikan bahwa masyarakat Indonesia merupakan masyarakat pluralistik, bukan saja berkaitan suku, ras, dan agama, juga mengenai pola pikir dan tingkat pendidikan. Pluralisme tatanan dalam masyarakat tidak hanya disebabkan keragaman tatanan tingkah laku masyarakat yang diwariskan dalam beberapa generasi, juga disebabkan perbedaan terhadap perubahan dan perkembangan struktur masyarakat yang melahirkan kebutuhan, nilai, keyakinan dan tujuan bervariasi antar kelompok masyarakat.

Secara garis besar, ada tiga kelompok masyarakat, yaitu masyarakat tradisional, masyarakat transisi dan masyarakat modern.³⁸² Ketiga kelompok besar masyarakat ini memiliki struktur yang berbeda-beda yang tentunya juga memiliki tatanan, kebutuhan, sistem nilai dan keyakinan yang berbeda pula.

Dari kedua kutub budaya masyarakat terdapat perbedaan fundamental antara masyarakat tradisional dan modern yang bahkan kadang-kadang dapat dikatakan

³⁸² Sunaryati Hartono, *Menentukan Politik Hukum Ekonomi Bagi Indonesia Dalam Kurun Waktu Tahun 2004- 2009*, Laporan Forum dialog Nasional Hukum dan Non Hukum, 7-9 September 2004, BPHN, Jakarta, 2004, hlm 4. lihat juga Selo Sumardjan, *Adat, modernisasi dan pembangunan, Dalam Kumpulan tulisan mengenang Teuku Mohamad Radhie*. UPT Penerbitan Universitas Tarumanegara, Jakarta, 1993, hlm 77.

sebagai suatu yang terpisah baik secara struktur maupun fungsi-fungsi kelembagaannya. Dari kedua kutub budaya tersebut terdapat satu bentuk masyarakat yang disebut sebagai masyarakat transisi atau peralihan, dimana mereka menunjukkan gerak perubahan dengan meninggalkan tatanan adat menuju tatanan modern. Hampir sebagian besar masyarakat Indonesia dapat dikelompokkan dalam bentuk tipologi masyarakat ini.

Dalam pembentukan suatu peraturan perundang-undangan, kesadaran bahwa hukum adalah suatu sistem dapat diwujudkan dengan melakukan harmonisasi dan sinkronisasi terlebih dahulu. Istilah harmonisasi (penyesuaian) lebih menekankan pada keberadaan indikator-indikator dan karakteristik yang sama dalam suatu peraturan, sedang sinkronisasi (penyelarasan) lebih mementingkan bahwa suatu peraturan tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lain.³⁸³

Dengan demikian pelaksanaan *restorative justice* oleh Polri dalam kebutuhan masyarakat modern sekaligus bagian sub sistem hukum nasional setidaknya mempunyai karakter dan alur pikir sebagai berikut :

1. Dilaksanakan berdasar falsafah negara Pancasila;
2. Dirancang untuk mencapai tahap tertentu dari tujuan negara sebagaimana tertuang di dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945;
3. Meminimalisasi pemberlakuan dan penerapan norma yang justru menimbulkan ketidakadilan, karena penerapan praktik hukum yang demikian akan menimbulkan ketidakadilan baru;
4. Pembentukan hukum harus mengundang partisipasi dan menyerap aspirasi masyarakat melalui prosedur dan mekanisme yang *fair*, transparan dan akuntabel; dan berorientasi pembangunan keadilan sosial; serta menjamin hidupnya toleransi beragama yang berkeadaban; memperhatikan dan

³⁸³ Muladi, *Harmonisasi dan Sinkronisasi Peraturan Perundang-undangan tentang Pemberantasan Korupsi*, Makalah Lokakarya Pembentukan Pengadilan Korupsi, Kelompok Kerja A1 KHN dari FH UNDIP dan BPHN, di Jakarta 30 Juli 2002, hlm 3.

- mengadopsi prinsip/kaidah konvensi internasional yang telah diratifikasi.
5. Penegakan hukum harus dilakukan secara sistematis, terarah dan dilandasi konsep yang jelas, ditujukan untuk meningkatkan jaminan dan kepastian hukum dalam masyarakat, sehingga keadilan dan perlindungan hukum terhadap hak asasi manusia dapat dirasakan oleh masyarakat;

Untuk menjamin adanya keseragaman dalam implementasi *restorative justice* di lingkungan Polri, diperlukan suatu norma atau kaidah untuk menjamin kesamaan tindakan penyidik Polri dalam penerapan *restorative justice* pada penegakan hukum pidana, dan memberikan legitimasi kepada penyidik Polri agar segala tindakan dalam implementasi *restorative justice* untuk kepentingan penyidikan tidak dicap ilegal atau menyimpang dari hukum acara yang berlaku

B. Study Perbandingan Hukum Keadilan Restoratif di Berbagai Negara

Keadilan restoratif (*restorative justice*) adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.³⁸⁴ Konsep ini merupakan perkembangan dari keadilan *retributive* yang berkembang sebelumnya, yang hanya fokus pada bagaimana menghukum pelaku untuk menimbulkan efek jera³⁸⁵. Sementara Kerugian dan trauma yang dirasakan korban tidak tersentuh. Hal ini

³⁸⁴ Pasal 1 butir 6 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak.

³⁸⁵ Memberikan hukuman pada pelaku dianggap obat yang paling manjur untuk menyembuhkan luka atau derita korban maupun kelainan perilaku yang terdapat dalam diri pelaku. Hukuman pemenjaraan atau bahkan hukuman mati dianggap memberikan keadilan kepada kedua belah pihak. Kuat Puji Prayitno, *Restorative Justice Untuk Peradilan di Indonesia (Perspektif Yuridis Filosofis dalam Penegakan Hukum In Concreto)*, Jurnal Dinamika Hukum Volume 12 Nomor 3 Tahun 2012, hlm 407.

yang kemudian menimbulkan kritik dan tuntutan pembaharuan dalam sistem peradilan pidana sehingga muncul konsep *restorative justice*.

Karakteristik dari peradilan *restorative* adalah *just peace principle* atau keadilan yang dilandasi perdamaian antara pelaku, korban dan masyarakat.³⁸⁶ Prinsip ini berlandaskan pemikiran bahwa keadilan dan perdamaian pada dasarnya tidak dapat dipisahkan. Perdamaian tanpa keadilan adalah penindasan, keadilan tanpa perdamaian adalah bentuk baru penganiayaan atau tekanan.³⁸⁷ Tujuan yang ingin dicapai peradilan restoratif dapat dicapai melalui proses kooperatif yang melibatkan semua pihak (*stakeholders*).³⁸⁸

Restorative justice bukanlah teori baru bagi masyarakat internasional termasuk Indonesia. Konsep ini bahkan diyakini sudah menjadi *dominant theory* dalam sistem peradilan pidana seluruh dunia. Para pakar hukum pidana meyakini bahwa konsep *restorative justice* sudah ada sejak manusia pertama kali membentuk komunitas. Konsep ini dimanfaatkan sebagai salah satu bentuk utama dari keadilan di mayoritas sistem kebudayaan di dunia.³⁸⁹

Fakta menunjukkan bahwa pada umumnya *restorative justice* dipahami dan diidentikkan dengan penyelesaian di luar pengadilan yang hanya dapat diterapkan pada kasus tertentu seperti tindak pidana ringan dan peradilan anak (*juvenile*). Fakta lain adalah bahwa meskipun populer hampir di semua negara termasuk Indonesia, namun ternyata hanya sedikit negara yang merumuskannya secara komprehensif dalam sistem peradilan nasional mereka. Di Amerika Serikat, sebagai contoh, tidak ada satupun negara bagian yang memiliki undang-undang

³⁸⁶ *Ibid*, hlm 419.

³⁸⁷ *Ibid*, hlm 408. Dikatakan *just peace principle* atau *just peace ethics* karena pendekatan dalam *restorative justice* menerapkan prinsip dasar pemulihan kerusakan kepada mereka yang menderita kerugian akibat kejahatan; diberikan kesempatan pada pelaku untuk terlibat dalam pemulihan keadaan tersebut, diberikannya peran pada pengadilan dan masyarakat untuk menjaga ketertiban umum dan melestarikan perdamaian yang adil. *Ibid.*, hlm 411.

³⁸⁸ *Ibid*, hlm 409.

³⁸⁹ Christopher D. Lee, *They All Laughed at Christopher Columbus When He said The World was Round: The Not- So radical and Reasonable Need for a Restorative Justice Model Statute*, 30 St. Louis U. Pub. L. Rev. 523, 2011, hlm 529.

yang khusus mengatur *restorative justice*.³⁹⁰ Legislasi yang mereka miliki hanyalah peradilan anak (*juvenile*) yang menerapkan *restorative justice*.³⁹¹

Sudah sangat banyak penelitian baik tingkat nasional maupun internasional yang merekomendasikan pentingnya penerapan *restorative justice* dalam sistem peradilan anak. Dasar pemikiran rekomendasi ini antara lain adalah keyakinan bahwa anak-anak masih dapat direhabilitasi dan bahwa mereka akan menjadi rentan (*vulnerable*) ketika dicabut dari keluarganya untuk dipenjarakan, juga bahwa mereka secara fisik maupun psikhis berbeda dengan orang dewasa.³⁹² Namun demikian, belum begitu banyak penelitian yang fokus pada *restorative justice* di luar peradilan anak seperti dalam penyelesaian tindak pidana.

Beberapa penelitian yang sudah ada sebelumnya yang meneliti kemungkinan penerapan *restorative justice* di luar peradilan anak dan tindak pidana ringan menyimpulkan bahwa meskipun tidak sepopuler *restorative justice* bagi *juvenile*, tidak berarti bahwa *restorative justice* tidak dapat diterapkan dalam sistem peradilan di luar *juvenile*.³⁹³

Penelitian ini selaras perkembangan dalam Hukum Hak Asasi Manusia internasional yang merekonseptualisasikan *restorative justice* tidak hanya *juvenile* dan tindak pidana ringan, serta penyelesaian di luar pengadilan. Hukum Hak Asasi Manusia internasional telah merekonseptualisasikannya melalui standar-standar

³⁹⁰ Sandra Pavelka, *Restorative Juvenile Justice Legislation and Policy, A National Assessment*, 4 Int'l J. Restorativ Just. 100, 2008, hlm 100.

³⁹¹ Khusus peradilan anak memang banyak negara yang merumuskan *restorative justice* secara khusus dan eksplisit dalam legislasi nasional mereka. Indonesia termasuk yang telah mengundangkan *restorative justice* bagi peradilan anak melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak. Undang-undang ini memberikan harapan bagi perbaikan penerapan *restorative justice* dalam sistem peradilan anak di Indonesia. Brian J Safran, *Juvenile Justice Policy From The Perspective of International Human Right*, Cardozo L. Rev. denovo 304, 2012, hlm 305.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ Christopher D. Lee, *Op, Cit*, hlm 537.

minimum penerapan *restorative justice* di dalam beberapa instrument hukum internasional meskipun bentuknya *soft law*.

Adapun terkait kondisi di Indonesia, selain peradilan anak, Indonesia belum mengatur *restorative justice* dalam rumusan khusus dan komprehensif sebagai alternatif sistem pemidanaan.³⁹⁴ Tidak terlalu mengejutkan oleh karenanya apabila sampai saat ini hampir seluruh tindak pidana yang ditangani sistem peradilan pidana di Indonesia selalu berakhir di penjara.³⁹⁵

Membahas *restorative justice* tidak bisa lepas dari konteks Hukum Hak Asasi Manusia karena tujuan *restorative justice* sendiri adalah untuk melindungi mereka yang rentan (*vulnerable*) seperti anak-anak yang bermasalah atau berkonflik dengan hukum (*juvenile*); korban suatu tindak pidana; pelaku yang mendapat stigma buruk di masyarakat yang kemudian justru menjadi korban (*victimisasi pelaku*); serta komunitas sekelilingnya yang berhak untuk mendapatkan keamanan dan ketertiban sosial yang terganggu oleh tindak pidana yang dilakukan.

Di tingkat internasional *restorative justice* memang populer diterapkan untuk sistem peradilan anak, dibuktikan berhasil diadopsinya beberapa *instrument* Hukum Hak Asasi Manusia internasional yang mengakui perlindungan bagi *juvenile* merupakan hak fundamental bagi harkat dan martabat anak dan memberikan kewajiban bagi negara melindungi mereka.³⁹⁶ Instrumen Hukum Hak Asasi Manusia Internasional terkait *juvenile* dimaksud antara lain *United Nations*

³⁹⁴ Kuat Puji Prayitno, *Op.Cit*, hlm 419.

³⁹⁵ Mayoritas penegak hukum di Indonesia masih berparadigma *retributive justice* menekankan *punishment* berupa pemonjaraan bagi pelaku tindak pidana. Padahal penjara bukanlah solusi terbaik dalam menyelesaikan masalah-masalah tindak pidana, khususnya tindak pidana dimana kerusakan yang ditimbulkan kepada korban dan masyarakat masih bisa diperbaiki sehingga kondisi yang telah rusak dapat dikembalikan ke keadaan semula. *Ibid.*, hlm 408.

³⁹⁶ Brian J Safran, *Op. Cit*, hlm 306.

Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) 1985, Convention on the Rights of the Child, United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty 1990, United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines) 1990, juga Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice Sistem.

Meskipun *restorative justice* sangat populer untuk *juvenile*, namun perkembangan yang terjadi dalam Hukum Hak Asasi Manusia internasional menunjukkan bahwa *restorative justice* tidak hanya domain peradilan anak. Beberapa penelitian sebelumnya, diantaranya yang ditulis oleh Juliet S. Sorensen, berjudul *Restorative Justice for Victims of War Crime*, juga Thomas M. Antkowiak yang berjudul *An Emerging Mandate for International Courts: Victim Centered Remedies and Restorative Justice* menunjukkan bahwa konsep *restorative justice* juga dapat diterapkan dalam kasus-kasus pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat termasuk di dalamnya kejadian perang.³⁹⁷ Meskipun demikian, dalam kasus ini *restorative justice* lebih fokus pada pemulihan bagi korban, dikarenakan korban berhadapan dengan negara sebagai sponsor pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat.³⁹⁸

Beberapa instrumen yang mengatur hal ini antara lain adalah *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* 1985 dan *The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* yang baru disetujui Majelis Umum PBB pada tahun 2005. *Basic Principles* ini menegaskan bahwa korban: ..should,

³⁹⁷ Juliet S. Sorensen, *Restorative Justice for Victims of War Crime*, Jurnal Crim. L. & Criminology, 2010, hlm 1689.

³⁹⁸ *Ibid*, hlm 1696.

as appropriate and proportional to the gravity of the violation and the circumstances of each case, be provided with full and effective reparation which include[s] the following forms: restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non repetition.

Selanjutnya adalah *the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* yang memberikan korban *compensation, restitution, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition; The Convention on the Rights of Persons with Disabilities* yang mewajibkan negara melakukan *all appropriate measures to promote the physical, cognitive and psychological recovery, rehabilitation and social reintegration of persons with disabilities* ketika terjadi *exploitation, violence or abuse*. Instrumen berikutnya adalah *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001*, yang menegaskan hak korban atas *full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination*.

Tidak mau kalah, *the International Covenant on Civil and Political Rights* yang memberikan hak pada korban atas *compensation; public investigation and prosecution; legal reform; restitution of liberty, employment or property; and medical care*. Statuta Roma 1998 tentang Peradilan Pidana Internasional adalah contoh yang paling bagus dimana *International Criminal Court (ICC)*³⁹⁹ dirancang sebagai forum yang paling tepat untuk penerapan *restorative justice*,

³⁹⁹ ICC tidak hanya mengupayakan pertanggungjawaban juga efek jera pada pelaku, juga *social welfare and restorative justice*. ICC mewajibkan negara menyediakan dana bagi korban untuk melindungi *the safety, physical and psychological well-being, dignity and privacy of victims*. Hak korban tidak hanya ganti rugi bentuk uang atau rehabilitasi, tapi juga tuntutan permintaan maaf yang dirasa lebih memulihkan harkat martabat korban sebagai manusia. Thomas M. Antkowiak, *An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, 47 Stan. J. Int'l L. 279, 2011, hlm 286.

memberikan remediasi pada jutaan korban kejahatan yang ada di bawah yurisdiksinya.

Selain *restorative justice* dalam kasus *juvenile* serta pelanggaran Hak Asasi Manusia yang berat, masyarakat internasional juga berhasil mengadopsi instrumen hukum yang merekomendasikan diterapkannya program *restorative justice* terhadap tindak pidana biasa dilakukan individu dewasa.

Restorative justice dalam kasus ini tidak hanya fokus pada korban saja tetapi juga pelaku, keluarga kedua belah pihak dan masyarakat atau komunitas di sekitarnya. Pelaku didorong untuk bertanggung jawab dengan mengakui kesalahan, menyatakan penyesalan dan permohonan maaf pada korban serta menunjukkan empati dengan menolong memperbaiki kerugian korban. Stigma pada pelaku dapat hilang melalui tindakan yang tepat. Kesuksesan program *restorative justice* dalam kasus ini akan sangat bergantung pada keterlibatan langsung orang yang terpengaruh oleh kejadian.⁴⁰⁰

Instrumen Hukum Hak Asasi Manusia internasional yang mengatur secara detail dan merekomendasikan penerapan *restorative justice* terhadap tindak pidana biasa yang dilakukan orang dewasa adalah *United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules)*. Tujuan utama instrumen ini adalah:⁴⁰¹

- a. *to promote the use of non custodial measures, as well as minimum safeguards for persons subject to alternatives to imprisonment;*
- b. *to promote greater community involvement in the management of criminal justice, specifically in the treatment of offenders, as well as to promote among offenders a sense of responsibility towards society*
- c. *to ensure a proper balance between the rights of individual offenders, the rights of victims, and the concern of society for public safety and crime prevention;*
- d. *to provide other options, thus reducing the use of imprisonment, and to rationalize criminal justice policies, taking into account the observance of human right the requirements of social justice and the rehabilitation needs of the offender.*

⁴⁰⁰ Angkasa, *Model Peradilan Restorative Dalam Sistem Peradilan Anak (Kajian Tentang Praktek Mediasi Pelaku dan Korban Dalam Proses Peradilan Anak di Wilayah Hukum Balai Pemasyarakatan Purwokerto)*, Jurnal Dinamika Hukum Volume 3 Nomor 9, 2009, hlm 209.

⁴⁰¹ Tokyo Rules Angka I point 1.

Berdasarkan tujuan utama yang ingin dicapai, *Tokyo Rules* berupaya memberikan standar minimum penerapan *restorative justice* sebagai alternatif untuk mengurangi tindakan pemenjaraan. *Restorative justice* dapat diterapkan pada semua orang yang berstatus tersangka, terdakwa atau terpidana dan dalam semua proses tahapan administrasi *criminal justice*.⁴⁰² Penerapan *restorative justice* berdasarkan prinsip non diskriminasi baik berdasarkan ras, agama, jenis kelamin, usia, bahasa, politik atau opini politik, kekayaan, asal usul nasionalitas, status kelahiran atau status yang lain.⁴⁰³

Tokyo Rules membagi penerapan *restorative justice* dalam beberapa tahapan yaitu *Pre trial stage*; *Trial and sentencing stage* dan *Post sentencing stage*. Instrumen ini juga memberikan panduan penerapan *restorative justice* yang mencakup pengawasan, Durasi, kondisi, proses perlakuan, disiplin dan pelanggaran kesepakatan. Tak kalah pentingnya, *Tokyo Rules* juga menekankan pentingnya rekruitmen staf untuk mengimplementasikan *restorative justice*.

Dari keseluruhan petunjuk yang diberikan oleh *Tokyo Rules* nampak bahwa ada beberapa komponen kunci yang harus diperhatikan dalam penglegislatian *restorative justice*. Komponen kunci yang pertama menurut *Tokyo Rules* adalah seleksi, pelatihan, dan sertifikasi fasilitator. Peran fasilitator adalah untuk memfasilitasi agar program *restorative justice* bisa dilaksanakan secara *fair* dan tidak memihak. Fasilitator harus memiliki kemampuan untuk mengkondisikan sikap saling menghormati antara pelaku dan korban, mencegah revictimisasi korban, juga membantu memformulasikan atau memperbaiki kesepakatan antara pelaku dan korban atau beserta keluarga masing-masing. Di samping itu,

⁴⁰² Tokyo Rules Angka I, point 2.1.

⁴⁰³ Tokyo Rules Bagian I, point 2.2.

fasilitator haruslah memiliki empati, kemampuan organisasi, komunikasi verbal secara efektif, dan management konflik.⁴⁰⁴ Pelatihan minimum yang diperlukan bagi fasilitator adalah sebagai berikut:⁴⁰⁵

- a. Pengenalan konsep dan tujuan program *restorative justice* dan perbandingannya dengan *traditional criminal process*;
- b. Pengenalan tentang tata cara atau prosedur pelaksanaan program;
- c. Keahlian komunikasi; dan
- d. Pemahaman mengenai pengalaman revictimisasi

Masih terkait komponen pertama, hal tak kalah penting diatur dalam pelegislasi *restorative justice* adalah proses rekrutmen fasilitator/staf pelaksana program *restorative justice* untuk memperoleh fasilitator yang profesional atau siap latih. Warga lokal sangat direkomendasikan untuk menjadi fasilitator karena dipandang lebih memahami budaya lokal dan karakter masyarakat setempat, dimana tindak pidana terjadi.⁴⁰⁶

Komponen kunci kedua menurut *Tokyo Rules* adalah *screening process* pelaku dan korban untuk menentukan apakah mereka memenuhi syarat (*eligible*) untuk berpartisipasi dalam program *restorative justice*. Tidak semua korban atau pelaku siap menjalani program *restorative justice*. Untuk itulah proses *screening* secara hati-hati dengan pendekatan kasuistik sangatlah diperlukan untuk suksesnya program tersebut. Dalam proses *screening* sangat penting untuk mengetahui latar belakang kehidupan pelaku dan korban, sikap pelaku, sikap korban, dan lain-lain.⁴⁰⁷

The *Australian Restorative Justice Act* sangat berhati-hati menetapkan kesiapan mental korban dan pelaku. *Eligible victims* menurut undang-undang Australia ini harus memenuhi standar usia tertentu dan memiliki kesiapan dan

⁴⁰⁴ Christopher D. Lee, *Op, Cit*, hlm 540.

⁴⁰⁵ *Ibid*, hlm 539.

⁴⁰⁶ *Ibid*.

⁴⁰⁷ Uganda Community Service Regulation 2001, <http://www.restorativejustice.org/10fulltext>.

kecakapan mental (*the mental cognizance*) untuk memutuskan terlibat dalam program *restorative justice*. Jika korban masih terlalu muda anggota keluarganya dapat menggantikan sepanjang anggota keluarga tersebut cukup usia dan memiliki *mental cognizance* yang cukup. Pelaku akan dianggap memenuhi syarat apabila ia mengakui kesalahannya dan bersedia menerima tanggung jawab, usianya minimal 10 tahun, serta memiliki *mental cognizance* yang cukup untuk terlibat dalam program *restorative justice*.⁴⁰⁸

Screening bagi korban dilakukan oleh fasilitator. Korban harus tetap diberikan kesempatan untuk mengikuti program *restorative justice* dengan atau tanpa kehadiran pelaku. Namun demikian tidak semua program *restorative justice* sesuai bagi korban, sehingga kemampuan fasilitator menemukan program yang tepat sangat diperlukan.⁴⁰⁹ *Screening* bagi pelaku, pada umumnya, dalam sebagian besar kasus, Jaksa adalah pihak yang paling berperan dalam melakukan *screening* terhadap pelaku. Hal ini mengijinkan Jaksa menghentikan kasus apabila pelaku sudah melaksanakan kewajiban yang disepakai program *restorative justice*.⁴¹⁰

Komponen kunci ketiga penting untuk pelegislasian *restorative justice* adalah tentang kapan program *restorative justice* dapat dilakukan. Pada umumnya ada empat waktu pelaksanaan program yaitu pada tahapan di Kepolisian (*pre charge*); penuntutan (*post charge but usually before trial*); persidangan di pengadilan (*pre trial or sentencing stages*); dan *corrections*.⁴¹¹ Komponen kunci keempat adalah tipe atau bentuk program. Meskipun ada banyak program yang direkomendasikan tetapi yang paling banyak digunakan antara lain adalah *victim offender mediation* (*VOM*); *community and family group conferencing*; *circle*

⁴⁰⁸ Christopher D. Lee, *Op. Cit.*, hlm 542.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, hlm 543.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ *Ibid.*

*Sentencing; Victim Impact Panels and Surrogate Groups; Online Dispute Resolution; serta The Victim Offender Reconciliation Program (VORP).*⁴¹²

Komponen kunci kelima adalah ruang lingkup penerapan *restorative justice* kasus khusus dan sensitif yang direkomendasikan untuk diterapkan *restorative justice*.

Meskipun *Tokyo Rules* tidak membatasi jenis tindak pidana yang dapat diterapkan *restorative justice* namun praktek banyak negara hanya menerapkannya dalam kasus-kasus yang ringan. Sejauh ini banyak negara hanya menerapkan *restorative justice* untuk tindak pidana yang dianggap ringan seperti pengrusakan (*vandalism*), penyerangan ringan (*minor assault*) serta pencurian (*theft*).⁴¹³

Setelah *Tokyo Rules* 1990 yang merupakan instrumen utama *restorative justice*, PBB beberapa kali menyelenggarakan konferensi internasional untuk semakin memasyarakatkan dan memperbaiki kekurangan-kekurangan yang ada dalam *Tokyorules*.

Laporan Kongres PBB ke-11 di Thailand tentang *Crime Prevention and Criminal Justice* 2005, merumuskan perlunya perjanjian internasional yang mengatur kebutuhan inovasi *administration justice* termasuk penggunaan *restorative justice*, terutama untuk pelaku pemula, pelaku anak-anak, dan penyahgunaan narkotika.

Selanjutnya Kongres PBB ke-12 di Brasil 2010, juga merekomendasikan negara anggota untuk mengevaluasi dan mengadakan pembaharuan kebijakan peradilan pidananya dengan pengembangan strategi komprehensif mengurangi penggunaan sanksi penjara, dan meningkatkan penggunaan alternatif lain selain

⁴¹² *Ibid*, hlm 544.

⁴¹³ Kate E. Bloch, *Reconceptualizing Restorative Justice*, Hastings Race & Poverty L. J., 2010, hlm 207.

penjara termasuk program *restorative justice*.⁴¹⁴ Demikianlah Hukum Hak Asasi Manusia internasional telah memberi panduan untuk *criminal Justice* tentang strategi pendekatan inovasi, komprehensif dan integral dengan meningkatkan penggunaan program *restorative justice*.⁴¹⁵

Perkembangan selanjutnya di masyarakat internasional, meskipun banyak rekomendasi terhadap penerapan *restorative justice* yang berlandaskan *justpeace principle* sebagaimana telah dipaparkan sebelumnya, namun ternyata kritik terhadap konsep ini juga mulai muncul yang kemudian menawarkan konsep *hybrid restorative justice* sebagai alternatif baru.

Konsep ini berupaya mengatasi kelemahan yang ada pada konsep *restorative justice* yang lama (*classical restorative justice*) seperti resiko kesewenang-wenangan dalam proses mediasi karena adanya posisi tawar yang tidak seimbang antara pelaku dan korban, resiko tuduhan yang lebih buruk pada pelaku (*exacerbating prejudice*), serta resiko sakit hati yang lebih buruk (*aggravated*) dengan adanya keterlibatan banyak pihak.⁴¹⁶

Penelitian yang mengklaim *hybrid restorative* sebagai cara terbaik menyatakan penyelesaian sengketa alternatif yang ditawarkan *classical restorative justice* melalui mediasi para *stakeholders* potensial menempatkan pihak korban yang miskin dan tidak memiliki kekuasaan pada posisi lemah sehingga cenderung dirugikan.⁴¹⁷ Konsep *hybrid restorative justice* hakekatnya menggabungkan antara *traditional criminal justice* yang fokus pada pemenjaraan pelaku dengan konsep *classical restorative justice* yang menghindari pemenjaraan dan fokus pada perdamaian pelaku, korban, dan komunitas di sekelilingnya. Konsep *hybrid restorative justice* masih mempertahankan pemenjaraan seperti pada konsep

⁴¹⁴ Kuat Puji Prayitno, *Op, Cit*, hlm 413.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ Kate E. Bloch, *Op, Cit*, hlm 209.

⁴¹⁷ *Ibid*, hlm 201.

konvensional tetapi pemenjaraan pada tempat yang khusus dan fokus pada edukasi dan rehabilitasi pelaku.

Pada *classical restorative justicere*, rehabilitasi diperlukan bagi korban saja. Pelaku tidak perlu di penjara apabila kooperatif, mengakui kesalahan, minta maaf, berkomitmen tidak mengulangi dan berempati serta bertanggungjawab pada kerugian korban. Dengan demikian konsep *hybrid restorative justice* pada tahap awal menuntut *personal accountability*. Pelaku dapat menolong dirinya sendiri dengan menunjukkan empati dan rasa tanggung jawabnya pada korban. Berikutnya korban dan keluarganya dapat menghitung kerugian yang diderita.

Hal yang membedakan dengan konsep *classical restorative justice* adalah bahwa korban dapat diwakili oleh korban pengganti (*surrogate victim*) apabila karena trauma yang dialaminya korban tidak mampu hadir duduk bersama dengan pelaku dan mengungkapkan semua penderitaan serta keinginan atau harapannya. Meskipun masih memerlukan berbagai penyempurnaan namun *hybrid restorative justice* dianggap lebih maju karena dapat diterapkan untuk berbagai jenis tindak pidana, tidak sebatas pada tindak pidana ringan saja. Konsep ini juga dipandang memberikan keseimbangan karena pelaku tidak bebas begitu saja tetapi tetap mengalami pemenjaraan meskipun dengan konsep edukasi dan rehabilitasi pada kelainan perilaku yang diidap oleh pelaku.⁴¹⁸

Dalam penerapan *restorative justice*, dewasa ini perkembangan internasional dalam konsep peradilan pidana dan prosedur penanganan kasus pidana di beberapa negara telah dikenal adanya mediasi penal (*penal mediation, mediation penale, mediation in criminal matters, Victim Offender Mediation*) yang merupakan bagian dari sistem peradilan pidana. Mediasi yang sebelumnya hanya dikenal dalam hukum perdata, telah sering digunakan di beberapa negara untuk menyelesaikan perkara-perkara pidana. Mediasi penal merupakan bentuk perwujudan dari konsep *restorative justice*, yang hendak memulihkan hak korban.

⁴¹⁸ *Ibid*, hlm 213.

Dalam mediasi penal penyelesaian kasus pidana dilakukan tanpa melalui proses peradilan pidana formal/tradisional, karena itu dikenal sebagai *Penal Mediation* atau *Victim Offender Mediation* (VOM), *Offender Victim Arrangement* (OVA), atau *Mediation in Criminal Matters*, atau dalam bahasa Jerman *Der Außergerichtliche Tatausgleich* (disingkat ATA)⁴¹⁹. dan dalam istilah Prancis disebut *de mediation pénale. Täter Opfer Ausgleich* (TOA).

Dalam penanganan kasus pidana, sekilas mediasi penal hampir sama dengan yang kita kenal diskresi (*discretion*) yang dimiliki oleh lembaga sistem peradilan pidana, seperti kepolisian dan kejaksaan untuk menyaring kasus yang masuk untuk tidak meneruskan sebagian kasus tertentu melalui proses peradilan pidana. Namun terdapat esensi yang berbeda dengan sistem diskresi tersebut.

Mediasi penal lebih mengedepankan kepentingan pelaku tindak pidana dan sekaligus kepentingan korban, sehingga tercapai *win win solution* yang menguntungkan pelaku tindak pidana dan korbannya. Dalam mediasi penal korban dipertemukan secara langsung dengan pelaku tindak pidana dan dapat mengemukakan tuntutannya sehingga dihasilkan perdamaian para pihak. Melalui mediasi penal proses penanganan perkara dilakukan dengan transparan sehingga dapat mengurangi permainan kotor yang seringkali terjadi dalam proses peradilan pidana tradisional.

Mediasi penal telah dilakukan negara-negara oleh antara lain Amerika, Kanada, San Fransisco, Italia, Belgia, Austria, Prancis, dan Jerman. Jika digali beberapa daerah di Indonesia di mana peradilan adat masih dipertahankan keberadaannya seperti di Papua, Bali, dan Aceh melalui peradilan pidana adat

⁴¹⁹ Di Austria terdiri dari ATA-J (*Außergerichtlicher Tatausgleich für Jugendliche*) untuk anak, dan ATA-E (*Außergerichtlicher Tatausgleich für Erwachsene*) untuk orang dewasa.

praktik mediasi penal diterapkan dalam menyelesaikan perkara pidana. Namun demikian sebagai sebuah lembaga penyelesaian perkara pidana, mediasi penal belum populer dilakukan dalam menyelesaikan perkara pidana sebagai bagian dari proses peradilan pidana di Indonesia.

Sementara itu dengan masih digunakannya peradilan pidana tradisional, proses peradilan dilakukan dalam proses yang panjang, melalui tahapan-tahapan pemeriksaan dari pemeriksaan di tingkat kepolisian, kejaksaaan dan pengadilan. Dengan tahap-tahap pemeriksaan tersebut, maka diperlukan waktu yang panjang, biaya dan tenaga yang besar untuk satu kasus/perkara pidana. Keadaan seperti ini menyebabkan timbulnya beban penumpukan perkara pidana di pengadilan.

Mengingat banyaknya keuntungan yang ada pada mediasi penal, sebagaimana telah dipraktikan di beberapa negara, maka diperlukan upaya berupa kajian untuk menerapkan mediasi penal dalam proses peradilan pidana Indonesia sebagai bagian dari sistem peradilan pidana di Indonesia.

C. Perspektif Hukum Islam tentang Keadilan Restoratif

Konsep *restorative justice* atau keadilan restoratif merupakan alternatif penyelesaian tindak pidana yang diarahkan kepada penyelesaian jalur non penal, dengan melibatkan semua pihak yang terkait dalam tindak pidana yang terjadi, termasuk dalam tindak pidana anak.⁴²⁰

Keadilan restoratif bertujuan untuk mencari jalan keluar dari model keadilan tradisional yang berpusat pada *punishment* menuju kepada keadilan masyarakat (*community justice*) yang berpusat pada pemulihan korban dan pelaku. Keadilan restoratif dalam hukum pidana menekankan kejahatan

⁴²⁰ Setya Wahyudi, *Implementasi Ide Diversi Dalam Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm 56.

sebagai tindakan yang melawan individu atau masyarakat bukan sebagai bentuk pelanggaran kepada negara.⁴²¹

Keadilan restoratif berpegang pada adanya proses pemaafan dari korban kepada pelaku. Pada sisi korban, keadilan restoratif memberi kekuatan untuk memberi kesempatan pada pelaku untuk mengungkapkan rasa penyesalan kepada korban dan lebih baik bila difasilitasi bertemu dalam pertemuan yang dilakukan secara professional.

Perspektif keadilan restoratif ini sebagai akibat adanya pergeseran hukum dari *lex talionis* atau *retributive justice* dengan menekankan pada upaya pemulihan (*restorative*). Dalam upaya pemulihan korban bilamana dengan pilihan pendekatan yang lebih *retributive* dan *legalistic* sulit untuk mengobati luka korban, maka keadilan restoratif berupaya untuk menekankan tanggung jawab pelaku atas perlakunya yang menyebabkan kerugian orang lain.⁴²²

Dalam konteks hukum pidana Islam, keterlibatan korban tindak pidana (pengakuan hak korban) dengan tegas terakomodir dalam *diyat*, sebagaimana firman Allah S.W.T dalam al-Qur'an pada Q.S. al-Baqarah ayat 178 dan 179:

Q.S. al-Baqarah ayat 178 Artinya: "Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishaash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (*diat*) kepada yang memberi maaf 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".

⁴²¹ Trisno Raharjo, *Mediasi Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Suatu Kajian Perbandingan dan Penerapannya di Indonesia*, Lentera, Yogyakarta, 2011, hlm 26.

⁴²² Siswanto Sunarso, *Op, Cit*, hlm 157.

Q.S. al-Baqarah ayat 179 artinya: “Dan dalam qishaash itu ada (jaminan kelangsungan) hidup bagimu, hai orang-orang yang berakal, supaya kamu bertakwa”.

Penerapan kebijakan non-penal dalam Islam, telah lama diterapkan pada *jarimah qishash-diyat* (tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan), yang mana dalam hukum pidana Indonesia dikategorikan sebagai pidana berat yang tidak bisa dilakukan upaya damai. As-Sayid Sabiq berkomentar, bahwa ketentuan al- Baqarah ayat 178 dan ayat 179 yang berkaitan dengan hukum *qishash-diyat* mengandung beberapa pemikiran, yakni:⁴²³

- a. *Qishash* merupakan bentuk koreksi hukum *jahiliyah* yang diskriminatif;
- b. Adanya hukum alternatif, yaitu *qishash*, *diyat* atau maaf;
- c. Adanya keringanan dan kemudahan dari Allah S.W.T tentang penerapan hukum *qishash*;
- d. Adanya sistem rekonsiliasi antara para pihak yang bersangkutan (korban atau wali dan pelaku);
- e. Dalam *qishash* akan terjamin keterlangsungan hidup manusia dengan aman. *qishash* juga menjadi pencegah agar orang lain takut melakukan tindak pidana pembunuhan mengingat hukumannya yang berat.

Merujuk pendapat tersebut, menunjukkan *diyat* sebagai hukum alternatif, adanya pemaafan, perdamaian dan upaya rekonsiliasi antar para pihak.

Hal tersebut sejalan dengan ide pokok keadilan restoratif, dan perdamaian dalam Islam merupakan sesuatu yang dianjurkan. Dalam konteks hukum pidana, selama perdamaian ini mengakomodir kepentingan kedua belah pihak, berdasarkan atas keridhaan keduanya, memahami baik-buruknya dan keadilan, perdamaian dapat diberlakukan.⁴²⁴

Keadilan dalam Islam merupakan salah satu prinsip pokok yang sangat penting. Keadilan dalam Islam mencakup keadilan individu (*al-ada*

⁴²³ Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah*, Jilid 10, diterjemahkan oleh A. Ali, Alma’arif, Bandung, 1995, hlm 26.

⁴²⁴ Ifa Latifa Fitriani, *Islam dan Keadilan Restoratif Pada Anak yang Berhadapan dengan Hukum*, IN RIGHT, Jurnal Agama dan Hak Azasi Manusia Volume 2 Nomor 1 Tahun 2012, hlm 223.

lahalfardiyah) dan keadilan sosial (*alada lah al-ijtima iyah*). Keadilan dalam hukum Islam selalu mempertimbangkan moralitas, sosial dan individualitas, bukan hanya sebatas *legal justice*.⁴²⁵ Para ulama secara tegas menyebutkan hak dalam pidana Islam terbagi atas hak Allah S.W.T dan hak manusia.

Abdul Qadir Awdah menjelaskan bahwa terkadang ada dua hak dalam satu tindak pidana. Terdapat perbuatan yang menyentuh hak-hak individu, namun hak masyarakat lebih dominan di dalamnya, seperti *qazaf*. Terdapat juga perbuatan lain yang menyentuh hak masyarakat, tetapi hak individu lebih besar dibandingkan hak masyarakat, seperti pembunuhan.⁴²⁶

Islam memandang adil bukan harus dipahami sebagai sesuatu yang setimpal, adil harus juga melihat konteks. Keadilan dalam Islam dipahami dalam tataran yang lebih kompleks, moralitas, individualitas dan sosial.⁴²⁷

Setiap perbuatan yang menyentuh hak manusia pada dasarnya juga mengandung hak Allah S.W.T di dalamnya (hak masyarakat).

Hak individu dalam hukum pidana tidak serta merta menjadi hak individu secara murni. Batalnya hukuman *qishash* dalam pembunuhan sengaja dan *diyat* dalam pem-bunuhan tersalah mengakibatkan diperbolehkan untuk menggantinya dengan *ta'zir*, sehingga pasca pemaafan yang diberikan oleh keluarga korban, penguasa dapat menjatuhkan hukuman *ta'zir* kepada pelaku dengan memperhatikan kondisi pelaku.⁴²⁸

Pemahaman tersebut di atas, menunjukkan bahwa Islam lebih dahulu memahami konsep *victim oriented*, jauh sebelum para ahli hukum pidana Barat mencetuskan keadilan restoratif.

Islam tidak hanya memaknai tindak pidana sebagai pelanggaran terhadap negara dan *offender oriented*, melainkan Islam melihat dari tataran yang lebih kompleks. Pidana dipahami juga sebagai pelanggaran terhadap kepentingan individu atau *victim oriented*, sejalan dengan pemahaman keadilan restoratif.⁴²⁹

⁴²⁵ *Ibid*, hlm 224.

⁴²⁶ Abdul Qadir Awdah, *Ensiklopedia Hukum Islam*, Jilid II, diterjemahkan oleh Tim Tsalisah, Karisma Ilmu, Bogor, 2007, hlm. 204.

⁴²⁷ Ifa Latifa Fitriani, *Op, Cit*, hlm 225.

⁴²⁸ *Ibid*, hlm 236.

⁴²⁹ *Ibid*, hlm 220.

Dalam pengaturan hukum pidana modern terhadap korban kejahatan dikenal dua model, yaitu model hak-hak prosedural dan model pelayanan. Sepintas model hak-hak prosedural dalam hukum pidana modern akan terlihat sejalan dengan *qishash-diyat*. Asumsi ini disimpulkan berdasarkan pemahaman model hak prosedural yang memberikan peran aktif korban dalam jalannya proses peradilan.

Model ini melihat korban sebagai subjek yang harus diberikan hak-hak yuridis yang luas untuk menuntut dan mengejar kepentingan-kepentingannya. Lain halnya dengan model pelayanan, penekanan diletakkan pada perlunya diciptakan standar-standar baku bagi pembinaan korban kejahatan yang dapat digunakan oleh aparat penegak hukum, seperti pemberian kompensasi sebagai sanksi pidana restitutif.⁴³⁰

Konsep hak individu (hak korban-keluarga) pada *qishash-diyat* sebagai penerapan model pelayanan. *Diyat* sebagai pengganti *qishash* dibayarkan dalam jumlah tertentu, meskipun para ulama berbeda pendapat mengenai jumlah *diyat* dan harus didasarkan pada pembagian jenis pembunuhan, namun yang harus disadari adalah hak korban untuk menerima *diyat* jumlahnya limitatif. Artinya, ulama (representasi dari negara) berhak menentukan jumlah *diyat* (korban- keluarga tidak dapat menentukan sendiri jumlah *diyat* tersebut). Ini sejalan dengan penekanan model pelayanan, yaitu diciptakannya standar-standar baku bagi pembinaan korban kejahatan yang dapat digunakan oleh aparat penegak hukum.

Hak individu dalam hukum pidana, bukan hak murni individual, melainkan juga terdapat hak Allah SWT, oleh karena pengakuan hak individu secara murni dalam pidana justru akan menimbulkan kekaceraan sistem. Ini didasari pada pemahaman bahwa Allah SWT melembagakan *syari'at* Islam demi *kemaslahatan* bagi manusia.⁴³¹

⁴³⁰ *Ibid*, hlm 221.

⁴³¹ *Ibid*.

D. Keadilan Restoratif Dalam Penyelesaian Sengketa Menurut Hukum Adat

Pengkajian penyelenggaraan dan distribusi keadilan, merupakan hal yang sangat penting untuk dibahas. Pertama, karena masyarakat Indonesia masih tergolong masyarakat majemuk⁴³². Kedua kompleksitas hukum dan permasalahan di seputar istilah *lex* (*legislation, regelgeving*) dan *ius* (*law, recht*). Ketiga, bahwa di luar undang-undang ada hukum.⁴³³ Indonesia, adalah negara hukum (*rechstaat*), bukan negara undang-undang. Negara harus menjamin tegaknya keadilan dengan menerapkan dan menegakan hukum yang ada, termasuk di dalamnya hukum adat. Bukankah dengan perdamaian adat, dapat juga memberikan kepastian hukum dan keadilan bagi masyarakat yang membutuhkannya?

Hukum diharapkan berfungsi sebagai pengayom agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal dan damai, tetapi dapat juga karena pelanggaran hukum. Dalam hal ini hukum yang telah dilanggar harus ditegakkan. Penegakan hukum ini terkait dengan asas, seperti kepastian (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkeit*).⁴³⁴

Peradilan dalam teks dan konteks Undang-Undang Nomor Nomor 48 Tahun 2009, menghendaki akses keadilan diletakkan atas dasar pemikiran *legal centralisem*.⁴³⁵ Dalam Pasal 2 ayat (3) dikatakan: semua peradilan di seluruh wilayah negara Republik Indonesia adalah peradilan negara yang diatur dengan undang-undang. Perspektif *legal centralisme* disangkakan membawa pertanda kematian bagi peradilan di luar kekuasaan kehakiman negara. Namun dibalik asas

⁴³² Soerjono Soekanto, *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*, Kurnia Esa, Jakarta, 1992, hlm 48.

⁴³³ L. J van Apeldooren, *Pengantar Ilmu Hukum*, Paradnya Paramita, Jakarta, 1996, hlm 3.

⁴³⁴ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm 1.

⁴³⁵ Marc Galanter, *Keadilan di Berbagai Ruangan: Lembaga Peradilan, Penataan Masyarakat Serta Hukum Rakyat*, Dalam T. O. Ihromi, *Antropologi Hukum Sebuah Bunga Rampai*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1993, hlm 115. senterakime hukum merupakan pandangan yang melihat alat-alat perlengkapan negara (ajaran-ajaran mereka) menempati titik sentral dan kedudukan pengawas tertinggi dalam kehidupan hukum.

penyelenggaraan kekuasaan kehakiman, terdapat konstitusi tidak tertulis, yakni kehendak rakyat mengenai peradilan atas nama hukum hidup di masyarakat. Suka atau tidak selain peradilan negara, akan lahir sebagai *manifes* kebutuhan dan kesadaran hukum mengenai ketertiban dan ketenteraman, tidak selalu diwujudkan badan kehakiman negara.

Dalam kajian ini, konsep hukum yang dianut merujuk bahwa di luar peradilan negara, terdapat peradilan non formal yang bekerja berdasarkan aturan tingkah laku dalam menyelesaikan sengketa berdasarkan hukum yang hidup di masyarakat. Peradilan dikaji sebagai komponen sistem kemasyarakatan kompleks dan tidak sebagai sumber tunggal distribusi keadilan, seperti pemikiran hukum *legalistis positivistik*. Permasalahan distribusi keadilan tidak hanya dikaitkan dengan pemerataan kesempatan memperoleh keadilan, melalui pembentukan peradilan formal dan perangkatnya⁴³⁶, tetapi juga dengan pasangan yang tepat antara forum dan sengketa, dan dengan postulat penataan sosial berdasarkan hukum adat.⁴³⁷

Kompleksitas peradilan sebagai lembaga pemberi keadilan, diwarnai berbagai pancaran teori dan konsep hukum. Di pihak pertama berdiri kelompok *legalistis positivistik* menginginkan agar lembaga peradilan bekerja berdasarkan peraturan hukum yang logis. Sementara di pihak lain berdiri kelompok pragmatis, yang menghendaki agar lembaga peradilan bekerja atas dasar nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat.⁴³⁸ Oleh sebab itu uraian di bawah ini akan

⁴³⁶ Ahmad Ubbe, *Perbandingan Antara Jumlah Hakim dengan Perkara, Penduduk dalam Pemerataan Memperoleh Keadilan*, Majalah Hukum Nasional. Nomor 2 tahun 1989, hlm 117.

⁴³⁷ Bandingkan dengan Marc Galanter, *Keadilan di Berbagai Ruang: Lembaga Peradilan, Penataan Masyarakat Serta Hukum Rakyat*, dalam T. O. Ihromi, *Op, Cit*, hlm 95.

⁴³⁸ Ahmad Ubbe, *Op, Cit*, hlm 17.

menyinggung berbagai pemikiran konsep dan teori hukum tentang hukum adat, peradilan dan hakimnya.

Pemikiran mengenai akses kepada keadilan (*akses to justice*) sejatinya tidak merujuk kepada *punitive justice* (keadilan yang merujuk pada pemidanaan). Namun dibawa pada suatu wawasan baru, ialah *participatory justice* (keadilan yang merujuk pada kebersaman), suatu wawasan yang serupa dengan *alternatif dispute resolution* (ADR).

Dengan pemikiran sengketa diselesaikan melalui kesepakatan semua pihak yang terkait dan tidak sekedar menghentikan sengketa secara yuridis dengan mewujudkan keadilan formal. Namun lebih utama daripada hal itu ialah mewujudkan perdamaian, persaudaraan dan upaya mengembalikan masyarakat kepada ketertiban dan ketenteraman sesuai dengan perasaan dan kesadaran hukum yang hidup di masyarakat yang bersangkutan.⁴³⁹

Dalam hal ini penyembuhan sosial, hasil musyawarah diselenggarakan dengan atau tanpa melibatkan petugas penegak hukum negara (*non state justice system*). *Non state justice system* menurut pandangan Mardjono Reksidipoetro, merujuk pada pemikiran *restorative justice* (keadilan restoratif) dengan tujuan utama, seperti:⁴⁴⁰

- a. *To restore the healt of the community, meet victims' needs, repair the harm done, and requer the offender to kontribute to these repair;*
- b. *The restorative justice model attempts non punitive, humane solutions to the conflik inherent i crime end victimzation.*

Disini dikatakan sekali lagi usaha penyelesaian sengketa melalui kesepakatan semua pihak yang terlibat dalam perselisihan, ikut memberikan kontribusi. Kontribusi pelaku terhadap kesepakatan ini, dapat berbagai macam,

⁴³⁹ Ahmad Ubbe, *Hukum Adat Kesusahaannya Malaweng, Kesimbungan dan Perubahannya* Yasrif Watampone, Jakarta, 2008, hlm 72.

⁴⁴⁰ Mardjono Reksidipoetro, Pengantar dalam Eva Achyani Zulfa, *Keadilan Restoratif, Op, Cit*, hlm i.

seperti *monetary restitution, community service, therapy and even incarceration.*⁴⁴¹

Konsep penyelesaian sengketa dengan persepkatan ini, timbul tidak hanya sebagai reaksi terhadap cara-cara tradisional yang diterapkan dalam sistem *punitive justice*, baik yang berorientasi pada *crime control model*, maupun *due process model*. Namun merupakan upaya refitalisasi dan reaktualisasi peran lembaga perdamaian yang telah ada sebelumnya.

Sejarah mencatat bangsa Indonesia memiliki khasanah kebudayaan berupa sistem sosial dan hukum tentang peradilan, hakim dan keadilan. Sejarah kerajaan Mataram sejak abad 17 telah memiliki lembaga peradilan kerajaan disebut Peradilan Stinggil atau Serambi. Sementara perkara hukum di pedesaan diselesaikan di Peradilan Padu yang dipimpin kepala adat. Peradilan tingka desa bertahan hidup hingga sekarang dengan nama beragam seperti pengadilan adat atau Lembaga Perdamaian Desa dengan fungsi dan kewenangan membenahi rusaknya pergaulan sosial akibat pelanggaran hukum adat di masyarakat dengan menerapkan hukum dan keadilan.

a. Hukum Adat dan Peradilannya

Menurut A. A. G. Peters hukum tidak dipakai untuk mencapai sasaran-sasaran yang ditetapkan secara sewenang-wenang, walaupun itu kebijakan yang dimuat dalam peraturan tertulis atau tidak tertulis.

Hukum sepantasnya dipakai sebagai pengarah kepada terwujudnya keadilan dan legitimasi yang berorientasi pada asas-asas hukum dan nilai-nilai hukum, sesuai *living law* yang ada di masyarakat Maka tidaklah salah, jika

⁴⁴¹ *Ibid.*

ada upaya reaktualisasi dan refitalisasi peradilan adat yang masih hidup di masyarakat.⁴⁴²

Berkaitan dengan hukum adat, telah banyak dikaji dan melahirkan berbagai pengertian. Dari berbagai pengertian yang ada, dapat dikatakan bahwa hukum adat pada umumnya mengandung unsur sebagai berikut:⁴⁴³

- 1) Dari segi bentuknya, pada umumnya merupakan hukum tidak tertulis;
- 2) Dari segi asalnya, adalah dari adat dan kebiasaan;
- 3) Dari segi sifatnya, adalah dinamis, berkembang terus, dan mudah beradaptasi;
- 4) Dari prosesnya adalah dibuat secara tidak sengaja;
- 5) Mengandung unsur agama;
- 6) Dari segi fungsinya adalah mengatur hubungan antar sesama dan;
- 7) Penegakan oleh fungsionaris adat dan;
- 8) Mempunyai sanksi.

Eva Achyani Zulfa, mengatakan konsep hukum adat dan peradilan adat merupakan akar keadilan restoratif. Dengan mengutip Supomo tentang karakteristik hukum adat Indonesia, Eva Achyani Zulfa mencatat akar keadilan restoratif yang ditemukan dalam hukum adat, seperti:⁴⁴⁴

- 1) Corak religius yang menempatkan hukum adat sebagai bentuk kesatuan batin masyarakat dalam satu kesatuan (komunal);
- 2) Sifat komunal hukum adat menempatkan individu sebagai orang yang terikat dengan masyarakat. Seorang individu bukan sosok yang bebas dalam segala laku, karena dia dibatasi oleh norma yang telah berlaku baginya;
- 3) Tujuan persekutuan masyarakat adalah memelihara keseimbangan lahir batin antara individu, golongan dan lingkungan hidupnya. Tujuan ini pada dasarnya dipikul oleh masing-masing individu anggotanya demi pencapaian tujuan bersama;
- 4) Tujuan memeliharaan keseimbangan lahir batin berpangkal pada pandangan ketertiban alam semesta (kosmos). Kepentingan masyarakat merupakan hubungan harmonis antara segala sesuatu sesuai dengan

⁴⁴² A. A. G. Peters, *Hukum Sebagai Proyek*. dalam A. A. G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto (editor), *Hukum dan Perkembangan Sosial, Buku Teks Sosiologi Hukum. Buku III* Sinar Harapan, Jakarta, 1990, hlm 323.

⁴⁴³ Jufrina Rizal, *Perkembangan Hukum Adat Sebagai Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat*, Makalah Seminar Revitalisasi dan Reinterpretasi Nilai-Nilai Hukum Tidak Tertulis Dalam Pembentukan dan Penemuan Hukum, Diselenggarakan dalam Kerjasama BPHN Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia-Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makassar 28 September 2006, hlm 3.

⁴⁴⁴ Eva Achyani Zulfa, *Keadilan Restoratif, Op, Cit*, hlm 7.

- garis dan keseimbangan kosmos;
- 5) Pelanggaran terhadap hukum adat, merupakan pelanggaran terhadap ketertiban kosmos;
 - 6) Jika garis kosmos tidak dijalani, walaupun oleh seorang individu, maka baik masyarakat maupun orang tersebut akan menderita, karena berada di luar garis kosmos yang ada.

Dari nukilan disebut di atas, hendak dijelaskan pancaran berpikir juridis mengenai ukum adat dan peradilan. Di sini peradilan dipahami sebagai pekerjaan hakim dan atau badan pengadilan.

Dari Sudikno, sebagaimana dikutip dari J. van Kan, dikatakan peradilan adalah badan yang oleh penguasa dengan tegas dibebani tugas untuk memeriksa pengaduan tentang gangguan hak (hukum) atau memeriksa gugatan dan badan itu memberi putusan hukum.⁴⁴⁵ Peradilan berasal dari kata dasar adil, mendapat awalan per dan akhiran an. Kata jadian peradilan berarti, segala sesuatu yang berkaitan dengan pengadilan.

Menurut Sudikno Mertokusumo pengadilan bukan diartikan semata-mata sebagai badan untuk mengadili, melainkan sebagai pengertian yang abstrak mengenai hal memberikan keadilan. Dalam memberikan keadilan, hakim mendasarkan putusannya pada hukum yang berlaku, menjamin ditaatinya hukum dengan memberikan keputusan.⁴⁴⁶

Fakta sejarah kembali menunjukkan bahwa dimana ada hukum di situ ada peradilan dan hakimnya. Hukum dan peradilan di Indonesia sudah ada sejak zaman Malaio Polinesia, berubah dan berkembang sesuai kebutuhan dan perkembangan masyarakat hingga sekarang. Dikatakan oleh Hilman Hadikusuma, bahwa sistem hukum dan peradilan datang dari dua arah. Dari bawah dalam bentuk hukum rakyat dan dari atas dalam bentuk hukum

⁴⁴⁵ Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-Undangannya di Indonesia Sejak 1942*, Disertasi pada Universitas Gajah Mada, Jogjakarta, 1971, hlm 2.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

penguasa atau hukum perundang-undangan.⁴⁴⁷ Demikian halnya menurut Hilman Hadikusuma, di zaman Mataram ada hukum dan Peradilan Padu dan ada yang disebut *Stinggil* atau *Serambi*. Peradilan Padu berlaku pada masyarakat pedesaan, sedangkan Peradilan *Stinggil* atau *Serambi* berlaku dalam masyarakat Keratuan.⁴⁴⁸

Fakta sejarah selanjutnya menggambarkan hukum dan peradilan mengalami perubahan, lepas zaman VOC masuk zaman Hindia Belanda terdapat lima macam peradilan:

- 1) Peradilan Gubernumen (*Gouvernements rechtspraak*);
- 2) Pengadilan Pribumi (*Inheemsche Rechtspraak*);
- 3) Peradilan Swapraja (*Zelsbestuur Rechtspraak*);
- 4) Peradilan Agama (*Godsdienstige Rechtspraak*);
- 5) Peradilan Desa (*Dorpsjustiti*).

Dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, maka *Inheemsche Rechtspraak* dan *Zelsbestuur Rechtspraak* secara berangsur-ansur dihapuskan.

Dengan demikian kelima macam peradilan di zaman kolonial yang hingga sekarang masih berlaku adalah:

- 1) Peradilan Gubernumen (Pengadilan Negeri);
- 2) Peradilan Agama (Pengadilan Agama);
- 3) Peradilan Perdamaian Desa (Peradilan Adat).

⁴⁴⁷ Hilman Hadikusuma, *Peradilan Adat di Indonesia*, Miswar, Jakarta, 1999, hlm 36.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

Dari ketiga peradilan di atas, hukum adat baik perdata maupun pidana sebagian masih berlaku di pengadilan negeri. Sebagian lainnya berlaku di luar pengadilan negeri. Peradilan adat desa memutus perkara berdasarkan hukum adat, dalam wujud penyelesaian damai di luar pengadilan negeri. Pengadilan agama mengurus perkara perkawinan dan perceraian. Namun kadang dipilih juga menjadi forum untuk penyelesaian sengketa warisan.

Kata padu berarti temu atau ketemu. Dari kata padu menjadi pepaduan yang artinya forum pertemuan. Jadi peradilan padu atau lengkapnya disebut peradilan pepaduan, artinya penyelesaian perkara secara damai oleh dua pihak yang berselisih dan pihak lain yang terkait dengan cara bermusyawarah disaksikan oleh tua-tua adat dan tokoh-tokoh agama serta dipimpin oleh kepala persekutuan adat, berdasarkan susunan masyarakat genealogis (patrilineal, matrilineal, parental) atau masyarakat teritorial (desa, marga, nagari, kuria, dati dan seterusnya).⁴⁴⁹ Sekali lagi disimpulkan peradilan padu bekerja di daerah pedesaan dibawah pimpinan kepala desa (lurah), dibantu tokoh-tokoh adat, pemuka agama dan diawasi oleh pejabat kerajaan yang disebut jaksa.

Jenis perkara diselesaikan secara damai melalui peradilan adat, adalah perkara perdata dan perkara pidana ringan. Perkara perdata dimaksud meliputi sengketa di bidang pertanahan, utang piutang, sewa menyewa, perkawinan dan pewarisan. Adapun yang dimaksud perkara pidana ringan seperti pencurian, penipuan, penghinaan dan penganiayaan. Di pihak lain perkara pidana berat yang dapat mengakibatkan terganggunya ketertiban

⁴⁴⁹ *Ibid*, hlm 8.

umum, atau menjatuhkan martabat raja dan kerajaan, seperti pembunuhan, perampukan, pembakaran dan pemberontakan, ditangani oleh jaksa dan diadili oleh Peradilan Stinggil atau Serambi.

Pada tahun 1935 Peradilan Desa mendapatkan pengakuan secara yuridis formal melalui Staatsblad 1935 Nomor 102. Dengan Staatblad ini dilakukan penambahan Pasal 3a ayat 1, 2, dan 3 RO. Didalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951, antara lain ditentukan bahwa Pengadilan Adat akan dihapus secara berangsur-angsur. Akan tetapi hak dan kekuasaan yang selama itu diberikan kepada hakim perdamaian desa tidaklah dikurangi. Dengan demikian peranan hakim perdamaian desa, masih diakui oleh peraturan perundang-undangan.⁴⁵⁰

Namun dalam praktik kehidupan hukum sehari-hari, peradilan adat pada umumnya tergerus oleh perubahan zaman. Di wilayah tertentu seperti Kalimantan Tengah dan Barat, Peradilan Adat relatif bisa bertahan hidup karena sumber kehidupannya yaitu masyarakat adat dan fungsionarisnya terjaga dan dapat bekerja dengan baik.

b. Mediasi Penal dan Perlindungan Korban

Mediasi umumnya digunakan dalam kasus perdata, tidak untuk kasus pidana. Namun dalam perkembangan wacana teoritik dan pembaruan hukum nasional, terdapat kecenderungan menggunakan mediasi penal, sebagai salah satu ADR.⁴⁵¹ Hakekat mediasi adalah musyawarah mufakat menyelesaikan sengketa. Meskipun dengan berbagai nama, intinya tetap merujuk pada kompromi pihak korban dan pembuat delik untuk mencapai titik temu yang menguntungkan pihak-pihak dalam penyelesaian sengketa.

Mediasi, merupakan suatu proses dimana korban dan pelaku kejahatan saling bertemu dan berkomunikasi, serta dengan bantuan pihak ketiga, langsung atau tidak, memudahkan korban untuk mengekspresikan apa

⁴⁵⁰ Soerjono Soekanto, *Kedudukan Kepala Desa Sebagai Hakim Perdamaian*, Rajawali, Jakarta, 1996, hlm 44.

⁴⁵¹ *Ibid*, hlm 3.

yang menjadi kebutuhan dan perasaannya, dan memungkinkan pelaku menerima dan bertanggung jawab atas perbuatannya.⁴⁵²

Mediasi pidana dikembangkan atas dasar prinsip kerja meliputi:⁴⁵³

1) Penanganan Konflik (*Conflict Handeling*)

Mediator bertugas membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide, kejahatan telah menimbulkan konflik interpersonal. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi.

2) Berorientasi Pada Proses (*Proses Orientation*)

Mediasi lebih berorientasi pada kualitas proses daripada hasil, yaitu antara lain menyadarkan pembuat delik akan kesalahannya, kebutuhan-kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut.

3) Proses Informal (*Informal Proceeding*)

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

4) Partisipasi Aktif dan Otonom Para Pihak (*Active and Autoomous Participation*)

Pelaku dan korban tidak dilihat sebagai obyek dari prosedur hukum pidana, tetapi lebih sebagai subjek yang mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan untuk berbuat. Mereka diharapkan berbuat atas kehendaknya sendiri.

Prinsip kerja mediasi penal seperti dikutip di atas bertolak pada paradigma penyelesaian sengketa non litigasi untuk mendapatkan keadilan.

Paradigma non litigasi ini, bertujuan mencapai keadilan yang mengutamakan konsensus dengan mempertemukan kepentingan pihak-pihak yang bersengketa serta dengan mencapai tujuan *win-win solution*.⁴⁵⁴

Berbeda dengan penyelesaian sengketa non litigasi tersebut, maka proses litigasi mewujudkan keadilan melalui sistem ‘perlawanan’ (*theadversary system*), yakni mempertentangkan pihak-pihak yang besengketa. Sebab itu proses litigasi, selalu menghasilkan penyelesaian yang menempatkan salah

⁴⁵² Trisno Raharjo, *Op, Cit*, hlm 15.

⁴⁵³ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, *Op, Cit*, hlm 5.

⁴⁵⁴ Adi Sulitiono, *Mengembangkan Paradigma Non-Litigsi di Indonesia*, UNS Press, Solo, 2007, hlm 7.

satu pihak menjadi pemenang (*a winner*) dan pihak lainnya kalah (*a loser*).

Oleh sebab itu, berlitigasi, menghasilkan *win-los solution*.⁴⁵⁵

Pembinaan hukum tentang penyelesaian sengketa dengan cara non litigasi, dimaksudkan untuk revitalisasi dan rasionalisasi nilai-nilai hukum adat yang masih hidup di masyarakat. Sekaligus dengan itu, ialah pelembagaan kembali (*reinstitutionalization of norms*)⁴⁵⁶ hukum adat dan peradilannya dengan kompetensi penyelesaian pelanggaran adat.

Dengan demikian pranata dan kelembagaan adat dapat berfungsi bagi masyarakat yang membutuhkannya. Secara lebih khusus lagi revitalisasi mediasi penal menjadi perilaku masyarakat dalam mengolah sengketanya, menjadi sebab terciptanya banyak ruang bagi *access to justice* dan terbangunnya jalur alternatif penyelesaian sengketa sesuai perasaan dan kesadaran hukum masyarakat yang melingkupi sengketa itu. Mediasi penal bukan obat mujarab (*panacea*) dan tidak untuk mengantikan proses penyelesaian perkara dalam sistem peradilan pidana. Namun sebagai bagian dari lembaga kemasyarakatan,⁴⁵⁷ mediasi penal bermanfaat bagi bagian lembaga masyarakat lain sebagai berikut:⁴⁵⁸

- 1) Pelaksanaan Kekuasaan Kehakiman:
 - a) Mengurangi kemacetan dan penumpukan perkara di lembaga pengadilan.
 - b) Banyaknya kasus yang diajukan ke pengadilan, menyebabkan proses

⁴⁵⁵ *Ibid*, hlm 5.

⁴⁵⁶ Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1993, hlm 101. Adat istiadat menjadi hukum (adat) dan perbedaan antara adat istiadat dengan hukum adat. Bohanna, antropolog, dengan konsep *reinstitutionalization of norms* mengatakan hukum adalah kebiasaan dari lembaga kemasyarakatan tertentu, diubah sedemikian rupa sehingga dapat dipergunakan oleh lembaga sosial lainnya yang memang dibentuk untuk maksud tersebut.

⁴⁵⁷ *Ibid*, hlm 5. Hukum merupakan lembaga kemasyarakatan bertujuan memenuhi kebutuhan pokok warga masyarakat akan ketertiban, juga berfungsi, sebagai: (1) pedoman bertingkah, (2) alat untuk menjaga keutuhan masyarakat, (3) alat pengendalian sosial.

⁴⁵⁸ Adi Sulitiono, *Op, Cit*, hlm 15.

- pengadilan seringkali berkepanjangan dan memakan biaya yang tinggi, serta sering memberikan hasil yang kurang memuaskan.
- c) Mengurangi merebaknya permainan kotor dalam lembaga pengadilan.
 - 2) Masyarakat Pada Umumnya:
 - a) Meningkatkan keterlibatan masyarakat (desentralisasi kekuasaan kehakiman) atau memberdayakan pihak-pihak yang bersengketa dalam proses penyelesaian sengketa.
 - b) Untuk memperlancar jalur keadilan (*acces to justice*) di masyarakat.
 - 3) Pembuat Delik atau Korban:
 - a) Memberi kesempatan bagi tercapainya penyelesaian sengketa yang menghasilkan keputusan yang dapat diterima oleh semua pihak (*win-win solution*).
 - b) Penyelesaian perkara lebih sederhana, murah dan cepat.
 - c) Lebih tinggi tingkat kemungkinan melaksanakan kesepakatan, sehingga hubungan pihak-pihak bersengketa, di masa depan masih dimungkinkan terjalin dengan baik.

Dari wujud mediasi penal dalam praktik di berbagai sistem hukum, diungkapkan berbagai model. Dalam *Explanatory Memorandum* dan Rekomendasi Dewan Eropa Nomor R (99) 19 tentang *Mediation in Penal Matters* dikemukakan berbagai model mediasi penal sebagai berikut:⁴⁵⁹

- 1) *Informal Mediation*;
- 2) *Traditional Village or Tribal Moots*;
- 3) *Victim-Offenders Mediation*;
- 4) *Reparation Negotiation Programmes*;
- 5) *Community Panels or Courts*;
- 6) *Family and Community Group Conferences*.

Mediasi informal (*Informal Mediation*) digagas oleh personil Jaksa Penuntut Umum. Dalam hal ini pihak-pihak diundang melakukan penyelesaian informal dengan tujuan tidak melanjutkan penuntutan. Adapun model *Traditional Village or Tribal Moots*, sengketa diolah melalui pertemuan seluruh warga masyarakat. Pertemuan ini dimaksudkan untuk keuntungan masyarakat, sedangkan *Informal Mediation* bertujuan menghalangi sengketa untuk kepentingan pelaku dan korban.

⁴⁵⁹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana, Op, Cit*, hlm 6.

Pelaksanaan *Victim Offenders Mediation*, melibatkan korban, pelaku dan mediator. Model *Victim Offenders Mediation*, menampilkan mediator dari pejabat formal atau independen atau keduanya. Pelaksanaan model ini dapat diadakan di setiap tahap proses kebijakan polisis, jaksa dan pemidanaan. *Victim-Offenders Mediation* bergerak dalam berbagai bentuk:

Pertama kesepakatan pihak-pihak, apakah tuntutan akan diteruskan atau berakhir pada perdamaian. Model ini diterapkan di berbagai negara seperti Belgia dan Austria. Kedua adalah bentuk alternatif dalam proses litigasi hukum pidana atau diversi. Penerapan diversi dilakukan di Belanda dalam bentuk *dading* yakni negosiasi pembayaran ganti rugi. Ketiga kesepakatan dalam batasan hukum pidana konvensional setelah terjadi penghukuman. Di sini persepkatan untuk perdamaian atau pemaafan.⁴⁶⁰

Reparation Negotiation Programmes diterapkan untuk menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayar oleh pembuat delik kepada korban. Pelaksanaan *Reparation Negotiation Programs* jatuh pada saat pemeriksaan di persidangan. Penerapannya tidak sampai pada rekonsiliasi, tetapi hanya untuk perbaikan materiel. Pembuat delik dikenakan program kerjautuk ganti rugi atau kompensasi.

Community Panels or Courts dilaksanakan dengan mengalihkan kasus pidana dari penuntutan ke prosedur masyarakat yang lebih fleksibel dan informal, dengan melibatkan mediator atau negosiator. Adapun *Family and Community Group Conferences*, dilaksanakan dengan melibatkan partisipasi masyarakat dalam sistem peradilan pidana. Pelaksanaan *Family and Community Group Conferences*, melibatkan tidak hanya korban, tetapi juga pelaku dan warga masyarakat lainnya. bahwa mediasi penal telah berlaku dan diterapkan untuk menyelesaikan perkara pidana.

⁴⁶⁰ Trisno Rahadjo, *Op, Cit*, hlm 42.

Mediasi penal telah menjadi bagian dari sistem peradilan pidana, baik sebagai alternatif di luar ataupun di dalam sistem peradilan pidana. Meskipun keberadaan dan penerapannya berbeda-beda sesuai pranata dan lembaga yang mengaturnya, tetapi mediasi penal telah hidup dan aktual sesuai jastifikasi perangkat dan lembaga hukum yang mendasarinya, serta aneka ragam konsep, falsafah, sosial kultur yang melingkupinya.⁴⁶¹

c. Penyelesaian Sengketa Alternatif dan Keadilan Restoratif

Latoa (kitab hukum adat) masyarakat Bugis, mengatakan tanda kebesaran suatu negara ialah tidak ada persengketaan dalam negeri. Dijelaskan bahwa perbuatan yang menyebabkan rusaknya kesejahteraan rakyat, adalah jika orang-orang di dalam negeri bersengketa.⁴⁶² *Latoa* memakai kata-kata tidak ada persengketaan, artinya boleh saja terjadi perselisihan tetapi kemudian ditiadakan menyelesaikan sengketa menurut *pangngaderrêng* (sistem peradatan) yang ada dan berlaku. Lebih lanjut dijelaskan, salah satu fungsi hukum adat melalui peradilan adalah menyelesaikan perselisihan orang-orang yang bersengketa.

Pangkal pokok peradilan, adalah asas saling menyembuhkan (*ma'pasisau'é*) dan asas saling menghormati (*siariyawonng'é*). Jika peradilan tidak lagi ditegakkan, menjadikan kerusakan pada rakyat dan pada akhirnya melemahkan raja dan memendekkan umur (citrabaik) raja.⁴⁶³

Dari asas saling menyembuhkan, diharapkan pengadilan dapat menyelesaikan sengketa di antara warga masyarakat. Dengan asas saling menghormati dapat dibentuk taraf budaya hukum yang baik, bahwa

⁴⁶¹ *Ibid*, hlm 43. *Victim-Offenders Mediation* (VOM) yang dikenal dan dipraktikan dalam berbagai sistem hukum memiliki perbedaan pada justifikasi dokmatik dan masalah *safeguard procedural* mana yang harus diikuti.

⁴⁶² B. F. Matthes, *Boeginesche Chestomathie, Tweede Deel*, Het Nederlandsh Bijbelgenootschap, Amsterdam, 1972, hlm 3. Mattulada, *Latoa, Suatu Lukisan Analitis Terhadap Antropologi Orang Bugis*, Hasanuddin University Press, Ujung Pandang, 1995, hlm 107.

⁴⁶³ *Ibid*.

persengketaan hanya dapat diselesaikan dengan saling menghormati perbedaan kepentingan masing-masing individu dalam masyarakat.

Perdamaian sebagai jalan menghilangkan persengketaan di antara orang-orang bersanak dianjurkan dalam nasehat (*paseng*) orang orang tua. Dalam suasana damai hubungan antara pihak berjalan harmonis, saling pengertian, menerima dan mengambil sewajarnya. Terjadi komunikasi terbuka antara pihak-pihak bersengketa. Dengan perdamaian ketegangan antara pihak-pihak dihilangkan dan keduanya saling memaafkan, serta melupakan persengketaan di antara mereka.

Perdamaian membuat pihak-pihak tidak saling berkuat-kuatan (gagah-gagahi), tetapi sama-sama menang dan saling menerima kerugian. Tidak patut orang-orang sesanak bertengkar. Dalam pesan leluhur dikatan, bahwa bilamana berbeda pendapat, bertentangan kehendak, dan berlawanan pikiran antar orang sesanak, maka berlapang-dadalah untuk didamaikan. Bila telah berdamai, janganlah di antara pihak mengajukannya lagi ke pengadilan, sebab orang sesanak yang berdamai tidak saling mengganti kerugian, tidak saling membebani hal yang berat, yang tidak dapat dipikul oleh sanaknya.⁴⁶⁴

Terhadap *tomatoa* (pemuka adat dan agama) atau fungsionaris masyarakat adat, diingatkan tidak memihak di kiri dan di kanan, putusan didasarkan pada kesucian, dan rasa takut kepada Dewata Yang Esa. Saling membimbing dengan baik dan tidak saling memberatkan. Tenteramkan dan redakan kedua pihak, dengan menjadikan mereka tidak saling mendendam. Kemudian saling mengharap kebaikan dan panjang umur. Dipastikan hukum adat, bahwa perdamaian keluarga atas dasar putusan yang jujur menjadi sebab kebesaran dan kselamatan masyarakat.⁴⁶⁵

Masyarakat hukum atau masyarakat desa Sulawesi Selatan sebagai contoh, memelihara sistem kekeluargaan parental dan kesejahteraan sosial ekonomi berdasarkan pertanian, kelautan, perikanan dan kehutanan. Masyarakat Bugis yang masih hidup secara komunal, bekerja saling membantu mempunyai perasaan dan kesadaran hukum tentang bagaimana

⁴⁶⁴ Ahmad Ubbe, *Op, Cit*, hlm 72.

⁴⁶⁵ *Ibid*, hlm 73.

menjaga sistem peradatan (*pangngaderreng*) guna memuliakan harkat dan martabatnya ('siri') diri dan orang lain sebagai manusia.

Latoa menganut prinsip hukum, peradilan dan keadilan, adalah pangkal mencapai harkat dan martabat manusia. Ketika hukum, peradilan dan keadilan tidak lagi diterapkan dan ditegakan, maka orang tidak akan lagi disebut manusia. Dengan demikian sistem peradatan adalah pangkal memanusiakan manusia.⁴⁶⁶ Peneliti reformasi hukum mengungkapkan temuannya, bahwa Peradilan Desa dan *alternative dispute resolution* (ADR) tradisional belum secara langsung dikaitkan dengan hukum nasional. Dari mereka dikatakan, bahwa hukum adat dan hukum nasional hidup dalam dunia yang berbeda.⁴⁶⁷ Sebagai contoh ADR tradisional belum dikaitkan dengan BANI dan Peradilan Perdamaian belum nyata dikaitkan dengan kekuasaan kehakiman nasional.

Dewasa ini telah menjadi tuntutan reformasi hukum, menjadikan nilai-nilai hukum yang ada, sebagai bahan pembangunan hukum nasional. Kini kaum pragmatis mengajukan rancangan transformasi hukum adat menjadi hukum nasional. Dari pihak pragmatis mengatakan, hukum yang tidak berakar pada kebudayaan hukum masyarakatnya tidak mudah mendapatkan dukungan dalam penerapan dan penegakannya.⁴⁶⁸

Prinsip peradilan Padu atau Peradilan Perdamaian atau apapun namanya masih senapas ADR, erat berkaitan prinsip keadilan restoratif. Keadilan restoratif menarik ketika distribusi keadilan menjadi permasalahan bagi penerapan hukum, karena di luar undang-undang ada

⁴⁶⁶ *Ibid*, hlm 55.

⁴⁶⁷ Alibudiarto, *Reformasi Hukum di Indonesia, Diagnostic Assessment of Legal Development in Indonesia*, CYBERconsult, Jakarta, 2000, hlm 95.

⁴⁶⁸ *Ibid*.

juga hukum dan di luar negara ada juga rakyat. Menyelesaikan sengketa dengan pendekatan keadilan restoratif, berfokus pada prinsip:⁴⁶⁹

- 1) Perbaikan kesalahan dengan melakukan perbaikan, termasuk melakukan perbaikan hubungan para pihak yang terkait dengan sengketa dan dengan tujuan perbaikan yang terperogram;
- 2) Pelaku sebagai pihak utama, bersama dengan pihak korban melakukan identifikasi masalah secara bersama-sama, mencari masalah dan menyepakati solusinya dan mengupayakan perbaikannya;
- 3) Perbaikan sebagai tujuan, dicapai dengan cara musawah dan mufakat antara pihak-pihak yang terlibat untuk memenuhi kebutuhan korban dan masyarakat yang timbul akibat perselisihan.
- 4) Tertutupinya kerugian korban dan masyarakat ditujukan sebagai pengungkit terjadinya reintegrasi antara korban dan pelaku;
- 5) Persepakatan para pihak meliputi berbagai rencana reparasi (perbaikan), restitusi, dan atau *community services*.

Penyelesaian sengketa di luar peradilan negara dengan pendekatan keadilan restoratif dapat memberikan manfaat dan keuntungan, seperti:

- 1) Masyarakat berperan dalam proses peradilan, tidak hanya bagi pelaku atau korban, tetapi juga menjadi bagian dari proses penyelesaian sengketa, melalui fungsionaris persekutuan adat mereka;
- 2) Proses penanganan sengketa dapat dilakukan secara murah, cepat dan tepat, tidak melalui perangkat birokrasi yang berbelit dan koruptif;
- 3) Memberikan keuntungan langsung, karena ganti rugi, denda dan uang pengganti sebagai uang perbaikan langsung diterima korban;
- 4) Membuka akses keadilan memberi kesempatan tidak saja peradilan adat, tetapi badan lain seperti tua adat, tokoh agama, dan aparatur desa, untuk peduli pada perbaikan hubungan sosial di tempat tinggal mereka.

⁴⁶⁹ Eva Achyani Zulfa, *Op, Cit*, hlm 14.

E. Rekonstruksi Penyelesaian Tindak Pidana oleh Kepolisian Melalui Mediasi Penal Berbasis Nilai Keadilan Restoratif

Konflik atau pertikaian dalam kehidupan masyarakat dewasa ini telah dan akan terus menjadi fenomena biasa dalam masyarakat, baik terkait antara dua individu maupun lebih. Situasi ini akan semakin mempersulit dunia hukum dan peradilan apabila semua konflik, sengketa atau pertikaian itu diproses secara hukum oleh peradilan. Oleh karena itu, perlu dicari upaya-upaya lain di luar prosedur peradilan pidana yang sudah ada, agar masyarakat tidak hanya tergantung pada prosedur yang ada saat ini. Namun, tetap mendapatkan keadilan dan penyelesaian masalah terutama untuk korban sebagai pihak yang paling dirugikan (menderita), di samping juga untuk pertanggungjawaban pelaku. Salah satu bentuk solusi yang ditawarkan adalah proses penyelesaian dalam konteks *restorative justice* (keadilan restoratif).

Konsep pendekatan *restorative justice* lebih menitikberatkan pada kondisi terciptanya keadilan dan keseimbangan bagi pelaku tindak pidana serta korbannya sendiri. Mekanisme tata acara dan peradilan pidana yang berfokus pada pemidanaan diubah menjadi proses dialog dan mediasi untuk menciptakan kesepakatan atas penyelesaian perkara pidana yang lebih adil dan seimbang bagi pihak korban dan pelaku. *Restorative justice* itu sendiri memiliki makna keadilan yang merestorasi, adapun restorasi disini memiliki makna yang lebih luas dari apa yang dikenal dalam proses peradilan pidana konvensional adanya restitusi atau ganti rugi terhadap korban.

Hal ini berangkat dari pandangan bahwa dalam suatu peristiwa kejadian, penderitaan orang yang telah menjadi korban tidak saja berakibat pada orang itu sendiri, tetapi berdampak pada orang di sekitarnya. Bahkan juga berdampak pada

masyarakat dan negara dalam lingkup yang lebih luas. Dalam praktek peradilan pidana, korban hanya diperlakukan atau diposisikan sebagai saksi (korban), tanpa berhak untuk ikut serta berperan aktif dalam sidang pengadilan. Aparat penegak hukum hanya mendudukkan korban sebagai instrumen dalam rangka membantu mereka untuk menghukum atau menjatuhkan pidana bagi pelaku, tanpa pernah berlanjut pada apa yang dapat mereka berikan untuk kepentingan korban.

Dalam konsep *restorative justice* meliputi pemulihian hubungan antara korban dan pelaku didasarkan atas kesepakatan bersama antara korban dan pelaku. Pihak korban menyampaikan mengenai kerugian yang dideritanya dan pelaku pun diberi kesempatan untuk menebusnya, melalui mekanisme ganti rugi, perdamaian, kerja sosial, maupun kesepakatan-kesepakatan lainnya. Hal ini menjadi penting, karena proses pemidanaan konvensional tidak memberikan ruang kepada pihak yang terlibat, dalam hal ini korban dan pelaku untuk berpartisipasi aktif dalam penyelesaian masalah mereka.

Pada akhir-akhir ini terlihat seolah-olah hanya pengadilan saja tempat yang paling baik untuk menyelesaikan masalah (konflik) hukum dan mencari keadilan. Sehingga, setiap indikasi adanya tindak pidana, tanpa memperhitungkan eskalasi perbuatannya, akan terus digulirkan ke ranah penegakan hukum yang hanya menjadi jurisdiksi para penegak hukum.

Partisipasi aktif dari masyarakat seakan tidak menjadi penting lagi, semuanya hanya bermuara pada putusan pengadilan dalam bentuk pemidanaan (*punishment*) tanpa melihat esensinya. Padahal, dalam suatu peradilan pidana, pihak-pihak yang berperan adalah penuntut umum, hakim, terdakwa, dan penasehat hukum serta saksi-saksi. Pihak korban diwakili oleh penuntut umum

dan untuk menguatkan pembuktian lazimnya yang bersangkutan dijadikan saksi (korban).⁴⁷⁰ Namun hal tersebut belum memberikan dampak atau manfaat yang nyata bagi korban kejahatan.

Padahal di banyak negara sudah mulai memikirkan alternatif lain untuk menyelesaikan konflik yang ada dalam masyarakat. Hal ini disebabkan karena ketidakpuasan dan frustasi terhadap penerapan hukum pidana yang ada selama ini, serta penerapan sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) yang tidak memberikan keadilan bagi individu, perlindungan kepada korban, dan tidak memberikan manfaat kepada masyarakat. Apabila dilihat dari sejarahnya, pendekatan model *restorative justice* sebenarnya merupakan pendekatan darurat pada era 1960 dalam rangkat menyelesaikan kasus-kasus pidana, yang tidak menggunakan sistem peradilan pidana.

Dengan pendekatan *restorative justice* fokus pada partisipasi langsung dari pelaku, korban dan masyarakat dalam penyelesaian pidana. Dalam praktek masih mengalami perdebatan secara teori, namun pandangan ini berkembang dan mempunyai dampak terhadap kebijakan hukum dan praktek penegakan hukum di beberapa negara. *Restorative justice* dianggap sebagai pemikiran baru yang dapat digunakan untuk merespon berbagai kejahatan dan menjawab ketidakpuasan dari kinerja sistem peradilan pidana pada saat ini.

Sebelum membahas *restorative justice*, perlu disinggung terlebih dahulu mengenai tujuan pidana dan pemidanaan. Karena salah satu bagian yang tidak terpisahkan dari hukum pidana adalah pemidanaan. Bukan merupakan hukum pidana suatu peraturan yang hanya mengatur norma tanpa diikuti ancaman pidana.

⁴⁷⁰ Bambang Waluyo, *Victimologi Perlindungan Saksi dan Korban*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm 8.

Pidana yang dijatuhkan merupakan sikap derita yang harus dijalani. Sanksi pidana bukanlah semata-mata bertujuan memberikan rasa derita.⁴⁷¹ Pidana pada hakekatnya merupakan alat mencapai tujuan dan bagaimana merumuskan tujuan tersebut dalam konsep atau materi suatu undang-undang yang oleh pembentuknya ingin ditegakkan dengan mencantumkan pidana. Selain ditegakkan, di dalamnya juga terdapat tujuan pemidanaan dan syarat pemidanaan. Tujuan pemidanaan terdapat perlindungan masyarakat dan perlindungan atau pembinaan pelakunya.

Barda Nawawi Arief menyatakan pidana pada hakekatnya hanya merupakan alat untuk mencapai tujuan yang bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok yaitu perlindungan masyarakat dan perlindungan atau pembinaan individu pelaku tindak pidana. Bertolak dari keseimbangan tersebut, syarat pemidanaan menurut konsep juga bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu, antara faktor objektif dan faktor subjektif.⁴⁷²

Garland mendefinisikan pidana adalah *the legal process whereby violators of criminal law are condemned and sanctioned in accordance with specified legal categories and procedures* (suatu proses hukum dimana merupakan suatu celaan dan sanksi terhadap pelanggar hukum pidana sesuai dengan kategorisasi dan aturan hukum yang telah ditetapkan).⁴⁷³ Pidana merupakan nestapa yang dikenakan negara kepada seseorang yang melakukan pelanggaran ketentuan undang-undang. Pidana dijatuhkan secara sengaja agar dirasakan sebagai nestapa. Penderitaan pidana merupakan penebusan dosa dari si pembuat. Dengan penebusan dosa, kesalahannya akan dipulihkan keseimbangan nilai pada diri si pembuat. Penebusan diri adalah kebutuhan fundamental dari sifat moral kita.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ Niniek Suparni, *Op, Cit*, hlm 1.

⁴⁷² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, *Op, Cit*, hlm 88.

⁴⁷³ David Garland, *Op, Cit*, hlm 312.

⁴⁷⁴ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, *Op, Cit*, hlm 159.

Pidana juga merupakan suatu reaksi atas delik, dan berwujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara kepada pembuat delik itu.⁴⁷⁵

Nestapa yang ditempakan kepada pembuat delik bukanlah suatu tujuan yang terakhir dicita-citakan masyarakat, tetapi nestapa hanyalah suatu tujuan yang terdekat. Hukum pidana dalam usahanya untuk mencapai tujuan-tujuannya tidaklah semata-mata dengan menjatuhkan pidana, tetapi dengan jalan menggunakan tindakan-tindakan. Menurut Roeslan Saleh, tindakan dapat dipandang sebagai suatu sanksi, tetapi tidak bersifat pembalasan, dan ditujukan semata-mata pada prevensi khusus, dan tindakan dimaksudkan untuk menjaga keamanan masyarakat terhadap ancaman bahayanya.⁴⁷⁶

Menurut Simons, pidana (*straf*) adalah suatu penderitaan yang oleh undang-undang pidana dikaitkan pelanggaran suatu norma, dengan putusan hakim telah dijatuhkan bagi seseorang yang bersalah.⁴⁷⁷ Van Hamel mengartikan pidana sebagai suatu penderitaan bersifat khusus, yang telah dijatuhkan oleh kekuasaan berwenang untuk menjatuhkan pidana atas nama negara sebagai penanggungjawab dari keterlibatan hukum umum bagi seorang pelanggar, yakni semata-mata karena orang tersebut telah melanggar suatu peraturan hukum yang harus ditegakkan oleh negara.⁴⁷⁸

Persoalan pemidanaan bukanlah sekedar proses sederhana memasukkan seseorang ke dalam penjara. Pemidanaan pada dasarnya merupakan gambaran dari sistem moral, nilai kemanusiaan dan pandangan filosofis suatu masyarakat manusia pada suatu zaman, sehingga permasalahan mengenai sistem pemidanaan paling tidak harus meliputi tiga perspektif yaitu filosofis, sosiologis dan kriminologis.⁴⁷⁹ Pemidanaan merupakan bagian terpenting dalam hukum pidana, karena merupakan puncak dari seluruh proses mempertanggungjawabkan

⁴⁷⁵ Roeslan Saleh, *Hukum Pidana Sebagai Konfrontasi Manusia dan Manusia*, *Op, Cit*, hlm 5.

⁴⁷⁶ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, *Op, Cit*, hlm 9.

⁴⁷⁷ P. A. F. Lamintang, *Hukum Penitensier Indonesia*, *Op, Cit*, hlm 35.

⁴⁷⁸ *Ibid*, hlm 34.

⁴⁷⁹ Eva Achjani Zulfa dan Indriyanto Seno Adji, *Op, Cit*, hlm 3.

seseorang yang telah bersalah melakukan tindak pidana. Andrew Ashworth mengatakan *a criminal law without sentencing would merely be a declaratory system pronouncing people guilty without any formal consequences following from that guilt.*⁴⁸⁰ Hukum pidana tanpa pemidanaan berarti menyatakan seseorang bersalah tanpa ada akibat yang pasti terhadap kesalahannya tersebut. Dengan demikian, konsepsi tentang kesalahan mempunyai pengaruh yang signifikan terhadap pengenaan pidana dan proses pelaksanaannya. Jika kesalahan dipahami sebagai dapat dicela, maka di sini pemidanaan merupakan perwujudan dari celaan tersebut.⁴⁸¹

Namun demikian, dalam hukum pidana juga harus dipikirkan mengenai tujuan dan pedoman pemidanaan. Mengingat dimana rumusan mengenai tujuan dan pedoman pemidanaan dalam sebuah aturan menempati posisi sentral yang bertujuan memberi arah dan pegangan yang jelas bagi hakim dalam menjatuhkan pidana. Hal ini sesuai dengan hakekat dari undang-undang itu sendiri yang sebenarnya merupakan sistem (hukum) yang bertujuan (*purposive*).⁴⁸² Selain itu, adanya tujuan dan pedoman pemidanaan dimaksudkan sebagai fungsi pengendali/kontrol, sekaligus memberikan dasar filosofis, rasionalitas dan motivasi pemidanaan yang jelas dan terarah.⁴⁸³

Ada beberapa tujuan yang hendak dicapai dengan pemidanaan tersebut G.Peter Hoefnagels, sebagaimana dikutip oleh Muladi dan Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa tujuan pidana adalah untuk:⁴⁸⁴

- a. Penyelesaian konflik (*conflict resolution*);

⁴⁸⁰ Andrew Ashworth, *Op, Cit*, hlm 12.

⁴⁸¹ Chairul Huda, *Op, Cit*, hlm 125.

⁴⁸² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, *Op, Cit*, hlm 136.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *IbId*, hlm 138.

- b. Mempengaruhi para pelanggar dan orang- orang lain ke arah perbuatan yang kurang lebih sesuai dengan hukum (*influencing offenders and possibly other than offenders toward more or less Law-conforming behavior*).

Sementara Roeslan Saleh mengemukakan bahwa pada hakekatnya ada dua poros yang menentukan garis-garis hukum pidana, yaitu:⁴⁸⁵

- a. Segi prevensi, yaitu bahwa hukum pidana adalah hukum sanksi, suatu upaya untuk dapat mempertahankan kelestarian hidup bersama dengan melakukan pencegahan kejahatan;
- b. Segi pembalasan, yaitu bahwa hukum pidana sekaligus merupakan pula penentuan hukum, merupakan koreksi dari dan reaksi atas sesuatu yang bersifat tidak hukum.

Pada hakekatnya pidana adalah perlindungan terhadap masyarakat dan pembalasan atas perbuatan tidak hukum. Pidana mengandung hal-hal lain, yaitu diterapkan sebagai sesuatu yang akan membawa kerukunan dan pidana adalah suatu proses pendidikan untuk menjadikan orang dapat diterima kembali dalam masyarakat. Berkenaan dengan pedoman pemidanaan, terdapat beberapa pedoman pemidanaan, yakni:⁴⁸⁶

- a. Pedoman bersifat umum, yang memberikan pengarahan kepada hakim mengenai hal-hal apa yang sepatutnya dipertimbangkan dalam menjatuhkan pidana;
- b. Pedoman yang bersifat khusus, yang khusus memberikan pengarahan kepada hakim dalam memilih atau menjatuhkan jenis-jenis pidana tertentu;
- c. Pedoman bagi hakim dalam menerapkan sistem perumusan ancaman pidana yang digunakan dalam perumusan delik.

Dalam prakteknya terdapat fakta yang kesenjangan antara harapan dan kenyataan. Seperti masih tingginya angka residivis (pengulangan) terhadap kejahatan, serta banyaknya kejahatan yang menyebabkan viktimasasi terhadap narapidana kejahatan dalam lingkaran sistem peradilan pidana.⁴⁸⁷ Pelaku kejahatan yang dijatuhi pidana (penjara) di Lembaga Pemasyarakatan, seharusnya

⁴⁸⁵ Roeslan Saleh, *Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana*, Op, Cit, hlm 25.

⁴⁸⁶ Ibid, hlm 137.

⁴⁸⁷ Dey Ravena, Op, Cit, hlm 107.

akan sadar atas semua kesalahannya dan kembali menjadi orang baik di masyarakat. Akan tetapi, pada kenyataannya sering sekali pelaku malah tidak bisa kembali menjadi orang baik, sehingga tidaklah mengherankan apabila dikatakan penjara sebagai sekolah kejahatan.

Munculnya model hukuman restoratif dikarenakan sistem peradilan pidana dan pemidanaan yang sekarang berlaku menimbulkan masalah. Dalam sistem kepenjaraan sekarang tujuan pemberian hukuman adalah penjeraan, pembalasan dendam, dan pemberian derita (*suffering*) sebagai konsekuensi perbuatannya. Indikator menghukum tergantung sejauhmana narapidana tunduk pada peraturan penjara. Jadi, pendekatannya lebih ke keamanan (*security approach*).

Selain pemenjaraan yang membawa akibat bagi keluarga narapidana, sistem yang berlaku sekarang dinilai tidak melegakan atau menyembuhkan korban. Apabila proses hukumnya memakan waktu cukup lama. Sebaliknya, pemidanaan restoratif melibatkan korban, keluarga, dan pihak-pihak lain dalam menyelesaikan masalah. Di samping itu, menjadikan pelaku tindak pidana bertanggung jawab untuk memperbaiki kerugian yang ditimbulkan oleh perbuatannya. Pada korban, penekanannya adalah pemulihan kerugian aset, derita fisik, keamanan, harkat dan kepuasan atau rasa keadilan.

Restorative justice menempatkan nilai yang lebih tinggi dalam keterlibatan yang langsung dari para pihak. Korban mampu untuk mengembalikan unsur kontrol, sementara pelaku didorong untuk memikul tanggung jawab sebagai sebuah langkah dalam memperbaiki kesalahan yang disebabkan tindak kejahatan dan dalam membangun sistem nilai sosialnya.

Keterlibatan komunitas secara aktif memperkuat komunitas itu sendiri dan mengikat komunitas akan nilai-nilai untuk menghormati dan rasa saling mengasihi antar sesama. Sehingga peranan pemerintah berkurang dalam memonopoli proses peradilan. *Restorative justice* membutuhkan usaha-usaha yang kooperatif dari komunitas dan pemerintah untuk menciptakan sebuah kondisi dimana korban dan pelaku dapat merekonsiliasikan konflik mereka dan memperbaiki luka-luka mereka.

Konsep *restorative justice* sebenarnya telah muncul cukup lama, kurang lebih dari dua puluh tahun yang lalu sebagai alternatif penyelesaian perkapidana, khususnya anak, dengan berbagai pertimbangannya. Sebagaimana dikemukakan oleh John Braithwaite bahwa, *restorative justice* sebuah arah baru antara *justice* dan *welfare model*, kemudian antara *retribution* dan *rehabilitation*.⁴⁸⁸ Di Amerika Utara, Australia, dan sebagian Eropa, keadilan restoratif sudah diterapkan pada semua tahap proses peradilan pidana konvensional yaitu tahap penyidikan dan penuntutan, tahap adjudikasi dan tahap eksekusi pemenjaraan.⁴⁸⁹ Dalam perkembangannya, pertumbuhan dan penyebaran keadilan restoratif mendapat dukungan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Dalam Kongres Lima Tahunan yang ke-5 di Jenewa tahun 1975, PBB mulai menaruh perhatian terhadap ganti rugi bagi korban kejahatan, sebagai alternatif bagi peradilan pidana retributif.

Konsep asli praktek keadilan restoratif berasal dari praktek pemeliharaan perdamaian yang digunakan suku bangsa Maori (penduduk asli suku di Selandia

⁴⁸⁸ John Brithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, University Press, Oxford, 2002, hlm 85.

⁴⁸⁹ Eriyanto Wahid, *Keadilan Restoratif dan Peradilan Konvensional Dalam Hukum Pidana*, Universitas Trisakti, Jakarta, 2009, hlm 1.

Baru). Bilamana timbul konflik, praktek restoratif akan menangani pihak pelaku, korban, dan para *stakeholders*.⁴⁹⁰ Bahkan Jeff Christian, seorang pakar Lembaga Pemasyarakatan Internasional dari Kanada mengemukakan bahwa sesungguhnya peradilan restoratif telah dipraktekkan banyak masyarakat ribuan tahun yang lalu, jauh sebelum lahirnya hukum negara formalitas seperti sekarang yang disebut hukum modern.⁴⁹¹

Pada dasarnya *restorative justice* mengutamakan makna pertemuan antar pihak berkepentingan dalam kejadian dan periode sesudahnya. Seperti dikemukakan Achmad Ali yang mengutip pendapat Howard Zher, perintis keadilan restoratif di Amerika Serikat, *restorative justice* adalah suatu proses yang melibatkan pihak yang berkepentingan dari sebuah pelanggaran khusus dan secara bersama mengidentifikasi kerugian serta memenuhi kewajiban dan kebutuhan serta menempatkan perubahan sebagai hak yang harus diterima.⁴⁹² Adrianus Meliala mengutip pendapat Morrison tentang restoratif adalah *is a form of conflict resolution and seeks to make it clear to offender that the behaviour is not condoned (welcomed), at the same time as being supportive respectful of the individual.*⁴⁹³ Upaya penyelesaian konflik dan penyembuhan pelaku dan korban caranya adalah mempertemukan/mengenalkan pelaku dalam satu forum dengan korban ataupun keluarganya untuk menumbuhkan empati di kedua belah pihak.

Dengan demikian, dalam penyelesaian konflik yang ditonjolkan bukan menegaskan kesalahan pelanggar kemudian menjatuhkan sanksi pidana, tetapi

⁴⁹⁰ Hadi Supeno, *Kriminalisasi Anak, Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pemidanaan*, Gramedia, Jakarta, 2010, hlm 196.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum*, Op, Cit, hlm 247.

⁴⁹³ Adrianus Maliala, *Restorative Justice dan Penegakan Hukum*, Bahan Kuliah Mahasiswa PTIK Angkatan 54/55, Jakarta, 2009, hlm 75.

peran aktif pihak yang berkonflik melalui mediasi atau kompensasi terhadap kerugian materiil dan immateriil dalam bentuk restitusi atau kompensasi dan pemulihan keharmonisan hubungan kemanusiaan antar para pihak-pihak (humanisasi). Van Ness, seperti dikutip oleh Mudzakkir, mengatakan bahwa keadilan restoratif (*restorative justice*) dicirikan dengan beberapa preposisi, yaitu:⁴⁹⁴

- a. Kejahatan adalah konflik antar individu yang mengakibatkan kerugian pada korban, masyarakat, dan pelaku itu sendiri;
- b. Tujuan yang harus dicapai dari proses peradilan pidana adalah melakukan rekonsiliasi diantara pihak-pihak sambil saling memperbaiki kerugian yang ditimbulkan oleh kejahatan;
- c. Proses peradilan pidana harus memfasilitasi partisipasi aktif para korban, pelanggar dan masyarakat, tidak semestinya peradilan pidana didominasi oleh negara dengan mengesampingkan lainnya.

Berdasarkan pendapat tersebut di atas, seyogyanya sistem peradilan pidana dapat dilakukan dengan berbagai pendekatan-pendekatan yang tetap menegakkan keadilan baik bagi korban maupun pelaku kejahatan. Secara teoritis terdapat tiga model yang menempatkan hubungan keadilan restoratif dengan sistem peradilan pidana, yaitu:⁴⁹⁵

- a. Sebagai bagian dari sistem peradilan pidana. Adalah masuk akal jika keadilan restoratif sebagai suatu pemidanaan mengingat ciri dari pemidanaan adalah memaksa, menderitakan seiring dengan timbulnya rasa bersalah dan penyesalan dalam diri pelaku;
- b. Di luar sistem peradilan pidana melalui lembaga/institusi lain di luar sistem. Pandangan keadilan restoratif berbanding terbalik dengan sistem peradilan pidana yaitu mengharamkan sifat keras dari hukum pidana atau disebut sebagai *soft justice* karenanya dia harus berada di luar sistem peradilan pidana;
- c. Di luar sistem peradilan pidana dengan tetap melibatkan pihak penegak hukum. Ini merupakan gambaran dari sistem quasi dimana titik berat disini adalah bahwa model penyelesaian dengan pendekatan restoratif tetap harus berdampingan dengan sistem peradilan pidana karena pada dasarnya model penyelesaian ini dapat dijadikan dasar dari strategi penanganan perkara pidana yang tujuannya diarahkan pada kebaikan pelaku, korban

⁴⁹⁴ Mudzakkir, *Victimologi: Studi Kasus di Indonesia*, Op, Cit, hlm 12.

⁴⁹⁵ Eva Achjani Zulfa, Op, Cit, hlm 180.

dan masyarakat. Di samping itu hal ini juga menjadikannya sebagai bagian dari mekanisme yang sah dalam sistem hukum negara.

Berdasarkan beberapa pendapat di atas, jelas sudah bahwa keadilan restoratif adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada pelibatan masyarakat dan korban dalam penyelesaian perkara pidana yang ada.

Pelibatan ini terkait dengan tahapan-tahapan penegakan hukum pidana di tingkat penyidikan, terutama dalam proses penegakan hukum kasus-kasus tertentu di Indonesia berdasarkan pada berat ringannya pidana yang dilakukan, besar kecilnya kerugian yang ditimbulkan, kondisi latar belakang dan motif pelaku serta kondisi sosiologis masyarakat setempat. Lebih jauh lagi, apabila dilihat dari pengaturan tentang *restorative justice* secara internasional, jelaslah bahwa penggunaan *restorative justice* sebagai upaya penyelesaian perkara pidana, sudah diakui secara internasional. Konsep ini juga sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia (hukum adat). Di Indonesia sendiri, sebenarnya konsep *restorative justice* ini telah lama dipraktekkan dalam masyarakat Indonesia, seperti masyarakat di Papua, Bali, Toraja, Minang Kabau, Kalimantan, Jawa Tengah dan masyarakat komunitas lain yang masih kuat memegang kebudayaan.

Apabila terjadi suatu tindak pidana oleh seseorang dalam prakteknya penyelesaiannya dilakukan dalam pertemuan atau musyawarah mufakat yang dihadiri oleh tokoh masyarakat, pelaku, korban (bila mau), dan orangtua pelaku untuk mencapai sebuah kesepakatan untuk memperbaiki kesalahan. Hal demikian sebenarnya merupakan nilai dan ciri dari falsafah bangsa Indonesia yang tercantum dalam sila keempat Pancasila, yaitu musyarakah mufakat. Dengan

demikian, *restorative justice* sebetulnya bukan hal yang baru bagi masyarakat Indonesia. Dalam musyawarah mufakat bertujuan untuk mencapai kedamaian, sehingga antara pelaku dan korban tidak ada dendam dan korban dapat dipulihkan (direstor).

Musyawarah mufakat dalam konteks *restorative justice* bisa dilakukan dengan cara, antara lain: mediasi, pembayaran ganti rugi, ataupun cara lain yang disepakati antara korban/keluarga korban dengan pelaku. Pihak lain bisa ikut serta dalam masalah ini, misalnya polisi, pengacara atau tokoh masyarakat sebagai penengah. Apabila penyelesaian ini tidak ada sepakat antara korban/keluarga korban dengan pelaku, maka selanjutnya penyelesaian masalah tersebut diproses secara mekanisme pengadilan yang ada (litigasi).

Pembaharuan hukum pidana materiil dalam bentuk Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (selanjutnya akan disingkat RUU KUHP), merupakan upaya mewujudkan cita negara hukum. Sehingga RUU KUHP merupakan manifestasi dari hal itu yang berkepribadian Indonesia, yang bukan hanya berpaham *rule of law* yang mengutamakan perlindungan kepentingan perseorangan (*individualistis*) model barat ataupun *socialist legality* yang mengutamakan kepentingan negara.

Pembaharuan hukum bukan hanya memperbaiki hukum, tetapi mengganti hukum yang ada dengan hukum yang lebih baik. Sehingga RUU KUHP bukan sekedar mengadakan perubahan-perubahan seperlunya yang mengganti baju kolonial menjadi kemasan nasional, melainkan wujud dari kemerdekaan dan kedaulatan bangsa yang sesungguhnya. Bahkan pembaharuan hukum menentukan arah pembentukan watak bangsa, dari satu kondisi riil menuju pada kondisi ideal,

sehingga RUU KUHP merupakan alat transformasi sosial dan budaya masyarakat secara terencana.

Hukum pidana sebagai salah satu bagian independen dari hukum publik merupakan salah satu instrument hukum yang sangat *urgent* eksistensinya sejak zaman dahulu. Eksistensi hukum pidana sangat penting dalam menjamin keamanan masyarakat dari ancaman tindak pidana, menjaga stabilitas negara dan merupakan lembaga moral yang berperan merehabilitasi para pelaku tindak pidana. Sehingga hukum pidana terus berkembang sesuai dengan tuntutan perkembangan masyarakat.

Salah satu perkembangan tersebut munculnya ide penyelesaian konflik tidak hanya berfokus pada proses hukum di pengadilan, tetapi diselesaikan oleh para pihak dengan memulihkan keadaan yang ada dengan *restorative justice* yang diintrodusir dalam RUU KUHP melalui sejumlah ketentuan dalam Pasal 2, Pasal 12, Pasal 54, dan Pasal 55, adanya mediasi dalam Pasal 145 huruf d, serta diversi terhadap anak dalam sistem peradilan pidana anak. Munculnya konsep ini terutama untuk memberikan keseimbangan perhatian diantara *stakeholders* hukum pidana yaitu pelaku, korban, masyarakat dan negara. Lebih lanjut, keseimbangan tersebut juga terlihat dalam hal pengaturan tentang pidana (*straf/punishment*) dengan pengaturan tentang tindakan (*maatreegel/treatment /measures*) dan dimungkinkannya sanksi gabungan antara pidana dan tindakan (*double track system*), mengingat heterogenitas masalah kejahatan, serta kesadaran tentang pentingnya terapi yang tepat terhadap *victimless crime*.

Sebenarnya konsep *restorative justice* merupakan wujud dari hukum adat yang sudah sejak dahulu berkembang dalam masyarakat Indonesia. Sehingga

diakuinya hukum adat (*theliving law*) dalam RUU KUHP bertujuan untuk memenuhi rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, dengan memulihkan keadaan yang telah rusak atau proses dimana pihak-pihak berkepentingan memecahkan bersama cara mencapai kesepakatan pasca terjadi suatu tindak pidana termasuk implikasinya dikemudian hari. Dengan demikian, *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana tidak hanya dilihat dari kaca mata hukum semata, tetapi juga dikaitkan dengan aspek-aspek moral, sosial, ekonomi, agama dan adat istiadat lokal serta berbagai pertimbangan lainnya.

Dalam proses acara pidana konvensional misalnya apabila telah terjadi perdamaian antara pelaku dan korban, dan sang korban telah memaafkan sang pelaku, maka hal tersebut tidak akan bisa mempengaruhi kewenangan penegak hukum untuk terus meneruskan perkara tersebut ke ranah pidana yang nantinya berujung pada pemidanaan sang pelaku. Proses formal pidana yang makan waktu lama serta tidak memberikan kepastian bagi pelaku maupun korban tentu tidak serta merta memenuhi maupun memulihkan hubungan antara korban dan pelaku, konsep *restorative justice* ini menawarkan proses pemulihan yang melibatkan pelaku dan korban secara langsung dalam penyelesaian masalahnya.

Proses pidana konvensional hanya menjadikan korban nantinya sebagai saksi dalam tingkat persidangan yang tidak banyak mempengaruhi putusan pemidanaan, tugas penuntutan tetap diberikan terhadap Jaksa yang hanya menerima berkas-berkas penyidikan untuk selanjutnya diolah menjadi dasar tuntutan pemidanaan, tanpa mengetahui dan mengerti kondisi permasalahan tersebut secara riil, dan sang pelaku berada di kursi pesakitan siap untuk menerima pidana yang akan dijatuhkan kepadanya.

Selain itu, dalam perkembangan hukum pidana pada saat ini juga dikenal mediasi penal. Dalam praktek hukum pidana, mediasi penal dianggap sebagai sebuah turunan dari *restorative justice*, karena tidak perlu menjalankan hukum pidana melalui pengadilan. Meskipun penyelesaian perkara di luar pengadilan (*Alternative Dispute Resolution/ADR*) umum atau lazimnya diterapkan dalam perkara perdata, tetapi tidak untuk perkara pidana. Sebab pada tataran asas, perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, tetapi dalam prakteknya untuk hal-hal tertentu mungkin terjadi, bahkan boleh jadi penyelesaian di luar pengadilan menjadi hal yang ideal.

Dalam perkembangan wacana teoritik maupun perkembangan pembaharuan hukum pidana di berbagai negara ada kecenderungan kuat untuk menggunakan mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian masalah di bidang hukum pidana. Tidak bisa dipungkiri lagi, bahwa praktik penegakan hukum di Indonesia yang dalam perkara pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui diskresi aparat penegak hukum, belum lagi dalam praktik masyarakat melakukan bentuk diskresi atas perkara pidana (*social discretion*) melalui perdamaian, penyelesaian lembaga adat, dan lain sebagainya, kemudian menyebabkan tuntutan mempositifkan bentuk penyelesaian perkara di luar pengadilan semakin menguat.

Pada dasarnya *restorative justice*/mengembalikan konflik kepada pihak, untuk mempengaruhi korban, pelaku dan kepentingan komunitas mereka dan memberikan keutamaan pada kepentingan mereka. *Restorative justice* menekan pada hak asasi manusia dan kebutuhan mengembalikan dampak ketidakadilan sosial dan dalam cara sederhana memberikan pelaku keadilan daripada keadilan formal (hukum) korban tidak mendapatkan keadilan apapun. Kemudian *restorative justice* mengupayakan keamanan korban, penghormatan pribadi, martabat dan lebih penting adalah *sense of control*.⁴⁹⁶

⁴⁹⁶ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Perencanaan Pembinaan Hukum Nasional Bidang Politik Hukum Pidana dan Sistem Pemidanaan*, Jakarta, 2012, hlm 73.

Hukum dan masyarakat sangat berkaitan erat, seperti adagium lama dimana ada masyarakat di situ ada hukum. Kehidupan dalam masyarakat, di antara anggotanya terdapat kepentingan yang berbeda-beda, sehingga perlu suatu aturan tata tertib yang dapat mengakomodir setiap kepentingan anggota masyarakat.

Jika tidak terdapat aturan tata tertib, maka akan terjadi konflik dan perdamaian sulit dicapai, sehingga supaya perdamaian dalam masyarakat tetap terpelihara, maka oleh manusia sendiri, yaitu golongan yang berkepentingan, dibuat petunjuk hidup (petunjuk yang mengatur kelakuan manusia), dan masyarakat sangat memerlukan petunjuk hidup itu.⁴⁹⁷

Kebutuhan akan pedoman perilaku dapat memberikan pegangan bagi manusia, antara lain menimbulkan norma atau kaedah. Norma atau kaedah tersebut, dari sudut hakikatnya merupakan suatu pandangan menilai terhadap perilaku manusia, dengan demikian maka suatu norma atau kaedah merupakan patokan-patokan mengenai perilaku yang dianggap pantas.⁴⁹⁸ Patokan-patokan itulah yang disebut sebagai hukum. Terlebih Indonesia sebagai negara hukum, sebagaimana amanat dari Pasal 3 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, menyatakan: Negara Indonesia adalah negara hukum.

Hukum dibuat tentu untuk dilaksanakan, sebab hukum tidak dapat dikatakan sebagai hukum apabila hukum tidak pernah dilaksanakan, sehingga, hukum dapat disebut konsisten dengan pengertian hukum bilamana terwujud sebagai sesuatu yang harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum diwujudnyatakan dalam bentuk tindakan-tindakan yang harus dilaksanakan. Tindakan disebut sebagai penegakan hukum (*law enforcement*). Dalam penegakan hukum, peran penegak hukum dibutuhkan, tidak lain adalah manusia-manusia.⁴⁹⁹

Adanya peraturan hukum untuk dipatuhi, penguasa membuat hukum tidak bermaksud menyusun peraturan untuk dilanggar, karena dibuat dengan tujuan

⁴⁹⁷ E. Utrecht, *Op, Cit*, hlm 2.

⁴⁹⁸ Soerjono Soekanto, *Mengenal Sosiologi Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm 9.

⁴⁹⁹ Viswandro, Maria Matilda, dan Bayu Saputra, *Mengenal Profesi Penegak Hukum, Buku Rujukan Berkarier di Bidang Hukum, Hakim-Jaksa-Polisi-Advokat*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2015, hlm 2.

memecahkan problema yang terjadi, dan bukan menambah jumlah problema yang sudah ada di masyarakat.⁵⁰⁰ Hukum menjadi landasan, dasar, moral, dan mengawal tercapainya tujuan kehidupan dicita-citakan bersama. Hukum juga berfungsi mencegah, mengurangi dan memberantas tindak pidana. Salah satu upaya adalah hukum harus diterapkan dan ditegakkan, melalui penegakan hukum, di antaranya penyelesaian perkara pidana. Apalagi Indonesia sebagai negara hukum, tentu penegakan hukum tidak mengabaikan tujuan hukum.⁵⁰¹

Bambang Poernomo menyatakan hukum harus dijadikan sebagai panglima guna mencapai ketertiban sosial dan keadilan sosial, selanjutnya Artidjo Alkostar mengemukakan hukum merupakan prasarana mental masyarakat untuk mengaktualisasikan potensi kemanusiaan dan naluri sosial guna dapat berkehidupan secara aman dan bermartabat.⁵⁰²

Penyelesaian perkara pidana dari terjadinya kejahanatan atau tindak pidana di dalam masyarakat, merupakan satu-kesatuan dalam penegakan hukum pidana dalam bingkai negara hukum, yang selain mengacu pada asas dan tujuan hukum, juga tetap teguh berpedoman pada falsafah, konstitusi, yuridis, kearifan dan landasan moral bangsa.⁵⁰³ Hakikat hukum pidana merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat lain yang tidak menyenangkan.⁵⁰⁴ Perangkat hukum pidana diundangkan sebagai sarana mengantisipasi perbuatan kejahanatan, tidak hanya berguna saat sekarang, tetapi menjangkau ke masa akan datang dan merupakan perangkat undang-undang pidana meliputi hukum substansial

⁵⁰⁰ Ronny Hanitijo, *Permasalahan Hukum Dalam Masyarakat*, Alumni, Bandung, 1994, hlm 16.

⁵⁰¹ Bambang Waluyo, *Penyelesaian Perkara Pidana, Penerapan Keadilan Restoratif dan Transformatif*, Op, Cit, hlm 1.

⁵⁰² Kurniawan Tri Wibowo, *Hukum dan Keadilan, Peradilan Yang Tidak Kunjung Adil*, Sinar Sinanti, Depok, 2020, hlm 124.

⁵⁰³ Bambang Waluyo, *Penyelesaian Perkara Pidana, Penerapan Keadilan Restoratif dan Transformatif*, Op, Cit, hlm 2.

⁵⁰⁴ Sri Endah Wahyuningsih, *Prinsip Individualisasi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam dan Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2013, hlm 80.

(material), hukum formal (acara) dan pelaksanaan pidana.⁵⁰⁵ Setiap orang yang telah melanggar dan tidak mentaati hukum, sudah sepantasnya mendapatkan hukuman untuk memberikan efek jera, sehingga tidak mengulangi perbuatan tersebut, oleh karena mentaati hukum merupakan kewajiban demi terciptanya keamanan dan ketertiban.⁵⁰⁶

Maraknya kejahatan atau tindak pidana di masyarakat, harus disikapi secara tegas dan bijak serta penegakan hukum yang konsisten, dan masyarakat mengandalkan penegak hukum, namun sebenarnya pencegahan dan pemberantasan ataupun penanganannya harus simultan dan komprehensif.

Penegakan hukum sebagai usaha semua kekuatan bangsa termasuk Indonesia, menjadi kewajiban kolektif semua komponen bangsa, merupakan salah satu persoalan serius bagi bangsa Indonesia sebagai negara yang menganut paham konstitusional (*constitutionalism*) atau variannya negara hukum (*rechtsstaat*) sebagaimana Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, tentu segalanya harus berdasarkan hukum. Hukum merupakan sesuatu yang paling tinggi (*supreme*). Berdasarkan konsepsi demikian, maka tumbuhlah kesadaran manusia yang memuja atau mengutamakan keadilan.⁵⁰⁷

Penegakan hukum salah satu parameter dalam keberhasilan negara hukum.⁵⁰⁸ Implementasi pokok negara hukum adalah penegakan hukum melalui peradilan, dalam hal ini peradilan pidana. Banyaknya kritik terhadap penyelesaian perkara dalam sistem peradilan pidana merupakan fakta. Beberapa fakta yang

⁵⁰⁵ Soedjono Dirdjosisworo, *Memahami Hukum Kepolisian*, LaksBang Press Indo, Yogyakarta, 2010, hlm 6.

⁵⁰⁶ Jawade Hafidz Arsyad dan Dian Karisma, *Sentralisasi Birokrasi Pengadaan Barang dan Jasa Pemerintah*, Sinar Grafika, Jakarta, 2018, hlm 23.

⁵⁰⁷ Viswandro, Maria Matilda, dan Bayu Saputra, *Op, Cit*, hlm 1.

⁵⁰⁸ Sri Endah Wahyuningsih dan Rismato, *Kebijakan Penegakan Hukum Pidana Terhadap Penanggulangan Money Laundering Dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, Jurnal Pembaharuan Hukum Volume II Nomor 1, Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung, Semarang, Januari-April 2015, hlm 46.

merugikan, seperti peradilan yang memakan waktu yang lama, berbiaya mahal, rumit, dan dianggap kurang bisa memenuhi rasa keadilan masyarakat.⁵⁰⁹

Masyarakat tidak hanya ingin melihat keadilan diciptakan dalam masyarakat dan kepentingan-kepentingannya dilayani oleh hukum, melainkan juga menginginkan agar dalam masyarakat terdapat peraturan-peraturan yang menjamin kepastian dalam hubungan mereka satu sama lain.⁵¹⁰ Sebagaimana tujuan dari hukum itu sendiri, yakni keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum.

Praktik penegakan hukum di Indonesia selama lebih setengah abad ternyata bertumpu pada filosofi retributif dan penjeraan. Praktik demikian, tentu hanya berfokus pada aspek kuantitatif sebagai *output*. Hal ini, lebih mengutamakan penilaian berdimensi berapa banyak perkara yang ditangani dan juga dihitung banyaknya pelaku tindak pidana yang dipenjarakan, sehingga dapat dipastikan, sistem peradilan pidana dianggap berhasil jika aparatur penegak hukum mampu membawa pelaku tindak pidana ke pengadilan dan tentu mendapat hukuman penjara.⁵¹¹

Tidak dapat dipungkiri, penegakan hukum yang mengagungkan pada aspek penjeraan dalam banyak kasus ternyata menimbulkan dilema. Kenyataannya, pada Lembaga Pemasyarakatan telah *over kapasitas*, juga sejak tahun 1964 berlaku sistem pemasyarakatan, bukan penjara.

Fakta lain juga membuktikan dapat menimbulkan ketidakpuasan masyarakat, serta diragukan kemanfaatan sebagai dampak *outcome* dari penegak hukum, bahkan menghabiskan anggaran negara. Penegakan hukum yang bertumpu pada filsafat retributif dan positif dalam banyak kasus, seringkali dikatakan tidak adil. Jelas juga mengusik ketentraman dan rasa keadilan masyarakat serta diragukan kemanfaatannya.⁵¹²

Konsep hukum pidana menurut keadilan retributif orientasi keadilannya ditujukan kepada pelanggar dan semata-mata karena pelanggaran hukumnya. Pelanggaran hukum pidana adalah melanggar hak negara, sehingga korban kejahatan adalah negara. Sistem peradilan pidana dan penjatuhan pidana

⁵⁰⁹ Bambang Waluyo, *Penyelesaian Perkara Pidana, Penerapan Keadilan Restoratif dan Transformatif*, Op, Cit, hlm 2.

⁵¹⁰ Satijpto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, hlm 16.

⁵¹¹ Bambang Waluyo, *Penyelesaian Perkara Pidana, Penerapan Keadilan Restoratif dan Transformatif*, Op, Cit, hlm 132.

⁵¹² Ibid, hlm 133.

sebagai bentuk rasionalisasi pembalasan serta pidana, dan pemidanaan sebagai bentuk pembalasan atas perbuatan melanggar hukum pidana.⁵¹³

Sarana penal menggunakan hukum pidana sebagai salah satu bagian dari metode penanggulangan kejahatan, bukan merupakan satu-satunya tumpuan harapan dalam rangka menanggulangi kejahatan, oleh karena masalah kejahatan tidak dapat dilepaskan dari masalah sosial dan masalah kemanusiaan.⁵¹⁴ Sehubungan hal tersebut, dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo, bahwa: Sekarang hukum tidak lagi dilihat sebagai suatu hal yang otonom dan independen, melainkan dipahami secara fungsional dan dilihat senantiasa berada dalam kaitan interdependen dengan norma-norma lain dalam masyarakat.⁵¹⁵

Penyelesaian perkara pidana dengan bertumpu pada filosofi retributif dan penjeraan belum memberikan keseimbangan hak antara pelaku dan korban, maupun bagi masyarakat. Penyelesaian perkara pidana hendaknya lebih mengutamakan keseimbangan sosial dalam masyarakat. Keseimbangan yang dimaksud di sini adalah antara pelaku dan korban tindak pidana, sehingga tercipta kembali harmonisasi sosial dalam masyarakat.

Bentuk penyelesaian ini dilakukan secara seimbang dengan jalan musyawarah antara pihak pelaku dan korban. Prinsip *win-win solution* harus diutamakan demi tercapainya kesepakatan menyelesaikan perkara. Pada akhirnya diharapkan pelaku meminta maaf kepada korban dan berjanji tidak akan mengulanginya lagi, apabila perlu mengganti segala kerugian yang diderita oleh korban. Sebaliknya korban memaafkan pelaku dan tidak meneruskan perkara sampai ke pengadilan. Konsep penyelesaian seperti ini disebut dengan *restorative justice* (keadilan restoratif).⁵¹⁶

⁵¹³ Rena Yulia, *Victimologi Perlindungan Hukum Terhadap Korban Kejahatan*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2013, hlm 185.

⁵¹⁴ Theodorus Yosep Parera, *Advokat dan Penegakan Hukum*, Genta Press, Yogyakarta, 2016, hlm 25.

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ Sulistyowati, *Alternatif Penegakan Hukum Pidana Berbasis Nilai Keadilan*, Deepublish, Yogyakarta, 2020, hlm 111.

Penyelesaian perkara yang didasarkan pada keadilan restoratif, maka menunjukkan tidak semua perkara pidana harus selesai di meja hijau, namun dapat diakhiri antara sendiri antara pelaku dan korban. Cara penyelesaian yang ditempuh melalui keadilan restoratif sesuai dengan budaya dan ideologi bangsa Indonesia sebagaimana diamanatkan dalam Pancasila. Hasil penyelesaian dapat dipertanggungjawabkan terhadap Tuhan Yang Maha Esa. Penyelesaian memperhatikan nilai kemanusiaan yang adil dan beradab bagi kedua belah pihak, dan tentunya dapat tercipta kembali kondisi sosial sebagaimana sebelum terjadi kejahanan/tindak pidana.

Konsep hukum pidana menurut keadilan restoratif, yakni orientasi keadilan ditujukan kepada orang yang terlanggar haknya yang dilindungi oleh peraturan hukum (korban); pelanggaran hukum pidana adalah melanggar hak perseorangan (korban); korban kejahanan adalah orang yang dirugikan akibat kejahanan/pelanggaran hukum pidana, yaitu orang yang menderita langsung akibat kejahanan (korban), masyarakat, negara, dan juga pelanggar itu sendiri; sistem peradilan pidana dan penjatuhan pidana sebagai bentuk penyelesaian konflik bukan untuk membala; pidana dan pemidanaan adalah bentuk pertanggungjawaban pelanggar terhadap akibat (dampak) perbuatan melanggar hukum pidana; dan orang yang dirugikan secara langsung akibat kejahanan (korban) bersifat aktif menyelesaikan konflik.⁵¹⁷

Pergeseran konsep kejahanan dan orientasi hukum pidana tersebut, telah membawa harapan cerah untuk perlindungan hukum terhadap korban. Pergeseran dari *retributive justice* ke arah *restorative justice* memberikan dampak positif bagi pencegahan dan penanggulangan kejahanan, namun perlu diperhatikan, dalam keadilan restoratif maka setiap kasus itu harus dilaksanakan secara berbeda.

Secara sosiologis, penerapan keadilan restoratif dalam sistem pemidanaan juga memiliki landasan yang kuat, seiring banyaknya kasus tindak pidana yang diajukan ke pengadilan, namun hal tersebut dirasakan oleh masyarakat tidak

⁵¹⁷ Rena Yulia, *Op, Cit*, hlm 193.

sesuai nilai-nilai keadilan masyarakat. Selain itu, secara sosiologis, di beberapa daerah juga masih mempraktekkan nilai keadilan restoratif yang bersumber dari hukum adat yang pernah berlaku di Indonesia.⁵¹⁸ Berdasar dari sisi filosofis, perlunya pemberlakuan pendekatan keadilan restoratif dalam sistem pemidanaan Indonesia, dapat dilihat dari nilainilai filosofis yang terkandung dalam paradigma keadilan restoratif itu sendiri. Konsepsi dan prinsip paradigma keadilan restoratif, setidaknya terdapat 3 (tiga) nilai filosofis yang terkandung di dalamnya, yaitu:⁵¹⁹

1. Pemulihan kerugian korban dan pemberian maaf pada pelaku;
2. Membangun kembali hubungan yang harmonis antara pihak korban dan komunitasnya di satu sisi dengan pihak pelaku di sisi yang lain, sehingga tidak ada lagi dendam di kemudian hari; dan
3. Penyelesaian sengketa yang menguntungkan para pihak, baik itu pelaku, korban, maupun masyarakat (*win-win solution*).

Nilai tersebut pada hakikatnya sejalan dengan nilai yang tumbuh dan berkembang dalam kehidupan masyarakat hampir di semua wilayah Indonesia

Setiap muatan materi hukum pidana harus berorientasi pada nilai terkandung dalam sila Pancasila, terutama menjunjung tinggi nilai kemanusiaan, yang menjunjung harkat dan martabat manusia secara utuh, dengan dilandasi semangat persatuan dan kesatuan menuju filosofis persaudaraan satu bangsa Indonesia, yang selalu dilandasi musyawarah untuk mufakat dalam setiap penyelesaian perkara pidana, dengan dilandasi rasa keyakinan kepada Tuhan Yang Maha Esa guna mewujudkan keadilan senyatanya secara substansial tidak hanya keadilan prosedural.⁵²⁰

Terkait dengan penggunaan musyawarah untuk penyelesaian perkara, dalam hukum Islam, hanya dua ayat dalam al-Qur'an yang membicarakan tentang musyawarah, yaitu dalam Q.S. Asy Syura 38 dan Q.S. Ali Imran 159, yang menyebutkan bahwa:⁵²¹

1. Q.S. Asy Syura 38, artinya : "Dan (bagi) orang-orang yang menerima

⁵¹⁸ Bambang Waluyo, *Penegakan Hukum di Indonesia*, Op, Cit, hlm 124.

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ Sulistyowati, *Op, Cit*, hlm 117.

⁵²¹ Iman Jauhari, *Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan Menurut Hukum Islam*, Deepublish, Yogyakarta, 2017, hlm 19.

- (mematuhi) seruan Tuhan mereka dan mendirikan shalat, sedang urusan mereka (diputuskan) dengan musyawarah antara mereka; dan mereka menafkahkan sebagian dari rezeki yang Kami berikan kepada mereka”.
2. Q.S. Ali Imran 159, artinya : “Maka disebabkan rahmat dari Allah-lah kamu berlaku lemah lembut terhadap mereka. Sekiranya kamu bersikap keras lagi berhati kasar, tentulah mereka menjauhkan diri dari sekelilingmu. Karena itu maafkanlah mereka, mohonkanlah ampun bagi mereka, dan bermusyawaratlah dengan mereka dalam urusan itu. Kemudian apabila kamu telah membulatkan tekad, maka bertawakkallah kepada Allah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertawakkal kepada-Nya”.

Sifat manusia Indonesia secara kodrat, pada dasarnya adalah merupakan makhluk individu sekaligus makhluk sosial atau disebut makhluk monodualistik, sehingga tidak dapat hidup sendiri tanpa berhubungan dengan manusia lain.

Berdasarkan kenyataan tersebut maka, manusia Indonesia harus diberikan konsep hukum pidana yang mampu mewadahi karakteristik dan kepribadian sebagai bangsa yang selalu menjunjung tinggi harmoni dan keseimbangan dalam eksistensinya baik sebagai makhluk individu dan makhluk sosial. Penyelesaian perkara pidana melalui musyawarah adalah salah satu upayanya.

Sistem peradilan pidana sebagai sistem penyelesaian konflik di tempat mana korban, masyarakat, negara dan pelanggar melakukan mediasi (musyawarah) untuk menyelesaikan konflik karena adanya pelanggaran hukum pidana (kejahatan). Negara tidak lagi diposisikan sebagai peran tunggal dan dominan dalam penyelenggaraan peradilan pidana, karena negara bukanlah korban tunggal yang sesungguhnya, dan peran nya dibatasi dan lebih diperankan fungsinya sebagai mediator dan fasilitator. Hubungan pelanggar dan korban dalam proses peradilan dibangun berdasarkan hubungan dialogis, kemudian dikenal hubungan antar manusia saling membutuhkan (*humanisasi*).⁵²²

⁵²² Rena Yulia, *Op, Cit*, hlm 188.

Tujuan penyelenggaraan peradilan pidana adalah menyelesaikan konflik (*conflict resolution*) yang terjadi akibat adanya pelanggaran hukum pidana, maka peranan negara dalam sistem dikurangi, dan sebaliknya meberdayakan peran korban kejahatan dan masyarakat di satu pihak dan pelanggar di pihak lain.

Sasaran dari proses peradilan pidana menurut perspektif keadilan restoratif adalah menuntut pertanggungjawaban pelanggar terhadap perbuatan dan akibatnya, yakni bagaimana merestorasi penderitaan orang yang terlantar haknya (korban kejahatan) seperti pada posisi sebelum pelanggaran dilakukan atau kerugian terjadi, baik aspek materiil maupun aspek immateriil.⁵²³

Penyelesaian konflik yang terjadi yang ditonjolkan bukan menegaskan kesalahan pelanggar kemudian menjatuhkan sanksi pidana, tetapi peran aktif pihak yang berkonflik melalui mediasi atau kompensasi terhadap kerugian materiil dan immateriil dalam bentuk restitusi atau kompensasi dan pemulihan keharmonisan hubungan kemanusiaan antar pihak-pihak (humanisasi).

Orientasi peradilan pidana adalah untuk kehidupan di masa yang akan datang, oleh sebab itu penyelesaian di luar proses pengadilan dengan cara rekonsiliasi dan negosiasi dianjurkan menurut perspektif keadilan restoratif dan tidak tertutup kemungkinan adanya lembaga pemaafan dari korban kepada pelanggar.⁵²⁴

Penyelenggaraan peradilan pidana sebagai upaya penanggulangan kejahatan dalam rangka penegakan hukum itu sendiri, tidak terlepas dari peran serta dari penegak hukum, karena penegak hukumlah yang nantinya menegakkan aturan hukum tersebut.⁵²⁵

Pekerjaan penegakan hukum dalam sistem peradilan pidana Indonesia, terdiri dari Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan, Pengacara dan Lembaga Pemasyarakatan, maka pekerjaan Kepolisian adalah yang saling menarik, karena di dalamnya banyak keterlibatan manusia dalam pengambilan keputusan.⁵²⁶

⁵²³ *Ibid*, hlm 190.

⁵²⁴ *Ibid*.

⁵²⁵ Laurensius Arliman S, *Penegakan Hukum dan Kesadaran Masyarakat*, Deepublish, Yogyakarta, 2015, hlm 14.

⁵²⁶ I Ketut Adi Purnama, *Op, Cit*, hlm 61.

Kepolisian Negara Republik Indonesia merupakan alat negara dalam memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat, menegakkan hukum, serta memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat dalam rangka terpeliharanya keamanan dalam negeri.⁵²⁷

Perkembangan kemajuan masyarakat yang cukup pesat, seiring dengan merebaknya fenomena supremasi hukum, hak asasi manusia, globalisasi, demokratisasi, desentralisasi, transparansi, dan akuntabilitas, telah melahirkan berbagai paradigma baru dalam melihat tujuan, tugas, fungsi, wewenang dan tanggung jawab Kepolisian Negara Republik Indonesia yang selanjutnya menyebabkan pula tumbuhnya berbagai tuntutan dan harapan masyarakat terhadap pelaksanaan tugas Kepolisian Negara Republik Indonesia yang makin meningkat dan lebih berorientasi kepada masyarakat yang dilayani.⁵²⁸

Polisi pada hakikatnya sebagai hukum yang hidup, karena di tangan polisi tersebut hukum mengalami perwujudannya, terutama di bidang pidana. Apabila hukum bertujuan untuk menciptakan ketertiban dalam masyarakat dengan melawan kejahatan. Akhirnya, polisi akan menertibkan secara konkret apa yang disebut sebagai penegak ketertiban.

Polisi adalah gerbang (*gatekeepers*) dari sistem peradilan pidana. Seperti dikatakan Donald Black, bahwa perannya sebagai penyelidik dan penyidik tindak pidana, menempatkan polisi berhubungan dengan sebagian besar tindak pidana umum atau biasa (*ordinary or common crimes*). Berdasarkan bukti-bukti cukup, berdasarkan hukum acara pidana (KUHAP), polisi selaku penyidik melimpahkan perkara ke Kejaksaan untuk dilakukan penuntutan.⁵²⁹

Adanya perkembangan masyarakat, supremasi hukum, dan faktor lain membawa perubahan pada model penyidikan dari bersifat semata-mata punitif (menghukum) ke arah restoratif (pemulihan), dan merupakan perubahan lebih dari sekadar teknik, namun kultur penyidikan, oleh karena itu membutuhkan proses

⁵²⁷ Rudy Cahya Kurniawan, *Pengaturan Kewenangan KPK dan Polri Dalam Penyidikan Tindak Pidana Korupsi di Indonesia*, Op, Cit, hlm 72.

⁵²⁸ Ibid, hlm 73.

⁵²⁹ Jonlar Purba, *Penegakan Hukum Terhadap Tindak Pidana Bermotif Ringan Dengan Restorative Justice*, Jala Permata Aksara, Jakarta, 2017, hlm 69.

panjang untuk adaptasi. Sebagai contoh, skema melibatkan korban (*victims participation scheme*) dalam proses penyelidikan atau penyidikan bukan hal mudah karena menuntut perubahan pola yang biasa tertutup menjadi lebih terbuka.⁵³⁰ Tanggung jawab pelaku dan partisipasi korban secara keseluruhan potensial memberi manfaat restoratif, terutama pemulihan dan rehabilitasi korban.

Perubahan pada model penyidikan dari yang bersifat semata-mata punitif (menghukum) ke arah restoratif tersebut, tidak terlepas dari kewenangan diskresi Kepolisian. Keberadaan Pasal 16 ayat (2) UndangUndang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia merupakan penjabaran lebih lanjut (sebagai kontrol) dimungkinkan adanya diskresi, sebab Pasal 16 ayat (1) hanya menyebutkan bahwa Kepolisian diberikan wewenang untuk mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggungjawab, sebab tidak ada batasan/rumusan tindakan diskresi. Penilaian yang diyakini oleh anggota Kepolisian untuk bertindak (diskresi), sangat dipengaruhi oleh situasi dan kondisi yang konkrit mengharuskan bertindak di mana setiap individu berbeda tergantung pengalaman, pengetahuan, kecerdasan dan moralitas.⁵³¹

Menghadapi kasus ringan, diskresi/dengan pendekatan keadilan restoratif oleh aparat penegak hukum, dalam hal ini Kepolisian sebagai ujung tombak diwujudkan untuk mendekatkan pada keadilan yang sesungguhnya.

Mekanisme yang berjalan selama ini, menjadi kebiasaan adalah berawal dari adanya perkara yang masuk ke Kepolisian, kemudian dilakukan diskresi dengan cara memediasi para pihak yang berperkara untuk mencapai musyawarah mufakat, sehingga terbangunlah perdamaian antara para pihak yang berperkara.

Setiap orang yang melakukan suatu perbuatan yang mendatangkan kerugian bagi orang lain, pada dasarnya mewajibkan orang tersebut bertanggungjawab atas perbuatannya. Begitu pula dalam hukum pidana, seseorang yang melakukan suatu tindak pidana memang harus dihukum untuk mempertanggungjawabkan perbuatannya dalam rangka penegakan hukum, namun harus dipahami pula aspek

⁵³⁰ *Ibid*, hlm 70.

⁵³¹ Sadjijono, *Op, Cit*, hlm 145.

sosioologis dari penegakan hukum pidana itu. Jangan sampai penegakan hukum justru malah memperburuk harmonisasi sosial dalam masyarakat.

Tujuan dari penegakan hukum itu sendiri tidak terlepas dari terciptanya kembali harmonisasi sosial dalam masyarakat yang sempat hilang akibat suatu perbuatan. Apabila penyelesaian masalah sudah terdapat jalan keluar terbaik, maka tidak perlu penegakan hukum yang pelaksanaannya memperburuk kehidupan masyarakat. Penegakan hukum yang seperti ini memang tidak tersurat dalam hukum positif, tetapi merupakan improvisasi hati nurani manusia dalam menegakkan keadilan.

Konsep *restorative justice* meskipun populer, belum efektif karena menghadapi kendala baik sisi teoritis maupun yuridis. Penglegislasi dalam sistem peradilan Indonesia *urgent* dilakukan, karena :

1. Restorative Justice Memberikan Banyak Manfaat

Beberapa manfaat diterapkan *retributive justice* dalam sistem peradilan suatu negara. Manfaat pertama adalah bagi korban dan pelaku. Konsep *retributive justice* berpandangan bahwa pelaku tindak pidana (*offender*) harus membayar kesalahannya melalui pemenjaraan. Adapun korban sering hanya dimanfaatkan sebagai saksi. Setelah proses persidangan selesai korban akan ditinggalkan sendiri dengan segala penderitaan dan kerugiannya. Sebaliknya *restorative justice* akan lebih memperhatikan nasib korban.

Korban merasakan proses lebih *fair* dalam *restorative justice*, lebih merasa *less upset about the crime, less apprehensive and less afraid of revictimization.*⁵³² Korban juga merekomendasikan proses ini terhadap yang

⁵³² Lucy Clark Sanders, *Restorative Justice: The Attempt To Rehabilitate Criminal Offenders and Victims*, Charleston L. Rev. 923, 2008, hlm 929.

lain.⁵³³ Adanya proses pemaafan yang membuar relasi antara pelaku dan korban menjadi lebih baik akan membuat korban lebih merasa nyaman dan mengurangi atau bahkan menghilangkan ketakutannya pada pelaku.⁵³⁴ Pelaku yang sudah melalui proses *restorative justice* lebih suka membayar restitusi secara penuh dari pada dipenjarakan.⁵³⁵

Manfaat kedua adalah bagi komunitas. *Restorative justice* tidak hanya merestorasi pelaku dan korban, juga menyembuhkan pengaruh buruk dirasakan komunitas. Tindak pidana dihubungkan dengan masalah individu pelaku berhadapan dengan korban dan negara. Masyarakat sering merasakan akibat buruk tindak pidana. Sebagaimana nasib korban yang sering terabaikan dalam *retributive justice*, suara komunitas bahkan tidak terwakili dalam konsep tersebut. Program perdamaian menjadi *icon restorative justice* akan menjamin keselamatan, keamanan, dan keharmonisan masyarakat terdampak.

Manfaat ketiga adalah mengurangi jumlah narapidana dan residivis. Meskipun bukan menjadi tujuan utama *restorative justice*, namun penelitian sebelumnya menunjukkan bahwa salah satu efek dari rasa bahagia yang didapat dari pelaksanaan program *restorative justice* ternyata mengurangi jumlah residivis secara signifikan.⁵³⁶

Manfaat keempat adalah menghemat biaya dan waktu. Penerapan *restorative justice* membutuhkan biaya dan waktu yang lebih sedikit dibandingkan proses *criminal justice* konvensional, misalnya berkurangnya

⁵³³ Mark S. Umbreit & William Bradshaw, *Victim Experience of Meeting Adult vs. Juvenile Offenders: A Cross-National Comparison*, Fed. Probation 33, 1997, hlm 34.

⁵³⁴ Lawerence W Sherman, *Effects of Face-to-Face Restorative Justice on Victims of Crime in Four Randomized Controlled Trials*, J. Experimental Criminology 367, 2005, hlm 370.

⁵³⁵ Christopher D. Lee, *Op, Cit*, hlm 531.

⁵³⁶ T. Bennett Burkemper, *Restorative Justice in Missouri's Juvenile Sistem*, J. Mo. B 128,, 2007, hlm 129.

jumlah penghuni penjara akibat penerapan *restorative justice* akan mengurangi anggaran negara membiayai kebutuhan minimum narapidana.

2. Menghapus/Mengurangi Hambatan Penerapan *Restorative Justice*

Legislasi atau otorisasi perundang-undangan akan mendorong aparat penegak hukum menerapkan *restorative justice* tanpa takut bahwa mereka tidak memiliki otoritas atau didakwa telah melakukan sesuatu yang tidak sah. Dengan diundangkan secara resmi dan diketahui publik maka tidak hanya aparat penegak hukum tetapi keluarga, atau komunitas sekeliling dapat berinisiatif mengusulkan penggunaan program *restorative justice*.⁵³⁷ Dalam berbagai kasus, legislasi juga digunakan untuk mengatasi hambatan sistematis, khususnya terkait kurang tersedianya variasi program *restorative justice*. The Minnesota Community Correctional Services Act misalnya menetapkan bahwa *every county attorney [prosecutor] shall establish a pre-trial diversion program for offenders*.⁵³⁸

Legislasi diperlukan untuk menciptakan dorongan hukum (*legal inducement*) penggunaan *restorative justice*. Dorongan hukum yang dimaksud bukan sekedar menghapuskan hambatan hukum atau sistem terhadap program *restorative*, tetapi mendorong (*encourages*) atau memaksa pengambil keputusan yang terbiasa mengabaikan *restorative justice*.

Hal ini dapat dilakukan dengan mencantumkan prinsip bahwa sepanjang tidak bertentangan dengan *public interest, criminal proceedings* adalah upaya terakhir apabila tidak ada alternatif lain yang tersedia. Di samping itu perlu dicantumkan pula prinsip yang mengakui kepentingan pelaku dan korban. Sebagai contoh misalnya dalam *restorative justice* peradilan anak ditekankan pentingnya membiarkan anak tetap dalam komunitasnya yang diikuti

⁵³⁷ Daniel W. Van Ness, dan Pat Nolan, *Legislating for Restorative Justice*, Regent U. L. Rev. 53, 1998, hlm 58.

⁵³⁸ *Ibid*, hlm 59.

larangan (dengan perkecualian) *prosecution* anak sampai keluarga mereka melakukan pertemuan.⁵³⁹

Legislasi diperlukan untuk menciptakan mekanisme yang menyediakan panduan dan struktur program restoratif.

Legislasi dapat menciptakan mekanisme yang menyediakan panduan beserta struktur penerapan program *restorative justice*, meyakinkan pentingnya program dan menjamin proses pelaksanaan program berjalan sesuai tujuan. Di samping itu legislasi juga dapat menjamin kredibilitas, dukungan dan konsistensi pelaksanaan program *restorative justice*.⁵⁴⁰

Legislasi diperlukan untuk menjamin perlindungan hak pelaku dan korban yang berpartisipasi dalam *restorative programs*.

Masalah prosedural peradilan pidana ditanggalkan ketika para peserta menyetujui berpartisipasi dalam program *restorative justice*. Namun demikian, Hak Asasi Manusia fundamental dari para peserta justru sering terabaikan. Legislasi *restorative justice* dapat melindungi hak-hak fundamental tersebut dengan cara menetapkan panduan yang mengatur seleksi kasus untuk diversi, menetapkan kewajiban pengawasan proses dan hasil program *restorative justice*; serta menyediakan mekanisme *judicial review* ketika salah satu pihak keberatan dengan hasil yang dicapai.⁵⁴¹

Legislasi diperlukan untuk memberikan rangkaian prinsip panduan dan mekanisme kewajiban pengawasan program. Program *restorative* diterapkan untuk merefleksikan prinsip dan nilai-nilai *restorative justice*. Legislasi akan memberikan prinsip panduan dan mekanisme pengawasan sehingga program terwujud dengan baik tidak sekedar angan-angan.⁵⁴²

⁵³⁹ *Ibid*, hlm 60.

⁵⁴⁰ *Ibid*, hlm 62.

⁵⁴¹ Kate E. Bloch, *Op, Cit*, hlm 209.

⁵⁴² Kuat Puji Prayitno, *Op, Cit*, hlm. 420.

BAB VI

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal belum berbasis nilai keadilan restorative dikarenakan pembatasan untuk penanganan tindak pidana yang dapat dihentikan penyidikan berdasarkan keadilan restoratif, padahal di dalam kenyataan banyak terjadi di masyarakat penyelesaian tindak pidana berdasarkan mediasi penal, namun belum diakomodir oleh suatu regulasi demi berkekuatan dan berkepastian hukum. Oleh karenanya diperlukan sistem hukum pidana nasional yang lebih mengedepankan pendekatan *restorative justice*, mengingat sistem pemidanan diterapkan saat ini mengalami dan menimbulkan banyak permasalahan, seperti terabaikannya hak korban, kurang memberikan kepuasan dan rasa keadilan masyarakat, terjadinya penumpukan perkara di lembaga peradilan, selain juga terjadinya over kapasitas narapidana di lembaga pemasyarakatan.
2. Kelemahan regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif pada saat ini yakni pada hukum positif Indonesia asasnya perkara pidana tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu dimungkinkan adanya penyelesaian kasus di luar pengadilan. Akan tetapi, praktik penegakan hukum di Indonesia sering juga perkara pidana diselesaikan di luar pengadilan melalui diskresi aparat penegak hukum, mekanisme perdamaian, lembaga adat dan lain sebagainya. Implikasi praktek penyelesaian perkara di luar

pengadilan selama ini memang tidak ada landasan hukum formalnya, sehingga lazim juga terjadi suatu kasus secara informal telah dilakukan penyelesaian damai melalui mekanisme hukum adat, namun tetap saja diproses kepengadilan sesuai hukum positif yang berlaku. Konsekuensi makin diterapkan eksistensi mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian perkara dibidang hukum pidana melalui restitusi dalam proses pidana menunjukkan, bahwa perbedaan antara hukum pidana dan perdata tidak begitu besar dan perbedaan itu menjadi tidak berfungsi.

3. Rekonstruksi regulasi penyelesaian tindak pidana oleh Kepolisian melalui mediasi penal berbasis nilai keadilan restoratif dengan memperkuat mediasi penal merupakan solusi penyelesaian tindak pidana, sehingga perlu adanya penegasan terhadap kualifikasi mediasi penal yang dibakukan dalam bentuk formulasi yang lebih konkret seperti undang-undang, dan agar penerapan *restorative justice* dalam penyelesaian perkara pidana dapat berjalan secara maksimal, perlu melakukan perubahan terhadap hukum pidana formal dengan mengatur mekanisme penyelesaian tidak pidana melalui pendekatan *restorative justice* sebagai yang utama dalam penyelesaian perkara pidana.

B. Saran

1. Praktik mediasi penal saat ini dilakukan melalui diskresi penegak hukum sehingga masa mendatang diperlukan adanya pengaturan secara limitatif terhadap perkara-perkara yang dapat dilakukan mediasi penal sehingga tidak terjadi adanya penyalahgunaan wewenang (*abuse of power*) dari para pihak yang terlibat dalam Sistem Peradilan Pidana.

2. Dilakukan dan diterapkannya mediasi penal maka telah terjadi pergeseran paradigma ada sifat hukum privat kedalam ranah hukum publik. Oleh karena itu, hendaknya diperlukan alternatif paling baik terhadap tahap dan proses mediasi penal tersebut apakah dilakukan pada proses pemeriksaan yang sifatnya tertutup (Kepolisian/Kejaksaan) atau melalui proses pemeriksaan yang sifatnya terbuka (Pengadilan).



DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- A. A. G. Peters, *Hukum Sebagai Proyek*. dalam A. A. G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto (editor), *Hukum dan Perkembangan Sosial, Buku Teksi Sosiologi Hukum. Buku III* Sinar Harapan, Jakarta, 1990.
- Abdul Hakim G Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1988.
- Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Gunung Agung, Jakarta, 2002.
- Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence)*, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2009.
- , *Menjelajahi Kajian Empiris Terhadap Hukum*, Yarsif Watampone, Jakarta, 1998.
- , *Polisi dan Efektivitas Hukum dalam Penanggulangan Kriminalitas*, Yasrif Watampone, Jakarta, 1998
- Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana I*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002.
- Adi Sulitiono, *Mengembangkan Paradigma Non-Litigasi di Indonesia* (Lembaga Pengembangan Pendidikan (LPP) UNS dan UPT Peneribitan dan Percetakan UNS/UNS Press, Jakarta, 2007.
- Adrianus Maliala, *Restorative Justice dan Penegakan Hukum*, Bahan Kuliah Mahasiswa PTIK Angkatan 54/55, Jakarta, 2009.
- Ahmad Ubbe, *Hukum Adat Kesusahaannya* Yasrif Watampone, Jakarta, 2008
- Agus Dwiyanto, *Mewujudkan Good Governance Melayani Publik*, Gadjah Mada University, Yogyakarta, 2006.
- Alibudiarto, *Reformasi Hukum di Indonesia, Diagnostic Assessment of Legal Development in Indonesia*, CYBERconsult, Jakarta, 2000.
- Alvi Syahrin, *Beberapa Masalah Hukum*, Softmedia, Medan, 2009.
- Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2008
- , *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2008

- -----, *Sistim Pidana dan Pemidanaan di Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993

Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991

A. Rahman Zainuddin, *Kekuasaan dan Negara : Pemikiran Politik Ibnu Khaldun*, Gramedia, Jakarta, 1992

A. Rahman Zaenuddin, *Politik Ibnu Khaldun*, Gramedia, Jakarta, 1992

Ari Wibowo, *Mewujudkan Keadilan Melalui Penerapan Hukum Progresif, Membumikan Hukum Progresif*, Aswaja Pressindo, Yogyakarta, 2013

Awaloedin Djamin, *Beberapa Masalah dalam Kepolisian Negara Republik Indonesia*, Rajawali, Jakarta, 1986.

Azhary, *Negara Hukum Indonesia : Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1995

Bahder Johan Nasution, *Hukum Kesehatan Pertanggungjawaban Dokter*, Rineka Cipta, Jakarta, 2005

Bambang Waluyo, *Penelitian Hukum dalam Praktek*, Grafika, Jakarta, 1996.

Bambang Waluyo, *Victimologi Perlindungan Saksi dan Korban*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011.

Barda Nawawi Arif, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998

- -----, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bandung, 1996

-----, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, Kencana Prenada Media, Jakarta, 2008.

-----, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Undip, Semarang: 2000.

-----, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001

-----, *Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2009

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

- Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2009.
- B. F. Matthes, *Boeginesche Chestomathie, Tweede Deel*, Het Nederlandsh Bijbelgenootschap, Amsterdam, 1972
- BPHN, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum Nasional Serta Rencana Pembangunan Hukum Jangka Panjang*, BPHN, Jakarta, 1996
- Budhy Munawar Rahma, *Konstekstualisasi Dokrin Islam Dalam Sejarah*, Yayasan Paramadina, Jakarta, 1994.
- Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004.
- Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Kencana, Jakarta, 2008
- C. S. T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, *Pokok-Pokok Hukum Pidana, Hukum Pidana Untuk Tiap Orang*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004
- C. S. T. Simorangkir, *Kamus Hukum Indonesia*, Alenia Baru, Jakarta, 1980
- Dahlan Thaib, *Kedaulan Rakyat, Negara Hukum dan Konstitusi*, Liberty, Yogyakarta, 1999.
- Daniel W. Van Ness, *Restorative Justice and International Human Rights, Restorative Justice: International Perspektive*, Edited by Burt Galaway and Joe Hudson, Kugler Publications, Amsterdam, The Netherland, halaman 24.
- Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filfsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995.
- David Garland, *Punishment in Modern Society, A Study in Social Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1990
- Deliar Noer, *Pemikiran Politik di Negeri Barat*, Mizan, Bandung, 1997.
- Dennis Sullivan and Larry Tifft, *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, London & New York, 2006.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1995.

- Dey Ravena, *Sistem Pemasyarakatan (Pergeseran Paradigma Pembinaan Narapidana Dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia)*, Disertasi, Universitas Diponegoro, Semarang, 1997
- Djoko Prakoso, *Polri Sebagai Penyidik Dalam Penegakan Hukum*, Bina Aksara, Jakarta, 2007
- D P M Sitompul dan Edwar Syahpenong, *Hukum Kepolisian di Indonesia*, Tarsito, Bandung, 2003
- D. Schaffmeiste, N. Keijzer dan E. P. H. Sutorius, *Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007.
- Dwidja Priyanto, *Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2006.
- Edward Mc Nall Burns, *Western Civilization*, NW. Norton and Company Inc, New York, 1988
- Elsam, *Pemidanaan, Pidana dan Tindakan Dalam Rancangan KUHP*, ELSAM, Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri 3, Jakarta, 2005.
- Eriyanto Wahid, *Keadilan Restoratif dan Peradilan Konvensional Dalam Hukum Pidana*, Universitas Trisakti, Jakarta, 2009
- E. Utreach, *Pengantar Hukum Admininistrasi Indonesia*, FH PM Unpad, Bandung, 1960.
- Eva Achyani Zulfa, *Keadilan Restoratif*, Badan Penerbit FHUI, Jakarta 2009.
- Eva Achjani Zulfa dan Indriyanto Seno Adji, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan Lubuk Agung*, Bandung, 2011
- E. Y. Kanter dan S. R. Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Storia Grafika, Jakarta, 2008.
- Fahmi Hummidy, *al-Islam wa-al-Dimukratiyah*, di terjemahkan oleh Abd. Gaffar M, dengan judul, Demokrasi dan Masyarakat Madinah; Issu-isu besar politik Islam, Mizan, Bandung, 1993.
- Farouk Muhammad, *Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional (PPHN), Kelompok Kerja Bidang Hukum dan Polkam*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Hukum Dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, Jakarta, 2005.
- Frans Magnis Suseno, *Mencari Sosok Demokrasi, Sebuah Telaah Filosofis*, Gramedia, Jakarta, 1997

- Frank N Mc Gill, *Masterpiece of World Philosophy*, Harper CP, New York, 1990.
- G. Johnstone, *A Restorative Justice Reader: texts, sources, context*, Willan Publishing, Portland, Oregon, 2003
- Hadi Supeno, *Kriminalisasi Anak, Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pemidanaan*, Gramedia, Jakarta, 2010.
- Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, International Law Book Review, Kuala Lumpur, 1994.
- Harsja W. Bachtiar, *Empat Masalah Filsafat*, Jambatan, Jakarta, 1990
- Hilman Hadikusuma, *Peradilan Adat di Indonesia*, Miswar, Jakarta, 1989.
- Howard Zehr, *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottdale, 1995.
- Jan Hendrik Raper, *Filsafat Politik Plato*, Rajawali, Jakarta, 1991.
- Jimly Ashidiqie, *Komentar Atas Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009.
- John Brithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, University Press, Oxford, 2002.
- John M Echol, dan Hasan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2002.
- John Rawls, *A Theory of Justice*, Massachusset: Harvard University Press, Cambridge, 1997.
- J. Suyuti Pulungan, *Prinsip-Prinsip Pemerintahan Dalam Piagam Madinah Ditinjau Dari Pandangan Al-Quran*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996
- Kathleen Daly, *The Limits of Restorative Justice*, dalam Denis Sullivan and Larry Tiffet (ed), *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Routledge, London and New York, 2006.
- K. Bertens, *Sejarah Filsafat Yunani*, Kanisius, Yogyakarta, 1993
- Khalid Ibrahim Jaidan, *Teori Politik Islam : Telaah Kritis Ibn Taimiyah tentang Pemerintahan*, Risalah Gusti, Surabaya, 1995
- Kunarto, *Etika Kepolisian*, Cipta Manunggal, Jakarta, 1996
- , *Intelejen Polri (Sejarah, Perspektif, Aspek dan Prospeknya)*, Cipta Manunggal, Jakarta, 1999.

- -----, *Merenungi Kritik Terhadap Polri*, Cipta Manunggal, Jakarta, 1995
- Kusnu Goesniadhie S, *Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundangan* (*Lex Spesialis Suatu Masalah*), JP BOOKS, Surabaya, 2006
- Lawrence M. Friedman, *Law and Behavioral Sciences*, The Bobbs Herrin, Indianapolis, 1969
- , *The Legal System: A Sosial Science Perspektive*, Russel Soge Foundation, New York, 1969.
- Leden Marpaung, *Hukum Pidana II*, Sinar Grafika, 1997
- , *Unsur-unsur Perbuatan Yang Dapat Dihukum*, Sinar Grafika, Jakarta, 1991
- Lexy J Moleong. *Metodologi Penelitian Kualitatif*. Remaja Rosdakarya, Bandung, 2002
- Luhut M P Pangaribuan, *Hukum Acara Pidana Suatu Kompilasi Ketentuan-ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana dan Hukum Internasional Yang Relevan*, Djambatan, Jakarta, 2003
- Markas Besar Kepolisian Republik Indonesia, *Himpunan Juklak dan Juknis tentang Proses Penyidikan Tindak Pidana*, Jakarta, 1997
- Mahmud Mulyadi, *Community Policing Diskresi Dalam Pemolisian Yang Demokratis*, Softmedia, Medan, 2011.
- Maman Rachan, *Strategi dan Langkah-langkah Penelitian*. IKIP Semarang Pers, Semarang, 1999
- Mardjono Reksodiputro, *Bunga Rampai Permasalahan dalam Sistem Peradilan Pidana*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum ,Universitas Indonesia, Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia, Jakarta, 2007.
- , *Hak Asasi Manusia Dan Sistem Peradilan Pidana*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, Universitas Indonesia, Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia, Jakarta, 2007
- Marian Liebmann, *Restorative Justice: How It Works*, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2007,
- Marsama Windhu, *Kekuasaan dan Kekerasan Menurut Johan Galtung*, Kanisius, Yogyakarta, 1992.
- Masdar F. Mas'udi, *Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah*, *Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an*, Nomor 3 Voluime VI Th. 1995

- Mashuri Maschab, *Sistem Pemerintahan Indonesia (Menurut UUD 1945)*, Bina Aksara, Jakarta, 1988.
- Mattulada, *Latoa, Suatu Lukisan Analitis Terhadap Antropologi Orang Bugis*, Hasanuddin University Press, Ujung Pandang, 1995.
- M. Dawam Raharjo, *Ensiklopedia Al Quran*, Yayasan Paramadina, Jakarta, 1997.
- , *Zalim*, dalam *Jurnal Ulumul Qur'an*, Nomor. 4 Volume V, 1994.
- M Faal, *Penyaringan Perkara oleh Polisi*, Pradnya Paramitha, Jakarta, 2001.
- Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 2012
- M. Kay Harris, *Transformative Justice: The transformation of restorative justice*, dalam Dennis Sullivan and Larry Tifft, *Handbook of Restorative Justice*, Routledge, London & New York, 2006,
- Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rajawali Pers, Jakarta, 1992.
- , *Hukum Pidana II*, Rajawali Pers, 1995.
- Mohammad Hatta, *Alam Pikiran Yunani*, Tinta Mas, Jakarta, 1990, halaman 112
- , *Pengantar ke Jalan Ilmu Pengetahuan*, Mutiara, Jakarta, 1990.
- Moh. Kusnardi dan Bintang R Saragih, *Ilmu Negara*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1997.
- Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Studi HTN-FHUI, Jakarta, 1988, halaman 153
- Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000.
- , *Hukum Dari Pilar-Pilar Demokrasi*, Gama Media, Yogyakarta 1999.
- Mohammad Nazir, *Metode Penelitian*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2005
- Momo Kelana, *Hukum Kepolisian*, Gramedia Widya Sarana, Jakarta, 2004
- M. Solly Lubis, *Filsafat Hukum dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994
- , *Ilmu Negara*, Mandar Maju, Bandung, 2002.
- , *Politik dan Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 1999

Muhammad Azhar, *Filsafat Politik: Perbandingan Antara Islam dan Barat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997

Muhammad Jalal Syaraf dan Ali Abd al-Mut'hi Muhammad, *al-Fikr al-Siyasah fi al-Islam*, Iskandariyat, Dar al-Ma'arifat, 1997

Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992

Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Universitas Diponegoro, Semarang, 1995

- -----, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985

Mumtaz Ahmad, *Masalah-Masalah Teori Politik Islam*, Mizan, Bandung, 1994

Munawir Sjadjzali, *Islam dan Tata Negara: Ajaran Sejarah dan Pemikiran*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1993.

Musa Asya'rie dkk, *Agama, Kebudayaan dan Pembangunan Menyongsong Era Industrialisasi*, IAIN Sunan Kalijaga Press, Yogyakarta, 1994.

Muatafa Abdullah, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982.

M Yahya Harahap, *Pembahasan, Permasalahan dan Penerapan KUHAP*, Edisi II, Sinar Grafika, Jakarta, 2000

-----, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1996.

Niniek Suparni, *Eksistensi Pidana Denda Dalam Sistem Pidana dan Pemidanaan*, Sinar Grafika, Jakarta, 1993

O C Kaligis, *Pengawasan Terhadap Jaksa Selaku Penyidik Tindak Pidana Khusus Dalam Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Alumni, Bandung, 2006.

Padmo Wahjono, *Membudayakan Undang-Undang Dasar 1945*, Ind-Hild Co, Jakarta, 1991.

P. A. F. Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, 1997.

-----, *Hukum Penitensier Indonesia*, Armico, Bandung, 1984.

Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009.

Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1997.

Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1986

Qamaruddin Khan, *Thepolitical Thought of ibn Taimiyah* diterjemahkan oleh Anas Mahyuddin dengan judul; *Pemikiran Politik Ibnu Taimiyah*, Pustaka, Bandung, 1983

Rahman Surbakti, *Memahami Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1992.

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

Roeslan Saleh, *Hukum Pidana Sebagai Konfrontasi Manusia dan Manusia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983.

- -----, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Makalah kuliah S2 Ilmu Hukum Undip, 1995

-----, *Perbuatan Pidana dan Pertanggung Jawab Pidana*, Penerbit Aksara Baru, Jakarta, 1981

-----, *Pikiran-pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984

-----, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1993.

-----, *Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1978

Ronny Haditijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Remaja Rosdakarya, Semarang, 1998

-----, *Studi Hukum dan Kemiskinan*, Penerbit Tugu Muda, Semarang, 1989

Roscou Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, Barata, Jakarta, 1989

R Seno Soeharja, *Serba-Serbi Tentang Polisi*, Alumni, Bandung, 1993

R. Soesilo, *Kitab Undang-undang Hukum Pidana*. Politeie, Bogor, 1991,

-----, *Taktik dan Teknik Penyidikan Perkara Kriminil*, Politeia, Bogor, 1989

R. Subekti, *Aneka Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1989

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

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

Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Keteribinan*, UKI Press, Jakarta, 2006

- -----, *Hukum, Masyarakat dan Pembangunan*, Alumni, Bandung, 1980

- -----, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2012.

-----, *Masalah Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, 1993.

-----, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008

-----, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009

-----, *Polisi, Pelaku dan Pemikir*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1993,

Satjipto Rahardjo dan Anton Tabah, *Polisi : Pelaku dan Pemikir*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1997

Selo Sumardjan, *Adat, modernisasi dan pembangunan*, Dalam *Kumpulan tulisan mengenang Teuku Mohamad Radhie*. UPT Penerbitan Universitas Tarumanegara, Jakarta, 1993

S. Nasution, *Metode Research (Penelitian Ilmiah)*, Bumi Aksara, Jakarta, 2000

Soehino, *Hukum Tata Negara Perkembangan Sistem Demokrasi di Indonesia*, BPFE, Yogyakarta, 2010

-----, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, 2005.

Soemitro dan Ronny Hanitijo, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1998

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

-----, *Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1983.

-----, *Efektivitas Hukum dan Peranan Sanksi*, Remaja Karya, Jakarta, 1995.

-----, *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993

-----, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.

- -----, *Kedudukan Kepala Desa Sebagai Hakim Perdamaian*, Rajawali, Jakarta, 1986.
- -----, *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*, Kurnia Esa, Jakarta, 1982
- -----, *Sosiologi ; Suatu Pengantar*, Rajawali Pres, Bandung, 1996.
- Soerjono Soekanto dan Mustafa Abdullah, *Sosiologi Hukum Dalam Masyarakat*, Rajawali, Jakarta, 1987.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali, Jakarta, 1986
- Soesilo Yuwono, *Penyelesaian Perkara Pidana Berdasarkan KUHAP*, Alumni, Bandung, 2002.
- Soewadji, *Merubah Image Polisi*, Pustaka Bintang, Jakarta, 2005
- S. Prajudi Atmosudirjo, *Hukum Administrasi Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994.
- Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1992.
- Sudargo Gautama, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1993
- Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1998.
- Sudijono Sastro Atmmojo, *Sistem Peradilan Pidana Progresif: Alternatif dalam Penegakkan Hukum Pidana*, Jurnal Hukum, Volume. 14 Nomor 2, Edisi April 2007, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta,
- Suharsimi Arikunto, *Metode Penelitian*, Angkasa, Jakarta, 1998.
- Sunaryati Hartono, *Apakah The Rule of Law*, Alumni, Bandung, 1996.
- , *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke- 20*, Alumni, Bandung, 1994.
- Tan Kamello, *Memperkenalkan Model Sistem Pembangunan Hukum di Indonesia*, Universitas Sumatera Utara, Medan, 2012.
- Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, Rajawali Press, Jakarta, 2012.
- Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam LIntasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1995.

- Tjip Ismail, *Pengaturan Pajak Daerah Indonesia*, Yellow Printing, Jakarta, 2007.
- T. O. Ihromi, *Antropologi Hukum Sebuah Bunga Rampai* Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1993, halaman 115.
- Trisno Raharjo, *Mediasi Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Suatu Kajian Perbandingan dan Perannya di Indonesia*, Buku Litera dan Lab. Hukum FH UMY, Yogyakarta 2011
- Wagar Ahmad Husain, *Sistim Pembinaan Masyarakat Islam*, Pustaka, Bandung, 1993
- W. Friedman, *Teori dan Filsafat Hukum Telaah Kritis Atas Teori-Teori Hukum*, Grafindo Persada, Jakarta, 1996.
- Winarto Surakhmad, *Pengantar Penelitian Ilmiah Dasar Metode Teknik*, Tarsito, Bandung, 1990
- W. J. S. Poerwardarminta, *Kamus Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1995
- Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia*, Eresco, Bandung, 1986.
- , *Tindak-tindak Pidana Tertentu di Indonesia*, Eresco, Bandung, 1980
- Wukir Prayitno, *Modernitas Hukum Berwawasan Indonesia*, Agung, Semarang, 1991.
- Zainal Abidin Farid Andi, *Hukum Pidana I*, Sinar Grafika, Jakarta, 1995
- Ziauddin Sardar, *Masa Depan Islam*, Mizan, Bandung, 1995.
- B. Peraturan Perundang-undangan**
- Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor: VII/MPR/2000 tentang Peran Tentara Nasional Indonesia dan Peran Kepolisian Negara Republik Indonesia
- Kitab Undang-Undang Hukum Pidana
- Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana
- Undang-Undang Nomor 11 tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Negara Republik Indonesia

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia.

Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban

Nota Kesepakatan Bersama antara Ketua Mahkamah Agung, Menteri Hukum dan HAM, Jaksa Agung, dan Kepala Kepolisian RI No. 131/KMA/SKB/X/2012, No.M.HH-07.HM.03.02 Tahun 2012, No.KEP-06/E/EJP/10/2012, No. B/39/X/2012 tentang Pelaksanaan Penerapan Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda, Acara Pemeriksaan Cepat, serta Penerapan Keadilan Restoratif (*Restorative Justice*).

Surat Keputusan Kapolri Nomor Polisi: B/3022/XII/2009/SDEOPS, tanggal 14 Desember 2009 tentang Penanganan Kasus Melalui Alternatif Dispute Resolution (ADR).

Surat Keputusannya Kapolri Nomor Polisi: SKEP/433/XI/1985 tentang Buku Saku Pengetahuan Dasar Bagi Anggota Polri di Lapangan

C. Sumber Lain

Ahmad Ubbe, *Perbandingan Antara Jumlah Hakim dengan Perkara, Penduduk dalam Pemerataan Memperoleh Keadilan*, Majalah Hukum Nasional. Nomor 2 Tahun 1989.

Alef Musyahadah, *Kedudukan Perdamaian Antara Korban Dengan Pelaku Tindak Pidana Dalam Sistem Pemidanaan*, Tesis, Universitas Diponegoro, Semarang, 2005.

Angkasa, *Model Peradilan Restorative Dalam Sistem Peradilan Anak* (Kajian Tentang Praktek Mediasi Pelaku dan Korban Dalam Proses Peradilan Anak di Wilayah Hukum Balai Pemasyarakatan Purwokerto), Jurnal Dinamika Hukum Volume 3 Nomor 9, 2009

Barda Nawawi Arief, *Makalah Aspek Kebijakan Mediasi Penal Dalam Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Materi Perkuliahan Program Doktoral.

Brian J Safran, *Juvenile Justice Policy From The Perspective of International Human Right*, Cardozo L. Rev. denovo 304, 2012

Christopher D. Lee, *They All Laughed at Christopher Columbus When He said The World was Round: The Not- So radical and Reasonable Need for a Restorative Justice Model Statute*, 30 St. Louis U. Pub. L. Rev. 523, 2011

Daniel W. Van Ness, dan Pat Nolan, *Legislating for Restorative Justice*, Regent U. L. Rev. 53, 1998

Dieter Rössner, *Mediation as a Basic Element of CrimeControl: Theoretical and Empirical Com ments*, www.buffalo.edu/journals

Frequently Asked Questions about Criminal District Court Mediation, www.mnnc.org/pg1.cfm

Ivo Aertsen, *Restorative Justice and the Active Victim: Exploring the Concept of Empowerment*, Journal TEMIDA, 2011

Joanna Shapland, *Victim Assistance and the Criminal Justice System: The Victim' Perspective*, dalam *From Crime Policy To Victim Policy* editor Ezzat A. Fattah, The Macmillan Press Ltd, London, 1986

Jufrina Rizal, *Perkembangan Hukum Adat Sebagai Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat*, Makalah Seminar tentang Revitalisasi dan Reinterpretasi Nilai-Nilai Hukum Tidak Tertulis Dalam Pembentukan dan Penemuan Hukum, Diselenggarakan dalam Kerjasama BPHN Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia-Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, Makassar 28 September 2006.

Juliet S. Sorensen, *Restorative Justice for Victims of War Crime*, 100 J. Crim. L. & Criminology 1689, 2010.

Karolus Kopong Medan, *Peradilan Rekonsiliatif: Konstruksi Penyelesaian Kasus Kriminal Menurut Tradisi Masyarakat Lamaholot di Flores, Nusa Tenggara Timur*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum, Semarang: PDIH Undip, 2006

Kate E. Bloch, *Reconceptualizing Restorative Justice*”, Hastings Race & Poverty L. J. 201, 2010

Kuat Puji Prayitno, *Restorative Justice Untuk Peradilan di Indonesia (Perspektif Yuridis Filosofis Dalam Penegakan Hukum In Concreto)*, Jurnal Dinamika Hukum Volume 12 Nomor 3 Tahun 2012.

Larry E. Sullivan and Marie Simmonetti Rose dalam *Encyclopedia of Law Enforcement* Volume I, 2010

Lawerence W Sherman, *Effects of Face-to-Face Restorative Justice on Victims of Crime in Four Randomized Controlled Trials*, J. Experimental Criminology 367, 2005

Lucy Clark Sanders, *Restorative Justice: The Attempt To Rehabilitate Criminal Offenders and Victims*, Charleston L. Rev. 923, 2008

Mark S. Umbreit & William Bradshaw, *Victim Experience of Meeting Adult vs. Juvenile Offenders: A Cross-National Comparison*, Fed. Probation 33, 1997

Mc Cold and Wachtel, *Restorative practices*, *The International Institue for RestorativePractices (IIRP)*, Criminal Justice Press and Amsterdam: Kugler Publications Journal, Volume 85 Nomor 101, New York, 2003.

Muladi, *Harmonisasi dan Sinkronisasi Peraturan Perundang-undangan Tentang Pemberantasan Korupsi*, Makalah pada Lokakarya Pembentukan Pengadilan Korupsi yang diselenggarakan Kelompok Kerja A1 KHN dari FH UNDIP dan BPHN, di Jakarta 30 Juli 2002.

Mudzakkir, *Victimolog: Studi Kasus di Indonesia*, makalah pada Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi ke XI, Tahun 2005, Surabaya.

Naskah Akademik Grand Strategi Polri 2005-2025 point 1.2.2 tentang Restorasi Sistem Keadilan: Restorative Justice.

R Subekti, *Beberapa Pemikiran Mengenai Sistem Hukum Nasional Yang Akan Datang*, Makalah Seminar Hukum Nasional IV, tahun 1979, halaman 5

Sandra Pavelka, *Restorative Juvenile Justice Legislation and Policy, A National Assessment*, 4 Int'l J. Restorativ Just. 100, 2008

Satjipto Rahardjo, *Mengejar Keteraturan Menemukan Ketidakteraturan (Teaching Order Finding Disorder)*, Pidato mengakhiri masa jabatan sebagai guru besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 15 Desember 2000

-----, *Studi Kepolisian Indonesia: Metodologi dan Substantif*, Makalah Simposium Nasional Polisi, Semarang, 19 20 Juli 1993

Stefanie Tränkle, *The Tension between Judicial Control and Autonomy in Victim-Offender Mediation a Microsociological Study of a Paradoxical Procedure Based on Examples of the Mediation Process in Germany and France*, http://www.iuscrim.mpg.de/oresch/krim/traenkle_e.html.

Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-Undangannya di Indonesia Sejak 1942*, Disertasi pada Universitas Gajah Mada, Jogjakarta, 1971.

Sunaryati Hartono, *Menentukan Politik Hukum Ekonomi Bagi Indonesia Dalam Kurun Waktu Tahun 2004- 2009* dalam Laporan Forum dialog Nasional Hukum dan Non Hukum, 7-9 September 2004, BPHN, Jakarta, 2004.

T. Bennett Burkemper, *Restorative Justice in Missouri's Juvenile Sistem*, J. Mo. B 128,, 2007,

Thomas M. Antkowiak, *An Emerging Mandate for International Courts: Victim-Centered Remedies and Restorative Justice*, 47 Stan. J. Int'l L. 279, 2011

Tom R. Tyler, *Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking*, Journal of Social Issues, Volume 62 Nomor 2, 2006.

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

Uganda Community Service Regulation 2001, <http://www.restorativejustice.org>

Yunan Hilmy, *Penegakan Hukum Melalui Pendekatan Restorative Justice*, Makalah disampaikan Dalam Rakernis Fungsi Reserse Narkoba Jajaran Polda Kalsel, di Banjarmasin, 11 April 2012.

