

BAB 1

PENDAHULUAN

1.1 LATAR BELAKANG

Indonesia yang merupakan Negara beranekaragam suku dan budaya dengan berbagai macam kekayaan budaya. Indonesia mempunyai hukum adat sebagai sebuah sistem hukum yang hidup turun temurun dari satu generasi ke generasi berikutnya yang masih coba dipertahankan dewasa ini ditengah terjangan sistem hukum nasional, yang tidak bisa dipungkiri merupakan cabang dari produk hukum kolonial terdahulu (baca: KUHP dan KUHPer). Kekayaan budaya dan kearifan lokal tersebut mempunyai metode dan caranya tersendiri dalam penyelesaian masalah yang timbul dalam kehidupan bermasyarakat. Cara tersebut mempunyai tempat tersendiri dalam sistem peradilan di Indonesia.

Salah satu corak keanekaragaman budaya Indonesia adalah metode musyawarah mufakat dalam menyelesaikan sengketa yang timbul di kalangan masyarakat. Musyawarah mufakat merupakan metode yang digunakan hampir di semua kalangan masyarakat adat di Indonesia, salah satunya demi menemukan jalan dalam menyelesaikan perkara dengan jalan diplomasi dan kesamaan tujuan sebuah masyarakat dalam suatu wilayah tertentu (pribumi). Namun dahulu dengan adanya proses introduksi dan perkembangan suatu sistem hukum asing yang dibawa masuk kedalam tatanan sistem hukum lokal Indonesia yang dibawa oleh pemerintah kolonial mulai menggerus metode masyarakat adat dalam menyelesaikan sengketa. Sistem hukum asing atau Eropa kontinental mulai dipaksakan penerapannya di Hindia Belanda (Indonesia), yang nota bene merupakan sistem hukum Eropa yang berakar pada tradisi hukum Indo-Jerman dan Romawi-Kristiani, dan yang dimuktahirkan lewat berbagai

revolusi mulai dari *papal revolutions* hingga revolusi kaum borjuis-liberal di perancis pada akhir abad ke-19.¹

Sejak saat itu, sistem hukum nasional Indonesia mulai mengkodifikasikan sistem hukum eropa kontinental dengan mengenyampingkan sistem hukum asli bangsa Indonesia, oleh karena itu peradilan di Indonesia mulai menerapkan KUHP dan KUHP sebagai pedoman dalam menyelesaikan perkara pidana dan menggunakan KUHPer dan BW/RBg sebagai pedoman dalam menyelesaikan perkara perdata. Hal ini menimbulkan masalah, bahwa Sistem hukum eropa kontinental notabene yang amat kaku mulai menginvansi banyak pemikiran para hakim dan pembentuk Undang-undang terdahulu yang berfikir *normatif procedural*.

Dalam sistem peradilan pidana, Kitab undang-undang hukum pidana yang dikondansikan dari WVS terbitan pemerintah kolonial belanda masih di gunakan sampai saat ini. Hal ini sejalan dengan pidato Esmi Warassih dalam pidato pengukuhan beliau sebagai Guru besar, bahwa “ Penerapan suatu sistem hukum yang tidak berasal atau ditumbuhkan dari kandungan masyarakat merupakan masalah, khususnya dinegara-negara yang sedang berubah kerena terjadi ketidak cocokan antara nilai-nilai yang menjadi pendukung sistem hukum dari Negara lain dengan nilai-nilai yang dihayati oleh anggota masyarakat itu sendiri”. Pendapat ini juga sejalan dengan pendapat Von savigny yang menjelaskan bahwa terdapat hubungan organik antara hukum dan watak atau karakter suatu bangsa, hukum hanyalah cerminan dari *volgeist* (jiwa bangsa) bangsa yang bersangkutan.² Maka usaha pemerintah dalam melakukan pembaharuan hukum pidana dibidang substansinya melalui pembaharuan KUHP dan KUHP merupakan sebuah langkah penting dalam mewujudkan sejalanannya hukum nasional dan perkembangan hukum dalam masyarakat, hal

¹ Eman Suparman, *Hukum Perselisihan: Konflik Kompetensi dan Pluralisme Hukum Orang Pribumi*, Bandung ,Refika aditama, 2009, Hal. 3

² Bernard L Tanya, Yoan N Simanjuntak dan Markus Y hage, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Surabaya ,Cv kita, 2006, Hal. 85.

ini terlepas dari beberapa hal negatif yang timbul dalam proses pembentukan substansi hukum pidana umum diatas.

Dimensi kearifan lokal hukum adat yang berlandaskan alam pikiran kosmis, magis dan religious telah lama mengenal musyawarah mufakat sebagai salah satu penyelesaian sengketa adat, sebagai contoh yakni ciri masyarakat adat Minangkabau yang dalam menyelesaikan perkara adat lebih mengutamakan budaya *saiyo sakato* yang hanya dapat dicapai melalui musyawarah mufakat. Pepatah minang yang mengatakan *kapalo samo hitam, pikiran ba lain-lain* merupakan salah satu alasan untuk selalu melakukan musyawarah dalam berbagai sendi kehidupan adat. Contoh lain yakni adanya budaya bakar batu pada masyarakat papua sebagai symbol budaya lokal untuk menyelesaikan perkara, termasuk perkara pidana. Tanpa disadari, kedua contoh yang telah dipaparkan diatas merupakan contoh sebuah penyelesaian perkara diluar pengadilan yang mendukung keadilan restoratif.

Dewasa ini, ditengah kuatnya nya paham normatif-positivisme para hakim dan pembentuk Undang-undang Indonesia. Sebuah ide yang berakar dari kearifan lokal masyarakat adat yang coba menerapkan metode musyawarah mufakat dalam penyelesaian perkara pidana di Indonesia-pun muncul.

Lebih jelasnya seiring berjalan waktu, perubahan dan dinamika masyarakat yang teramat kompleks di satu sisi sedangkan di sisi lain terhadap regulasi pembuatan peraturan-perundang-undangan sebagai kebijakan legislasi yang bersifat parsial ternyata sifat publik dari hukum pidana bergeser sifatnya karena relatif juga memasuki ranah privat dengan dikenal dan di praktekannya mediasi penal sebagai salah satu bentuk penyelesaian perkara di luar pengadilan.³

³ Lilik Mulyadi, *Mediasi Penal Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Bandung, Alumni 2015, Hal. 115-117.

Mediasi adalah merupakan salah satu bentuk penyelesaian perkara pidana diluar pengadilan yang lazim diterapkan dalam perkara perdata. Pada hukum positif Indonesia, asasnya perkara pidana tidak dapat diselesaikan diluar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu dimungkinkan. Namun selama ini implikasi praktek penyelesaian perkara pidana diluar pengadilan secara parsial berlandaskan kepada surat kapolri No: B/3022/XII/2009/SDEOPS tanggal 14 desember 2009 tentang penanganan kasus melalui Alternative Dispute Resolutions (ADR). Tentu saja praktek mediasi penal yang merupakan salah satu implementasi dari *Restorative Justice* yang sudah coba diterapkan dalam penyelesaian perkara pidana tidak sejalan dengan sistem peradilan pidana Indonesia yang kaku. Salah satu wujud implementasi *Restorative Justice* ialah melalui mediasi penal yang menurut Natangsa Subakti dipandang sebagai suatu pola penyelesaian perkara yang berakar dari budaya masyarakat tradisional, lalu kemudian dikemas dalam terminologi kontemporer.⁴ Eksistensi mediasi penal sebagai penyelesaian perkara pidana diluar pengadilan merupakan dimensi baru apabila dikaji dari segi teoritis.

Jika di hubungkan dengan Pancasila sebagai dasar ideologi negara, maka mediasi penal yang berbentuk musyawarah mufakat sejalan dengan sila ke 4 Pancasila yakni “Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan” yang secara bahasa menjelaskan bahwa Indonesia adalah sebuah negara demokrasi. Demokrasi Pancasila yang menyerukan untuk pembuatan keputusan melalui musyawarah mencapai mufakat. Demokrasi Pancasila bermakna demokrasi berdasarkan kekuasaan rakyat yang diinspirasi dan terintegrasi dengan prinsip-prinsip Pancasila lainnya.⁵

Takdir Rahmadi dalam bukunya menjelaskan pengertian mediasi, menurut beliau mediasi adalah, suatu proses penyelesaian sengketa antara dua pihak atau lebih melalui

⁴ Natangsa Subakti, *Mediasi Penal Sebagai Terobosan Alternative Perlindungan Hak Korban Tindak Pidana*, Jurnal ilmu hukum, Vol 14, Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2011, Hal. 92.

⁵ Wikipedia.com diakses tanggal 23 Mei 2017, Pukul 17.00 WIB

perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus⁶. Mediasi dalam praktek peradilan perdata telah diatur tersendiri diluar HIR/RBg yakni dalam PERMA nomor 1 tahun 2016 tentang prosedur mediasi di pengadilan dan juga dalam Undang-undang NO. 30 Tahun 1999 tentang arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa. Sedangkan dalam praktek peradilan pidana, dikenal nama mediasi penal yang pada dasarnya mempunyai kesamaan sifat dan tujuan dengan mediasi dalam praktek peradilan perdata, yang berbeda adalah mediasi penal dikenal dalam praktek peradilan pidana.

Konsekuensi makin diterapkannya mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian perkara dibidang hukum pidana melalui restitusi dalam proses pidana yang menunjukkan bahwa perbedaan antara hukum pidana dan perdata tidak begitu besar dan perbedaan itu menjadi tidak berfungsi.⁷ Pemikiran diatas sejalan dengan metode musyawarah mufakat dalam masyarakat adat Indonesia yang dalam penyelesaian perkara melalui musyawarah mufakat, tidak membedakan secara jelas antara permasalahan yang dalam bidang hukum privat atau permasalahan yang masuk dalam hukum publik, keduanya mempunyai bentuk dan metode penyelesaian musyawarah yang sama, yang berbeda hanyalah objek permasalahan.

Tentu saja tidak semua Tindak pidana dapat diselesaikan melalui metode mediasi penal, hanya tindak pidana yang mempunyai ancaman pidana yang ringan sebagaimana yang disebutkan Oleh Muzakkir dalam makalahnya bahwa salah satu kategorisasi tindak pidana yang dapat diselesaikan diluar pengadilan melalui metode Mediasi Penal adalah Tindak Pidana yang termasuk kategori Ringan/serba ringan dan aparat penegak hukum menggunakan wewenangnya untuk melakukan diskresi⁸. Salah satu tindak pidana yang umum terjadi di

⁶ Takdir Rahmadi, *Mediasi: Penyelesaian sengketa melalui pendekatan mufakat*, Jakarta, RajaGrafindo Persada, 2011, Hal. 12.

⁷ Barda Nawawi Arif, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara Diluar Pengadilan*, Semarang, Pustaka Magister, 2008, Hal. 4-5.

⁸ Lilik Mulyadi, *Mediasi Penal Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Bandung, Alumni 2015, Hal. 5

massyarakat adalah tindak pidana Penggelapan yang diatur dalam kitab Undang-undang Hukum pidana.

Tindak Pidana Penggelapan atau kejahatan terhadap harta benda secara umum diatur dalam BAB XXIV Kitab Undang-undang Hukum Pidana dalam Pasal 372 KUHP sampai dengan pasal 377 KUHP). Diantara beberapa pasal tersebut terdapat ancaman pidana yang ringan yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku tindak pidana yang dapat diselesaikan melalui metode *Restorative Justice* seperti yang terdapat dalam pasal 373 KUHP bahwa :

Perbuatan yang dirumuskan dalam pasal 372 apabila yang digelapkan bukan ternak dan harganya tidak lebih dari dua puluh lima rupiah, diancam sebagai Penggelapan ringan dengan pidana penjara paling lama tiga bulan atau pidana denda paling banyak dua ratus lima puluh rupiah.

Bahwa berdasarkan Nota kesepakatan bersama ketua mahkamah agung, menteri hukum dan hak azasi manusia, jaksa agung, kepala kepolisian Republik Indonesia, pasal 373 KUHP merupakan salah satu tindak pidana ringan yang dapat diselesaikan menggunakan metode *Restorative Justice*.⁹

Seyogyanya tindak pidana Penggelapan sebagaimana yang diatur dalam pasal tersebut diatas tidak perlu dilakukan penyelesaian melalui Pengadilan apabila jika melalui mediasi penal sudah tercapai tujuan pemidanaan. Selain itu mengurangi intensitas perkara yang masuk ke pengadilan melalui metode mediasi penal juga dapat memberikan ruang berfikir bagi hakim dalam menyelesaikan tindak pidana lainnya yang dianggap lebih berdampak besar bagi masyarakat semisal tindak pidana Korupsi.

Salah satu azas yang dikenal umum dalam hukum acara adalah azas peradilan yang cepat, sederhana dan biaya ringan yang terdapat dalam pasal 4 ayat (2) UU No. 4 tahun 2004.

⁹ Pasal 1 ayat (1) Nota kesepakatan bersama ketua mahkamah agung, menteri hukum dan hak azasi manusia, jaksa agung, kepala kepolisian Republik Indonesia Nomor 131/KMA/SKB/X/2012, M.HH-07.HM.03.02, KEP-06/E/EJP/10/ 2012, B/39/X/2012 Tentang pelaksanaan penerapan penyesuaian batasan tindak pidana ringan dan jumlah denda, acara pemeriksaan cepat, serta penerapan keadilan restorative (*Restorative Justice*)

Seiring berjalannya waktu ditengah banyaknya jumlah kuantitas perkara yang masuk ke pengadilan khususnya pengadilan kelas 1 A, sehingga konsekuensinya menjadi beban tersendiri bagi pengadilan dan ditengah jumlah hakim yang tidak sesuai dengan jumlah perkara yang masuk, akan membuat penyelesaian perkara tersendat dan tidak memenuhi asas cepat, sederhana dan biaya ringan peradilan Indonesia. Berdasarkan data terakhir Tahun 2016 di beberapa daerah di Indonesia, tindak pidana penggelapan merupakan salah satu tindak pidana yang cukup sering terjadi. Di Jawa tengah, jenis tindak pidana yang mendominasi adalah pencurian dengan pemberatan, kemudian diikuti dengan curanmor, penggelapan dan penipuan¹⁰. Di daerah lain seperti di wilayah Pengadilan Negeri Simalungun, selama tahun 2016 terdapat 21 berkas perkara Tindak pidana penggelapan Ringan dari jumlah 129 kasus tipiring.¹¹ Di wilayah kepolisian Resor Padang sidempuan terdapat 54 laporan tindak pidana penggelapan sepanjang tahun 2016, yang berarti setidaknya terjadi minimal 4 tindak pidana penggelapan setiap bulan di wilayah pengadilan Negeri Padang sidempuan.¹² Sedangkan secara umum di Indonesia pada tahun 2015 terdapat 1314 kasus Penggelapan dan 1034 kasus tindak pidana penggelapan di tahun 2016. walaupun sebagian besar dari tindak pidana penggelapan tersebut telah di periksa dan diputus oleh Pengadilan, namun Penggunaan metode mediasi penal terhadap Tindak Pidana Penggelapan dapat menjadi salah satu metode alternatif untuk meringankan Tugas Pengadilan dengan tanpa harus mengorbankan pencapaian tujuan peradilan yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan.

Adanya fenomena-fenomena penumpukan perkara di pengadilan negeri tersebut seyogyanya dapat diselesaikan melalui Mediasi penal ditingkat penyelidikan maupun penyidikan tanpa harus melanjutkan proses berperkara ke tingkat pengadilan. Penegakan

¹⁰www.News.detik.com diakses tanggal 02 april 2017, pukul 17.00 WIB

¹¹www.metrosiantar.com diakses tanggal 02 April 2017, pukul 17.05 WIB

¹²www.Metrobagsel.com diakses Tanggal 02 April 2017, pukul 17.10 WIB

hukum formil yang kaku dan normatif-prosedural dirasa kurang efektif dan efisien sehingga mengyeampingkan efektifitas sistem peradilan pidana indonesia.

Metode mediasi penal dalam menangani perkara pidana tertentu termasuk tindak pidana penggelapan juga diharapkan memberi dampak pada lembaga pemasyarakatan. Kejahatan-kejahatan yang dilakukan didalam lembaga pemasyarakatan tersebut dapat terjadi karena berbagai hal salah satunya adalah terjadinya penumpukan jumlah warga binaan (terdiri dari: narapidana, anak didik pemasyarakatan dan klien pemasyarakatan) di suatu lembaga pemasyarakatan. Penumpukan warga binaan tersebut menyebabkan turunya kualitas pengawasan dari petugas terhadap warga binaan tersebut khususnya narapidana. Penumpukan warga binaan khususnya narapidana dapat di tanggulangi dengan tidak serta merta menyelesaikan semua kasus kejahatan melalui jalur litigasi semata. Adalah metode Non-litigasi atau mediasi penal sebagaimana yang disebut diatas dapat menjadi metode penyelesaian alternatif dalam menanggulangi penumpukan jumlah narapidana di lembaga pemasyarakatan.

Oleh karena itu pentingnya eksistensi dan mekanisme Mediasi penal dalam sistem peradilan pidana indonesia sebagai usaha menuju tatanan hukum yang responsif melatar belakangi tugas akhir Tesis ini ini mengambil judul “ **Pendekatan *Restorative Justice* Melalui Mediasi Penal dalam menangani Tindak Pidana Penggelapan Di Indonesia**”

1.2 RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan identifikasi problematika pada latar belakang masalah, dapat dirumuskan pokok permasalahan yaitu :

1. Bagaimana Proses *Restorative Justice* Melalui Mediasi Penal dalam menangani Tindak Pidana Penggelapan Di Indonesia?

2. Apakah penyelesaian Tindak Pidana Penggelapan melalui Pendekatan *Restorative Justice* Sejalan dengan Konsep Sistem Peradilan Pidana Indonesia?

1.3 TUJUAN PENELITIAN

Suatu penelitian harus mempunyai tujuan yang jelas dan tepat. Tujuan dalam suatu penelitian tersebut menunjukkan suatu kualitas dan nilai penelitian tersebut. Tujuan penelitian harus dinyatakan dengan jelas dan ringkas, karena hal yang demikian akan dapat memberikan arah pada penelitiannya.¹³ Tujuan Penelitian seyogyanya di rumuskan sebagai kalimat pernyataan yang konkrit dan jelas tentang apa yang akan diuji, dikonfirmasi, dibandingkan, dikorelasikan dalam penelitian tersebut. Berdasarkan perumusan masalah diatas tujuan penelitian yang di lakukan adalah sebagai berikut :

1. Untuk Mengetahui bagaimana pendekatan *Restorative Justice* Melalui Mediasi Penal dalam menangani Tindak Pidana Penggelapan Di Indonesia
2. Untuk mengetahui apakah penyelesaian Tindak Pidana Penggelapan melalui Pendekatan *Restorative Justice* sejalan dengan Konsep Sistem Peradilan Pidana Indonesia

1.4 MANFAAT PENELITIAN

A. Manfaat teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat berupa sumbangan pemikiran akademis dalam perkembangan ilmu hukum khususnya di bidang pembaharuan hukum pidana yang terkait dengan mediasi penal sebagai perwujudan *Restorative Justice* dalam menangani tindak pidana yang berhubungan dengan penggelapan, serta mampu memberikan masukan bagi penelitian-penelitian untuk tahap berikutnya dan memberikan

¹³ Bambang Sunggono. *Metodologi Penelitian Hukum*. Jakarta. Rajawali Pers.2011. Hal 109.

sumbangan penelitian tidak hanya terbatass pada teori namun diharapkan juga memberikan sumbangan pemikiran terhadap *law in action* demi memuaskan para pencari keadilan.

Selanjutnya, mencoba memberikan gambaran mengenai :

- a. Melatih kemampuan secara ilmiah dan merumuskan hasil-hasil penelitian tersebut kedalam bentuk tulisan yang terstruktur.
- b. Menerapkan teori-teori yang di dapat baik di bangku perkuliahan atau di dalam literatur

B. Manfaat praktis

- a. Bagi penulis

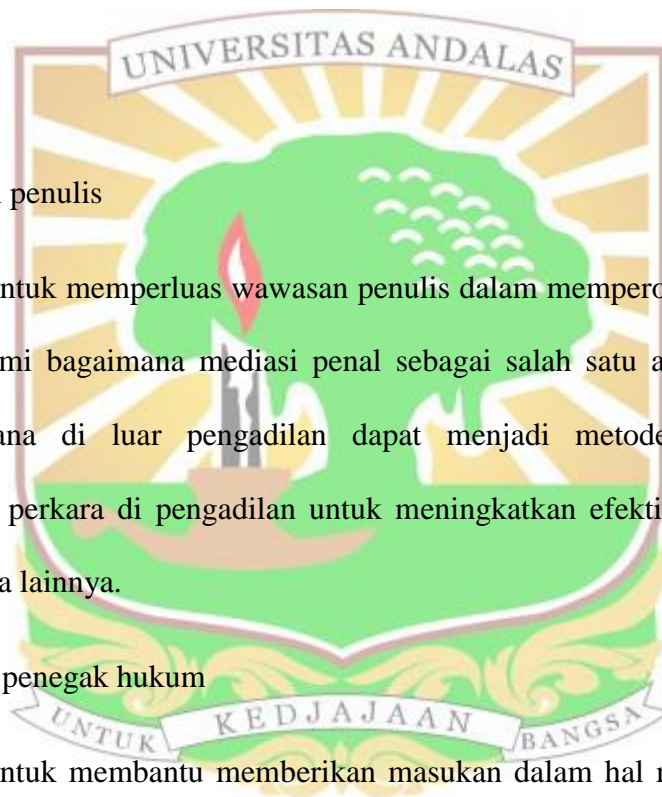
Untuk memperluas wawasan penulis dalam memperoleh ilmu pengetahuan dan memahami bagaimana mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan dapat menjadi metode demi menghindari penumpukan perkara di pengadilan untuk meningkatkan efektifitas proses peradilan dalam perkara lainnya.

- b. Bagi penegak hukum

Untuk membantu memberikan masukan dalam hal mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian perkara pidana dalam sistem peradilan pidana indonesia.

- c. Bagi masyarakat

Memberikan wawasan kepada masyarakat mengenai eksistensi mediasi penal untuk menyelesaikan sebuah perkara pidana tanpa melalui proses peradilan.



1.5 KERANGKA TEORITIS DAN KONSEPTUAL

1.5.1 KERANGKA TEORITIS

Legal theory atau teori hukum mempunyai kedudukan yang sangat penting dalam penelitian disertasi ataupun tesis, karena teori hukum tersebut akan menjadi pisau analisis untuk mengungkapkan fenomena-fenomena hukum, khususnya dalam tataran penelitian hukum normatif.

Menurut Bruggink, teori hukum adalah suatu keseluruhan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum dan sistem hukum tersebut untuk sebagian penting dipojokkan.¹⁴

Secara substansial, penelitian tesis yang berjudul “Pendekatan *Restorative Justice* melalui mediasi penal dalam menangani tindak pidana Penggelapan demi menegakkan azas peradilan cepat, sederhana dan biaya ringan” menerapkan beberapa teori diantaranya teori Pidanaan, teori efektifitas hukum dan teori fungsional. Disamping kedua teori tersebut, teori Fungsional juga menjadi salah satu teori yang menjadi bagian dari penulisan tesis ini.

A. Teori Pidanaan

Mengenai teori-teori pidanaan (dalam banyak literatur hukum disebut dengan teori hukum pidana) berhubungan langsung dengan pengertian hukum pidana subjektif. Teori-teori ini mencari dan menerangkan tentang dasar dari hak negara dalam menjatuhkan dan menjalankan pidana tersebut.¹⁵ Ketika jaksa hendak membuat tuntutan dan hakim hendak menjatuhkan pidana apakah berat atau ringan, seringkali bergantung pada pendirian mereka mengenai teori-teori pidanaan yang dianut.¹⁶

¹⁴ J.J.J Bruggink, *Recht Reflectie, Grondbegrippen uit rechtheory (Refleksi tentang hukum)*, Alih bahasa B. Arief shidarta. Bandung: citra adytia Bakti, 1999. Hal 160

¹⁵ DRS. Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana*, Jakarta: rajawali pers, 2011, Hal 156

¹⁶ Schravendink, 1995 dalam buku DRS. Adami Chazawi, *ibid*, Hal 157

Ada berbagai macam pendapat mengenai teori pemidanaan ini, namun yang banyak itu dapat dikelompokkan kedalam tiga golongan besar, yaitu : Teori absolut (*vergeldings theorien*), teori relatif (*doel theorien*) dan teori gabungan (*vernegings theorien*)

1. Teori Absolut

Menurut teori ini, pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan suatu kejahatan atau tindak pidana (*quia peccatum est*), pidana merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan. Jadi dasar pembenaran pidana terletak pada adanya kejahatan itu sendiri.¹⁷

Pembalasan merupakan dasar pijakan dari teori absolut ini, negara berhak menjatuhkan pidana karena penjahat tersebut telah melakukan penyerangan dan perkosaan pada hak dan kepentingan hukum, oleh karena itu ia harus diberikan pidana yang setimpal dengan perbuatan. Tindakan pembalasan di dalam penjatuhan pidana mempunyai dua arah yaitu :¹⁸

- 1 . Ditujukan kepada penjahatnya (sudut subjektif dari pembalasan)
2. Ditujukan untuk memenuhi kepuasan dari perasaan dendam di kalangan masyarakat (sudut objektif dari pembalasan)

Pompe yang berpegang pada teori pembalasan menganggap pembalasan ini dalam artinya yang positif dan konstruktif, sedangkan sudarto menanggapi bahwa pembalasan disini bukanlah sebagai tujuan sendiri, melainkan sebagai pembatasan dalam arti harus ada keseimbangan antara perbuatan dan pidana.

2. Teori relatif

¹⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arif. *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung:alumni, 2010 Hal 10

¹⁸ *Loc cit*, Hal 158

Menurut teori ini memidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan, pembalasan itu sendiri tidak mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Oleh karena itu J. Andenaes menyebut teori ini sebagai “teori perlindungan masyarakat” (*the teori of sicial defence*).¹⁹

Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbalan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Jadi dasar pembenaran adanya pidana menurut teori ini adalah terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan karena orang melakukan kejahatan melainkan agar orang jangan melakukukan kejahatan.

Menurut teori ini pidan adalah alat untuk mencegah timbulnya suatu kejahatan, dengan tujuan agar tata tertib masyarakat dapat terpelihara. Ditinjau dari sudut pertahanan masyarakat tersebut, pidana merupakan suatu yang terpaksa perlu diadakan.²⁰

Berikut adalah tabel yang membedakan ciri-ciri pokok antara teori absolut dan teori relatif yang dikemukakan secara terperinci oleh karl. O christiansen sebagai berikut :²¹

Tabel 1 : Perbedaan antara Teori Absolut dan Relatif

Teori absolut	Teori Relatif
Pembalasan adalah tujuan utama dan tidak mengandung sarana untuk tujuan lain	Pencegahan bukan tujuan akhir tapi hanya sebagai sarana demi mencapai tujuan yang lebih tiinggi yakni kesejahteraan masyarakat
Kesalahan merupakan satu-satunya syarat untuk adanya pidana	Hanya pelanggaran-pelanggaran hukum yang dapat dipersalahkan kepada dipelaku saja
Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan pelaku	Pidana harus ditetapkan berdasarkan tujuannya sebagai alat untuk pencegahan kejahatan

¹⁹Loc cit, Hal 16

²⁰DRS. Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana*, Jakarta: rajawali pers, 2011, Hal 162

²¹Muladi dan Barda Nawawi Arif. *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung:alumni, 2010 Hal 17

Pidana melihat ke belakang, ia merupakan pencelaan yang murni dan tujuannya tidak untuk memperbaiki atau memasyarakatkan kembali pelaku	Pidana melihat kedepan, ia mengandung unsur pencelaan, tapi pencelaan tidak dapat diterima apabila tidak membantu pencegahan kejahatan
---	--

Sumber : Muladi dan Barda Nawawi Arif. *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung:alumni, 2010

3. Teori Gabungan

Teori gabungan ini mendasarkan pidan atas asas pembalasan dan asas pertahanan tata tertib masyarakat. Dengan kata lain dua alasan itu menjadi dasar dari penjatuhan pidana. Pendukung teori gabungan ini adalah pompe, thomas aquinos, Zevenbergen dan vos.

Teori gabungan ini dapat dibedakan menjadi dua golongan besar, yaitu :²²

1. Teori gabungan yang mengutamakan pembalasan, tetapi pembalasan tidak tidak dapat melampaui batas dari apa yang perlu dan cukup untuk dapat dipertahankannya tata tertib masyarakat
2. Teori gabungan yang mengutamakan perlindungan tata tertib masyarakat, tetapi penderitaan atas dijatuhinya pidana tidak boleh lebih berat dari pada perbuatan.

B. Teori Efektifitas Hukum

Efektifitas hukum secara tata bahasa dapat diartikan sebagai keberhasilangunaan hukum, yaitu keberhasilan dalam mengimplementasikan hukum itu sendiri dalam tatanan masyarakat. Soerjono soekanto memaparkan dalam bukunya bahwa suatu sikap tindak atau perilaku hukum dianggap efektif apabila sikap tindak atau perilaku pihak lain menuju pada tujuan yang dikehendaki, atau apabila pihak lain tersebut mematuhi hukum.²³

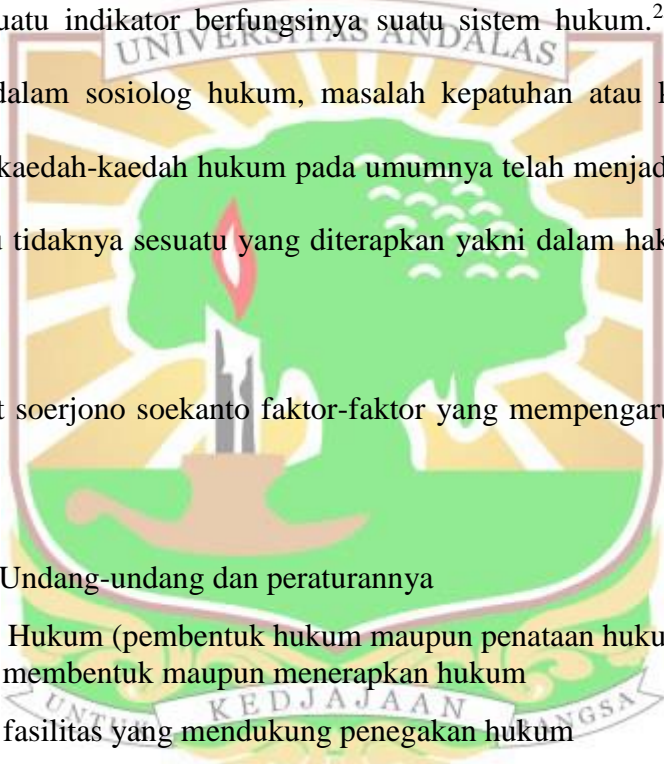
²² Ibid, Hal 166

²³ Soerjono Soekanto, *Efektifitas Hukum dan Peranan Sanksi*, Jakarta: Remadja Karya, 1986 hal.1

Soerjono soekanto mengungkapkan bahwa yang dimaksud dengan efektifitas hukum adalah segala upaya yang dilakukan agar hukum yang ada dalam masyarakat benar-benar hidup dalam masyarakat, dan agar kaedah hukum atau sebuah peraturan berfungsi, bahkan hidup dalam tatanan kehidupan masyarakat.²⁴

Secara umum Soerjono soekanto menyatakan bahwa derajat efektifitas suatu hukum ditentukan antara lain oleh taraf kepatuhan masyarakat terhadap hukum, termasuk para penegak hukumnya. Sehingga dikenal suatu asumsi bahwa taraf kepatuhan hukum yang tinggi merupakan suatu indikator berfungsinya suatu sistem hukum.²⁵ dalam tatatan ilmu sosial, antara lain dalam sosiolog hukum, masalah kepatuhan atau ketaatan hukum atau kepatuhan terhadap kaedah-kaedah hukum pada umumnya telah menjadi faktor pokok dalam menakar efektif atau tidaknya sesuatu yang diterapkan yakni dalam hak ini yaitu Hukum itu sendiri.²⁶

Selanjutnya menurut soerjono soekanto faktor-faktor yang mempengaruhi efektifitas hukum adalah:²⁷

- 
- A. Hukum/Undang-undang dan peraturannya
 - B. Penegak Hukum (pembentuk hukum maupun penataan hukum) yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum
 - C. Sarana / fasilitas yang mendukung penegakan hukum
 - D. Masyarakat, yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan
 - E. Budaya Hukum (legal culture), yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hukum.

Satjipto Rahardjo, sang penggagas hukum progresif menyatakan bahwa bekrjanya hukum dalam masyarakat tidak serta merta dan terjadi begitu saja, karena hukum bukanlah

²⁴ Soerjono Soekanto , *Sosiologi : Suatu Pengantar*, Bandung: Rajawali pers, 1996 Hal 19

²⁵*ibid.*,

²⁶*ibid.*, Hal 20

²⁷ Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993 Hal 5

hasil karya pabrik, yang begitu keluar dapat langsung bekerja, melainkan memerlukan beberapa langkah yang memungkinkan ketentuan tersebut dijalankan atau bekerja.²⁸

C. Teori Hukum Progresif

Dasar filosofi dari hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.²⁹ Hukum progresif berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Berdasarkan hal itu, maka kelahiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu; untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan didalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum.

Teori Hukum Progresif menuntut keberanian aparat hukum menafsirkan pasal untuk memperadabkan bangsa. Apabila proses tersebut benar, idealitas yang dibangun dalam penegakan hukum di Indonesia sejajar dengan upaya bangsa mencapai tujuan bersama. Idealitas itu akan menjauhkan dari praktek ketimpangan hukum yang tak terkendali seperti sekarang ini. Sehingga Indonesia dimasa depan tidak ada lagi diskriminasi hukum, bagi kaum papa karena hukum tak hanya melayani kaum kaya. Apabila kesetaraan didepan hukum tak bisa diwujudkan, keberpihakan itu mutlak. Manusia menciptakan hukum bukan hanya untuk kepastian, tetapi juga untuk kebahagiaan.

²⁸ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2000 Hal 70

²⁹ Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif; Terapi Paradigmatik Atas Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, Antony Lib bekerjasama LSHP, Yogyakarta, 2009, Hal. 31

Menurut Satjipto Rahardjo, Penegakan hukum progresif adalah menjalankan hukum tidak hanya sekedar kata-kata hitam-putih dari peraturan (*according to the letter*), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (*to very meaning*) dari undang-undang atau hukum. Penegakan hukum tidak hanya kecerdasan intelektual, melainkan dengan kecerdasan spiritual. Dengan kata lain, penegakan hukum yang dilakukan dengan penuh determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa dan disertai keberanian untuk mencari jalan lain daripada yang biasa dilakukan.³⁰

Agenda besar gagasan hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan mengenai hukum. Dengan kebijaksanaan hukum progresif mengajak untuk memperhatikan faktor perilaku manusia. Oleh karena itu, hukum progresif menempatkan perpaduan antara faktor peraturan dan perilaku penegak hukum didalam masyarakat. Disinilah arti penting pemahaman gagasan hukum progresif, bahwa konsep “hukum terbaik” mesti diletakkan dalam konteks keterpaduan yang bersifat utuh (*holistik*) dalam memahami problem-problem kemanusiaan.

Dengan demikian, gagasan hukum progresif tidak semata-mata hanya memahami sistem hukum pada sifat yang dogmatic, selain itu juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik. Sehingga diharapkan melihat problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantive.

Hukum progresif menolak segala anggapan bahwa institusi hukum sebagai institusi yang final dan mutlak, sebaliknya hukum progresif percaya bahwa institusi hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*). Anggapan ini dijelaskan oleh Satjipto Rahardjo sebagai berikut:

³⁰ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, Hal. xiii

Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak secara final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran yang demikian itu, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan disini bisa diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakikat “hukum yang selalu dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*).³¹

Hukum progresif menempatkan diri sebagai kekuatan “pembebasan” yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berpikir, asas dan teori hukum yang legalistik-positivistik. Dengan ciri ini “pembebasan” itu, hukum progresif lebih mengutamakan “tujuan” daripada “prosedur”. Dalam konteks ini, untuk melakukan penegakan hukum, maka diperlukan langkah-langkah kreatif, inovatif dan bila perlu melakukan “mobilisasi hukum” maupun “*rule breaking*”.

Satjipto Rahardjo memberikan contoh penegak hukum progresif sebagai berikut. Tindakan Hakim Agung Adi Andojo Soetjipto dengan inisiatif sendiri mencoba membongkar atmosfer korupsi di lingkungan Mahkamah Agung. Kemudian dengan berani hakim Agung Adi Andojo Sutjipto membuat putusan dengan memutuskan bahwa Mochtar Pakpahan tidak melakukan perbuatan makar pada rezim Soeharto yang sangat otoriter. Selanjutnya, adalah putusan pengadilan tinggi yang dilakukan oleh Benyamin Mangkudilaga dalam kasus Tempo, ia melawan Menteri Penerangan yang berpihak pada Tempo.³²

Paradigma “pembebasan” yang dimaksud disini bukan berarti menjurus kepada tindakan anarkhi, sebab apapun yang dilakukan harus tetap didasarkan pada “logika kepatutan sosial” dan “logika keadilan” serta tidak semata-mata berdasarkan “logika peraturan” saja. Di sinilah hukum progresif itu menjunjung tinggi moralitas. Karena hati nurani ditempatkan sebagai penggerak, pendorong sekaligus pengendali “paradigma pembebasan” itu.

.5.2 KERANGKA KONSEPTUAL

³¹*Ibid*, Hal. 72
³²*Ibid*, 75

Menurut Soerjono Soekanto, suatu kerangka konseptual merupakan kerangka yang menggambarkan antara konsep-konsep khusus yang ingin atau yang akan diteliti. Konsep merupakan kumpulan dari arti-arti yang berkaitan dengan istilah, sehingga konsep sangat penting bagi cara pemikiran maupun komunikasi dalam penelitian. Adapun kerangka konseptual yang akan digunakan dalam penulisan tesis ini untuk memudahkan pemahaman sekaligus menyamakan persepsi adalah sebagai berikut :

1.5.2.1 Pendekatan

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, Pendekatan berarti proses, cara, perbuatan yang mendekati. Atau dalam artian ideologi hukum, pendekatan berarti metode dalam penelitian hukum yang menekankan pada pencarian kaedah ideal. Dalam artian yang ilmiah pendekatan berarti penggunaan teori suatu bidang ilmu untuk mendekati suatu masalah. Dalam penelitian tesis ini, pendekatan *Restorative Justice* digunakan demi menyelesaikan suatu masalah hukum yakni tindak pidana penggelapan.

1.5.2.2 Mediasi penal

Mediasi Adalah suatu proses penyelesaian sengketa antara kedua belah pihak atau lebih melalui perundingan atau cara mufakat dengan bantuan pihak netral yang tidak memiliki kewenangan memutus.³³ Mediasi dikenal dalam Hukum perdata sedangkan dalam sistem peradilan pidana dikenal metode Non litigasi yakni mediasi penal yang secara terbatas dilaksanakan melalui diskresi aparat penegak hukum. Lebih Lanjut Takdir Rahmadi mengidentifikasi Unsur-unsur esensial Mediasi yakni:³⁴

³³ Takdir Rahmadi, *Mediasi: Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*, Jakarta: Rajawali Pers. 2011 Hal 12

³⁴*ibid*, Hal 13

- a. Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa melalui perundingan berdasarkan pendekatan mufakat atau konsensus para pihak
- b. Para pihak meminta bantuan pihak lain yang bersifat tidak memihak sebagai mediator
- c. mediator tidak memiliki kewenangan memutus, tetapi hanya membantu para pihak yang bersengketa dalam mencari penyelesaian yang dapat diterima para pihak.

Stuart M. Wildman merumuskan mediasi pidana sebagai: *a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute* (Sebuah proses di mana seorang mediator memfasilitasi komunikasi dan negosiasi antar pihak untuk membantu mereka dalam mencapai kesepakatan sukarela mengenai perselisihan mereka)³⁵, sedangkan menurut Mark William Baker bahwa mediasi penal adalah *process of bringing victims and offenders together to reach a mutual agreement regarding restitutions would become the norm*. (Proses membawa korban dan pelaku bersama untuk mencapai kesepakatan bersama mengenai restitusi akan menjadi norma)³⁶

Dalam literatur berbahasa Indonesia, mediasi penal merupakan suatu upaya atau tindakan dari mereka yang terlibat dalam perkara pidana (penegak hukum, pelaku, dan korban) untuk menyelesaikan perkara pidana tersebut diluar prosedur formal/proses peradilan, baik dalam tahap penyidikan, penuntutan dan peradilan.³⁷ Sedangkan dikaji dari perspektif terminologinya, mediasi penal dikenal dengan istilah *Mediation in criminal cases* (Mediasi dalam kasus pidana), *Mediation in penal matters* (Mediasi dalam masalah Pidana), *victim offenders mediation* (Mediasi yang mengacu pada korban), *offender victim arrangement* (Inggris), *strafbemiddeling* (Belanda), *der auBergerichtliche tatusgleich* (Jerman), *de mediation Penale* (Prancis).

³⁵ Stuart M Wildman, *The Protections and Limits of Confidentiality in Mediation*. Artikel pada *Alternatives to High Cost of Litigation*, November 2006. Hal 161

³⁶ Mark William Baker. *Repairing The Breach and Reconciling the Discordant: Mediation in Criminal Justice System*. Artikel pada *North Carolina Law Review*, No 74 tahun 1994, Hal. 1483.

³⁷ Tri andrisman, *Mediasi penal*, Jakarta, Rienika cipta, 2010, Hal. 60.

Pada dasarnya, mediasi penal merupakan salah satu bentuk penyelesaian perkara di luar pengadilan (*alternative dispute resolution*) yang lazim diterapkan dalam perkara perdata. Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa mengatur pemberlakuan metode tersebut yang dalam penerapannya di laksanakan oleh beberapa lembaga yakni Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) yang mefokuskan pada dunia perdagangan, serta Undang-undang Nomor 18 Tahun 1999 jo Undang-undang Nomor 29 Tahun 2000 yang difokuskan dalam bidang jasa konstruksi. Sedangkan khusus untuk mediasi penal, sejauh ini belum terdapat satupun peraturan setingkat Undang-undang yang mengatur secara implisit mengenai mediasi penal tersebut, namun dalam Surat kapolri No Pol: B/3022/XII/2009/SDEOPS tanggal 14 desember 2009 tentang Penanganan kasus melalui alternatif dispute resolution (ADR) serta peraturan kepala Kepolisian Negara Republik indonesia No. 7 Tahun 2008 Tentang pedoman dasar strategi dan Implementasi Pemolisian Masyarakat Dalam penyelenggaraan tugas polri.

Serta dalam tataran praktek, Mahkamah Agung melalui putusan RI No 1644 k/pid/1988 Tanggal 15 Mei 1991 yang mengakui adanya eksistensi peradilan adat dimana adanya mediasi penal antara pelaku dan korban diikuti dengan penjatuhan sanksi adat sebagai suatu pemulihan keseimbangan antara pelaku dengan masyarakat, dengan telah dilakukannya mediasi penal tersebut melalui peradilan adat maka Mahkamah Agung melalui putusannya menyatakan bahwa apabila seseorang melanggar hukum adat kemudian kepala dan 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 yang sama sehingga dalam keadaan demikian pelimpahan berkas perkara serta tuntutan kejaksaan di pengadilan negeri dinyatakan tidak dapat diterima (*niet ontvankelijk verklaard*).

Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Timur Nomor 46/Pid/78/UT/WAN tanggal 17 Juni 1978 perkara antara Ny. Ellya Dado juga menggambarkan diakuinya mediasi penal sebagai salah satu metode penyelesaian sengketa. Dalam kasus di atas penyelesaian secara perdamaian antara kedua belah pihak yang berperkara telah dilakukan sehingga dalam Putusan Majelis hakim yang memeriksa perkara menyatakan bahwa terdakwa dilepaskan dari segala tuntutan hukum.

Melalui putusan-putusan di atas, walaupun Sistem Hukum Indonesia tidak menanut azas Preseden, setidaknya memberikan gambaran bahwa eksistensi mediasi penal berada pada posisi “abu-abu”. Sebagaimana yang disebutkan oleh Lilik Mulyadi bahwa mediasi penal dalam dimensi hukum negara sejatinya memang belum banyak dikenal dan masih menyisakan kontroversi diantara para pihak yang sepakat dan tidak sepakat. Mediasi penal dikatakan antara “ada” dan “tidak ada” karena disatu sisi mediasi penal dalam peraturan perundang-undangan tidak dikenal dalam sistem peradilan pidana akan tetapi dalam tataran dibawah Undang-undang dikenal secara terbatas melalui diskresi penegak hukum dan bersifat parsial.³⁸

1.5.2.3 Restorative Justice

Pembedaan keadilan lainnya, adalah jika dihubungkan dengan penyelesaian suatu persengketaan, lazimnya dengan membedakannya kedalam dua jenis keadilan yakni :

- a. *Restitutive justice*
- b. *Restorative Justice*

Menurut Dignan dalam bukunya³⁹, bahwa *Restorative Justice is a framework for responding and conflict that is rapidly gaining acceptance and support by educational, legal, social work, and counselling professionals and community groups. Restorative Justice is a valued-based approach to responding the wrongdoing and conflict, with a balanced focus on*

³⁸ Lilik Mulyadi, *Mediasi Penal Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Bandung, Alumni, 2015, Hal. 124

³⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arif, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung: Alumni, 1992. Hal 15

the person harmed, the person causing the harm, and the affected community. (Keadilan Restoratif adalah kerangka kerja untuk merespons dan konflik yang dengan cepat memperoleh akseptansi dan dukungan dari pekerjaan pendidikan, hukum, sosial, dan profesional dan penggalan komunitas. Keadilan Restoratif adalah pendekatan berbasis nilai untuk menanggapi kesalahan dan konflik, dengan fokus yang seimbang pada orang yang dirugikan, orang yang menyebabkan kerugian, dan komunitas yang terkena dampak.)

Menurut Howard Zehr *Restorative Justice* adalah *a process to involve to the extend possible, those who have a stake in a spessific offense and to collectively identify and address harms, needs, and obligation, in order to heal and put things as right as possible* (Keadilan Restoratif adalah sebuah proses untuk melibatkan kemungkinan perluasan, mereka yang memiliki kepentingan dalam pelanggaran spessific dan untuk secara kolektif mengidentifikasi dan mengatasi bahaya, kebutuhan, dan kewajiban, untuk menyembuhkan dan meletakkan segala sesuatunya sebaik mungkin).⁴⁰ lebih lanjut Howard zehr memaparkan bahwa terdapat lima pertanyaan yang memandu tentang *Restorative Justice*, yaitu:

1. *who has been hurt* (siapa yang menjadi korban)?
2. *What are they needs* (apa yang mereka butuhkan)?
3. *What obligation are these* (apa kewajiban mereka) ?
4. *Who has a stake in this situaton* (Siapa yang berkepentingan dalam situasi ini) ?
5. *What is the apropriate process to involve stakeholders in a effort to put things right* (Apa proses yang tepat untuk melibatkan pemangku kepentingan dalam upaya meletakkan sesuatu dengan benar) ?⁴¹

Tabel 2 : Perbedaan pandangan antara *Restitutive justice* dengan *retorative justice* adalah :⁴²

<i>Restitutive justice</i>	<i>Restorative Justice</i>
<i>Crime is a violation of the law and the state</i> (Kejahatan adalah pelanggaran hukum dan negara)	<i>Crime is a violation of people and relationship</i> (Kejahatan adalah pelanggaran terhadap orang dan hubungan sosial)
<i>Violation create guilt</i> (kekerasan menimbulkan kesalahan)	<i>Violation create obligation</i> (Kekerasan Menimbulkan kewajiban)

⁴⁰ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) : Termasuk Interpretasi Undang-undang (legisprudence)*, Jakarta:Prenada media, 2009 Hal 247

⁴¹*ibid*, Hal 248

⁴²*ibid*, Hal 249

<p><i>Justice requires the state to determine blame (guilt) and impose pain (punishment)</i></p> <p>(Keadilan mensyaratkan negara untuk menentukan kesalahan (rasa bersalah) dan memaksakan rasa sakit (pidana)</p>	<p><i>Justice involves victims, offenders, and community members in an effort to put things rights</i></p> <p>(Keadilan melibatkan korban, pelanggar hukum, dan anggota masyarakat dalam upaya untuk meletakkan segala sesuatu)</p>
<p><i>Central focus : offenders what they deserves</i> (Fokus sentral: pelanggar apa yang layak mereka dapatkan)</p>	<p><i>Central focus : victim needs and offenders responsibility for repairing harm</i> (Fokus utama: kebutuhan korban dan pelaku bertanggung jawab untuk memperbaiki kerusakan)</p>

Keadilan yang coba di capai dengan metode *Restorative Justice* adalah keadilan yang mencakup para korban, para pelaku tindak pidana dan warga masyarakat di dalam suatu upaya untuk meletakkan segala sesuatunya secara benar.

Dari tabel diatas dapat dilihat bahwa dalam *criminal justice* atau *restitutive justice* menitikberatkan pandangannya hanya kepada pemberian sanksi kepada pelaku tindak pidana dengan atau tanpa memberikan perhatian kepada korban, sedangkan titik fokus *Restorative Justice* berada pada dua pihak yang berperkara selain memberikan sanksi dan kewajiban untuk memperbaiki keadaan kepada pelaku tindak pidana juga menitikberatkan pada hak-hak dan kebutuhan yang wajib diterima oleh korban atas kerugian yang didapat karena suatu tindak pidana. Perbedaan dua titik fokus diatas memberikan pandangan bahwa *Restorative Justice* dapat menghantarkan sebuah perkara pidana yang diselesaikan melalui mediasi penal kepada tujuan peradilan yang hakiki yakni keadilan.

Marc levin dan hooker menjelaskan bahwa keberadaan keadilan *restorative* barangkali sama tuanya dengan hukum pidana itu sendiri. Sebagai contoh konsep hukum adat indonesia juga memiliki konsep yang dapat digambarkan sebagai akar dari keadilan *restorative*. Di indonesia, karakteristik dari hukum adat tiap daerah pada umumnya amat mendukung penerapan *Restorative Justice*, hal ini dapat dilihat dari ciri-ciri umum masyarakat adat indonesia. Menurut lilik mulyadi Model sederhana dari pendekatan

Restorative Justice sebenarnya sudah ada dalam masyarakat Indonesia dimana penyelesaian konflik yang timbul dilakukan dengan cara musyawarah.⁴³ *Restorative Justice* yakni suatu proses dimana semua pihak yang berhubungan dengan tindak pidana tertentu bersama-sama memecahkan masalah dan bagaimana menangani akibat dimasa yang akan datang atau implikasinya dimasa depan.⁴⁴

Resolusi lembaga Ecosoc PBB Tahun 2002 tentang “ *Basic Principles on the use of Restorative Justice programmes in criminal matters*” menjelaskan bahwa keadilan restoratif adalah pendekatan yang dapat dipakai dalam sistem peradilan pidana yang rasional. Hal ini sejalan dengan pandangan G.P Hoffenagles yang menyatakan bahwa politik kriminal haruslah bersifat rasional.⁴⁵ Pendekatan keadilan restoratif merupakan suatu paradigma yang dapat dipakai sebagai bingkai dari strategi penanganan perkara pidana yang bertujuan menjawab ketidakpuasan atas berjalannya sistem peradilan pidana saat ini.⁴⁶

Salah satu implementasi dari *Restorative Justice* dalam bidang hukum pidana internasional adalah penyelesaian kasus-kasus dugaan kejahatan HAM (hak asasi manusia) yang berat melalui Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, yang telah diterapkan terlebih dahulu di Afrika Selatan dibawah inisiatif Mantan Presiden Nelson Mandela dan diikuti sejumlah negara lain. Indonesia dan Timor Leste melalui Pembentukan Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP) yang dibentuk Oleh mantan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono, mantan presiden Timor Leste Xanana Gusmao dan Menlu Ramos Horta serta Dr. Hasan Wirayuda. KKP sendiri telah berhasil menuntaskan tugasnya pada bulan Juli tahun 2008.

1.5.2.3 Tindak Pidana penggelapan

⁴³*ibid*, Hal. 177

⁴⁴ Apung Herlina, *Restorative Justice*, Jurnal kriminologi Indonesia, Vol 3 No. III September 2004, Hal. 19.

⁴⁵ Muladi dan Barda Nawawi Arif, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung: Alumni, 1992. Hal 15-16

⁴⁶ Lilik Mulyadi, *Mediasi Penal dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Bandung, Alumni, 2015, Hal.

Dalam Pasal 372 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) menegaskan:

Barang siapa dengan sengaja melawan hukum memiliki barang sesuatu atau seluruhnya atau sebagian adalah kepunyaan orang lain, tetapi yang ada dalam kekuasaannya bukan karena kejahatan diancam karena penggelapan, dengan pidana paling lama empat tahun atau pidana denda paling banyak sembilan ratus rupiah.

Dan Pasal 373 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) menegaskan :

Perbuatan yang dirumuskan dalam pasal 372 apabila yang digelapkan bukan ternak dan harganya tidak lebih dari dua puluh lima rupiah, diancam sebagai Penggelapan ringan dengan pidana penjara paling lama tiga bulan atau pidana denda paling banyak dua ratus lima puluh rupiah.

Lamintang mengemukakan penjelasannya mengenai tindak pidana penggelapan yaitu :⁴⁷

Tindak pidana sebagaimana tersebut dalam BAB XXIV KUHP lebih tepat disebut sebagai “tindak pidana penyalahgunaan hak” atau “penyalahgunaan kepercayaan”. Sebab, inti dari tindak pidana yang diatur dalam BAB XXIV KUHP tersebut adalah “penyalahgunaan hak” atau “penyalahgunaan kepercayaan”. Karena dengan penyebutan tersebut maka akan lebih memudahkan bagi setiap orang untuk mengetahui perbuatan apa yang sebenarnya dilarang dan diancam pidana dalam ketentuan tersebut.

Selanjutnya, Tongat menegaskan perihal telaah pengertian tentang penggelapan ini, bahwa :⁴⁸

Apabila suatu benda berada dalam kekuasaan orang bukan karena tindak pidana, tetapi karena suatu perbuatan yang sah, misalnya karena penyimpanan, perjanjian penitipan barang, dan sebagainya. Kemudian orang yang diberi kepercayaan untuk menyimpan dan sebagainya itu menguasai barang tersebut untuk diri sendiri secara melawan hukum, maka orang tersebut berarti melakukan “penggelapan”.

Dari beberapa pengertian dan penjelasan mengenai arti kata penggelapan dapat kita lihat juga C. S. T. Kansil dan Christine S. T. Kansil mendefinisikan penggelapan secara lengkap sebagai berikut :⁴⁹

Penggelapan ; barang siapa secara tidak sah memiliki barang yang seluruhnya atau sebagian adalah milik orang lain dan yang ada padanya bukan karena kejahatan, ia pun telah bersalah melakukan tindak pidana eks. Pasal 372 KUHP yang dikualifikasikan sebagai “*verduistering*” atau “penggelapan”.

⁴⁷ Tongat, *Hukum Pidana Materil*, Malang: UMM Press, 2006, Hal 57

⁴⁸ Ibid., Hal 60

⁴⁹ Christin s.t Kansil, *Kamus Istilah Aneka Hukum*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, Hal 252

1.5.2.4 Azas peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan

Pada dasarnya, azas ini merupakan azas yang tidak kalah pentingnya dengan azas-azas yang lainnya yang terdapat dalam undang-undang No.4 tahun 2004 sebagaimana telah diperbaharui dengan UU No. 38 tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman, dalam penjelasan umum angka 3 huruf e KUHAP.

Sederhana adalah acara yang jelas, mudah difahami dan tidak berbelit-belit. Makin sedikit dan sederhana formalitas-formalitas yang diwajibkan atau diperlakukan dalam beracara di muka persidangan, makin baik.⁵⁰ terlalu banyak formalitas yang sukar difahami atau peraturan-peraturan yang berwayuh arti (dubieus), sehingga memungkinkan timbulnya pelbagai penafsiran, kurang menjamin adanya kepastian hukum dan menyebabkan keengganan atau ketakutan untuk beracara di muka persidangan.

Kata cepat menunjuk kepada jalannya peradilan, terlalu banyaknya formalitas merupakan hambatan bagi jalannya persidangan. Dalam hal ini bukan hanya jalannya persidangan dalam hal pemeriksaan di persidangan sampai pada penanda tangan putusan oleh hakim dan pelaksanaannya.⁵¹ dalam prakteknya tidak jarang suatu perkara tertunda-tunda sampai bertahun-tahun karena saksi tidak datang dan para pihak bergantian tidak datang atau minta mundur.

Biaya ringan, agar terpikul oleh rakyat, biaya perkara yang tinggi kebanyakan menyebabakan pihak yang berkepentingan enggan untuk mengajukan tuntutan. Secara konkrit apabila dijabarkan bahwa dengan dilakukan supaya peradilan secara cepat, sederhana dan biaya ringan dimaksudkan supaya terdakwa tidak diperlakukan dan diperiksa sampai

⁵⁰ Sudkino Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta:liberty,2009 Hal 36

⁵¹ *ibid*

berlarut-larut. Kemudian memperoleh kepastian prosedural hukum serta proses administrasi biaya perkara yang ringan dan tidak terlalu membebani.

Terhadap penerapan azas ini dalam praktik peradilan dapatlah diberikan nuansa bahwa peradilan sederhana, cepat tampak dengan adanya pembatasan waktu penanganan perkara baik perkara perdata maupun perkara pidana pada tingkat *yudex facti* masing-masing selama 6 bulan dan bila dalam waktu 6 bulan belum juga selesai diputus oleh majelis hakim haruslah dilaporkan alasan tersebut kepada ketua pengadilan tinggi dan ketua mahkamah agung RI.⁵²

Sedangkan terhadap peradilan dengan biaya ringan khususnya dalam perkara pidana berorientasi pada pembenaran biaya perkara bag terdakwa yang dijatuhi pidana.⁵³

1.6 METODE PENELITIAN

Penelitian hukum pada dasarnya merupakan suatu kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode, sistematika, dan pemikiran tertentu yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu dengan cara menganalisisnya, kecuali itu maka juga diadakan pemeriksaan yang mendalam terhadap fakta hukum tersebut untuk kemudian mengusahakan suatu pemecahan atas permasalahan-permasalahan yang timbul dalam gejala yang bersangkutan.⁵⁴ Oleh karena metode merupakan suatu jalan untuk mempelajari gejala hukum maka Metode penelitian merupakan faktor penting dalam setiap penulisan karya ilmiah yang digunakan sebagai cara untuk menemukan data, mengembangkan dan menguji kebenaran dengan menjalankan prosedur yang benar dan dapat di pertanggungjawabkan secara ilmiah. Menurut Peter Machmud Metode penelitian adalah sebagai proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum

⁵² SEMA RI No.6 tahun 1992 tanggal 21 oktober 1992 jo SEMA RI No.3 tahun 1998 tanggal 10 september 1998

⁵³ Pasal 197 ayat (1) huruf I jo pasal 222 ayat (1) KUHAP

⁵⁴ Soerjono Soekanto. dalam Bambang Sunggono . *Metodologi Penelitian Hukum*, Jakarta. Rajawali Pers.2011 Hal 38

yang di hadapi dan juga menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai peskripsi dalam menyelesaikan masalah-masalah⁵⁵.

Jika dilihat dari sudut pandang yang berbeda maka metode penelitian yang merupakan salah satu unsur dari pada penelitian hukum wajib di laksanakan dengan sungguh-sungguh agar penelitian dalam karya ilmiah ini mengandung kebenaran yang mempunyai syarat ilmiah dan dapat di pertanggung jawabkan, maka digunakanlah metode penelitian sebagai berikut :

1.6.1 PENDEKATAN DAN SIFAT PENELITIAN

Penelitian ini adalah penelitian dengan tipe yuridis normatif, yakni penelitian yang dilakukan dengan cara mengkaji peraturan perundang-undangan yang berlaku atau diterapkan terhadap suatu permasalahan hukum tertentu. Penelitian hukum normatif yang difokuskan untuk mengkaji dan meneliti hukum dengan mengacu pada norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan dan norma hukum yang ada dalam masyarakat.⁵⁶

Prof. Dr. Peter Mahmud Marzuki Menguraikan pendekatan-pendekatan yang digunakan dalam penelitian hukum tersebut, yakni sebagai berikut :⁵⁷

- a. Pendekatan Undang-undang (statute aproach) dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang dihadapi
- b. Pendekatan Kasus dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu hukum yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan
- c. Pendekatan Historis dilakukan dengan menelaah latar belakang apa yang dipelajari dan perkembangan pengaturan mengenai isu yang dihadapi
- d. Pendekatan Komparatif dilakukan dengan membandingkan undang-undang suatu negara dengan negara lain

⁵⁵ Peter Machmud Marzuki. *Penelitian Hukum*. Jakarta. Kencana Prenada Media Group. 2005. Hal 35.

⁵⁶ Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta:Sinar grafika, 2011, Hal 109

⁵⁷ Op cit., Hal 93

- e. Pendekatan konseptual beranjak dari pandangan dan doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum

Sedangkan pendekatan penelitian ini yakni dengan melakukan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan Pendekatan Konseptual (*Conceptual approach*)

Pada penulisan tesis ini, peneliti mengkaji berbagai peraturan perundang-undangan yang membahas mengenai *Restorative Justice* dan Mediasi penal dalam menyelesaikan berbagai kasus tindak pidana ringan khususnya tindak pidana penggelapan yang diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia dan mengkaji sisi sejarah dan latar belakang dari *Restorative Justice* atau mediasi penal tersebut

1.6.2 Teknik dokumentasi bahan hukum

Teknik pengumpulan bahan hukum yang dilakukan adalah dengan cara menggali kerangka normatif menggunakan bahan hukum yang membahas tentang teori-teori hukum, dan ketentuan mengenai mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana. Baik bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder dikumpulkan berdasarkan topik permasalahan yang telah di rumuskan, lalu di kaitkan terhadap azas peradilan yang cepat, sederhana dan biaya ringan yang pada akhirnya berdampak pada kuantitas perkara yang masuk ke pengadilan untuk di proses lebih lanjut.

1.6.3 Alat pengumpulan bahan hukum

Dalam penelitian hukum normatif ini, data diperoleh dari bahan-bahan pustaka yang lazimnya disebut sebagai data sekunder, yang mencakup bahan hukum primer, sekunder dan tersier yang selanjutnya dipelajari dan mendalami bahan-bahan hukum tersebut serta mengutip teori-teori atau konsep dari sejumlah literatur baik buku-buku, jurnal, makalah, koran atau karya tulis lainnya yang berhubungan dengan masalah yang teliti, kemudian penulis mengumpulkan bahan hukum tersebut dalam lembaran-lembaran yang disediakan.

Adapun sumber bahan hukum yang terdiri dari data sekunder adalah:⁵⁸

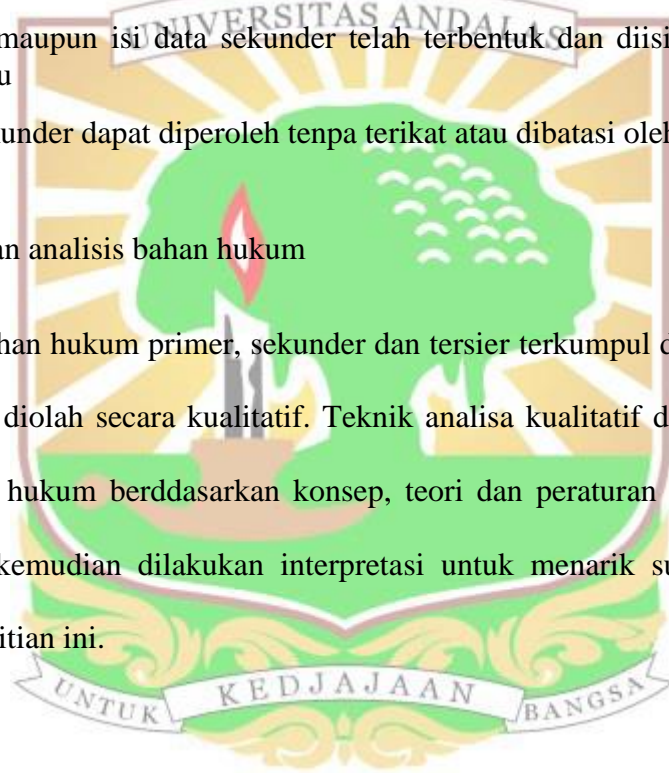
- a. Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang mengikat seperti peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, traktat dan lain sebagainya;
- b. Bahan hukum sekunder yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti rancangan perundang-undangan, hasil penelitian dan sebagainya
- c. Bahan hukum tersier yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus dan ensiklopedia.

Data sekunder memiliki ciri-ciri sebagai berikut :⁵⁹

- a. Data sekunder pada umumnya ada dalam keadaan siap terbuat (ready made)
- b. Bentuk maupun isi data sekunder telah terbentuk dan diisi oleh peneliti-peneliti terdahulu
- c. Data sekunder dapat diperoleh tanpa terikat atau dibatasi oleh waktu dan tempat

1.6.4 Pengolahan dan analisis bahan hukum

Setelah bahan hukum primer, sekunder dan tersier terkumpul dan dirasa telah cukup lengkap, kemudian diolah secara kualitatif. Teknik analisa kualitatif dilakukan dengan cara menganalisa bahan hukum berdasarkan konsep, teori dan peraturan perundang-undangan, pandangan pakar, kemudian dilakukan interpretasi untuk menarik suatu kesimpulan dari permasalahan penelitian ini.



⁵⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Kencana, 2009, Hal. 26.

⁵⁹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Jakarta: Rajagrafindo persada, 2014
Hal 24