

DISERTASI

***RESTORATIVE JUSTICE* SEBAGAI ALTERNATIF PENYELESAIAN
TINDAK PIDANA MALPRAKTIK KEDOKTERAN DI LUAR
SISTEM PERADILAN PIDANA**

***RESTORATIVE JUSTICE AS AN ALTERNATIVE TO THE SETTLEMENT
OF MEDICAL MALPRACTICE CRIMES OUTSIDE
THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM***



OLEH:

ANGGIH NIASTUTI

NIM : B013202005

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDIN
MAKASSAR
2023**

***RESTORATIVE JUSTICE* SEBAGAI ALTERNATIF PENYELESAIAN
TINDAK PIDANA MALPRAKTIK KEDOKTERAN DI LUAR
SISTEM PERADILAN PIDANA**

DISERTASI

Sebagai Salah Satu Syarat Untuk Mencapai Gelar Doktor

Program Studi:

ILMU HUKUM

Disusun dan Diajukan Oleh:

ANGGIH NIASTUTI

B013202005

Kepada:

**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2023**

DISERTASI

**RESTORATIF JUSTICE SEBAGAI ALTERNATIF PENYELESAIAN
TINDAK PIDANA MALPRAKTIK KEDOKTERAN DI LUAR
SISTEM PERADILAN PIDANA**

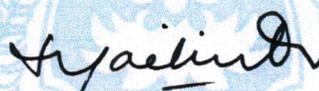
Disusun dan diajukan oleh:

**ANGGIH NIASTUTI
B013202005**

Telah dipertahankan di hadapan Panitia Ujian yang dibentuk dalam rangka Penyelesaian Studi Program Doktor Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Pada tanggal 14 Juli 2023 Dan dinyatakan telah memenuhi syarat kelulusan

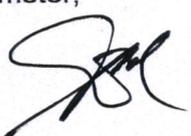
Menyetujui,

Promotor,


Prof. Dr. M. Syukri Akub, S.H., M.H.
NIP 195311241979121001

Co. Promotor,

Co. Promotor,


Dr. Syamsuddin Muchtar, S.H., M.H.
NIP 196310241989031002


Dr. Haeranah, S.H., M.H.
NIP 196612121991032002

Ketua Program Studi S3
Ilmu Hukum,

Dekan Fakultas Hukum
Universitas Hasanuddin,


Prof. Dr. Marwati Riza, S.H., M.Si.
NIP 196408241991032002


Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., M.A.P.
NIP 197312311999031003

PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : **Anggih Niastuti**

Nomor Pokok : B013202005

Program Studi : Doktor Ilmu Hukum

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa penulisan Disertasi yang berjudul **Restorative Justice Sebagai Alternatif Penyelesaian Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran Di Luar Sistem Peradilan Pidana.**

Adalah benar-benar karya saya sendiri, hal yang bukan merupakan karya saya dalam penulisan Disertasi ini diberi tanda Citasi dan ditunjukkan dalam daftar pustaka.

Apabila dikemudian hari terbukti pernyataan saya tidak benar maka saya bersedia menerima sanksi sesuai peraturan Menteri Pendidikan Nasional Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2020 dan Perundang-Undangan yang berlaku.

Makassar, 14 Juli 2023

Yang menyatakan

Anggih Niastuti

ABSTRAK

Anggih Niastuti, B013202005, *Restorative justice* Sebagai Alternatif Penyelesaian Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran Di Luar Sistem Peradilan Pidana di bawah bimbingan tim promotor Syukri Akub, Syamsuddin Muchtar dan Haeranah.

Tujuan penelitian ini adalah 1) Untuk menganalisis dan menemukan filosofi *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran, 2) Untuk menganalisis dan menemukan pengaturan *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran, 3) Untuk menganalisis dan menemukan konsep ideal *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran sebagai alternatif penyelesaian perkara oleh jaksa selaku penuntut umum.

Metode penelitian ini adalah “penelitian hukum normative dengan pendekatan yaitu pendekatan filosofis, pendekatan perundang-undangan, dan pendekatan konseptual.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa 1) filosofi *restorative justice* adalah sebuah kebijakan hukum baik kebijakan perundang-undangan maupun kebijakan penegakan hukum yang tidak terpisahkan dari kebijakan sosial sehingga *restorative justice* dapat mewujudkan kepastian hukum dan Kemanfaatan. 2) *Restorative Justice* dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran belum diatur secara khusus dalam peraturan perundang-undangan di bidang kesehatan namun sepanjang memenuhi syarat maka dapat dilakukan penyelesaian melalui *restorative justice*. 3) Konsep ideal *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran adalah memungkinkan penghentian penuntutan terhadap perkara pidana malpraktik kedokteran yang telah menempuh jalur mediasi sepanjang memenuhi syarat yaitu 1) Adanya kesepakatan antara pasien atau keluarganya dan tenaga medis 2) Disebabkan oleh kelalaian medis bukan kesengajaan medis 3) Adanya kerugian bagi pasien atau keluarganya, 4) ancaman sanksi pidana kurang dari 5 tahun 5) Bukan perbuatan tindak pidana medis ulangan.

Kata Kunci : *Restorative justice*, tindak pidana, malpraktek

ABSTRACT

Anggih Niasuti, B013202005, Restorative Justice as an Alternative to the Settlement of Medical Malpractice Crimes Outside the Criminal Justice System. Supervised by M. Syukri Akub, Syamsuddin Muchtar and Haeranah.

The aims of this study are 1) To analyze and discover the philosophy of restorative justice in criminal law enforcement, 2) To analyze and find restorative justice arrangements in handling malpractice crimes, 3) To analyze and discover the ideal concept of restorative justice in handling medical malpractice crimes as alternative settlement of cases by the prosecutor as the public prosecutor.

This research method is "normative legal research with approaches, namely a philosophical approach, statutory approach, and conceptual approach.

The results of the study show that 1) the philosophy of restorative justice is a legal policy, both statutory policies and law enforcement policies that are inseparable from social policies so that restorative justice can create legal certainty and benefits. 2) Restorative justice in handling malpractice crimes has not been specifically regulated in laws and regulations in the health sector, but as long as it meets the requirements, it can be resolved through restorative justice. 3) The ideal concept of restorative justice in handling medical malpractice is to allow the termination of prosecution of criminal cases of medical malpractice that have taken the mediation route as long as they meet the requirements, namely 1) There is an agreement between the patient or his family and the medical staff 2) Caused by medical negligence not intentional medical 3) There is a loss for the patient or his family, 4) The threat of criminal sanctions is less than 5 years 5) Not a repeat medical crime.

Keywords: Restorative justice, crime, mallpractice

KATA PENGANTAR

Puji syukur dan terima kasih yang sebesar-besarnya peneliti haturkan kepada Allah SWT atas segala nikmat Kesehatan, kekuatan serta cinta dan rahmat yang tiada bandingannya sehingga peneliti diberikan kesempatan untuk menempuh pendidikan strata tiga pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar. Penelitian ini dilaksanakan dengan bimbingan, bantuan dan dukungan dari banyak pihak yang memberikan andil yang sangat besar bagi peneliti dalam penyelesaiannya. Pada kesempatan ini perkenankan peneliti menyampaikan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada :

1. Terima kasih Orang Tua peneliti kepada Bapak H. Surkiyah, S.Sos, M.M dan ibu Hj. Umiyati, S.pd, ibu Hj. Susanti dan Bapak H. Abdullah Junus (Alm) yang telah menghantarkan peneliti pada pencapaian saat ini meskipun hari ini tidak dapat hadir dan menyaksikan semuanya namun peneliti menyadari sepenuhnya bahwa segala pencapaian peneliti adalah buah cinta, kasih sayang, bimbingan, didikan dari orang tua peneliti;
2. Terima kasih kepada suami tercinta Abdi Reza Fachlewi Junus yang telah mendampingi peneliti tanpa lelah dan senantiasa memberikan dukungan moril dan materil kepada peneliti termasuk dalam penyelesaian studi ini.
3. Terima kasih kepada anak-anak tercinta Azura Saskia Zhufairah Junus, Ameera Fathinah Uzma Junus dan Abizar Abdullah Kamayel Junus atas cinta, kasih sayang, doa, perhatian dan dukungan kepada peneliti.

4. Terima Kasih Kepada Adik-adik Dea Sindy Atafani, S.H,M.H, Irham Hanif, S.H,M.H, M. Rezza Wiharta, S.H,M.H dan Aeni Yuniyani, S.H. yang telah memberi dukungan.

Penyelesaian studi peneliti tidak dapat dilepaskan pula dari peran, bantuan, dukungan dan bimbingan dari seluruh pihak :

1. Terima kasih kepada bapak Prof. Dr. Ir. Jamaluddin Jompa.,M.Sc, Rektor Universitas Hasanuddin atas dukungan, bimbingan dan segala fasilitas Pendidikan yang tersedia di Kampus Tercinta Universitas Hasanuddin sehingga memberikan kemudahan bagi peneliti untuk memperoleh ilmu yang sangat bermanfaat selama menempuh pendidikan di Universitas Hasanuddin ;
2. Terima kasih kepada bapak Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H.,M.H.,M.A.P, Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin atas bimbingan, bantuan, dukungan dan ketersediaan sarana penunjang Pendidikan pada fakultas hukum Universitas Hasanuddin yang sangat memberikan kemudahan dalam pelaksanaan pembelajaran dan Pendidikan bagi peneliti khususnya dan bagi seluruh mahasiswa Fakultas Hukum pada umumnya;
3. Terima kasih kepada bapak Prof. Dr. Hamzah Halim, S.H.,M.H.,M.A.P, Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin atas bimbingan, dukungan, dan segala kemudahan dalam proses selesainya Penulisan ini.
4. Terima kasih kepada Ibu Prof. Dr. Marwati Riza, S.H.,M.Si, Ketua Program Studi Doktor Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin atas bimbingan, dukungan, dan segala kemudahan dalam proses belajar mengajar yang

mampu menciptakan suasana perkuliahan yang berkualitas meskipun dalam suasana Covid 19 pada tahun 2021 dan awal 2022.

5. Terima kasih kepada bapak Prof. Dr. M. Syukri Akub, S.H.,M.H., bapak Dr. Syamsuddin Muchtar, S.H.,M.H, Ibu Dr. Haeranah, S.H.,M.H, selaku tim promotor yang telah memberikan bimbingan, dukungan dan tidak henti-hentinya memberikan ilmu yang bermanfaat bagi peneliti baik dalam proses perkuliahan maupun dalam proses penyelesaian penelitian ini.
6. Terima kasih kepada Bapak Dr. Fadil Zumhana, S.H.,M.H selaku penguji Eksternal yang telah memberikan saran, kritik membangun dan dukungan dalam penelitian ini.
7. Terima kasih kepada Bapak Prof. Dr. Muhadar, S.H.M.S, Bapak Prof. H. M. Said Karim, S.H.,M.H.,M.Si.,CLA, bapak Prof. Dr. Slamet Sampurno, S.H.,M.H.,DFM. dan ibu Dr. Nur Azisa, S.H.,M.H, selaku tim penguji yang telah memberikan saran, kritik membangun, dukungan dan memberikan ilmu yang sangat bermanfaat baik dalam proses belajar mengajar maupun dalam penyelesaian penelitian ini.
8. Terima kasih kepada Ketua Umum Eka Tjipta Foundation (ETF) Bapak Hong Tjin beserta Jajarannya atas bantuan dan dukungannya sehingga penelitian ini dapat diselesaikan.
9. Terima kasih Kepada Kepala Badan Diklat Kejaksaan RI Bapak Tony T. Spontana yang telah memberi dukungan dan segala kemudahan dalam proses penelitian.

10. Terima kasih Kepada Sekerdaris Badan Diklat Kejaksaan RI Bapak Dr. Jaya Kesuma, S.H,M.H yang telah memberi, bantuan, dukungan dan segala kemudahan dalam proses penelitian.

Ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya peneliti haturkan pula kepada segenap pimpinan dan rekan-rekan pada lingkungan Kejaksaan Agung Republik Indonesia atas segala bantuan, dukungan, doa bagi peneliti sehingga diberikan kekuatan, kesabaran dan kesehatan sehingga dapat menyelesaikan studi peneliti pada program Doktor Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

Makassar , Juli 2023

Peneliti

DAFTAR ISI

Halaman Judul

Halaman Pengajuan Disertasi

Halaman Pengesahan Disertasi

Penyataan Keaslian Disertasi

Abstrak

Abstract

Kata Pengantar

Daftar isi

Bab	Uraian	Hlm.
I	Pendahuluan	1
	A. Latar Belakang Masalah	1
	B. Rumusan Masalah	30
	C. Tujuan Penelitian	31
	D. Manfaat Penelitian	31
	E. Keaslian Penelitian	32
II	Tinjauan Pustaka	35
	A. Kerangka Teori	35
	1. Teori Penegakan Hukum	35
	2. Teori Tujuan Hukum	42
	3. Sistem Peradilan Pidana	59
	a. Pengertian Sistem Peradilan Pidana	59
	b. Pengertian Tindak Pidana, Unsur Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana	62

	c. Tahapan Penanganan Perkara Pidana	84
	4. Penyampingan Perkara demi Kepentingan Umum	92
	5. Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran	94
	B. Kerangka Konseptual	100
	1. Konsep <i>Restorative Justice</i>	101
	2. Prinsip <i>Restorative Justice</i>	115
	3. Syarat Yuridis Penerapan <i>Restorative Justice</i>	124
	C. Kerangka Pikir	127
	D. Defenisi Operasional Variabel	131
III	METODE PENELITIAN	132
	A. Tipe Penelitian	132
	B. Pendekatan Penelitian	132
	C. Bahan Hukum/Data	133
	D. Analisis Bahan Hukum/Data	134
IV	HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	135
	A. Filosofi <i>Restorative justice</i> dalam Penegakan Hukum Pidana	135
	1. <i>Restorative justice</i> sebagai Kebijakan Hukum (<i>legal policy</i>)	135
	2. <i>Restorative justice</i> sebagai Kebijakan Sosial (<i>Social policy</i>)	158
	B. Kemungkinan Penerapan <i>Restorative justice</i> dalam Penanganan Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran di	164

	Indonesia	
	1. Substansi Hukum Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran di Indonesia	164
	2. Implikasi <i>Restorative justice</i> dalam Penanganan Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran terhadap Penegakan Hukum di Indonesia	180
	C. Konsep Ideal <i>Restorative justice</i> dalam Penanganan Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa oleh Jaksa Penuntut Umum	190
	1. <i>Restorative justice</i> oleh Kejaksaan	190
	2. Syarat Penerapan <i>Restorative justice</i> dalam Penanganan Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran	205
V	PENUTUP	211
	A. Kesimpulan	211
	B. Saran	212
	DAFTAR PUSTAKA	213

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Indonesia merupakan negara hukum sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) yang kemudian menjadi salah satu acuan untuk menyelenggarakan pemerintah negara Indonesia dengan berdasarkan pada peraturan perundang-undangan. Konsep negara hukum berkaitan erat dengan upaya mewujudkan ketertiban dan keadilan dalam penyelenggaraan negara. Ketertiban dan keadilan menjadi unsur yang tidak dapat dipisahkan dan dilaksanakan secara bersamaan karena keadilan tidak dapat terwujud tanpa ketertiban demikian pula ketertiban akan menjadi sewenang-wenang tanpa adanya keadilan. Unsur ketertiban dan keadilan inilah yang menjadi dambaan masyarakat sehingga menjadi tujuan utama dalam suatu negara yang menganut cita negara hukum.

Sejarah perkembangan negara Republik Indonesia menunjukkan adanya kesepakatan luhur bangsa Indonesia untuk menempatkan Pancasila sebagai *rechtsidee* atau *groudnorm* sehingga Pancasila kemudian menjwai seluruh pembentukan peraturan perundang-undangan di Indonesia sehingga Pancasila dalam hal ini ditempatkan

sebagai bintang pemandu arah (*leitstern*).¹Indonesia sebagai negara hukum yang berdasarkan Pancasila menata kehidupan masyarakat dengan meletakkan prinsip demokrasi dan prinsip negara hukum sebagai suatu sinergi yang saling bersimbiose-mutualistik untuk mewujudkan adanya *national legal order* yang demokratis dan adil dalam negara.²

Tujuan negara Republik Indonesia telah ditegaskan dalam Pembukaan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yakni melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia. Dalam rangka mewujudkan tujuan ini maka kebijakan negara dalam rangka pembangunan hukum di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari 4 (empat) prinsip cita hukum Indonesia yakni menjaga integritas bangsa baik secara ideologis maupun teritorial, mewujudkan kedaulatan rakyat dan negara hukum sebagai bagian yang tidak terpisahkan, mewujudkan kesejahteraan umum dan keadilan serta menciptakan toleransi atas dasar kemanusiaan dan keberadaban dalam hidup beragama.³

Pembangunan hukum nasional di Indonesia bersumber dari hukum materil sebelum kemerdekaan dan sumber hukum materil setelah kemerdekaan. Sumber hukum materil sebelum kemerdekaan adalah

¹ Siti Mailkhatun Badriyah, 2010, Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan, Universitas Diponegoro : Semarang . Hlm. 45

² *Ibid.*

³ Moh. Mahfud MD, 2006, Membangun Politik Hukum Menegakkan Institusi, LPES : Jakarta. Hlm. 19

hukum adat asli atau *living law* yang telah terbentuk dan berkembang dalam masyarakat Indonesia sejak dahulu, hukum agama, hukum Belanda dan hukum Jepang . Adapun sumber hukum materil setelah kemerdekaan adalah instrumen hukum internasional, pembangunan hukum baik *civil law* maupun *common law*.⁴ Berbagai sumber hukum ini menjadi salah satu penentu arah politik hukum di Indonesia.

Politik hukum merupakan upaya yang dilakukan untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang sesuai dengan keadaan dan situasi atau dapat pula diartikan sebagai kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang dapat digunakan untuk mengekspresikan nilai dalam masyarakat. Salah satu politik hukum dalam pembangunan di Indonesia adalah politik hukum pidana yang dimaknai sebagai kehendak nasional untuk menciptakan hukum pidana yang sesuai dengan aspirasi dan tata nilai yang bersumber dari bangsa Indonesia.⁵

Politik hukum pidana (*criminal law politic*) merupakan aktivitas yang menyangkut proses menentukan tujuan dan cara melaksanakan tujuan tersebut. Oleh karena itu proses pengambilan keputusan (*decision making process*) atau pemilihan keputusan melalui seleksi diantara berbagai alternatif yang ada terkait dengan tujuan dari sistem hukum pidana. Dalam rangka mengambil keputusan dan pilihan tersebut,

⁴ *Ibid.*

⁵ 5Sudarto, 1996, Hukum dan Hukum Pidana Indonesia, Alumni : Bandung. Hlm.27

disusun pelbagai kebijakan (policies) yang berorientasi pada pelbagai permasalahan pokok dalam hukum pidana, misalnya terkait dengan masalah perbuatan pidana, pertanggungjawaban pidana, masalah pidana ataupun tindakan. Jadi pada dasarnya politik hukum pidana di dalamnya mengandung arti bagaimana memilih, mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan pidana yang baik sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai atau dengan kata lain politik hukum pidana pada dasarnya merupakan garis kebijakan untuk menentukan, seberapa jauh ketentuan hukum pidana yang berlaku perlu diubah dan diperbaharui, apa yang dapat diperbuat untuk mencegah tindak pidana; cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilakukan.⁶

Refleksi hukum pidana Nasional, yang tercermin dalam KUHPidana, adalah warisan masa kolonial dan sejak kemerdekaan mengalami persesuaian dengan kebutuhan bangsa yang merdeka, meskipun dilaksanakan dengan tidak mudah disertai pergolakan pemikiran yang panjang yang dapat dilihat dari pandangan pandangan ahli hukum pidana dari masa ke masa, hingga saat ini. Hukum pidana tidak hanya terfokus pada satu atau beberapa sisi, namun hukum pidana telah mempunyai suatu konsentrasi pada banyak aspek dalam kehidupan manusia dan hanya pikiran sempit yang menyatakan hukum pidana hanya bersentuhan

⁶ Barda Nawawi Arief, 1996. Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Cetakan Pertama, Citra Aditya Bakti : Bandung. Hlm.27

dengan satu aspek saja karena sesungguhnya perkembangan mengenai hukum pidana adalah menemukan bentuk terbaik dari hukum pidana di masa mendatang yang bersesuaian dengan keadaan di masyarakat. Oleh karena itu, pembaruan hukum pidana kemudian membawa peradaban, khususnya politik hukum pidana.⁷ Perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, telah memberikan dampak yang nyata, bagi tata hubungan manusia di dunia dan sangat berpengaruh pada perubahan hukum, baik yang bersifat hukum privat maupun hukum publik. Di lain pihak, tidak dapat dipungkiri bahwa kejahatan juga berkembang sejalan dengan cepatnya perkembangan teknologi informasi dan elektronika, sehingga dalam mengantisipasinya, maka setiap negara melakukan penyesuaian dalam pembaharuan hukum pidananya.

Dalam hukum pidana, dapat diketahui dari berbagai pendapat, yang menyatakan bahwa tujuan hukum pidana, adalah untuk melindungi masyarakat dari perbuatan sekunder, terutama tentang penjatuhan hukuman terhadap masyarakatnya. Secara primer hukum pidana, berguna untuk menginsyafkan perbuatan yang keliru agar tidak mengulangi lagi perbutannya. Hukum pidana yang berlaku di Indonesia adalah hukum pidana yang telah dikodifikasi, yakni sebagian besar aturan aturannya telah disusun dalam suatu Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP) yang dikodifikasi, melalui Unifikasi, sejak tahun 1918,

⁷ Rosylin Muraskin dan Albert R.Roberts. 1996, *Vision For Change Crime and Justice In The Twenty –First Century*. Prantice- Hall, Inc : USA. Hlm 1.

berlakunya *Wetboek van strafrecht voor nederlands Indie*. Selanjutnya melalui Undang Undang No. 1 Tahun 1946 Tentang Kitab Undang Undang Hukum Pidana, berlaku hingga sekarang, dengan berbagai perubahan dan tambahannya.⁸ dan Undang-Undang No.1 Tahun 2023 tentang Tentang Kitab Undang Undang Hukum Pidana yang berlaku 3 (Tiga) tahun setelah diundangkan.

Dalam kekuasaan ada segitiga yang satu sama lain sukar dapat berjalan beriringan secara simetris yaitu politik, hukum dan kemanusiaan. Hubungan antara politik dan kemanusiaan di mana dalam banyak kondisi, keduanya sulit dapat disandingkan. Politik kerap hanya menjadikan kemanusiaan sebagai propaganda untuk meraih kemenangan. Dalam masyarakat yang berdemokrasi, hukum seharusnya berada di atas politik, akan tetapi tidak jarang hukum diintervensi oleh politik bahkan hukum diciptakan atau direkayasa untuk menjadi payung politik agar terlegitimasi padahal hukum merupakan instrumen untuk penegakan hak-hak asasi manusia sehingga penerapan yang kaku dan positivistik justru menciptakan ketidakadilan.⁹

Penerapan hukum yang kaku menimbulkan banyaknya realitas penegakan hukum yang berjalan tanpa mempertimbangkan hati nurani. Penegakan hukum yang menggunakan pendekatan hukum legal-formalistik, yang semata-mata hanya mengacu pada teks undang-undang menjadi penyebab terjadinya kondisi ini. Sebagian penegak hukum

⁸ Moelyatno. 2008, *Asas Asas Hukum Pidana*. Rineka Cipta : Jakarta. Hlm 17-19

⁹ Patrialis Akbar, 2010, *Kekuasaan untuk Kemanusiaan*, IFI : Jakarta. Hlm. 7

merasa telah melaksanakan penegakan hukum jika telah secara kaku melaksanakan ketentuan dalam undang-undang tanpa disertai adanya upaya untuk mencari dan menemukan keadilan dan kebenaran dari teks peraturan perundang-undangan. Kondisi inilah yang menyebabkan timbulnya penegakan hukum yang masih jauh dari rasa keadilan sejati. Ketidakmampuan aparat penegak hukum untuk memahami makna dari nilai-nilai keadilan di masyarakat sehingga hanya menempatkan diri sebagai “corong undang-undang”.

Penerapan aturan formal KUHP dan KUHAP tanpa memperhatikan aspek-aspek sosial yang berkembang di tengah masyarakat menyebabkan kondisi anak-anak usia sekolah yang harus masuk ditahan atau bahkan divonis penjara hanya karena mencuri akibat lapar, karena mencuri handphone untuk membeli obat untuk ibunya, atau berkelahi dengan temannya. Demikian pula terduga/tersangka pencuri peralatan dapur/rumah tangga yang murah harganya, tanaman dan buah-buahan dalam jumlah sedikit, harus diproses di Kepolisian, Kejaksaan dan diadili di pengadilan. Selama proses peradilan berlangsung, tersangka masuk tahanan yang sudah tentu sangat merugikan dan membuatnya makin menderita. Hal inilah kemudian yang membutuhkan adanya pemikiran mengenai penegakan hukum dengan menggunakan pendekatan keadilan restoratif.

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. Sebenarnya dalam masyarakat Indonesia, konsep ini telah terbiasa dijalankan di mana kasus-kasus yang tergolong kecil dimusyawarahkan di bawah pengaruh dan wibawa kepala pemerintahan tingkat bawah (lurah atau ketua RT) atau kepala adat dan tokoh agama setempat. Dari musyawarah itu biasanya akan diambil putusan yang sama-sama mempertimbangkan kepentingan pelaku dan korban dengan memfokuskan pada tujuannya yakni memulihkan atau mengembalikan ketenteraman dan kedamaian di masyarakat serta tidak terjadinya permusuhan dan dendam antara pelaku dan korban. Model keadilan semacam ini telah dicoba dipraktikkan dalam perkara pidana yang melibatkan anak sebagai pelakunya.

Uraian di atas menunjukkan bahwa keadilan restoratif merupakan bentuk perspektif hukum progresif yang menempatkan hukum untuk manusia di mana pegangan atau optik atau keyakinan dasarnya tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral melainkan manusialah yang berada di titik pusat perputaran hukum. Hukum itu berputar di sekitar manusia sebagai manusia sebagai pusatnya. Hukum ada untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Oleh karena manusia itu adalah untuk hukum, maka manusia itu akan selalu diusahakan, mungkin juga

dipaksakan, untuk bisa masuk ke dalam skema-skema yang telah dibuat oleh hukum.¹⁰

Dalam konteks penegakan hukum Indonesia, Bagir Manan menyatakan bahwa penegakan hukum Indonesia bisa dikatakan “*communis opinio doctorum*”, yang artinya bahwa penegakan hukum yang sekarang dianggap telah gagal dalam mencapai tujuan yang diisyaratkan oleh Undang-Undang. Oleh karena itu, diperkenalkanlah sebuah alternatif penegakan hukum, yaitu *Restorative justice System*, dimana pendekatan yang digunakan adalah pendekatan sosio-kultural dan bukan pendekatan normatif.¹¹

Restorative justice atau dikenal dengan istilah “*reparative justice*” adalah suatu pendekatan keadilan yang memfokuskan kepada kebutuhan dari pada para korban, pelaku kejahatan, dan juga melibatkan peran serta masyarakat, dan tidak semata-mata memenuhi ketentuan hukum atau semata-mata penjatuhan pidana. Dalam hal ini korban juga dilibatkan di dalam proses, sementara pelaku kejahatan juga didorong untuk mempertanggungjawabkan atas tindakannya, yaitu dengan memperbaiki kesalahan-kesalahan yang telah mereka perbuat dengan meminta maaf, mengembalikan uang telah dicuri, atau dengan melakukan pelayanan masyarakat.

¹⁰ Satjipto Rahardjo, 2010, Penegakan Hukum Progresif, Kompas : Jakarta. Hlm.61

¹¹ Rudi Rizky (ed), 2008, Refleksi Dinamika Hukum (Rangkaian Pemikiran dalam Dekade Terakhir), Perum Percetakan Negara Indonesia : Jakarta. Hlm. 4.

Restorative justice merupakan pendekatan untuk memecahkan masalah, dalam berbagai bentuknya, melibatkan korban, pelaku, jaringan sosial mereka, badan-badan peradilan dan masyarakat. Program keadilan restoratif didasarkan pada prinsip dasar bahwa perilaku kriminal tidak hanya melanggar hukum, tetapi juga melukai korban dan masyarakat. Setiap upaya untuk mengatasi konsekuensi dari perilaku kriminal harus, bila memungkinkan, melibatkan pelaku serta pihak-pihak yang terluka, selain menyediakan yang dibutuhkan bagi korban dan pelaku berupa bantuan dan dukungan.¹²

Konsep *restorative justice* pada dasarnya sederhana yakni ukuran keadilan tidak lagi berdasarkan pembalasan setimpal dari korban kepada pelaku (baik secara fisik, psikis atau hukuman) namun perbuatan yang menyakitkan itu disembuhkan dengan memberikan dukungan kepada korban dan mensyaratkan pelaku untuk bertanggungjawab, dengan bantuan keluarga dan masyarakat bila diperlukan.

Dalam konteks Indonesia, *restorative justice* berarti penyelesaian secara adil yang melibatkan pelaku, korban, keluarga dan pihak lain yang terkait dalam suatu tindak pidana dan secara bersama mencari penyelesaian terhadap tindak pidana dan implikasinya dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula.¹³ Untuk mewujudkan keadilan bagi korban dan pelaku, adalah baik ketika para

¹² Nunung Nuryartono dan Hendri Saparini, 2009, Kesenjangan Ekonomi Sosial dan Kemiskinan, eds. Soegeng Sarjadi dan Iman Sugema, Soegeng Sarjadi Syndicate : Jakarta. Hlm. 283-284.

¹³ *Ibid.*

penegak hukum berpikir dan bertindak secara progresif yaitu tidak menerapkan peraturan secara tekstual tetapi perlu menerobos aturan (*rule breaking*) karena pada akhirnya hukum itu bukan teks demi tercapainya keadilan yang diidamkan oleh masyarakat.

Keadilan yang selama ini berlangsung dalam sistem peradilan pidana di Indonesia adalah keadilan retributif sementara kondisi yang diharapkan adalah suatu proses dimana semua pihak yang terlibat dalam suatu tindak pidana tertentu bersama-sama memecahkan masalah bagaimana menangani akibatnya dimasa yang akan datang. Keadilan Restoratif adalah model penyelesaian perkara pidana yang mengedepankan pemulihan terhadap korban, pelaku, dan masyarakat. Prinsip utama *restorative justice* adalah adanya partisipasi korban dan pelaku, partisipasi warga sebagai fasilitator dalam penyelesaian kasus, sehingga ada jaminan anak atau pelaku tidak lagi mengganggu harmoni yang sudah tercipta di masyarakat.¹⁴

Upaya penanganan perkara tindak pidana melalui penyelesaian *restorative justice* pada awalnya belum dinormakan sama sekali sehingga belum dapat digunakan sebagai dasar hukum bagi aparat penegak hukum guna memenuhi rasa keadilan, kepastian hukum, kemanfaatannya bagi masyarakat. Model penyelesaian perkara melalui mekanisme *restorative justice* pada dasarnya dapat dilakukan dengan mengadopsi kearifan lokal

¹⁴ Apong Herlina dkk, 2004, Perlindungan Terhadap Anak Yang Berhadapan dengan Hukum, Raja Grafindo Persada : Jakarta. Hlm. 76

yang selama ini telah membudaya dikalangan masyarakat, yaitu nilai-nilai musyawarah-mufakat yang merupakan *way of life* bangsa Indonesia. Dengan demikian pengaturan konsep tindak pidana yang tidak jelas (kabur) dan kurang lengkap, yang terdapat dalam ketentuan-ketentuan di KUHP, KUHPA, maupun peraturan perundang-undangan lainnya, hal tersebut diharapkan dapat direkonstruksikan dengan berlandaskan pada pendekatan *keadilan restorative* melalui mekanisme mediasi penal dan dalam bentuk kombinasi antara *victim offender mediation* dan *police-led conferencing*.¹⁵

Restorative justice timbul karena sistem peradilan pidana yang ada hingga sampai saat ini tidak bisa berjalan sesuai dengan nilai atau rasa keadilan, khususnya dalam proses penyelesaian perkara tindak pidana ringan. Proses perkara tindak pidana ringan yang diajukan ke pengadilan tidak memberikan ruang yang cukup untuk kepentingan korban dan pelaku. Dengan kata lain, sistem peradilan pidana konvensional seperti saat ini sering menyebabkan ketidakpuasan dan kekecewaan masyarakat. Ini pada dasarnya adalah menjadikan kebutuhan akan *restorative justice* sebagai solusi penyelesaian perkara tindak pidana ringan dalam rangka memenuhi rasa keadilan di masyarakat, terutama bagi korban dan pelaku. Dalam kasus tindak pidana, khususnya tindak pidana ringan, tidak cukup hanya sekedar mengenakan sanksi pada pelaku pidana yang bertentangan dengan hukum, atau perbuatan

¹⁵ *Ibid.*

tersebut hanya memenuhi rumusan delik dalam Undang-Undang, akan tetapi hendaknya dapat juga dilakukan melalui upaya lain yang tidak selalu berakhir dengan sanksi pidana. Dalam penanganan perkara tindak pidana ringan selama ini proses penanganan perkaranya dilakukan melalui Acara Pemeriksaan Cepat (APC).

Sistem Peradilan Pidana Indonesia dalam perkembangannya memasuki babak baru khususnya dalam penyelesaian perkara pidana. Setelah lahirnya UU Sistem Peradilan Pidana Anak yang menerapkan keadilan restoratif melalui diversi kini giliran Kejaksaan menerapkan prinsip keadilan restoratif dalam proses penuntutan. Pengaturan tentang keadilan restoratif ini dalam rangka pencapaian keadilan dan perbaikan maupun pemulihan keadaan setelah peristiwa dan proses peradilan pidana. Keadilan restoratif ini berbeda dengan keadilan retributif (menekan keadilan pada pembalasan).

Keadilan restoratif adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisih dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini. Keadilan restoratif merupakan model untuk menyelesaikan perkara pidana yang melibatkan korban dan pelaku kejahatan dengan tujuan agar tercapainya keadilan bagi kedua pihak paling tidak untuk menghindari stigma panjang hukuman.

Dalam penyelesaian tindak pidana terkait harta benda, tindak pidana yang dilakukan terhadap orang, tubuh, nyawa, dan kemerdekaan orang dan tindak pidana dilakukan karena kelalaian ketentuan tentang nilai kerugian dapat dikecualikan. Pendekatan keadilan restoratif bukan asas, bukan sekedar konsep tetapi lebih dalam dari itu, pendekatan keadilan restoratif merupakan suatu proses berpikir (filsafati) dalam mempelajari suatu ilmu, sehingga mampu dipelajari secara menyeluruh sebagai filsafat peradilan karena merupakan dasar dalam penyusunan lembaga peradilan. Restorative *Justice* dalam ilmu hukum pidana harus bertujuan untuk memulihkan kembali ke keadaan seperti sebelum terjadi kejahatan.¹⁶

Pemberlakuan *restorative justice* menunjukkan bahwa pembangunan hukum pidana nasional saat ini kembali dibangun berdasarkan kekayaan kearifan lokal sebagai kultur asli sebuah masyarakat. Namun demikian, dalam banyak pandangan dan penelitian disebutkan pula bahwa pendekatan restoratif justru menghambat penegakan hukum karena menghindarkan orang yang bersalah untuk dihukum atau dalam sistem peradilan pidana anak hanya dimaknai menjauhkan anak dari penjara, sementara dalam pandangan lain, pendekatan keadilan restoratif justru memiliki makna mengembalikan

¹⁶ *Ibid.*

keseimbangan yang hilang (*rebalancing system*) dari sistem peradilan pidana konvensional.¹⁷

Restorative justice saat ini menjadi pendekatan keadilan baru dan menjadi sebuah paradigma yang dipahami secara lebih konseptual sehingga mempengaruhi jalan pikiran dalam berilmu dan menerapkan ilmu. Paradigma tersebut akan menuntun atau memberikan pedoman bagi penegak hukum dalam berolah pikir atau menjelaskan konsepsi tertentu. Latar belakang pragmatisme tersebut antara lain untuk mengurangi stagnasi atau penumpukan perkara (*the problems of court case overload*) dan untuk penyederhanaan proses peradilan.¹⁸ Pemikiran tersebut di atas didasarkan pula pada kerangka teoritik terkait kearifan lokal dalam hukum adat di Indonesia yang berlandaskan alam pikiran kosmos, magis dan religius yang sudah lama mengenal lembaga mediasi penal ini, antara lain di Sumatera Barat, Aceh, dan hukum adat Lampung.¹⁹ Upaya penyelesaian tindak pidana di luar proses peradilan merupakan proses penyelesaian perkara tindak pidana dengan cara kesepakatan oleh para pihak diluar kewenangan Pengadilan dengan

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ upaya untuk mengurangi beban pengadilan (penumpukan perkara), di beberapa negara lain juga ditempuh dengan dibuatnya ketentuan mengenai "penundaan penuntutan" ("suspension of prosecution") atau "penghentian/penundaan bersyarat" ("conditional dismissal/discontinuation of the proceedings") walaupun bukti-bukti sudah cukup, seperti diatur dalam Pasal 248 KUHP (Hukum Acara Pidana) Jepang *) dan Pasal 27-29 KUHP (Hukum Pidana Materiil) Polandia. (Lihat Barda Nawawi Arief, 2000, Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara, cetakan ke-3, BP UNDIP : Semarang. Hlm. 169-171).

¹⁹ Hilman Hadikusuma, 1979, Hukum Pidana Adat, Alumni : Bandung dan Natangsa Surbakti, 2003, Gagasan Lembaga Pemberian Maaf Dalam Konteks Kebijakan Pembaharuan Sistem Peradilan Pidana di Indonesia, Tesis S2 Hukum UNDIP : Semarang. Hlm, 76

realisasi pihak ketiga dengan memposisikan pelaku tindak pidana dengan korban dalam level yang sama.

Kebijakan hukum pidana dalam penanggulangan tindak pidana melalui upaya penyelesaian di luar proses hukum positif saat ini dalam prakteknya ditujukan untuk tercapainya “solusi sama-sama untung” atau “*win-win solution*”. Covey mengemukakan bahwa penyelesaian secara “*win-win solution*” atau menang-menang, dapat memuaskan semua pihak yang berperkara sama-sama untung, karena secara filosofisnya adalah:²⁰

“Win-Win is a frame of mind and heart that constantly seeks mutual benefit in all human interactions. Win-Win means that agreements or solutions are mutually beneficial, mutually satisfying. With a Win-Win solution, all parties feel good about the decision and feel committed to the action plan. Win/Win sees life as a cooperative, not a competitive arena”.

Lebih jelas lagi Covey mengemukakan bahwa *win-win solution* adalah suatu kerangka berpikir dan perasaan yang senantiasa mencari manfaat bersama dalam segala interaksi antar manusia. *Win-win solution* berarti semua orang untung, karena kesepakatan atau pemecahan masalahnya menguntungkan dan memuaskan kedua belah pihak. Dengan pemecahan yang menguntungkan, semua pihak merasa senang terhadap keputusan yang diambil serta terikat untuk ikut melaksanakan rencana tindakan yang telah disepakati. Menurut Lembaga yang disediakan untuk penyelesaian diluar proses adalah *restorative justice* yang dalam mekanisme prosesnya ada mediasi dengan harus

²⁰ Covey, 1994, *The Seven Habits of Highly Effective People* (terjemahan), Covey Leadership Center. Hlm. 3

menghormati norma hukum sosial/adat serta memenuhi asas keadilan. Masalah “substansi” kesepakatan serta bagaimana realisasinya/dilibatkannya pihak ketiga ditentukan secara bersama.²¹

Dalam rangka penerapan keadilan restoratif Kejaksaan Agung Republik menghentikan 302 perkara berdasarkan keadilan restoratif. Rinciannya, 222 perkara pada 2020 dan 80 perkara pada Januari-Agustus 2021 yang terdiri dari 73 perkara orang dan harta benda dan 7 perkara terkait keamanan negara dan ketertiban umum serta tindak pidana umum lain. Penyelesaian perkara dengan keadilan restoratif ini diatur dalam Peraturan Kejaksaan Nomor 15 Tahun 2020 tentang Penghentian Penuntutan Berdasarkan Keadilan Restoratif (RJ). Namun, dalam pelaksanaannya penerapan *restorative justice* yang dilakukan jaksa menimbulkan pro dan kontra. Marshall dan Merry mengungkapkan kelemahan atau hambatan yang dihadapi oleh mediasi penal, yaitu :²²

1. Masalah operasional

- a. Rekomendasi kasus untuk memakai mediasi. Hal ini merupakan masalah umum yang sering terjadi. Seperti telah disebutkan sebelumnya, pemahaman dan kerjasama antara aparat penegak hukum masih kurang hingga sulit meyakinkan mereka merekomendasi kasus untuk diselesaikan melalui mediasi penal.

²¹ ibid

²² Lilik Prihatin, Perspektif Mediasi Penal Dan Penerapannya Dalam Perkara Pidana, Pakuan Law Review Volume 1, Nomor 1, Januari-Juni 2015. Hlm. 10

- b. Terbatasnya waktu. Mediasi penal tergabung dalam sistem peradilan pidana maka ada keterbatasan waktu dalam memediasi suatu kasus, walaupun kasus tersebut sangat kompleks atau sensitif.
- c. Kurangnya persiapan dan tidak lanjut Banyak mediator yang kurang mempersiapkan diri dalam menghadapi suatu kasus, padahal tingkat kompleksitas dan sensitivitas tiap kasus berbeda-beda. Selain itu, mediator juga sering menganggap tugasnya selesai ketika para pihak sudah mencapai kesepakatan. Padahal, tindak lanjut berupa pengawasan terhadap implementasi kesepakatan juga harus dilakukan.
- d. Penggunaan mediasi tidak langsung akan banyak memakan waktu dan kurang produktif dibandingkan bila korban dan pelaku saling bertemu secara langsung.

Kurangnya sumber daya. Kuantitas dan kualitas sumber daya manusia terbatas atau sumber daya berupa fasilitas (seperti ruang mediasi) tidak tersedia, maka akan mengganggu jalannya proses mediasi penal. Ruang khusus untuk mediasi mutlak diperlukan sesuai asas kerahasiaan proses mediasi yang harus dijaga. Jaksa juga belum mengetahui bagaimana harus menentukan sikap pada saat meneliti berkas yang arahnya akan diselesaikan melalui mekanisme *restorative justice* atau dengan kata lain apabila jaksa merasa dapat dilakukan *restorative justice*, mengapa tidak dilakukan

selama pra penuntutan (Penyidikan) yang dilakukan polisi, hal ini disoroti sikap jaksa yang dianggap *plin plan* yang menyatakan berkas lengkap dan dapat dilakukan tahap penuntutan (P-21) tetapi pada kenyataannya dilakukan *restorative justice*.

2. Kegagalan untuk mempertahankan tujuan awal

Hal ini terjadi karena masih dominannya paradigma dan budaya sistem peradilan pidana, hingga tujuan mediasi penal yang tergabung dalam sistem tersebut bisa luntur atau goyah. Kompensasi Sering kali pelaku yang melakukan tindak kriminal memang miskin hingga tidak mampu membayar kompensasi yang diajukan oleh korban yang mengakibatkan gagal tercapainya kesepakatan.

3. Akuntabilitas pelaku.

Banyak pelaku yang hanya memanfaatkan mediasi penal sebagai cara untuk menghindar dari peradilan pidana (penjara). Setelah tercapai kesepakatan perdamaian, mereka tidak mau melaksanakannya. Walaupun keikutsertaan dalam proses mediasi penal pada dasarnya bersifat sukarela, namun korban dan pelaku masih mungkin merasa terpaksa untuk ikut serta. Kalau tidak ikut atau tidak mau menerima kesepakatan yang dihasilkan, mereka bertanggung jawab terhadap seorang yang harus disidang di pengadilan dan mungkin dijatuhi hukuman yang lebih buruk.

4. Kurangnya pengetahuan masyarakat

Pengetahuan masyarakat yang menganggap semua perkara dapat dihentikan penuntutannya membuat kendala sendiri bagi jaksa untuk melakukan penghentian penuntutan. Selain itu penghentian penuntutan dijadikan lahan oleh pihak-pihak tertentu untuk mencari keuntungan.

Kendala-kendala di atas menjadi penghambat bagi integrasi mediasi penal sebagai bentuk *restorative justice* dalam sistem peradilan pidana di Indonesia. Selain itu, keberadaan mediasi penal saat ini belum sepenuhnya didukung oleh substansi hukum yang memadai. Pelaksanaan mediasi penal sebagai bentuk *restorative justice* hanya diatur dalam beberapa peraturan-peraturan perundang-undangan khusus dan dalam penerapannya diatur pada aturan-aturan teknis lembaga-lembaga penegak hukum atau dapat dikatakan bahwa *restorative justice* belum sepenuhnya menjadi *penal policy* dalam sistem peradilan pidana.

Salah satu kasus yang banyak terjadi dalam masyarakat adalah kasus malpraktik dalam dunia kedokteran. Malpraktik merupakan perbuatan jahat atau buruk, yang tidak memenuhi standar yang ditentukan oleh profesi. Malpraktik medis merupakan praktek kedokteran atau tenaga kesehatan yang dilakukan dengan cara tidak tepat atau menyalahi undang-undang dan kode etik. Malpraktik dikatakan sebagai tindakan yang dilakukan oleh tenaga kesehatan dalam praktek jahat

ataupun buruk dimana hal tersebut dikarenakan tidak terpenuhinya suatu standar yang awalnya telah di tentukan oleh profesi.²³

Praktik penyelesaian perkara malpraktik di bidang kedokteran menggunakan 2 (dua) jalur, sebagai berikut: melalui jalur di pengadilan dan jalur diluar pengadilan. Di dalam praktik pengadilan perkara malpraktik kedokteran memiliki kendala yang tidak ringan, yakni terletak pada unsur beban pembuktian, panjangnya waktu yang harus ditempuh, serta biaya yang tidak sedikit. Ditambah lagi dengan beraneka ragam akibat lainnya seperti adanya pencemaran nama baik yang dapat digugat balik oleh pihak yang dirugikan.²⁴ Kelemahan dan ketidakpuasan tentang penyelesaian perkara di pengadilan terhadap malpraktik kedokteran mendorong masyarakat untuk mencari alternatif penyelesaian perkara. Metode dalam penyelesaian perkara pidana salah satunya dengan memakai pendekatan keadilan restoratif yaitu Mediasi Penal. Selaku penyelesaian perkara alternatif malpraktik di bidang kedokteran adalah mediasi penal, selain berguna untuk pasien serta keluarga yang bersangkutan, dunia kedokteran dan masyarakat Indonesia.

Sejak kemerdekaan sampai saat ini, Indonesia telah mengalami tiga kali pemberlakuan Undang-Undang tentang Kesehatan yakni Undang-Undang No.9 Tahun 1960, Undang-Undang No.23 Tahun 1992, dan

²³ M. Nurdin, Perlindungan Hukum Terhadap Pasien Atas Korban Malpraktik Kedokteran, Jurnal Hukum Samudra Keadilan, Fakultas Hukum Universitas Samudra, Vol. 10, No. 01, 2015, hlm. 10

²⁴ Susanti Adi Nugroho, 2019, Manfaat Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa, Prenadamedia Group, Jakarta, hlm. 265.

Undang-Undang No.36 Tahun 2009. Ketentuan terkait malpraktik kedokteran dalam UU No.36 tahun 2009 diatur dalam Pasal 29 dan Pasal 58. Ketentuan Pasal 29 UU No.36 tahun 2009 menentukan : “Dalam hal tenaga kesehatan diduga melakukan kelalaian dalam menjalankan profesinya, kelalaian tersebut harus diselesaikan terlebih dahulu melalui mediasi” Ketentuan ini memberikan indikasi bahwa tenaga kesehatan dalam menjalankan profesinya tidak selamanya berjalan sesuai dengan yang diharapkan pasien untuk mendapatkan penanganan yang baik dan memperoleh kesembuhan dari penyakit yang diderita. Jika terjadi sengketa antara pasien dan tenaga kesehatan pemberi pelayanan kesehatan yang diduga melakukan kelalaian, maka sebelum berlanjut pada penyelesaian sengketa lewat pengadilan, maka ditempuh jalur mediasi dengan menunjuk mediator yang disepakati oleh para pihak. Penyelesaian sengketa melalui mediasi diharapkan dapat mempertemukan para pihak yang bersengketa untuk menempuh jalan damai dengan keputusan yang tidak merugikan para pihak.

Korban atau yang mewakili korban dalam kaitan dengan tindak pidana malpraktik kedokteran dapat meminta pertanggung jawaban dokter sebagaimana diatur dalam ketentuan pidana dalam Pasal 90, Pasal 359, Pasal 360 ayat (1) dan (2) serta Pasal 361 KUHP. Pasal 359 KUHP merumuskan bahwa: “Barangsiapa karena kesalahannya (kealpaannya) menyebabkan orang mati, dipidana dengan pidana penjara selamalamanya lima tahun atau pidana kurungan selamalamanya satu

tahun”. Pasal 360 ayat (1) KUHP merumuskan bahwa “Barang siapa karena kesalahannya (kealpaannya) menyebabkan orang luka berat dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya lima tahun atau pidana kurungan selama-lamanya satu tahun”. Pasal 360 ayat (2) merumuskan bahwa “Barang siapa karena kekhilafan menyebabkan orang luka sedemikian rupa sehingga orang itu menjadi sakit sementara atau tidak dapat menjalankan jabatan atau pekerjaannya sementara, dipidana dengan pidana penjara selama-lamanya sembilan bulan atau pidana kurungan selama-lamanya enam bulan atau pidana denda setinggi-tingginya empat ribu lima ratus rupiah. Padanan Pasal KUHP Baru adalah Pasal 474 Ayat 2 dan 474 Ayat 3 .

Beberapa kasus malpraktik kedokteran yang terjadi di Indonesia adalah: ²⁵

- 1) Kasus infeksi Pasca Cisar di Jakarta di mana seorang ibu yang melahirkan melalui cesar mengalami infeksi yang menyebabkan perutnya berlubang dan mengeluarkan bau busuk dan sejak operasi cesar selesai pihak rumah sakit sama sekali tidak melakukan kontrol bahkan tidak mengganti perban selama 3 (tiga) hari. (Pasal 360 KUHP)
- 2) Kasus kebutaan anak setelah operasi usus buntu di Nusa Tenggara Timur . (Pasal 360 KUHP)

²⁵Castirih. 2021. Hubungan Kepatuhan Perawat dalam Pelaksanaan Standar Operasional Perawatan. Jurnal Health Sains Volum2 No. 1 Januari 2021 . Hlm. 24

- 3) Kasus kebutaan karena salah pemberian obat di Sulawesi Selatan yang menyebabkan kebutaan . (Pasal 360 KUHP)
- 4) Kasus suntik pada anak yang menyebabkan anak meninggal di Bekasi. (Pasal 359 UU Tenaga Kesehatan)
- 5) Kasus kain kasa tertinggal dalam pelaksanaan cesar di Mimika (Pasal 360 jo Pasal 361 KUHP).

Kebijakan formulasi hukum pidana terkait dengan penanggulangan tindak pidana malpraktik medis dapat dilihat dari ketentuan Pasal 29 UU Kesehatan yang berkaitan dengan dengan kelalaian, disebutkan bahwa dalam hal tenaga kesehatan diduga melakukan kelalaian dalam menjalankan profesinya, kelalaian tersebut harus diselesaikan terlebih dahulu melalui mediasi. Berkaitan dengan perlindungan pasien dapat dilihat dari ketentuan Pasal 56, Pasal 57, Pasal 58 UU Kesehatan. Undang-undang di Indonesia sampai saat ini belum mengatur perbuatan hukum yang disebut “malpraktik” sehingga definisi malpraktik merujuk kepada suatu perbuatan lalai/kelalaian (*culpa*) sebagaimana yang telah diatur dalam Pasal 1365-1367 BW. Ketentuan di atas menunjukkan bahwa malpraktik dalam Undang-undang Kesehatan lebih difokuskan pada hukum perdata.

Dalam penanganan perkara pidana, dimungkinkan adanya mediasi penal yang merupakan bentuk dari *restorative justice* baik pada tingkat penyelidikan, penyidikan atau penuntutan namun saat ini ketentuan mengenai *restorative justice* belum sepenuhnya diatur melalui peraturan

perundang-undangan kecuali tindak pidana yang dilakukan oleh anak. Adapun untuk tindak pidana lain masih dibatasi oleh kebijakan masing-masing lembaga misalnya di kepolisian hanya untuk tindak pidana ringan. Demikian pula dalam malpraktik kedokteran, pengaturan mediasi hanya sebatas sengketa keperdataan dalam hal adanya kerugian namun dalam hal telah menjadi objek perkara pidana, belum ada pengaturan mengenai pelaksanaan *restorative justice*.

Salah satu lembaga yang saat ini mengedepankan *restorative justice* dalam penanganan perkara pidana tertentu adalah Kejaksaan Republik Indonesia. Pada awalnya penanganan perkara pidana melalui *restorative justice* di atur dalam Peraturan Jaksa Agung Peraturan Kejaksaan Nomor 15 Tahun 2020 tentang Penghentian Penuntutan Berdasarkan Keadilan Restoratif. Namun sekarang dengan diberlakukannya Undang-undang No. 11 tahun 2021 tentang Perubahan atas Undang-undang No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia, ruang bagi *restorative justice* semakin terbuka dalam penanganan tindak pidana. Pasal 8 ayat (4) UU No. 11 Tahun 2021 menegaskan bahwa jaksa senantiasa bertindak berdasarkan hukum dan hati Nurani dengan mengindahkan norma keagamaan, kesopanan, kesusilaan serta wajib menggali dan menjunjung tinggi nilai kemanusiaan yang hidup dalam masyarakat serta senantiasa menjaga kehormatan dan martabat profesinya.

Dalam penjelasan umum Undang-undang ini ditegaskan pula bahwa adanya kewenangan kejaksaan dalam melaksanakan diskresi penuntutan

yang dilakukan untuk mempertimbangkan kearifan lokal dan nilai-nilai keadilan dalam masyarakat serta dalam rangka mengakomodasi perkembangan kebutuhan hukum dan rasa keadilan di masyarakat yang diharapkan akan menyeimbangkan antara keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Hal ini merupakan sebuah *penal policy* dalam penegakan hukum oleh lembaga kejaksaan.

Marc Ancel memberikan pengertian mengenai *penal policy* (kebijakan hukum pidana) sebagai suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.²⁶

Dikaji dari perspektif tujuan hukum, maka kebijakan hukum untuk menetapkan *restorative justice* sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana yang merupakan bagian dari proses peradilan pidana sangat dibutuhkan namun saat ini termasuk dalam penanganan tindak pidana malpraktek medik. Dalam Wewenang Menghentikan Penuntutan Pasal 3 Perja No 15 Tahun 2020 Ayat 1-5 memberikan kewenangan Penuntut Umum menutup perkara demi kepentingan hukum. Penutupan perkara demi kepentingan hukum dilakukan dalam hal terdakwa meninggal dunia, kedaluwarsa penuntutan pidana, telah ada putusan pengadilan yang

²⁶ Barda Nawawi Arif, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, *Op, Cit.* Hlm. 23

memperoleh kekuatan hukum tetap terhadap seseorang atas perkara yang sama (*nebis in idem*), pengaduan untuk tindak pidana aduan dicabut atau ditarik kembali atau telah ada penyelesaian perkara di luar pengadilan (*afdoening buiten process*). Hal ini menunjukkan bahwa penyelesaian perkara pidana melalui mediasi penal menjadi salah satu dasar penghentian perkara.

Penyelesaian perkara di luar pengadilan dapat dilakukan dengan ketentuan untuk tindak pidana tertentu, maksimum pidana denda dibayar dengan sukarela sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; atau telah ada pemulihan kembali keadaan semula dengan menggunakan pendekatan keadilan restoratif. Jika telah ada penyelesaian di luar pengadilan dengan keadilan restoratif, penuntutan dihentikan. Penghentian penuntutan berdasarkan keadilan restoratif dilakukan oleh Penuntut Umum secara bertanggung jawab dan diajukan secara berjenjang.

Pertimbangan untuk menghentikan penuntutan harus memperhatikan kepentingan korban dan kepentingan hukum lain yang dilindungi, penghindaran stigma negatif, penghindaran pembalasan, respon dan keharmonisan masyarakat; dan kepatutan, kesusilaan, dan ketertiban umum.²⁷ Selain itu penghentian penuntutan berdasarkan Keadilan Restoratif dilakukan dengan mempertimbangkan: subjek, objek,

²⁷ Yul Ernis, Diversi Dan Keadilan Restoratif Dalam Penyelesaian Perkara Tindak Pidana Anak Di Indonesia, Jurnal Ilmiah Kebijakan Hukum Volume 10 No. 2 Tahun 2016.

kategori, dan ancaman tindak pidana, latar belakang terjadinya dilakukannya tindak pidana, tingkat ketercelaan, kerugian atau akibat yang ditimbulkan dari tindak pidana *cost and benefit* penanganan perkara; pemulihan kembali pada keadaan semula, dan adanya perdamaian antara korban dan tersangka.²⁸

Syarat Penghentian Penuntutan Perkara tindak pidana dapat ditutup demi hukum dan dihentikan penuntutannya berdasarkan keadilan restoratif dalam hal terpenuhi syarat sebagai tersangka baru pertama kali melakukan tindak pidana; tindak pidana hanya diancam dengan pidana denda atau diancam dengan pidana penjara tidak lebih dari 5 (lima) tahun dan tindak pidana dilakukan dengan nilai barang bukti atau nilai kerugian yang ditimbulkan akibat dari tindak pidana tidak lebih dari Rp2.500.000,00 (dua juta lima ratus ribu rupiah).²⁹

Penentuan angka kerugian yang timbul dari suatu tindak pidana untuk dapat diselesaikan melalui mekanisme *restorative justice*) di atas menunjukkan bahwa *restorative justice* tidak dapat diterapkan untuk tindak pidana yang menyebabkan kerugian berupa cacat ataupun meninggal namun demikian dalam Pasal 29 Undang-undang Kesehatan telah ditegaskan bahwa dalam hal tenaga kesehatan diduga melakukan kelalaian dalam menjalankan profesinya, kelalaian tersebut harus diselesaikan terlebih dahulu melalui mediasi. Dalam Perja No. 15 Tahun

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Pasal 5 Peraturan Jaksa Agung No. 15 Tahun 2020 tentang Penghentian Penuntutan Berdasarkan Keadilan Restoratif.

2020 telah ditegaskan bahwa salah satu alasan penghentian penuntutan adalah telah tercapainya kesepakatan antara para pihak untuk tindak pidana yang ancaman hukumannya tidak melebihi 5 tahun dengan nilai kerugian tidak melebihi Rp. 2.500.000.

Penanganan tindak pidana untuk malpraktik kedokteran dalam realitasnya membutuhkan waktu yang sangat panjang untuk sampai pada tahap berkekuatan hukum tetap sehingga para korban malpraktik harus menunggu waktu yang sangat lama untuk memperoleh kepastian atas kerugian yang dialaminya baik materil maupun immaterial dan ketika putusan dijatuhkan, para terdakwa yang melakukan malpraktik dihukum hanya sampai 2 tahun antara lain dapat dilihat dalam kasus di bawah ini:³⁰

- 1) Kasus dr. TW, Sp. OG divonis bersalah setelah Peninjauan Kembalinya ditolak majelis hakim dengan 6 (enam) bulan penjara pada tahun 2012
- 2) dr. WPA divonis bersalah sampai tingkat Kasasi dengan hukuman 6 (enam) bulan penjara pada tahun 2012;
- 3) dr. DASP, dr. HS, dr. HIS divonis bebas setelah Peninjauan Kembali (PK) pada tahun 2014;
- 4) dr. BS, Sp. B divonis bebas setelah Peninjauan Kembali (PK) pada tahun 2014

³⁰ Mahkamah Agung RI. Direktori putusan Pengadilan. Available at: <http://https://putusan.mahkamahagung.go.id/> diakses 11 Juni 2022

Dalam kasus di atas dapat dilihat bahwa setelah melalui perkara yang sangat panjang, terdakwa pada akhirnya dibebaskan oleh Majelis Hakim Peninjauan Kembali. Dalam hal ini pelaksanaan perkara yang panjang ini tentu saja melahirkan banyak kerugian bagi pelaku maupun korban baik materi maupun non materi. Kondisi ini tentu saja dapat dihindarkan jika dari awal upaya penanganan perkara ini dilakukan melalui mekanisme *Restorative justice*.

Kehadiran mediasi penal dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran menjadi salah satu alternatif dalam memberikan keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum baik bagi tenaga medik yang menjadi tersangka atau terdakwa maupun bagi para keluarga korban namun permasalahan yang kemudian timbul adalah ketidakjelasan kedudukan hasil kesepakatan terhadap proses pidana yang sedang berjalan. Untuk melakukan penghentian penuntutan, kasus malpraktik tidak termasuk dalam kategori tindak pidana yang dapat diberikan diskresi penuntutan sebagaimana diatur dalam Perja No. 15 tahun 2020 sementara dalam Undang-undang Kesehatan telah ditegaskan mengenai upaya mediasi penal sebagai upaya pertama yang harus ditempuh dalam kasus malpraktik. Hal yang kemudian menarik untuk dikaji adalah kedudukan hasil kesepakatan para pihak dalam penanganan tindak pidana apakah dapat menjadi alasan penghentian penuntutan atau hanya untuk memberikan keringanan dalam menjatuhkan hukuman.

Berdasarkan uraian di atas, maka peneliti tertarik untuk melakukan penelitian dan selanjutnya dituangkan dalam bentuk Disertasi *Restorative Justice* Sebagai Alternatif Penyelesaian Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran Di Luar Sistem Peradilan Pidana.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, penulis mengajukan rumusan masalah berikut:

1. Bagaimanakah filosofi *restorative justice* dalam penyelesaian tindak pidana malpraktik kedokteran ?
2. Bagaimanakah kemungkinan penerapan *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran di Indonesia?
3. Bagaimanakah konsep ideal *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran sebagai alternatif penyelesaian perkara oleh jaksa selaku penuntut umum?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan masalah di atas, maka tujuan yang ingin penulis capai dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk menganalisis dan menemukan filosofi *restorative justice* dalam penyelesaian tindak pidana malpraktik kedokteran.
2. Untuk menganalisis dan menemukan kemungkinan penerapan *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran di Indonesia.

3. Untuk menganalisis dan menemukan konsep ideal *restorative justice* dalam penanganan tindak pidana malpraktik kedokteran sebagai alternatif penyelesaian perkara oleh jaksa selaku penuntut umum.

D. Manfaat Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat digunakan dan bermanfaat bagi kepentingan akademis maupun bagi kepentingan praktis:

- a. Bagi kalangan akademisi

Hasil penelitian ini diharapkan dapat dijadikan sumber pengembangan ilmu pengetahuan khususnya studi hukum pidana guna melakukan pengkajian lebih lanjut dan mendalam tentang alat bukti dalam perkara pidana yang tidak hanya menyangkut norma substantif tetapi juga menyangkut pemahaman konsep dan teori yang berhubungan dengan pemecahan hukum dari Keadilan Restoratif.

- b. Bagi pemerintah khususnya para penegak hukum

Dari hasil penelitian ini dapat dijadikan masukan dalam mengambil langkah-langkah kebijakan yang tepat bagi pemerintah, atau dengan kata lain agar pemerintah khususnya para penegak hukum dapat menerapkan *Restorative justice* sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana.

E. Keaslian Penelitian

Berdasarkan hasil penelusuran terhadap kesamaan maupun keterkaitan yang mengkaji mengenai judul dan permasalahan hukum yang diteliti dari beberapa penelitian yang dikeluarkan oleh beberapa perguruan tinggi di Indonesia dan penelitian yang dikeluarkan oleh Universitas Hasanudin, serta mencari beberapa referensi, baik cetak, elektronik maupun media *online* (internet), penulis tidak menemukan karya ilmiah, skripsi, tesis ataupun disertasi yang spesifik meneliti dan mengkaji tentang *Restorative Justice* Sebagai Alternatif Penyelesaian Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran Di Luar Sistem Peradilan Pidana. Beberapa penelitian yang telah ada tersebut diantaranya sebagai berikut:

- a. Machli Riyadi, 2016, Prinsip Penyelesaian Malpraktik kedokteran melalui Mediasi, Disertasi di Universitas Airlangga Surabaya. Disertasi tersebut memiliki persamaan dengan penelitian ini yakni meneliti mengenai penyelesaian malpraktik melalui jalur mediasi sebagai salah satu bentuk *Restorative justice*. Perbedaan antara disertasi tersebut dengan penelitian ini adalah mekanisme penyelesaian secara damai yang dimaksud dalam disertasi tersebut bukan pada tahapan penanganan tindak pidana sedangkan dalam penelitian ini, fokus penelitian pada saat penanganan tindak pidana oleh penegak hukum.
- b. Yuli Budiningsih, 2012, Landasan Metodologis Keputusan Etis Dokter Penengah dalam Mencegah dan Menyelesaikan Sengketa

Medis, Disertasi Universitas Indonesia Jakarta. Disertasi tersebut memiliki persamaan dengan penelitian ini yakni meneliti mengenai penyelesaian malpraktik. Perbedaan antara disertasi tersebut dengan penelitian ini adalah mekanisme penyelesaian secara damai yang dimaksud dalam disertasi tersebut difokuskan pada peran Mediator bukan pada tahapan penanganan tindak pidana sedangkan dalam penelitian ini, fokus penelitian pada saat penanganan tindak pidana oleh penegak hukum.

- c. S. Tri Herlianto, 2015, Mediasi Penal sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Malpraktik Kedokteran, Universitas Diponegoro Semarang. Disertasi tersebut memiliki persamaan dengan penelitian ini yakni meneliti mengenai penyelesaian malpraktik melalui mediasi. Perbedaan antara disertasi tersebut dengan penelitian ini adalah mekanisme penyelesaian secara damai yang dimaksud dalam disertasi tersebut difokuskan pada peran kepolisian sedangkan dalam penelitian ini, fokus penelitian pada saat penanganan tindak pidana oleh penegak hukum mulai dari tingkat penyidikan sampai penuntutan.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kerangka Teori

1. Teori Penegakan Hukum

Soerjono Soekanto mengemukakan bahwa penegakan hukum adalah kegiatan menyasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantahkan sikap sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.³¹ Secara umum penegakan hukum dapat diartikan sebagai tindakan menerapkan perangkat sarana hukum tertentu untuk memaksakan sanksi hukum guna menjamin pentaatan terhadap ketentuan yang ditetapkan tersebut. Sedangkan menurut Satjipto Raharjo, penegakan hukum adalah suatu proses untuk mewujudkan keinginan-keinginan hukum (yaitu pikiran-pikiran badan pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan-peraturan hukum) menjadi kenyataan.³²

Kitab Undang Undang Hukum Pidana saat ini berasaskan legalitas yang menurut Moeljatno ada tiga pengertian yang terkandung di dalamnya yaitu :³³

³¹ Soerjono Soekanto, 2011, Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum, Raja Grafindo : Jakarta. Hlm. 5.

³² Satjipto Rahardjo, 1982, Masalah Penegakkan Hukum , Sinar Baru : Bandung. Hlm. 24

³³ Moeljatno, 1987, Asas-Asas Hukum Pidana, Bina Aksara : Jakarta. Hlm. 25

1. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana belum diatur dalam undang-undang.
2. Tidak boleh menggunakan analogi (kiyas) dalam menentukan perbuatan pidana
3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut”.

Dari pendapat di atas maka dapat dilihat bahwa hukum pidana materiil mengatur tindakan yang dilarang disertai dengan ancaman pidana dan menentukan tanggung jawab pidana. Sebagai hukum pidana formal, hukum pidana mengatur bagaimana prosedur penegakan hukum melaksanakan tugasnya dalam menegakkan hukum pidana materiil. Penegak hukum mulai dari polisi hingga pengadilan dalam menjalankan tugasnya untuk menegakkan hukum pidana materiil berdasarkan nilai-nilai kehidupan di masyarakat sehingga keadilan yang bermartabat akan tercapai.

Teguh Prasetyo mengemukakan bahwa penegakan hukum jika dilihat dari proses kebijakan, penegakan hukum pada dasarnya adalah penegakan kebijakan melalui beberapa tahapan. Pertama, tahap perumusan, yaitu tahap penegakan hukum secara abstrak oleh legislatif. Tahap ini juga bisa disebut tahap legislatif. Tahap kedua aplikasi adalah tahap penerapan hukum pidana oleh petugas penegak hukum dari polisi ke pengadilan. Tahap kedua ini

juga bisa disebut tahap kebijakan peradilan. tahap ketiga eksekusi adalah tahap penerapan hukum pidana secara konkrit oleh aparat pelaksana hukum pidana. Tahap ini dapat disebut tahap kebijakan eksekutif atau administratif.³⁴

Dari sejumlah pendapat di atas dapat disimpulkan bahwa penegakan hukum pidana dimulai dari badan legislatif, badan legislatif yang membuat undang-undang dan menentukan norma-norma dalam bentuk perintah dan larangan. Hukum yang dibuat oleh badan legislatif ini dapat mencerminkan ada atau tidak adanya nilai-nilai keadilan yang hidup di masyarakat. Penegakan hukum pidana juga dilakukan oleh pengadilan yaitu penerapan hukum pidana dalam bentuk hukum oleh aparat penegak hukum baik dari tingkat kepolisian hingga tingkat pengadilan. Penegakan hukum pidana tidak terlepas dari perilaku orang-orang dalam organisasi / lembaga penegakan hukum. Penegakan hukum pidana tentunya tidak dapat dilaksanakan secara total karena penegak hukum sangat dibatasi dalam hukum acara pidana dan hukum pidana substantif, oleh karena itu penegakan hukum pidana membutuhkan kinerja petugas penegak hukum yang progresif, yaitu menegakkan hukum pidana untuk mewujudkan keadilan, kesejahteraan dan kepentingan. orang-

³⁴ Teguh Prasetyo, 2011, Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana, Nusamedia : Bandung. Hlm. 111

orang. Supremasi hukum tidak diterjemahkan sebagai supremasi hukum, tetapi supremasi keadilan.³⁵

Penegakan Hukum (*law enforcement*) dalam arti luas mencakup segala kegiatan untuk melaksanakan dan menerapkan hukum serta melakukan tindakan hukum terhadap setiap pelanggaran atau penyimpangan hukum yang dilakukan oleh subjek hukum, baik melalui prosedur peradilan ataupun melalui prosedur arbitrase dan mekanisme penyelesaian sengketa lainnya. Pengertian yang lebih luas lagi, kegiatan penegakan hukum mencakup pula segala aktifitas yang dimaksudkan agar hukum sebagai perangkat kaedah normatif yang mengatur dan mengikat para subjek hukum dalam segala aspek kehidupan bermasyarakat dan bernegara benar-benar ditaati dan sungguh-sungguh dijalankan sebagaimana mestinya. Dalam arti sempit, penegakan hukum itu menyangkut kegiatan penindakan terhadap setiap pelanggaran atau penyimpangan terhadap peraturan perundang-undangan, khususnya yang lebih sempit lagi melalui proses peradilan pidana yang melibatkan peran aparat kepolisian, kejaksaan, advokat atau pengacara, dan badan-badan peradilan.³⁶

Penegakan hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Soerjono Soekanto, 2011, *loc. cit.*

harus dilaksanakan. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal dan damai, tetapi dapat terjadi kekacauan karena ada pelanggaran hukum. Melalui penegakan hukum inilah hukum itu menjadi kenyataan. Dalam menegakan hukum ada tiga unsur yang harus diperhatikan, yaitu: ³⁷

1. Kepastian Hukum (*rechtssicherheit*) . Hukum harus dilaksanakan dan ditegakkan. Hukum menentukan, maka itulah yang harus berlaku, pada dasarnya tidak boleh menyimpang. Itulah yang diinginkan oleh kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan perlindungan terhadap kepentingan hukum seseorang dari tindakan sewenang-wenang, yang berarti seorang akan memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.
2. Manfaat (*zweckmassigkeit*). Masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum adalah untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau ditegakkan timbul keresahan di dalam masyarakat.
3. Keadilan (*gerechtigheit*) Masyarakat sangat berkepentingan

³⁷ Sudikno Mertokusumo, 1999, Mengenal Hukum, Liberty : Yogyakarta. Hlm. 145

bahwa dalam pelaksanaan atau penegakan hukum keadilan diperhatikan. Dalam pelaksanaan dan penegakan hukum harus adil. Hukum tidak identik dengan keadilan. Hukum itu bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan. siapa yang mencuri harus dihukum, tanpa membeda-bedakan siapa yang mencuri. Sebaliknya, keadilan bersifat subjektif, individualistis, dan tidak menyamaratakan ³⁸

Penegakkan hukum sangat dipengaruhi oleh faktor-faktor non hukum, sehingga penegakan hukum tidak senantiasa sesuai dengan harapan, malah bisa saja di luar dari harapan. Menurut Soerjono Soekanto bahwa masalah pokok penegakan hukum sebenarnya terletak pada faktor-faktor yang mempengaruhinya. Faktor-faktor tersebut mempunyai arti yang netral, sehingga dampak positif atau negatifnya terletak pada isi faktor-faktor tersebut. faktor-faktor tersebut adalah sebagai berikut : ³⁹

1. Faktor hukumnya sendiri, yang di dalam tulisan ini akan dibatasi pada undang-undang saja.
2. Faktor penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum.

³⁸ Sudikno Mertokusumo, 1999, Mengenal Hukum, Liberty : Yogyakarta. Hlm. 145

³⁹ Soerjono Soekanto, 2016 , Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum, Rajawali Pers : Jakarta. Hlm. 8.

3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum.
4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan.
5. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta, dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Ramington dan Ohlin dalam bukunya Romli Atmasasmita mengemukakan bahwa penegakan hukum atau sistem peradilan pidana adalah penggunaan pendekatan sistem pada mekanisme administrasi peradilan pidana, dan peradilan pidana sebagai sistem adalah hasil interaksi antara hukum dan peraturan, praktik administrasi dan sikap atau perilaku sosial. Memahami sistem itu sendiri menyiratkan proses interaksi yang disiapkan secara rasional.⁴⁰ Penegakan hukum pidana juga tidak terlepas dari Sistem Pidana. Menurut Hulsmanyang dikutip oleh Barda Nawawi Arief,; “Sistem pidana (*the sentencing system*) adalah aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pidana (*the statutory rules relating to penal sanctions and punishment*)”⁴¹

⁴⁰ Romli Atmasasmita, 2010, Sistem Peradilan Pidana Kontemporer, Kencana Prenada Media Grup : Jakarta. Hlm. 2

⁴¹ Barda Nawawi Arief, 2009, Perkembangan Sistem Pidana di Indonesia, cetakan ke-II, Badan Penerbit Universitas Diponegoro : Semarang. Hlm. 1

Berdasarkan pemaparan di atas maka yang dimaksud dengan penegakan hukum disini adalah perbuatan/tindakan penegak hukum dalam menangani perkara anak yang didasarkan pada norma-norma hukum, guna mewujudkan nilai- nilai yang terkandung di dalamnya, dan bertujuan mewujudkan kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan.

2. Teori Tujuan Hukum

Hukum merupakan bagian dari perangkat kerja sebagai sistem sosial untuk mengintegrasikan kepentingan masyarakat sehingga tercipta suatu keadaan yang tertib, dengan demikian hukum melakukan tugasnya dalam menentukan prosedur yang harus dilaksanakan. Dalam hubungan antar masyarakat dengan menunjukkan ketertiban yang telah ditetapkan oleh sistem sosial baik di bidang ekonomi, perdagangan, lalu lintas yang sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Hukum dalam peranan di masyarakat mempunyai suatu tujuan. Mengenai tujuan hukum itu sendiri tidak terlepas dari sifat hukum yang universal. Namun tetap menyadari ciri khas dari masing-masing masyarakat atau bangsa. Sehingga tujuan hukum itu sendiri memiliki karakteristik atau kekhususan karena pengaruh falsafah yang menjelma menjadi ideologi masyarakat atau bangsa dan negara yang sekaligus

berfungsi sebagai cita hukum. Tujuan hukum pada umumnya atau tujuan hukum secara universal adalah semata-mata untuk keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Tujuan hukum ini merupakan satu urutan dimana merupakan persyaratan atau landasan bagi tujuan berikutnya. Tujuan hukum tidak akan dapat tercapai sebelum tujuan sebelumnya dapat diwujudkan.⁴²

a. Teori Tujuan Hukum Barat

Teori tujuan hukum barat yang pertama dikenal dengan teori etis yang dikenalkan oleh Aristoteles seorang filosof Yunani dalam bukunya yang berjudul "*Rhetorica* dan *Ethica Nicomachea*", Menurut pendapatnya hukum memiliki tujuan suci yaitu memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya. Pernyataan tersebut sependapat dengan Van Apeldoorn yang dimuat dalam bukunya yang berjudul "*Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*" bahwa tujuan hukum ialah mengatur tata tertib dalam masyarakat secara damai dan adil.⁴³ Aristoteles membagi keadilan ke dalam dua jenis, yaitu:⁴⁴

a) Keadilan Distributif (*justitia Distributia*) yaitu keadilan yang menuntut bahwa setiap orang mendapat apa yang

⁴² Achmad Ali, 2012, Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan, Kencana Prenada Media Group : Jakarta. Hlm. 212

⁴³ Soedikno Mertokusumo, 2008, Mengenal Hukum: Suatu Pengantar. Liberty 2008 : Yogyakarta. Hlm.77

⁴⁴ Purnadi Purbacaraka dan M. Chidir Ali, 1082, Disiplin Hukum, Alumni : Bandung. Hlm. 12

menjadi hak atau jatahnya (*suum cuique tribuere*), dengan kata lain, keadilan ini merupakan keadilan yang memberikan jatah kepada tiap-tiap orang berdasarkan porsinya, tanpa menuntut bagian yang sama atau persamaan untuk setiap orang melainkan perimbangan. Keadilan distributive ini berkaitan dengan tugas pemerintah terhadap warganya dalam menentukan apa yang dapat dituntut oleh warga masyarakat.

b) Keadilan Komutatif (*Justitia Commutativa*). Keadilan ini adalah keadilan yang didapatkan oleh setiap orang sama banyaknya, tanpa melihat porsi masing-masing orang. Dalam hal ini yang dituntut adalah kesamaan. Sesuatu dikatakan adil apabila setiap orang diperlakukan sama tanpa memandang kedudukan .

Teori Rawls,⁴⁵ mendistribusikan hak dan kewajiban secara seimbang di dalam masyarakat sehingga setiap orang berpeluang memperoleh manfaat darinya dan secara nyata, serta menanggung beban yang sama. Oleh karena itu, agar menjamin distribusi hak dan kewajiban yang berimbang tersebut, Rawls juga menekankan pentingnya kesepakatan yang fair di antara semua anggota masyarakat. Hanya

⁴⁵ Achmad Ali, *Op cit* . Hlm. 278

keepakatan fair yang mampu mendorong kerja sama sosial. Definisi “adil” oleh Rawls secara sederhana dijelaskan dalam suatu konsep yang disebut *Justice as Fairness*. Artinya, keadilan tidak berarti pemerataan absolut dalam sebuah masyarakat dengan cara diratakan oleh otoritas yang berdaulat secara penuh. Keadilan bagi Rawls adalah keadilan yang bijak pada setiap individu. Keadilan yang setara berarti memberikan kesempatan setara pada setiap individu untuk memberikan kualifikasi terbaiknya dalam masyarakat untuk menghasilkan capaian yang terbaik dari sebuah kompetisi. Dari kedua pendapat diatas, dapat disimpulkan bahwa tujuan hukum menurut teori etis ini tidak lain untuk menciptakan keadilan dalam masyarakat.

Teori Utilistis adalah tujuan hukum tidak lain hanya untuk merealisasikan kemanfaatan (utility). Salah satu tokoh penganut aliran Utilitarian adalah Jeremy Bentham (1748-1783), yang mempunyai pandangan dan pemikiran hukum yang diilhami oleh karya David Hume (1711-1776) yang merupakan seorang pemikir yang meruntuhkan dasar teoritis dari hukum alam, di mana inti ajaran Hume bahwa sesuatu yang berguna akan memberikan kebahagiaan.⁴⁶ Atas dasar pemikiran

⁴⁶ Bernard.L. Tanya. Dkk, 2010, Genta Teori Hukum, Stategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi, Publishing : Yogyakarta. Hlm. 89

tersebut, kemudian Bentham membangun sebuah teori hukum komprehensif di atas landasan yang sudah diletakkan Hume tentang asas manfaat. Menurutnya hakikat kebahagiaan “adalah kenikmatan dan kehidupan yang bebas dari kesengsaraan”. Bentham menyebutkan bahwa “*The aim of law is The Greatest Happiness for the greatest number.*”⁴⁷

Ajaran Bentham dikenal sebagai Utilitarianisme individual, yang menyatakan bahwa baik buruknya suatu perbuatan akan diukur apakah perbuatan itu mendatangkan kebahagiaan atau tidak. Bentham mencoba menerapkannya di bidang hukum yaitu perundang-undangan di mana baik buruknya ditentukan pula oleh ukuran tersebut sehingga undang-undang yang banyak memberikan kebahagiaan pada bagian terbesar masyarakat akan dinilai sebagai undang-undang yang baik, oleh karena itu diharapkan agar pembentuk undang-undang harus membentuk hukum yang adil bagi segenap warga masyarakat secara individual. Lebih lanjut Bentham berpendapat bahwa keberadaan negara dan hukum semata-mata sebagai alat untuk mencapai manfaat yang hakiki yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat.⁴⁸

⁴⁷ H.R Otje Salman, 2010, Filsafat Hukum (Perkembangan & Dinamika Masalah), Refika Aditama : Bandung. Hlm. 44.

⁴⁸ Lilik Rasyidi dan Ira Thania Rasyidi, 2004, Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum.

Teori Legalistik - Positivistik adalah tujuan hukum menurut teori ini adalah untuk mewujudkan kepastian hukum (legal certainty). Istilah Positivisme pertama kali dipergunakan oleh Saint Simon (1760 – 1825) yang lahir dari Prancis sebagai perubahan dalam menghadapi evolusi borjuis yang menentang kekuasaan feodal, dominasi raja dan gereja.⁴⁹ Menurut pandangan positivisme, pemberlakuan undang-undang karena undang-undang mendapatkan bentuk positif dari lembaga yang berwenang. Pertimbangan teoretis dan metafisik tidak diperbolehkan karena positivisme hukum adalah pengajaran ilmiah tentang hukum.⁵⁰ Hukum itu harus dapat dilihat dalam ketentuan undang-undang karena, hanya dengan itulah ketentuan hukum itu dapat diverifikasi. Adapun yang diluar undang-undang tidak dapat dimasukkan sebagai hukum.⁵¹ Dalam aliran hukum positif, dikenal adanya dua aliran, yaitu: 1. aliran hukum positif analitis yang dikenal sebagai analytical jurisprudence dengan tokohnya John Austin. 2. aliran hukum positif murni yang dikenal dengan teori hukum murni (*pure theory of law*) dipelopori dan dikembangkan oleh Hans Kelsen,

Citra Aditya Bhakti : Bandung. Hlm. 64.

⁴⁹ Khudzaifah Dimiyati. Dkk, 2017, Hukum & Moral, Basis Epistemologi Paradigma Rasional H.L.A. Hart, Genta Publishing : Yogyakarta. Hlm. 1

⁵⁰ Theo Huijbers, 1986, Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah, Kansius : Yogyakarta. Hlm. 128-129

⁵¹ Khudzaifah Dimiyati. dkk, *Op. cit* . Hlm..3

Aliran hukum positif analitis mendefinisikan hukum sebagai command dari pemberi hukum (perintah dari legislator atau penguasa), yang merupakan perintah dari otoritas / kedaulatan tertinggi. Hukum dianggap sebagai sistem yang logis, tetap dan tertutup (closed logic system) Ini berarti bahwa aturan dikurangi dari hukum yang berlaku tanpa perlu mempertimbangkan norma sosial, politik dan moral.⁵² Hukum benar-benar terpisah dari keadilan dan kemanfaatan, hukum hanya didasarkan pada kekuatan yang memegang kedaulatan.⁵³

Teori Hukum Murni *General theory of law and state*, merupakan bukunya Hans Kelsen, yang memuat dukungannya terhadap pendapat Austin bahwa undang-undang atau peraturan tersebut adalah perintah. Hans Kelsen mengemukakan tentang pendapat Austin bahwa "perintah adalah pernyataan kehendak seseorang dalam bentuk imperatif bahwa orang lain harus bertindak dengan cara tertentu, seorang individu yang objeknya adalah tindakan dari individu lain. Kelsen lebih lanjut menjelaskan bahwa seorang individu dapat secara khusus memberikan bentuk imperatif pada kemauannya ketika dia memiliki, atau yakin memiliki,

⁵² Otje Salman dan Anthon F. Susanto, 2013, *Teori Hukum, Mengingat, Mengumpulkan dan Membuka Kembali*, Refika Aditama : Bandung. Hlm. 80-81

⁵³ W. Friedmann, 1990. *Legal Theory*, Susunan I, diterjemahkan menjadi *Teori dan Filsafat Hukum* oleh Muhammad Arifin, CV. Rajawali : Jakarta. Hlm. 149

kekuatan tertentu atas individu lain, ketika dia atau berpikir dia berada dalam posisi yang membutuhkan kepatuhan. Sebuah perintah baru dapat disebut norma jika itu mengikat individu kepada siapa itu diarahkan, dan jika individu ini harus melakukan apa yang diminta perintah.

Teori hukum murni adalah teori hukum positif. Kelsen mempertanyakan dan menjawab pertanyaan, apa hukumnya? dan bukan bagaimana hukum yang sebenarnya?⁵⁴Tatanan hukum positif adalah hukum sebagaimana adanya, tanpa mempertahankannya dengan menyebutnya adil, atau menghujatnya dengan menyebutnya tidak adil. Tatanan hukum positif berupaya menghadirkan hukum yang nyata dan mungkin, bukan hukum yang benar, sehingga Kelsen menyatakan diskusi tentang keadilan harus dikecualikan dari ilmu hukum, karena keduanya adalah dua konsep yang berbeda.

b. Teori Tujuan Hukum Modern

Tujuan hukum mencakupi keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum dengan urutan prioritas, secara proposional, sesuai dengan kasus yang dihadapi dan ingin dipecahkan. Tokoh

⁵⁴ Satjipto Rahardjo, 2000, Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti : Bandung. Hlm. 272

aliran ini antara lain adalah Gustav Radbruch. Gustav Radbruch adalah seorang filosof hukum dari Jerman yang mengajarkan konsep tiga ide dasar hukum. Gustav Radbruch mengajarkan bahwa ada tiga ide dasar hukum yang oleh sebagian besar pakar teori hukum dan filsafat hukum, juga diidentikkan sebagai tiga tujuan hukum, yaitu keadilan (*gerechtigkei*t), kemanfaatan (*zweckmaeszigkei*t), dan kepastian hukum (*rechtssicherkei*t).⁵⁵

Radbruch mengemukakan bahwa kepastian hukum merupakan untunan utama terhadap hukum ialah, supaya hukum menjadi positif, dalam artian berlaku dengan pasti. Hukum harus ditaati, dengan demikian hukum sungguh-sungguh positif.⁵⁶ Hukum dituntut untuk memiliki kepastian dengan maksud bahwa hukum tidak boleh berubah-ubah. Sebuah undang-undang yang telah diberlakukan akan mengikat bagi setiap orang dan sifatnya tetap sampai undang-undang tersebut ditarik kembali. Permasalahan yang sering terjadi akibat kekeliruan memahami makna dari kepastian hukum adalah sering kali bunyi bahkan sifat redaksional dari sebuah pasal dalam undang-undang dipertahankan secara mutlak, sehingga yang terjadi sebagaimana ada ungkapan: *lex duras sed tamen scripta*, yang artinya undang-undang adalah

⁵⁵ Achmad Ali, 2012, *op cit.* Hlm. 3.

⁵⁶ Notohamidjojo, 2011, Soal-Soal pokok Filsafat Hukum, Griya Media : Salatiga. Hlm. 33-34.

keras, tetapi mau tidak mau memang demikian bunyinya. Hukum harus memiliki kepastian, untuk itu maka hukum harus berupa peraturan tertulis. Akan tetapi sangat penting untuk dipahami bahwa Undang-undang tidak dapat menguras hukum.⁵⁷

Selanjutnya kemanfaatan dikaitkan dengan hukum sebagai sesuatu yang harus dituju untuk sesuatu yang berfadah atau memiliki manfaat. Tokoh aliran utilitis Jeremi Bentham mengatakan bahwa hukum bertujuan untuk menjamin kebahagiaan yang terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak- banyaknya (*the greatest good of the greatest number*)", pada hakekatnya yang menjadi inti ajaran teori utilitis bahwa tujuan hukum adalah menghasilkan kesenangan atau kebahagiaan yang terbesar bagi jumlah orang yang terbanyak.⁵⁸ Kelemahan dari ajaran ini adalah kebahagiaan yang dikemukakan oleh aliran utiliti ini berupa numerik jadi selama sudah ada sebagian besar masyarakat yang mendapat keberuntungan oleh hukum dengan demikian tidak masalah jika ada sebagian kecil yang dikorbankan haknya, padahal hukum melihat dan melindungi manusia bukan hanya dalam bentuk

⁵⁷ Sudikno Mentokusumo, 1993, Bab Bab Tentang Penemuan Hukum, Citra Aditya Bakti : Bandung. Hlm. 53

⁵⁸ Sudikno Mertokusumo, 2008, Mengenal Hukum Sebuah Pengantar, Liberty : Yogyakarta . Hlm. 80

sebuah masyarakat akan tetapi hukum juga harus melihat manusia dari eksistensinya sebagai individu. Maka dari itu tidak dibenarkan kalau ada sebagian individu yang dikorbankan haknya.

Tujuan selanjutnya adalah keadilan, Radbruch mengemukakan bahwa bahwa keadilan sudah cukup apabila kasus- kasus yang sama diperlakukan secara sama.⁵⁹ Teguh Prasetyo mengemukakan pandangannya bahwa orang dapat saja mengatakan tujuan hukum adalah keadilan saja, dan itu berarti di dalam keadilan itu sudah pasti ada pula kepastian dan selalu saja diperoleh manfaat”,⁶⁰ Tujuan hukum satu-satunya adalah tidak lain daripada mewujudkan keadilan. Bahwa pendapat yang secara panjang lebar menguraikan bahwa hukum bertujuan untuk tiga tujuan yaitu keadilan kepastian dan kemanfaatan, rasionalisasi yang tepat bahwa kalau keadilan yang dikejar maka kepastian dan kemanfaatan secara otomatis akan terwujud, karena baik kemanfaatan dan kepastian adalah bagian dari keadilan itu sendiri. Jadi pada hakikatnya kepastian dan kemanfaatan tidak diposisikan sejajar dengan keadilan sebagai tujuan hukum akan tetapi sebagai sarana untuk mencapai keadilan itu sendiri.

⁵⁹ Notohamidjojo, 2011, *ibid.* Hlm. 34.

⁶⁰ Teguh Prasetyo, 2010, Hukum Pidana, Rajawali Press : Jakarta. Hlm. 133.

Pembaharuan hukum atau juga sering disebut dengan reformasi hukum di Indonesia bukan sekadar mengubah, menumbuhkan, mengoreksi, mereview, mengganti atau menghapus sama sekali ketentuan kaidah dan asas hukum dalam hukum dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam suatu sistem hukum. pembaharuan hukum lebih merupakan ruh dalam hukum, mewujudkan melalui pengubuhan, penambahan, penggantian atau penghapusan suatu ketentuan, kaidah atau asas hukum dalam hukum peraturan perundang-undangan yang berlaku pada suatu sistem hukum sehingga sistem hukum yang berkaitan menjadi lebih baik, lebih adil lebih, bermanfaat dan menjadi lebih berkepastian menurut hukum.⁶¹ Keadilan merupakan tujuan yang paling terpenting dan utama dalam hukum. Membicarakan masalah keadilan sama dengan membicarakan mengenai hukum itu sendiri. Meskipun sulit dirumuskan, pembahasan mengenai keadilan selalu menjadi bahan pembicaraan pada setiap aliran filsafat hukum. Keadilan dapat dibedakan menjadi dua jenis:⁶²

- (1) keadilan umum atau *justitia generalis* atau keadilan legal, yaitu keadilan menurut kehendak undang-undang yang harus ditunaikan demi kepentingan umum.

⁶¹ Teguh Prasetyo. 2017. Pembaharuan Hukum, Perspektif Teori Keadilan Bermartabat, Malang : Setara Press : Hlm. 54

⁶² Teguh Prasetyo. 2013. Hukum dan Sistem Hukum Berdasarkan Pancasila. Cetakan Pertama. Media Perkasa : Yogyakarta. Hlm. 10.

(2) keadilan khusus, yaitu keadilan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas. Kategori jenis keadilan yang kedua tersebut dibedakan menjadi tiga jenis, yaitu: keadilan distributif atau *justitia distributiva* atau keadilan yang secara proporsional diterapkan dalam lapangan hukum publik. Keadilan komutatif atau *justitia commutativa*, yaitu keadilan dengan mempersamakan antara prestasi dan kontraprestasi. Keadilan vindikatif atau *justitia vindikativa*, yaitu keadilan dalam hal menjatuhkan hukuman atau ganti kerugian dalam tindak pidana.

Asas hukum atau prinsip hukum merupakan pikiran dasar yang umum sifatnya atau merupakan latar belakang dari peraturan yang konkret yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif dan dapat diketemukan dalam peraturan konkret tersebut. Fungsi ilmu hukum adalah mencari asas hukum itu dalam hukum positif atau dalam hukum yang digali dari “dalam bumi sendiri”. Asas hukum itu, dalam hal ini keadilan sebagai asas hukum, merupakan hidup kejiwaan kita atau *Volksgeist*.⁶³

Aliran pemikiran mengenai konsep keadilan dalam zaman modern sangat dipengaruhi oleh nilai-nilai dalam ajaran etika dari

⁶³ Sudikno Mertokusumo. 1999. Mengenal Hukum Suatu Pengantar, Cetakan Kedua, Livity : Yogyakarta. Hlm. 35-35.

mazhab Stoa yakni individualisme, sanksi moral dan penggunaan akal. Konsepsi politik pada zaman ini adalah pemerintahan demokrasi yang dapat menjamin tercapainya kebebasan. Tradisi liberalisme sangat menekankan kemerdekaan individu sehingga kebebasan merupakan garis utama dalam semua pemikiran liberal.⁶⁴

Konsepsi liberalisme memuat cita toleransi dan kebebasan hati nurani sehingga bagi kaum liberalis, keadilan adalah ketertiban dari kebebasan atau realisasi dari kebebasan itu sendiri. Teori keadilan kaum liberalis dibangun di atas dua keyakinan. Pertama, manusia menurut sifat dasarnya adalah makhluk moral. Kedua, ada aturan-aturan yang berdiri sendiri yang harus dipatuhi manusia untuk mewujudkan dirinya sebagai pelaku moral. Atas dasar ini maka keadilan dipahami sebagai suatu ketertiban rasional yang di dalamnya hukum alamiah ditaati dan sifat dasar manusia diwujudkan.

Salah satu ahli yang mengemukakan pandangannya tentang keadilan dari kaum liberal adalah John Locke. John Locke mengemukakan bahwa tujuan berdirinya negara bukanlah untuk menciptakan kesamarataan setiap orang, melainkan untuk

⁶⁴ Lyman Tower Sargent. *Themes in Utopian Fiction in English Before Wells*. Journal Science Fiction Studies Volume 3 November 1976 diakses melalui <https://www.depauw.edu/sfs/backissues/10/sargent10art.htm> pada tanggal 1 Juni 2022

menjamin dan melindungi milik pribadi setiap warga negara yang mengadakan perjanjian tersebut dengan pemerintah.⁶⁵ Hukum diciptakan bukan pertama-tama pembatasan, melainkan pembimbingan hidup kepada seseorang yang bebas dan cerdas demi kepentingannya sendiri atau dengan kata lain, tujuan hukum adalah untuk melestarikan dan memperbesar kebebasan.⁶⁶ Locke mengemukakan bahwa negara yang terbentuk sebagai hasil “perjanjian asali” bukanlah negara absolut seperti yang dikemukakan Hobbes. Locke menggagas pembentukan sebuah negara dengan peran yang sangat terbatas. Kekuasaan negara tidak mutlak, karena kekuasaannya berasal dari warga masyarakat yang mendirikan.⁶⁷ Dengan demikian, negara hanya dapat bertindak dalam batas-batas yang ditetapkan masyarakat terhadapnya. Negara hanya dianggap adil apabila membiarkan para warganya bertindak sesuai kebebasan dan kemampuannya masing-masing.

Negara tidak boleh mengintervensi tiap-tiap orang untuk menumpulkan modal sebesar-besarnya. Negara tidak berperan untuk menciptakan pemerataan antara pemodal dan orang-orang timpang. Tugas negara adalah menjamin terlindunginya

⁶⁵ John Locke. 2002. Kuasa itu Milik Rakyat: Esai mengenai Asal Mula Sesungguhnya, Ruang Lingkup, dan Maksud Tujuan Pemerintahan Sipil (terj. A. Widyamartaya). Kanisius : Yogyakarta.Hlm. 25.

⁶⁶ *Ibid.* Hlm. 43

⁶⁷ *Ibid.* Hlm. 46

kehidupan dan harta milik tiap-tiap orang.⁶⁸ Kapitalisme yang dikemukakan Locke mendapatkan perlawanan kuat dari Karl Marx. Karl Marx menentang penumpukan modal dan privatisasi alat-alat produksi sebagaimana dianut oleh liberalisme John Locke. Marx mengemukakan pandangannya bahwa liberalisme membuka jalan bagi tiap-tiap orang untuk mengembangkan kebebasannya mendirikan pabrik-pabrik dan membeli mesin-mesin. Alat-alat produksi kemudian jatuh ke tangan individu-individu dan menjadi milik pribadi mereka. Selanjutnya, mereka menggunakan tenaga-tenaga buruh untuk menjalankan mesin-mesin tersebut dan untuk melipatgandakan produksi. Dalam proses produksi, tenaga kerja (buruh) yang telah dibeli merupakan bagian dari kapital, karena selama bekerja si pekerja menambahkan nilai-nilai pada alat produksi yang ia transformasi menjadi sebuah produk dengan mengeluarkan tenaga kerjanya. Di tangan kapitalis yang telah membelinya, si pekerja merupakan suatu daya yang memproduksi nilai.⁶⁹

Realitas berikutnya yang dikemukakan oleh Karl Marx adalah para buruh tidak berkembang dan tidak mengalami kemajuan karena para pemilik modal berkuasa mutlak atas mereka. Para pemilik modal menentukan gaji mereka dengan

⁶⁸ *Ibid.* Hlm. 239

⁶⁹ Dalam Theo Huijbers, 1982. *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*. Kanisius : Yogyakarta. Hlm. 54

jumlah sekehendak mereka dan memecat mereka jika tidak dikehendaki lagi. Para pemodal memaksa para buruh untuk bekerja sesuai ketentuan mereka yang sewenang-wenang. Hal inilah yang disebut oleh Marx sebagai menyebutnya 'kolonisasi' kaum kapitalis terhadap buruh dan hal ini disebutnya sebagai sebuah ketidakadilan.⁷⁰

Keadilan kemudian diartikan dalam Marxisme bukan mengenai jangkauan kepada siapa sumber daya harus disamaratakan, tetapi lebih mengenai bentuk yang memungkinkan penyamarataan itu seharusnya terjadi. Menyamaratakan sumber daya produktif harus berupa sosialisasi sarana-sarana produksi, sehingga tiap-tiap orang berperan serta secara sama dalam keputusan kolektif di sekitar penyebaran aset-aset produksi. Bagi Marx, keadilan berarti bahwa alat-alat produksi harus bersifat sosial, yakni harus merupakan milik masyarakat, karena alat-alat ini dibuat oleh rakyat dan untuk kepentingan rakyat. Alat-alat produksi harus dimiliki bersama, menjadi milik umum. Kepemilikan alat-alat produksi secara bersama-sama ini hanya akan tercapai melalui jalan revolusi.⁷¹

Uraian mengenai keadilan peneliti berpandangan bahwa lahirnya

⁷⁰*Ibid.*

⁷¹ Joseph Losco and Leonard A. Williams. 2005. *Political Theory: Kajian Klasik dan Kontemporer Vol. II Machiavelli – Rawls*. (Terj. H. Munandar). Grafindo Persada : Jakarta. Hlm. 20.

konsep keadilan dari Karl Marx merupakan bentuk perlawanan atas penindasan yang terjadi akibat semakin berkembangnya sistem ekonomi liberal sehingga dapat dikatakan bahwa keadilan dalam konsepsi John Locke adalah ketidakadilan dalam konsepsi Karl Marx.

Periode berikutnya adalah munculnya kaum utilitarianisme yang merupakan bentuk penolakan digunakannya ide hukum alam dan suara akal dalam teori keadilan. Konsep keadilan pada aliran ini didasarkan pada asas kemanfaatan dan kepentingan manusia. Keadilan mempunyai ciri sebagai suatu kebajikan yang sepenuhnya ditentukan oleh kemanfaatannya, yaitu kemampuannya menghasilkan kesenangan yang terbesar bagi orang banyak.⁷²

3. Sistem Peradilan Pidana

a. Pengertian Sistem Peradilan Pidana

Sistem peradilan pidana dalam KUHAP adalah berupa sistem peradilan pidana terpadu (*integrated criminal justice system*) yang didalamnya juga mengatur tentang *Criminal Justice Process* (proses peradilan pidana). Sistem ini diletakan pada landasan prinsip perbedaan fungsional antara penegak hukum sesuai dengan

⁷² Dave Robinson dan Christ Garratt. 1998. Mengenal Etika *For Beginners*. Mizan : Bandung. Hlm. 70.

wewenang yang diberikan oleh peraturan ⁷³

Pada dasarnya istilah *criminal justice system* (sistem peradilan pidana) memperlihatkan suatu tahapan kerja yang *digunakan* untuk menanggulangi kejahatan yang mengacu pada pendekatan sistem. Pendekatan sistem merupakan suatu metode yang mempergunakan semua unsur sehingga menjadi satu kesatuan, *interelasi* (saling berhubungan) yang saling memengaruhi satu sama lain.

Pada hakekatnya, sistem peradilan pidana adalah tahapan/proses untuk menegakan hukum pidana. Oleh sebab itu, terdapat hubungan yang erat antar ketentuan pidana, baik dari sisi hukum *acara* pidana ataupun hukum substantif. Hukum pidana adalah alat untuk menegakan hukum pidana '*in abstracto*' yang dapat ditampilkan dalam penegakan hukum '*in concreto*'. Peran penting dari keberadaan sistem peradilan pidana dalam perundang-undangan pidana karena ketentuan hukum tersebut memberi kekuasaan kepada pengambil keputusan dan menjadi landasan hukum atas keputusan yang sudah yang ditetapkan. Saat mempersiapkan suatu kebijakan, lembaga legislatif akan memformulasikan dan mengaplikasikan program kebijakan yang sudah diputuskan. Dengan kata lain, proses politik yang terjadi di suatu negara pada hakekatnya terbentuk oleh tiga tujuan yaitu untuk

⁷³ Yahya Harahap, 2000, Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP (Penyidikan dan Penuntutan), Sinar Grafika : Jakarta. Hlm.90

membentuk hukum, menegakkan hukum, serta melaksanakan wewenang dan kompetensi.⁷⁴

Sebagaimana hal tersebut diatas, terdapat sejumlah asas yang wajib untuk diperhatikan dan dilaksanakan pada suatu hukum pidana dikarenakan seseorang wajib merasakan adanya jaminan bahwa sistem peradilan pidana hanya akan menyentuh seseorang berdasarkan pada asas *legality principle* (hukum yang telah ada sebelumnya) sebagai landasan hukum tertulis. Selain itu, hukum juga harus dapat mengacu pada *expediency principle* (asas kegunaan) bagi kepentingan khalayak agar menghasilkan *interest of the legal order* (kepentingan tertib hukum) sehingga penuntutan mendapatkan legitimasi. Asas *priority principle* (asas prioritas) berdasar pada bertambahnya beban sistem peradilan pidana jika dikaitkan berbagai kesamaan kategori. Prioritas ini juga terkait dengan berbagai alternatif pilihan jenis pidana atau vonis yang bisa dijatuhkan kepada pelaku tindak pidana.⁷⁵

Mardjono Reksodipoetro mengemukakan bahwa Sistem Peradilan Pidana merupakan suatu mekanisme untuk mengendalikan kejahatan yang mencakup instansi-instansi seperti: Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan. Sistem Peradilan Pidana dimaksudkan untuk adalah:

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

1. Mengantisipasi adanya korban kejahatan di masyarakat.
2. Memuaskan masyarakat karena keadilan dapat ditegakkan sehingga kasus kejahatan yang terjadi selesai setelah pelaku dipidana.
3. Mengupayakan supaya pelaku kejahatan tidak mengulangi kejahatannya.

Menurut Muladi, tujuan Sistem Peradilan Pidana dapat yaitu: ⁷⁶

1. Jangka pendek, untuk mencapai resosialisasi dan rehabilitasi maka pelaku akan ditindak secara pidana.
2. Jangka menengah, untuk mencapai sasaran yang luas maka dapat dilakukan pencegahan dan pengendalian kejahatan dengan membuat peraturan pidana (*Criminal Policy*).
3. Jangka panjang, untuk mencapai *social welfare* (kesejahteraan masyarakat) pada tataran *Social Policy*.

b. Pengertian Tindak Pidana, Unsur Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana

Pengertian tindak pidana dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) dikenal dengan istilah *stratbaar feit* dan dalam kepustakaan tentang hukum pidana sering

⁷⁶ *Ibid.*

mempergunakan istilah delik, sedangkan pembuat undang-undang merumuskan suatu undang-undang mempergunakan istilah peristiwa pidana atau perbuatan pidana atau tindak pidana. *Strafbaar Feit*, terdiri dari tiga kata, yakni *staf*, *baar* dan *feit*. Dari tujuh istilah yang digunakan sebagai terjemahan dari *strafbaar feit* itu, ternyata *staf* diterjemahkan dengan pidana dan hukum. Perkataan *baar* diterjemahkan dengan dapat dan boleh. Sementara itu, untuk kata *feit* diterjemahkan dengan tindak, peristiwa, pelanggaran, dan perbuatan⁷⁷

Tindak pidana adalah suatu pengertian yuridis seperti halnya untuk memberikan definisi atau pengertian terhadap istilah hukum, maka bukanlah hal yang mudah untuk memberikan definisi atau pengertian terhadap istilah tindak pidana. Pembahasan hukum pidana dimaksudkan untuk memahami pengertian pidana sebagai sanksi atas delik. Perlu disampaikan di sini bahwa, pidana adalah merupakan suatu istilah yuridis yang mempunyai arti khusus sebagai terjemahan dari bahasa Belanda "*straf*" yang dapat diartikan sebagai "hukuman"⁷⁸

Tindak pidana merupakan pengertian dasar dalam hukum pidana (yuridis normatif) yang berhubungan dengan perbuatan

⁷⁷ Adami Chazawi, 2002, Pelajaran Hukum Pidana, Rajawali Pers : Jakarta. Hlm.

⁷⁸ Moeljatno, 2008, Asas-asas Hukum Pidana, Rineka Cipta : Jakarta. Hlm. 61

yang melanggar hukum pidana. Tindak pidana juga dapat diartikan sebagai suatu dasar yang pokok dalam menjatuhkan pidana pada orang yang telah melakukan perbuatan pidana atas dasar pertanggungjawaban seseorang atas perbuatan yang telah dilakukannya. Akan tetapi, sebelum itu mengenai dilarang dan diancamnya suatu perbuatan mengenai perbuatannya sendiri berdasarkan asas legalitas (*Principle of Legality*) yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan.⁷⁹

Pertanggungjawaban pidana dalam istilah asing disebut dengan *teorekenbaarheid* atau *criminal responsibility* yang menjurus kepada pemidanaan pelaku dengan maksud untuk menentukan seseorang terdakwa atau tersangka dapat dipertanggungjawabkan atas suatu tindakan pidana yang terjadi atau tidak.

Hukum pidana mengenal asas '*geen straff zonder shhuld*' atau '*actus non facit reum nisi mens sist rea*' yang pada dasarnya kedua adagium tersebut jika diartikan di dalam bahasa Indonesia adalah 'tidak ada perbuatan pidana tanpa kesalahan⁸⁰, Artinya,

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Molejatno, 2018, *Asas-asas hukum pidana*, Rineka cipta : Jakarta. Hlm. 165

individu bisa divonis pidana, maka individu tersebut tidak hanya berbuat pidana saja, tetapi juga kesalahan saat melakuukannya dan tindak pidana tersebut sudah memenuhi unsur kemampuan untuk dipertanggungjawabkan.

Pertanggungjawaban pidana dimaksudkan untuk menetapkan apakah pelaku dapat divonis atau tidak atas perbuatan pidananya. Saat proses mempertanggungjawabkan, seorang terpidana akan dipertimbangkan melalui sejumlah syarat, apabila syarat sesuai dengan undang-undang dapat terpenuhi maka pelaku dapat dipidanakan. Selain itu, dari sisi kemampuan untuk mempertanggung jawabkan, si pelaku tersebut benar-benar memiliki kemampuan mempertanggung jawabkan perbuatan pidananya atau tidak. Moeljatno mengemukakan jika syarat dapat dipidana yaitu:

1. Adanya kesalahan pidana.

Seseorang bisa dikatakan mempunyai kesalahan, jika pada saat melakukan perbuatan pidana, dilihat dari segi masyarakat dapat di cela karenanya, yaitu mengapa orang tersebut melakukan perbuatan yang merugikan orang lain/masyarakat, padahal secara sadar orang tersebut mampu mengetahui bahwa perbuatan tersebut adalah perbuatan yang jelek di masyarakat. Selain itu adapun suatu kesalahan yang dapat di

cela karena melakukan perbuatan pidana, jika walaupun orang tersebut tidak sengaja melakukan perbuatan, namun perbuatan tersebut terjadi karena dia tidak sengaja atau lalai.

2. Di atas umur tertentu dan berakal sehat/tidak terganggu kejiwaan.

Pada beberapa KUHP negara-negara lain ada di tentukan bahwa seseorang anak yang dibawah umur (di contohkan 10 tahun) apabila anak tersebut melakukan perbuatan yang berakibat pidana, maka anak tersebut tidaklah dapat atau di ajukan tuntutan pidana, salah satu contoh dalam KUHP Negara Swiss menegaskan seseorang yang berusia 6-14 tahun terdapat aturan tersendiri, sedangkan di Jerman mengatur usia 14 tahun ke bawah tidak dapat diajukan tuntutan pidana. Maksud dalam ketentuan tersebut dimungkinkan terhadap anak-anak di bawah 10 tahun dimungkinkan penuntutan, namun tidak untuk di pidana, tetapi diadakan tindakan (*maatregelen*)

3. Tidak adanya alasan pembenar atau pemaaf

Dalam KUHP Indonesia sendiri tidak ada secara tegas disebutkan istilah-istilah alasan pembenar dan alasan pemaaf. Namun yang tertulis dalam Bab ketiga dari buku pertama KUHP

hanya mencantumkan beberapa alasan yang menghapuskan pidana

4. *Ambtelijk Bevel* (Melaksanakan Perintah Jabatan) (Pasal 51).

Kata *ambtelijk bevel* atau 'perintah jabatan' itu sendiri secara harfiah bisa didefinisikan sebagai perintah yang sudah diberikan oleh pimpinan, dimana wewenang perintah bersumber pada kedudukan menurut jabatan (*ambtelijk positie*) baik dari pemberi perintah ataupun dari penerima perintah.

Di dalam suatu pertanggungjawaban pidana maka tidak terlepas dari teori pertanggungjawaban. Adapun teori pertanggungjawaban pidana tersebut adalah sebagai berikut:

1. Teori Absolut

Teori ini menyatakan bahwa pidana merupakan *res absoluta ab effectu futuro* (keniscayaan yang terlepas dari dampaknya dimasa depan). Hal ini berarti bahwa oleh karena dilakukan kejahatan, maka harus dijatuhkan hukuman, *quia peccatum* (karena telah dilakukan dosa). Kant dan Hegel mengemukakan pandangannya bahwa terdapat ciri khas dari teori absolut yaitu terdapat suatu keyakinan mutlak akan keniscayaan pidana, sekalipun ppidanaan sebenarnya tidak berguna, bahkan bilapun membuat keadaan pelaku kejahatan menjadi lebih buruk. Kejahatan adalah peristiwa yang berdiri sendiri; ada

kesalahan yang harus dipertanggungjawabkan; dengan cara ini persoalan dituntaskan. Kesalahan (dosa) hanya dapat ditebus dengan menjalani penderitaan. Jadi pandangannya diarahkan ke masa lalu (*backward looking*), bukan ke masa depan.⁸¹

Karel O. Christiansen mengidentifikasi lima ciri pokok teori absolut, yakni:⁸²

- a) Tujuan pidana hanyalah sebagai balasan (*the purpose of punishment is just retribution*);
- b) Pembalasan adalah tujuan utama dan didalamnya tidak meangandung sarana-sarana untuk tujuan lain seperti kesejahteraan masyarakat . (*Just retribution is the ultimate aim, and not in itself a means to any ather aim, as for instance social welfare which from this point of view is without any significance whatsoever*).
- c) Kesalahan moral sebagai satu-satunya syarat untuk pembedaan (*Moral guilt is the only qualification for punishment*)
- d) Pidana harus disesuaikan dengan kesalahan si pelaku (*The penalty shall be proportional to the moral guilt of the offender*);

⁸¹ Jan Rimmelink, 2003, Hukum Pidana : Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting Dari KUHP Belanda dan Padanannya Dalam KUHP Indonesia, Terjemahan T. P. Moeliono, Gramedia Pustaka Utama : Jakarta. Hlm. 600.

⁸² M. Sholehuddin, 2004, Sistem Sanksi Dalama Hukum Pidana : Ide Dasar *Double Track System* dan Implementasinya, Rajawali : Jakarta. Hlm. 35

e) Pidana melihat ke belakang, ia sebagai pencelaan yang murni dan bertujuan untuk memperbaiki, mendidik dan meresosialisasi pelaku (*Punishment point into the past, it is pure reproach, and its purpose is not to improve, correct, educate or resocialize the offender*).

Selanjutnya Nigel Walker mengemukakan bahwa penganut teori retributif ini dapat pula dibagi dalam beberapa golongan, yaitu penganut teori retributif yang murni (*The pure retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana harus cocok atau sepadan dengan kesalahan si pembuat dan penganut teori retributif tidak murni (dengan modifikasi) yang dapat pula dibagi dalam:⁸³

a) Penganut teori retributif yang terbatas (*the limiting retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana tidak harus cocok/sepadan dengan kesalahan, hanya saja tidak boleh melebihi batas yang cocok/sepadan dengan kesalahan terdakwa.

b) Penganut teori retributif yang distributif (*retribution in distribution*), disingkat dengan sebutan teori "*distributive*" yang berpendapat bahwa pidana janganlah dikenakan pada orang yang tidak bersalah, tetapi pidana juga tidak harus cocok/sepadan dan dibatasi oleh kesalahan. Prinsip "tidak ada pidana tanpa kesalahan" di hormati, tetapi dimungkinkan

⁸³ *Ibid.*

adanya pengecualian misalnya dalam hal “*strict liability*”

Pertanggungjawaban mutlak (*strict liability*) adalah pertanggungjawaban tanpa kesalahan, dimana pembuat sudah dapat dipidana apabila sudah terbukti untuk melakukan perbuatan pidana. Asas ini diartikan dengan istilah *without fault* yang berarti bahwa seseorang dapat dipidana jika telah melakukan suatu perbuatan pidana. Jadi unsur dari *strict liability* adalah perbuatan (*actus reus*) sehingga yang dibuktikan hanya *actus reus* dan *mens rea*.⁸⁴ Penerapan *strict liability* sangat erat kaitannya dengan ketentuan tertentu dan terbatas. Untuk lebih jelasnya penerapan *strict liability* tersebut terdapat beberapa patokan sebagai berikut:⁸⁵

- a) Tidak berlaku umum terhadap semua jenis perbuatan pidana, tetapi sangat terbatas dan tertentu terutama mengenai kejahatan anti sosial atau yang membahayakan sosial.
- b) Perbuatan yang dilakukan benar-benar melawan hukum (*unlawful*) yang sangat bertentangan dengan kehati-hatian yang diwajibkan hukum dengan kepatutan.
- c) Perbuatan tersebut dilarang keras oleh undang-undang

⁸⁴ M.Yahya Harahap, 1997, Beberapa Tinjauan tentang Permasalahan Hukum, Cetakan Pertama, PT Citra Aditya Bakti: Bandung. Hlm.37-38.

⁸⁵ *Ibid.*

karena dianggap perbuatan-perbuatan yang potensial mengandung bahaya.

- d) Perbuatan tersebut dilakukan dengan cara tidak melakukan pencegahan yang wajar (*unreasonable precautions*).

Dalam perspektif *ius constituendum*, sistem pertanggungjawaban sudah dirumuskan didalam Rancangan Konsep KUHP yang menegaskan bahwa sebagian pengecualian dari asas kesalahan undang-undang dapat menentukan bahwa untuk tindak pidana tertentu pembuat dapat dipidana semata-mata telah dipenuhinya unsur tindak pidana oleh perbuatannya, tanpa memperhatikan lebih jauh kesalahan dalam melakukan tindak pidana tersebut. Pasal ini merupakan suatu pengecualian karena tidak berlaku untuk semua tindak pidana akan tetapi untuk hal yang tertentu dan terbatas. Untuk tindak pidana tertentu tersebut, pelakunya sudah dapat dipidana karena telah terpenuhinya unsur perbuatan pidana oleh perbuatannya. Di sini kesalahan pembuat dalam melakukan perbuatan tersebut tidak lagi diperhatikan.

John Kaplan dalam bukunya *Chriminal justice* membagi teori retributif menjadi dua yaitu *the revenge theory* (teori pembalasan) dan *the expiation theory* (teori penebusan dosa). Pembalasan mengandung arti, bahwa hutang si penjahat “telah

dibayarkan kembali” (*the criminal is paid back*), sedangkan penebusan dosa mengandung arti bahwa si penjahat “membayar kembali hutangnya” (*the criminal pays back*). Jadi pengertian tidak jauh berbeda. Menurut John Kaplan tergantung dari cara orang berpikir pada saat menjatuhkan suatu sanksi. Apakah dijatuhkannya sanksi itu karena kita “menghutangkan sesuatu kepadanya” atautkah disebabkan “ia berhutang sesuatu kepada kita”. Demikian pula Johannes Andenaes menegaskan bahwa “penebusan” tidak sama dengan “pembalasan dendam” (*revenge*). Pembalasan berusaha memuaskan hasrat balas dendam dari sebagian para korban atau orang-orang lain yang simpati kepadanya, sedangkan penebusan dosa, lebih bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan.⁸⁶

2. Teori relatif atau Teori Tujuan

Teori relatif berporos pada tiga tujuan utama pemidanaan, yaitu: preventif, deterrence dan reformatif. J. Andenaes mengemukakan bahwa teori ini dapat disebut sebagai “teori perlindungan masyarakat” (*the theory of social defence*) atau menurut Nigel Walker disebut aliran reduktif (*the “reductive” point of view*) karena dasar pembenaran pidana menurut teori

⁸⁶ Nigel Walker dalam *ibid.*

ini ialah untuk mengurangi frekuensi kejahatan. Pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada pelaku tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Dasar pembenaran adanya pidana adalah terletak pada tujuan. Pidana dijatuhkan bukan "*quia peccatum est*" (karena orang membuat kejahatan) melainkan "*ne peccetur*" (supaya orang jangan melakukan kejahatan). Oleh karena berorientasi pada tujuan yang bermanfaat, maka teori ini disebut teori tujuan (*utilitarian theory*). Tujuan pencegahan kejahatan dibedakan antara "*special deterrence*" (pengaruh pidana terhadap terpidana) dan "*general deterrence*" (pengaruh pidana terhadap masyarakat pada umumnya).⁸⁷

Teori tujuan pidana yang berupa "*special deterrence*" dikenal dengan sebutan "*Reformation atau Rehabilitation Theory*". Dalam teori relatif ini dikenal dua sanksi, yaitu sanksi pidana dan sanksi tindakan dalam kedudukan yang setara. Pengakuan tentang kesetaraan antara sanksi pidana dan sanksi tindakan ini merupakan hakekat asasi atau ide dasar dari konsep *double track system* yang menjadi ciri dari teori relatif. Sanksi pidana terkait dengan unsur pencelaan / penderitaan dan sanksi tindakan terkait dengan unsur pembinaan. Kedua-

⁸⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.* Hlm. 13

duanya sama-sama penting. Pidana sebagai suatu tindakan terhadap seorang penjahat, dapat dibenarkan secara moral bukan terutama karena si terpidana telah terbukti bersalah, melainkan karena pidana itu mengandung konsekuensi-konsekuensi positif bagi si terpidana dan korban.⁸⁸

Khusus mengenai tujuan preventif dan deterrence, salah seorang tokoh aliran klasik, Jeremy Bentham yang dikenal dengan ajaran „utilitarianisme’-nya pernah mengajukan empat tujuan utama dari pidana yaitu mencegah semua pelanggaran, mencegah pelanggaran yang paling jahat, menekan kejahatan, dan menekan kerugian/biaya sekecil-kecilnya .⁸⁹

Karl O. Christiansen mengemukakan bahwa ada beberapa ciri pokok teori relatif tersebut, yaitu :

- a) Tujuan pidana adalah pencegahan (*The purpose of punishment is prevention*);
- b) Pencegahan bukan tujuan akhir tetapi hanya sebagai sarana untuk mencapai tujuan yang lebih tinggi yaitu kesejahteraan masyarakat (*prevention is not a final aim, but a means to a more supreme aim, e.g. social welfare*);

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Loc. Cit.* Hlm. 31

- c) hanya pelanggaran pelanggaran hukum yang dapat dipersalahkan kepada si pelaku saja, misalnya kesengajaan yang memenuhi syarat untuk adanya pidana (*Only breaches of the law which are imputable to the perpetrator as intent or negligence quality for punishment*);
- d) Pidana harus ditetapkan berdasar tujuannya sebagai alat pencegahan kejahatan (*The penalty shall be determined by its utility as an instrument for the prevention of crime*);
- e) Pidana melihat ke depan atau bersifat prospektif; ia mengandung unsur pencelaan maupun unsur pembalasan tidak dapat diterima bila tak membantu pencegahan kejahatan untuk kepentingan kesejahteraan masyarakat (*The punishment is prospective, it points into the future; it may contain as element of reproach, but neither reproach nor retributive elements can be accepted if they do not serve the prevention of crime for the benefit or social welfare*).

3. Teori Modern

Teori modern berorientasi pada “hukum perlindungan sosial” yang harus menggantikan hukum pidana yang ada sekarang. Teori modern menolak konsepsi-konsepsi tentang tindak pidana, penjahat dan pidana serta menolak fiksi-fiksi yuridis dan teknik-teknik yuridis yang terlepas dari kenyataan

sosial. Atas dasar doktrin ini, teori modern melahirkan apa yang disebut dengan istilah "*Restorative justice*".⁹⁰

Berkaitan dengan penegak hukum peran di tingkat kepolisian (tahap penyelidikan dan penyidikan), pendekatan *restorative justice* dapat digunakan berdasarkan kewenangan diskresi (*discretionary powers*). Kewenangan diskresi adalah salah satu sarana yang memberi ruang gerak bagi pejabat atau badan-badan administrasi negara untuk melakukan tindakan tanpa harus terikat sepenuhnya pada undang-undang. Berkaitan dengan kewenangan diskresi pihak kepolisian dan kewenangan jaksa untuk menggunakan pendekatan *restorative justice* sebagai tujuan dalam pemeriksaan perkara pidana, khususnya yang dilakukan oleh anak, Philippe Nonet dan Philip Selznick mengemukakan apa yang disebut dengan "*The Souverignity of Purpose*" bahwa *The some extent purposiveness facilitates the elaboration of legal mandates, because it calls for inquiry into (1) substantive outcome and (2) what is factually needed for effective discharge of institutional responsibilities. In other words, purposive law is resultoriented.*⁹¹

⁹⁰ Muladi, 1995, Kapita Selektta Hukum Pidana, BP Universitas Diponegoro : Semarang. Hlm. . 127- 129.

⁹¹ M.Yahya Harahap, Beberapa Tinjauan tentang Permasalahan Hukum, Cetakan Pertama, PT Citra Aditya Bakti, Bandung,1997, Hlm.37-38.

Kewenangan diskresi diberikan kepada pemerintah (jajaran badan-badan administrasi negara) mengingat fungsi pemerintah/administrasi negara, yaitu menyelenggarakan kesejahteraan umum. Penyelenggaraan kesejahteraan umum dan mewujudkannya adalah konsekuensi logis dari konsep “*Welfare State*” dan sebagai alternatif untuk mengisi kekurangan dan kelemahan di dalam penerapan asas legalitas (“*wetmatigheid van bestuur*”).⁹² Penjelasan lebih jauh tentang sistem peradilan pidana dikemukakan oleh Hebert L. Packer. Ia mengemukakan sebagai berikut :⁹³

That integrited criminal justice system, I call these two models the due process model and the crime control model. Crime control model is based on the proposition that the repression of criminal conduct is by far the most important function to be performed by the criminal process. Crime control model values are efficiency, speed and finalty. Than due process model in this concept of legal guilt lies the explanation for the apprently quixotic presumption of innosence of wich we spoke earlier. A man who, after police investigation is charged with

⁹² *Ibid.*

⁹³ Loc. Cit. Hlm. 123

having committed a crime can hardly be said to be presumptively innocent, if what we mean is factual innocence.

Pandangan di atas menunjukkan bahwa sistem peradilan pidana terdapat dua model yakni *crime control model* dan *due process model*. *Crime control model* memiliki 5 (lima) karakteristik berupa *represif, efisiensi, presumption of guilt, factual guilt dan informal fact finding* sedangkan *due process model* juga memiliki 5 (lima) karakteristik berupa *efektivitas, legal guilt, presumption of innocent, formal adjudicative dan preventive*. Dalam *crime control model* secara implisit mengutamakan kecepatan sehingga tingkah laku kriminal harus segera ditindak dan si tersangka dibiarkan sampai ia sendiri yang melakukan perlawanan sedangkan dalam *due process model* diibaratkan seperti orang yang sedang melakukan lari gawang. Intinya kedua model tersebut ada nilai-nilai yang bersaing tetapi tidak berlawanan. Packer mendikotomikan sistem peradilan pidana dalam dua kategori tersebut, didasari oleh suatu fakta bahwa ada perbedaan yang signifikan dalam pelaksanaan proses kriminal.

Kontestasi gagasan yang dikembangkan oleh Packer tersebut kemudian dilengkapi oleh Michael King dengan menambahkan empat model lain yaitu *medical model*,

*bureaucratic model, status pasage model dan power model.*⁹⁴

Dalam *medical model* proses acara pidana diibaratkan seperti mengobati orang sakit. Ditegaskan oleh King, *the restoration of the defendant to a state of mental and social health whereby s/he will be able to cope w ith the demands society makes oh him/her and refrain from the conduct which causes further intervention to be necessary.* Dalam Bureaucratic model sistem peradilan pidana dipandang sebagai konflik antara negara dan terdakwa. Dikatakan demikian karena dengan aturan yang terbatas dalam beracara dan pembuktian, negara bebas memilih untuk membuat putusan kendatipun terkadang meniadakan kejadian yang sesungguhnya. Selanjutnya adalah status passage model yang memandang sistem peradilan pidana sebagai suatu proses penerimaan status bagi si terpidana oleh masyarakat yang diwakili pengadilan. Ihwal *status passage model* ini, King menyatakan *this perspective stresses the function of the criminal court as institutions for denouncing the defendant, reducing his social status and promoting solidarity within the community.* Terakhir adalah *power model* yang menekankan bahwa sistem peradilan pidana adalah instrumen dari (*ruling class*) golongan berkuasa yang melakukan diskriminasi terhadap kelompok-kelompok tertentu

⁹⁴ Eddy OS Hiariej, 2009, Pengantar Hukum Pidana Intenasional, Erlangga : Jakarta. Hlm. 54

termasuk di dalamnya kelompok etnis minoritas. Sistem peradilan pidana adalah untuk melindungi golongan yang berkuasa kendatipun terdapat perbedaan antara *das sollen* dan *das sein* .⁹⁵

Atas pembedaan sistem peradilan pidana baik yang dikemukakan oleh Packer maupun King tersebut, Ben Emmerson, Andrew Ashworth dan Alison Macdonald mengatakan bahwa itu semua merupakan pembedaan yang klasik dalam sistem peradilan pidana. Pembedaan kedua model ini merupakan hasil konflik antara pemikiran konservatif dan liberal atau antara *punishment* dan *rehabilitation*. Pemikiran konservatif menekankan pada pentingnya memberikan hukuman kepada pelaku sebagai balasan atas kejahatan yang dilakukan sedangkan pemikiran rehabilitation beranggapan bahwa meskipun pelaku kejahatan telah melanggar hukum tetapi ia diibaratkan sebagai orang yang tersesat sehingga harus direhabilitasi . Dalam kosa kata lain, sesungguhnya hanya ada satu model peradilan pidana yakni *the battle model*. Model ini digambarkan sebagai pertentangan atau pertarungan antara terdakwa melalui kuasa hukumnya melawan negara melalui aparatnya.⁹⁶

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Joyce, Peter, 2006, *Criminal Justice: An Introduction ro Crime and The Criminal*

Pendapat senada dikemukakan oleh Muladi, yang mengkritik secara tajam keberadaan *crime control model* dan *due process model*. Muladi mengemukakan bahwa *crime control model* tidak cocok diterapkan sebab mengutamakan tindakan yang bersifat represif sehingga dikhawatirkan berpotensi melanggar Hak Asasi Manusia, padahal hukum pidana lahir dengan tujuan mencegah kesewenang-wenangan negara kepada warganya. Dengan kata lain melindungi HAM warga negara sedangkan *due process model* juga tidak sepenuhnya menguntungkan karena bersifat *anty-authoritarian values*. Model yang cocok digunakan khususnya di Indonesia adalah yang mengacu kepada *daad-dader strafrecht* atau model keseimbangan kepentingan. Model ini lebih realistik karena memperhatikan berbagai kepentingan yang harus dilindungi oleh hukum pidana yaitu kepentingan negara, kepentingan individu, kepentingan umum, kepentingan pelaku dan kepentingan korban kejahatan.⁹⁷

Kembali pada pembagian sistem peradilan pidana yang dikemukakan oleh Packer dan King, dalam perkembangannya King menempatkan model-model sistem peradilan pidana tersebut dalam dua pendekatan, yakni *participant approaches*

Justice System, Willian Publishing, USA and Canada.Hlm. 476

⁹⁷ Muladi, 1995, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro : Semarang. Hlm. 15

dan *social approaches*. *Participant approaches* adalah sistem peradilan pidana dilihat dari sudut pandang aparat penegak hukum, meliputi 3 model, yakni *crime control model*, *due process model* dan *medical model* sedangkan *social approaches* adalah sistem peradilan pidana dilihat dari sudut pandang masyarakat yang mencakup *bureaucratic model*, *status passage model* dan *power model*. King mengemukakan bahwa dalam *participant approach*, ketiga model pertama tersebut telah mengidentifikasi berbagai nilai dalam proses acara pidana dan aparat penegak hukum diberi kebebasan untuk memilih mana yang akan digunakan. Ketiga model tersebut tidak ada satu model pun mengungguli yang lain, semuanya memiliki kelebihan masing-masing. Berdasarkan uraian tentang sistem peradilan pidana tersebut, bila dihubungkan dengan hukum acara pidana di Indonesia, maka dapat dikemukakan beberapa hal.⁹⁸ Pertama, hukum acara pidana Indonesia pada dasarnya tidak mengenal *integrated criminal justice system* yang diungkapkan baik oleh Packer maupun King. Dalam KUHAP secara intrinsik telah ditetapkan kewenangan masing-masing aparat penegak hukum, misalnya polisi sebagai penyidik, jaksa sebagai penuntut dan hakim sebagai pemutus perkara pidana. Dengan kata lain kita

⁹⁸ *Ibid.*

menggunakan asas *diferensiasi fungsional*. Artinya, masing-masing aparat penegak hukum mempunyai tugas sendiri-sendiri dan terpisah satu sama lain. Kedua, model yang dikemukakan oleh Muladi, pada dasarnya relevan dan realistis bila dikorelasikan dengan perkembangan hukum pidana dan hukum acara pidana akhir-akhir ini. KUHAP kita masih terlalu *offender oriented* padahal penderitaan korban jauh lebih dahsyat dan membutuhkan perhatian serius dari negara. Artinya belum seimbang perlakuan negara kepada pelaku dan korban kejahatan. Ketiga ihwal *crime control model* dan *due process model*, keduanya tidak dianut secara ketat dalam praktik peradilan pidana kita. Pada satu sisi cenderung pada *crime control model*, namun di sisi lain kelihatannya berkombinasi dengan *due process model*. Sebagai contoh, *asas presumption of innocent* tetap menjadi landasan normatif aparat penegak hukum ketika memeriksa tersangka. Artinya, tersangka tetap dianggap tidak bersalah sampai ada putusan pengadilan yang *inkracht* tetapi secara formal KUHAP menegaskan dalam Pasal 17 bahwa penangkapan dan penahanan dilakukan terhadap seseorang yang “diduga keras” melakukan suatu tindak pidana. Itu artinya aparat penegak

hukum pada akhirnya menggunakan prinsip *presumption of guilt*. Prinsip ini adalah salah satu ciri dari *crime control model*.⁹⁹

c. Tahapan Penanganan Perkara Pidana

1. Penyelidikan

Penyelidikan dalam Bab I Ketentuan Umum Pasal 1 butir 5 Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) adalah serangkaian tindakan penyelidikan untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat tidaknya dilakukan penyelidikan menurut cara yang diatur dalam undang-undang.

Dari penjelasan diatas penyelidikan merupakan cara atau tindakan pertama yang dilakukan oleh aparat penegak hukum sebelum adanya sidik atau penyidikan. Tujuannya adalah untuk meneliti sejauh mana kebenaran sebuah informasi berupa laporan atau aduan ataupun kejadian langsung yang tertangkap basah langsung oleh aparat agar dapat memperkuat secara hukum penindakan selanjutnya. Karena aparat tidak dapat menangkap, menahan, menggeledah, menyita, memeriksa surat, memanggil dan

⁹⁹ Hariman Satria,, 2012, Penerbitan SKPP oleh Kejaksaan Dalam Proses Peradilan Pidana, Genta Publishing : Yogyakarta.

menyerahkan berkas kepada penuntut umum jikalau bukti pemulaan atau bukti yang cukup saja belum dilakukan di awal. Hal ini dapat menjadi kesalahan dalam menangkap pelaku jika aparat tidak menguji dahulu informasi yang ada sehingga tidak merendahkan harkat dan martabat manusia.¹⁰⁰

Selanjutnya Yahya Harahap mengemukakan pandangannya bahwa "*opsporing*" atau dalam istilah Inggris disebut "*investigation*" merupakan kata yang digunakan untuk menandakan penyelidikan. Penyelidikan dapat disamakan dengan tindakan pengusutan (*opsporing*) yaitu usaha mencari dan menemukan jejak berupa keterangan dan bukti-bukti sebuah peristiwa yang diduga sebuah tindakan pidana. Akan tetapi pada masa HIR, pengertian pengusutan atau penyidikan selalu dipergunakan secara kacau. Tidak jelas batasan-batasan fungsi pengusutan dengan penyidikan sehingga sering menimbulkan ketidaktegasan dari segi pengertian dan tindakan.¹⁰¹

¹⁰⁰ M. Yahya Harahap. 1998. Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP. Pustaka Kartini : Jakarta. Hlm. 99.

¹⁰¹ *Ibid.*

2. Penyidikan

Penyidikan merupakan tindakan preventif setelah dilakukannya penyelidikan dan dari laporan penyidik diputuskan untuk ditindak lanjutkan. Penyidikan di atur dalam Bab I Ketentuan Umum Pasal 1 butir 2 KUHAP yang menjelaskan bahwa penyidikan adalah serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang untuk mencari serta mengumpulkan bukti yang dengan dengan bukti itu membuat terang tentang tindak pidana yang terjadi dan guna menemukan tersangkanya.

R.Wiyono mengemukakan bahwa terdapat perbedaan antara penyelidikan dengan penyidikan jika dalam penyelidikan arahnya untuk menentukan ada atau tidaknya peristiwa yang diduga merupakan perbuatan pidana maka dalam penyidikan arahnya untuk menentukan siapa tersangka yang dapat diduga melakukan perbuatan pidana tersebut.¹⁰²

Wewenang penyidik diatur dalam Pasal 7 ayat 1 KUHAP yaitu :

¹⁰² R. Wiyono. 2006. Pengadilan Hak Asasi manusia di Indonesia. Kencana : Jakarta. Hlm. 36

- a. Menerima laporan atau pengaduan dari seseorang tentang adanya tindak pidana
- b. Melakukan tindak pertama pada saat di tempat kejadian
- c. Menyuruh berhenti seorang tersangka dan memeriksa tanda pengenal diri tersangka
- d. Melakukan penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan
- e. Melakukan pemeriksaan dan penyitaan surat
- f. Mengambil sidik jari dan memotret seseorang
- g. Memanggil orang untuk didengar dan diperiksa sebagai tersangka atau saksi,
- h. Mendatangkan orang ahli yang diperlukan dalam hubungan dengan pemeriksaan saat perkara
- i. Mengadakan penghentian penyidikan
- j. Mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab

Dalam Pasal 109 KUHAP dikenal pula istilah penghentian penyidikan yaitu tidak terdapat cukup bukti, peristiwa tersebut bukan tindak pidana, dihentikan demi hukum. Dengan merangkainya pengertian penyidikan dan ketentuan tentang penghentian penyidikan pada pasal 109 ayat (2) tersebut diatas, kiranya dapatlah dirumuskan bahwa yang dimaksud dengan penghentian penyidikan itu ialah

tindakan penyidik menghentikan penyidikan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana karena untuk membuat terang peristiwa itu dan menentukan pelaku sebagai tersangkanya tidak terdapat cukup bukti, atau dari hasil penyidikan diketahui demi hukum.

3. Penuntutan

Penuntutan berdasarkan Pasal 1 butir 7 KUHAP adalah tindakan Penuntut Umum untuk melimpahkan perkara pidana ke Pengadilan Negeri yang berwenang dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam Undang-undang dengan permintaan supaya diperiksa dan diputus oleh Hakim sidang pengadilan.

Penuntut Umum berdasarkan Pasal 13 Juncto Pasa 1 butir 6 huruf b KUHAP adalah Jaksa yang diberi wewenang oleh Undang- undang untuk melakukan penuntutan dan melaksanakan penetapan Hakim. Jaksa berdasarkan Pasal 1 butir 6 KUHAP adalah pejabat yang diberi wewenang oleh Undang-undang untuk bertindak sebagai Penuntut Umum serta melaksanakan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.

Pasal 8 ayat (2) Undang-Undang RI Nomor 11 Tahun 2021 tentang perubahan Undang-undang Nomor 16 Tahun

2004 tentang Kejaksaan RI (yang telah diubah melalui Undang-undang No. 11 Tahun 2021) ditentukan bahwa Dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya, Jaksa bertindak untuk dan atas nama negara serta bertanggung jawab menurut saluran hierarki. Sedangkan menurut Pasal 8 Ayat (4) Undang-Undang RI Nomor 11 Tahun 2021 tentang perubahan Undang-undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan RI bahwa Dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya, Jaksa senantiasa bertindak berdasarkan hukum dan hati nurani dengan mengindahkan norma keagamaan, kesopanan, kesusilaan, serta wajib menggali dan menjunjung tinggi nilai kemanusiaan yang hidup dalam masyarakat, serta senantiasa menjaga kehormatan dan martabat profesinya.

Penuntutan adalah Penuntutan terhadap perkara pidana yang diajukan oleh Penyidik, penuntutan itu berdasarkan perkara yang telah dinyatakan lengkap oleh Penuntut Umum. Penuntutan hanya bisa dilaksanakan setelah perkara dugaan tindak pidana itu telah selesai pemeriksaan terdakwa, baru kemudian penuntutan dapat dilaksanakan.¹⁰³

¹⁰³ Hartono, 2012, *Penyidikan Dan Penegakan Hukum Pidana Melalui Pendekatan Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, h. 79.

Penuntut Umum berdasarkan Pasal 14 Juncto Pasal 137 Juncto Pasal 84 ayat (1) KUHAP adalah:

1. Melakukan penuntutan terhadap siapapun yang didakwa melakukan suatu tindak pidana dalam daerah hukumnya dengan melimpahkan berkas perkara ke pengadilan yang berwenang mengadili.
2. Menerima dan memeriksa berkas perkara dari Penyidik atau penyidik pembantu.
3. Mengadakan prapenuntutan apabila ada kekurangan pada penyidikan dengan memperhatikan ketentuan Pasal 110 ayat (3) dan ayat (4) dengan memberi petunjuk dalam rangka penyempurnaan penyidikan oleh penyidik.
4. Memberikan perpanjangan penahanan, melakukan penahanan atau penahanan lanjutan dan atau mengubah status tahanan setelah perkaranya dilimpah oleh Penyidik.
5. Membuat surat dakwaan.
6. Melimpahkan perkara ke pengadilan.
7. Melakukan penuntutan.
8. Menutup perkara demi kepentingan hukum.

9. Mengadakan tindakan lain dalam lingkup tugas dan tanggungjawab sebagai Penuntut Umum menurut ketentuan Undang-undang ini.
10. Melaksanakan penetapan Hakim.

Pasal 139 KUHAP menentukan bahwa setelah Penuntut Umum menerima kembali berkas perkara hasil penyidikan yang sudah lengkap atau yang sudah dilengkapi Penyidik, ia segera menentukan apakah perkara tersebut memenuhi persyaratan untuk dapat atau tidak dilimpahkan ke pengadilan. Penuntut Umum melimpahkan berkas perkara ke pengadilan sesuai dengan daerah hukumnya.

Tidak semua berkas perkara yang hasil penyidikannya sudah dinyatakan lengkap, dilimpahkan ke pengadilan oleh Penuntut Umum. Misalnya untuk tersangka yang sudah meninggal atau gugurnya hak menuntut karena daluwarsa atau *nebis in idem*. Dalam hal-hal seperti demikian maka tidak perlu berkas perkara dilimpah ke pengadilan. Demikian juga Penuntut Umum dapat menghentikan Penuntutan karena tidak cukup bukti atau karena perbuatan tersebut bukan merupakan tindak pidana.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Yahya Harahap, 2000, Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP (Penyidikan dan Penuntutan, Sinar Grafika : Jakarta. Hlm. , 427-428.

Yahya Harahap mengemukakan bahwa penghentian penuntutan dilakukan dengan cara sebagai berikut : ¹⁰⁵

1. Penghentian penuntutan dituangkan oleh Penuntut Umum dalam satu “Surat Ketetapan Penghentian Penuntutan” (SKPP).
2. Isi surat penetapan penghentian penuntutan diberitahukan kepada tersangka.
3. Dalam hal Penuntut Umum melakukan penghentian penuntutan, sedang tersangka berada dalam penahanan, Penuntut Umum wajib segera membebaskan dari penahanan.
4. Turunan surat penetapan penghentian penuntutan “wajib” disampaikan kepada :
 - a. Tersangka atau keluarganya atau penasehat hukumnya;
 - b. Pejabat rumah tahanan negara, apabila tersangka dalam penahanan;
 - c. Penyidik;
 - d. Hakim.

¹⁰⁵ *Ibid.*

4. Penyampingan Perkara Demi Kepentingan Umum

Kejaksaan melalui Penuntut Umum memiliki kewenangan untuk menghentikan penuntutan dan *Jaksa Agung* selaku pimpinan tertinggi Kejaksaan berwenang mengesampingkan (*mendeponer*) perkara demi kepentingan umum. Apa yang dimaksud dengan kepentingan umum adalah kepentingan bangsa dan negara atau kepentingan masyarakat luas. Penyampingan (*deponering*) perkara ini adalah kewenangan *Jaksa Agung* berdasarkan *asas oportunitas sebagaimana* di atur dalam Pasal 35 Ayat (1) huruf c Undang-Undang RI Nomor 11 Tahun 2021 tentang perubahan Undang-undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan RI dan Pasal 77 KUHAP. Tindakan penyampingan tersebut dilakukan oleh *Jaksa Agung* setelah memperhatikan pendapat/saran dari badan-badan kekuasaan negara yang mempunyai hubungan dengan perkara tersebut. dan sesuai dengan bobot perkara yang bersangkutan sebelum melakukan penyampingan perkara perkara *Jaksa Agung* terlebih dahulu melapor dan memohon petunjuk kepada Presiden.

Selain itu berdasarkan Pasal 34A Untuk kepentingan penegakan hukum, *Jaksa* dan/atau Penuntut Umum dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya dengan memperhatikan ketentuan peraturan perundang-undangan dan kode etik.Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana menganut *asas legalitas* sebagaimana Pasal 14 huruf

a Juncto Pasal 140, tetapi dalam kenyataannya KUHAP masih memberi kemungkinan diberlakukannya *asas oportunitas* sebagaimana diakui dalam Pasal 46 ayat (1) huruf c, dan penjelasan Pasal 77 KUHAP. Berbeda dengan perkara yang dihentikan penuntutannya dengan cara menutup perkara demi hukum, maka perkara yang dikesampingkan demi kepentingan umum itu sebenarnya adalah perkara yang penyidikannya sudah lengkap dan sudah memenuhi persyaratan untuk dilimpahkan ke pengadilan.

Dalam penyampingan perkara, hukum dan penegakan hukum dikorbankan demi kepentingan umum. Seseorang yang cukup bukti melakukan tindak pidana, perkaranya dideponer atau dikesampingkan dan tidak diteruskan ke sidang pengadilan dengan alasan kepentingan umum.¹⁰⁶

5. Tindak Pidana Malpraktik Kedokteran

a. Pengertian Malpraktik

Ada berbagai macam pendapat dari para sarjana mengenai pengertian malpraktik. Masing-masing pendapat itu diantaranya adalah sebagai berikut:¹⁰⁷

1. Veronica menyatakan bahwa istilah malparaktik berasal

¹⁰⁶ *Ibid*, h, 425-426.

¹⁰⁷ Riska Andi Fitriyono. Penegakan Hukum Malpraktik Melalui Pendekatan Mediasi Penal, Jurnal Yustisia. Vol.5 No.1 Januari - April 2016. Hlm. 87-89

dari “*malpractice*” yang pada hakekatnya adalah kesalahan dalam menjalankan profesi yang timbul sebagai akibat adanya kewajiban-kewajiban yang harus dilakukan oleh dokter.

2. Hermien Hadiati menjelaskan malpractice secara harfiah berarti bad practice, atau praktek buruk yang berkaitan dengan praktek penerapan ilmu dan teknologi medik dalam menjalankan profesi medik yang mengandung ciri-ciri khusus. Malpraktik berkaitan dengan “*how to practice the medical science and technology*”, yang sangat erat hubungannya dengan sarana kesehatan atau tempat melakukan praktek dan orang yang melaksanakan praktek, Hermien lebih cenderung untuk menggunakan istilah “maltreatment”.
3. Danny Wiradharma memandang malpraktik dari sudut tanggung jawab dokter yang berada dalam suatu perikatan dengan pasien, yaitu dokter tersebut melakukan praktek buruk.
4. Kamus Besar bahasa Indonesia edisi ketiga menyebutkan istilah malpraktik dengan malapraktik yang diartikan dengan: “praktik kedokteran yang salah, tidak tepat, menyalahi undang-undang atau kode etik”.

5. Pengertian malpraktik kedokteran di dalam *Black's Law Dictionary* adalah setiap sikap tindak yang salah, kekurangan keterampilan dalam ukuran tingkat yang tidak wajar. Istilah ini umumnya dipergunakan terhadap sikap tindak dari para dokter, pengacara, dan akuntan. Kegagalan untuk memberikan pelayanan professional dan melakukan pada ukuran tingkat keterampilan dan kepandaian yang wajar di dalam masyarakatnya oleh teman sejawat rata-rata dari profesi itu, sehingga mengakibatkan luka, kehilangan atau kerugian pada penerima pelayanan tersebut yang cenderung menaruh kepercayaan terhadap mereka itu. Termasuk di dalamnya setiap sikaptindak profesional yang salah, kekurangan keterampilan yang tidak wajar atau kurang kehati-hatian atau kewajiban hukum, praktek buruk, atau illegal atau sikap immoral “

b. Jenis-jenis Malpraktik

1. Malpraktik Etik

Malpraktik etik adalah tenaga kesehatan melakukan tindakan yang bertentangan dengan etika profesinya sebagai tenaga kesehatan. Adapun yang dimaksud dengan etik kedokteran ini mempunyai dua sisi di mana satu sisi saling terkait dan saling pengaruh mempengaruhi, yaitu etik

jabatan atau *medical ethics*, yang menyangkut maalah yang berhubungan dengan sikap para dokter terhadap sejawatnya, sikap dokter terhadap pembantunya dan sikap dokter terhadap masyarakat. sedangkan etik asuhan atau *ethics of the medical care*, yaitu merupakan etik kedokteran dalam kehidupan sehari-hari mengenai sikap dan tindakan seorang dokter terhadap penderita yang menjadi tanggung jawabnya. Pelanggaran terhadap ketentuan Kode Etik Kedokteran ada yang merupakan pelanggaran etik semata-mata, tetapi ada juga merupakan pelanggaran etik dan sekaligus pelanggaran hukum yang dikenal dengan istilah pelanggaran etikologal. Lebih lanjut bentuk-bentuk pelanggaran etik kedokteran adalah sebagai berikut :¹⁰⁸

- 1) Pelanggaran etik murni antara lain menarik imbalan yang tidak wajar atau menarik imbalan jasa dari keluarga sejawat dokter dan dokter gigi, mengambil alih pasien tanpa persetujuan sejawatnya (melanggar Pasal 16 Kodeki), memuji diri sendiri di hadapan pasien (melanggar Pasal 4 huruf a Kodeki), dokter mengabaikan kesehatannya sendiri (pelanggaran Pasal 17 Kodeki)

¹⁰⁸ Bambang Sutiyoso, 2008, Hukum Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Gama Media : Yogyakarta. Hlm. 68

2) pelanggaran etikolegal antara lain pelayanan dokter di bawah standar, menerbitkan surat keterangan palsu (melanggar Pasal 7 Kodeki sekaligus Pasal 267 KUHP), membuka rahasia jabatan atau pekerjaan dokter (melanggar Pasal 13 Kodeki dan Pasal 322 KUHP), tidak pernah mengikuti pendidikan dan pelatihan dalam perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, abortus provokatus, pelecehan seksual dan tidak mau melakukan pertolongan darurat kepada orang yang menderita (melanggar Pasal 14 Kodeki dan Pasal 304 KUHP)

2. Malpraktik Yuridis

Soedjatmiko membedakan malpraktik yuridis ini menjadi dua bentuk, yaitu malpraktik perdata (*civil malpractice*) dan malpraktik pidana (*criminal malpractice*).¹⁰⁹

a) Malpraktik Perdata (*Civil Malpractice*)

Malpraktik perdata terjadi apabila terdapat hal-hal yang menyebabkan tidak terpenuhinya isi perjanjian (wanprestasi) didalam transaksi terapeutik oleh tenaga kesehatan, atau terjadinya perbuatan

¹⁰⁹ Anny Isfandyarie, 2005, Malpraktik Dan Resiko Medik Dalam Kajian Hukum Pidana. Prestasi Pustaka : Jakarta. Hlm. 76

melanggar hukum (onrechtmatige daad), sehingga menimbulkan kerugian kepada pasien. Pelanggaran profesi kedokteran menurut hukum perdata bersumber pada dua dasar hukum, yaitu : (1) Wanprestasi (Pasal 1239 KUHPperdata). Dalam hal ini dokter tidak memenuhi kewajibannya yang timbul dari adanya suatu perjanjian (tanggung jawab kontraktual).

Di lihat dari transaksi terapeutik yang merupakan inspanning verbentenis dimana kewajiban atau prestasi dokter yang harus dijalankan pada pasien adalah perlakukan medis yang sebaik-baiknya dan secermatcermatnya sesuai dengan standar profesi medis atau standar prosedur operasional. Wanprestasi dokter terjadi karena melanggar standar profesi medis atau standar prosedur operasional sehingga memberikan pelayanan medis pada pasien tidak sebagaimana mestinya, dan/atau memberikan prestasi yang tidak sesuai dengan kebutuhan medis pasien.

c. Malpraktik Pidana

Malpraktik pidana terjadi apabila pasien meninggal dunia atau mengalami cacat akibat tenaga

kesehatan kurang hati-hati. Atau kurang cermat dalam melakukan upaya perawatan terhadap pasien yang meninggal dunia atau cacat tersebut. Pelanggaran dokter dapat diklasifikasikan sebagai perbuatan yang memenuhi aspek hukum pidana apabila memenuhi syarat-syarat tertentu dalam tiga aspek, yaitu sikap batin dokter dan pemenuhan syarat dalam perlakuan medis dan timbulnya akibat.

3. Malpraktik Administrasi

Malpraktik administratif adalah malpraktek yang terjadi apabila tenaga kesehatan melakukan pelanggaran terhadap hukum administrasi negara yang berlaku, misalnya menjalankan praktek bidan tanpa lisensi atau izin praktek, melakukan tindakan yang tidak sesuai dengan lisensi atau izinnya, menjalankan praktek dengan izin yang sudah kadaluwarsa, dan menjalankan praktek tanpa membuat catatan medik.

B. Kerangka Konseptual

Teori, merupakan penjelasan mengenai gejala spesifik atau tentang terjadinya suatu hal tertentu, suatu teori harus diuji dengan menghadapkannya pada fakta-fakta yang dapat menunjukkan ketidakbenarannya. Fungsi teori dalam disertasi ini adalah untuk memberikan arahan dan memprediksi serta menjelaskan suatu gejala yang diteliti.

Kerangka teori digunakan untuk memberikan gambaran yang sistematis mengenai masalah yang diteliti. Teori ini masih bersifat sementara yang akan dibuktikan kebenarannya dengan cara realitas,¹¹⁰ oleh disertasi ini menggunakan beberapa teori yang relevan dengan permasalahan yang dibahas sebagai pisau analisis, dengan tujuan untuk memaparkan dasar kerangka pemikiran penulis dalam penelitian ini, kerangka teori yang peneliti gunakan dalam penelitian ini ada 3 (tiga) teori yaitu; Teori tujuan hukum sebagai grand theory, teori penegakan hukum sebagai midle theory dan teori *restorative justice* sebagai applied theory.¹¹¹

1. Konsep *Restorative Justice* (Keadilan Restoratif)

Munculnya gagasan *restorative justice* pada dasarnya didasarkan pada ketidakpuasan penggunaan cara pandang positivistik dalam penegakan hukum karena seringkali dirasa gagal memenuhi keadilan. Sekalipun diakui bahwa hukum yang berdimensi positivistik bermanfaat guna menjamin kepastian hukum, tapi karena sifat dasarnya yang kaku, hukum yang demikian berpotensi mengabaikan masyarakat tempat hukum itu hidup. Atas dasar keprihatinan ini, Satjipto Rahardjo menggagas suatu ide tentang hukum progresif. Asumsi dasar yang diajukannya adalah Hukum progresif memiliki prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia, dan

bukan sebaliknya. Berkaitan dengan hal tersebut, maka hukum itu tidak untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar, yaitu untuk nilai-nilai kemanusiaan, keadilan, kesejahteraan, dan kebahagiaan umat manusia.¹¹² Keadilan restoratif adalah teori keadilan yang menekankan perbaikan kerusakan yang disebabkan oleh perilaku kriminal yang terbaik dicapai ketika para partiesthelves bertemu secara kooperatif untuk memutuskan bagaimana dapat mengarah pada transformasi orang, hubungan dan komunitas.

Keadilan restoratif sebagai setiap tindakan untuk menegakkan keadilan dengan memperbaiki kerusakan yang ditimbulkan akibat dari suatu tindak pidana. Keadilan restoratif mendasarkan jenis pemidanaan berupa pelayanan masyarakat, ganti rugi, dan bentuk lain selain dari hukuman penjara, dengan membiarkan terpidana untuk tetap aktif dalam masyarakat.¹¹³

Keadilan restoratif menempatkan nilai yang lebih tinggi dalam keterlibatan yang langsung dari para pihak. Korban mampu untuk terlibat dalam penyelesaian masalah, sedangkan pelaku didorong untuk memikul rasa tanggung jawab atas perbuatan yang dilakukannya dengan mengembalikan kondisi sosial seperti halnya sebelum perbuatan dilakukan. Keadilan restoratif tidak hanya

¹¹² I Gede Wiranata, 2006, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas Media Nusantara : Jakarta. Hlm. 114

¹¹³ O.C. Kaligis, 2006, *Pelindungan Hukum Atas Hak Asasi Tersangka, Terdakwa, dan Terpidana*, Alumni : Bandung. Hlm. 125

ditujukan kepada pelaku sebagai objek prosesnya, namun lebih kepada pemulihan/merehabilitasi keadilan dan hukum. Penjatuhan pidana tidak memberikan perbaikan terhadap pelaku tindak pidana, namun juga tidak menyangkal bahwa penjatuhan pidana dalam kondisi tertentu diperlukan. Keadilan restoratif lebih menitikberatkan kepada penyelesaian konflik daripada penjatuhan pidana penjara. Menurut keadilan restoratif pidana penjara bukanlah jalan terbaik dalam menanggulangi kejahatan.

Dasar keadilan restoratif adalah keharusan meyakini dan mengupayakan bahwa korban kejahatan dan keluarganya dapat kembali kepada keadaan semula seperti sebelum terjadinya tindak pidana. Tujuan utama *restorative justice* adalah perbaikan atau penggantian kerugian yang diderita oleh korban, pengakuan pelaku terhadap luka yang diderita oleh masyarakat akibat tindakannya, konsolidasi dan rekonsiliasi pelaku, korban dan masyarakat. *Restorative justice* bertujuan memberdayakan para korban, pelaku, keluarga dan masyarakat untuk memperbaiki tindakan melanggar hukum dengan menggunakan keinsyafan dan kesadaran sebagai landasan untuk memperbaiki kehidupan bermasyarakat.¹¹⁴

Pendekatan *restorative justice* sejumlah pihak harus terlibat dalam musyawarah antara lain:¹¹⁵

¹¹⁴ Abintoro Prakoso, 2016, Pembaharuan Sistem Peradilan Pidana Anak, Aswaja Pressindo : Yogyakarta. Hlm. 161

¹¹⁵ *Ibid.*

- Korban dan keluarga korban, karena korban adalah bagian dari konflik, kepentingan korban dalam proses pengambilan keputusan serta konflik merupakan persoalan keluarga
- Pelaku dan keluarga pelaku, karena pelaku merupakan pihak yang mutlak harus dilibatkan dan keluarga pelaku dipandang perlu untuk dilibatkan karena usia pelaku yang belum dewasa.
- Wakil masyarakat guna mewakili kepentingan dari lingkungan lokasi peristiwa pidana terjadi dan kepentingan-kepentingan yang bersifat publik.

Berdasarkan pemaparan di atas maka yang dimaksud dengan Keadilan Restoratif adalah penyelesaian yang didasarkan kepada keinginan para pihak baik pelaku maupun korban dan melibatkan masyarakat, juga didasarkan kepada pengakuan kesalahan serta kemauan untuk bertanggungjawab dari pelaku, sehingga kondisi sosial yang terganggu menjadi normal kembali. Restitusi hanya sebagai cara/jalan untuk mencapai konsolidasi, rekonsiliasi dan restorasi sosial.

Paradigma dalam bidang hukum adalah terdapatnya gejala-gejala kontemporer yang ada bersamaan dengan gejala-gejala konstan masyarakat hukum. Sehingga pada saat munculnya kebutuhan terhadap suatu paradigma baru, bersamaan dengan tetap pula berlaku paradigma lainnya. Hanya saja, paradigma yang

lebih muda sering berlaku dominan dibandingkan dengan paradigma pendahulunya. Suatu gejala yang dijadikan dasar penjatuhan suatu paradigma baru dan menguatkan kembali kebutuhan paradigma lama, dapat dilihat, kasus penjatuhan paradigma hukum alam oleh paradigma hukum positif pada abad 19-an, lalu munculnya kebutuhan terhadap paradigma lama itu dalam pengulangan gejala-gejala pada abad ke-20-an, yang kemudian mengakibatkan dominannya eksistensi hukum alam dalam perspektif kehidupan international.¹¹⁶

Perkembangan ke arah yang lebih maju yang berlandaskan keadilan adalah merupakan paradigma dari hukum alam yang dipakai salah satu tujuan hukum, menurut Lili Rasyidi dalam bidang ilmu hukum, revolusi itu lebih banyak menyentuh bidang ontologi dan epistemologi ilmu hukum tanpa harus mengecilkan arti dimensi aksiologi dari bidang ilmu ini. Sebab pertentangan besar antara aliran hukum alam dengan aliran hukum positif adalah persoalan esensi hukum, sumber, bentuk dan cara berfungsinya. Tersentuh pula dimensi aksiologinya dengan ditolaknya unsur pendekatan sejarah terhadap hukum oleh aliran hukum positif. Hal serupa juga terulang terhadap paradigma hukum positif ketika aliran hukum

¹¹⁶Achmad Ali, 2009, Menguak Teori Hukum (*Legal Theory*) dan Teori Peradilan (*Judicialprudence*) termasuk Interpretasi Undang-undang (*Legisprudence*), Kencana Prenada Media Group : Jakarta . Hlm. 184-195

pragmatis mengajukan gagasan-gagasannya tentang hukum. Hukum positif benar-benar mengalami guncangan eksistensial yang hebat yang kemudian mengakibatkan melunturnya kepercayaan orang terhadap masalah kekuatan kepastian hukum dan keadilan yang selama hampir satu setengah abad dimitoskan oleh aliran positif.¹¹⁷

Paradigma hukum alam (*natural law*) sempat kurang mendapat simpati apalagi digeser dengan paradigma hukum positif, sebenarnya hal ini tidak dapat seperti demikian karena prinsip-prinsip keduanya sangat berguna. Albertus Gentilis, seorang ahli hukum Italia yang belajar hukum di Oxford menyatakan : “*the absolute Prince is a prince who is above positive law but under natural law and the law of nations*”, Gentilis menggambarkan hukum alam sebagai hukum lebih tinggi yang secara struktural merupakan sumber dan menjadi dasar dari tindakan kaisar (*the law giver*), dan hukum positif yang dibentuk oleh kaisar tiada lain jelmaan hukum alam dalam bentuknya sebagai hukum positif atau hukum alam yang diberi kekuatan kekuasaan manusia. Sehingga seharusnya kedua paradigma dari hukum alam dan hukum positif saling berkaitan dapat berlaku sebagai bentuk hukum yang legitim.¹¹⁸

¹¹⁷ *ibid*

¹¹⁸ *ibid*

Di kalangan pakar teori hukum, sekarang dikenal sebuah teori hukum termutakhir untuk menjawab realitas dunia globalisasi saat ini, yaitu "*Triangular Concept of Legal Pluralism*" (Konsep Segitiga Pluralisme Hukum). Teori itu diperkenalkan sejak tahun 2000 kemudian dimodifikasi pada tahun 2006 oleh *Werner Menski*, seorang *professor* hukum dari University of London. Pakar hukum di bidang Hukum Bangsa-bangsa Asia dan Afrika, yang menonjolkan '*karakter plural*' kultur dan hukum. Dari subjek kajiannya, Menski kemudian memperkenalkan teori hukumnya itu, yang memang sangat relevan bagi hukum bangsa-bangsa Asia Afrika, maupun bagi bangsa-bangsa Barat.¹¹⁹

Sejak saat itu banyak teori-teori hukum sebelumnya yang mulai tergeser, seperti teori "*The Disorder Law*" Charles Sampford yang ekstrem untuk menolak eksistensi sistem hukum dan terutama menggeser keras teori-teori klasik yang dianggap tidak relevan dengan dunia globalisasi, antara lain teori-teori positivistik dari Hans Kelsen, dan Montesquieu. Teori "*Triangular Concept of Legal Pluralism*" dari Menski ini memperkuat konsep Lawrence M. Friedman tentang unsur sistem hukum ketiga, yaitu *Legal Culture* (Kultur hukum) yang sebelumnya belum dikenal, sebelum Friedman memperkenalkannya di tahun 1970-an. Eksistensi 'kultur hukum' yang sifatnya sangat pluralistik, melahirkan kebutuhan adanya

¹¹⁹ *ibid*

sebuah teori hukum yang mampu menjelaskan fenomena pluralisme hukum, yang merupakan suatu realitas.¹²⁰

Di era globalisasi saat ini, di mana hubungan antar warga dunia tidak lagi dibatasi oleh sekat-sekat sempit otoritas kaku dari masing-masing negara, tetapi hampir di semua bidang, komunikasi yang semakin canggih, menyebabkan dunia tiba-tiba terasa menjadi suatu 'negara dunia', dan setiap warga dunia dari suatu negara ke negara lain akan berhadapan dengan hukum asing, yang tentunya tidak mungkin atau bahkan sangat kontras dengan hukum di negaranya sendiri. Setiap penduduk yang melakukan perjalanan ke negara asing, baik secara fisik maupun melalui dunia maya akan merasakan kehadiran realitas pluralisme hukum itu dalam kehidupannya.

Pluralisme hukum bukan hanya mengenai beraneka ragamnya hukum positif yang ada, baik antar bangsa maupun didalam satu negara tertentu, contohnya di Amerika Serikat, setiap '*state*' (negara bagian) memiliki sistem hukum, sistem peradilan dan hukum positif masing-masing, demikian juga di Indonesia setiap daerah memiliki hukum lokal masing-masing, melainkan pluralisme hukum adalah mengenai perilaku hukum dari masing-masing individu atau kelompok yang ada di setiap bangsa dan masyarakat di dunia ini. Dan tentu saja sangat tidak realistis, ketika berbagai sistem hukum, sistem peradilan dan hukum positif yang sangat plural *dan*

¹²⁰ *ibid*

beranekaragam itu, hanya dikaji dengan menggunakan salah satu jenis pendekatan hukum secara sempit saja, misalnya hanya menggunakan pendekatan positivis-normatif belaka, atau hanya menggunakan pendekatan empiris saja, atau pendekatan moral belaka. Tak ada metode yang lebih relevan untuk menghadapi berbagai isu hukum di era globalisasi dunia dewasa ini kecuali dengan penggunaan secara proporsional secara serentak ketiga pendekatan hukum normative, empiris dan filosofis, dan itulah yang dikenal sebagai, "*Triangular Concept of Legal Pluralism*".¹²¹

Teori hukum Menski, menyajikan satu pemikiran kembali secara kritis dalam kajian *perbandingan hukum* dan *teori hukum*, di dunia globalisasi dewasa ini, dan mengusulkan suatu model baru teori hukum, yang menyoroti kelemahan pendekatan teori Barat selama ini mencakupi kelemahan teori-teori perbandingan hukum, hukum publik internasional, teori hukum dan ilmu hukum normatif, terutama kajian Barat. tentang hukum Asia dan Afrika. Mensky menegaskan bahwa teori-teori Barat yang terlalu sempit dan eurosentris tidak mampu menjawab tantangan globalisasi. Teori hukum Menski mengkombinasikan secara interaktif teori hukum alam modern, positivisme dan sosiologi hukum, untuk membahas pluralisme hukum yang merupakan realitas dunia global, melalui "*konsep segitiga pluralisme hukum*"nya. Fokus utama kajian Menski,

¹²¹ *ibid*

adalah Hukum Hindu, Hukum Islam, Hukum-hukum Afrika dan Hukum Cina, yang kemudian dapat diterapkan untuk mengkaji hukum-hukum lain. Menurut Menski, sifat alami hukum yang plural adalah sesuatu yang tak dapat diabaikan, dan banyaknya kerumitan yang ada sehubungan dengan sifat plural hukum tersebut, lebih awal ditunjukkan melalui konsep yang dicetuskan oleh Chiba tentang *'identity postulate'* (postulat identitas dari setiap hukum). Model yang digunakan Thuis, mengerucut dalam satu konsep global yang mengelompokkan konsep global tentang *legal culture*. Chiba menulis bahwa¹²² : Sepanjang satu kultur hukum terpelihara, maka " a *'basic legal postulate for the people's cultural identity in law,'* (suatu dasar postulat hukum bagi identitas kultural rakyat di dalam hukum). Untuk menamakannya sebagai *the identity postulate of a legal culture* (postulat identitas dari suatu kultur hukum), harus disyaratkan sebagai sesuatu yang berfungsi. Hal ini memandu orang dalam memilih bagaimana untuk melakukan 'reformulasi' terhadap keseluruhan struktur hukum, mencakup, antara lain, kombinasi hukum asli (pribumi) dan hukum yang merupakan hasil cangkakan hukum asing, dalam rangka untuk memelihara akomodasi mereka untuk mampu mengubah keadaan di lingkungannya".

Postulat Identitas ini muncul sebagai sebuah pusat yang secara terus-menerus menegosiasikan elemen suatu kultur hukum

¹²² *ibid*

secara terus menerus, mendekat dan secara langsung berhubungan dengan etis, norma-norma sosial dan aturan-aturan yang dibuat pemerintah, sebagai fakta kehidupan manusia dalam berbagai penjelmaan spesifik kultur mereka. Ini berarti bahwa, hukum sebagai suatu fenomena global memiliki kesamaan di seluruh dunia, dalam arti bahwa di mana-mana hukum terdiri atas dasar; *nilai etis, norma-norma sosial, dan aturan-aturan yang dibuat oleh negara*, meskipun tentu saja di dalam realitasnya, muncul banyak sekali variasi kultur yang lebih spesifik. Hal ini hanya mengkonfirmasi tentang 'premis dasar' yang telah diketahui, bahwa semua hukum adalah kultur spesifik dan bahwa di dalam berbagai bidang hukum seperti; kontrak, perkawinan dan pembunuhan, adalah merupakan fenomena universal, yang tampak secara terus-menerus berubah dari waktu ke waktu serta dari ruang/spasi ke ruang/spasi lain.

Menski dengan menggunakan pendekatan tiga tipe utama hukum utama yaitu "*hukum diciptakan oleh masyarakat*, hukum yang diciptakan oleh negara dan hukum yang timbulnya melalui nilai serta etika, maka kajian mutakhir ini, terutama sekali yang digunakan. Di dalam bagian II buku karya Werner Menski ini, telah ditunjukkan bahwa ketiga tersebut bersifat plural. Sesungguhnya, di dalam realitas, tampak bahwa masing-masing dari ketiga tipe hukum tersebut juga berisikan dua unsur tipe hukum yang lainnya.¹²³ Jadi

¹²³ *ibid*

menurut Menski, untuk memperkenalkan skema) dari *'level of intrinsic the second'*, kita memulai dengan hukum yang ditemukan di dalam kehidupan sosial, karena di kehidupan sosial itulah yang merupakan tempat di mana hukum selalu berlokasi. Studi terkini di bidang hukum, mengkonfirmasi bahwa tidak ada masyarakat yang tanpa hukum, sementara itu, mungkin sedikit sekali, atau hampir tidak ada hukum produk negara di dalam suatu konteks kultur dan lokal khusus tertentu. Di bidang sosial, kita menemukan aturan-aturan, norma-norma ataupun input-input yang berasal dari negosiasi hukum yang kurang lebih murni bersumber dari masyarakat sendiri, bukan dari produk hukum negara (hal ini secara intrinsik merupakan pencerminan dari citra pluralisnya hukum, di mana barangkali tidak ada dari aturan-aturan, norma-norma serta input-input' itu yang sekadar bersumber dari satu sumber saja), melainkan dari dalam satu masyarakat tertentu (dalam hal ini, makna masyarakat), tentu saja bukan dalam makna masyarakat secara 'nasional', melainkan dimaksudkan adalah masyarakat dalam bentuk suatu *komunitas* atau kelompok lokal yang kecil, bahkan barangkali dalam bentuk suatu klan atau keluarga saja. Definisi yang tepat tentang masyarakat atau komunitas, menurut Cotterel, akan tampak, tergantung pada pernyataan identitas masing-masing. Jika suatu kelompok manusia justru membedakan kelompoknya sendiri dengan kelompok lain, atau membedakan dirinya sendiri sebagai anggota

kelompok dengan anggota lain dari kelompoknya, misalnya perbedaan secara etnis, maka di situ kita mulai untuk melihat kemunculan tata hukum yang terpisah).

Secara menyeluruh, citra dari pluralisme hukum terdapat dalam *'the triangle of society'* membuktikan bahwa ini juga merupakan kehidupan kultur, tetapi kultur yang barangkali juga secara instrinsik bersifat plural dan bersifat meluas ke dalam kehidupan kenegaraan dan ke alam nilai. Dengan demikian, hal itu berarti bahwa analisis kultural juga akan memperoleh manfaat *dari penerapan metode kesadaran pluralitas (plurality -conscious analytical methods)*.¹²⁴

Tidak ada pohon yang benar-benar sama, demikian juga hukum. Oleh karena itu, kita sebagai analisis realistik, berhadapan dengan dilema umum yang merupakan fenomena universal, yaitu bahwa kita berupaya untuk menganalisis sedemikian banyak bentuk-bentuk yang berbeda, di mana kita akan terus-menerus mengidentifikasi unsur-unsur secara keseluruhan untuk dapat memahami sebagai satu totalitas yang pada hakikatnya bersifat plural. Pada saat bersamaan kita juga harus mencoba dan memahami skenario spesifik untuk bekerja ke arah yang sesuai solusi-solusi *'justice-conscious'* (kesadaran tentang keadilan). Baik di tingkat global, maupun di tingkat lokal, dan di tingkat manapun, maka

¹²⁴ *ibid*

tantangan merupakan negosiasi yang konstan, bukan suatu pernyataan yang kabur tentang hal ini atau atau tentang perspektif itu.

Sifat hukum alam yang pada hakikatnya plural selalu memungkinkan banyak perspektif. Oleh karena itu, dalam beberapa hal keseluruhan teori hukum menghadapi keadaan sulit yang kemunculannya barangkali sebagian besar dari Ilmu Hukum Islam. Konsep kunci dari *ikhtitaf*, adalah mentoleransi keanekaragaman dan mengakui kemungkinan kesalahan yang dihasilkan oleh sifat manusia. Dan di dalam tradisi Ilmu Hukum pengakuan tentang pluralitas sangat tampak, karena tidak ada seorangpun yang mempunyai hak istimewa untuk menjadi penafsir tunggal.

Hal yang terpenting dari tiga komponen dikembangkan menjadi sembilan komponen menunjukkan jenis-jenis pilar yang ada dalam konsep segitiga Menski sebagai berikut:

- i. Hukum produk negara yang sesungguhnya, yang muncul langsung sebagai hukum, dan tidak dikenal sebelumnya di dalam nilai-nilai etika, moral dan agama, maupun norma sosial. Contohnya UU penggunaan Helm bagi Pengendara Motor Peraturan ini absolut produk negara.
- ii. Produk hukum negara yang hanya melegitimasi norma sosial yang telah ada sebelumnya, contohnya; larangan membunuh, mencuri dan memperkosa. Perbuatan itu

sebelum diancamkan pidana dalam KUHP, memang telah dinyatakan sebagai kejahatan oleh norma moral dan agama, maupun oleh norma-norma sosial.

- iii. Hukum produk negara yang memperoleh pengaruh sebagai hasil negosiasi dengan norma-norma etika, moral dan agama, atau norma-norma sosial atau kultur tertentu.
- iv. Hukum yang murni produk social
- v. Hukum produk sosial yang telah mendapat pengaruh sebagai hasil negosiasi dengan kekuasaan negara
- vi. Hukum produk sosial yang telah mendapat pengaruh sebagai hasil negosiasi dengan nilai etika moral atau agama
- vii. Nilai-nilai etika, moral, atau agama yang masih murni
- viii. Nilai-nilai etika, moral, atau agama yang telah mendapat pengaruh sebagai hasil negosiasi dengan norma-norma sosial atau kultur tertentu
- ix. Nilai-nilai etika, moral atau agama yang telah mendapat pengaruh sebagai hasil negosiasi dengan kekuasaan pemerintah.

2. Prinsip (*Restorative Justice*) Keadilan Restoratif

Konsep *restorative justice* (keadilan restorative) sebenarnya telah lama dipraktikkan masyarakat adat Indonesia, seperti di Papua, Bali, Toraja, Minangkabau, dan omunitas tradisional lain yang masih kuat

memegang kebudayaan dan apabila terjadi suatu tindak pidana oleh seseorang maka penyelesaian sengketa diselesaikan di komunitas adat secara internal dengan perdamaian tanpa melibatkan aparat negara. Walaupun perbuatan pidana umum yang ditangani masyarakat sendiri bertentangan dengan hukum positif, terbukti mekanisme ini telah berhasil menjaga harmoni di tengah masyarakat.¹²⁵

Mekanisme penyelesaian perkara berdasarkan keadilan restoratif didasarkan pada musyawarah mufakat di mana para pihak diminta berkompromi untuk mencapai sebuah kesepakatan. Setiap individu diminta untuk mengalah dan menempatkan kepentingan masyarakat di atas kepentingan pribadi demi menjaga keharmonisan bersama. Konsep musyawarah terbukti lebih efektif untuk menyelesaikan sengketa dalam masyarakat di tengah kegagalan peran negara dan pengadilan dalam memberikan rasa keadilan.¹²⁶

Penyelesaian perkara pidana dengan pendekatan atau konsep keadilan restoratif ini lebih menitikberatkan pada adanya partisipasi langsung baik dari pihak pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara. Di samping itu konsep keadilan restoratif lebih menekankan kepada nilai keseimbangan, keselarasan, harmonisasi, kedamaian, ketentraman, persamaan, persaudaraan, dan kekeluargaan dalam masyarakat daripada penghukuman atau pemenjaraan. Upaya

¹²⁵ Afhonul Afif. 2015. Pemaafan, Rekonsiliasi, dan *Restorative justice*. Pustaka Pelajar : Yogyakarta.Hlm. 23

¹²⁶ *Ibid.*

penyelesaian perkara yang dilakukan dengan cara ini tidak hanya menyelesaikan permasalahan yang timbul tetapi lebih dalam dari itu konsep penyelesaian perkara dengan menggunakan pendekatan keadilan restoratif dirasakan lebih memberikan rasa keadilan masyarakat.

Prinsip-prinsip keadilan restoratif secara sederhana dapat diartikan sebagai sebuah model penyelesaian perkara di luar lembaga pengadilan atau sering disebut dengan *out of court settlement* yang lebih memperhatikan keadilan, tujuan dan keinginan para pihak dengan konsep *victim awareness work*. Dalam kerangka normatif maupun dari kerangka teoretis prinsip penyelesaian perkara pidana di luar lembaga pengadilan atau *out of court settlement* banyak dipertanyakan namun dalam kenyataannya terdapat juga beberapa praktek penyelesaian perkara pidana di luar sistem peradilan pidana.¹²⁷ Sebagai contoh adalah penyelesaian perkara pidana melalui sistem hukum adat misalnya di Papua dan Sumatera Barat.

Pendekatan keadilan restoratif yang menjunjung tinggi nilai keseimbangan, keselarasan, harmonisasi, kedamaian, ketentraman, persamaan, persaudaraan, dan kekeluargaan tentu selaras dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila. Dengan demikian pendekatan keadilan restoratif pada hakikatnya telah sesuai dengan jiwa bangsa Indonesia yang lebih mengedepankan nilai-nilai kekerabatan,

¹²⁷Burt Galaway and Joe Hudson. 2011. *Criminal Justice, Restitution and Reconciliation (criminal justice)*. Criminal Justice Press : New York. Hlm. 121

paguyuban, kekeluargaan, gotong royong, toleransi, mudah memaafkan, dan mengedepankan sikap yang mendahulukan kepentingan bersama.¹²⁸

Keadilan restoratif merupakan filosofi hukum baru yang merupakan gabungan dari teori pidana yang ada. Keadilan restoratif yang berorientasi pada penyelesaian perkara yang memfokuskan perhatian kepada pelaku, korban maupun masyarakat. Di sini keadilan restoratif mengandung nilai teori pidana yang klasik yang terfokus pada upaya pemulihan korban yang terdapat dalam teori pidana retributif, deterrence, rehabilitation, resocialization. Selain terfokus pada pemulihan pelaku keadilan restoratif juga memperhatikan kepentingan korban dan masyarakat.

Inti dari *restorative justice* adalah penyembuhan, pembelajaran, moral dan partisipasi dan perhatian masyarakat, dialog, rasa memaafkan, tanggung jawab, dan membuat perubahan yang semuanya itu merupakan pedoman bagi proses restorasi dalam perspektif *restorative justice*. Keadilan restoratif bertujuan untuk memberdayakan para korban, pelaku, keluarga, dan masyarakat untuk memperbaiki suatu perbuatan melawan hukum dengan menggunakan kesadaran dan keinsyafan sebagai landasan untuk memperbaiki kehidupan bermasyarakat. Menurut Wright, konsep keadilan restoratif pada dasarnya sederhana. Ukuran keadilan tidak lagi berdasarkan

¹²⁸Eva Achjani Zulfa. 2012. Pergeseran Paradigma Pidana, Lubuk Agung, Bandung. Hlm. 21

pembalasan setimpal dari korban kepada pelaku (baik secara fisik, psikis, atau hukuman) namun perbuatan yang menyakitkan itu disembuhkan dengan memberikan dukungan kepada korban dan mensyaratkan pelaku untuk bertanggung jawab dengan bantuan keluarga dan masyarakat bila diperlukan.¹²⁹

Menurut Gordon Bazemore pokokpokok pemikiran dalam paradigma peradilan yang restoratif meliputi beberapa hal sebagai berikut:¹³⁰

e) Tujuan penjatuhan sanksi.

Dalam tujuan penjatuhan sanksi maka korban harus diikuti sertakan secara aktif untuk terlibat dalam proses peradilan. Indikator pencapaian tujuan penjatuhan sanksi tercapai atau tidak dapat dilihat dengan indikator apakah korban telah direstorasi, adanya kepuasan korban, besarnya ganti rugi, kesadaran pelaku atas perbuatannya, jumlah kesepakatan perbaikan yang dibuat, kualitas pelayanan dan keseluruhan proses yang terjadi. Bentuk-bentuk sanksi yaitu restitusi, mediasi pelaku dan korban, pelayanan korban, restorasi masyarakat, pelayanan langsung pada korban atau denda restoratif. Dalam penjatuhan sanksi ini harus mengikutsertakan pelaku, korban, masyarakat dan para penegak hukum secara aktif. Pelaku akan berperan aktif dalam merestore kerugian korban, dan menghadapi

¹²⁹ T.J. Gunawan. 2015. Konsep Pemidanaan Berbasis Nilai Kerugian Ekonomi, Genta Press, Yogyakarta. Hlm. 2

¹³⁰ Gordon Bazemore and Mara Schiff. 2010. *Juvenile Justice Reform and Restorative justice: Building Theory and Policy Form Practice*. Willan Publishing : Oregon.

korban wakil korban. Sebaliknya korban aktif dalam semua tahapan proses dan akan membantu dalam penentuan sanksi bagi si pelaku. Masyarakat dalam hal ini terlibat sebagai mediator atau fasilitator (yang dalam hal ini penegak hukum) membantu korban dan mendukung pemenuhan kewajiban pelaku.

f) Rehabilitasi pelaku.

Fokus utama peradilan restoratif adalah untuk kepentingan dan membangun secara positif. Dengan demikian pelaku merupakan sumber utama. Untuk kepentingan rehabilitasi pelaku diperlukan perubahan sikap dari lembaga kemasyarakatan dan paradigma pemidanaan dewasa ini. Rehabilitasi pelaku dalam konsep keadilan restoratif dilakukan dengan pelaku yang bersifat konseling dan terapi untuk memotivasi keterlibatan aktif para pihak.

g) Aspek perlindungan masyarakat.

Nilai dasar yang yang berikutnya yang ada dalam peradilan restoratif adalah tercapainya perlindungan masyarakat dengan upaya kolaborasi sistem peradilan dan masyarakat umum untuk mengembangkan pencegahan. Penyelesaian atau pemenjaraan dibatasi hanya sebagai upaya terakhir. Masyarakat dalam hal ini bertanggung jawab dan berperan aktif dalam mendukung terselenggaranya restorasi. Indikator tercapainya perlindungan masyarakat apabila angka residivis turun, sementara pelaku berada di bawah pengawasan masyarakat, masyarakat merasa aman dan

yakin atas peran sistem peradilan restoratif, pelibatan rekan dekat pelaku, keluarga dan lembaga kemasyarakatan untuk mencegah terjadinya kejahatan, ikatan sosial dan reintegrasi dalam konsep ini senantiasa harus ditingkatkan.

Komariah E. Sapardjaja mengemukakan bahwa prinsip-prinsip dasar yang terkandung dalam pendekatan keadilan restoratif adalah:¹³¹

- a) Keadilan yang dituntut adalah adanya upaya pemulihan bagi pihak yang dirugikan
- b) Siapapun yang terlibat dan terkena dampak tindak pidana harus mendapat kesempatan untuk berpartisipasi penuh dalam menindaklanjutinya.
- c) Pemerintah berperan dalam menciptakan ketertiban umum sementara masyarakat membangun dan memelihara perdamaian.

Dari uraian di atas dapat dikatakan bahwa dalam *keadilan restoratif* terjadi pergeseran pemikiran dari model penghukuman tradisional (pembalasan dan rehabilitasi) kepada model penghukuman yang memberikan keadilan yakni dengan memberikan akses kepada keadilan itu sendiri terutama keadilan yang ditujukan pada keadilan masyarakat secara luas. Hal ini

¹³¹ Kwat Yudi Prayitno. *Restorative justice* Untuk Peradilan di Indonesia (Perspektif Yuridis Filosofis dalam Penegakan Hukum in *Concreto*), Jurnal Dinamika Hukum, Vol. 12, No 3 September 2012

menjadi penting untuk diperhatikan baik bagi kalangan akademisi maupun bagi para praktisi hukum karena nilai ini merupakan titik awal atau atas dasar lahirnya konsep keadilan restoratif.

Van Ness sebagaimana dikutip oleh Rufinus Hotmaulana Hutauruk mempostulatkan beberapa model pendekatan sebagai pilihan alternatif yang dapat menggambarkan tempat dan kedudukan pendekatan keadilan restoratif dalam sistem hukum pidana yaitu sebagai berikut:¹³²

a) *Unified System*

Pendekatan restoratif menggantikan peradilan pidana untuk mengembalikan konflik itu ke pemiliknya yang berhak memerlukan suatu pendekatan yang benar-benar berbeda dalam mengelola pemberian proses-proses keadilan yang memungkinkan korban dan pelanggar dapat menentukan sendiri hasil penyelesaian konfliknya tersebut dan negara tidak memiliki hak mutlak atas konflik dimaksud, sehingga berdasar pandangan ini proses-proses penyelesaian tindak pidana melalui pendekatan restoratif seharusnya dapat menggantikan semua proses dalam sistem peradilan pidana pada umumnya

b) *Dual Track System*

Model *Dual Track System* ini dapat dibuat menjadi suatu pendamping alternatif bersama sistem peradilan pidana yang ada.

¹³² Rufinus Hotmaulana Hutauruk. 2013. Penanggulangan Kejahatan Korporasi melalui Pendekatan Restoratif Suatu Hukum. Sinar Grafika : Jakarta. Hlm. 23

Dalam suatu model jalur ganda, proses restoratif dan proses tradisional akan berdampingan secara bersama-sama dimana para pihak dapat menentukan jalannya proses dari suatu kasus tertentu. Jika kesepakatan untuk memasuki proses restoratif tidak dapat dicapai (dengan konsensus semua pihak yang berkepentingan) maka sistem pengadilan peradilan pidana akan tetap tersedia. Jadi dalam hal ini pendekatan restoratif ditempatkan menduduki posisi primer sedangkan lembaga-lembaga formal adalah berperan sebagai suatu unsur pendukung.

c) *Safeguard System*

Model ini adalah suatu model yang dirancang untuk menangani tindak pidana melalui pendekatan restoratif dimana program-program restoratif akan menjadi sarana utama untuk menangani permasalahan-permasalahan tindak pidana. Dengan demikian hal ini berarti bahwa akan terjadi suatu peralihan besar dari sistem peradilan pidana pada umumnya yang akan mengalami reduksi ke sistem keadilan restoratif. Namun untuk kasus-kasus tertentu akan tetap ditangani oleh sistem peradilan pidana kontemporer (kasus-kasus yang dianggap tidak sesuai untuk ditangani oleh suatu proses atau program restoratif).

d) *Hybrid System*

Dalam model ini proses penentuan atau penetapan seseorang bersalah diproses dalam sistem peradilan pidana pada umumnya

dan kemudian dalam proses penentuan sanksi maka konsep pendekatan restoratif dapat dipergunakan untuk menentukan jenis sanksinya. Dalam system hybrida, baik respon pendekatan restoratif maupun respon peradilan pidana kontemporer dipandang sebagai bagian-bagian normatif dari sistem peradilan.

3. Syarat Yuridis Penerapan *Keadilan restoratif*

Andi Hamzah mengemukakan tiga R dan satu D mengenai tujuan pemidanaan yakni, Reformation yang memiliki makna bahwa pemidanaan bertujuan untuk memperbaiki sifat seseorang akibat melakukan tindak pidana agar dapat berguna bagi seseorang. Restraint yang memiliki makna bahwa pemidanaan bertujuan untuk mengasingkan sementara pelaku tindak pidana dari masyarakat untuk dibina agar kondisi masyarakat menjadi tetap aman. Retribution yang memiliki makna bahwa pemidanaan merupakan balasan terhadap seseorang karena telah melakukan tindak pidana atau kejahatan. Deterrence yang memiliki makna bahwa pemidanaan bertujuan untuk membuat efek jera bagi pelaku pada khususnya dan masyarakat pada umumnya agar tidak melakukan kejahatan seperti yang dilakukan pelaku tindak pidana.¹³³

¹³³ Andi Hamzah, Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia, Pradnya Paramita, Jakarta, 1993, hlm 28

Pada dasar-nya tujuan pemidanaan menjadi persoalan yang dilematis, terutama dalam menentukan apakah pemidanaan ditujukan untuk melakukan pembalasan atas tindak pidana yang terjadi atau merupakan tujuan yang layak dari proses pidana sebagai pencegahan tingkah laku yang anti sosial. Menentukan titik temu dari dua pandangan tersebut jika tidak berhasil dilakukan, memerlukan formulasi baru dalam sistem atau tujuan pemidanaan dalam hukum pidana.¹³⁴

Pendekatan *keadilan restoratif* dalam sistem pemidanaan di Indonesia bertujuan untuk mencapai tujuan pemidanaan di Indonesia dalam hal memulihkan kembali keadaan seperti sebelum terjadi kejahatan serta yang tak kalah penting adalah bagaimana membuat jera pelaku tindak pidana, karena ketika ada orang yang melakukan pelanggaran hukum maka keadaan akan menjadi berubah. Maka disitulah peran hukum untuk melindungi hak-hak setiap korban kejahatan. Melalui *keadilan restoratif* tujuan pemidanaan akan benar-benar tercapai, karena pendekatan *keadilan restoratif* menempatkan pelaku, korban, dan masyarakat sebagai 'stakeholders' yang bekerjasama dan langsung berusaha menemukan penyelesaian yang dipandang adil bagi semua pihak (win-win solutions), sehingga dengan model seperti itu akan terciptanya tanggung jawab langsung dari pelaku

¹³⁴ Ibid.

kepada korban, karena akan dihadapkan secara langsung dengan akibat perbuatannya tersebut.¹³⁵

Prinsip keadilan restoratif (*restorative justice*) tidak bisa dimaknai sebagai metode penghentian perkara secara damai, tetapi lebih luas pada pemenuhan rasa keadilan semua pihak yang terlibat dalam perkara pidana melalui upaya yang melibatkan korban, pelaku dan masyarakat setempat serta penyelidik/penyidik sebagai mediator, sedangkan penyelesaian perkara salah satunya dalam bentuk perjanjian perdamaian dan pencabutan hak menuntut dari korban perlu dimintakan penetapan hakim melalui jaksa penuntut umum untuk menggugurkan kewenangan menuntut dari korban, dan penuntut umum.

Saat ini *keadilan restoratif* diterapkan pada semua Lembaga penegakan hukum di Indonesia setelah diterbitkannya Nota Kesepakatan Bersama Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia, Menteri Hukum dan HAM, Jaksa Agung Republik Indonesia, dan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia No. 131/KMS/SKB/X/2012, No. M-HH-07HM.03.02 Tahun 2012, Nomor KEP 06/E/EJP/10/2012, No. B/39/ X/2012 tanggal 17 Oktober 2012 tentang Pelaksanaan Penerapan Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda, Acara Pemeriksaan Cepat serta Penerapan Keadilan Restoratif yang

¹³⁵ *Ibid.*

mengatur mengenai penyelesaian perkara pidana melalui prinsip keadilan restoratif. Setelah ditandatanganinya Nota kesepakatan tersebut, masing-masing Lembaga kemudian membentuk peraturan lebih lanjut mengenai penerapan *keadilan restoratif* pada institusi masing-masing yaitu :

- 1) Surat Edaran Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia No. SE/8/VII/2018 tahun 2018 tentang Penerapan Keadilan Restoratif (*Restorative justice*) dalam Penyelesaian Perkara Pidana
- 2) Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2019 tentang Penyidikan Tindak Pidana
- 3) Peraturan Kejaksaan Republik Indonesia No. 15 Tahun 2020 tentang Penghentian Penuntutan Berdasarkan Keadilan Restoratif.
- 4) Keputusan Direktur Jenderal Badan Peradilan Umum Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1691/DJU/SK/PS.00/12/2020 tentang Pemberlakuan Pedoman Penerapan Keadilan Restoratif.

C. Kerangka Pikir

Penerapan *keadilan restoratif* terhadap tindak pidana bertujuan untuk menghindarkan pelakunya dari proses pemidanaan yang terkadang dirasakan belum dapat mencerminkan nilai-nilai keadilan pada penyelesaian kasus-kasus pidana. Selama ini anak yang melakukan tindak pidana harus mempertanggungjawabkan secara pidana pula, yakni dengan pemenjaraan dengan maksud memberi efek jera pada diri pelaku, namun pemenjaraan bukan merupakan hal yang membuat efek jera.

Konsep menekankan pada kemauan murni dari pelaku untuk memperbaiki kerugian yang telah ditimbulkannya sebagai bentuk rasa tanggung jawab. Perbaikan kerugian harus proporsional dengan memperhatikan hak dan kebutuhan korban. Untuk menghasilkan kesepakatan para pihak tersebut, perlu dilakukan dialog-dialog informal seperti mediasi dan musyawarah. Keterlibatan anggota komunitas yang relevan dan berminat secara aktif sangat penting dalam bagian ini sebagai upaya penerimaan kembali si pelaku dalam masyarakat.

Konsep *keadilan restoratif* dalam menyelesaikan tindak pidana yang dilakukan oleh pelaku yaitu penyelesaian dengan mempergunakan konsep *keadilan restoratif* yaitu dengan melibatkan semua komponen lapisan masyarakat dan aparat penegak hukum bersama-sama bermusyawarah untuk menentukan tindakan terbaik bagi pelaku tindak pidana. Penyelesaian ini bertujuan untuk memulihkan kembali kerugian

yang telah ditimbulkan. Konsep *keadilan restoratif* dapat dilakukan di Indonesia. didalam masyarakat sendiri dalam menyelesaikan tindak pidana telah menerapkan nilai-nilai yang sama dengan konsep *keadilan restoratif*, Selanjutnya adanya dukungan dari aparat penegak hukum, pemuka agama, pemuka adat, akademisi.

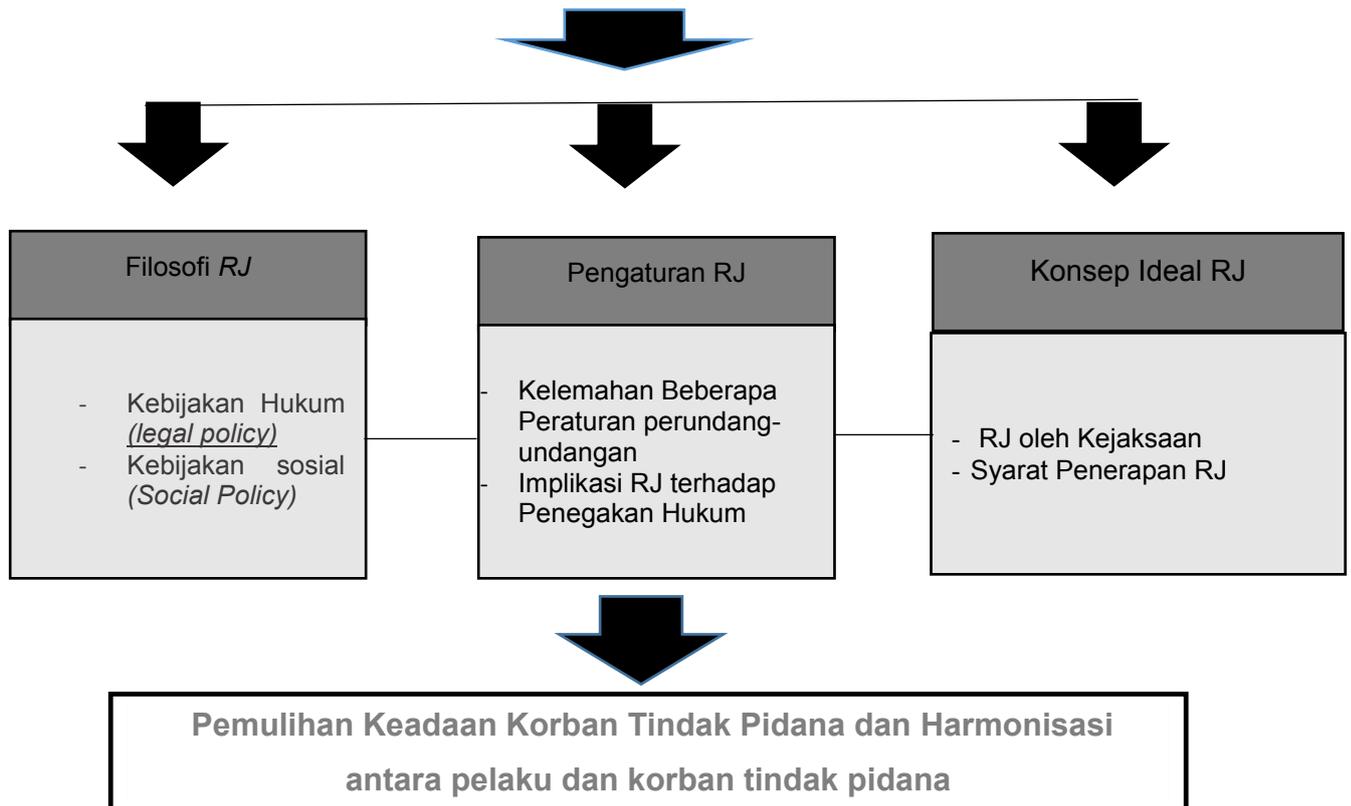
Keadilan restoratif meliputi pemulihan hubungan antara pihak korban dan pelaku. Pemulihan hubungan ini bisa didasarkan atas kesepakatan bersama antara korban dan pelaku. Pihak korban dapat menyampaikan mengenai kerugian yang dideritanya dan pelaku pun diberi kesempatan untuk menebusnya, melalui mekanisme ganti rugi, perdamaian, kerja sosial, maupun kesepakatan-kesepakatan lainnya. Seorang ahli Krimonologi berkebangsaan Inggris Tony F. Marshall dalam tulisannya "*Restorative justice an Overview*" mengatakan:¹³⁶"*Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implication for the future*" (Keadilan Restoratif adalah sebuah proses dimana para pihak yang berkepentingan dalam pelanggaran tertentu bertemu bersama untuk menyelesaikan persoalan secara bersama-sama bagaimana menyelesaikan akibat dari pelanggaran tersebut demi kepentingan masa depan)".

¹³⁶ Marlina, Peradilan Pidana Anak di Indonesia, Pengembangan Konsep Diversi dan *Restorative justice*, Bandung: Refika Editama, 2009, h. 88.

Untuk penelitian terhadap penerapan keadilan restoratif dalam penegakan hukum pidana maka terdapat 3 (tiga) variabel yang akan diteliti yang berkaitan erat dengan permasalahan dalam penelitian ini yaitu filosofi *restorative justice*, pengaturan *keadilan restoratif* terhadap aborsi dan konsep ideal *keadilan restoratif* dalam penegakan hukum.

Selengkapnya dapat dilihat dalam bagan di bawah ini :

**RESTORATIVE JUSTICE SEBAGAI ALTERNATIF PENYELESAIAN
TINDAK PIDANA MALPRAKTIK KEDOKTERAN DI LUAR SISTEM
PERADILAN PIDANA**



D. Defenisi Operasional Variabel

1. *Keadilan restoratif* merupakan sebuah kebijakan hukum adalah RJ merupakan upaya untuk memberikan perlindungan hukum kepada korban tindak pidana dengan cara melakukan pengaturan mengenai syarat-syarat pemulihan kerugian korban tindak pidana.
2. *Keadilan restoratif* merupakan kebijakan sosial adalah RJ dapat mendukung upaya mewujudkan perlindungan hukum sekaligus kesejahteraan masyarakat.
3. Kelemahan peraturan perundang-undangan adalah substansi hukum peraturan perundang-undangan yang menghambat pencapaian tujuan *Restorative Justice* (Keadilan Restoratif).
4. Implikasi *Keadilan restoratif* adalah dampak atau pengaruh pelaksanaan RJ terhadap penegak hukum
5. Kejaksaan adalah lembaga Negara yang memiliki fungsi penuntutan dalam penanganan tindak pidana.
6. Syarat penerapan *keadilan restorative* adalah mekanisme pemberlakuan *restorative justice* (keadilan restoratif)