

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA TENTANG *ISLAH*

A. Pengertian *Islah* Atau Perdamaian

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia pusat bahasa edisi ke Empat, Pengertian *Islah* adalah Perdamaian, yakni tentang penyelesaian, pertikaian. Sedangkan Pengertian Perdamaian adalah penghentian permusuhan, perselisihan, pertikaian, dan lain sebagainya.¹

Islah atau Perdamaian, memiliki landasan filosofis dan teologis yang mengarah pada pemulihan harkat dan martabat semua pihak yang terlibat, mengganti suasana konflik dengan perdamaian, menghapus hujat menghujat dengan pemaafan, menghentikan tuntutan menuntut dan salah menyalahkan. Klarifikasi yang diinginkan adalah tidak melalui meja pengadilan, melainkan melalui meja perdamaian dan perundingan.

Islah adalah pilihan yang secara sadar ditempuh oleh korban dan pelaku untuk mencapai cara-cara terbaik sesuai dengan keyakinannya terhadap kejahatan yang terjadi. Dalam hal ini, *Islah* merupakan pilihan yang menjadi hak prerogratif dari korban maupun ahli warisnya. *Islah* merupakan pilihan yang sifatnya voluntaristik, suka rela dan tanpa paksaan kedua belah pihak, baik korban maupun pelaku sama-sama dalam posisi tidak saling menekan dan memilih secara bebas jalan menuju *Islah* ini.²

Islah dalam praktiknya adalah bersifat pribadi dan bilateral antara pelaku dan korban. Dalam hal pelaku dan korban jumlahnya lebih dari satu maka tetap *Islah* ini dalam koridor perdamaian dua belah pihak. Namun, *Islah* inipun bersifat privat atau pribadi dan tidak bisa dilakukan penyamarataan terhadap semua korban atau pelaku. Sekali lagi bahwa *Islah* adalah pilihan yang sifatnya pribadi antara pelaku dan korban.

¹ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Pusat Bahasa*, Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2008, hlm. 594.

² A. Yani Wahid, "*Islah, resolusi konflik untuk rekonsiliasi*", Kompas, 2001

Munculnya pemikiran tentang *Islah* sendiri adalah sebuah proses yang sering didahului dengan perubahan perspektif baik korban ataupun pelaku dalam menyikapi peristiwa yang terjadi. Kedua belah pihak, baik pelaku maupun korban, mengalami proses pemahaman tertentu sehingga lebih memilih proses penyelesaian melalui perdamaian dan memilih untuk bermusyawarah dan memberikan pemaafan.

B. Latar Belakang Penyelesaian Secara *Islah*

Hukum dan masyarakat seperti dua sisi nilai yang tidak dapat dipisahkan. Hubungan hukum dan masyarakat dapat diibaratkan seperti dua sisi mata uang yang saling memberi nilai antara sisi satu dengan sisi lainnya. Di mana ada masyarakat maka disitulah hukum berada. Di mana ada hukum maka di situlah ada masyarakat. Sehingga, dapat diketahui bahwa hukum selalu melekat pada pergaulan manusia. Dengan berbagai peran hukum, maka hukum memiliki fungsi “*menertibkan dan mengatur pergaulan dalam masyarakat serta menyelesaikan masalah-masalah yang timbul*”. Hukum merupakan rumusan dari norma-norma, baik yang berisi perintah atau larangan untuk ketertiban manusia. Hukum hadir untuk menjaga berbagai kepentingan antara kepentingan yang satu dengan yang lain.

Di dalam pembagian hukum konvensional, hukum pidana termasuk dalam ruang hukum publik. Artinya, hukum pidana mengatur hubungan antara warga negara dan menitikberatkan kepada kepentingan publik. Secara historis, hubungan hukum yang ada pada awalnya adalah hubungan pribadi/privat, tetapi dalam perjalanan waktu terdapat hal-hal yang diambil alih oleh kelompok atau suku dan akhirnya setelah berdirinya negara diambil alih oleh negara dan dijadikan kepentingan umum. Hak penuntutan terhadap suatu perbuatan pidana terletak pada alat kelengkapan negara, yaitu jaksa penuntut umum.³

³ Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, Jakarta : Rajawali Press, 2012, hlm 2.

Salah satu karakteristik dari hukum pidana sebagai bagian dari hukum publik dapat dilihat dari segi keterlibatan alat kelengkapan negara untuk menuntut setiap orang yang telah melakukan perbuatan pidana. Hukum pidana pada umumnya tidak mengenal adanya penyelesaian perkara di luar pengadilan. Namun dalam kenyataannya di masyarakat, penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan sering dilakukan.⁴

Setiap perbuatan pidana yang dilakukan oleh seseorang akan menimbulkan akibat negatif berupa ketidakseimbangan suasana kehidupan yang bernilai baik. Untuk mengembalikan kepada suasana dan kehidupan yang bernilai baik tersebut, diperlukan suatu pertanggungjawaban dari pelaku yang telah mengakibatkan ketidakseimbangan tersebut. Pertanggungjawaban yang wajib dilaksanakan oleh pelakunya berupa pelimpahan ketidaknakan masyarakat supaya dapat dirasakan juga penderitaan atau kerugian yang dialami. Jadi seseorang yang dipidanakan, berarti dirinya harus menjalankan suatu hukuman yang berguna untuk mempertanggungjawabkan perbuatannya karena dinilai kurang baik dan membahayakan kepentingan umum.

Salah satu peran hukum dalam kehidupan masyarakat adalah sebagai sarana menciptakan masyarakat yang aman dan damai. Artinya, hukum sebagai kebutuhan dasar bagi terciptanya keamanan individu. Dalam perspektif ini, hukum sebagai sarana penyelesaian konflik (*law as conflict settlement*) yang muncul dalam kehidupan masyarakat.⁵

Konflik (*conflict*) atau sengketa (*dispute*) dalam kehidupan bermasyarakat terjadi karena ketidaksepahaman, ketidaksetujuan, ketidaksesuaian atau bahkan pertentangan atas suatu obyek yang sama, ataupun memiliki sasaran-sasaran atau target-target yang berbeda atas suatu obyek yang sama. Banyak faktor yang melatarbelakangi munculnya konflik

⁴ Wukir Prayitno, *Modernitas Hukum Berwawasan Indonesia*, Semarang : CV. Agung, 1999, hlm. 21.

⁵ Endrik Safudin, *Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase*, Malang : Intrans Publisahing, hal.2

seperti faktor politik, ekonomi, perdagangan, etnis, dan perbatasan.

Vielhelm Aubert berpendapat bahwa konflik adalah suatu keadaan ketika dua orang atau lebih terlibat pertentangan secara terang-terangan. Secara teoritis dapat dibedakan menjadi dua, yaitu konflik kepentingan (*conflict of interest*) dan klaim atas hak (*claim of right*).

Munculnya konflik dapat terjadi karena adanya suatu proses sebagaimana yang telah dijelaskan oleh Nader dan Todd sebagai berikut:

Konflik berawal dari munculnya keluhan-keluhan (*grievance*) dari salah satu pihak terhadap pihak lain (individu atau kelompok) karena pihak yang mengeluh merasa haknya dilanggar, diperlakukan secara tidak wajar, dipersalahkan, diinjak harga dirinya, dirusak nama baiknya, dilukai hatinya, dan lain-lain. Kondisi awal seperti ini sering disebut sebagai tahapan prakonflik (*pre conflict stage*) yang cenderung mengarah kepada konfrontasi yang bersifat *monadic*.

Apabila kemudian pihak yang lain menunjukkan reaksi negatif berupa sikap yang bermusuhan atas keluhan dari pihak yang pertama, maka kondisi ini meningkat eskalasinya menjadi situasi konflik (*conflict stage*) sehingga konfrontasi berlangsung secara *diadic*.

Apabila konflik di antara pihak-pihak tersebut ditunjukkan dan di bawah ke arah publik (masyarakat), kemudian di proses menjadi kasus perselisihan dalam institusi penyelesaian sengketa, situasinya meningkat sengketa (*dispute stage*) dan konfrontasi diantara pihak yang berselisih menjadi *triadic*.⁶

Konsep hukum pidana positif dalam penyelesaian kasus pidana, pada umumnya diselesaikan melalui jalur formal, yaitu lembaga peradilan (litigasi). Jalur ini terkenal dengan istilah *in court system*. Dalam tataran teori, ada tiga hal yang ingin dicapai dari hasil final yang akan dikeluarkan suatu lembaga peradilan tersebut, yakni adalah: keadilan, kemanfaatan dan

⁶ *Ibid.* Hal. 2- 5

kepastian hukum.

Secara teoritik, model peradilan pidana yang selama ini berkembang dalam masyarakat sosial, dikenal dalam dua bentuk, yakni model dalam peradilan pidana (*In of Court System*) dan model di luar peradilan pidana (*Out of Court System*). Model dalam peradilan pidana dimaksudkan model penyelesaian yang bertolak dari kaidah-kaidah normatif, yaitu kaidah yang secara tekstual normatif telah disepakati untuk menjadi pedoman dalam proses penanganan perkara pidana, dan dalam kepustakaan ilmu hukum dikenal adanya model-model dalam sistem peradilan pidana, yakni: *crime control model*, *due process model* dan *family model*. Sedangkan model diluar peradilan pidana (*Out of Court System*) adalah model yang dikembangkan dari kaidah-kaidah tradisi dalam kehidupan sosial masyarakat dan atau praktik penegakan hukum untuk menyelesaikan persoalan hukum di luar proses persidangan formal.

Meskipun pengadilan dibentuk oleh negara untuk menyelesaikan konflik yang muncul dalam masyarakat dan bersifat netral, tetapi pengadilan bukanlah satu-satunya institusi dalam menyelesaikan konflik, karena pihak-pihak yang berkonflik tidak selamanya menggunakan mekanisme penyelesaian pada badan peradilan. Marc Galanter menyatakan pencarian keadilan tidak hanya didapatkan di ruang pengadilan akan tetapi juga terdapat di luar pengadilan.⁷

Adapun hasil yang akan tercipta dari proses penyelesaian tindak pidana melalui pengadilan, dikenal dengan istilah *win lose solution*, di mana akan terdapat pihak yang menang dan ada pihak yang kalah. Dengan kenyataan seperti ini, penyelesaian suatu perkara umumnya kerap menimbulkan satu rasa “tidak enak” di benak pihak yang kalah, sehingga berupaya untuk mencari “keadilan” ke tingkat peradilan lebih lanjut atau lebih tinggi. Hal ini pada umumnya dicap sebagai salah satu kelemahan bagi

⁷ Trisno Raharjo, Jurnal Hukum, *Mediasi Pidana Dalam Ketentuan Pidana Adat*, hlm.492

suatu lembaga litigasi yang tidak dapat dihindari walaupun sudah menjadi suatu ketentuan. Sehingga banyak dari masyarakat yang berhadapan dengan hukum lebih memilih jalur di luar pengadilan, yakni dengan perdamaian (*islah*).⁸

Dalam konstruksi hukum pidana yang dibangun berdasar pandangan retributif, penderitaan atau kerugian korban telah diabstraksi dan dikompensasikan dengan ancaman sanksi pidana yang dapat dikenakan pada pelaku. Penyelesaian atas tindak pidana yang terjadi pun sepenuhnya menjadi kewenangan aparat penegak hukum. Abstraksi terhadap kerugian atau penderitaan korban serta kewenangan penyelesaian tindak pidana dalam jalur hukum yang hanya dimiliki oleh aparat penegak hukum tersebut tidak terlepas dari pengertian tindak pidana yang menurut pandangan retributif dikonsepsikan sebagai perbuatan yang melanggar hukum negara. Dengan konsepsi tersebut maka negara yang aturan-aturan hukumnya telah dilanggar oleh pelaku tindak pidana, menempatkan diri sebagai korban dan juga berhak melalui aparat penegak hukumnya, untuk menuntut dan menjatuhkan sanksi kepada si pelaku kejahatan. Dalam pandangan retributif, konstruksi penyelesaian tindak pidana akan menghadap-hadapkan pelaku sebagai pihak yang melanggar hukum, melawan negara, sebagai pihak yang aturan hukumnya telah dilanggar. Dalam konstruksi hukum pidana yang demikian, segala keinginan korban yang berkaitan dengan penyelesaian tindak pidana yang menimpa dirinya menjadi kurang bahkan tidak diakomodasi. Padahal secara moral yuridis telah disepakati bahwa keadilan hukum diberikan kepada pihak yang terlanggar haknya. Lembaga peradilan, termasuk peradilan pidana adalah lembaga yang memberikan jaminan tegaknya keadilan yang ditujukan kepada pihak yang terlanggar hak-hak hukumnya yang disebut sebagai korban. Namun pada kenyataannya, putusan lembaga

⁸ Joni Emirzon, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Jakarta : PT. Gramedia Pustaka Utama, 2001, hlm.3-5

peradilan tersebut seringkali mengecewakan perasaan korban mengenai keadilan yang didambakan.⁹

Pilihan Penyelesaian Sengketa atau disebut juga dengan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang dalam istilah asingnya disebut *Alternative Dispute Resolution* (disingkat ADR) merupakan penyelesaian sengketa yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa melalui jalur di luar pengadilan (*non litigation*) dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli. Cara-cara alternatif penyelesaian sengketa ini berbeda dengan jalur pengadilan (*litigation*).¹⁰

Alternatif penyelesaian sengketa ini mempunyai dasar hukum yaitu Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Pada pasal 1 Angka 10 Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa: “Alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi atau penilaian para ahli”.

ADR ini bertitik tolak dari hak-hak asasi (hak dasar manusia) untuk dapat menentukan pilihan mana yang paling cocok bagi dirinya, yaitu hak asasi setiap orang dalam masyarakat untuk dapat menuntut dan mengharapkan putusan yang tepat atau memuaskan semua pihak. Harapan-harapan lain itu nyatanya sampai sekarang tidak selalu demikian, lebih-lebih masalah itu ditangani melalui *adversarial* (pertikaian) atau badan-badan peradilan seperti, Pengadilan atau Arbitrase itu memakan waktu yang lama, biaya yang tidak kecil, penyelesaian yang rumit, dan kadang-kadang selalu

⁹ G. Widiartana, Disertasi, *Ide Keadilan Restoratif Pada Kebijakan Penanggulangan Kekerasan Dalam Rumah Tangga Dengan Hukum Pidana*, Universitas Diponegoro, 2011, hlm.14

¹⁰ Endrik Safudin, *Alternatif Penyelesaian Sengketa dan Arbitrase*, Malang :Intrans Publisahing, hlm.6

sering tidak dapat memuaskan pihak-pihak yang bersengketa.¹¹

Adanya pemikiran penyelesaian perkara pidana melalui jalur ADR (*Alternative Dispute Resolution*) adalah bermaksud agar dapat menyelesaikan konflik yang terjadi antara pelaku dengan korban. Pendekatan melalui jalur ADR, pada mulanya termasuk dalam wilayah hukum keperdataan, namun dalam perkembangannya dapat pula digunakan oleh hukum pidana, hal ini sebagaimana diatur dalam dokumen penunjang Kongres PBB ke-6 Tahun 1995. ADR ini merupakan bagian dari konsep *restorative justice* yang menempatkan peradilan pada posisi mediator.

Praktik penyelesaian perkara pidana melalui jalur musyawarah antar pelaku dan korban serta masyarakat yang terlibat di dalamnya merupakan suatu kenyataan yang ada dalam masyarakat Indonesia. Mekanisme penyelesaian ini dalam praktiknya terselenggara dengan atau tanpa melibatkan penegak hukum. Dalam praktik, perdamaian sebagai hasil akhir dari musyawarah yang terjadi menjadi kunci penutup permasalahan yang terjadi seolah mendapatkan pembenaran dalam hukum yang hidup dalam masyarakat. Fenomena yang demikian dalam kenyataannya bukan hanya menjadi permasalahan di Indonesia saja. Di sejumlah Negara telah dibuat kebijakan dalam rangka menjawab permasalahan tersebut dalam bentuk program Pemerintah atau bahkan kebijakan dalam regulasinya. Kebijakan dan program ini dibuat berdasarkan filosofi pemidanaan tradisional yang mbingkainya yang dikenal sebagai keadilan restoratif. Keadilan restoratif merupakan suatu filosofi pemidanaan tradisional yang dapat dipakai sebagai pendekatan dalam penanganan dan penyelesaian perkara pidana yang terjadi dalam masyarakat.¹²

¹¹ Misnah Mistiyah, *Mediasi Dalam Tindak Penganiayaan Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif*, Palembang : 2019 (Blog ini diakses pada 8 Januari 2019 pukul 21:51 WIB)

¹² Eva Achjani, Artikel, *Keadilan restoratif di Indonesia: studi tentang kemungkinan penerapan pendekatan keadilan restoratif dalam praktek penegakan hukum pidana*, Universitas

Untuk lebih jelasnya, keadilan restoratif juga dapat dilihat dalam *United Nations Office for Drug and Crime Prevention*, dinyatakan bahwa *restorative justice* merupakan sebuah istilah baru terhadap konsep lama. Pendekatan *restorative justice* telah digunakan dalam memecahkan masalah konflik antara para pihak dan memulihkan perdamaian di masyarakat. Karena pendekatan-pendekatan retributif atau rehabilitatif terhadap dalam kejahatan dalam tahun-tahun terakhir ini dianggap sudah tidak memuaskan lagi. Oleh karenanya menyebabkan dorongan untuk beralih kepada pendekatan *restorative justice* melibatkan pelaku, korban dan masyarakat dalam upaya untuk menciptakan keseimbangan, antara pelaku dan korban.¹³

restorative justice itu sendiri memiliki makna keadilan yang merestorasi. Di dalam proses peradilan pidana konvensional dikenal adanya restitusi atau ganti rugi terhadap korban, sedangkan restorasi memiliki makna yang lebih luas. Restorasi 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 atau pelaku pun diberi kesempatan untuk menebusnya, melalui mekanisme ganti rugi, perdamaian, kerja sosial, maupun kesepakatan-kesepakatan lainnya. Hal ini menjadi penting, karena proses pemidanaan konvensional tidak memberikan ruang kepada pihak yang terlibat, namun dalam hal ini *restorative justice*, korban dan pelaku untuk berpartisipasi aktif dalam penyelesaian masalah mereka.

Model penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan melalui musyawarah yang bertujuan perdamaian, dapat digunakan sebagai model alternatif atas dasar pertimbangan kompleksitas masalah dan pada saat yang sama untuk meningkatkan kepercayaan masyarakat terhadap peran hukum pidana itu sendiri.

C. Penyelesaian Tindak Pidana Secara *Islah*

Menurut Soedjono Dirdjosisworo dalam bukunya yang berjudul *Filsafat Peradilan Pidana dan Perbandingan Hukum*, perdamaian dalam perkara pidana tidak selalu diupayakan layaknya perkara perdata. Karena upaya damai dalam perkara pidana tidak pernah menjadi komponen yang utama dan tidak menentukan baik di awal maupun diakhir proses penanganan. Hukum pidana menempatkan perdamaian di luar pengadilan. Itulah sebabnya filosofi yang melatar belakangi kehadiran peradilan pidana hanya berkisar pada upaya pengawasan sosial melalui upaya penegakkan hukum materil, dan melindungi hak-hak individu.¹⁴

Paradigma diatas ada benarnya, sebab paradigma dalam hukum pidana bersifat retributif, di mana hukuman harus mengakibatkan pada si penjahat kerugian atau penderitaan, atau paling tidak seimbang dengan apa yang diderita korban. Namun, demikian bukan berarti penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan tidak dapat dilakukan. Mengingat dalam hukum pidana sudah dianut pola semacam itu. Hal ini dapat dilihat di bab VIII buku 1 KUHP, di mana ada alasan penghapusan penuntutan, meskipun hanya terbatas pada tindak pidana pelanggaran yang semata-mata diancam dengan denda.

Dalam penyelesaian tindak pidana melalui *islah*/perdamaian, dapat dilakukan di luar pengadilan (*konsep restorative justice*). Hal itu dapat memutus perkara menjadi tidak sampai dalam tahap persidangan, karena para pihak telah berdamai atau telah menemukan sebuah kesepakatan sebelum

¹⁴ Soedjono Dirdjosisworo, *Filsafat Peradilan Pidana dan Perbandingan Hukum*, Bandung: Armicp, 1984, hlm.21

kasus di persidangkan. Namun, tentu hal itu hanya bisa terjadi pada delik tertentu. Pada kasus tindak pidana biasa maupun pidana berat, perdamaian tidak dapat menghentikan perkara kedalam persidangan, namun hal itu dapat menjadi pertimbangan hakim dalam menetapkan putusan.

Hakim mempunyai wewenang untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ketinggalan zaman sehingga tidak lagi mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat saat ini, dengan mencakup pertimbangan hukumnya secara jelas dan tajam dengan mempertimbangkan berbagai aspek kehidupan hukum.¹⁵

Dalam penyelesaian tindak pidana dengan konsep keadilan Restoratif, setelah adanya penandatanganan Nota Kesepakatan Bersama Mahkamah Agung jaksa polisi tentang Perma Nomor 2 Tahun 2012 antara Mahkamah Agung Republik Indonesia, Menteri Hukum dan HAM Republik Indonesia, Jaksa Agung Republik Indonesia dan Kepolisian Republik Indonesia tentang Pelaksanaan Penerapan Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda, Acara Pemeriksaan Cepat, serta Penerapan Keadilan Restoratif (*Restorative Justice*) dilakukan agar lembaga-lembaga hukum terkait dapat berkoordinasi dengan baik untuk menerapkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2012 dan dapat mensosialisasikannya untuk mengadili dan memutus perkara-perkara yang berkaitan dengan Tindak Pidana Ringan dan perkara-perkara yang dijatuhi hukuman denda.¹⁶

Namun dalam praktiknya, tidak hanya tindak pidana ringan ataupun perkara-perkara yang dijatuhi denda saja yang melakukan

¹⁵ Ahmad Kamil. M. Fauzan, *Hukum Yurisprudensi*, Jakarta: Kencana, 2008, hlm.9

¹⁶ Anistia Retenia Putri Siregar, *Jurnal Hukum, Eksistensi Peraturan Mahkamah Agung No.2 Tahun 2012 Tentang Penyesuaian Batasan Tindak Pidana Ringan dan Jumlah Denda Dalam KUHP Pada Peradilan Pidana*,.2013.

perdamaian atau proses islah di luar peradilan pidana. Hal ini dapat terjadi dengan adanya diskresi kepolisian¹⁷, yang berwenang untuk memilih tindakan apa yang pantas kepada suatu perkara.

Menurut pasal 18 Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang diskresi kepolisian, sebenarnya telah memberikan pijakan yuridis kepada polisi sebagai penyidik untuk menerapkan filosofi *restorative justice* dalam penanganan perkara pidana. Dengan diskresi ini, penyidik polri dapat memilih berbagai tindakan dalam menyelesaikan perkara pidana yang ditanganinya, dalam satu tindakan yang dapat dilakukannya adalah mengimplementasikan *restorative justice* dengan cara mendudukan korban pada titik sentral dalam menyelesaikan perkara pidana dan menjauhkan dari pemenjaraan, akan tetapi tetap dimintai pertanggung jawaban.¹⁸

Sistem peradilan pidana harus selalu mempromosikan kepentingan hukum dan keadilan. Tetapi terdapat pandangan salah bahwa ukuran keberhasilan hukum hanya ditandai dengan keberhasilan mengajukan tersangka ke pengadilan dan kemudian dijatuhi hukuman. Seharusnya ukuran keberhasilan penegakan hukum oleh aparat penegak hukum ditandai dengan tercapainya nilai-nilai keadilan di masyarakat. Kepolisian sebagai alat Negara yang berperan dalam menegakkan hukum diharapkan dapat merespons hal ini dengan menggunakan mekanisme *restorative justice*.

Kepolisian dalam melaksanakan tugas harus selalu berpedoman pada hukum dan mengenakan sanksi kepada pelaku pelanggaran, namun kepolisian juga dimungkinkan melakukan tindakan pembebasan seorang pelanggar dari proses hukum, seperti adanya kewenangan diskresi kepolisian yang tertuang pada Pasal 18 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 2

¹⁷ Diskresi adalah kebijakan kepolisian dalam hal memutuskan sesuatu tindakan tidak hanya berdasarkan ketentuan-ketentuan, undang-undang atau hukum, yang berlaku tetapi juga atas dasar kebijaksanaan, pertimbangan atau keadilan menurut penilaiannya sendiri.

¹⁸ Yunan Hilmy, Jurnal Hukum, *penegakan hukum oleh kepolisian melalui pendekatan Restoratif Justice dalam sistem Hukum Nasional*, Jurnal Rechts Vinding media pembinaan Hukum Nasional, hal.10

Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, yang bunyi pasalnya adalah untuk kepentingan umum pejabat Kepolisian Negara RI dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri. Pelaksanaan sebagaimana yang dimaksud pada ayat 1 hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan serta Kode Etik Profesi Kepolisian Negara RI.¹⁹

Penerapan *restorative justice* di Indonesia dapat dilakukan dengan model lembaga musyawarah untuk mencapai perdamaian dan keadilan. Dengan demikian, penegak hukum dapat menjadikannya sebagai solusi untuk mengatasi kendala bagi penegak hukum dalam penanganan perkara di lapangan dalam mengimplementasikan keadilan restoratif. Polisi dapat melakukan hal ini melalui hak diskresi yang dimilikinya karena hal itu merupakan kelengkapan dari sistem pengaturan oleh hukum itu sendiri. Tugas polisi sebagaimana yang diatur dalam bab IV KUHAP memiliki wewenang untuk menerima laporan atau pengaduan tentang adanya tindak pidana, melakukan tindakan pertama di tempat kejadian, menyuruh berhenti seorang tersangka dan memeriksa tanda pengenalnya, melakukan penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan, memeriksa dan menyita surat, memanggil orang sebagai tersangka atau saksi, mendatangkan orang ahli, mengadakan penghentian penyidikan, serta mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab. Hal senada juga dijelaskan dalam Undang-undang No. 2 Tahun 2002 tentang kepolisian.²⁰

Dengan demikian, kepolisian itu tidak perlu hanya memainkan peran yang bersifat represif. Di lapangan, secara prosentase pekerjaan polisi yang bersifat represif itu lebih kecil jika dibandingkan dengan yang bersifat

¹⁹ Bram Wijaya, dkk, Jurnal Hukum, *Implementasi Kewenangan Diskresi Kepolisian dalam Penyelesaian Perkara Kecelakaan Lalu Lintas di luar Pengadilan*. Fakultas Brawijaya, hlm.3

²⁰ Andi Hamzah, *KUHAP dan KUHAP edisi Revisi*, Jakarta : PT Rineka Cipta, 2011, Cet. VII. Hlm. 236.

preventif, dan bahkan jauh lebih kecil dengan pekerjaan yang pre-emptif. Pola yang demikian itu mengisyaratkan bahwa cara kerja kepolisian bukan seperti pemadam kebakaran yang bekerja setelah kejadian, melainkan harus selalu mendahului munculnya kejadian dengan mengedepankan tindakan preventif dan pre-emptif ketimbang represif. Mengingat peran yang dimainkan oleh kepolisian secara komprehensif seperti itu (*represif-preventif-pre-emptif*), maka model peradilan yang cocok dikembangkan oleh kepolisian (dan tentunya perangkat hukum yang lainnya) dalam menangani berbagai kasus kriminal adalah *restorative justice*.

Model peradilan yang demikian itu lebih mengutamakan upaya “pemulihan keadaan” sehingga dapat meningkatkan kepercayaan masyarakat yang mencari keadilan. Peran kepolisian dalam model peradilan *restorative* adalah sebagai “fasilitator” dan bukan semata-mata sebagai “penghukum” (penegak hukum). Dengan demikian hasil yang diharapkan dari proses peradilan *restorative* adalah menggalang terwujudnya “perdamaian” antara para pihak melalui upaya *win-win solution*.

Dalam uraian di atas dapat disimpulkan bahwa perdamaian dalam perkara pidana dapat dilakukan dengan pihak ketiga yaitu kepolisian sebagai fasilitator untuk korban dan pelaku kejahatan agar bisa bermusyawarah dan mengupayakan perdamaian di luar pengadilan.

Meskipun rumusan *restorative justice* itu belum ada dalam perundang-undangan Indonesia namun tidak berarti tidak ada dasar hukumnya. Dasar hukum yang dapat dirujuk adalah Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian RI, Undang-undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan, Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Undang-undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang LPSK, Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 2008 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan Bantuan kepada Saksi dan Korban. Juga sila ke-4

Pancasila yaitu prinsip musyawarah mufakat untuk menyelesaikan masalah.²¹

Selain itu, *restorative justice* sudah secara jelas tertuang dalam Undang-undang No. 11 Tahun 2012 tentang sistem peradilan anak, dimana proses peradilan tersebut wajib mengedepankan *restorative justice*. Proses *restorative justice* ini dilakukan melalui musyawarah dengan melibatkan anak (baik anak sebagai korban, pelaku, maupun saksi). Proses ini dilakukan oleh penyidik (Kepolisian) di luar pengadilan atau sebelum perkara di persidangkan.²²

D. Efektifitas *Islah* dan Perdamaian Dalam Penyelesaian Tindak Pidana

Pengertian/definisi tindak pidana ini dalam istilah bahasa Belanda diterjemahkan dengan “*strafbaarfeit*”, yang secara teoritis merupakan kreasi daripada ahli hukum Belanda dan Indonesia hingga saat ini.

Di dalam doktrin (sumber hukum pidana) ilmu pengetahuan hukum pidana istilah *strafbaarfeit* ini telah menimbulkan perdebatan di kalangan para sarjana Indonesia maupun sarjana di luar Indonesia. Selain istilah *strafbaarfeit* ada juga yang memakai istilah lain yaitu “*delict*”, yang berbeda dengan *delict* yang sudah sepakati yang kemudian diterjemahkan dengan “*delik*”. Oleh karena itu, terjemahan *strafbaarfeit* itu menimbulkan beragam pengertian yang diberikan oleh para ahli hukum.

Moeljatno misalnya memakai istilah tindak pidana itu dengan menyebutnya sebagai “perbuatan pidana”, sedangkan Karni dan Schravendijk mengistilahkan *strafbaarfeit* ini dengan istilah “perbuatan yang boleh dihukum”. Dua sarjana lainnya yakni, Tirta-atmidjaja dan Utrecht mengistilahkan *strafbaarfeit* ini dengan istilah: “peristiwa pidana”. Dari sebagian sarjana yang memberikan istilah *strafbaarfeit* ini, nampaknya

²¹ Sefriani, Jurnal Hukum, *Urgensi Rekonseptualisasi Dan Legislasi Keadilan Restoratif Di Indonesia*, Jurnal *Rechts Vinding* Media Peminaan Hukum Nasional, Nomor 2, hlm.10

²² Undang-undang Nomor 11 tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Anak

pendapat Satochid yang disetujui oleh Engelbrecht untuk memakai istilah “tindak pidana”. Penyebutan beragam istilah *strafbarfeit* ini oleh masing-masing sarjana tersebut diatas, tentu saja mempunyai alasan-alasan sendiri-sendiri.

“Tindak pidana adalah suatu perbuatan manusia yang bertentangan dengan hukum, diancam dengan pidana oleh Undang-undang perbuatan mana dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan dan dapat dipersalahkan pada si pembuat”.

Memperhatikan definisi di atas, maka ada beberapa syarat untuk menentukan perbuatan itu sebagai tindak pidana, syarat tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Harus ada perbuatan manusia;
- b. Perbuatan manusia itu bertentangan dengan hukum;
- c. Perbuatan itu dilarang oleh Undang-undang dan diancam dengan pidana;
- d. Perbuatan itu dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan; dan
- e. Perbuatan itu harus dapat dipertanggungjawabkan kepada si pembuat.

Dalam pengertian pengertian tindak pidana, para pakar memiliki uraian mengenai istilah yang dapat mewakili konsep *strafbaar feit* atau *criminal act*, ada tujuh istilah yang mewakili, yaitu 1) tindak pidana, 2) peristiwa pidana, 3) delik, 4) pelanggaran pidana, 5) perbuatan yang boleh dihukum, 6) perbuatan yang dapat dihukum, dan 7) perbuatan pidana. Menurut Nurul Irfan, istilah apapun yang dipakai, pengertian tindak pidana ialah perbuatan yang melanggar larangan yang diatur oleh aturan hukum dan diancam dengan sanksi pidana.²³

²³ M. Nurul Irfan, *Gratifikasi dan Kriminalitas Seksual Dalam Hukum Pidana Islam*, Jakarta : Amzah, 2014, hlm. 6

Secara teoritis tindak pidana dikategorisasi ke dalam beberapa jenis perbuatan pidana. Perbuatan pidana dapat dibedakan secara kualitatif atas kejahatan dan pelanggaran. Perbuatan-perbuatan pidana menurut sistem KUHP kita terbagi atas kejahatan (*misdrifven*) dan pelanggaran (*overtredingen*). Pembagian dalam dua jenis ini, tidak ditentukan secara nyata dalam suatu pasal KUHP tetapi sudah dianggap demikian adanya.

Kejahatan adalah perbuatan-perbuatan yang bertentangan dengan keadilan, terlepas apakah perbuatan itu diancam pidana dalam suatu undang-undang atau tidak. Sekalipun tidak dirumuskan sebagai tindak kejahatan dalam undang-undang, perbuatan ini benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang bertentangan dengan keadilan. Jenis perbuatan pidana ini juga disebut *mala in se*, yang artinya, perbuatan tersebut merupakan perbuatan jahat karena sifat perbuatan tersebut memang jahat.

Pada hakikatnya tiap-tiap perbuatan pidana harus terdiri dari atas unsur-unsur lahir oleh karena perbuatannya, yang mengandung kelakuan dan akibat yang ditimbulkan karena hal itu, yakni suatu kejadian dalam alam lahir (kejadian yang nyata).²⁴

Satochid Kartanegara mengatakan bahwa unsur-unsur delik terdiri dari dua golongan, yaitu unsur-unsur objektif dan unsur-unsur subjektif. Unsur-unsur objektif adalah unsur-unsur yang terdapat di luar diri manusia, yang semuanya dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang.²⁵

Adapun unsur-unsur subjektif yaitu unsur yang terdapat di dalam diri pembuat. Unsur-unsur subjektif ini berupa hal yang dapat dipertanggung jawabkan seseorang terhadap suatu perbuatan yang

²⁴ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana Cet. VI*, Jakarta : PT. Asdi Mahasatya, 2000, hlm.58

²⁵ Satochid Kartanegara, *Hukum Pidana Bagian Satu*, (Ttp : Balai Lektur Mahasiswa, t.th), hlm. 65

dilakukannya.²⁶

Dalam berbagai macam wacana aktua, *restorative justice* atau keadilan restoratif merupakan suatu cara khusus untuk menyelesaikan kasus pidana di luar pengadilan. Walaupun tidak semua jenis pidana dapat diterapkan dalam sistem ini, namun penerapan sistem ini bisa dikatakan jauh lebih efektif dibandingkan proses peradilan pidana yang konvensional.

Ada beberapa manfaat diterapkannya *retributive justice* dalam sistem peradilan suatu Negara. Manfaat pertama adalah bagi korban dan pelaku. Konsep ini berpandangan bahwa pelaku tindak pidana harus membayar kesalahannya melalui pemenjaraan. Adapun korban sering hanya “dimanfaatkan” sebagai saksi. Setelah proses persidangan selesai korban akan ditinggalkan sendiri dengan segala penderitaan dan kerugiannya. Sebaliknya, *restorative justice* justru akan lebih memperhatikan nasib korban. Hasil penelitian menunjukkan bahwa 80% korban merasakan proses yang lebih fair dalam *restorative justice*. Mereka merasa lebih *less upset about the crime, less apprehensive and less afraid of revictimization* (kurang tau tentang kejahatan, kurang memprihatinkan dan kurang takut reviktimisasi).

Manfaat kedua adalah bagi komunitas sekitarnya. *Restorative justice* tidak hanya merestorasi pelaku dan korban, tetapi juga menyembuhkan pengaruh buruk yang dirasakan komunitas. Program perdamaian yang menjadi *icon restorative justice* diharapkan akan menjamin keselamatan, keamanan, dan keharmonisan masyarakat terdampak. Manfaat ketiga adalah mengurangi jumlah narapidana dan residivis, dan mnfaat keempat adalah menghemat biaya dan waktu.

Realitas praktik penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan

²⁶ P.AF Lamintang dan Djisman Samosir , *Delik-delik Khusus Kejahatan Yang Ditunjukkan Terhadap Hak Milik* , Bandung : Tarsito, 1992, hlm. 29

melalui prosedur perdamaian, terlihat bahwa pola penyelesaian yang demikian dirasa lebih sesuai dengan adat istiadat dan atau nilai-nilai kepribadian bangsa Indonesia. Namun, ada hal yang perlu diperhatikan bahwa upaya penyelesaian kasus-kasus kriminal tertentu melalui prosedur perdamaian (*conciliation procedure*) dan atau penyelesaian alternatif di luar pengadilan melalui upaya perdamaian atau ADR, atau mediasi penal, memang dapat dibenarkan, tetapi bukan berarti dapat dilakukan dengan serta merta, tetapi harus memperhatikan kriteria yang ada.²⁷

Adapun kriteria yang harus diperhatikan adalah aspek yuridis dan aspek sosiologis. Aspek yuridis yang dimaksud adalah sifat melawan hukumnya perbuatan, sifat berbahaya perbuatan, jenis pidananya (*strafsoort*), dan kondisi-kondisi yang diakibatkan oleh tindak pidana itu. Adapun aspek sosiologis yang harus diperhatikan adalah karakter, umur dan keadaan si pelaku, latar belakang terjadinya perilaku tersebut, kondisi kejiwaan pelaku dan apakah pelaku itu pemula atau bukan, pelaku memperbaiki kerugian yang ditimbulkan atas perilakunya, pelaku mengakui kesalahannya, pelaku meminta maaf kepada korban, serta pelaku menyesali serta tidak akan mengulangi perbuatannya lagi.

Pada intinya, pelaksanaan *restorative justice* adalah memperbaiki kerusakan sosial yang diakibatkan pelaku, mengembangkan pemulihan bagi korban dan masyarakat, serta mengembalikan pelaku dengan masyarakat. *Restorative justice* menawarkan suatu yang berbeda karena mekanisme peradilan yang terfokus kepada pembuktian perkara pidana diubah menjadi proses dialog dan mediasi. Tujuan akhir dari sistem ini adalah membuktikan kesalahan pelaku dan menjatuhkan hukuman diubah menjadi upaya mencari kesepakatan atas suatu penyelesaian perkara pidana yang menguntungkan. Ada beberapa keuntungan dengan menjadikan keadilan

²⁷ Ibnu Artadi, *Jurnal Hukum, Dekonstruksi Pemahaman Penyelesaian Perkara Pidana Melalui Prosedur Perdamaian. Jurnal Hukum Pro Justisia*. Hlm. 40

restoratif sebagai jalan keluar dalam menyelesaikan perkara pidana. Pertama, masyarakat diberikan ruang untuk menangani sendiri permasalahan hukumannya yang dirasakan lebih adil. Kedua, beban Negara berkurang. Secara administratif, Dengan begitu maka beban untuk menyediakan anggaran penyelenggaraan sistem peradilan pidana utamanya dalam hal penyelenggaraan lembaga pemasyarakatan pun akan berkurang.²⁸

²⁸ *Ibid.* Hlm. 5