



UNIVERSITAS INDONESIA

**PERDAMAIAN DALAM HUKUM PIDANA ISLAM DAN
PENERAPAN RESTORATIVE JUSTICE DIKAITKAN DENGAN
PEMBARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA**

TESIS

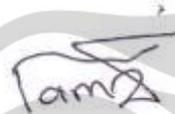
**AHMAD RAMZY
1006736261**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCA SARJANA
JAKARTA
JUNI 2012**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Ahmad Ramzy
NPM : 1006736261
Tanda Tangan :



Tanggal :

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :
Nama : Ahmad Ramzy
NPM : 1006736261
Program Studi : Hukum dan Sistem Peradilan Pidana
Judul Tesis : Perdamaian dalam Hukum Pidana Islam dan Penerapan Restorative Justice dikaitkan dengan Pembaruan Hukum Pidana di Indonesia

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Hukum dan Sistem Peradilan Pidana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia

DEWAN PENGUJI

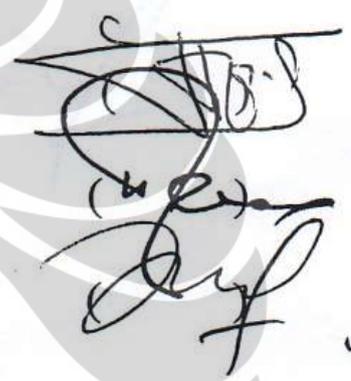
Pembimbing : Topo Santoso, S.H., M.H., Ph.D.

Penguji : Prof. H. Mardjono Reksodiputro, S.H, M.A

Penguji : Dr. Eva Achjani Zulfa, S.H, M.H

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 14 Juni 2012



KATA PENGANTAR

Segala puji bagi Allah SWT, Tuhan Yang Maha Esa dan Maha Kuasa yang telah memberikan rahmat dan karunia tiada henti sepanjang hidup penulis, khususnya sampai penulis menyelesaikan tesis ini. Tesis ini tidak lepas dari bantuan banyak pihak, oleh karena itu penulis ingin mengucapkan terima kasih sebesar-besarnya kepada Ibu Dr. Hj. Siti Hayati Hoesin, S.H., M.H., selaku Pj. Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Ibu Prof. Dr. Rosa Agustina, S.H., M.H., selaku Ketua Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Bapak Prof. Mardjono Reksodiputro, S.H. M.A., atas koreksi dan petunjuknya saat penulis mengajukan usulan penelitian tesis ini.

Penulis mengucapkan terima kasih secara khusus kepada Bapak Topo Santoso, S.H., M.H., Ph.D., selaku Dosen Pembimbing, yang di sela-sela kesibukannya banyak memberikan bimbingan, arahan dan masukannya kepada penulis.

Kepada seluruh staf akademik dan tata usaha di Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia atas bantuan yang diberikan selama penulis berkuliah dan menyelesaikan penulisan tesis ini.

Penulis haturkan pula terima kasih kepada keluarga penulis, keluarga besar Abdullah Ba'abud atas doanya selama ini. Orang tua dan adik-adik penulis, Abdullah Ba'abud, Zulfah Al-Hamid, Ali Akbar, Husen Malik, Muhamad Fadel, Habib Alwi atas doa dan perhatiannya yang terus diberikan kepada penulis.

Sahabat-sahabat penulis di Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, khususnya Program Kekhususan Hukum dan Sistem Peradilan Pidana Angkatan 2010 atas persahabatan yang hangat, diskusi dan kerjasama yang terjalin selama aktivitas perkuliahan, semoga persahabatan ini tetap terjalin dengan baik.

Narasumber-narasumber dalam penelitian tesis ini yaitu Bapak Prof. Mardjono Reksodiputro, S.H. M.A. Prof. Dr Andi Hamzah., Dr. Asmawi M.Ag. Penulis mengucapkan banyak-banyak terima kasih atas waktu yang diberikan di sela kesibukannya sehingga penulis dapat menyelesaikan penelitian tesis ini.

Kepada staf Perpustakaan Pusat Universitas Indonesia, staf Perpustakaan Pasca Sarjana Ilmu Hukum, staf Perpustakaan Badan Pembinaan Hukum Nasional, staf perpustakaan nasional, penulis juga mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya sehingga penulis mendapatkan beragam literatur yang penulis butuhkan selama penelitian tesis ini.

Pada akhirnya, penulis sampaikan terima kasih pula kepada pihak-pihak lain yang selama ini banyak memberikan bantuan baik ide, gagasan moril maupun materiil kepada penulis sehingga bisa membantu penulis menyelesaikan tesis ini, namun tidak dapat penulis sebutkan satu-persatu.

Sesungguhnya tesis ini tentu masih sangat jauh dari kata sempurna, karena “Sempurna” hanyalah milik Allah, Tuhan Yang Maha Sempurna. Oleh karena itu, kritik dan saran amat sangat diharapkan oleh penulis.

Penulis terus dan tetap berharap, tesis ini bisa memberikan sumbangsih meskipun sedikit dalam dunia ilmu sosial, khususnya ilmu hukum.

Akhir kata penulis mohon maaf yang sebesar-besarnya apabila dalam proses pengerjaan atau dalam tesis ini terdapat kesalahan yang muncul, baik disengaja maupun tidak disengaja. Semoga tesis ini dapat bermanfaat sebagaimana mestinya.

Jakarta, 14 Juni 2012

Penulis

HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Ahmad Ramzy
NPM : 1006736261
Program Studi : Pasca Sarjana
Departemen : Hukum dan Sistem Peradilan Pidana
Fakultas : Hukum
Jenis karya : Tesis

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif** (*Non-exclusive Royalty-Free Right*) atas karya ilmiah saya yang berjudul :

Perdamaian dalam Hukum Pidana Islam dan Penerapan Restorative Justice dikaitkan dengan Pembaruan Hukum Pidana di Indonesia

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta
Pada tanggal :
Yang menyatakan


(Ahmad Ramzy)

ABSTRAK

Nama : Ahmad Ramzy
Program Studi : Hukum dan Sistem Peradilan Pidana
Judul : Perdamaian Dalam Hukum Pidana Islam Dan Penerapan Restorative Justice Dikaitkan Dengan Pembaruan Hukum Pidana Di Indonesia.

Secara konvensional hukum dibagi menjadi hukum publik dan hukum privat maka hukum pidana menjadi hukum publik. di Indonesia tidak dipisahkan hukum publik dan hukum privat. Berlakunya Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana telah menimbulkan perubahan fundamental, baik secara konseptual maupun secara implemental terhadap tata cara penyelesaian perkara pidana di Indonesia. Terdapat suatu metode penyelesaian perkara pidana dalam hukum pidana Islam, yaitu metode perdamaian (*shulh*). Di dalam perdamaian (*shulh*) baik korban atau walinya ataupun washinya (pemegang wasiat) diperbolehkan untuk mengadakan perdamaian dalam hal penggantian hukuman dengan imbalan pengganti sama dengan *diat* atau lebih besar dari *diat*. *Restorative justice* atau sering diterjemahkan sebagai keadilan restoratif, merupakan suatu model pendekatan yang dalam upaya penyelesaian perkara pidana. Pendekatan ini menitikberatkan pada adanya partisipasi langsung pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara pidana. Proses penyelesaian perkara pidana melalui perdamaian sangat sesuai dengan ciri khas bangsa Indonesia yaitu semangat musyawarah untuk setiap permasalahan pidana dengan tujuan bahwa hukum pidana adalah *ultimum remedium* (obat terakhir) bukan sebagai *premium remedium* (obat utama).

Kata Kunci :

Shulh, diat, keadilan restorative, dan ultimum remedium.

ABSTRACT

Name : Ahmad Ramzy
Study Program : Law and Criminal Justice System
Title : Conciliation in Islamic Criminal Law and Implementation of Restorative Justice Associated With of the Criminal Law Reform in Indonesia

Conventionally law is divided into the public law and private law in which the public law governing the relationship between citizens and the state such as criminal law, while private law governs the relationship between citizens with citizens such as contract law. Enactment of Law No. 8 of 1981 regarding Indonesian Crime Law Procedure has led to fundamental changes, both conceptually and in implemental to the settlement procedures for criminal cases in Indonesia. In the tradition of Islamic criminal law there is a method of settlement, namely method of conciliation (*shulh*). In the shulh both the victim or the will holder will be allowed to make conciliation in terms of punishment in return for a replacement is equal or greater than the blood money (*diyat*). Restorative justice is an approach model in a criminal case settlement efforts. This approach focuses on the direct participation of perpetrators, victims and society in the process of resolving criminal cases. Criminal cases settlement process through conciliation method is in accordance with the characteristic of the Indonesian nation, “spirit of deliberation” for every crime case settlement with the aim that criminal law is not as a premium remedium but ultimum remedium.

Keyword:

Shulh, diyat, restorative justice, ultimum remdium.

DAFTAR ISI

Halaman Persetujuan.....	i
Lembar Pernyataan Orisinalitas	ii
Halaman Pengesahan	iii
Kata Pengantar	iv
Daftar Isi	vi
Daftar Tabel dan Bagan	viii
Abstrak	ix
Abstract	x
BAB I PENDAHULUAN	
1.1. Latar Belakang Permasalahan	1
1.2. Rumusan Permasalahan	10
1.3. Pertanyaan Penelitian	11
1.4. Tujuan Penelitian	11
1.5. Manfaat Penelitian	12
1.6. Kerangka Teori	12
1.7. Kerangka Konsep	14
1.8. Metode Penelitian	18
1.9. Sistematika Penulisan	19
BAB II PERDAMAIAN DALAM HUKUM ISLAM	
2.1. Pengertian Hukum Pidana Islam	20
2.1.1 Jarimah Hudud	22
2.1.2 Jarimah Qishash dan Diat	23
2.1.3 Jarimah Ta'zir	25
2.2. Perdamaian dalam Hukum Islam	26
2.3. Prinsip-prinsip Perdamaian dalam Hukum Islam	31
2.4. Kategori Tindak Pidana yang dapat dilaksanakan Perdamaian	38
2.4.1 Pembunuhan Sengaja	39
2.4.2 Pembunuhan Menyerupai Sengaja	40
2.4.3 Pembunuhan karena Kesalahan	42
2.4.4 Tindak Pidana Penganiayaan	45
BAB III PERDAMAIAN DALAM RESTORATIVE JUSTICE	
3.1. Pengertian Restorative Justice	47
3.1.1 Bentuk Restorative Justice	50
3.2. Pengertian Perdamaian dan Prinsip-prinsip Perdamaian	51
3.3. Mediasi sebagai Pilihan Penyelesaian Sengketa Pidana	54
3.3.1 Penerapan Mediasi di Indonesia	57
3.3.2 Mediasi Penal serta Perbedaannya dengan Mediasi Perdata	60
3.4. Keadilan Retributif dan Restitutif Menuju Keadilan Restorative	66
3.5. Restorative justice sebagai Alternatif Sistem Peradilan Pidana	70

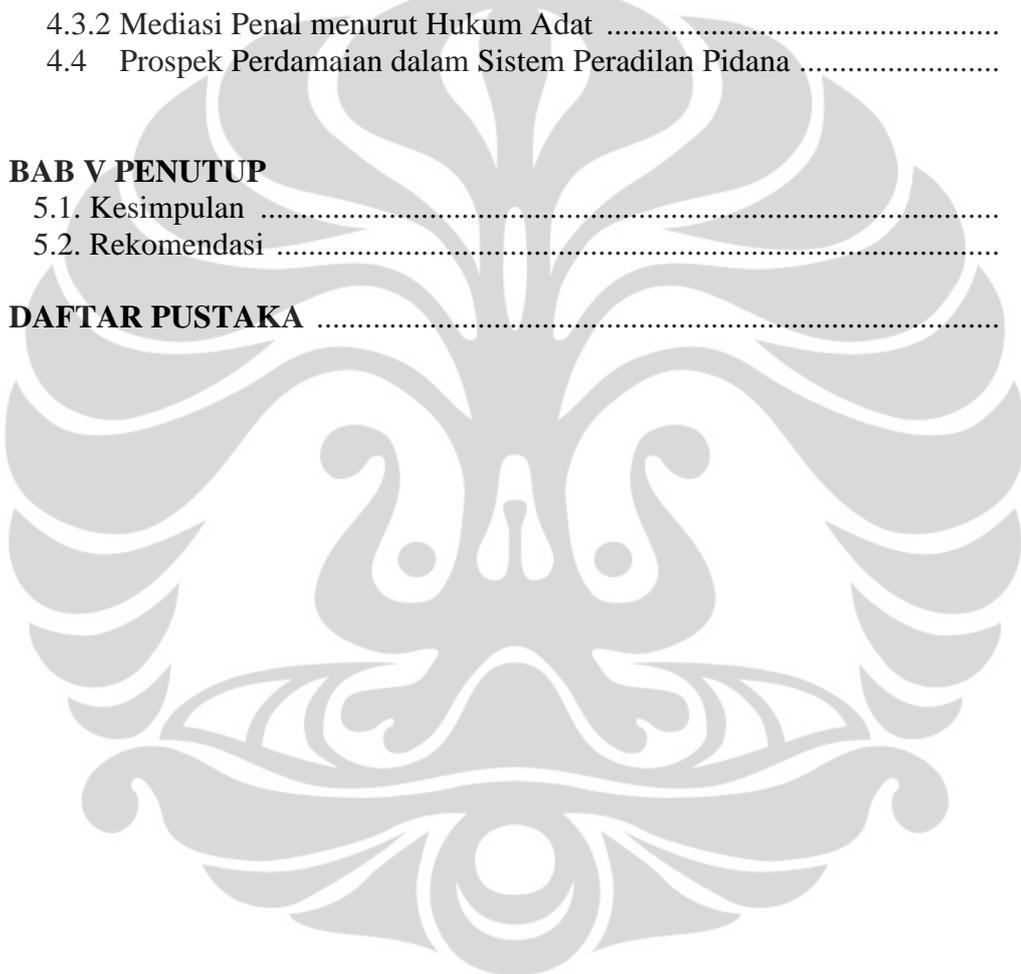
**BAB IV PROSPEK PERDAMAIAN DALAM SISTEM PERADILAN
PIDANA DI INDONESIA**

4.1. Sistem Peradilan Pidana	75
4.1.1 Sistem Peradilan Pidana di Indonesia	77
4.2. Mediasi Penal	79
4.2.1 Mediasi Penal dan Penerapannya di Indonesia	80
4.2.2 Kelebihan dan Kekurangan Mediasi penal	87
4.3. Mediasi Penal menurut Hukum Pidana Islam dan Hukum Adat	93
4.3.1 Mediasi Penal menurut Hukum Islam	93
4.3.2 Mediasi Penal menurut Hukum Adat	96
4.4 Prospek Perdamaian dalam Sistem Peradilan Pidana	98

BAB V PENUTUP

5.1. Kesimpulan	109
5.2. Rekomendasi	112

DAFTAR PUSTAKA	113
-----------------------------	-----



BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Permasalahan

Secara konvensional hukum dibagi menjadi hukum publik dan hukum privat maka hukum pidana menjadi hukum publik. Hal ini berlaku dewasa ini dahulu di Eropa dan juga di Indonesia tidak dipisahkan hukum publik dan hukum privat. Gugatan baik dalam bidang yang termasuk hukum publik sekarang ini maupun yang termasuk hukum privat, diajukan oleh pihak-pihak yang dirugikan. Terkenallah adagium bahasa Jerman, “*wo kein klager ist, ist kein richter*” (jika tidak ada aduan maka tidak ada hakim).¹ Berlakunya Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana telah menimbulkan perubahan fundamental, baik secara konseptual maupun secara implemental terhadap tata cara penyelesaian perkara pidana di Indonesia.²

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, yaitu: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.³ Meskipun demikian, dalam tataran prakteknya, sangat sulit ketiganya dapat terpenuhi sekaligus. Adapun hasil yang akan tercipta dari proses penyelesaiannya 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. Hal ini pada

¹ A.Z.Abidin,A.Hamzah, *Pengantar dalam Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta: PT Yasrif Watampone, 2010, hal 7.

² Atmasasmita, Romli, *Sitem Peradilan Pidana Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Bandung: Binacipta, 1996, hal 28.

³ Sudikno Mentokusumo, *Ilmu Hukum Suatu Pengantar*, Liberty Yogyakarta, 1997, hal 98.

umumnya dicap sebagai salah satu kelemahan bagi suatu lembaga litigasi yang tidak dapat dihindari walaupun sudah menjadi suatu ketentuan.⁴

Terdapat suatu metode penyelesaian perkara pidana dalam hukum pidana Islam, yaitu metode perdamaian (*shulh*). Metode ini dapat dimasukkan dalam salah satu metode penyelesaian perkara di luar pengadilan (*out court system*) yang umumnya dikenal dengan hasil akhir *win win solution*. Dikatakan demikian, karena hasil final dari penyelesaian itu adalah yang disepakati oleh keduanya, sehingga tidak menimbulkan kejanggalan di hati para pihak di kemudian hari. Sementara dalam hukum positif, metode ini tampak lebih populer dalam penyelesaian kasus perdata, adapun dalam hal pidana terlihat kurang mendapat porsi.⁵

Luasnya ruang yang disediakan oleh Islam dalam menyelesaikan kasus pidana terlihat sesuai dengan tujuan filosofis pemidanaan itu sendiri.⁶ Bahwa pemidanaan harus selalu melihat kepada cara terbaik untuk menyelesaikan masalah tersebut, demikian isyarat yang diungkapkan oleh nas dalam penyelesaian perkara, baik perdata maupun pidana. Meskipun sudah ditentukan dalam nas atau ketentuan-ketentuan formal lainnya, penyelesaian yang dianggap lebih baik terlihat lebih diutamakan. Konsep jinayah (hukum pidana Islam) dalam hal ini lebih cenderung “mendengar” pilihan yang ditawarkan oleh pihak korban dalam penyelesaian kasus itu. Tentunya, hak korban tidak pula diabaikan begitu

⁴ Joni Emirzon, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2001, hal 3-5.

⁵ Di telusur melalui <http://www.kompas.com/newsmail>, pada tanggal 2 februari 2012.

⁶ Tujuan pemidanaan senyatanya mesti mencakup empat aspek, yaitu : aspek retributif (pembalasan) terhadap pelaku tindak pidana, aspek *special prevention* atau pencegahan terpidana dari kemungkinan mengulangi kembali kejahatannya, aspek *general prevention* atau pencegahan bagi masyarakat luas dari kemungkinan terpengaruh oleh terpidana untuk melakukan kejahatan, dan aspek untuk memperhatikan korban kejahatan. M. Abdul Khodiq dalam Jurnal Hukum, *Masa Depan Hukum Islam*, No. 8 Volume 4, Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1997, Namun inti dari satu penyelesaian segala perkara atau sengketa sesungguhnya adalah untuk mencapai kemashlahatan bersama; merealisasikan *maqosid al syariah* yang lima.

saja, bahkan dapat dikatakan bahwa dalam Islam, pihak korban sebagai penentu utama pencapaian perdamaian dalam hal pidana.⁷

Dalam hukum pidana Islam gugurnya hukuman diantaranya dikarenakan adanya pengampunan dan perdamaian (shulh). Menurut mazhab Syafi'I dan mazhab Hambali perdamaian mempunyai pengertian ganda yaitu pengampunan dari tindak pidana saja, atau pengampunan dari tindak pidana dan diganti dengan diat. Kedua pengertian tersebut merupakan pembebasan hukuman dari pihak korban tanpa menunggu persetujuan dari pihak pelaku.⁸ Adapun yang berhak memberikan pengampunan adalah korban itu sendiri apabila ia telah baligh dan berakal. Apabila ia belum baligh dan akalnya tidak sehat, menurut mazhab Syafi'I dan Mazhab Hambali hak itu dimiliki oleh walinya. Di dalam perdamaian (shulh) baik korban atau walinya ataupun washinya (pemegang wasiat) diperbolehkan untuk mengadakan perdamaian dalam hal penggantian hukuman dengan imbalan pengganti sama dengan diat atau lebih besar dari diat.⁹

Diat adalah sejumlah harta yang dibebankan kepada pelaku, karena terjadinya tindak pidana (pembunuhan atau penganiayaan) dan diberikan kepada korban atau walinya.¹⁰ Dari definisi tersebut jelaslah bahwa *diat* merupakan *uqubah maliyah* (hukuman yang bersifat harta), yang diserahkan kepada korban apabila ia masih hidup, atau kepada wali (keluarganya) apabila ia sudah meninggal, bukan kepada pemerintah. Dasar hukum untuk wajibnya hukuman *diat* ini terdapat dalam Alquran, sunah dan ijma'.¹¹ Dari pengertian diatas memiliki kemiripan dengan konsep *Restorative Justice* yang lebih menitik bertakan kepada pelaku dan korban.

⁷ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat In Court System & Out Court System*, Jakarta : Gratama Publishing, 2011, Hal.280

⁸ Abdul al-qadir Audah, *At- Tasyri Al-Jinaiy Al-Islamy, juz II*, Dar Al-kitab Al-A'rabi, Beirut, hal. 258. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. 195.

⁹ Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Sinar Grafika, 2005, hal. 195.

¹⁰ Sayid Sabiq, *Fiqh As-Sunnah, Juz II*, Beirut: Dar Al-Fikr, 1980), hal. 465. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. 166.

¹¹ Ahmad Wardi Muslich, *Op.cit*, hal. 167.

Dasar pelaksanaan *diat* dapat kita lihat didalam Alquran Surah An-nisa ayat 92 : “Dan barang siapa membunuh seorang mukmin karena tersalah, (hendaklah) ia memerdekakan hamba sahaya yang beriman serta membayar diat yang diserahkan kepada keluarganya (terbunuh itu) kecuali jika mereka (keluarga terbunuh) bersedekah”.¹² Menurut ayat ini, hukuman *diat* dikenakan kepada pelaku pembunuhan karena kesalahan, namun di sini kedudukannya sebagai hukuman pokok. Adapun penerapannya untuk pembunuhan sengaja yang diperkuat oleh hadis Nabi.¹³

Dasar hukum dari hadis Nabi untuk wajibnya diat ini adalah sebagai berikut. Dari Abi Syuraih Al-Khuza’i ia berkata : *Telah berkata Rasulullah saw: Maka barang siapa yang salah seorang keluarganya menjadi korban pembunuhan setelah ucapanku ini, keluarganya memiliki dua pilihan: adakalanya memilih diat, atau memilih qishash (hukum bunuh).* (Hadis ini dikeluarkan oleh Abu Dawud dan Nasa’i)¹⁴. Sewaktu penyusunan terakhir rancangan KUHP Indonesia ada pihak dari kelompok Islam agar system pemaafan oleh keluarga korban (pembunuhan) yang dikenal dalam hukum pidana Islam dimasukan ke dalam rancangan system pemaafan oleh keluarga korban (dengan ganti kerugian) yang disebut *diat* sebenarnya merupakan segi perdata dari tuntutan pidana.¹⁵

Berbeda halnya dengan penyelesaian perkara pidana dalam hukum Islam adapun penyelesaian perkara pidana dengan alternatif lain yang dikenal istilah *restorative justice* dan telah dikenal luas di berbagai negara. Sebagai bagian dari diterimanya lembaga Mediasi Penal, pada tanggal 24 Juli 2002, ecosoc PBB menerima resolusi 2002/12 tentang adanya "*Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*". Melalui *Basic principles* yang telah digarisiskannya menilai bahwa pendekatan keadilan restoratif adalah

¹² T.M. Hasbi As-shiddiqi, dkk., *Alquran dan Terjemahannya*, Madinah: Mujamma’ Khadim Al-Haramain Asy-Syarifain, 1971, hal. 135.

¹³ Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.* hal. 167.

¹⁴ Muhammad ibn Isma’il Al-kahlani, *Subul As-salam*, Juz III, Mesir: Syarikah Musthafa Al-Baby Al-Halay, 1960, hal. 243-244. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. 167.

¹⁵ A.Z.Abidin, A.Hamzah, *Op. Cit.*, hal 10.

pendekatan yang dapat dipakai dalam sistem peradilan pidana yang rasional. Hal ini sejalan dengan pandangan G. P. Hoefnagels yang menyatakan bahwa politik kriminal harus rasional (*a rational total of the responses to crime*).¹⁶

Restorative justice atau sering diterjemahkan sebagai keadilan restoratif, merupakan suatu model pendekatan yang muncul dalam era tahun 1970-an dalam upaya penyelesaian perkara pidana.¹⁷ Berbeda dengan pendekatan yang dipakai pada sistem peradilan pidana konvensional, pendekatan ini menitikberatkan pada adanya partisipasi langsung pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara pidana. Terlepas dari kenyataan bahwa pendekatan ini masih diperdebatkan secara teoretis, pandangan ini kenyataannya berkembang dan banyak mempengaruhi kebijakan hukum dan praktik diberbagai negara.

Hal ini dikarenakan atas ketidakpuasan dan rasa frustrasi di banyak dunia terhadap hukum pidana formal dan pemidanaan yang nyatanya sering kali tidak dapat menjawab persoalan-persoalan dalam sistem peradilan pidana yang dianggap tidak lagi dapat memberikan keadilan, perlindungan terhadap hak asasi manusia, tiadanya transparansi dalam penanganan perkara pidana serta kepentingan umum yang seringkali diabaikan atau semakin tidak dirasakan yang melatar belakangi munculnya pemikiran tentang keadilan restoratif (*restorative justice*), di mana dalam pemikiran tersebut hukum dan sistem peradilan harus bertujuan untuk menyelesaikan masalah dan pemberian sanksi bukan dilakukan dengan prinsip pembalasan tetapi keseimbangan karena keadilan sesungguhnya bersifat relatif.¹⁸

Konsep hukum pidana yang dikenal berdasarkan asas *Ius Punale* dan *Ius Puniendi* membuat pemikiran tentang sistem penyelesaian perkara pidana hanya dapat dilakukan melalui lembaga pengadilan. *Restorative Justice* adalah alternatif

¹⁶ Muladi and Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung: Alumni, 1992, hal.15-16.

¹⁷ Muladi, *Restorative Justice dalam Sistem Peradilan Pidana*, Makalah disampaikan dalam seminar IKAHI tanggal 25 April 2012. Hal 1.

¹⁸ Eva Achjani Zulfa, *Restorative Justice di Indonesia (Peluang dan Tantangan Penerapannya)*, Depok, 2009, hal.1.

yang populer di berbagai belahan dunia untuk penanganan perbuatan melawan hukum karena menawarkan solusi yang komprehensif dan efektif.¹⁹ 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.²⁰ Banyak penulis menganggap keadilan restoratif bukanlah konsep yang baru, keberadaannya barangkali sama tuanya dengan hukum pidana itu sendiri. Bahkan beribu tahun, upaya penanganan perkara pidana, pendekatan justru ditempatkan sebagai mekanisme utama bagi penanganan tindak pidana. Marc Levin menyatakan bahwa pendekatan yang dulu dinyatakan sebagai usang, kuno dan tradisional kini justru dinyatakan sebagai pendekatan yang progresif.²¹

Konsep keadilan restoratif sebenarnya telah lama di praktikan masyarakat adat Indonesia, seperti di Papua, Bali, Toraja, Minangkabau, dan komunitas tradisional lain yang masih kuat memegang kebudayaan. Apabila terjadi suatu tindak pidana oleh seseorang, maka penyelesaian sengketa diselesaikan di komunitas adat secara internal dengan perdamaian tanpa melibatkan aparat negara. Ukuran keadilan bukan berdasarkan keadilan retributif berupa balas dendam (an eye for an eye) atau hukuman penjara, namun berdasarkan keinsyafan dan pemaafan (keadilan restoratif). Walaupun perbuatan pidana umum yang ditangani masyarakat sendiri bertentangan dengan hukum positif, terbukti mekanisme ini telah berhasil menjaga harmoni di tengah masyarakat. Keterlibatan

¹⁹ Gordon Bazemore dan Mara Schiff, *Juvenile Justice Reform and Restorative justice: Building Theory and Policy from Practice*, Willan Publishing, Oregon, 2005, hal.5. sebagaimana dikutip dalam Dewi DS dan A. Syukur Fatahilah, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 4.

²⁰ Geoge pavlich, "Towards an Ethics of Restorative Justice", dalam *Restorative Justice and The Law*, ed Walgrave, L., WWillan Publishing, Oregon, 2002, hal.1. Sebagaimana di kutip dalam Dewi DS dan A. Syukur Fatahilah, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 4.

²¹ Marc Levin, *Restorative justice in Texas : Past, Present and Future*, (Texas: Texas Public Policy Foundation,2005) hlm. 5-7 ditelusur melalui www.TexasPolicy.com pada tanggal 17 Oktober 2011.

aparatus penegak hukum seringkali justru mempersulit dan memperuncing masalah.²²

Penyelesaian perkara pidana di dalam maupun di luar proses pengadilan yang menitikberatkan pada adanya musyawarah dan partisipasi langsung pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara pidana yang mengembalikan keadaan seperti semula (pemulihan) adalah *restorative justice*.²³ Mekanisme penyelesaian sengketa berdasarkan keadilan restorative didasarkan pada musyawarah mufakat di mana para pihak diminta berkompromi untuk mencapai sebuah kesepakatan.²⁴ 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 keadilan.²⁵

Lebih parah lagi, masyarakat menganggap mereka akan mengalami kerugian lebih besar bila membawa sengketa mereka ke pengadilan. Karena itu, keberadaan musyawarah sebagai “local wisdom” sangat vital untuk menjaga ketertiban umum. Musyawarah bisa dipakai untuk sebagai konsep dasar untuk penyelesaian sengketa di tengah masyarakat, baik bersifat privat maupun publik.²⁶ Berbeda halnya dengan konsep yang berkembang di Amerika *Plea bargaining* yaitu praktek perundingan dan kesepakatan antara terdakwa dan pihak jaksa

²² Dewi DS dan A. Syukur Fatahillah, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, Depok: Indie Publishing, 2011, hal. 5.

²³ Eva Achjani Zulfa, *Ringkasan Disertasi : Keadilan Restoratif di Indonesia*, 2009, hal.ii

²⁴ Stephen Benton dan Bernadette Setiadi, “Mediation and Conflict Management in Indonesia”, dalam *Conflict Management in the Asia Pacific: Assumptions and Approaches in Diverse Cultures*, eds Kwok, L dan Tjosvold, D., Jhon Wiley & Sons, Singapore, 1998, hal, 228. Sebagaimana dikutip dalam Dewi DS dan A. Syukur Fatahillah, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal.5.

²⁵ Bruce E Barnes , Culture, Conflict, and Mediation in the Asian Pacific, University Press of America, Maryland, 2007, hal.109.

²⁶ Bruce E. Barnes dan Fatahillah A. Syukur , “Mediating Contemporary, Severe Multicultural, and Religious Conflicts in Indonesia, The Philippines, and Thailand”, dalam *Mediation in the Asia-Pacific Region: Transforming Conflicts and Building Peace*, eds Bagshaw, D dan Porter, E., Routledge, New York, 2009, hal. 210. Sebagaimana dikutip dalam Dewi DS dan A. Syukur Fatahillah, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 70.

tentang jalannya proses, merupakan unsur privat, begitu pula pemberian pelayanan dan anti kerugian. *Plea bargening* yang diterapkan di Amerika Serikat itu, lebih mirip dengan penerapan asas oportunitas, yaitu dalam pengertian “penuntut umum dapat memutuskan –dengan syarat atau tanpa syarat- untuk melakukan penuntutan kepengadilan ataukah tidak” (*the public prosecutor may decide-conditionally or unconditionally- to make prosecution to court or not*). Syarat antara lain jaksa tidak melakukan penuntutan karena kerugian sudah diganti, perkara kecil dan terdakwa sudah tua (di Jepang di atas 60 tahun).²⁷

Dalam penyelesaian perkara diluar proses pengadilan Jaksa/penuntut umum harus mengajukan penawaran (demikian dikatakan pasal 74 (1), dapat di bandingkan dengan Pasal 82 (1) KUHP) sebelum dimulainya sidang perkara yang bersangkutan. Dalam praktiknya hal itu akan ia lakukan jauh dari sebelum tanggal persidangan pertama dijadwalkan. Lagipula terhadap usulannya itu akan dikaitkan jangka waktu tertentu dalam mana tersangka harus memenuhi syarat-syarat yang sudah ditetapkan. Jaksa/penuntut umum memiliki kebebasan dalam menentukan tenggat waktu pelaksanaan syarat-syarat transaksi serta bila perlu perpanjangan darinya, yang mungkin lebih pendek atau justru lebih panjang daripada tenggat waktu pertama. Dalam ayat (3) pasal tersebut ditetapkan bahwa jaksa/penuntut umum wajib dengan serta merta, terhadap pihak-pihak yang langsung berkepentingan (misalnya di sini pihak korban), terutama yang memohonkan informasi tentang itu, memberitahukan tanggal dipenuhinya syarat atau tanpa syarat yang ia tetapkan dalam rangka pelaksanaan transaksi. Pemberitahuan demikian akan penting bagi pihak korban, jika ia kemudian tetap berkehendak agar perkara tersebut diproses oleh pengadilan.²⁸

Van Bemmelen berpendapat bahwa yang membedakan antara Hukum Pidana dengan bidang hukum lain ialah sanksi Hukum Pidana merupakan pemberian ancaman penderitaan dengan sengaja dan sering juga pengenaan

²⁷ A.Z.Abidin, A.Hamzah, *Op. Cit.*, hal. 8.

²⁸ Jan R Emmelink, *HUKUM PIDANA Komentar atas pasal-pasal terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta: PT Gramedia Pusaka Utama, 2003, hal. 451.

penderitaan, hal mana dilakukan juga sekalipun tidak ada korban kejahatan. Perbedaan demikian menjadi alasan untuk menganggap Hukum Pidana itu sebagai *ultimum remedium* (obat terakhir), yaitu usaha terakhir guna memperbaiki tingkah laku manusia, terutama penjahat, serta memberikan tekanan psikologis agar orang lain tidak melakukan kejahatan. Oleh karena sanksinya bersifat penderitaan istimewa, maka penerapan hukum pidana sedapat mungkin dibatasi dengan kata lain penggunaannya dilakukan jika sanksi-sanksi hukum lain tidak memadai lagi. Istilah *ultimum remedium* digunakan oleh Menteri Kehakiman Belanda Mr. Modderman untuk menjawab pertanyaan seorang anggota parlemen bernama Meckay dalam rangka pembahasan rancangan KUHP (Kitab Undang – Undang Hukum Pidana), yang antara lain menyatakan bahwa : “ Asas tersebut ialah bahwa yang boleh dipidana yaitu mereka yang menciptakan *onrecht* (perbuatan melawan hukum). Hal ini merupakan *conditio sine qua non*. Kedua, ialah bahwa syarat yang harus ditambahkan ialah bahwa perbuatan melawan hukum itu menurut pengalaman tidaklah dapat ditekan dengan cara lain. Pidana itu haruslah tetap merupakan upaya yang terakhir. Pada dasarnya terhadap setiap ancaman pidana terdapat keberatan-keberatan. Setiap manusia yang berakal dapat juga memahaminya sekalipun tanpa penjelasan. Hal itu tidak berarti bahwa pembedaan harus ditinggalkan, tetapi orang harus membuat penilaian tentang keuntungan dan kerugiannya pidana itu, dan harus menjaga jangan sampai terjadi obat yang diberikan lebih jahat dari pada penyakit ”.²⁹

Namun, dalam perkembangan hukum pidana di Indonesia, sanksi pidana dalam beberapa kasus tertentu bergeser kedudukannya. Tidak lagi sebagai *ultimum remedium* melainkan sebagai *primum remedium* (obat yang utama). Ketentuan pengaturan mengenai sanksi pidana sebagai *primum remedium* ini dapat dilihat dalam UU mengenai terorisme dan tindak pidana korupsi. Dari perspektif sosiologis hal ini dikarenakan perbuatan yang diatur dalam dua UU tersebut merupakan tindakan yang “luar biasa” dan besar dampaknya bagi

²⁹ J.M. van Bemmelen – W.F.C. Van Hattam, *Hand en Leerboek van het Nederlandse Strafrecht* II, 1953, hal. 7. Sebagaimana dikuti dalam A.Z.Abidin,A.Hamzah, *Pengantar dalam Hukum Pidana Indonesia* hal 12-13.

masyarakat. Sehingga dalam hal ini tidak lagi mempertimbangkan penggunaan sanksi lain, karena mungkin dirasa sudah tepat apabila langsung menggunakan atau menjatuhkan sanksi pidana terhadap para pelaku tindak pidana tersebut. Dan kini faktanya sanksi pidana itu bukan merupakan “obat terakhir” (*ultimum remedium*) lagi, banyak perbuatan – perbuatan yang bertentangan dengan aturan UU yang berlaku dan masyarakat merasa dirugikan, maka yang diberlakukan adalah sanksi pidana sebagai pilihan utama (*premium remedium*).³⁰

Penyelesaian perkara pidana melalui perdamaian seperti penerapan restorative justice yang sudah didahului oleh konsep yang ada dalam hukum pidana Islam yaitu dengan konsep pengampunan dan perdamaian tanpa ataupun dengan menggunakan diat. Diat adalah membayar sejumlah uang terhadap korban atau keluarga korban. sehingga pelaku, korban, keluarga dan masyarakat mendapatkan peradilan yang restorative dan penjatuhan hukum pidana yang memiliki semangat *ultimum remedium* dapat dicapai. Proses penyelesaian perkara pidana melalui perdamaian dapat menjadi pembaruan system peradilan yang ada di Indonesia sangat sesuai dengan ciri khas bangsa Indonesia yaitu semangat musyawarah untuk setiap permasalahan pidana dengan tujuan bahwa hukum pidana adalah *ultimum remedium* (obat terakhir) bukan sebagai *premium remedium* (obat utama).

Maka dari uraian latar belakang permasalahan tersebut, dalam penelitian tesis ini penulis mengangkat judul “**Perdamaian dalam Hukum Pidana Islam dan Penerapan Restorative Justice dikaitkan dengan Pembaruan Hukum Pidana di Indonesia**”.

1.2 Rumusan Permasalahan

Penyelesaian perkara pidana, pada umumnya diselesaikan melalui jalur formal, yaitu lembaga peradilan (*litigasi*). Jalur ini terkenal dengan istilah *in court*

³⁰ Di telusur melalui <http://restatika.wordpress.com/2010/03/08/karakteristik-hukum-pidana-dalam-konteks-ultimum-remedium/> pada tanggal 10 februari 2012.

system. Dalam tataran teori, ada tiga hal yang ingin dicapai dari hasil final yang akan dikeluarkan suatu lembaga peradilan tersebut, yaitu: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Meskipun demikian, dalam tataran prakteknya, sangat sulit ketiganya dapat terpenuhi sekaligus. Adapun hasil yang akan tercipta dari proses penyelesaiannya dikenal dengan istilah *win lose solution*. Penyelesaian perkara pidana melalui perdamaian membantu system peradilan pidana sehingga mengembalikan tujuan hukum pidana sebagai *ultimum remedium* dalam kaitan pembaruan hukum pidana dan sistem peradilan pidana di Indonesia.

1.3 Pertanyaan Penelitian

Dari latar belakang dan rumusan permasalahan yang diuraikan di atas, maka penulis dapat mengangkat pertanyaan penelitian sebagai berikut :

1. Bagaimana konsep perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana menurut hukum Islam ?
2. Bagaimana konsep perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana menurut *restorative justice*?
3. Bagaimana prospek perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana dalam sistem peradilan pidana di Indonesia?

1.4 Tujuan Penelitian

Dari latar belakang, rumusan permasalahan dan pertanyaan penelitian yang diuraikan di atas penulis dapat merumuskan tujuan penelitian sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui konsep perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana menurut hukum Islam.
2. Untuk mengetahui konsep perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana menurut *Restorative Justice*.
3. Untuk mengetahui prospek perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana dalam system peradilan pidana di Indonesia.

1.5 Manfaat Penelitian

1.5.1. Manfaat Teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat kepada masyarakat dan dapat menambah pengetahuan mengenai konsep perdamaian menurut hukum Islam dan restorative justice serta prospeknya dalam sistem peradilan pidana di Indonesia juga dapat memberikan manfaat bagi perkembangan ilmu hukum di Indonesia.

1.5.2. Manfaat Praktis

Dalam tataran praktis, Dari penelitian ini diharapkan memberikan pemahaman terhadap konsep perdamaian menurut hukum Islam dan restorative justice serta penerapan dalam system peradilan pidana sehingga menjadi tambahan pengetahuan sebagai bahan perbandingan dan memberikan masukan serta evaluasi khususnya dalam tata cara penyelesaian perkara pidana di Indonesia.

1.6 Kerangka Teori

Pada penelitian tesis ini, teori-teori yang akan digunakan adalah sebagai berikut :

Penyelesaian perkara pidana dengan konsep perdamaian (Ishlah) menurut hukum Islam dan restorative justice adalah upaya membantu system peradilan pidana sehingga mengembalikan tujuan hukum pidana. Bahwa tujuan hukum sendiri yaitu untuk mendapatkan kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Van Bemmelen berpendapat bahwa yang membedakan antara hukum pidana dengan bidang hukum lain ialah sanksi hukum pidana merupakan pemberian ancaman penderitaan dengan sengaja dan sering juga pengenaan penderitaan, hal mana dilakukan juga sekalipun tidak ada korban kejahatan. Namun, dalam perkembangan hukum pidana di Indonesia, sanksi pidana dalam beberapa kasus

tertentu bergeser kedudukannya. Tidak lagi sebagai *ultimum remedium* (obat terakhir) melainkan sebagai *premium remedium* (obat yang utama).

Hukum yang oleh positivis dilihat sebagai teks dan mengeleminasi faktor serta peran manusia, mendapatkan koreksi besar dengan menempatkan peran manusia tidak kurang pada posisi sentral. Penegakan hukum (*law enforcement*) adalah konsep normative, dimana orang hanya tinggal mengaplikasikan apa yang ada dalam perundang-undangan. Praktis yang demikian itu juga disamakan dengan kerja mesin otomatis (*automaton*). Sosiologi hukum menemukan, bahwa peran perilaku manusia adalah jauh lebih bervariasi dan tidak semata-mata sebagai mesin otomatis. Negara hanya menyediakan fasilitas melalui pembuatan hukum dan untuk selebihnya diserahkan kepada rakyat.³¹

Di Indonesia, muncul yang dinamakan hukum Progresif yang muncul pada sekitar tahun 2002. Hukum progresif lahir karena selama ini ajaran ilmu hukum positif (*analytical jurisprudence*) yang dipraktikkan pada realitas empirik di Indonesia tidak memuaskan. Gagasan Hukum Progresif muncul karena prihatin terhadap kualitas penegakan hukum di Indonesia terutama sejak terjadinya reformasi pada pertengahan tahun 1997. Jika fungsi hukum dimaksudkan untuk turut serta memecahkan persoalan kemasyarakatan secara ideal, maka yang dialami dan terjadi Indonesia sekarang ini adalah sangat bertolak belakang dengan cita-cita ideal tersebut.³²

Bahwa restorative justice adalah penyelesaian perkara didalam dan diluar pengadilan dalam bentuk pembayaran sejumlah uang tertentu kepada korban untuk mencegah atau mengakhiri diteruskannya penuntutan pidana karena suatu kejahatan. Merupakan upaya penegakan hukum progresif karena selama ini penegakan hukum yang ada amat mengecewakan yang selama ini kurang memperhatikan posisi korban.

Penegakan hukum progresif merupakan suatu pekerjaan dengan banyak dimensi antara lain : *pertama*, dimensi dan factor manusia pelaku dalam

³¹ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta: PT Kompas Media Nusantara 2010 hal 13-15.

³² Satjipto Rahardjo, "Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan. *Jurnal Hukum Progresif*". Program Doktor Ilmu Hukum Univ. Diponegoro, Vol. 1/No. 1/April 2005, hal. 3-5.

penegakan hukum progresif. Idealnya, mereka terdiri dari generasi baru profesional hukum (hakim, jaksa, advokat, dan lain-lain) yang memiliki visi dan filsafat yang mendasari penegakan hukum progresif. Artinya, filsafat yang tidak bersifat liberal, tetapi lebih cenderung ke arah visi komunal. Kepentingan dan kebutuhan bangsa lebih diperhatikan daripada “bermain-main” dengan pasal, doktrin dan prosedur. *Kedua*, kebutuhan akan semacam kebangunan di kalangan akademisi, intelektual dan ilmuwan serta teoretisi hukum Indonesia. Menurut Satjipto Rahardjo hukum bukanlah suatu skema yang final (*finite scheme*), namun terus bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Karena itu, hukum harus terus dibedah dan digali melalui upaya-upaya progresif untuk menggapai terang cahaya kebenaran dalam menggapai keadilan. Karena sesungguhnya tujuan akhir hukum sebenarnya ialah mencapai suatu ketertiban, ketentraman, kedamaian, keadilan dan kesejahteraan dalam masyarakat.³³

1.7 Kerangka Konsep

Dalam sebuah ensiklopedi, secara etimologis, istilah berasal dari bahasa Arab yang berbentuk plural (*jama*). Adapun bentuk tunggalnya adalah *al sulhu* yang berarti suatu kondisi yang baik, aman, harmonis. Sementara makna dasar istilah terlihat bermacam-macam, diantaranya: memperbaiki, mendamaikan dan menghilangkan sengketa atau kerusakan. Lebih lanjut, kata itu diartikan dengan berusaha menciptakan perdamaian; membawa keharmonisan; menganjurkan orang untuk berdamai antara satu dan yang lainnya; melakukan perbuatan baik; berperilaku sebagai orang suci (baik). Ada yang mengatakan bahwa pengertian yang beragam itu berasal dari makna istilah yang disebut dalam Al-Qur'an. Adapun dalam bahasa Arab Modern, istilah ini digunakan untuk pengertian pembaharuan.³⁴

Sedangkan *al'afwu* yang berasal dari kata 'afaa-'afwan, berarti memaafkan atau mengampuni. *Al'afwu* dapat disejajarkan dengan *al mahwu*, *al musamahah*

³³ Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum Perkembangan Metode Dan Pilihan Masalah*, Surakarta: Muhammadiyah University press, 2002, hal. ix.

³⁴ Abdul Azis Dahlan dkk, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid II, Jakarta: PT Ichtiar Baru can Hoeve, 2001, hlm 740.

dan *al mu'afatu*, yang berarti penghapusan atau maafan. *Al'aafi*, adalah orang yang memaafkan atau mengampuni. 'afwun'amun, diartikan sebagai amnesti.³⁵

Ishlah telah diserap menjadi satu kata dalam bahasa Indonesia yang berarti perdamaian atau penyelesaian pertikaian secara damai.³⁶ Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, damai dimaknai sebagai tidak ada perang; tidak ada kerusuhan; aman; tentram; keadaan tidak bermusuhan. Sedangkan kata perdamaian dimaknai sebagai penghentian permusuhan atau perselisihan. Mendamaikan dimaknai mengusahakan agar kedua pihak berbaik kembali; merundingkan supaya ada persesuaian; menenangkan.³⁷ Sedangkan maaf dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia diartikan pembebasan seseorang dari hukuman karena suatu kesalahan; ampun. Pemaafan diartikan proses, perbuatan, cara memaafkan; pengampunan. Maaf sama dengan ampun.³⁸ Mengacu pada kajian etimologis di atas maka dapat kita tarik satu perbedaan secara makna bahasa antara islah dan *al'afwu*, yaitu bahwa islah adalah proses atau perdamaian itu sendiri, sedangkan *al'afwu* adalah memaafkan, yang dipersamakan dengan pengampunan.

Sistem peradilan pidana merupakan suatu sistem yang dibangun untuk menanggulangi dan mengendalikan kejahatan dalam batas-batas toleransi yang dapat diterima.³⁹ Bahwa *restorative justice* atau sering diterjemahkan sebagai keadilan restoratif⁴⁰ bukanlah konsep yang baru dalam system hukum pidana. Keadilan Restoratif pada dasarnya adalah sebuah pendekatan hukum pidana yang memuat sejumlah nilai tradisional. Hal ini didasarkan pada dua indikator, yaitu nilai-nilai yang menjadi landasannya dan mekanisme yang ditawarkannya. Hal tersebut menjadi dasar pertimbangan mengapa keberadaan *restorative justice* diperhitungkan kembali. Marc Levin menyatakan bahwa pendekatan yang dulu

³⁵ Adib Bisri dan Munawwir A Fatah, op.cit. halaman: 509, lihat juga hlm 199 dan hlm 7.

³⁶ Pius A Partanto dan M. Dahlan Al Baeeey, *Op.Cit.* hlm 274.

³⁷ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Cet. Ketiga, Jakarta Balai Pustaka, 2008, hlm 30 dan 540.

³⁸ *Ibid.* hlm 182-183.

³⁹ Mardjono Reksodiputro, *Mengembangkan Pendekatan Terpadu Dalam Sistem Peradilan Pidana (Suatu Pemikiran Awal)* dalam kumpulan tulisan *Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana, Buku Kedua*, (Jakarta : Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia 1994), hal. 140.

⁴⁰ Eva Achjani Zulfa, *Ringkasan Disertasi : Keadilan Restoratif di Indonesia*, 2009, hal.1

dinyatakan sebagai usang, kuno dan tradisional kini justru dinyatakan sebagai pendekatan yang progresif⁴¹.

Menurut George Ritzer menerangkan bahwa Keadilan Restoratif adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan system peradilan pidana dengan menitik beratkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada system peradilan pidana yang ada pada saat ini. Dipihak lain, keadilan restoratif juga merupakan suatu kerangka berfikir yang baru yang dapat digunakan dalam merespon suatu tindak pidana bagi penegak dan pekerja hukum⁴².

Pendekatan *restorative justice* diasumsikan sebagai pergeseran paling mutakhir dari berbagai model dan mekanisme yang bekerja dalam sistem peradilan pidana dalam menangani perkara-perkara pidana pada saat ini. PBB melalui Basic principles yang telah digariskannya menilai bahwa pendekatan *restorative justice* adalah pendekatan yang dapat dipakai dalam sistem peradilan pidana yang rasional. Hal ini sejalan dengan pandangan G. P. Hoefnagels yang menyatakan bahwa politik kriminal harus rasional (*a rational total of the responses to crime*). Pendekatan *restorative justice* merupakan suatu paradigma yang dapat dipakai sebagai bingkai dari strategi penanganan perkara pidana yang bertujuan menjawab ketidakpuasan atas bekerjanya sistem peradilan pidana yang ada saat ini⁴³.

Restorative justice adalah sebuah konsep pemikiran yang merespon pengembangan sistem peradilan pidana dengan menitikberatkan pada kebutuhan pelibatan masyarakat dan korban yang dirasa tersisihkan dengan mekanisme yang bekerja pada sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini. Dipihak lain, *restorative justice* juga merupakan suatu kerangka berfikir yang baru yang dapat digunakan dalam merespon suatu tindak pidana bagi penegak dan pekerja hukum.

⁴¹ Marc Levin., *Restorative justice in Texas : Past, Present and Future*, (Texas: Texas Public Policy Foundation,2005) hlm. 5-7 ditelusur melalui www.TexasPolicy.com pada tanggal 17 Oktober 2011.

⁴² Eva Achjani Zulfa, Loc. cit, Hal. 14.

⁴³ *Ibid.*

Penanganan perkara pidana dengan pendekatan *restorative justice* menawarkan pandangan dan pendekatan berbeda dalam memahami dan menangani suatu tindak pidana. Dalam pandangan *restorative justice* makna tindak pidana pada dasarnya sama seperti pandangan hukum pidana pada umumnya yaitu serangan terhadap individu dan masyarakat serta hubungan kemasyarakatan. Akan tetapi dalam pendekatan *restorative justice*, korban utama atas terjadinya suatu tindak pidana bukanlah negara, sebagaimana dalam sistem peradilan pidana yang sekarang ada. Oleh karenanya kejahatan menciptakan kewajiban untuk membenahi rusaknya hubungan akibat terjadinya suatu tindak pidana. Sementara keadilan dimaknai sebagai proses pencarian pemecahan masalah yang terjadi atas suatu perkara pidana dimana keterlibatan korban, masyarakat dan pelaku menjadi penting dalam usaha perbaikan, rekonsiliasi dan penjaminan keberlangsungan usaha perbaikan tersebut.

Keadilan restoratif merupakan suatu pendekatan yang menitikberatkan pada adanya partisipasi langsung pelaku, korban, dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara pidana⁴⁴. Praktek penyelesaian perkara pidana melalui jalur “musyawarah” antar pelaku dan korban serta masyarakat yang terlibat didalamnya, merupakan suatu kenyataan yang ada dalam masyarakat Indonesia⁴⁵. Mekanisme penyelesaian ini dalam prakteknya terselenggara dengan atau tanpa melibatkan penegak hukum. Secara praktis, perdamaian sebagai hasil akhir dari musyawarah menjadi kunci penutup permasalahan yang terjadi seolah mendapatkan pembenaran berdasarkan hukum yang hidup dalam masyarakat

Dalam kenyataannya pendekatan ini banyak dilakukan oleh masyarakat maupun aparat penegak hukum dalam praktek di lapangan, sebagai suatu alternatif penyelesaian sengketa karena sistem yang ada sekarang dianggap tidak dapat menampung aspirasi yang ada mengingat sejumlah permasalahan yang terkait dengan⁴⁶ :

- a. Proses dalam sistem peradilan pidana yang dianggap rumit, lama dan berbiaya tinggi.

⁴⁴ Eva Achjani Zulfa, *Ringkasan Disertasi : Keadilan Restoratif di Indonesia*, 2009, hal.ii

⁴⁵ Ibid, hal.iv.

⁴⁶ Ibid, hal. 2.

- b. Sistem yang tidak dapat menampung aspirasi korban dan masyarakat sebagai pihak yang dirugikan baik secara langsung atau tidak langsung atas tindak pidana yang ada;
- c. Penyelesaian akhir dari suatu perkara pidana yang dianggap tidak menguntungkan baik bagi korban, masyarakat maupun terhadap pelaku itu sendiri.

1.8 Metode Penelitian

Untuk menjawab dan menganalisa permasalahan pada penelitian tesis ini penulis menggunakan metode penelitian yang bersifat yuridis normatif dengan pendekatan deskriptif analitis. Jenis data yang digunakan untuk menjawab pertanyaan dalam penelitian ini adalah data primer berupa wawancara untuk mendapatkan data dan penjelasan yang akurat, maka penulis melakukan wawancara dengan para pihak yang dianggap kompeten memberikan keterangan mengenai objek yang diteliti, yaitu dengan mewawancarai Ahli hukum pidana.

Selain menggunakan data primer, dalam usulan penelitian ini juga menggunakan bahan hukum primer yang terdiri dari :

- KUHP (Kitab Undang-undang Hukum Pidana)
- KUHAP (Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana)
- Rancangan KUHP (Kitab Undang-undang Hukum Pidana)
- Rancangan KUHAP (Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana)

Untuk dapat lebih menyempurnakan jawaban dari pertanyaan penelitian ini, maka usulan penelitian ini juga menggunakan bahan hukum sekunder yang terdiri dari berbagai macam bahan bacaan yang terkait dengan judul penelitian seperti buku-buku, makalah-makalah, artikel-artikel, jurnal-jurnal dan literatur lain sebagai pendukung. Dan bahan hukum tersier yang memberikan informasi tentang bahan hukum primer dan sekunder yang terdiri dari kamus hukum dan kamus bahasa Indonesia. Kemudian data yang diperoleh dari usulan penelitian tersebut akan disajikan secara deskriptif dalam bentuk uraian yang disusun secara sistematis untuk kemudian dianalisis sehingga menghasilkan laporan penelitian yang bersifat deskriptif analitis.

1.9 Sistematika Penulisan

Penelitian tesis ini disusun dalam lima Bab yang dalam setiap Bab dibagi menjadi beberapa sub-bab. Berikut ini adalah gambaran secara umum dan singkat mengenai isi pada setiap Bab dalam usulan penelitian ini :

Bab I akan berisi pendahuluan, Latar Belakang Permasalahan, Rumusan Permasalahan, Pertanyaan Permasalahan, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Kerangka Teori, Kerangka Konsep, Metode Penelitian, dan Sistematika Penelitian Tesis.

Bab II merupakan teoritis. Dalam bab ini menjelaskan tentang Pengertian Hukum Pidana Islam, Perdamaian (Ishlah) Dalam Hukum Pidana Islam, Prinsip-Prinsip Perdamaian (Ishlah) dalam Hukum Pidana Islam, Kategori Tindak Pidana yang dapat dilaksanakan Perdamaian

Bab III merupakan teoritis. Dalam bab ini menjelaskan tentang pengertian Restorative Justice, Pengertian Perdamaian dan Prinsip-Prinsip dalam Perdamaian, Mediasi Sebagai Pilihan Penyelesai Sengketa pidana, Dari Keadilan Retributif dan Restitutif Menuju keadilan restoratif), Keadilan restoratif sebagai Alternatif Peradilan Pidana.

Bab IV adalah menganalisis prospek perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana dalam sistem peradilan pidana di Indonesia. Dalam bab ini menjelaskan sistem peradilan pidana, mediasi penal, mediasi penal menurut hukum islam dan hukum adat, prospek perdamaian (mediasi penal) dalam sistem peradilan pidana.

Bab V adalah merupakan penutup yang akan berisi tentang kesimpulan dari pertanyaan permasalahan dan peneliti juga berusaha memberikan saran atas permasalahan yang telah dibahas dalam penulisan penelitian tesis ini.

BAB II

PERDAMAIAN DALAM HUKUM PIDANA ISLAM

Pada Bab II ini, penulis akan menguraikan pengertian hukum pidana Islam, Perdamaian (Ishlah) dalam hukum pidana Islam, prinsip-prinsip perdamaian (Ishlah) dalam hukum pidana Islam, kategori tindak pidana yang dapat dilaksanakan perdamaian. Tinjauan ini diuraikan untuk membangun kerangka alat analisa dari tema penelitian tesis ini.

2.1 Pengertian Hukum Pidana Islam

Perbuatan manusia yang dinilai sebagai pelanggaran atau kejahatan kepada sesamanya, baik pelanggaran atau kejahatan tersebut secara fisik atau nonfisik, seperti membunuh, menuduh atau memfitnah maupun kejahatan terhadap harta benda atau lainnya, dibahas dalam istilah jinayat. Dalam kitab-kitab klasik, pembahasan jinayat ini hanya dikhususkan pada perbuatan dosa yang berkaitan dengan sasaran (objek) badan dan jiwa saja. Adapun perbuatan dosa selain sasaran badan dan jiwa, seperti kejahatan terhadap harta, agama, negara dan lain-lain tidak termasuk dalam jinayat. Ulama-ulama *Muta'akhirin* menghimpunnya dalam bagian khusus yang dinamai *Fiqih Jinayat*, yang dikenal dengan istilah *Hukum Pidana Islam*. Di dalamnya terhimpun pembahsan semua jenis pelanggaran atau kejahatan manusia dengan berbagai sasaran, badan, jiwa, harta benda, kehormatan, nama baik, negara, tatanan hidup, dan lingkungan hidup.⁴⁷

Fikih Jinayah terdiri dari dua kata, yaitu Fikih dan Jinayah. Pengertian fikih secara bahasa berasal dari lafal faqiha, yafqahu fiqhan, yang berarti mengerti, paham. Pengertian fikih secara istilah yang dikemukakan oleh Abdul Wahab Khallaf adalah ilmu tentang hukum-hukum syara' praktis yang diambil

⁴⁷ Rahmat Hakim, Hukum Pidana Islam (Fiqih Jinayah), Bandung: Pustaka Setia, Cet-I, 2000, hal. 11.

dari dalil-dalil yang terperinci. Atau fikih adalah himpunan hukum-hukum syara' yang bersifat praktis yang diambil dari dalil-dalil yang terperinci.⁴⁸

Adapun jinayah menurut bahasa adalah nama bagi hasil perbuatan seseorang yang buruk dan apa yang diusahakan. Pengertian Jinayah secara istilah fuqaha sebagaimana yang dikemukakan oleh Abdul Qadir Audah adalah suatu istilah untuk perbuatan yang dilarang oleh syara', baik perbuatan tersebut mengenai jiwa, harta, atau lainnya.⁴⁹ Dalam konteks ini pengertian Jinayah sama dengan jarimah. Pengertian jarimah sebagaimana dikemukakan oleh Imam Al Mawardi adalah perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh syara' yang diancam oleh Allah dengan hukuman had atau ta'zir.⁵⁰

Apabila kedua kata tersebut digabungkan maka pengertian fikih jinayah itu adalah ilmu tentang hukum syara' yang berkaitan dengan masalah perbuatan yang dilarang (jarimah) dan hukumannya, yang diambil dari dalil-dalil yang terperinci. Pengertian fikih jinayah tersebut di atas sejalan dengan pengertian hukum pidana menurut hukum positif. Bahwa hukum pidana adalah hukum mengenai delik yang diancam dengan hukuman pidana. Atau dengan kata lain hukum pidana itu adalah serangkaian peraturan yang mengatur masalah tindak pidana dan hukumnya.

Sedangkan pengertian hukuman sebagaimana dikemukakan oleh Abdul Qadir Audah adalah pembalasan yang ditetapkan untuk kemaslahatan masyarakat, karena adanya pelanggaran atas ketentuan-ketentuan syara'.⁵¹ Pengertian ini sejalan dengan pengertian hukuman dalam hukum positif. Bahwa yang dimaksud dengan hukuman atau pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Pembahasan terhadap masalah yang sama dalam ilmu hukum, dinamai *Hukum*

⁴⁸ Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul Al-Fiqh*, Ad Dar Al Kuwaitiyah, cetakan VIII, 1968, hal. 11. Sebagaimana dikutip dalam H.A. Djazuli, *Fiqh Jinayah (Upaya Menanggulangi Kejahatan dalam Islam)*, hal. 7.

⁴⁹ Abdul Qadir Audah, *At Tasyri' Al Jina'iy Al Islamiy*, Juz I, Dar Al Kitab Al 'Araby, Beirut, hal. 67. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. ix.

⁵⁰ Abu Al Hasan Ali ibn Muhammad Al Mawardi, *Al Ahkam As Sulthaniyah*, Mustafa Al Baby Al Halaby, Mesir, Cet- III, 1973, hal 219. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. ix.

⁵¹ Abdul Qadir Audah, *Op., Cit*, Juz I hal. 609 Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. x.

Pidana yang merupakan terjemahan dari bahasa Belanda, *strafrecht*. Buku atau kitab yang memuat rincian perbuatan pelanggaran atau kejahatan dan hukuman yang diancamkan kepada pelaku perbuatan tersebut dinamakan *Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP)* atau dalam bahasa aslinya dikenal dengan sebagai *Wetboek van Strafrecht*.

Adapun dalam pemakaiannya kata jinayah lebih mempunyai arti lebih umum (luas), yaitu ditunjukkan bagi segala sesuatu yang ada sangkut pautnya dengan kejahatan manusia dan tidak ditujukan bagi satuan perbuatan dosa tertentu. Oleh karena itu, pembahasan fikih yang memuat masalah-masalah kejahatan, pelanggaran yang dikerjakan manusia, dan hukuman yang diancamkan kepada pelaku perbuatan disebut Fiqih Jinayah dan bukan istilah Fiqih Jarimah.⁵² Fiqih Jinayah adalah ilmu tentang hukum syara' yang berkaitan dengan masalah perbuatan yang dilarang (jarimah) dan hukumannya (uqubah), yang di ambil dari dalil-dalil yang terperinci. Definisi tersebut merupakan gabungan antara pengertian "fikih" dan "jinayah". Dari pengertian tersebut dapat diketahui bahwa objek pembahasan Fiqih Jinayah itu secara garis besar ada dua, yaitu jarimah atau tindak pidana dan uqubah atau hukumannya.⁵³

Di antara pembagian jarimah yang paling penting adalah pembagian yang ditinjau dari segi hukumannya. Jarimah ditinjau dari segi hukumannya terbagi kepada tiga bagian, yaitu jarimah hudud, jarimah qishash dan diat, dan jarimah ta'zir.

2.1.1. Jarimah Hudud

Jarimah hudud adalah jarimah yang diancam dengan hukuman had. Pengertian hukuman had, sebagaimana dikemukakan oleh Abdul Qadir Audah adalah hukuman yang telah ditentukan oleh syara' dan merupakan hak Allah.

Dari pengertian tersebut dapat diketahui bahwa cirri khas jarimah hudud itu adalah sebagai berikut.

- a. Hukumannya tertentu dan terbatas, dalam arti bahwa hukuman tersebut telah ditentukan oleh syara' dan tidak ada batas minimal dan maksimal.

⁵² Rahmat Hakim, *Op., Cit*, hal. 15.

⁵³ Ahmad Wardi Muslich, *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam.*, Jakarta: Sinar Grafika, cet-II, 2006, hal. ix.

- b. Hukuman tersebut merupakan hak Allah semata-mata, atau kalau ada hak manusia di samping hak Allah maka hak Allah yang lebih dominan. Pengertian hak Allah sebagaimana dikemukakan oleh Mahmud Syaltut adalah suatu hak yang manfaatnya kembali kepada masyarakat dan tidak tertentu bagi seseorang.

Oleh karena hukuman had itu merupakan hak Allah maka hukuman tersebut tidak bisa digugurkan oleh perseorangan (orang yang menjadi korban atau keluarganya) atau oleh masyarakat yang diwakili oleh negara.

Jarimah hudud ini ada tujuh macam antara lain sebagai berikut.

- 1) Jarimah zina,
- 2) Jarimah qadzaf,
- 3) Jarimah syurb al-khamr,
- 4) Jarimah pencurian,
- 5) Jarimah hirabah,
- 6) Jarimah riddah, dan
- 7) Jarimah pemberontakan (Al-Bagyu)

Dalam jarimah zina, syurbul khamr, hirabah, riddah, dan pemberontakan yang dilanggar adalah hak Allah semata-mata. Sedangkan dalam jarimah pencurian dan qadzaf (penuduhan zina) yang disinggung di samping hak Allah, juga terdapat hak manusia (individu), akan tetapi hak Allah lebih menonjol.⁵⁴

2.1.2. Jarimah Qishash dan Diat

Jarimah qishash dan diat adalah jarimah yang diancam dengan hukuman qishash atau diat. Baik qishash maupun diat kedua-duanya adalah hukuman yang sudah ditentukan oleh syara'. Perbedaannya dengan hukuman had adalah bahwa hukuman had merupakan hak Allah (hak masyarakat) yang diwakili oleh negara, sedangkan qishash dan diat merupakan hak manusia (hak individu). Adapun yang dimaksud dengan hak manusia sebagaimana yang dikemukakan oleh Mahmud Syaltut adalah suatu hak yang manfaatnya kembali kepada orang tertentu.

Qisas adalah perbuatan yang membunuh seorang manusia atau menimbulkan kerusakan pada bagian tubuh korban nya atau menonaktifkan salah

⁵⁴ Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, hal. x.

satu dari organ-organ korban atau panca indera nya akan mendapatkan ancaman hukuman yang sama dengan orang yang disakitinya, sebagai contoh yang disebutkan salah satu ayat didalam Al-Quran adalah “hidup diganti dengan hidup, mata diganti dengan mata, hidung diganti dengan hidung, telinga diganti dengan telinga...”. Namun, qisas ini tidak dapat dihindari yang adalah hak pribadi. Korban atau keluarga mereka bisa memutuskan secara administrasi akan menggunakan mekanisme tersebut atau tidak. Namun seiring perkembangan zaman terdapat yurisprudensi yang mengembangkan teknik untuk menggantikan Qisas, karena Qisas disini dijadikan Ultimum Remedium (penjatuhan hukum pidana dijadikan sebagai upaya terakhir). maka dari itu Konsiliasi dan Pengampunan/maaf lebih diutamakan.⁵⁵

Di samping itu, perbedaan yang lain adalah karena hukuman qishash dan diat merupakan hak manusia maka hukuman tersebut bisa dimaafkan atau digugurkan oleh korban dan keluarganya dengan adanya perdamaian atau pengampunan, sedangkan hukuman had tidak bisa dimaafkan atau digugurkan. Dengan demikian maka cirri dari jarimah qishash dan diat itu adalah

- 1) hukumannya sudah tertentu dan terbatas, dalam arti sudah ditentukan oleh syara' da tidak ada batas minimal atau maksimal;
- 2) hukuman tersebut merupakan hak perseorangan (individu), dalam arti bahwa korban korban atau keluarganya berhak memberikan pengampunan atau melakukan perdamaian terhadap pelaku;

Jarimah qishash dan diat ini hanya ada dua macam, yaitu pembunuhan dan penganiayaan. Namun apabila diperluas, jumlahnya ada lima macam, yaitu :

- 1) Pembunuhan sengaja,
- 2) Pembunuhan menyerupai sengaja,
- 3) Pembunuhan karena kesalahan,
- 4) Penganiayaan sengaja, dan
- 5) Penganiayaan tidak sengaja.⁵⁶

⁵⁵ Mutaz M. Qafisheh, *Restorative Justice in the Islamic Penal Law: A Contribution to the Global System*, International Journal of Criminal Justice Sciences, Vol 7 Issue 1 January – June 2012, Hal. 489.

⁵⁶ Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, hal. xi

2.1.3. Jarimah Ta'zir

Jarimah ta'zir adalah hukuman yang diancam hukuman dengan hukuman ta'zir. Bahwa hukuman ta'zir adalah hukuman pendidikan atas dosa (tindak pidana) yang belum ditetapkan oleh syara', dan wewenang untuk menetapkannya diserahkan kepada ulil amri (negara). Dalam menentukan hukuman tersebut, penguasa hanya menetapkan hukuman secara global saja. Artinya pembuat undang-undang tidak menetapkan hukuman untuk masing-masing jarimah ta'zir, melainkan hanya menetapkan sekumpulan hukuman, dari yang ringan-ringannya sampai yang seberat-beratnya. Di samping itu, dari definisi tersebut dapat diketahui bahwa ciri khas jarimah ta'zir adalah sebagai berikut.

- 1) Hukumannya tidak tertentu dan tidak terbatas. Artinya, hukuman tersebut belum dikemukakan oleh syara' dan ada batas minimal dan maksimal.
- 2) Penentuan hukuman tersebut adalah hak penguasa (ulil amri).

Berbeda dengan jarimah hudud dan qishash maka jarimah ta'zir tidak ditentukan banyaknya. Hal ini oleh karena yang termasuk jarimah ta'zir ini adalah setiap perbuatan maksiat yang tidak dikenakan hukuman had dan qishash, yang jumlahnya sangat banyak. Tujuan diberikannya hak penentuan jarimah-jarimah ta'zir dan hukumannya kepada penguasa adalah agar mereka dapat mengatur masyarakat dan memelihara kepentingan-kepentingannya, serta bisa menghadapi dengan sebaik-baiknya setiap keadaan yang bersifat mendadak.

Jarimah ta'zir disamping ada yang diserahkan penentuan sepenuhnya kepada ulil amri, juga ada yang memang sudah ditetapkan oleh syara', seperti riba dan suap. Di samping itu juga termasuk dalam kelompok ini, jarimah-jarimah yang sebenarnya sudah ditetapkan oleh syara' (hudud) akan tetapi syarat-syarat untuk dilaksanakannya hukuman tersebut belum terpenuhi. Misalnya, pencurian yang tidak sampai selesai atau barang yang dicuri kurang dari nishab pencurian, yaitu seperempat dinar.⁵⁷

⁵⁷ Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, hal.xii.

2.2 Perdamaian (Ishlah) Dalam Hukum Pidana Islam

Dalam Islam aturan hidup telah ditetapkan melalui sumber hukum yang mutlak, yaitu Al-Qur'an sebagai sumber hukum pertama, As-Sunnah sebagai sumber hukum kedua, ijma ulama (konsensus) sebagai sumber hukum ketiga dan qiyas (analogi hukum) sebagai hukum keempat. Sumber-sumber hukum Islam tadi merupakan hirarki dalam sistem Hukum Islam.

Sedangkan menurut Prof.Dr. Hasby Ash-Shiddieqy, bahwa hukum dan Islam mempunyai beberapa maziyah keistimewaan dan beberapa mahsanah keindahan yang menyebabkan hukum Islam menjadi hukum yang paling kaya, dan paling dapat memenuhi hajat masyarakat.⁵⁸ Dalam kaitan dengan hukum Islam mengenai sumber-sumber hukum yang formil, apabila dipandang dari hukum al-Qur'an maka berlakunya dalam masyarakat dengan kekuatan mengikatnya, bukanlah semata-mata di pandang dari segi penetapannya, baik dalam arti materil maupun dalam arti formil, serta penggunaannya saja, tetapi harus juga di pandang apakah undang-undang itu dan peraturan-peraturan itu tidak bertentangan dengan perintah dan larangan dari pada norma-norma Al-Qur'an, karena seperti kita ketahui Al-quran itu sebagai batu penguji segala undang-undang dan peraturan.⁵⁹

Konsep ishlah dikatakan banyak terjadi kemiripan dengan *al'afwu*, bahkan ada beberapa ulama yang menyamakan antara ishlah dan *al'afwu*. Namun, ketika menyimak pernyataan Shahrour mengenai sinonimitas dalam Al-Qur'an, sejatinya tidak ada sinonimitas dalam Al-Qur'an. Anggapan adanya sinonimitas dalam Al-Qur'an akan memberi kemungkinan penggantian firman Allah dalam Kitab-Nya yang mulia dan anggapan adanya tambahan-tambahan di dalamnya, di mana pengabaiannya tidak akan merubah atau menambah kandungan maknanya sedikitpun, dan terhadap hal ini sangat tidak mungkin terjadi bagi Allah AWT yang maha suci.⁶⁰ Hal ini mengharuskan upaya pencarian perbedaan atau

⁵⁸ T.M. hasby Ash-Shiddiqiey, *Falsafah Hukum Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1975 cet . 1, hal. 119.

⁵⁹ Abdoerraoef, *Al-Qur'an dan Ilmu Hukum*, Jakarta: Bulan Bintang, 1970, hal. 53.

⁶⁰ Muhammad Shahrour, *Metodologi Fiqih Islam Kontemporer*, Judul Asli: Nahwu Usul, Jadidah Li al Fiqih al Islami, cet. Pertama, penerbit eLSAQ Press, 2004. Hal 256-257.

spesifikasi makna ketika di dalam Al-Qur'an disebutkan ada kata *ishlah* dan *al'afwu*. Untuk lebih jauh memahami pengertian *ishlah* secara utuh ada baiknya kita bandingkan langsung dengan konsep *al'afwu*.

Ishlah telah diserap menjadi satu kata dalam bahasa Indonesia yang berarti perdamaian atau penyelesaian pertikaian secara damai.⁶¹ Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, damai dimaknai sebagai tidak ada perang; tidak ada kerusuhan; aman; tentram; keadaan tidak bermusuhan. Sedangkan kata perdamaian dimaknai sebagai penghentian permusuhan atau perselisihan. Mendamaikan dimaknai mengusahakan agar kedua pihak berbaik kembali; merundingkan supaya ada persesuaian; menenangkan.⁶² Sedangkan maaf dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia diartikan pembebasan seseorang dari hukuman karena suatu kesalahan; ampun. Pemaafan diartikan proses, perbuatan, cara memaafkan; pengampunan. Maaf sama dengan ampun.⁶³ Mengacu pada kajian etimologis di atas maka dapat kita tarik satu perbedaan secara makna bahasa antara *ishlah* dan *al'afwu*, yaitu bahwa *ishlah* adalah proses atau perdamaian itu sendiri, sedangkan *al'afwu* adalah memaafkan, yang dipersamakan dengan pengampunan.

Dalam Ensiklopedi Hukum Islam *ishlah* merupakan tindakan mendamaikan, memperbaiki, menghilangkan sengketa yang menjadi kewajiban umat Islam baik personal maupun sosial. Penekanan *Ishlah* ini lebih difokuskan pada hubungan antar sesama umat manusia dalam rangka memenuhi kewajiban kepada Allah SWT.⁶⁴

Bahwa antara *Ishlah* dan *al'afwu* berbeda secara definisi maupun konseptual. Secara ringkas dapat disimpulkan bahwa *ishlah* merupakan satu proses penyelesaian perkara antar pihak yang dipilih oleh masing-masing pihak tanpa paksaan atau diusahakan oleh pihak ketiga dan berakhir dengan kesepakatan, sehingga tercipta perdamaian kedua belah pihak. Sedangkan *al'afwu*,

⁶¹ Pius A Partanto dan M. Dahlan Al Baeey, "*Kamus Ilmiah Populer*", Arkola, Surabaya, 1994, hal 274.

⁶² Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Cet. Ketiga, Jakarta Balai Pustaka, 2008, hal 30 dan 540.

⁶³ *Ibid.* hal 182-183.

⁶⁴ Abdul Aziz Dahlan dkk, *op.cit.*, hal 740.

adalah media penyelesaian perkara kejahatan qisas dengan melepaskan hak qisas dari korban kepada pelaku, yang masih memungkinkan di lakukan qishas.⁶⁵

Dalam konteks jinayat dan lebih khusus lagi persoalan pembunuhan, secara implisit menarik satu garis pembeda antara *al'afwu* dan islah dengan melihat arti mana inisiatif kompensasi itu muncul. Jikalau inisiatif pemberian kompensasi terhadap hukuman qisas tersebut berasal dari kedua belah pihak, maka itu dikatakan islah (perdamaian). Sedangkan jika inisiatif pemberian kompensasi itu hanya berasal dari satu pihak saja (tepatnya pihak korban), maka yang demikian itu masuk dalam kategori *al'afwu* (pemaafan).⁶⁶

Pembedaan antara islah dan *al'afwu* tersebut dapat dikatakan hanya pada tataran konsep saja, sedangkan dalam praktek, sangat dimungkinkan terjadi persamaan teknis dalam pelaksanaan antara islah dan *al'afwu* sebagai satu metode penyelesaian suatu *jarimah*. Bahwa islah merupakan konsep perdamaian secara umum untuk masalah keluarga sampai pada masalah politik kenegaraan, dan mencakup pula dalam bidang hukum pidana dengan menekankan pada hasil kesepakatan bersama. Sedangkan *al'afwu* merupakan satu konsep penyelesaian perkara praktis berupa pemaafan dengan membebaskan pelaku dari tuntutan hukuman dengan konsekuensi korban memiliki pilihan untuk meminta diyat (kompensasi) atau tanpa kompensasi.⁶⁷

Para ulama telah sepakat tentang dibolehkannya shulh (perdamaian) dalam qishash, sehingga dengan demikian qishash menjadi gugur. Shulh (perdamaian) dalam qishash ini boleh dengan meminta imbalan yang lebih besar dari pada diat, sama dengan diat, atau lebih kecil dari diat. Juga boleh dengan cara tunai atau utang (angsuran), dengan jenis diat atau selain jenis diat dengan syarat disetujui (diterima) oleh pelaku.⁶⁸

⁶⁵ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat In Court System & Out Court System*, Jakarta : Gratama Publishing, 2011, Hal 290.

⁶⁶ Abdul Qodir, *op.cit.*, hal 774. Sebagaimana dikutip dalam Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Penyelesaian Pelanggaran HAM BERAT In Court System & Out Court System*, hal. 292.

⁶⁷ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op.Cit.* hal. 292-293

⁶⁸ Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, hal. 163

Disinilah sebenarnya aspek penting dalam hukum pidana Islam, yaitu aspek restorative justice. Saat ini, di dunia hukum Barat sering dikeluhkan bahwa hukuman yang dijatuhkan oleh hakim tidak berpihak pada korban atau tidak berorientasi pada pemenuhan hak-hak korban. Dalam hukuman terhadap pembunuhan atau penganiayaan misalnya, peran korban di ambil oleh negara (polisi, jaksa dan hakim). Korban seringkali tidak dipedulikan dalam system dan proses peradilan pidana. Hukuman yang d jatuhkan seringkali tidak sesuai dengan rasa keadilan korban dan tidak membawa manfaat apa-apa bagi korban dan keluarganya.

Dalam hukum pidana Islam berlaku hukum qishash-diat, hukuman bagi pelakunya adalah setimpal sesuai perbuatannya (qishash) dan ini sesuai rasa keadilan korban. Tetapi, perbuatan memaafkan dan perdamaian dari korban / keluarganya dipandang sebagai suatu yang lebih baik. Pihak pelaku bisa dijatuhi sanksi diat (yaitu sejumlah harta tertentu untuk korban dan keluarganya). Hal ini membawa kebaikan bagi kedua belah pihak dan tidak ada lagi dendam antara kedua pihak itu. Pihak korban mendapat perbaikan dari sanksi yang dijatuhkan, serta ada peranan korban dalam sistem dan proses peradilan pidana.⁶⁹

Shulh (perdamaian) ini statusnya dengan pemaafan, baik dalam hak pemilikannya, maupun dalam pengaruh atau akibat hukumnya, yaitu dapat munggugurkan qishash. Perbedaannya dengan pengampunan adalah pengampunan itu pembebasan qishash tanpa imbalan, sedangkan shulh (perdamaian) adalah pembebasan dengain imbalan. Memang dimungkinkan pemaafan dari qishash dengan imbalan diat, seperti dikemukakan Imam Syafi'i dan Imam Ahmad, namun menurut Hanafiyah dan Malikiayah, hal itu harus dengan persetujuan pelaku, dan kalau demikian, hal itu harus dngan persetujuan pelaku, dan kalau demikian, hal itu bukan pemaafan melainkan shulh (perdamaian).⁷⁰

Orang yang berhak memberikan memiliki dan memberikan pengampunan atau perdamaian adalah orang yang memiliki hak qishash. Menurut jumbuh ulama

⁶⁹ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam: penegakan syariat dalam wacana dan agenda*, Jakarta: Gema Insani Press, cet-1, 2003. Hal. 93.

⁷⁰ Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, hal. 163-164.

yang terdiri atas Imam Abu Hanifah, Imam Syafi'i dan Imam Ahmad pemilik qishash adalah semua ahli waris, baik zawil furudh maupun ashabah, laki-laki maupun perempuan dengan syarat mereka itu akil dan baligh. Akan tetapi menurut Imam Malik, pemilik hak qishash adalah ashabah laki-laki yang paling dekat derajatnya dengan korban dan perempuan yang mewaris dengan syarat-syarat tertentu mereka adalah mustahik (ahli waris) qishash.⁷¹

Apabila mustahik qishash itu hanya seorang diri, dan ia memberikan pengampunan atau melakukan perdamaian maka perdamaian dan pengampunan itu hukumnya sah dan menimbulkan akibat hukum. Dengan demikian, pelaku bebas dari hukuman qishash. Apabila wali korban (mustahik qishash) menuntut kompensasi dengan diat, ia wajib membayar diat atas persetujuannya menurut Hanafiah dan Malikiyah, atau meskipun tanpa persetujuannya menurut syafi'iyah dan Hanabilah.⁷²

Apabila mustahik qishash terdiri dari beberapa orang, dan salah seorang dari mereka melakukan perdamaian atau memberikan pengampunan, hukuman qishash menjadi gugur, dan dengan demikian pelaku bebas dari hukuman qishash. Hal ini karena qishash itu merupakan satu kesatuan yang tidak bisa dibagi-bagi di antara ahli waris. Hanya saja untuk pembebasan ini, Malikiyah memberikan persyaratan orang yang melakukan perdamaian atau memberikan pengampunan itu sama derajatnya dengan ahli waris (mustahik) yang lain, atau lebih tinggi. Dengan demikian, apabila yang melakukan perdamaian atau memberikan pengampunan itu derajatnya kepada pelaku lebih rendah daripada mustahik yang lain maka perdamaian atau pemaafannya itu tidak berlaku, dan pelaku belum bebas dari hukumannya (qishash).⁷³

Apabila wali korban memberikan pengampunan, baik dari qishash maupun diat, pengampunan tersebut hukumnya sah, dan pelaku bebas dari qishash dan diat yang kedua-duanya merupakan hak adami (individu). Akan tetapi, oleh

⁷¹ Abdul al-Qadir Audah, II, *Op.Cit.*, hal.159. sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. 161.

⁷² Ahmad Wardi Muslich, *Op.Cit.*, hal. 162.

⁷³ Abd Ar-Rahman Al-Jazairi, *Al-Fiqh Ala Al-Madzahib al Al-Arba'ah*, juz V, Beirut: Dar Al-fikr, hal 266. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. 162.

karena di dalam hukum qishash itu terkandung dua hak, yaitu hak Allah (masyarakat) dan hak manusia (individu), penguasa (negara) masih berwenang untuk menjatuhkan hukuman ta'zir. Pendapat ini dikemukakan oleh Hanafiyah dan Malikiyah. Hukuman ta'zir menurut malikiyah adalah penjara selama satu tahun dan jilid (dera) sebanyak seratus kali. Akan tetapi menurut syafi'iyah, hanabilah, Ishak, dan Abu Tsaur, pelaku tidak perlu dikenakan hukuman ta'zir.⁷⁴

2.3 Prinsip-Prinsip Perdamaian (Ishlah) dalam Hukum Pidana Islam

Ishlah dalam Islam merupakan satu konsep utuh dalam penyelesaian suatu perkara. Secara mendasar prinsip-prinsip yang harus ada dalam proses islah antara lain adalah pertama, pengungkapan kebenaran, kedua, adanya para pihak yang meliputi pihak yang berkonflik yang dalam hal kejahatan harus ada korban dan pelaku, sedangkan pihak yang lain adalah mediator. Yang ketiga, islah merupakan proses sukarela tanpa paksaan, dan keempat adalah keseimbangan hak dan kewajiban.⁷⁵

a. Pengungkapan Kebenaran

Konflik terjadi karena kurangnya informasi atau perbedaan informasi yang didapatkan oleh beberapa pihak. Bermula dari sinilah kemudian terjadi kesalahpahaman dan dalam bertindak tidak didasarkan fakta yang benar-benar terjadi. Pengungkapan kebenaran merupakan satu prinsip yang tidak dapat ditinggalkan. Dalam surat Al-Hujurat ayat 6, yang merupakan satu rangkaian dengan masalah konflik dan islah, menyatakan dengan jelas bagaimana pentingnya suatu kebenaran harus diungkap agar tidak melakukan kedzaliman kepada kaum lain secara keliru.

“Hai orang-orang yang beriman, jika datang kepadamu orang fasik membawa suatu berita, maka periksalah dengan teliti agar kamu tidak menimpakan suatu musibah kepada suatu kaum tanpa mengetahui keadaannya yang menyebabkan kamu menyesal atas perbuatanmu itu.” (QS. Al-Hujurat:6).

⁷⁴ Ibn Rusyd Al-Qurtubi, *Bidayah Al-Mujtahid*, Juz II, Beirut: Dar Al-Fikr, hal 303. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. 162.

⁷⁵ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op.Cit.* hal. 301-301

Ayat tersebut di atas bukan hanya kewajiban untuk mendapatkan informasi yang benar, tetapi juga mengandung satu pesan kewaspadaan kepada para pihak untuk tidak mudah terprovokasi hanya karena informasi yang belum jelas kebenarannya, sehingga pengungkapan kebenaran sangat penting dan mutlak dalam menyelesaikan suatu konflik. Islah merupakan satu proses perdamaian dimana peran informasi yang benar sangat besar, yaitu dijadikan dasar untuk membuat satu kesepakatan oleh masing-masing pihak.⁷⁶

b. Para Pihak dalam Islah

Para pihak dalam islah atau perdamaian dapat diketahui dari ayat Al-Qur'an sebagai berikut :

“Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! Tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. Kalau dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil” (QS. Al-Hujurat:9)

Ayat di atas mengandung perintah kepada pihak ketiga untuk mendamaikan para pihak yang sedang berselisih. Selain itu juga perintah untuk melakukan penegakan dari hasil kesepakatan perdamaian, yaitu dengan memerangi pihak yang melanggar kesepakatan damai tersebut. Berdasarkan pemaknaan tersebut, maka ada dua pihak yang dapat diidentifikasi dalam sebuah proses islah, yaitu dua atau lebih pihak yang berselisih, dan satu pihak sebagai mediator atau *mushlih* (orang yang mendamaikan). Namun, bila melihat konteks surat Al-Hujurat Ayat 9 yang mengandung perintah kepada pihak ketiga, maka pada dasarnya mediator sangat penting, bahkan ketika berposisi sebagai pihak ketiga, menurut ayat tersebut, hukumnya wajib untuk mendamaikan.⁷⁷

c. Para Pihak yang Berkonflik

Islam mengatur bahwa perdamaian hanya dapat dilakukan oleh para pihak yang benar-benar memiliki kepentingan di dalamnya, para pihak yang benar-benar memiliki kepentingan di dalamnya, dalam hal terjadinya kejahatan, yaitu antara

⁷⁶ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op.Cit.* hal. 302.

⁷⁷ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op.Cit.* hal. 303.

pihak-pihak pelaku dan korban. Pelaku dan korban dalam proses perdamaian ini menjadi mutlak adanya. Hal ini dikarenakan islah adalah satu proses kesepakatan antar pihak untuk mendapatkan satu kesepakatan sehingga tidak lagi terjadi konflik berkepanjangan. Oleh karena itulah, adanya korban dan pelaku adalah mutlak. Keberadaan pelaku dan korban secara rinci juga ada syarat dan ketentuan khusus sebagai berikut :

- Korban

Korban dalam konteks hukum islam adalah korban secara langsung, yaitu orang yang mendapat perlakuan kejahatan dari pelaku dan menderita kerugian. Hal ini jelas ditarrangkan dalam Al-Qur'an surat Al-Maidah: 45,

“Dan kami telah tetapkan terhadap ereka di dalamnya (At Taurat) bahwasannya jiwa (dibalas) dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi dengan gigi, dan luka-luka (pun) ada kisasnya. Barangsiapa yang melepaskan (hak kisas) nya, maka melepaskan hak itu (menjadi) penebus dosa baginya”.

Dalam ayat tersebut jelas, bahwa orang yang menderita secara langsung itulah yang memiliki hak untuk menuntut atau tidak. Ketika kejahatan yang terjadi berupa pembunuhan, maka korban yang paling dekat yaitu ahli warislah yang memiliki hak untuk melakukan islah. Pendapat ini dikuatkan dengan hadis yang diriwayatkan oleh Ibnu majah, “*Barang siapa yang membunuh orang lain dengan sengaja, maka ia harus membayar kompensasi kepada wali korban.*” “Ketentuan ini harus jelas karena islah merupakan hak, sehingga hanya orang yang benar-benar berhaklah yang dapat melakukan islah tersebut.⁷⁸

Sebagaimana definisi kejahatan *hudud* adalah kejahatan yang memiliki dampak dalam skala publik yang dinyatakan sebagai hak Allah. Dalam proses islah, hanya korban secara langsung lah yang memiliki hak untuk melakukan islah, karena korban dalam kerangka publik hanya memiliki hak mendapat kedamaian dan bebas dari rasa takut dan juga adanya jaminan keamanan. Dan bebas dari rasa takut dan juga adanya jaminan keamanan. Sedangkan islah berarti selesainya perkara dengan damai, yang artinya telah ada penginsafan baik dari pelaku maupun korban yang juga berdampak secara publik berupa hilangnya ketakutan

⁷⁸ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op.Cit.* hal. 304.

adanya kejahatan tersebut, dan berarti pula pulihnya kembali kedamaian dalam masyarakat. Selain sebagai korban langsung, korban yang dapat melakukan islah juga disyaratkan harus dalam keadaan dapat bertanggung jawab dalam perbuatannya, yaitu bahwa dia sudah dewasa, tidak dalam keadaan gila, atau dalam keadaan mabuk, atau dalam keadaan tertekan atau terpaksa.⁷⁹

- Pelaku

Pelaku dalam islah harus pelaku yang bertanggung jawab secara pribadi dalam kejahatan yang telah dilakukannya, yaitu orang yang jika tidak ada islah maka dialah yang akan mendapat hukuman sesuai ketentuan. Dalam islah tidak diperkenankan ada perwakilan bagi pelaku oleh pihak lain. Pelaku sebagai pihak dalam islah ini adalah orang yang telah jelas sebagai pelaku kejahatan yang menyebabkan kerugian pada pihak korban, yang berarti pula harus ada pembuktian atau pengungkapan kebenaran terlebih dahulu untuk menentukan pelaku yang sebenarnya. Selain ketentuan perlu adanya pengungkapan pelaku sebenarnya, juga tersirat dengan jelas bahwa pelaku yang dapat menjadi pihak dalam islah adalah yang dapat mempertanggungjawabkan perbuatan kejahatannya tersebut. Dengan kata lain, dia bukan seorang anak yang belum baligh, tidak dalam keadaan mabuk, gila atau terpaksa (cakap hukum).⁸⁰

d. Mediator

Dasar yang paling tepat untuk melandasi hal ini adalah sebagaimana yang dipaparkan dalam Al-Qur'an bahwa Allah memerintahkan untuk mendamaikan sebagaimana dalam surat Al-Hujurat ayat 9. Perselisihan dalam ayat tersebut dapat dimaknai secara luas, bahwa dalam setiap perkara atau perselisihan harus ada pihak yang menengahi sebagai hakim. Begitu juga dalam islah, untuk menjembatani kepentingan korban dan pelaku dalam proses islah dapat diadakan mediator. Bahkan jika dikaji lebih jauh, maka hukum adanya mediator mendekati wajib, karena secara langsung diperintahkan dalam bentuk amar. Mediator disini adalah pihak yang secara independen tanpa memihak kedua belah pihak untuk membantu penyelesaian sengketa secara aktif. Dalam proses islah

⁷⁹ Ahmad Djazuli, *Fiqh Jinayah*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta 2000, hal. 168.

⁸⁰ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op.Cit.* hal 306.

tidak mendapat porsi pembahasan yang jelas, tidak ada yang mengharuskan dan tidak ada pula yang melarang, sehingga posisi mediator dalam proses islah dapat dikatakan kondisional. Jika dalam proses islah diawatirkan akan terjadi hal-hal yang tidak diinginkan, seperti adanya tekanan-tekanan baik itu dari pelaku maupun korban, maka mediator menjadi suatu yang penting. Jadi ada tidaknya mediator ditentukan berdasar asa *mashlahah*.⁸¹

Pihak yang bisa berperan sebagai mediator dalam islah pun tidak dibatasi apakah ia adalah per orang, atau lembaga. Hal ini tampak pada ayat berikut:

“Orang-orang beriman itu sesungguhnya bersaudara, sebab itu damaikanlah (perbaikilah hubungan) antara kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah, supaya kamu mendapat rahmat”. (QS. Al-Hujurat:10).

Dari ayat tersebut jelas, bahwa setiap orang beriman adalah dapat menjadi mediator yang mendamaikan kedua belah pihak yang berkoflik. Ketika kemudian dalam Al-Hujurat ayat 9 ada perintah lanjutan untuk memerangi pihak yang tidak menepati hasil perdamaian, maka seharusnya yang menjadi mediator adalah pihak yang memiliki otoritas untuk membuat kebijakan publik. Dalam hal ini pemerintah sangat relevan untuk berperan menjadi mediator, karena memiliki wewenang yang besar dalam bertindak aktif dalam mewujudkan ketertiban. Dengan kata lain, islah mestinya harus dimediasi oleh hakim, karena jika tidak, maka tidak memiliki daya pengikat dalam implementasi keputusan bersamanantinya. Islah pada dasarnya adalah satu proses peradilan, bukan satu sistem di luar peradilan. Sementara itu, Saamikh as Sayyid Jaad, sebagaimana dikutip oleh Abdul Kholiq, mengungkapkan enam syarat dalam proses *al islah wal'afwu* “*anil* “*uqubah* yang dalam masyarakat umum dikenal sebagai rekonsiliasi. Syarat yang terakhir adalah harus adanya legitimasi berupa putusan pengadilan agar *executable*.⁸² Dengan kata lain, hakim adalah sebagai pihak yang

⁸¹ Adi Sulityono, *Mengembangkan Paradigma NonLitigasi di Indonesia*, Surakarta: UNS Press, 2006, hal 401.

⁸² Enam Syarat yang diajukan oleh Saamikh Sayyid Jaad, yaitu: 1) pengampunan diberikan oleh pihak yang memang berhak, 2) pihak yang memberikan pengampunan harus cakap hukum (“*aqil* dan *baligh*), 3) pengampunan tidak boleh atas dasar paksaan, 4) pengampunan harus dengan kata-kata atau kalimat yang *shorih* (jelas), 5) pengampunan diikuti pemberian ganti rugi (diyat) oleh pelaku kepada korban atau whli warisnya, dan 6) pengampunan harus dilegitimasi

menguatkan saja atas hasil perdamaian yang dilakukan para pihak sehingga dapat dipaksakan dalam implementasinya.

Berdasarkan uraian di atas, mediator dalam pelaksanaan perdamaian sesungguhnya tidak dibatasi oleh satu lembaga atau per orang, melainkan siapa saja dan lembaga apa saja dapat menjadi mediator, tentunya dengan ketentuan-ketentuan seperti tidak memihak kepada salah satu pihak yang berselisih. Keberadaan hakim adalah dapat sebagai mediator atau hanya sebatas legitimator hasil kesepakatan agar pelaksanaan hasil kesepakatan dapat dipaksakan atau executable. Dengan demikian mediator dalam islah adalah dapat dilakukan siapa pun dan bahkan tidak menutup kemungkinan bagi pengadilan atau penguasa.⁸³

e. Ishlah Merupakan Proses Timbal Balik

Prinsip ini merupakan satu kemutlakan, karena akan menentukan keabsahan dari proses islah itu sendiri. Ishlah merupakan kesepakatan dua belah pihak tanpa paksaan, tapi bukan berarti inisiatif untuk melakukan islah harus dari kedua belah pihak. Inisiatif dapat muncul dari salah satu pihak dan dapat juga dari pihak ketiga yang berusaha meng-islahkan. Yang jelas, ketika sudah dalam forum islah, maka sifatnya sudah suka rela dan tanpa paksaan.⁸⁴ Sebagaimana dijelaskan di atas bahwa pihak-pihak yang berada dalam kondisi tertekan di bawah ancaman maka tidak ada efek hukum yang atas apa yang dilakukannya, karena pada dasarnya perbuatannya itu bukan kehendak murni dari dirinya. Meskipun pada proses islah terjadi permaafan sepihak dari korban, proses islah tetap bersifat timbal balik dalam arti tidak ada yang merasa dirugikan. Quraish Shihab

oleh putusan pengadilan agar executable. Lihat dalam M. Abdul Khliq, "Impunitas Kejahatan Masa Silam (Sebuah telaah Menurut Perspektif Hukum Pidana Islam)", Pointer diskusi disampaikan pada forum diskusi Bedah Buku Berjudul Menolak Impunitas, diselenggarakan oleh LEM FH UII, pada tanggal 27 Februari 2006, hal 5. Sebagaimana dikutip dalam Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op. Cit* hal. 307.

⁸³ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op. Cit*. hal. 308.

⁸⁴ Alasan inilah yang kemudian dijadikan dipahami bahwa islah sangat bersifat privat atau individual, sehingga tidak dapat dijadikan satu solusi penyelesaian kejahatan HAM yang jelas-jelas bersifat pidana yang artinya menjadi hak publik, dalam hal ini negara. A. yani Wahid, "Ishlah, resolusi konflik untuk rekonsiliasi", Kompas, 16 Maret 2001.

menyatakan, bahwa proses memberi maaf akan selalu dibenarkan dan dimuliakan dengan pertimbangan apapun.⁸⁵

Adapun dasar lain mengenai inisiatif melakukan islah, yaitu pada ayat sebagai berikut:

“Maka bagaimanakah halnya apabila mereka (orang-orang munafik) ditimpa sesuatu musibah disebabkan perbuatan tangan mereka sendiri, kemudian mereka datang kepadamu sambil bersumpah: “Demi Allah, kami sekali-kali tidak menghendaki selain penyelesaian yang baik dan perdamaian yang sempurna”. (QS. An-Nisa : 62).

“Mereka itu adalah orang-orang yang Allah mengetahui apa yang di dalam hati mereka. Karena itu berpalinglahkamu dari mereka, dan berilah mereka pelajaran, dan katakanlah kepada mereka perkataan yang berbekas pada jiwa mereka.” (QS. An-Nisa: 63).

Berdasarkan pada dua ayat tersebut di atas, jelas bahwa proses perdamaian dapat diinisiatifkan oleh siapa pun, apakah dari korban, pelaku ataukah pihak ketiga. Dalam implementasinya, proses ini dapat ditolak oleh salah satu pihak sehingga ketika sudah menerima proses islah atau perdamaian ini, benar-benar merupakan pilihan bebasnya, tidak ada paksaan dan tekanan.⁸⁶

f. Keseimbangan Hak dan Kewajiban dalam Islam

Ishlah merupakan proses mencari penyelesaian antara dua pihak yang didalamnya terdapat muatan hak dan kewajiban yang seimbang. Dalam surat Al-Hujurat ayat 9, jelas dinyatakan bahwa islah harus diselesaikan atau dilaksanakan dengan adil, dalam arti kesepakatan yang *diambil* bersama tidak merugikan salah satu piha. Ini menunjukkan bahwa dalam islah konsistensi keseimbangan npara pihak sangat penting eksistensinya. Karena sifatnya konflik, maka masing-masing memiliki versi kebenaran sehingga islah akan menyatukan pandangan mereka dalam satu kerangka bersama sehingga dapat selesai tidak berkepanjangan.

Dalam hal suatu kejahatan dilakukan islah dengan cara kesepakatan pemaafan, maka harus ada proporsionalitas antara hak dan kewajiban yang harus dijalankan. Menurut Qurais Shihab, adanya aturan mengenai pemaafan adalah keringanan dari Tuhan agar tidak timbul dendam atau pembunuhan beruntun, dan

⁸⁵ M. Quarish Shihab, *Tafsir Al-Mishbah; Pesan, Kesan dan Kreasi Al-Qur'an*, Volume 1, Cet. Kedua, Lentera Hati, Jakarta, 2004, hal 393.

⁸⁶ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op.Cit.* hal. 308.

hal ini juga merupakan rahmat dari Allah bagi keluarga korban atau pelaku sekaligus. Bagi korban dilarang menuntut berlebih yang di luar kemampuan pelaku, pelaku pun dilarang menunda-nunda pembayaran ganti rugi atau mengurangi dari ganti rugi atau tebusan yang telah ditetapkan.⁸⁷ Islam mengingatkan bahwa dalam konteks masyarakat, dalam menyelesaikan suatu persoalan yang timbul dalam masyarakat hendaknya dengan konsep keadilan sosial juga, yaitu dengan meletakkan suatu pada tempatnya, artinya menggunakan asas proporsionalitas. Memafkan yang bersalah dan memberikan bantuan kepada pemalas, disebut sebagai menggoyahkan sendi-sendi kehidupan masyarakat, karena hal itu sudah melebihi keadilan sosial itu.⁸⁸ Relevansinya dalam pembahasan ini adalah bahwa maaf tidak begitu saja dapat dijadikan satu metode ishlah, harus sangat selektif agar tidak melampaui nilai keadilan yang itu menggoyahkan sendi kemasyarakatan, dan hanya akan kontraproduktif terhadap pencapaian perdamaian itu sendiri. Dalam hukum pidana Islam memberikan satu solusi dua arah yang seimbang dalam hal ishlah, dengan satu tujuan perdamaian yang sejati, yaitu hilangnya beban dosa bagi pelaku, dan hilangnya rasa derita dan dendam korban. Ishlah merupakan perintah dari Allah yang harus diusahakan secara adil sebagai rahmat dari Allah SWT, yang mencintai perdamaian.

2.4 Kategori Tindak Pidana yang dapat dilaksanakan Perdamaian

Dari kategorisasi tindak pidana dalam hukum pidana Islam yang dapat dilakukannya perdamaian adalah qishash. Ia jatuh pada posisi tengah antara kejahatan hudud dan ta'zir dalam hal beratnya. Kejahatan terhadap tubuh manusia sengaja atau tidak sengaja. Ia terdiri dari apa yang dikenal dalam hukum pidana modern sebagai kejahatan terhadap manusia/ *crimes againts persons* yaitu Pembunuhan sengaja, Pembunuhan menyerupai (semi) sengaja, Pembunuhan karena kesalahan, Penganiayaan. Hal ini yang akan penulis akan penulis analisis mengenai prospek perdamaiannya dalam sistem peradilan pidana di Indonesia yang selama ini tindak pidana tersebut dikategorikan tindak pidana yang tidak ada

⁸⁷ M. Quraish Shihab, *Tafsir Al Mishbah, Op.Cit.* hal 393

⁸⁸ M. Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur'an Tafsir Maudhu'I Atas Pelbagai Persoalan Umat*, Bandung: Mizan Cet.XI, hal 124-127.

upaya perdamaian antara pelaku dan korban karena terbentur akan perundang-undangan yang ada.

Dalam sebuah hadist Abu Syurairh, Rasulullah bersabda: “ Barangsiapa ditimpa musibah dengan tertumpahnya darah atau luka, maka ia boleh memilih diantara tiga kemungkinan yaitu qishash, mengambil denda (diat) atau memafkan”. Daalam hadist lain dari Abu Hurairah, Rasulullah bersabda: “ Barangsiapa (keluarganya) ada yang terbunuh, maka ia boleh memilih salah satu dari dua pilihan yaitu mengambil diat sebagai ganti kerugian atau menuntut qishash”.⁸⁹

2.4.1. Pembunuhan Sengaja

Dari beberapa sumber di atas dapat dipahami bahwa terhadap jarimah pembunuhan sengaja, pelaku dijatuhi pidana qishash yaitu dibunuh kembali. Ancaman qishash ini dapat digugurkan atau diganti dengan diat (ganti kerugian) manakala pihak keluarga korban dan pelaku melakukan perdamaian atau memberikan maaf. Perdamaian tersebut dimaksudkan sebagai upaya memberikan kesempatan untuk bertaubat dan meminta ampunan Allah dan diharapkan di masa yang akan datang tidak mengulangi perbuatan serupa.

Bahwa unsur-unsur pembunuhan sengaja itu ada tiga macam, yaitu sebagai berikut:

1) Korban yang Dibunuh adalah Manusia yang Hidup

Salah satu unsur dari pembunuhan sengaja adalah korban harus berupa manusia yang hidup. Dengan demikian apabila korban bukan manusia atau manusia tetapi ia sudah meninggal lebih dahulu maka pelaku bisa dibebaskan hukuman qishash atau dari hukuman-hukuman yang lain. Akan tetapi, apabila korban dibunuh dalam keadaan sekarat maka pelaku dapat dikenakan hukuman, karena orang yang sedang sekarat termasuk masih hidup.

2) Kematian adalah Hasil dari Perbuatan Pelaku

⁸⁹ Chaerudin dan Syarif Fadilah, *Korban Kejahatan dalam Perspektif Viktimologi & Hukum Pidana Islam*, Jakarta: Grhadika Press, cet. 1, 2004, hal. 124-125.

Antara perbuatan dan kematian terdapat hubungan sebab akibat. Yaitu bahwa kematian yang terjadi merupakan akibat dari perbuatanyang dilakukan oleh pelaku. Apabila hubungan tersebut terputus, artinya kematian disebabkan oleh hal lain, maka pelaku tidak dianggap sebagai pembunuh sengaja.

Jenis perbuatan yang dilakukan oleh pelaku bisa bermacam-macam, seperti pemukulan, penembakan, penusukn, pembakaran, peracunan dan sebagainya. Sedangkan alata yang digunakan adalah alat yang pada umumnya mematikan. Akan tetapi menurut Imam Malik, setiap alat dn cara apa saja yang mengakibatkan kematian, dianggap sebagai pembunuhan sengaja apabila perbuatannya dilakukan dengan sengaja.

3) *Pelaku tersebut menghendaki Terjadinya Kematian*

Pembunuhan dianggap sebagai pembunuhan sengaja apabila dalam diri pelaku terdapat niat untuk membunuh korban, bukan hanya kesengajaan dalam perbuatannya saja. Niat untuk emebunuh inilah yang membedakan antara pembunuhan sengaja dengan pembunuhan menyerupai sengaja.⁹⁰

2.4.2. Pembunuhan Menyerupai (Semi) Sengaja

Berbeda halnya dengan pembunuhan sengaja, dalam pembunuhan menyerupai (semi) sengaja (*qoth'ul syhibhul-'amd*) menurut Hanafiyah seperti dikutip oleh Abdul Qadir Audah adalah pembunuhan dimana pelaku sengaja memukul korban dengan tongkat, cambuk, batu, tangan atau benda lain yang mengakibatkan kematian.⁹¹ Menurut definisi pembunuhan menyerupai sengaja memiliki dua unsur, yaitu unsur kesengajaan dan unsur kekeliruan. Unsur kesengajaan terlihat dalam kesengajaan berbuat berupa perbuatan dan unsur kekeliruan terlihat dalam ketiadaan niat membunuh. Dengan demikian, pembunuhan tersebut menyerupai sengaja karena adanya kesengajaan dalam berbuat. Menurut syafi'iyah seperti juga dikutip oleh Abdul Qadir Audah, pengertianpembunuhan menyerupai sengaja adalah suatu pembunuhan dimana pelaku sengaja dalam perbuatan, tetapi keliru dalam pembunuhan. Sedangkan

⁹⁰ Ahmad Wardi Muslich, *Op., Cit.* hal. 140-141.

⁹¹ Abd. Al-Qadir Audah, II, *Op.Cit.*, hal 93. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Op.,Cit*, hal. 143.

menurut Hanabilah pembunuhan menyerupai sengaja adalah sengaja dalam melakukan perbuatan yang dilarang, dengan alat yang ada pada galibnya tidak akan mematikan, namun kenyataannya korban mati karenanya.⁹²

Dari definisi yang telah dikemukakan di atas, dapat diambil intisari bahwa dalam pembunuhan menyerupai sengaja, perbuatan memang dilakukan dengan sengaja, tetapi tidak ada niat dalam diri pelaku untuk membunuh korban. Sebagai bukti tentang tidak adanya niat membunuh tersebut dapat dilihat dari alat yang digunakan. Apabila alat tersebut pada umumnya tidak akan mematikan seperti tongkat, ranting kayu, batu krikil, atau sapu lidi maka pembunuhan yang terjadi termasuk pembunuhan menyerupai sengaja. Akan tetapi, jika alat yang digunakan untuk membunuh pada umumnya mematikan, seperti senjata api, senjata tajam, atau racun maka pembunuhan tersebut termasuk pembunuhan sengaja.

Bahwa unsur-unsur pembunuhan menyerupai sengaja itu ada tiga macam.

1) *Adanya Perbuatan dari Pelaku yang Mengakibatkan Kematian*

Untuk terpenuhinya unsure ini, disyaratkan bahwa pelaku melakukan perbuatan yang mengakibatkan kematian korban, baik berupa pemukulan, pelukaan atau lainnya. Adapun alat atau cara yang digunakan tidak tertentu. Artinya kadang-kadang bisa saja tanpa menggunakan alat, seperti kayu, rotan, tongkat batu, atau cambuk. Di samping itu, disyaratkan perbuatan yang dilakukan adalah perbuatan yang dilarang. Apabila perbuatannya bukan perbuatan yang dilarang, yaitu mubah maka pembunuhnya bukan menyerupai sengaja melainkan termasuk pembunuhan karena kesalahan

2) *Adanya Kesengajaan dalam Melakukan Perbuatan*

Dalam pembunuhan menyerupai sengaja disyaratkan adanya kesengajaan dari pelaku untuk melakukan perbuatan yang kemudian mengakibatkan matinya korban, tetapi bukan kesengajaan membunuh. Di sinilah letak perbedaan antara pembunuhan sengaja dengan pembunuhan menyerupai sengaja. Dalam pembunuhan sengaja, niat untuk membunuh korban merupakan unsure yang sangat penting, sementara dalam pembunuhan menyerupai sengaja, niat untuk

⁹² Abd. Al-Qadir Audah, II, *Op.Cit.*, hal. 94 Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Op.,Cit*, hal. 143.

membunuh korban tidak ada. Akan tetapi, karena niat inidalam hati dan tidak dapat dilihat oleh mata maka indikatornya adalah alat yang digunakan untuk membunuh korban.

3) *Kematian adalah Akibat Perbuatan Pelaku*

Antara perbuatan pelaku dan kematian korban terdapat hubungan sebab akibat. Yaitu bahwa kematian yang terjadi merupakan akibat dari perbuatan yang dilakukan oleh pelaku. Apabila hubungan tersebut terputus, artinya kematian disebabkan oleh hal lain, pelaku tidak dianggap sebagai pembunuh, melainkan hanya sebagai pelaku pemukulan atau pelukaan.⁹³

2.4.3 Pembunuhan karena kesalahan (kealpaan)

Pembunuhan karena kesalahan sebagaimana dikemukakan oleh Sayid Sabiq adalah apabila seorang mukalaf melakukan perbuatan yang dibolehkan untuk dikerjakan, seperti menembak binatang buruan atau membidik suatu sasaran, tetapi kemudian mengenai orang yang dijamin keselamatannya dan membunuhnya.⁹⁴ Sedangkan Wahbah Zuhaili definisi pembunuhan karena kesalahan adalah pembunuhan yang terjadi tanpa maksud melawan hukum, baik dalam perbuatannya maupun objeknya.⁹⁵

Dari definisi yang dikemukakan di atas, dapat diambil intisari bahwa dalam pembunuhan karena kesalahan, sama sekali tidak ada unsur kesengajaan untuk melakukan perbuatan yang dilarang, dan tindak pidana pembunuhan terjadi karena kurang hati-hati atau karena kelalaian dan pelaku. Perbuatan yang sengajadilakukan sebenarnya adalah perbuatan mubah, tetapi karena kelalaian pelaku, dari perbuatan mubah tersebut timbul suatu akibat yang dikategorikan sebagai tmdak pidana. Dalam hal ini pelaku tetap dipersalahkan, karena ia lalai atau kurang hati-hati sehingga mengakibatkan bilanganya nyawa orang lain.

Kekeliruan dalam pembunuhan itu ada dua macam, yaitu :

⁹³ Ahmad Wardi Muslich, *Op.,Cit*, hal. 142-143.

⁹⁴ Sayid Sabiq, *Op.,Cit*, hal. 438. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Op.,Cit*, hal. 143.

⁹⁵ Wahbah Zuhaili, VI, *Op.Cit.*, hal. 223. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Op.,Cit*, hal. 143.

- 1) pembunuhan karena kekeliruan semata-mata
- 2) pembunuhan yang disamakan/dikategorikan dengan kekeliruan

Pembunuhan karena kekeliruan semata, didefinisikan oleh Abdul Qadir adalah sebagai berikut :

*Pembunuhan karena kekeliruan semata-mata adalah suatu pembunuhan di mana pelaku sengaja melakukan suatu perbuatan, tetapi tidak ada maksud untuk mengenai orang, melainkan terjadi kekeliruan, baik dalam perbuatannya maupun dalam dugaannya*⁹⁶.

Pembunuhan yang dikategorikan kepada kekeliruan adalah sebagai berikut:

*Suatu pembunuhan di mana pelaku tidak mempunyai maksud untuk melakukan perbuatan dan tidak menghendaki akibatnya.*⁹⁷

Dalam kekeliruan macam yang pertama, pelaku sadar dalam melakukan perbuatannya, tetapi ia tidak mempunyai niat untuk mencelakai orang (korban). Dalam kekeliruan macam yang kedua, pelaku sama sekali tidak menyadari perbuatannya dan tidak ada niat untuk mencelakai orang, tetapi karena kelalaian dan kurang hati-hatinya, perbuatannya itu mengakibatkan hilangnya nyawa orang lain. Oleh karena itu, pelaku tetap dibebani pertanggungjawaban pidana karena kurang hati-hatinya atau karena kelalaiannya. Contoh kekeliruan yang pertama adalah seorang pemburu yang menembak sasarannya berupa kijang, tetapi pelurunya menyimpang mengenai orang dan membunuhnya. Atau seperti seorang pemburu melihat yang bergerak di balik semak-semak dan ia menyangka sebagai kijang atau binatang buruan yang lain, kemudian ia menembaknya tanpa berpikir panjang lagi. Setelah di periksa ternyata yang ditembaknya itu adalah manusia yang mati akibat tembaknya. Contoh kekeliruan macam yang kedua adalah seperti seseorang yang menggali parit di tengah jalan dengan tidak diberi rambu-rambu dan akibatnya pada malam hari seorang pengendara motor terjatuh dan kemudian ia meninggal dunia.⁹⁸

⁹⁶ Abd Al-Qadir Audah II, *Op.cit.*, hal 104. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Op., Cit*, hal. 144.

⁹⁷ Ibid

⁹⁸ Ibid

Para fuqaha menetapkan dua kaidah untuk menentukan apakah pelaku tindak pidana karena kesalahan dibebani pertanggungjawaban atau tidak. Dua kaidah tersebut adalah sebagai berikut.

- 1) Setiap perbuatan yang mebibungkan kerugian kepada pihak lain dikenakan pertanggung jawaban atas pelakunya apabila kerugian tersebut dapat dihindari dengan jalan hati-hati dan tidak lalai. Apabila kerugian tersebut tidak mungkin dihindari secara mutlak, pelaku perbuatan itu tidak dibebani pertanggungjawaban. Sebagai contoh dapat dikemukakan, seseorang yang mengendarai mobil di jalan umum, kemudian ia menabrak orang sehingga mati maka ia dikenakan pertanggungjawaban, karena ia bisa hati-hati, dan kemungkinan menghindari akibat tersebut masih bisa, tetapi ia tidak melakukannya. Akan tetapi, jika seseorang mengendarai mobil dan debunya yang terbang karena angin yang ditimbulkan oleh lanjutnya kendaraan tersebut mengenai mata orang yang lewat, sampai mengakibatkan buta maka pengendara tersebut tidak dibebani pertanggungjawaban, karena menghindari debu dari kendaraan yang berjalan, sulit dilakukan oleh pengendara itu.
- 2) Apabila suatu perbuatan tidak dibenarkan oleh syara' dan dilakukan tanpa darurat yang mendesak, hal itu merupakan perbuatan yang melampaui batas tanpa darurat (alasan), dan akibat yang timbul daripadanya dikenakan pertanggungjawaban bagi pelakunya, baik akibat tersebut mungkin bisa dihindari atau tidak. Sebagai contoh dapat dikemukakan, apabila seseorang memarkir kendaraan di pinggir (bahu) jalan yang disana terdapat larangan parkir, dan akibatnya jalan tersebut menjadi sempit, sehingga terjadilah tabrakan antara kendaraan yang lewat dan di antara penumpang ada yang mati maka pemilik kendaraan yang diparkir di tempat tersebut yang dikenakan pertanggungjawaban, karena perbuatannya memarkir kendaraan di tempat tersebut tidak dibenarkan oleh peraturan yang berlaku.⁹⁹

⁹⁹ Abd Al-Qadir Audah II, *Op.cit.*, hal 105-106 Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Op.,Cit*, hal. 145.

Unsur pembunuhan karena kesalahan, sebagaimana dikemukakan oleh Abdul Qadir Audah, ada tiga bagian

- 1) Adanya perbuatan yang mengakibatkan matinya korban.
- 2) Perbuatan tersebut terjadi karena kesalahan (kelalaian) pelaku.
- 3) Antara perbuatan kekeliruan dan kematian korban terdapat hubungan sebab-akibat.¹⁰⁰

2.4.4. Tindak Pidana Penganiayaan

Tindak pidana atas selain jiwa atau yang dikenal dalam hukum positif adalah penganiayaan adalah setiap perbuatan menyakiti orang lain yang mengenai badannya, tetapi tidak sampai menghilangkan nyawanya.¹⁰¹ Pengertian ini sejalan dengan definisi yang dikemukakan oleh Wahbah Zuhaili, bahwa tindak pidana atas selain jiwa adalah setiap tindakan melawan hukum atas badan manusia, baik berupa pemotongan anggota badan, pelukaan, maupun pemukulan, sedangkan jiwa atau nyawa dan hidupnya masih tetap tidak terganggu.¹⁰²

Unsur dari tindak pidana atas selain jiwa, seperti yang dikemukakan dalam definisi di atas adalah perbuatan menyakiti. Dengan demikian yang termasuk dalam pengertian, perbuatan menyakiti, setiap jenis pelanggaran yang bersifat menyakiti atau merusak anggota badan manusia, seperti pelukaan, pemukulan, pencekikan, pemotongan, dan penempelangan. Oleh karena sasaran tindak pidana adalah badan atau jasmani manusia maka perbuatan yang menyakiti perasaan (penghinaan atau fitnah) orang tidak termasuk dalam definisi di atas, karena bukan jasmani dan sifatnya abstrak, tidak konkret.

Dari uraian bab ini dapat dilihat bahwa hukum pidana Islam mempunyai cara tersendiri dalam menyelesaikan persoalan yang ada di masyarakat khususnya permasalahan pidana. Tindak pidana dalam hukum pidana Islam yang dapat dilakukannya perdamaian adalah qishash yaitu kejahatan terhadap tubuh manusia sengaja atau tidak sengaja. Ia terdiri dari apa yang dikenal dalam hukum pidana

¹⁰⁰ Abd Al-Qadir Audah II, *Op.cit.*, hal 108 Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Op.,Cit*, hal. 146.

¹⁰¹ Abd Al-Qadir Audah, *At-Tasyri' Al-Jinaiy Al-Islamiy, Juz II*, Dar Al-Kitab Al-A'rabi, Beirut, tanpa tahun, hal. 204. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Op.,Cit*, hal. 179

¹⁰² Wabhab Zuhaili, *Al-Fiqh Al-Islami wa Adillatuhu*, Juz VI, Dar Al-Fikr, Damaskus, 1989, hal. 331. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Op.,Cit*, hal. 179.

modern sebagai kejahatan terhadap manusia/ *crimes againts persons*. Bahwa setiap permasalahan pidana tidak harus berakhir dengan pidana penjara yang sebenarnya pelaku, korban dan masyarakat telah menyelesaikan masalahnya dengan cara musyawarah mufakat sehingga menghasilkan perdamaian. Hal ini penting mengingat perdamaian merupakan upaya penal yang dikenal dengan istilah *restorative justice* dapat menjadi prospek penyelesaian perkara dalam upaya kebijakan penanggulangan kejahatan. Mengenai pembahasan *restorative justice* akan dibahas oleh penulis pada bab III.



BAB III

PERDAMAIAN DALAM RESTORATIVE JUSTICE

Dalam bab II terdahulu telah dipaparkan perdamaian dalam hukum pidana Islam sebagai suatu paradigma dalam penanganan suatu perkara pidana. Meskipun ishlah (perdamaian) hanya terbatas pada tindak pidana qishash yang merupakan kejahatan terhadap manusia/ *crimes againts persons*. Hal ini memiliki kemiripan dengan penyelesaian perkara pidana yang akan dibahas selanjutnya dalam bab III yaitu restorative justice.

Paparan berikut dalam bab III ini, penulis akan menguraikan tentang pengertian restorative justice, pengertian perdamaian dan prinsip-prinsip dalam perdamaian, mediasi sebagai pilihan penyelesaian sengketa pidana, Dari Keadilan Retributif dan Restitutif Menuju Restorative Justice (keadilan restoratif), keadilan restoratif sebagai alternatif peradilan pidana.

3.1 Pengertian Restorative Justice

Konsep Restorative Justice sebenarnya telah lama dipraktikkan masyarakat adat Indonesia, seperti di Papua, Bali, Toraja, Minangkabau, dan Komunitas tradisional lain yang masih kuat memegang kebudayaan. Apabila terjadi suatu tindak pidana oleh seseorang, penyelesaian sengketa diselesaikan di komunitas adat secara internal tanpa melibatkan aparat negara. Ukuran keadilan bukan berdasarkan keadilan retributif berupa balas dendam (*an eye for an eye*) atau hukuman penjara, namun berdasarkan keinsyafan dan pemaafan (keadilan restoratif). Walaupun perbuatan pidana umum yang ditangani masyarakat sendiri bertentangan dengan hukum positif, terbukti mekanisme ini telah berhasil menjaga harmoni di tengah masyarakat. Keterlibatan aparat penegak hukum negara sering kali justru mempersulit dan memperuncing masalah.¹⁰³

¹⁰³ DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, Depok: Indie Publishing, cet-1, 2011.hal. 4.

Konvensi negara-negara di dunia tersebut mencerminkan paradigma baru untuk menghindari peradilan pidana. *Restorative justice* (selanjutnya diterjemahkan menjadi keadilan restoratif) adalah alternatif yang populer di berbagai belahan dunia untuk penanganan pelaku tindak pidana yang bermasalah dengan hukum karena menawarkan solusi yang komprehensif dan efektif.¹⁰⁴ Keadilan restoratif bertujuan untuk memberdayakan para korban, pelaku, keluarga, dan masyarakat untuk memperbaiki suatu perusakan melawan hukum, dengan menggunakan kesadaran dan keinsafan sebagai landasan untuk memperbaiki kehidupan bermasyarakat.¹⁰⁵

Wright¹⁰⁶ menjelaskan bahwa konsep keadilan restoratif pada dasarnya sederhana. 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 bertanggung jawab dengan bantuan keluarga dan masyarakat bila diperlukan. Kesamaan keadilan restoratif dengan mekanisme lokal (adat) merupakan sebuah keuntungan karena lebih bisa diterima dan dipraktikkan oleh masyarakat luas. Selain itu ada beberapa keuntungan lain dalam menerapkan keadilan restoratif yaitu:¹⁰⁷

1. Keadilan restoratif memfokuskan keadilan bagi korban sesuai keinginan dan kepentingan pribadi, bukan negara yang menentukan.
2. Menawarkan pemulihan bagi semua pihak yang terlibat.

¹⁰⁴ Gordon Bazemore dan Mara Schiff, *Juvenile Justice Reform and Restorative Justice: Building Theory and Policy from Practice*, Willan Publishing, Oregon, 2005, hal. 5. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 4.

¹⁰⁵ George Pavlich, "Towards and ethics of Restorative Justice", dalam *Restorative Justice and The Law*, ed Walgrave, L., Willan Publishing, Oregon, 2002, hal.1. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 4.

¹⁰⁶ Martin Wright, "Victim-Offender Mediation as a Step Towards a Restorative System of Justice", dalam *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim Offender Mediation International Research Perspectives*, eds Messmer, H dan Otto, H.U., Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, hal.525. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 4.

¹⁰⁷ Jim Consedine., *Restorative Justice: Healing the Effects of Crime*, Ploughshares Publications, Lyttelton, 1995, hal. 162-164. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 5.

3. Membuat pelaku bertanggung jawab terhadap kejahatan yang dilakukannya.

Mekanisme penyelesaian sengketa berdasarkan keadilan restoratif didasarkan pada musyawarah mufakat di mana para pihak diminta berkompromi untuk mencapai sebuah kesepakatan.¹⁰⁸ Setiap individu diminta untuk mengalah dan menempatkan kepentingan masyarakat di atas kepentingan pribadi demi menjaga keharmonisan bersama. Konsep musyawarah terbukti efektif untuk menyelesaikan sengketa dalam masyarakat di tengah kegagalan peran negara dan pengadilan dalam memberikan keadilan.¹⁰⁹ Terkadang masyarakat menganggap mereka akan mengalami kerugian lebih besar bila membawa sengketa mereka ke pengadilan. Karena itu, keberadaan musyawarah sebagai “*Local wisdom*” sangat vital untuk menjaga ketertiban umum. Musyawarah bisa dipakai untuk sebagai konsep dasar untuk penyelesaian sengketa di tengah masyarakat, baik bersifat privat maupun publik.¹¹⁰

Konsep musyawarah sesuai dengan Teori Hukum Pembangunan yang disampaikan oleh Pakar hukum Indonesia, Mochtar Kusumaatmadja, yang diadopsi dari konsep hukum yang digagas oleh Roscoe Pond yaitu “*Law as a tool of social engineering*” (Hukum sebagai alat rekayasa sosial).¹¹¹ Musyawarah sebagai dasar penyelesaian sengketa yang digunakan oleh masyarakat sehari-hari adalah alat efektif untuk menjaga keteraturan dan ketertiban umum dan efektif dalam menangani permasalahan peradilan pidana.

¹⁰⁸ Stephen Benton dan Bernadette Setiadi, “Mediation and Conflict Management in Indonesia”, dalam *Conflict Management in the Asia Pacific: Assumptions and Approaches in Diverse Cultures*, eds Kwok, L dan Tjosvold, D., John Wiley & Sons, Singapore, 1998, hal. 228. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 5.

¹⁰⁹ Bruce E. Barnes, *Culture, Conflict, and Mediation in the Asian Pacific*, University Press of America, Maryland, 2007, hal.109. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 6.

¹¹⁰ Bruce E. Barnes dan Fatahillah A. Syukur, “Mediating Contemporary, Severe Multicultural, and Religious Conflicts in Indonesia, The Philippines, and Thailand”, dalam *Mediation in the Asia-Pacific Region: Transforming Conflicts and Building Peace*, eds Bagshaw, D dan Porter, E., Routledge, New York, 2009, hal. 210. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 6.

¹¹¹ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2002, hal. 14.

3.1.1. Bentuk Keadilan Restoratif (Restorative Justice)

Bentuk keadilan restorative justice menurut Stephenson, Giller, dan Brown¹¹² terdiri dari 4 (empat) bentuk keadilan restoratif. Semua bentuk tersebut mempunyai tujuan yang sama yaitu memperbaiki tindakan kejahatan dengan menyeimbangkan kepentingan pelaku, korban, dan masyarakat. Keempat bentuk keadilan restoratif tersebut adalah:

1. Mediasi Penal (*Victim-offender mediation*)

Sebuah proses dengan dibantu pihak ketiga yang netral dan imparial, membantu korban dan pelaku untuk berkomunikasi satu sama lain dengan harapan dapat mencapai sebuah kesepakatan. Mediasi dapat terjadi secara langsung di mana korban dan pelaku hadir bersama; atau secara tidak langsung di mana korban dan pelaku tidak saling bertemu dengan difasilitasi oleh mediator (*shuttle mediation*).

2. *Restorative conference*

Hampir sama dengan mediasi penal, yang membedakan hanyalah peran mediator sebagai pemandu diskusi, adanya naskah pemandu, dan hadirnya pihak selain pelaku dan korban (yaitu keluarga dari masing-masing pihak).

3. *Family group conferencing*

Keluarga kedua belah pihak (pelaku dan korban) membuat sebuah rencana aksi (*action plan*) berdasarkan informasi dari pelaku, korban, dan kalangan profesional yang membantu. Rencana aksi itu bertujuan membahas konsekuensi dari tindakan yang telah dilakukan dan pencegahan agar hal tersebut tidak terulang kembali.

4. *Community panel meetings*

Pertemuan yang dihadiri oleh tokoh masyarakat, pelaku, korban (bila mau), dan orangtua pelaku untuk mencapai sebuah kesepakatan perbaikan kesalahan.

¹¹² Martin Stephenson, Henry Giller dan Sally Brown, *Effective Practice in Youth Justice*, Willan Publishing, Portland, 2007, hal. 163-166. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 41.

Daly and Immariageon¹¹³ menambahkan bentuk-bentuk keadilan restoratif yang berkembang di dunia, terutama di Amerika Serikat dan Kanada, selain yang telah disebutkan di atas, yaitu:

1. Hak tahanan dan alternatif selain penjara

Bentuk keadilan restoratif ini berkembang sekitar tahun 1970 ketika penjara mengalami ledakan penghuni. Berkembang kesadaran bahwa tahanan adalah korban dari penyingkiran sosial masyarakat dan dikriminasi, karena itu mereka juga harus diberi hak untuk kembali ke masyarakat dan harus ada alternatif selain penjara.

2. Pilihan penyelesaian sengketa

Berkembang pertengahan tahun 1970, ditandai dengan gerakan untuk memakai proses yang lebih informal dan turut melibatkan masyarakat. Alternatif penyelesaian sengketa difokuskan pada negosiasi, pertemuan korban-pelaku, dan berkurangnya peran para profesional hukum.

3. Advokasi korban

Keadilan restoratif ini melakukan advokasi untuk korban tindakan kriminal karena mereka kurang bisa berusara dalam proses peradilan negara.

4. *Justice Circle*

Muncul di Kanada sekitar tahun 1980-an, yaitu proses mencapai konsensus berdasarkan kerangka komprehensif yang tidak hanya melibatkan korban dan pelaku, tetapi juga keluarga mereka dan masyarakat.

3.2 Pengertian Perdamaian dan Prinsip-Prinsip dalam Perdamaian

Dalam 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

¹¹³ Kathleen Daly dan Russ Immariageon, "The Past, Present, And Future of Restorative Justice : Some Critical Reflections", dalam *Contemporary Justice Review*, 1(1), 1998, hlm. 24-26. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 42.

tiga hal yang ingin dicapai dari hasil final yang akan dikeluarkan suatu lembaga peradilan tersebut, yaitu: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.¹¹⁴ Meskipun demikian, dalam dataran prakteknya, sangat sulit ketiganya dapat terpenuhi seklaigus. Adapun hasil yang akan tercipta dari proses penyelesaiannya 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. Hal ini pada umumnya dicap sebagai salah satu kelemahan bagi suatu lembaga litigasi yang tidak dapat dihindari walupun sudah menjadi suatu ketentuan.¹¹⁵

Menurut Prof. Mardjono Reksodiputro perdamaian merupakan inti dari *restorative justice*. Perdamaian antara korban dan pelaku atau pihak yang bersengketa serta perdamaian yang dimaksud bertujuan agar keadaan yang menimbulkan perselisihan atau persengketaan itu bisa di netralisir sehingga antara korban dan pelaku kembali menjadi seperti semula sebelum terjadi persengketaan inilah yang di namakan perdamaian. Bahwa perdamaian pada prinsipnya harus menekankan pada jalan ekspos dan responsibilitas. Ekspos artinya pelaku membeberkan semua tindakan kejahatannya untuk mendapat respon dari korban yang diharapkan akan menanggapi dengan lunak. Kemudian mengenai responsibilitas, memiliki dua elemen yaitu: *responsibility* dan *ability*. *Ability* artinya apa yang mampu dilakukan oleh pelaku dalam merespon tuntutan korban.¹¹⁶

Konsiliasi dalam kamus diartikan sebagai permufakatan (perdamaian), perdamaian atau perdamaian.¹¹⁷ Dalam pengertian kamus tersebut, konsiliasi dapat bermakna hasil maupun proses, sehingga rekonsiliasi dapat diartikan

¹¹⁴ Sudikno Mentokusumo, *Ilmu Hukum Suatu Pengantar*, Liberty Yogyakarta, 1997, hal 98.

¹¹⁵ Joni Emirzon, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2001, hal 3-5.

¹¹⁶ Lambang Priyono dalam “Kebenaran VS Keadilan; Pertanggungjawaban Pelanggaran HAM di Masa Lalu.” Ed. Ifdhal kasim dan Eddie riyadi Terre, Elsam, Jakarta. 2003, hal 70-71.

¹¹⁷ Pius A Pratanto dan M. Dahlan Al Barry, “*Kamus Ilmiah Populer*”, Arkola, Surabaya, 1994, hal 363.

permutakatan kembali atau proses perdamaian (pendamaian) atau perdamaian itu sendiri, telah terjadi ketidakdamaian dalam kurun waktu tertentu. Maka dapat dirumuskan beberapa prinsip yang harus ada dalam sebuah proses perdamaian sebagai berikut.

a. Pengungkapan Kebenaran

Prinsip pengungkapan kebenaran ini mutlak ada, karena ia adalah gerbang untuk terbukanya pintu perdamaian. Pengungkapan kebenaran menjadi penting karena suatu persoalan tidak mungkin dapat diselesaikan jika kejadian perkaranya masih dalam misteri, belum jelas dan simpang siur.

Hak untuk mendapatkan kebenaran (*the rights to know the truth*) memiliki payung hukum yang kuat. Hak ini diakui sebagai implementasi dari kewajiban negara dalam menghormati dan menjamin hak-hak yang diakui dalam kovenan-kovenan internasional. Berdasarkan kewajiban inilah kemudian oleh banyak ahli termasuk dalam praktek yurisprudensi di sejumlah pengadilan Amerika memaknainya sebagai dasar kewajiban negara untuk mencegah sekaligus melakukan penyelidikan yang serius terhadap dan menghukum pelakunya dan memberikan kompensasi kepada korban.¹¹⁸ Dalam konteks lain, hak mengetahui kebenaran bagi korban atau kewajiban mengungkap kebenaran bagi pemerintah juga muncul sebagai alat untuk melakukan *remedy* (upaya penanganan hukum) yang efektif. Perlunya *remedy* efektif mengandaikan proses pengungkapan kebenaran yang maksimal melalui media penyelidikan, pemeriksaan, penyidikan maupun pemeriksaan di Pengadilan. *Remedy* yang efektif dapat terwujud jika dilakukan pengungkapan kebenaran baik dalam konteks pelaksanaan prosekusi maupun dalam kaitannya dengan rehabilitasi dan kompensasi terhadap korban.¹¹⁹

b. Pelurusan Kebenaran

Kebenaran yang diperoleh harus mampu mengakomodir semua keluhan dari korban dan sesuai dengan keterangan pelaku sehingga didapatkan satu kebenaran baru yang menjadi tantangan terberat dari sebuah proses perdamaian.

¹¹⁸ Yohanes da masenus Arus, “*The Right to Know the Truth; Kerangka Normatif Pengungkapan Kebenaran*”, dalam Yohanes dkk. *Op.cit.*, hal 337.

¹¹⁹ Ibid

c. Pengakuan dan Pengampunan

Pengakuan adalah sebuah prinsip perdamaian yang sangat penting. Pengakuan ini menjadi satu syarat dilakukannya perdamaian dalam bentuk pemaafan (pengampunan) kepada pelaku. Melalui proses pengakuan ini, dinyatakan bahwa korban cukup puas dengan adanya pengakuan tulus dari pelaku dan permohonan maaf, sehingga korban dapat mendengar bagaimana sebenarnya suatu kejahatan tersebut dapat terjadi sampai pada proses bagaimana kejahatan itu berlangsung, yang diakhiri dengan permohonan maaf.¹²⁰

d. Pemenuhan Hak-Hak Korban

Hak-hak korban meliputi kompensasi, restitusi dan Rekonsiliasi. Kompensasi yaitu ganti rugi yang diberikan oleh pelaku kepada korban atau keluarga korban yang merupakan ahli warisnya sesuai dengan kemampuan keuangan pelaku tindak pidana untuk memenuhi kebutuhan dasar, termasuk perawatan kesehatan fisik dan mental. Restitusi yaitu ganti rugi yang diberikan oleh pelaku kepada korban atau keluarga korban yang merupakan ahli warisnya, sedangkan rehabilitasi adalah pemulihan harkat dan martabat seseorang yang menyangkut kehormatan, nama baik, jabatan, atau hak-hak lain. Pemenuhan hak korban adalah satu keharusan mengingat mereka adalah pihak yang menderita, apalagi jika dikaitkan dengan semangat perdamaian yang memang merupakan sebuah langkah kebijakan yang diambil sebagai bentuk perhatian kepada korban di tengah-tengah persoalan tindak kejahatan.¹²¹

3.3 Mediasi Sebagai Pilihan Penyelesaian Sengketa Pidana

Mediasi merupakan salah satu bentuk pilihan penyelesaian sengketa (*Alternative Dispute Resolution* atau ADR) dengan maksud dan tujuan untuk mendapatkan perdamaian antara para pihak yang bersengketa termasuk di dalam sengketa pidana. Selain mediasi, ada beberapa bentuk pilihan penyelesaian

¹²⁰ ditelusuri melalui www.elsam.or.id pada tanggal 20 maret 2012.

¹²¹ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Penyelesaian Pelanggaran HAM BERAT In Court System & Out Court System*, Jakarta : Gratama Publishing, 2011, Hal 301.

sengketa yang lain, yaitu Negosiasi, Konsiliasi, Arbitrase, Pendapat Ahli, *Early Neutral Evaluation* (ENE), dan *Facts Finding*.

Untuk memberikan pengertian yang jelas yang membedakannya dengan metode pilihan penyelesaian sengketa yang lain, tesis ini memakai pengertian mediasi yang ditawarkan oleh Christopher W. Moore, pakar mediasi dari CDR-Associates, Colorado, Amerika Serikat. Moore memberikan definisi yang sedikit banyak lebih cocok dengan kondisi praktik mediasi di Indonesia yang memberikan kewenangan bagi mediator untuk berperan lebih besar dan aktif dalam proses mediasi. Selain itu, buku/materi yang ditulis oleh Moore Merupakan rujukan utama dalam pelatihan sertifikasi mediator pengadilan di Indonesia. Mediasi menurut Moore adalah:¹²²

“The intervention in a negotiation or a conflict of an acceptable third party who has limited or no authoritative decision-making power, who assists the involved parties to voluntarily reach a mutually acceptable settlement of the issues in dispute.”

“(Intervensi pihak ketiga yang diterima para pihak dalam sebuah proses negosiasi atau konflik, yang hanya mempunyai kekuasaan yang terbatas atau tidak ada kekuasaan dalam memutus perkara, yang membantu para pihak untuk secara sukarela mencapai penyelesaian yang disepakatai bersama)”.

Definisi yang disampaikan Christopher W. Moore ini hampir sama dengan pengertian mediasi yang terdapat dalam Peraturan Mahkamah Agung RI (PerMA) No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, yaitu:

“Cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator.”¹²³

Mediator adalah pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa

¹²² Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3^{ed} ed, Jossey-Bass, San Fransisco, 2003, hal. 15. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 66.

¹²³ Pasal 1 ayat 7 PerMA No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian” hal ini yang menurut penulis tepat untuk pengertian mediasi untuk mencapai suatu tujuan yaitu perdamaian .¹²⁴

Laurence Boulle, seorang pakar mediasi internasional Australia memperkenalkan 4 (empat) model mediasi, yaitu:¹²⁵

1. *Settlement Mediation*

Disebut juga dengan *compromise mediation*. Model ini bertujuan mempertemukan posisi tawar para pihak sampai ke suatu titik yang dapat mereka sepakati.

2. *Facilitative Mediation*

Dikenal juga dengan *interest-based*, *problem-solving*, dan *rational analytic mediation*. Model mediasi ini adalah yang paling umum di pakai dalam praktik mediasi. Fokus pendekatan terletak pada pencapaian kesepakatan yang memuaskan sesuai kebutuhan semua pihak.

3. *Transformative Mediation*

Juga dikenal dengan istilah *therapeutic* dan *reconciliation mediation*. Model ini meyakini bahwa para pihak yang terlibat mempunyai kemampuan untuk berubah (*transformed*) melalui proses mediasi. Para pihak terlibat secara langsung untuk menentukan proses mediasi yang diinginkan.

4. *Evaluative Mediation*

Disebut juga dengan istilah *advisory*, *managerial*, dan *normative mediation*. Mediasi model ini terkait dengan pencapaian kesepakatan berdasarkan hak hukum (*legal rights*) yang dimiliki para pihak.

Penulis melihat ada beberapa kelebihan dan keuntungan mediasi dibandingkan mekanisme penyelesaian sengketa yang lain. Kelebihan utama mediasi adalah berbeda dengan penyelesaian secara litigasi dan mediasi

¹²⁴ Pasal 1 ayat 6 PerMA No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

¹²⁵ Laurence Boulle, *Mediation: Principle, Process, Practice*, 2nd Edition, Butterworths, New South Wales, 2005, hal. 44-45. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 68.

menawarkan proses penyelesaian sengketa yang cepat, murah, dan sederhana hingga bisa membuka akses mencapai keadilan bagi semua golongan masyarakat dan hal ini sejalan dengan perdamaian yang di hukum pidana Islam yang telah ditelaha dijelaskan oleh penulis di bab II. Mediasi juga menawarkan fleksibilitas mekanisme untuk disesuaikan dengan kondisi para pihak yang bersengketa, mediator, dan sengketa yang dihadapi. Dalam mediasi bukan pihak ketiga yang berhak menentukan hasil akhir dari perundingan seperti di pengadilan. Oleh karena itu mediasi juga bisa berguna untuk mengatasi masalah korupsi yang menggerogoti seluruh sendi hukum. Mediasi bisa menjadi ujung tombak reformasi hukum di Indonesia. Sesuai dengan keselarasan antara mediasi budaya Indonesia, maka secara langsung mediasi juga berperan melestarikan tradisi yang hidup di tengah masyarakat.

3.3.1. Penerapan Mediasi di Indonesia

Mediasi sejatinya bukanlah cara baru dalam menyelesaikan sengketa di Indonesia. Walaupun terdiri dari begitu banyak suku yang berbeda adat, bahasa, dan cara penyelesaian sengketa, namun Indonesia mempunyai persamaan dasar dalam menyelesaikan semua jenis sengketa-baik publik maupun privat-yaitu mekanisme musyawarah mufakat. Mekanisme ini sama dengan esensi mediasi di mana para pihak berkompromi untuk mencapai titik temu yang menguntungkan semua pihak hingga tercapai kesepakatan.¹²⁶

Di tengah kepercayaan masyarakat yang semakin menurun terhadap penegak hukum, ternyata masyarakat masih bisa dan memang terbiasa mengatur diri sendiri termasuk menyelesaikan sengketa. Walaupun ada beberapa tindakan main hakim sendiri, namun lebih banyak lagi yang bisa diselesaikan sendiri oleh masyarakat. Terutama dalam kasus privat yang korbannya adalah masyarakat sendiri seperti pembunuhan, penganiayaan, pencurian. Hal ini membuktikan

¹²⁶ Bruce E. Barnes dan Fatahillah A. Syukur, "Mediating Contemporary, Severe Multicultural, and Religious Conflicts in Indonesia, The Philippines, and Thailand", dalam *Mediation in the Asia-Pacific Region: Transforming Conflicts and Building Peace*, eds Bagshaw, D. dan Porter, E., Routledge, New York, 2009, hal. 210. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 70.

bahwa budaya musyawarah masih dianut oleh masyarakat, selain karena sensitivitas sengketa yang tabu untuk diselesaikan orang luar dan sifat apatis yang timbul terhadap penegak hukum.

Mantan Ketua Mahkamah Agung RI, Bagir Manan, mendukung penuh upaya untuk kembali pada kebudayaan asli Indonesia dalam menyelesaikan sengketa melalui musyawarah tanpa perlu ke pengadilan.¹²⁷ Yang perlu dilakukan sekarang adalah merevitalisasi mekanisme musyawarah dan memberikan kepercayaan pada masyarakat untuk menyelesaikan sengketa sendiri. Penulis berpendapat mediasi sangat cocok diterapkan karena sesuai dengan kebudayaan Indonesia, terutama untuk menyelesaikan sengketa keluarga yang masih mempertahankan harmoni dan menjaga privasi.¹²⁸ Dengan banyak kelebihan yang ditawarkan, mediasi diharapkan bisa memberikan alternatif yang efektif untuk menyelesaikan perkara pidana di Indonesia.

Mediasi mempunyai peluang yang sangat besar untuk berkembang di Indonesia. Sesuai dengan adat ketimuran yang masih mengakar, masyarakat lebih mengutamakan tetap menjalin hubungan silaturahmi antar keluarga atau hubungan dengan rekan bisnis daripada keuntungan sesaat apabila timbul sengketa. Menyelesaikan sengketa di Pengadilan mungkin menghasilkan keuntungan besar apabila menang, namun hubungan juga menjadi rusak. Menyelamatkan muka (*face saving*) atau nama seseorang adalah hal penting yang kadang lebih utama dalam proses penyelesaian sengketa di Indonesia.¹²⁹

Masyarakat Indonesia juga lebih mengutamakan harmoni komunal di atas kepentingan individu. Walaupun satu pihak merasa dirinya lebih benar dalam substansi perkara, namun sikap dan penanganan masalah yang tidak tepat bisa membuat pihak tersebut diminta untuk mengalah demi menjaga keselarasan dan

¹²⁷ Bagir Manan, *Perlu Ada Pendamai di Luar Pengadilan*, Media Indonesia, 18 September 2002.

¹²⁸ Fatahillah A. Syukur, "Behind Closed Doors: Family Dispute Settlement in Court-Annexed Mediation in Indonesia", dalam *Contribution Matters*, ed PPIA, Perhimpunan Pelajar Indonesia Australia, Sydney, 2010, hal. 154. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 71.

¹²⁹ John S. K. Ng, "The Four Faces of Face: Implications for Mediation", dalam *An Asian Perspective on Mediation*, Eds Lee, J. dan Hwee, T.H., Academy Publishing, Singapore, 2009. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 71.

ketenteraman masyarakat. Untuk itu, pihak ketiga yang diminta untuk menengahi sengketa adalah orang yang dihormati karena reputasi dan integritas di tengah masyarakat untuk menjaga norma dan etika yang berlaku.¹³⁰ Hal ini berbeda dengan konsep penyelesaian sengketa Barat yang lebih mengutamakan proses dan hasil daripada norma dan keadilan.¹³¹

Secara yuridis formal, mediasi mulai digunakan dalam Undang-Undang No.22 Tahun 1957 tentang Penyelesaian Perselisihan Perburuhan dengan memakai teknologi perantara. Setelah itu bermunculan banyak bidang yang memakai mediasi sebagai pilihan penyelesaian sengketa, seperti perburuhan, sumber daya air, hak atas kekayaan intelektual (merk, paten, desain industri, dan rahasia dagang), jasa konstruksi, perlindungan HAM, perbankan, dan asuransi. Sistem peradilan Indonesia kemudian juga mengadopsi mediasi dengan mengeluarkan Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan .

Mediasi di pengadilan hanya bisa digunakan untuk menyelesaikan sengketa yang bersifat perdata, sedangkan mediasi komunitas yang biasa digunakan oleh masyarakat Indonesia pada umumnya untuk semua jenis sengketa, baik bersifat privat ataupun publik. Termasuk didalamnya kasus pembunuhan atau tindak pidana lain yang masih banyak dilakukan oleh banyak masyarakat adat di Indonesia. Hal ini sesuai dengan sifat mediasi komunitas yang lebih mementingkan harmoni di tengah masyarakat (*restorative justice*) dibandingkan memberikan hukuman kepada pelaku melalui pengadilan (*retributive justice*).¹³²

¹³⁰ Joel Lee dan The Hwee, "The Quest for an Asian Perspective on Mediation", dalam *An Asian Perspective on Mediation*, eds Lee, Joel dan Hwee, T.H., Academy Publishing, Singapore, 2009, hal. 10. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 71.

¹³¹ John Paul Lederach, *Preparing for Peace: Conflict Transformation Across Cultures*, Syracuse University Press, New York, 1995. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 71.

¹³² Lode Walgrave, *restorative Justice and The Law*, Willan Publishing, Cullompton UK, 2002, hal. 154. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 74.

3.3.2. Mediasi Penal serta Perbedaannya dengan Mediasi Perdata

Mediasi merupakan proses yang dapat berdiri sendiri terlepas dari mekanisme litigasi, akan tetapi di dalam praktek pada kenyataannya mediasi digunakan sebagai prioritas media untuk menyelesaikan suatu sengketa litigasi.¹³³ Mediasi penal pertama kali dikenal di Kitchener-Ontario, Kanada pada tahun 1974. Kemudian program ini menyebar ke Amerika Serikat, Inggris dan negara-negara lain di Eropa. Di Amerika Serikat mediasi penal pertama kali dipraktikkan di Elkhart-Indiana dan di Inggris oleh *The Exeter Youth Support Team* pada tahun 1979. Setelah itu, program mediasi penal tersebar ke banyak Negara di dunia dimana yang paling subur berkembang adalah Negara-negara di Eropa. Perkembangan program mediasi penal di dunia terlihat pada tabel 1.1 di bawah ini.¹³⁴

Tabel 1.1 Perkembangan Mediasi Penal di dunia

No.	Negara	Jumlah Program
1.	Australia	5
2.	Austria	17
3.	Belgia	31
4.	Kanada	26
5.	Denmark	5
6.	Finlandia	175
7.	Prancis	159
8.	Jerman	450
9.	Italia	4
10.	Belanda	2
11.	Selandia Baru	Ada dalam setiap yurisdiksi
12.	Norwegia	41
13.	Polandia	5
14.	Afrika Selatan	1
15.	Swedia	50

¹³³ Ridwan mansyur, *Mediasi Penal Terhadap Perkara, KDRT*, Jakarta: gema yustisia Indonesia, 2010, hal 151.

¹³⁴ Mark Umbreit, "Introduction: Restorative Justice through Victim Offender Mediation," in *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, ed. Mark Umbreit (San Fransisco: Jossey-Bass, 2001). hIm. xiv. Sebagaimana Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek di Pengadilan Indonesia*, hal. 64.

16	Inggris	46
17	Amerika Serikat	302
18	TOTAL	1.319

Pada awalnya mediasi penal dipakal untuk menyelesaikan kejahatan yang dilakukan oleh anak-anak (youth offenders). Namun metode ini kemudian juga dipakai untuk menangani kejahatan yang dilakukan orang dewasa. Barda Nawawi Arief¹³⁵ menjelaskan bahwa metode bisa diterapkan untuk semua tipe pelaku tindak pidana atau semua tipe tindak pidana. Biasanya mediasi penal digunakan untuk menangani tindak pidana pencurian dan tindak pidana ringan lainnya; namun seiring perkembangan zaman dan kebutuhan korban, mediasi penal juga dipakal untuk menyelesaikan tindak pidana berat seperti pemerkosaan dan pembunuhan. Mediasi penal dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik pada tahap kebijakan polisi, tahap penuntutan, tahap pemidanaan atau setelah pemidanaan. Selain metode ini dapat ditujukan pada pelaku pemula yang baru pertama kali melakukan kejahatan atau bahkan residivis yang telah berulang kali melakukan kejahatan. Friedmann secara lebih lengkap menyatakan:¹³⁶

From the juvenile offender, the substitution of corrective measures for punishment proper has spread to the adult offender. The principal emphasis is on probation for first offenders, as a conditional alternative to punishment. But emphasis on the need for corrective measures is not confined to the first offender. At the other end of the scale, the recidivist, the habitual offender, is becoming increasingly the object of attention of modern penology. In the case of a first offender, it is felt that corrective measures of an educational and a reformative character will serve to deter him from further offences.

¹³⁵ Barda Nawawi Arief, Mediasi Penal: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan Artikel dalam <http://bardanawawi.wordpress.com/2009/12/27/mediasi-penal-penyelesaianperkara-pidana-diluar-pengadilan/2009>, diakses pada tanggal 24 Maret 2012. Hal.8.

¹³⁶ Friedmann, *Law in a Changing Society*, hal. 176 Sebagaimana Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek di Pengadilan Indonesia*, hal. 65.

(Pergantian dan hukuman menjadi tindakan perbaikan [*restorative justice*] telah berkembang dan penanganan pelaku anak ke orang dewasa. Penekanan utama terletak pada percobaan untuk pelaku yang baru pertama kali melakukan kejahatan sebagai syarat untuk mendapatkan alternatif selain hukuman. Namun penekanan untuk tindakan perbaikan tidak hanya terbatas pada orang dewasa yang pertama kali melakukan tindak pidana. Pada titik yang berseberangan, para residivis (yang sering melakukan kejahatan) mulai mendapat perhatian dan sistem pidana modern. Pada kasus pelaku pertama kali, tindakan perbaikan dianggap sebagai cara yang edukatif dan reformatif yang diharapkan dapat mencegah terulangnya kejahatan).

Mediasi penal sebagai instrumen keadilan restoratif dikenal dengan beberapa istilah yang berbeda. Istilah yang paling banyak dipakai adalah *Victim-Offender Mediation* (Mediasi antara Korban dan Pelaku). Namun sebenarnya terminologi yang paling awal dikenal adalah istilah *Victim-Offender Reconciliation Program*. Istilah ini kemudian tidak banyak dipakai karena banyak pakar yang menganggap penggunaan istilah rekonsiliasi tidaklah cocok karena terlalu agamis dan tidak menggambarkan proses perdamaian. Mark Umbreit, salah seorang pakar mediasi penal terkenal di dunia memakai istilah pendekatan mediasi yang manusiawi (*Humanistic Mediation*).¹³⁷ Kemudian dikenal pula istilah *Victim Offender Meetings* dan *Victim Offender Conferencing*. Istilah *Penal Mediation* juga dipakai karena mediasi digunakan untuk mendamaikan perkara pidana, bukan perkara perdata yang biasanya menjadi fungsi mediasi. Di Belanda, mediasi penal dikenal dengan istilah *strafbemiddeling* dan di Prancis istilah yang dikenal adalah *de mediation penale*.

Banyak pakar keadilan restoratif menawarkan pengertian dan mediasi penal. penulis memilih pendapat yang dikemukakan oleh Van Ness & Strong

¹³⁷ Mark Umbreit, "Humanistic Mediation: A Transformative Journey of Peacemaking," in *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, ed. Mark Umbreit (San Fransisco: Jossey-Bass, 2001). hlm. 9. Sebagaimana Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek di Pengadilan Indonesia*, hal. 66.

untuk memberikan pemahaman mengenai mediasi penal yang komprehensif, yaitu:¹³⁸

Victims and offenders are given the opportunity to meet together with the assistance of a trained mediator to begin to resolve the conflict and to construct their own approach to achieving justice. Unlike the formal criminal justice system, which removes both the victim and offender from pro-active roles, these programs seek to empower the participants to resolve their conflict on their own. 'In an atmosphere of structured informality. Unlike arbitration, in which a third party hears both sides and makes a judgment, the VORP process relies on the victim and offender to resolve the dispute together. No specific outcome is imposed by the mediator; the goal is to empower participants, promote dialogue and encourage mutual problem solving.

(Korban dan pelaku diberikan kesempatan untuk bertemu bersama dengan bantuan seorang mediator mempunyai keahlian untuk memulai penyelesaian sengketa dan membangun pendekatan yang mereka buat sendiri dalam mencapai keadilan yang mereka inginkan. Tidak seperti sistem peradilan pidana formal yang menepikan peran dan kedua belah pihak, mediasi penal mendayagunakan para pihak untuk menyelesaikan sengketa sendiri dalam sebuah suasana yang terstruktur namun informal. Tidak seperti arbitrase dimana ada arbiter (hakim swasta) yang mendengarkan dan memutus perkara, mediator tidak menentukan penyelesaian. Tujuan mediasi penal adalah mendayagunakan para pihak, mengutamakan dialog dan pemecahan masalah secara bersama-sama).

Bila kita bandingkan definisi mediasi penal yang disampaikan Van Ness & Strong ini dengan mediasi umum (perdata) yang disampaikan Boulle yaitu para pihak yang mempunyai kuasa untuk menentukan proses dan hasil mediasi serta

¹³⁸ Daniel van Ness and Karen Heetderks Strong, *Restoring Justice* (Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997). Sebagaimana Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek di Pengadilan Indonesia*, hal. 67.

adanya seorang mediator yang membantu perundingan tanpa kekuasaan memutuskan. Namun mediasi penal lebih mengutamakan dialog pemecahan masalah bersama-sama. Secara rinci Mark Umbreit membandingkan mediasi secara umum (perdata) dengan mediasi pendekatan manusiawi (*humanistic mediation*) atau mediasi penal dalam tabel 1.2 di bawah ini:¹³⁹

Tabel 1.2 : Perbandingan Mediasi Umum dengan *Humanistic Mediation*

No	Aspek	Mediasi Umum	Mediasi Penal
1	Fokus Utama	Permasalahan dan kesepakatan	Dialog dan hubungan
2	Persiapan para pihak dalam konflik	Mediator tidak boleh menghubungi para pihak sebelum mediasi di mulai. Staf kantor yang akan menghubungi.	Setidaknya sekali pertemuan tatap muka mediator dengan masing-masing pihak sebelum pertemuan bersama (<i>joint meeting</i>)
3	Peran Mediator	Mengarahkan dan membimbing para pihak untuk mencapai kesepakatan yang memuaskan.	Menyiapkan korban dan pelaku agar mempunyai harapan yang realistis dan merasa cukup aman untuk berdialog secara langsung.
4	Gaya Mediator	Aktif dan kadang sangat mengatur, sering bicara dan bertanya dalam sesi mediasi	Sangat tidak mengatur (<i>non-directive</i>) selama mediasi. Para pihak yang mengontrol semuanya.
5	Menghadapi konteks emosi	Toleransi yang rendah terhadap curahan	Mendorong curahan perasaan dari para pihak

¹³⁹ Daniel van Ness and Karen Heetderks Strong, *Op., Cit.*, hlm. 17. Sebagaimana Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek di Pengadilan Indonesia*, hal. 68.

	dalam konflik	perasaan terkait latar belakang konflik.	dan mendiskusikan latar belakang konflik.
6	Jeda hening	Sedikit jeda hening	Banyak jeda hening. Mediator menghormati keheningan sebagai bagian integral penyembuhan.
7	Kesepakatan tertulis	Merupakan tujuan utama yang ingin dicapai sebagai hasil mediasi.	Merupakan target sekunder. Yang primer adalah dialog dan saling membantu.

Secara umum, mediasi perdata kebanyakan bertujuan mencapai perdamaian dalam bentuk kesepakatan (*settlement driven*), namun mediasi penal lebih fokus pada terciptanya dialog yang konstruktif (*dialogue driven*) dengan penekanan pada pemulihan korban, tanggung jawab pelaku, dan perbaikan kerusakan/penderitaan yang telah terjadi.¹⁴⁰ Mark Umbreit secara lebih lengkap menjelaskan beberapa ciri dari model mediasi penal dengan pendekatan manusiawi,¹⁴¹ yang cocok dengan kekhususan karakter perdamaian (mediasi) dalam hukum pidana:

1. Konsentrasi penuh mediator untuk menyelesaikan tugas mendamaikan para pihak;
2. Membingkai ulang peran mediator dari yang sebelumnya fokus pada pencapaian kesepakatan kepada memfasilitasi proses dialog dan saling membantu;
3. Mengadakan sesi pra-mediasi dengan masing-masing pihak untuk mendengarkan cerita mereka, memberikan informasi, mendapatkan

¹⁴⁰ Mark Umbreit and Marilyn Peterson Armour, *Restorative Justice Dialogue: An Essential Guide for Research and Practice* (New York : Springer Publishing Company, 2010). Hlm. 128. Sebagaimana Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek di Pengadilan Indonesia*, hal. 69.

¹⁴¹ Mark Umbreit and Marilyn Peterson Armour, *Op. Cit.*, hlm.9. Sebagaimana Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek di Pengadilan Indonesia*, hal. 69.

kesukarelaan para pihak untuk mediasi, menganalisa kasus, mengklarifikasi harapan dan mempersiapkan mediasi;

4. Mendekatkan hubungan dengan para pihak dengan membangun kepercayaan;
5. Mengidentifikasi kekuatan para pihak;
6. Membantu para pihak berkomunikasi dengan baik jika diperlukan;
7. Jenis mediasi yang dipakai adalah gaya tidak langsung;
8. Korban dan pelaku saling bertatap muka (kecuali bila tidak cocok dengan budaya lokal atau atas permintaan prinsipal);
9. Pengakuan dan penggunaan kekuatan keheningan;
10. Adanya sesi tindak lanjut (*follow-up*).

3.4 Dari Keadilan Retributif dan Restitutif Menuju Restorative Justice (Keadilan Restoratif)

Perubahan paradigma tentang keadilan dalam hukum pidana merupakan fenomena yang sudah mendunia dewasa ini. Masyarakat internasional semakin menyadari dan menyepakati bahwa perlu ada perubahan pola pikir yang radikal dalam menangani permasalahan penyelesaian perkara pidana. Sistem peradilan pidana yang sekarang berlandaskan pada keadilan retributif dan restitutif hanya memberikan wewenang kepada negara yang didelegasikan pada penegak hukum (polisi, jaksa, hakim). Pelaku tindak pidana dan korbannya sedikit sekali mendapat kesempatan untuk menyampaikan versi keadilan yang mereka inginkan. Negara yang menentukan derajat keadilan bagi korban dengan memberikan hukuman penjara pada pelaku. Tak heran, tindak kriminal yang dilakukan para pelaku tindak pidana semakin meningkat karena di penjara mereka justru mendapat tambahan ilmu untuk melakukan kejahatan dan kemudian merekrut pelaku tindak pidana lain untuk mengikutinya.

Dalam pandangan Jim Consedine, salah seorang pelopor keadilan restoratif dari New Zealand, berpendapat konsep keadilan retributif dan restitutif yang berlandaskan hukuman, balas dendam terhadap pelaku, pengasingan, dan

perusakan harus digantikan oleh keadilan restoratif yang berdasarkan rekonsiliasi, pemulihan korban, integrasi dalam masyarakat, pemaafan dan pengampunan.¹⁴²

Peachey¹⁴³ menambahkan penjelasan perbedaan antara ketiga paradigma tersebut dalam tabel 1.3

Tabel 1.3
Perbedaan paradigma dalam penyelesaian perkara pidana

No	Perbedaan	Restitusi	Retribusi	Restorative
1.	Landasan Filosofi	Memperbaiki kesalahan dengan mengganti atau memperbarui.	Mencapai keadilan dengan memberi balasan atas derita/sakit yang ditimbulkan	Pemberian maaf sebagai dasar memperbaiki hubungan antarmanusia
2.	Cara	Korban menerima ganti rugi	Pelaku dijatuhi hukuman yang setimpal atau lebih berat	Pelaku menyesali perbuatan, berjanji tidak mengulangi (dengan memberikan ganti rugi bila diperlukan)
3.	Fokus	Korban	Pelaku	Korban dan Pelaku

Bila kita lihat perbandingan ketiga paradigma keadilan tersebut maka keadilan restoratif menawarkan solusi yang lebih komprehensif bagi korban dan pelaku mulai dari penyadaran perbuatan, pernyataan maaf, pemulihan korban, dan

¹⁴² Jim Consedine, *Restorative Justice: Healing the Effects of Crime*, Ploughshares Publications, Lyttelton, 1995, hal. 11. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 26.

¹⁴³ Dean E. Peachey, "Restitution, Reconciliation, Retribution: Identifying the Forms of Justice People Desire", dalam *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim Offender Mediation-Internationa Research Perspectives*, eds Messmer, H and Otto, H.U., Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1992, hal. 552 – 553. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 26.

pemberian ganti rugi bila diperlukan. Hal ini tidak terdapat pada nilai-nilai paradigma keadilan retributif dan restitutif..

Umbreit¹⁴⁴ kemudian menekankan nilai-nilai yang membedakan keadilan restoratif dengan paradigma keadilan lain sebagai berikut:

1. Keadilan restoratif lebih peduli terhadap pemulihan korban dan komunitas daripada hukuman terhadap pelaku.
2. Keadilan restoratif meningkatkan peran korban dalam proses peradilan pidana melalui peningkatan keterlibatan, masukan dan pelayanan.
3. Keadilan restoratif mensyaratkan pelaku untuk secara langsung mempertanggungjawabkan perbuatannya kepada korban atau komunitas.
4. Keadilan restoratif mendorong seluruh komunitas untuk terlibat dalam pemulihan korban dan pelaku.
5. Keadilan restoratif menyadari tanggung jawab komunitas terhadap kondisi sosial yang berpengaruh terhadap perbuatan pelaku.

Nilai-nilai keadilan restoratif memberikan perhatian yang sama terhadap korban dan pelaku. Otoritas untuk menentukan rasa keadilan ada di tangan para pihak, bukan pada negara. Mereka tidak mau lagi menjadi korban kedua kali ketika negara menentukan derajat keadilan yang tidak sesuai dengan keinginan mereka seperti dalam keadilan retributif dan restitutif. Perbedaan-perbedaan antara tiga paradigma tentang keadilan itu bila diterapkan dalam penyelesaian perkara pidana dapat disederhanakan seperti bagan 1.1.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Mark Umbreit, "Introduction: Restorative Justice Through Victim Offender Mediation", dalam *The Handbook of Victim Offender Mediation : An Essential Guide to Practice and Research*, Jossey-Bass, San Fransisco, 2011, hal. xxviii-xxix. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 27.

¹⁴⁵ Harkristuti Harkrisnowo, *Pendekatan Restorative Justice dalam RUU Sistem Peradilan Pidana Anak*, Makalah disampaikan dalam Sosialisasi RUU Sistem Peradilan Pidana Anak, 2010.

Bagan 1.1
Penerapan Paradigma Keadilan

Retributive Justice	Restitutive Justice	Restorative Justice
<ul style="list-style-type: none"> - Menekankan keadilan pada pembalasan - Penyelesaian bermasalah hukum tidak seimbang 	<ul style="list-style-type: none"> - Menekankan keadilan atas dasar pemberian ganti rugi 	<ul style="list-style-type: none"> - Menekankan keadilan atas dasar perbaikan/pemulihan keadaan - Berorientasi pada korban - Memberi kesempatan pada pelaku untuk mengungkapkan rasa sesalnya pada korban dan sekaligus bertanggungjawab - Memberi kesempatan kepada pelaku dan korban untuk bertemu untuk mengurangi permusuhan dan kebencian - Mengembalikan keseimbangan dalam masyarakat - melibatkan anggota masyarakat dalam upaya pemulihan

3.5 *Restorative Justice* sebagai Alternatif Sistem Peradilan Pidana

Pandangan Jim Consedine¹⁵⁵ yang juga menjabat sebagai penasihat spiritual lembaga Pamasyarakatatan di New Zealand melihat dan terlibat secara langsung akibat buruk dari penjara terhadap masa depan pelaku kejahatan. Oleh karena itu, dia mendorong penyelesaian berdasarkan keadilan restoratif yang meminimalkan peran negara dan berfokus pada pemulihan korban, pelaku, keluarga dan masyarakat. Consedine mendefinisikan keadilan restoratif sebagai berikut :

“Crime is no longer defined as an attack on the state but rather an offence by one person against another. It is based on recognition of the humanity of both offender and victim. The goal of the restorative process is to heal the wounds of every person affected by the offence, including the victim and the offender. Options are explored that focus on repairing the damage.”

(Tindak kriminal tidak lagi dianggap sebagai serangan terhadap negara, tapi kejahatan yang dilakukan seseorang terhadap orang lain. Keadilan restoratif berlandaskan pada kemanusiaan kedua belah pihak, pelaku dan korban. Proses restoratif bertujuan untuk memulihkan luka semua pihak yang disebabkan oleh kejahatan yang dilakukan. Alternatif solusi dieksplorasi dengan berfokus untuk memperbaiki kerusakan yang ditimbulkan).

Definisi keadilan restoratif yang diberikan Consedine mempunyai kesamaan dengan pengertian restoratif yang terdapat dalam Surat Keputusan Bersama (SKB) Ketua Mahkamah Agung, Jaksa Agung, Kepala Kepolisian, Menteri Hukum dan HAM, Menteri Sosial, dan Menteri Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak tentang Penanganan Anak Berhadapan dengan Hukum. Keadilan restoratif menurut SKB adalah :

1. Suatu Penyelesaian secara adil,
2. Melibatkan :
 - Pelaku,
 - Korban,

¹⁵⁵ Jim Consedine, *Restorative Justice: Healing the Effects of Crime*, Ploughshares Publications, Lyttelton, 1995, hal. 158. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 29.

- Keluarga Mereka,
 - Dan Pihak-pihak lain yang terkait dalam suatu tindak pidana.
3. Secara bersama-sama mencari penyelesaian,
 4. Terhadap tindak pidana (tertentu) tersebut dan implikasinya,
 5. Dengan menekankan pemulihan kembali kepada keadaan semula.¹⁵⁶

Pengembangan konsep keadilan restoratif berdasarkan pemikiran John Braithwaite ini bersinergi dengan penerapan keadilan restoratif yang dikembangkan di Amerika Serikat, Inggris, dan Australia. Braithwaite¹⁵⁷ menyatakan keadilan restoratif mendorong reintegrasi dan menghindari stigmatisasi; memelihara rasa tanggung jawab, penyesalan, restitusi, dan pemaafan; dan menolak hukuman penjara dan bentuk pengasingan lain.

Salah satu babak baru yang penting dalam penerapan keadilan restoratif adalah *Vienna Declaration on Crime and Justice* yang mendorong pengembangan kebijakan, prosedur, dan program keadilan restoratif yang menghormati sepenuhnya hak-hak, kebutuhan, dan kepentingan korban, pelaku, masyarakat, dan semua pihak yang terkait. Deklarasi ini dicetuskan pada kongres yang dihadiri oleh perwakilan dari 119 negara pada tanggal 17 April 2000.

Deklarasi yang disepakati secara aklamasi oleh seluruh perwakilan negara peserta itu memutuskan untuk mengambil tindakan yang lebih efektif dalam memerangi tindak kriminal. Setelah itu, pada bulan Agustus 2002 Dewan ECOSOC (*Economic Social Council*) PBB menetapkan resolusi yang menghimbau negara anggota agar menerapkan program keadilan restoratif dan memanfaatkan Prinsip Dasar Penggunaan Keadilan Restoratif dalam Kasus Kriminal (*Basic Principles on the use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*).¹⁵⁸

¹⁵⁶ DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Op., Cit.*, hal. 30.

¹⁵⁷ John Braithwaite, *Resolving Crime in the Community: Restorative Justice Reforms in New Zealand and Australia*, Paper presented at the "Resolving Crime in the Community: Mediation in Criminal Justice", 1994, hal. 8. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 31.

¹⁵⁸ Muladi, *Restorative Justice dalam Sistem Peradilan Pidana*, makalah dalam seminar IKAHI 25 April 2012, hal 2.

Pada tahun 2005, Deklarasi PBB ke-11 tentang Pencegahan Kejahatan dan Pembinaan Narapidana (*Prevention of Crimes and Treatment of Offender*) menghimbau negara anggota untuk mengakui pentingnya mengembangkan kebijakan, prosedur, dan program keadilan restoratif yang merupakan alternatif penuntutan tindak pidana.

Dalam pelaksanaannya, keadilan restoratif dilandasi oleh beberapa prinsip, yaitu:

1. Membangun partisipasi bersama antara pelaku, korban, dan kelompok masyarakat dalam menyelesaikan suatu peristiwa atau tindak pidana. Menempatkan pelaku, korban dan masyarakat sebagai “*stakeholders*” yang bekerja bersama dan langsung berusaha menemukan penyelesaian yang dipandang adil bagi semua pihak (*win-win solution*).
2. Mendorong pelaku bertanggung jawab terhadap korban atas peristiwa tindak pidana yang telah menimbulkan cedera atau kerugian pada korban. Selanjutnya membangun tanggung jawab untuk tidak mengulangi lagi perbuatan pidana yang pernah dilakukannya.
3. Menempatkan peristiwa atau tindak pidana tidak terutama sebagai suatu bentuk pelanggaran antarindividu yaitu hukum, melainkan sebagai pelanggaran oleh seseorang (sekelompok orang) terhadap seseorang (sekelompok orang). Oleh karena itu, sudah semestinya pelaku diarahkan pada pertanggungjawaban terhadap korban, bukan mengutamakan pertanggungjawaban hukum (*legal formal*).
4. Mendorong menyelesaikan suatu peristiwa atau tindak pidana dengan cara-cara yang lebih informal dan personal, daripada penyelesaian dengan cara-cara beracara yang formal di pengadilan (*kaku*) dan *inpersonal*.

Prinsip-prinsip tersebut hampir sama dengan prinsip dasar keadilan restoratif yang dijelaskan oleh Bazemore dan O’Brien, yaitu:¹⁵⁹

¹⁵⁹ Gordon Bazemore dan Sarah O’Brien “The Quest for a Restorative Model of Rehabilitation: Theory-for-Practice and Practice-for-Theory”, dalam *Restorative Justice and the Law*, ed Walgrave, L., Willan Publishing, Oregon, 2001, hal. 42-43. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 33.

1. Memperbaiki kerusakan yang timbul dari suatu tindak pidana untuk menyembuhkan korban, pelaku, dan masyarakat.
2. Melibatkan seluruh pihak secara aktif dalam proses pencarian keadilan sejak awal dan secara penuh.
3. Mentransformasi peranan dan hubungan antara masyarakat dan pemerintah.

Berdasarkan prinsip-prinsip tersebut, maka kita dapat memaknai bahwa penerapan keadilan restoratif memakai pendekatan:

1. Respons yang lentur terhadap kejahatan, pelaku, dan korban yang memungkinkan penyelesaian kasus secara individual (tidak diajukan ke pengadilan secara formal).
2. Respons atas kejahatan dengan tetap mempertahankan harkat dan martabat setiap orang, membangun saling pengertian dan harmonis melalui pemulihan korban, pelaku, dan masyarakat.
3. Mengurangi dampak stigmatisasi bagi pelaku.
4. Dapat dilakukan sejalan dengan mekanisme tradisional yang masih dipertahankan (penyelesaian secara adat setempat).
5. Pemecahan masalah dan sekaligus menemukan akar konflik.
6. Memperhatikan kerugian dan kebutuhan korban.
7. Mendorong pelaku untuk melihat lebih dalam mengenai sebab dan akibat perbuatannya, menyadarinya, dan bertanggungjawab atas kerugian tersebut.
8. Dapat disesuaikan dengan tradisi hukum, adat dan filosofi setempat, dan sistem hukum nasional.¹⁶⁰

Dengan pendekatan keadilan restoratif di atas, maka penerapan dalam penyelesaian perkara pidana sebenarnya sangat sederhana. Dalam *Family Conference* yang diadakan di New Zealand, John Braithwaite mengusulkan

¹⁶⁰ DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Op., Cit*, hal. 33.

penerapan unsur-unsur keadilan restoratif dalam menyelesaikan perkara antara korban dan pelaku, yaitu dengan cara:¹⁶¹

1. Menyelenggarakan pertemuan yang mengundang korban, pelaku, dan keluarga yang mendukung mereka.
2. Memberikan kesempatan kepada semua pihak untuk menceritakan bagaimana kejahatan yang telah terjadi dan mengusulkan solusi atau rencana aksi.
3. Setelah pelaku dan keluarganya mendengarkan pendapat pihak lain, beri mereka kesempatan untuk mengusulkan solusi akhir yang dapat disetujui oleh semua pihak yang hadir.
4. Awasi pelaksanaan dari proposal tersebut, terutama yang berkaitan dengan kompensasi untuk korban.

Dari uraian di atas yang ada dalam bab III ini berebeda halnya dengan bab sebebunya yang hanya fokus terhadap hukum pidana Islam, dalam bab ini penulis berusaha menyajikan bagaimana pandangan restorative justice menyelesaikan persoalan yang ada di masyarakat khususnya permasalahan pidana dan perubahan paradigma ppidanaan dari keadilan retributif dan restitutif menuju restorative justice serta keadilan restoratif sebagai alternatif peradilan pidana. Dalam konteks penelitian tesis ini perdamaian merupakan upaya membantu sistem peradilan pidana sehingga mengembalikan tujuan hukum pidana sebagai ultimum remedium. Selanjutnya pembahasan mengenai bagaimana prospek perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana dalam sistem peradilan pidana di Indonesia penulis akan diuraikan tersendiri pada Bab IV.

¹⁶¹ John Braithwaite *Resolving Crime in The Community: Restorative Justice Reforms in New Zealand and Australia*, Paper presented at the “Resolving Crime in the Community: Mediation in Criminal Justice”, 1994, hal. 8. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 34.

BAB IV

PROSPEK PERDAMAIAN DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA DI INDONESIA

Dari uraian bab-bab sebelumnya bahwa hukum pidana Islam mempunyai cara tersendiri dalam menyelesaikan persoalan yang ada di masyarakat khususnya permasalahan pidana. Tindak pidana dalam hukum pidana Islam yang dapat dilakukannya perdamaian adalah qishash yaitu kejahatan terhadap tubuh manusia sengaja atau tidak sengaja. Ia terdiri dari apa yang dikenal dalam hukum pidana modern sebagai kejahatan terhadap tubuh manusia/ *crimes againts persons*. Berbeda halnya dengan pandangan restorative justice menyelesaikan persoalan yang ada di masyarakat khususnya permasalahan pidana dan perubahan paradigma pemidanaan dari keadilan retributif dan restitutif menuju restorative justice serta keadilan restoratif sebagai alternatif peradilan pidana. Dalam konteks penelitian tesis ini perdamaian merupakan upaya membantu sistem peradilan pidana sehingga mengembalikan tujuan hukum pidana sebagai ultimum remedium.

Paparan berikut dalam bab IV ini, penulis akan menguraikan tentang sistem peradilan pidana, system peradilan pidana Indonesia, mediasi penal, mediasi penal menurut hukum Islam dan hukum adat, prospek perdamaian (mediasi penal) dalam sistem peradilan pidana.

4.1 Sistem Peradilan Pidana

Sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi masalah kejahatan. Menanggulangi berarti di sini usaha untuk mengendalikan kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi masyarakat. Sistem ini dianggap berhasil apabila sebagian besar dari laporan maupun keluhan masyarakat yang menjadi koban kejahatan dapat diselesaikan.¹⁶²

¹⁶² Mardjono Reksodiputro, *Hak Asasi Manusia dalam Sistem Peradilan Pidana*, Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, Universitas Indonesia, 1999, hal 84.

Menurut Samuel Walker, paradigma yang dominan dalam sistem peradilan pidana di Amerika Serikat adalah perspektif sistem dimana administrasi peradilan terdiri atas serangkaian keputusan mengenai suatu kasus criminal dari petugas yang berwenang dalam suatu kerangka interelasi antara aparaturnya penegak hukum dalam rangka pemabaharuan hukum.¹⁶³ Sedangkan Muladi mengemukakan bahwa sistem peradilan pidana adalah suatu jaringan (network) peradilan yang menggunakan hukum pidana materiil, hukum pidana formil maupun hukum pelaksanaan pidana. Namun kelembagaan ini harus dilihat dalam konteks sosial. Sifat yang terlalu formal jika dilandasi hanya untuk kepentingan kepastian hukum saja akan membawa bencana berupa ketidakadilan.¹⁶⁴

Administrasi peradilan di setiap masyarakat modern merupakan salah satu kekuasaan negara. Ia jalin-menjalin dengan kekuasaan negara lainnya, namun menikmati suatu kemerdekaan dalam ukuran tertentu. Lebih jauh, sistem hukum kontemporer menentukan kasus-kasus pidana diperadilan tertentu, meski untuk kebanyakan tidak menetapkan hakim-hakim khusus untuk menangani kasus-kasus kriminal. Tujuan paling penting yang dikejar dari sistem hukum pidana Islam adalah keadilan.¹⁶⁵ Ada beberapa model-model penyelesaian perkara pidana yaitu model *accusatorial*, *inquisitorial* dan *siyasa al syariah*.

Sebagai telah diketahui, asas inquisitoir itu berarti tersangka dipandang sebagai objek pemeriksaan yang masih dianut oleh HIR untuk pemeriksaan pendahuluan, sama halnya dengan Ned. Sv. Yang lama yaitu tahun 1838 yang direvisi tahun 1885. Sejak tahun 1926 yaitu berlakunya Ned. Sv yang baru dinegeri Belanda dianut asas gematid accusatoir yang berarti asas bahwa tersangka dipandang sebagai pihak pada pemeriksaan pendahuluan dalam arti terbatas.¹⁶⁶

¹⁶³ Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana Perspektif Eksistensialisme dan abolisonisme*, Bandung: Binacipta, 1996, hal 16.

¹⁶⁴ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Semarang: Badan Penerbit UNDIP, 1996, hal. 2

¹⁶⁵ Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam Penerapan Syariat dalam Konteks Modernitas*, Bandung: Asy syamil, 2001, hal 124.

¹⁶⁶ Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2006, hal 22.

Berbeda dengan sistem lain baik *accusatorial* atau *inquisitorial*, prinsip yang menjadi panduan dari syariat Islam adalah *siyasa al syaria* (kebijakan syariat). Menurut Ibn Khaldun, meskipun syariat menentukan sanksi-sanksi untuk tindak pidana, ia tidak menentukan secara khusus sarana-sarana yang dapat dipergunakan untuk menahan pelaku dan membawanya untuk diadili. Hal ini terletak pada kekuasaan politik untuk mengadakannya sesuai dengan kepentingan terbaik dari masyarakat. Jadi prosedur-prosedur penyidikan dan penuntutannya dianggap dalam wilayah politik (*siyasa*), atau dari kekuasaan yang di serahi.¹⁶⁷

4.1.1 Sistem Peradilan Pidana Indonesia

Hukum acara pidana di Indonesia diawali dengan adanya kolonialisasi hukum dari Belanda. Berlakunya Undang-undang No.8 tahun 1981 tentang Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana telah menimbulkan perubahan fundamental terhadap tata cara penyelesaian perkara pidana di Indonesia.

Pada hakikatnya masalah kebijakan hukum pidana di Indonesia sebagai penganut system hukum Civil Law bukanlah semata-mata pekerjaan yang bersifat teknis perundang-undangan yang dapat dilakukan secara yuridis normative tetapi juga memerlukan pendekatan yuridis factual, yang dapat berupa pendekatan secara sosiologis, historis dan pendekatan integral dengan kebijakan sosial dan pembangunan nasional pada umumnya. Salah satu cara yang dapat digunakan untuk menanggulangi kejahatan adalah dengan menggunakan hukum pidana. menurut Muladi, penegakan hukum pidana merupakan bagian dari kebijakan penanggulangan kejahatan, tujuan akhir dari politik criminal ialah perlindungan masyarakat untuk mencapai tujuan utama yaitu kesejahteraan masyarakat.¹⁶⁸

Sampai saat ini pun, hukum pidana masih digunakan dan “diandalkan” sebagai salah satu sarana politik kriminal.¹⁶⁹ Hal tersebut dapat dilihat dari adanya ancaman pidana pada hampir setiap produk perundang-undangan yang

¹⁶⁷ Topo Santoso, *Op. Cit*, hal 124

¹⁶⁸ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, hal 8.

¹⁶⁹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal. 39

dikeluarkan oleh badan legislatif negara ini, Dengan demikian, hukum pidana hampir selalu digunakan untuk “menakut-nakuti” atau mengamankan berbagai kebijakan yang timbul di berbagai bidang terutama dalam menanggulangi kejahatan. Fenomena tersebut memberi kesan seolah-olah suatu peraturan akan kurang sempurna atau “hambar” apabila tidak disertai dengan ketentuan pidana.

Aplikasi atau penegakan hukum pidana yang tersedia tersebut dilaksanakan oleh instrumen-instrumen yang diberi wewenang oleh Undang-Undang untuk melaksanakan kewenangan dan kekuasaannya masing-masing dan harus dilakukan dalam suatu upaya yang sistematis untuk dapat mencapai tujuannya. Upaya yang sistematis ini dilakukan dengan mempergunakan segenap unsur yang terlibat di dalamnya sebagai suatu kesatuan dan saling berhubungan (*interelasi*), serta saling mempengaruhi satu sama lain. Upaya yang demikian harus diwujudkan dalam sebuah sistem yang bertugas menjalankan penegakan hukum pidana tersebut, yaitu Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice Sytem*) yang pada hakikatnya merupakan “sistem kekuasaan menegakkan hukum pidana”.¹⁷⁰

Sistem peradilan pidana di Indonesia diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) atau Undang-undang No. 8 tahun 1981, sebenarnya identik dengan penegakan hukum pidana yang merupakan suatu system kekuasaan/kewenangan dalam menegakkan hukum pidana. Sistem penegakan hukum pidana ini sesuai ketentuan dalam KUHAP dilaksanakan oleh 4 (empat) sub sistem yaitu :¹⁷¹

1. Kekuasaan Penyidikan oleh Lembaga Kepolisian.
2. Kekuasaan Penuntutan oleh Lembaga Penuntut Umum atau Kejaksaan.
3. Kekuasaan mengadili oleh Badan Peradilan atau Hakim.
4. Kekuasaan pelaksanaan hukuman oleh aparat pelaksana eksekusi (jaksa dan lembaga pemasyarakatan).

Keempat subsistem itu merupakan satu kesatuan sistem penegakan hukum

¹⁷⁰ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 28.

¹⁷¹ M.Hatta, “*Sistem Peradilan Pidana Terpadu, (Dalam konsepsi dan implementasi Kapita Selecta)*”, galang press, Yogyakarta 2008, hlm: 47.

pidana yang integral atau sering disebut dengan istilah *integrated criminal justice system* atau sistem peradilan Pidana terpadu.

Menilik sistem peradilan pidana terpadu yang diatur dalam KUHAP maka keempat komponen penegakan hukum Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan seharusnya konsisten menjaga agar sistem berjalan secara terpadu. Dengan cara melaksanakan tugas dan wewenang masing-masing sebagaimana telah diberikan oleh Undang-undang. Karena dalam sistem Civil Law yang kita anut, Undang-undang merupakan sumber hukum tertinggi. Karena disana (dalam Hukum acara Pidana) telah diatur hak dan kewajiban masing-masing penegak hukum dalam subsistem Peradilan Pidana terpadu maupun hak-hak dan kewajiban tersangka/terdakwa.

Proses Peradilan Pidana yang merupakan proses bekerjanya organisasi-organisasi terutama Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan, menggunakan konsep penyelenggaraan dan pengelolaan peradilan menurut sistem yang dikenal dengan sistem pendekatan yaitu penanganan secara sistemik terhadap administrasi peradilan. Pembagian tugas dan wewenang diantara masing-masing organisasi harus tegas, dan untuk ini diperlukan kesamaan visi antar aparat penegak hukum yang merupakan satu kesatuan dalam system peradilan pidana. Hal ini dimaksudkan untuk secara tegas menghindari adanya tumpang tindih dikarenakan telah adanya pembagian tugas dan wewenang yang jelas, artinya, berdasarkan hal tersebut harus dengan ditegaskan pembagian tugas dan wewenang antara aparat penegak hukum secara instansional, dimana KUHAP meletakkan suatu asas penjernihan dan modifikasi fungsi dan wewenang antara setiap instansi penegak hukum.

4.2 Mediasi Penal

Meskipun Indonesia tidak mengakui adanya mediasi dalam sistem peradilan pidana, akan tetapi di dalam prakteknya banyak perkara pidana di selesaikan melalui mekanisme mediasi, yang merupakan inisiatif penegak hukum sebagai bagian dari penyelesaian perkara. Dengan demikian, pada kenyataannya mediasi sebenarnya dapat dijalankan dalam Sistem Peradilan Pidana. Negara-

negara yang telah menerapkan hal tersebut adalah Austria, Jerman, Belgia, Prancis, Polandia, Slovenia, Canada, Amerika Serikat, Norwegia, Denmark, dan Finlandia. Mediasi inilah yang disebut sebagai mediasi penal. Mediasi penal menjadi kebutuhan keadilan karena didorong oleh keinginan pembuat hukum untuk mencapai keadilan yang restoratif atau yang kita sering dengar dengan istilah *restorative justice*.

Bahwa untuk mengimplementasikan mediasi penal tersebut harus tetap diberi payung/kerangka hukum (*mediation within the framework of criminal law*) yang dintegrasikan dalam hukum pidana materiil (KUHP) atau hukum pidana formal (KUHP). Yang dimaksud dengan *mediation within the framework of criminal law* adalah penempatan mediasi di dalam produk peraturan perundang-undangan.¹⁷²

4.2.1 Mediasi Penal dan Penerapannya di Indonesia

Menurut Barda Nawawi Arief menjelaskan perkembangan dan latar belakang munculnya ide mediasi penal sebagai pilihan penyelesaian perkara pidana yang terintegrasi dalam sistem peradilan pidana. Perkembangan tersebut dapat dilihat dalam.¹⁷³

- Kongres PBB ke-9 tahun 1995 dalam dokumen penunjang yang berkaitan dengan manajemen peradilan pidana mengungkapkan perlunya semua negara mempertimbangkan “*privatizing some law enforcement and justice functions*” dan “*alternative dispute resolution/ADR*” (berupa mediasi, konsiliasi, restitusi, dan kompensasi) dalam sistem peradilan pidana. Khusus mengenai ADR, dikemukakan dalam dokumen itu sebagai berikut: “*The techniques of mediation, consiliation and arbitration, which have been developed in the civil law environment, may well be more widely applicable in criminal law. For example, it is possible that some of the serious problems that complex and lengthy cases involving fraud and*

¹⁷² Barda Nawawi Arief, *Mediasi Penal: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*. Artikel dalam <http://bardanawawi.wordpress.com/2009/12/27/mediasi-penal-penyelesaian-perkara-pidana-diluarpengadilan/2009>, diakses pada tanggal 24 Maret 2011.

¹⁷³ *Ibid.*

white collar crime pose for courts could be reduced, if not entirely eliminated, by applying principles developed in conciliation and arbitration hearings. In particular, if the accused is a corporation or business entity rather than an individual person, the fundamental aim of the court hearing must be not to impose punishment but to achieve an outcome that is in the interest of society as a whole and to reduce the probability of recidivism.”

- Laporan Kongres PBB ke-9 tahun 1995 tentang *The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* mengemukakan:
 - Untuk mengatasi problem kelebihan muatan (penumpukan perkara) di pengadilan, para peserta kongres menekankan pada upaya pelepasan bersyarat, mediasi, restitusi, dan kompensasi, khususnya untuk pelaku pemula dan pelaku muda (dalam laporan No.112).
 - Ms. Toulemonde (Menteri Kehakiman Perancis) mengemukakan mediasi penal (*Penal mediation*) sebagai pusat suatu alternatif penuntutan yang memberikan kemungkinan penyelesaian negosiasi antara pelaku tindak pidana dengan korban. (dalam laporan No.319).
- Dalam Konferensi Internasional Reformasi Pidana (*International Penal Reform Conference*) yang diselenggarakan di Royal Holloway College, University of London, pada tanggal 13-17 April 1999, dikemukakan, bahwa salah satu unsur kunci dari agenda baru pembaharuan hukum pidana (*the key elements of a new agenda for penal reform*) ialah perlunya memperkaya sistem peradilan formal dengan sistem atau mekanisme informal dalam penyelesaian sengketa yang sesuai dengan standar-standar hak asasi manusia (*the need to enrich the formal judicial system with informal, locally based, dispute resolution mechanisms which meet human rights standards*).

Konferensi ini juga mengidentifikasi sembilan strategi pengembangan dalam melakukan pembaharuan hukum pidana.

- Komisi Para Menteri Dewan Eropa (*the Committee of Ministers of the Council of Europe*) pada tanggal 15 September 1999 telah menerima Recommendation No. R (99) 19 tentang *Mediation in Penal Matters*.
- Deklarasi Wina, Kongres PBB ke-10 tahun 2000 antara lain mengemukakan bahwa untuk memberikan perlindungan kepada korban kejahatan, hendaknya diintrodusir mekanisme mediasi dan peradilan restoratif (*restorative justice*).
- Uni Eropa membuat *The EU Council Framework Decision* pada tanggal 15 Maret 2001 tentang “Kedudukan korban di dalam proses pidana” (*The Standing of Victims in Criminal Proceedings*) – EU (2001/220/JBZ) yang di dalamnya mencakup masalah mediasi. Pasal 1 (e) dari *Framework Decision* ini mendefinisikan *mediation in criminal cases* sebagai “*The search prior to or during criminal proceedings, for a negotiated solution between the victim and the author of the offence, mediated by a competent person*”. Pasal 10 menyatakan, setiap negara anggota akan berusaha “*to promote mediation in criminal cases for offences which it considers appropriate for this sort of measure*”.
- ECOSOC (PBB) telah menerima Resolusi 2002/12 pada tanggal 24 Juli 2002 mengenai *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*

Mediasi penal pertama kali dikenal di Kitchener, Ontario, Kanada pada tahun 1974. Program ini kemudian menyebar ke Amerika Serikat, Inggris, dan negara-negara lain di Eropa. Di Amerika Serikat, mediasi penal pertama kali dipraktikkan di Elkhart, Indiana dan di Inggris oleh *The Exeter Youth Support Team* pada tahun 1979. Setelah itu, program mediasi penal tersebar ke banyak negara di dunia. Yang perkembangannya paling subur adalah di negara-negara Eropa.

Semakin maraknya penggunaan mediasi penal sebagai alternatif sistem peradilan pidana untuk menangani penyelesaian perkara pidana adalah karena keunggulan-keunggulan yang ditawarkan oleh mediasi sebagai pilihan penyelesaian sengketa, seperti fleksibilitas, kecepatan, rendahnya biaya, dan

kekuasaan yang dimiliki oleh para pihak untuk menentukan proses dan kesepakatan yang diinginkan. Umbreit¹⁷⁴, seorang profesor, pionir, dan pakar mediasi penal dari Amerika Serikat, menawarkan definisi mediasi penal, yaitu :

“A Process that gives victims of property crimes or minor assaults the opportunity to meet the perpetrators of these crimes in a safe and structured setting, with the goal of holding the offenders directly accountable while providing important assistance and compensation to the victims. Assisted by a trained mediator, the victim is able to let the offender know how the crime affected him or her, receive answers to questions, and be directly involved in developing a restitution plan for the offender to be accountable for the loss or damage caused”.

“Proses yang memberikan kesempatan kepada korban pencurian dan tindak pidana ringan untuk bertemu pelaku dalam suasana yang aman yang terstruktur, dengan tujuan meminta pelaku langsung bertanggung jawab sambil menyediakan bantuan dan kompensasi untuk korban. Dengan dibantu seorang mediator yang ahli, korban mampu memberitahu pelaku bagaimana kejahatan yang dilakukan mempengaruhi hidupnya. Mendapatkan jawaban, dan secara langsung terlibat dalam membuat rencana restitusi sebagai bentuk pertanggungjawaban pelaku terhadap kerugian atau kerusakan yang ditimbulkan”.

Mediasi Penal bisa digunakan untuk menangani perkara yang dilakukan orang dewasa maupun anak-anak. Barda Nawawi Arief¹⁷⁵ menjelaskan bahwa metode ini melibatkan berbagai pihak yang bertemu dengan dihadiri oleh mediator independen, atau kombinasi. Mediasi ini dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik pada tahap kebijakan polisi, tahap penuntutan, tahap pemidanaan, atau setelah pemidanaan. Model ini ada yang diterapkan untuk semua tipe pelaku tindak pidana, atau khusus untuk anak; atau untuk tipe tindak pidana tertentu (misal pengutulan, perampokan, dan tindak kekerasan). Selain itu, bisa ditujukan pada pelaku anak, pelaku pemula, juga untuk delik-delik berat.

Penggunaan mediasi penal sebagai alternatif peradilan pidana dalam penanganan penyelesaian perkara pidana terbilang baru karena biasanya mediasi penal digunakan untuk menangani tindak pidana pencurian dan tindak pidana

¹⁷⁴ Mark Umbreit, “Introductin: Restorative Justice Through Victim Offender Mediation”, dalam *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, ed Umbreit, M., Jossey-Bass, San Fransisco, 2001b, hal. xxxviii.

¹⁷⁵ Barda Nawawi Arief, *Mediasi Penal: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*. Artikel dalam <http://bardanawawi.wordpress.com/2009/12/27/mediasi-penal-penyelesaian-pekar-perkara-diluar-pengadilan/2009>, diakses pada tanggal 24 Maret 2011. hal. 8.

ringan lainnya. Namun seiring perkembangan zaman dan kebutuhan korban, mediasi penal juga dipakai untuk menyelesaikan tindak pidana pemerkosaan dan pembunuhan.¹⁷⁶ Banyak program mediasi penal dibuat untuk menghindarkan (diversi) pelaku tindak pidana dari penjara untuk mendapatkan pilihan mekanisme yang lebih murah, cepat, dan lebih ringan hukumannya.¹⁷⁷

Mediasi penal sebagai alternatif sistem peradilan pidana saat ini sangat diperlukan, karena:

- Diharapkan dapat mengurangi penumpukan perkara.
- Merupakan salah satu proses penyelesaian sengketa yang dianggap lebih cepat, murah, dan sederhana.
- Dapat memberikan akses seluas mungkin kepada para pihak yang bersengketa untuk memperoleh keadilan.
- Memperkuat dan memaksimalkan fungsi lembaga pengadilan dalam penyelesaian sengketa di samping proses menjatuhkan pidana.

Walaupun mediasi penal belum memiliki payung hukum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, sebenarnya sudah ada beberapa peraturan yang berupaya secara tersifat memungkinkan metode ini. Barda Nawawi Arief memaparkan perkembangan pengaturan mediasi penal di Indonesia.¹⁷⁸

1. Walaupun perkara pidana pada prinsipnya tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, namun dalam hal-hal tertentu dimungkinkan adanya penyelesaian kasus pidana di luar pengadilan, antara lain:
 - Dalam hal delik yang dilakukan berupa “ pelanggaran yang hanya diancam dengan pidana denda”. Menurut pasal 82 KUHP, kewenangan/hak menuntut delik pelanggaran itu hapus, apabila terdakwa telah membayar denda maksimum untuk delik pelanggaran itu dan biaya-biaya yang telah dikeluarkan jika penuntutan telah

¹⁷⁶ Rodney A. Ellis dan Karen M. Sowers, *Juvenile Justice Practice: Across Disciplinary Approach to Intervention*, Wadsworth, Belmont, 2001, hal. 205.

¹⁷⁷ Mark Umbreit dan Robert B. Coates, “The Impact of Victim Offender Mediation: Two Decades of Research”, dalam *The Handbook of Victim Offender Mediation*, ed Umbreit, M., Jossey-Bass, San Fransisco, 2001, hal. 169.

¹⁷⁸ Rodney A. Ellis dan Karen M. Sowers, *Juvenile Justice Practice: Across Disciplinary Approach to Intervention*, Wodsworth, Belmont, 2001, hal. 205.

dilakukan. Ketentuan dalam Pasal 82 KUHP ini dikenal dengan istilah “*afkoop*” atau “pembayaran denda damai” yang merupakan salah satu alasan penghapusan penuntutan.

2. Ketentuan di atas hanya memberi kemungkinan adanya penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan, namun belum merupakan “mediasi penal” seperti yang diuraikan di atas. Penyelesaian di luar pengadilan berdasarkan Pasal 82 KUHP di atas belum menggambarkan secara tegas adanya kemungkinan penyelesaian damai atau mediasi antara pelaku dan korban (terutama dalam masalah pemberian ganti rugi atau kompensasi) yang merupakan “sarana pengalihan/diversi” (*means of diversion*)” untuk dihentikannya penuntutan maupun penjatuhan pidana.
3. Gugurnya kewenangan penuntutan seperti yang ada dalam KUHP dan di dalam konsep rancangan KUHP digabung dalam satu pasal dan diperluas dengan ketentuan sebagai berikut:

Kewenangan penuntutan gugur, jika:

- a. Telah ada putusan yang memperoleh kekuatan hukum tetap.
- b. Terdakwa meninggal dunia.
- c. Daluarsa.
- d. Penyelesaian di luar proses.
- e. Maksimum pidana denda dibayar dengan sukarela bagi tindak pidana yang dilakukan hanya diancam dengan pidana denda paling banyak kategori II.
- f. Maksimum pidana denda dibayar dengan sukarela bagi tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak kategori III.
- g. Presiden memberi amnesti atau abolisi.
- h. Penuntutan dihentikan karena penuntutan diserahkan kepada negara lain berdasarkan perjanjian engaduannya ditarik kembali.
- i. Pengenaan asas oportunitas oleh Jaksa Agung

Bisa disimpulkan berdasarkan ketentuan tersebut bahwa Rancangan KUHP memungkinkan penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan. Walaupun

pengaturan rinciannya belum ada, namun akan diatur lebih lanjut di dalam Rancangan KUHAP. Mahkamah Agung mengeluarkan kebijakan ini untuk menerjemahkan Undang-Undang yang belum jelas peraturannya. Namun kewenangan ini sebatas prosedural dan bukan substantif. Dalam PerMA mediasi perkara perdata tersebut dinyatakan.¹⁷⁹

“Bahwa sambil menunggu peraturan perundang-undangan dan memperhatikan wewenang Mahkamah Agung dalam mengatur acara peradilan yang belum cukup diatur oleh peraturan Perundang-undangan, maka demi kepastian, ketertiban, dan kelancaran dalam proses mendamaikan para pihak untuk menyelesaikan suatu sengketa perdata, dipandang perlu menetapkan suatu Peraturan Mahkamah Agung.”

Karena itu mediasi penal bisa menjadi prospek baik dalam sistem peradilan pidana melalui penerbitan PerMA karena akan menyingkat waktu dibandingkan menerbitkan sebuah Undang-Undang yang memakan waktu lama. Namun, hal ini sudah merupakan terobosan hukum yang konstruktif, akan lebih baik kalau mediasi mempunyai dasar hukum dalam bentuk undang-undang karena akan berlaku secara nasional; tidak hanya berlaku dalam lingkup internal pengadilan yang menjadi yuridiksi sebuah PerMA. Hal ini pula yang menjadi salah satu hambatan mendasar dalam implementasi mediasi perkara perdata di pengadilan selama ini.¹⁸⁰

Akan lebih baik lagi bila mediasi penal atau konsep restorative justice dimasukkan dalam Rancangan KUHP dan KUHAP karena akan mempunyai kekuatan hukum yang mengikat para pihak dan aparat penegak hukum dengan kuat. Oleh karena sifat kasus pidana berbeda dengan perkara perdata. Sehingga Penulis menyimpulkan bahwa mediasi penal yang sesuai dengan budaya dan kondisi penyelesaian sengketa di Indonesia adalah penyelesaian perkara pidana melalui musyawarah dengan bantuan mediator yang netral, dihadiri oleh korban dan pelaku beserta keluarga dan perwakilan masyarakat, dengan tujuan pemulihan bagi korban, keluarga korban, pelaku, dan lingkungan masyarakat.

¹⁷⁹ Pertimbangan poin (d) Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

¹⁸⁰ Fatahillah A. Syukur, *Constraints Hampering The Implementation of Indonesia Court-Annexed Mediation and Some Proposed Solutions*, Paper presented at the 4th Asia Pacific Mediation Forum Conference, 2008, hal. 11.

4.2.2 Kelebihan dan Kekurangan Mediasi Penal

Semua metode penyelesaian sengketa pasti memiliki kelebihan dan kekurangan masing-masing, termasuk mediasi. Metode ini bukanlah obat yang dapat mendamaikan semua sengketa. Namun khusus dalam penanganan perkara pidana mediasi penal menawarkan beberapa kelebihan. Selain kelebihan itu, mediasi penal juga memberikan pengaruh besar terhadap kepentingan korban dan pelaku, diantaranya:¹⁸¹

- Mediasi mempunyai pengaruh yang signifikan dalam mengurangi kecemasan dan perasaan lemah dari korban;
- Mediasi memberikan kesempatan pada korban untuk menyampaikan pada pelaku tentang pengaruh dari tindak kriminal yang dilakukan, mendapatkan jawaban mengapa perbuatan tersebut dilakukan, dan menegosiasi restitusi;
- Mediasi juga menjadi media bagi pelaku untuk menjelaskan pada korban mengenai perbuatan yang dilakukan, meminta maaf, menegosiasi dan membayar restitusi.

Umbreit dan Coates¹⁸² melakukan penelitian tentang tingkat kepuasan yang dirasakan korban dan pelaku sebagai pengguna mediasi penal. Faktor-faktor dari mediasi penal yang memuaskan pengguna tersebut terangkum dalam Tabel 1.4

Tabel 1.4
Kepuasan Pengguna Mediasi Penal

No	Bagi Korban	Bagi Pelaku
1	Kesempatan bertemu dengan pelaku untuk memahami tindak kriminal yang dilakukan dan situasi pelaku.	Bertemu dengan korban dan mendapatkan kesempatan untuk didengar oleh korban

¹⁸¹ Mark Umbreit, *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation* (New York: Willow Tree Press, Inc, 1994). Hlm. 15. Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 81.

¹⁸² Mark Umbreit dan Robert B. Coates, "Victim-Offender Mediation : a Review of Research", dalam *Making Amends: Mediation and reparation in Criminal Justice*, (The United States, Routledge, London, 1992) hal.192-193. Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 82.

2	Kesempatan untuk memastikan adanya restitusi.	Terhindar dari penjara dan juga tidak memiliki catatan kriminal.
3	Mendapatkan curahan penyesalan dari pelaku	Mendapat kesempatan untuk membuat restitusi yang terjangkau menurut pelaku dan memperbaiki kesalahan
4	Mendapat perhatian dan perawatan dari mediator	

Marshal dan Merry¹⁸³ menambahkan bahwa mediasi penal dapat membuat pelaku lebih bertanggung jawab, daripada merasa terhina dan terpinggirkan ketika tindak kriminal pelaku ditangani oleh sistem peradilan. Bagi korban sendiri, ada beberapa alasan yang mendorong mereka memilih mengikuti proses mediasi dibandingkan pergi ke pengadilan, yaitu:¹⁸⁴

1. Untuk mendengar alasan pelaku melakukan tindakan tersebut.
2. Berkomunikasi dengan pelaku tentang akibat dari perbuatan.
3. Menolong pelaku bila memungkinkan.
4. Memastikan pelaku tidak mengulangi kejahatan yang sama.

Penelitian yang dilakukan oleh Umbreit¹⁸⁵ menemukan bahwa mediasi penal memberikan tingkat kepuasan yang tinggi dan adil bagi para pihak dan menghasilkan lebih dari 90% kesepakatan yang sukses diraih untuk mengompensasi korban. Penelitian lain yang dilakukan oleh Umbreit dan Armour mencatat tingkat keberhasilan yang cukup tinggi, yaitu 40%-60% di mana para pihak mengikuti proses mediasi penal.¹⁸⁶

¹⁸³ Tony F. Marshall dan Susan Merry, *Crime and Accountability: Victim/Offender, Mediation in Practice*, (Crown, London, 1990), hal. 239. Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 82.

¹⁸⁴ Mark Umbreit dan Mearilyn Peterson armour, *Restorative Justice Dialogue: An Essential Guide for Research and Practive*, (Springer Publishing, New York, 2010), hal. 129. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 87

¹⁸⁵ Mark Umbreit, *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*, Willow Tree Press, New York, 1994, hal. 15. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 87

¹⁸⁶ Ibid.

Van Ness dan Strong¹⁸⁷ juga berpendapat bahwa proses mediasi penal memberikan manfaat yang besar bagi kedua belah pihak, yaitu korban dan pelaku. Manfaat tersebut diantaranya adalah:

- Korban bisa mengonfrontasi pelaku, mencurahkan perasaan mereka, mengajukan pertanyaan, dan memiliki peranan langsung dalam menentukan hukuman.
- Pelaku diberikan kesempatan untuk bertanggung jawab terhadap perbuatan mereka dan memperbaikinya kepada korban.
- Korban dan pelaku berhadapan secara langsung sebagai orang, bukan dua kubu yang saling bermusuhan tanpa wajah, yang membuat mereka memahami perbuatan yang dilakukan, kondisi yang melatarbelakangi dan apa yang harus diperbuat untuk memperbaiki keadaan.

Liebmann¹⁸⁸ mamaparkan manfaat yang lebih rinci dari mediasi penal, tidka hanya untuk korban dna pelaku, tetapi juga untuk pengadilan dan masyarakat luas. Manfaat mediasi penal tersebut adalah:

Bagi Korban:

- Mengenali dan mempelajari pelaku
- Mengajukan pertanyaan pada pelaku
- Mencurahkan perasaan dan kebutuhan setelah kejahatan
- Menerima permintaan maaf dan/atau perbaikan/ganti rugi
- Mengedukasi pelaku mengenai akibat dari perbuatan mereka.
- Menyelesaikan konflik yang masih ada.
- Menjadi bagian dari proses peradilan pidana.
- Melupakan kejahatan yang terjadi.

Bagi Pelaku :

- Memiliki tanggung jawab atas kejahatan yang mereka lakukan.
- Mengetahui akibat perbuatan.

¹⁸⁷ Daniel Van Ness, dan Karen Heetderks Strong, *Pestoring Justive*, Anderson Publishing Cincinnati, 1997, hal. 72. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 87.

¹⁸⁸ Marian Liebmann, *Restorative Justice: How it Works*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2007, hal. 28-29. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 88.

- Meminta maaf atau menawarkan perbaikan / ganti rugi.
- Introspeksi diri.

Bagi Pengadilan:

- Mempelajari bagaimana hidup korban terpengaruh akibat perbuatan kejahatan.
 - Membuat keputusan yang lebih realistis.
 - Menerima permintaan maaf dan/atau perbaikan/ganti rugi dari pelaku.
- Membantu integrasi korban dan pelaku.

Dari penelitian yang dilakukan oleh Umbreit dan Coates¹⁸⁹ ditemukan beberapa faktor kelemahan mediasi penal yang membuat pihak korban mengalami kekecewaan, yaitu:

- Kurangnya tindak lanjut pelaku terhadap kesepakatan yang telah dibuat.
- Penundaan antara perbuatan kriminal yang telah dilakukan dan solusinya karena proses mediasi penal.
- Banyaknya waktu yang dibutuhkan untuk berpartisipasi dalam proses mediasi penal (apabila menggunakan *shuttle mediation*).

Sesuai dengan sifat dasar sengketa yang timbul dari tindak pidana kriminal, hambatan utama pelaksanaan mediasi penal adalah penolakan dari pihak utama yang terlibat, yaitu korban dan pelaku. Korban enggan berhadapan langsung dengan pelaku dalam proses mediasi penal karena ada perasaan takut dan marah terhadap pelaku kejahatan; sementara pelaku merasa malu dan bersalah ketika berhadapan dengan korban serta adanya kewajiban untuk bertanggung jawab. Bila hal ini terjadi, bukan berarti mediasi penal tidak bisa dilakukan. Mediator bisa bertemu kedua belah pihak di tempat yang terpisah (*shuttle mediation*). Mediasi jenis ini juga disebut dengan mediasi tidak langsung (*indirect mediation*).

¹⁸⁹ Mark Umbreit dan Robert B. Coates, "Victim-Offender Mediation: A Review of Research", dalam *Making Amends: Mediation and Reparation in Criminal Justice*, (The United States Routledge, London, 1992), hal. 193. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 89.

Marshall dan Merry¹⁹⁰ juga mengungkapkan kelemahan atau hambatan yang dihadapi oleh mediasi penal dalam penyelesaian perkara pidana, yaitu:

1. Masalah operasional

- Rekomendasi kasus untuk memakai mediasi

Hal ini merupakan masalah umum yang sering terjadi. Seperti telah disebutkan sebelumnya, pemahaman dan kerja sama antar aparat penegak hukum masih kurang hingga sulit meyakinkan mereka merekomendasikan kasus untuk diselesaikan melalui mediasi penal.

- Terbatasnya waktu

Karena mediasi penal tergabung dalam sistem peradilan pidana maka ada keterbatasan waktu dalam mediasi suatu kasus, walaupun kasus tersebut sangat kompleks atau sensitif.

- Kurangnya persiapan dan tindak 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

- Mediasi tidak langsung

Kalau proses mediasi ini yang dipakai, maka akan banyak memakan waktu dan kurang produktif dibandingkan bila korban dan pelaku saling bertemu secara langsung.

- Kurangnya sumber daya

Apabila 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

¹⁹⁰ Tony F. Marshall dan Susan Merry, *Crime and Accountability: Victim/Offender, Mediation in Practice*, (Crown, London, 1990) hal. 220-251. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 90.

untuk mediasi mutlak diperlukan sesuai asas kerahasiaan proses mediasi yang harus dijaga.

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.

3. Kompensasi

Sering kali pelaku yang melakukan tindak kriminal memang miskin hingga tidak mampu membayar kompensasi yang diajukan oleh korban yang mengakibatkan gagal tercapainya kesepakatan.

4. Akuntabilitas pelaku

Banyak pelaku yang hanya memanfaatkan mediasi penal sebagai cara untuk menghindari dari peradilan pidana (penjara). Setelah tercapainya kesepakatan perdamaian, mereka tidak mau melaksanakannya.¹⁹¹

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 akan bertanggung jawab terhadap pelaku tindak pidana yang harus disidang di pengadilan dan mungkin dijatuhi hukuman yang lebih buruk Wright.¹⁹² Karena masih adanya kelemahan tersebut, Wright menyampaikan beberapa saran langkah pengamanan (*safeguards*) yang mungkin bisa dipraktikkan dalam konteks sistem peradilan pidana di Indonesia dalam menangani penyelesaian perkara pidana untuk mengurangi efek negatif ini, yaitu:

1. Mediasi penal bisa ditawarkan setelah putusan dijatuhkan oleh hakim.

Dengan demikian, pilihan korban apakah akan ikut mediasi penal atau tidak, tidak mempengaruhi keluarnya vonis.

¹⁹¹ Fatahillah A. Syukur, *Op.Cit*, hal.83.

¹⁹² Martin Wright, "Victim/Offender Conferencing: The Need for Safeguards", dalam *Restorative Justice for Juveniles: Potentialities Risks, and Problems*, ed walgrave. L., Leuven University Press, Leuven, 1998, hal. 79-80. Sebagaimana dikutip dalam DS. Dewi dan Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*, hal. 91.

2. Pelaku dapat diminta melakukan kerja pelayanan untuk masyarakat (*community service*) dibandingkan hukuman yang lebih berat.
3. Pelaku dapat ikut serta dalam perkumpulan korban-pelaku (*Victim-OffenderGroup*) untuk tetap dapat mendiskusikan perbuatan yang dilakukan apabila korban tidak mau berdialog secara langsung.

Mediasi penal dapat dilakukan secara tidak langsung di mana mediator berfungsi sebagai perantara.

4.3 Mediasi Penal menurut Hukum Pidana Islam dan Hukum Adat.

Hukum pidana Islam dan Hukum Adat sebagai *Living laws* di Indonesia sangat menganjurkan penyelesaian sengketa dengan cara perdamaian. Sengketa yang dimaksudkan disini tidak hanya berupa perkara perdata, tetapi juga perkara pidana. Perkara pidana yang masih bisa di damaikan menurut Hukum Islam dan Hukum Adat tidak hanya meliputi tindak pidana ringan tetapi kejahatan berat, seperti pembunuhan. Bagi kedua sistem hukum ini segala sengketa bisa didamaikan apabila ada kesepakatan antara pelaku dan korban, dengan beberapa pengecualian dalam hukum Islam. Semangat perdamaian kedua sistem hukum sama dengan semangat keadilan restorative (*restorative justice*).¹⁹³

4.3.1 Mediasi Penal Menurut Hukum Islam

Keadilan restoratif menurut hukum Islam mengasumsikan bahwa kejahatan yang berkaitan dengan hubungan pribadi antara orang dengan orang tertentu bukanlah sebuah masalah yang berkaitan dengan publik (*private*). Dengan demikian peran negara harus dikesampingkan dalam hal korban dan pelakunya menyelesaikan permasalahan/sengketa diantara mereka. Keadilan restoratif dimaksudkan agar dapat lebih fleksibel dalam penyelesaian perkara pidana, proses penyelesaian melalui keadilan restoratif ini dapat mengambil beberapa bentuk tergantung dari tingkat kejahatannya, kerusakan yang disebabkan, kehidupan pribadi dan status sosial pelaku nya, jenis kelamin, umur, latar belakang keluarga, pendidikan dan posisi korban. Dan beberapa bentuk keadilan restoratif yang ada

¹⁹³ Fatahilah A. Syukur, *Op.Cit*, hal.77.

diantaranya adalah kompensasi, konsiliasi, dan pengampunan/maaf. Dan untuk para pelaku kejahatannya dapat dikenakan denda, diminta untuk memberikan permintaan maaf dan mengungkapkan penyesalan, ditempatkan di bawah masa percobaan atau diperlukan untuk memberikan layanan kepada korban atau untuk masyarakat.¹⁹⁴

Sebenarnya ada banyak dalil dalam sumber Hukum Islam yang mendorong para pihak untuk tidak menyelesaikan perkara secara adversarial. Beberapa dasar hukum yang bertalian dengan anjuran penyelesaian sengketa secara damai dalam Hukum Islam diantaranya¹⁹⁵:

1. Al-Qur'an Surat An Nisa ayat 92

“Dan barang siapa membunuh seorang mukmin karena tersalah, (hendaklah) ia memerdekakan hamba sahaya yang beriman serta membayar diat yang diserahkan kepada keluarganya (terbunuh itu) kecuali jika mereka (keluarga terbunuh) bersedekah.”

2. Hadits Nabi Muhammad SAW

Diriwayatkan oleh Ummi Kultsum binti Uqba bahwa Rasulullah SAW bersabda *“Barang siapa yang mendamaikan orang dengan membuat-buat berita yang baik atau mengucapkan yang baik-baik saja, bukanlah seorang pembohong (Shahih Bukhari).”*

3. Surat Khalifah Umar bin Khattab kepada salah seorang sahabat Babi yaitu Abu Musa Al Ansyari yang ditunjuk untuk menjadi hakim di suatu daerah yang berisi aturan petunjuk dalam menyelesaikan perkara.

“Segala jenis perdamaian (kompromi) dan konsiliasi di antara sesama Muslim diperbolehkan kecuali yang membuat sesuatu yang haram menjadi halal dan yang halal menjadi haram.”

Berdasarkan jurisprudensi Islam, korban dapat dipulihkan haknya melalui berbagai macam cara, para korban dapat mendesak penuntut umum agar pelaku mendapatkan hukuman yang semestinya. Dengan hal yang demikian, korban

¹⁹⁴ Mutaz M. Qafisheh, *Restorative Justice in the Islamic Penal Law: A Contribution to the Global System*, International Journal of Criminal Justice Sciences, Vol 7 Issue 1 January – June 2012, Hal. 488.

¹⁹⁵ Fatahilah A. Syukur, *Op.Cit*, hal.77.

dapat membuat pelaku merasakan apa yang dirasakannya, hal yang seperti ini dinamakan dengan *qisas* atau yang biasa disebut dengan pembalasan sistematis. Namun, korban dapat ditawarkan tiga (3) pilihan dalam menyelesaikan sengketa yang dialaminya yang berkaitan dengan pelaku, pilihan tersebut berupa kompensasi, konsiliasi, dan/atau pengampunan/maaf. Disini, kompensasi merupakan pilihan penyelesaian yang paling sering dilakukan. Berikut akan dijelaskan lebih dalam mengenai pilihan penyelesaian sengketa tersebut:¹⁹⁶

Anjuran penggunaan metode penyelesaian sengketa secara damai tersebut telah ada sejak pertama kali agama Islam diturunkan 1400 tahun silam dalam berbagai bentuk metode penyelesaian sengketa seperti negosiasi, mediasi, arbitrase, pandangan ahli, *ombudsman*, dan *med-arb*.¹⁹⁷ Dua metode penyelesaian sengketa yaitu *sulh* (mediasi) kaitannya perkara hukum pidana sedangkan *tahkim* (arbitrase) kaitannya dalam perkara perdata merupakan bagian integral dari sistem peradilan Islam, selain *qadha* (proses adjudikasi).¹⁹⁸ *Sulh* dan *tahkim* merupakan metode penyelesaian sengketa yang telah ada dalam masyarakat arab sebelum Islam di turunkan dan kemudian diadopsi menjadi bagian dari sistem peradilan Islam.¹⁹⁹ Hukum Islam bahkan lebih memprioritaskan penggunaan *sulh* sebagai metode penyelesaian sengketa dibandingkan proses adjudikasi.²⁰⁰ *Sulh* (Mediasi penal) juga bisa dipakai untuk menangani delik pidana. Hussin dan Muhammad menjelaskan:²⁰¹

In the context of Islamic criminal law, what is meant by sulh is to come to an agreement to remove the punishment provided for the offence committed or to mitigate it. Sulh can be made between the offender and the victim or his relative particularly if the crime infringes the right of individual. It can also be made between the offender and the judge if the right involves the right of Allah (i.e. the right of public).

(Dalam konteks hukum pidana Islam, yang dimaksud dengan *sulh* adalah mencapai suatu kesepakatan untuk membebaskan atau meringankan sanksi

¹⁹⁶Mutaz M. Qafisheh, *Op.,Cit.* hal. 489.

¹⁹⁷ Syed Khalid Rashid, "Peculiarities and Religious Underlining of ADR in Islamic Law," in *Asia Pacific Mediation Forum* (Kuala Lumpur 2008). Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 78.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Syed Khalid Rashid, *Op.,Cit.*

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Nasimah Hussin and Ramizah Wan Muhammad, "*Sulh in Islamic Criminal Law: Its Application in Muslim Countries*," in *Asia Pacific Mediation Forum* (Kuala Lumpur 2008)

untuk pelaku. *Sulh* dapat digunakan antara pelaku dan korban atau keluarganya khususnya bila melanggar hak seseorang (korban). *Sulh* juga dapat digunakan antara pelaku dan hakim jika hak itu melibatkan hak Allah (Misalnya hak publik).

Menurut penulis bahwa tidak semua tindak kejahatan dapat ditangani oleh *sulh*. Yang berkaitan dengan hak-hak Allah (*hudud*) tidak bisa dimediasi, seperti zina, pencurian, salah menuduh orang zina, mabuk, perampokan, pemberontakan, dan murtad. Namun bentuk kejahatan yang sudah tertera dalam Al-Qur'an dan Sunnah dan merupakan bagian dari *hudud* seperti *qisas* dan *diyat* masih bisa di mediasi.

4.3.2 Mediasi Penal Menurut Hukum Adat

Hukum Adat sangat mengutamakan penyelesaian sengketa secara damai, baik dalam perkara perdata maupun pidana. Hal ini disebabkan hukum adat tidak mengenal pembagian kategori hukum dalam ranah publik maupun privat seperti halnya hukum barat.²⁰² Sanksi sosial bisa diterapkan kepada pihak yang membawa kasusnya langsung ke pengadilan tanpa mencoba menyelesaikannya secara damai terlebih dahulu.²⁰³ Konsep keadilan restoratif sebenarnya telah lama dipraktikkan masyarakat Adat Indonesia, seperti di Papua, Bali, Toraja, Minangkabau, dan komunitas tradisional lain yang masih kuat memegang kebudayaan. Apabila terjadi suatu tindak pidana oleh seorang, penyelesaian sengketa diselesaikan di komunitas adat secara internal tanpa melibatkan aparat negara. Penyelesaian perkara pidana bisa diselesaikan melalui pembayaran ganti rugi berupa uang, perhiasan, hewan, atau benda berharga lainnya. Sebagai tanda penyelesaian sengketa biasanya para pihak yang bertikai duduk bersama, mengadakan pesta, menghisap perdamaian, mengunyah sirih, dan berbagai bentuk perdamaian lainnya. Yang menengahi sengketa, termasuk perkara pidana, biasanya adalah tetua adat atau orang yang dituakan dalam komunitas adat.

²⁰² Abbas, *Mediasi Dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat dan Hukum Nasional*. Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 79

²⁰³ Ibid.

Metode yang lebih banyak dipakai dalam penyelesaian sengketa secara adat kebanyakan adalah arbitrase dimana pihak ketiga memutuskan hasil akhir sengketa.²⁰⁴ Hukum Adat di Bali, awig-awig, menyatakan bahwa semua sengketa yang termasuk dalam hukum adat harus diselesaikan melalui proses pemutusan perkara oleh ketua adat.²⁰⁵ Metode ini juga digunakan oleh berbagai suku yang ada di Papua dimana tetua adat yang memutuskan sengketa.²⁰⁶ Yang belum diatur dalam awig-awig masih mungkin untuk dimediasi. Keputusan yang diambil oleh pihak ketiga ini harus ditaati para pihak yang bersengketa. Bilamana dilanggar, orang tersebut bisa dikenai sanksi ada atau dikeluarkan dari komunitas adatnya. Hukum adat merupakan metode penyelesaian sengketa yang efektif karena norma tersebut lebih dipatuhi oleh masyarakat adat setempat dibandingkan hukum negara. Hukum tidak tertulis lebih ditaati karena dianggap dapat memberikan rasa keadilan dan kepatutan hukum seperti yang mereka inginkan.²⁰⁷

Namun penggunaan hukum adat sebagai metode penyelesaian sengketa, khususnya perkara pidana, mempunyai beberapa kelemahan. Para tetua adat seringkali diragukan sebagai pemutus perkara yang baik, khususnya bila ada konflik kepentingan.²⁰⁸ Beberapa kelemahan hukum adat lainnya adalah:²⁰⁹

1. Hukum adat seringkali merendahkan HAM dan kesamaan di depan hukum terkait dengan hak keturunan bangsawan adat;
2. Otoritas tetua adat untuk memutus perkara bisa memicu penyelesaian sengketa yang tidak konsisten;

²⁰⁴ Fatahillah Abdul Syukur, "Community Mediation Training in Bali and Papua: Access to Justice in Indonesia" in *1st Asian Mediation Association Conference* (Singapore 2009).

²⁰⁵ LBH Bali, *Peradilan Desa Alternatif Penyelesaian Sengketa (Village Judiciary as Alternative Dispute Resolution)* Denpasar: Yayasan Kemala, 2005).

²⁰⁶ Syukur, "Community Mediation Training in Bali and Papua: Access to Justice in Indonesia".

²⁰⁷ Jaenal Aripin, *Peradilan Agama Dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia I* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008). Hlm. 466.

²⁰⁸ Renske Biezeveld, "The Many Roles of Adat in West Sumatra," in *The Revival of Tradition in Indonesian Politics: The Deployment of Adat From Colonialism to Indigenism*, ed. JS Davidson and David Henley (Oxon: Routledge, 2007). Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 80.

²⁰⁹ D. Borchier, "The Romance of Adat in the Indonesian Political Imagination and the Current Revival," in *The Revival of Tradition in Indonesian Politics: The Development of Adat From Colonialism to Indigenism*, ed. JS Davidson and David Henley (Ozon: Routledge, 2007) Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 81.

3. Hukum adat merendahkan kedudukan perempuan karena mereka tidak mempunyai peran dalam pengambilan keputusan.

4.4 Prospek Perdamaian dalam Sistem Peradilan Pidana

Menurut Prof. Mardjono Reksodiputro, SH, MA bahwa sistem peradilan pidana adalah suatu operasionalisasi atau suatu sistem yang bertujuan untuk menanggulangi kejahatan, salah satu usaha masyarakat untuk mengendalikan terjadinya kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi yang dapat diterima. Masih merupakan bagian tugas system peradilan pidana adalah mencegah terjadinya korban korban kejahatan maupun mencegah mereka yang sedang atau telah selesai menjalani pidana tidak mengulangi lagi perbuatan mereka yang melanggar hukum. Dengan demikian cakupan tugas system peradilan pidana : mencegah masyarakat menjadi korban, menyelesaikan kejahatan yang terjadi sehingga masyarakat puas bahwa keadilan telah ditegakan, serta berusaha mereka yang pernah melakukan kejahatan tidak mengulangi perbuatannya.²¹⁰

Konsiliasi atau Sulhu menurut dalam hukum pidana Islam, Para pihak yang bersengketa dipanggil oleh pihak ketiga untuk menjelaskan duduk permasalahannya sampai kepada kejadian yang menyebabkan para pihak saling terluka, hal ini dilakukan dengan tujuan untuk mengembalikan keadaan damai seperti semula sebelum adanya kejadian. Para pihak diberikan pilihan dan ditanyakan kemauan masing-masing. Konsiliasi dapat terwujud apabila pihak korban dan keluarganya setuju atas penyerahan sejumlah uang sebagai pengganti hukuman. Konsiliasi juga dapat terjadi dengan adanya penyesalan dari pelaku atas perbuatannya terkait kejahatan yang dilakukannya terhadap orang lain. Jika korban sampai kehilangan nyawa nya dan mereka tidak mempunyai seorang pun keluarga sebagai pewarisnya, maka Negara, dalam hal ini pemerintah berhak mewaris dan mendapatkan sejumlah uang, dalam keadaan yang seperti ini maka konsiliasi atau kompensasi tersebut bersifat denda bagi pelaku kejahatan.²¹¹

²¹⁰ Indriyanto Seno Adji, *KUHAP Dalam Prospektif*, Jakarta: Diadit Media, cet- 1, 2011. Hal. 4.

²¹¹ Mutaz M. Qafisheh, *Op., Cit*, Hal. 491-492

Sehingga penyelesaian perkara pidana menggunakan sistem peradilan pidana Indonesia secara kaku tidak akan dapat menyelesaikan permasalahan inti dari suatu tindak pidana, mengingat system ini menganut perpaduan antara system inkuisitur dan akusatur, yang dituangkan di dalam HIR sebagai dasar konkordansi dari Hukum Acara Pidana di Indonesia yang selanjutnya disinkronisasikan dan dimodifikasi menjadi Undang-undang Nomor 8 Tahun 1981. Secara teori, hasil perpaduan dua system tersebut dikenal dengan sebutan *the mixed type* atau "*the modern continental criminal procedure*". Sistem peradilan pidana Indonesia yang menganut system *the mixed type* yang telah dimodifikasi, secara garis besar dalam setiap perkara diawali dengan peran kepolisian sebagai penyidik dan penyidik, yang selanjutnya dibawa kepada penuntutan yang dilaksanakan oleh kejaksaan, serta pelimpahan ke pengadilan sebagai pembuktian materil perkara dan diakhiri dengan adanya putusan dari pengadilan. sistem ini tidak dimungkinkan adanya mediasi kecuali terhadap delik aduan sehingga tidak dimungkinkan terjadinya mediasi unruk mencapai perdamaian.²¹² Sebagai penegasan cara mediasi maupun musyawarah tidak dianut oleh KUHAP. Penulis menyimpulkan bahwa sistem peradilan pidana mempunyai kelemahan sebagai berikut :

1. Sistem peradilan pidana Indonesia menyamaratakan semua cara pemeriksaan, sedangkan masih terdapat perkara yang antara korban, keluarga, pelaku dan masyarakat sudah terjadi perdamaian pada waktu di kepolisian, kejaksaan dan pengadilan.
2. Sistem peradilan pidana Indonesia lebih menekankan pada penghukuman pelaku daripada perlindungan korban yang semestinya akibat dari kejahatan si pelaku.
3. Sistem peradilan pidana Indonesia terlalu legalistik dan mengesampingkan prinsip *social justice* dan kemanfaatn pembedanaan.

Sehingga Robert R Stang memberikan 9 (Sembilan) perubahan yang mendasar dalam Rancangan KUHAP salah satunya yang menarik bagi penulis adalah adanya " Case Dismissal". Meskipun KUHAP mengakui kemungkinan

²¹² Ridwan Mansyur, *Mediasi Penal Terhadap Perkara KDRT*, Jakarta: Yayasan Gema Yustisia Indonesia, cet-1, 2010, hal. 232.

penghentian kasus-kasus yang tidak berdasarkan kepentingan umum, biasanya semua kasus pidana, bahkan tuntutan yang kecil diserahkan pada pengadilan. Rancangan KUHAP member kewenangan khususnya pada penuntut dengan alasan kepentingan umum untuk meniadakan kasus kecil, dimana telah terjadi perdamaian antara pelaku dan korban (kelurga korban). Dan menurut penulis bahwa ini sangat penting untuk mengururangi beban system peradilan pidana yang selama ini terlalu berlebihan (over criminalization) terhadap perkara pidana yang telah adanya perdamaian antara pelaku dan korban.²¹³

Kebutuhan akan landasan hukum perdamaian atau mediasi penal ini sejarahnya mirip dengan integrasi mediasi perdata ke dalam sistem peradilan Indonesia. Kewajiban hakim untuk terlebih dahulu mendamaikan para pihak sebenarnya sudah ada dalam hukum acara perdata.²¹⁴ Namun karena kewajiban mendamaikan tersebut belumlah jelas dan belum secara rinci menjelaskan bagaimana prosedur belumlah jelas dan belum secara rinci menjelaskan bagaimana prosedur perdamaian perkara perdata, maka Mahkamah Agung RI kemudian menerbitkan PerMA Mediasi. Namun bentuk PerMA tersebut secara hierarkhis kedudukan peraturannya lebih rendah dibandingkan sebuah Undang-Undang dan hanya berlaku dalam lingkup internal pengadilan. Mahkamah Agung memang mengeluarkan kebijakan ini untuk menterjemahkan undang-undang yang belum jelas peraturannya. Hal ini merupakan kewenangan dari Mahkamah Agung, namun kewenangan mengeluarkan PerMA ini sebatas prosedural dan bukan substantif. Dalam PerMA mediasi perkara perdata terebut dinyatakan.²¹⁵

Bahwa sambil menunggu peraturan perundang-undangan dan memperhatikan wewenang Mahkamah Agung dalam mengaturh acara peradilan yang belum cukup diatur oleh pearutarn perundang-undangan, maka demi kepastian, ketertiban, dan kelancaran dalam proses mendamaikan para pihak untuk menyelesaikan suatu sengketa perdata, dipandang perlu menetapkan suatu Peraturan mahkamah Agung.

Dalam halnya keadilan retoratif menurut hukum Islam kepercayaan

²¹³Indriyanto Seno Adji, *KUHAP Dalam Prospektif*, Jakarta: Diadit Media, cet- 1, 2011. Hal. 18.

²¹⁴ Pasal 130 HIR dan Pasal 154 RBg.

²¹⁵ Pertimbangan point d Peraturan mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

terhadap agama khususnya Islam memegang peranan penting. Dalam hal ini karena ayat didalam Al-Quran sendiri mendorong pihak yang dirugikan untuk berkonsiliasi dan memberikan pengampunan/maaf terhadap pelaku. Hal yang kedua yang menjadi dasar pemikiran adalah untuk memaksakan suatu Qisas parameter nya harus ada pada tidak ada keraguan dan adanya unsur niat dari pelakunya. Ketiga, dalam hal adanya korban meninggal dunia, keluarga dari korban yang meninggal dunia harus memaksakan penyelesaian kasus nya melalui Qisas. Namun bila pihak keluarga korban dapat mengampuni/memaafkan, menerima konsiliasi atau kompensasi dari pelaku maka Qisas dapat dikesampingkan. Salah satu wujud dari kompensasi berikutnya adalah diat, diat adalah alternatif penyelesaian kasus dari hukuman mati atau hukuman lain dari kejahatan terhadap orang. Diat adalah pembayaran sejumlah uang terhadap korban atau keluarga korban, tentu saja jika korban dan keluarganya menerima hal tersebut.²¹⁶

Landasan hukum prospek perdamaian (mediasi penal) dalam sistem peradilan pidana idealnya berbentuk undang-undang karena mempunyai kekuatan hukum yang lebih besar dan mengikat para pihak dan aparat penegak hukum dengan kuat. Landasan undang-undang integrasi mediasi penal di Indonesia bisa dilakukan dengan menentukan tiga pilihan, yaitu:

1. Undang-undang tersendiri yang mampu menjadi landadsan hukum dan menjelaskan prosedur mediasi penal secara rinci;
2. Dimasukkan dalam KUHAP sehingga diakui sebagai metode yang sah dalam menangani perkara pidana. Untuk rincian prosedur mediasi penal di pengadilan bisa diatur dalam PerMA seperti mediasi perdata;

²¹⁶ Mutaz M. Qafisheh, *Op., Cit*, Hal. 489-491.

3. Revisi KUHP dengan memasukkan mediasi penal sebagai metode alternatif penyelesaian perkara.²¹⁷

Menurut penulis landasan hukum mediasi penal idealnya berbentuk UU tersendiri atau minimal dimasukkan dalam KUHP dan KUHP. Namun menyadari bahwa proses pembentukan atau revisi sebuah UU akan memakan waktu lama dan biaya yang tidak sedikit, maka untuk sementara waktu Mahkamah Agung RI bisa menerbitkan PerMA yang menjadi landasan hukum mediasi penal di pengadilan seperti halnya mediasi perdata. Bentuk prospek perdamaian (mediasi penal) ke dalam sistem peradilan pidana tersebut terbagi menjadi tiga pilihan yaitu:²¹⁸

1. Sebagai bagian dari proses peradilan pidana dimana dalam suatu tahap pemeriksaan perkara kemudian dirujuk pada proses mediasi penal. Jika berhasil mencapai kesepakatan akan berpengaruh terhadap putusan yang dijatuhkan. Negara yang mengadopsi sistem integrasi ini diantaranya Jerman dan Spanyol.
2. Sebagai pengganti proses peradilan pidana dimana perkara dialihkan (*diverted*) ke proses mediasi. Kesepakatan yang berhasil diraih akan disahkan sebagai putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap, sama seperti mediasi perdata. Negara yang melaksanakan sistem ini adalah Thailand dan Norwegia.
3. Gabungan diantara kedua sistem di atas. Inggris dan Wales adalah dua Negara yang memakai sistem ini.

Penulis berpendapat sistem yang sesuai dengan kondisi Indonesia adalah perdamaian atau mediasi penal sebagai diversifikasi dari pengadilan pidana. Sistem ini lebih bernafaskan keadilan restoratif dibandingkan yang lain. Para pihak lah yang menentukan nilai keadilan yang mereka inginkan. Apabila memakai sistem pertama maka kesepakatan yang berhasil mungkin dan bisa dimentahkan oleh

²¹⁷ Fatahillah A. Syukur, *Op.Cit*, hal.86.

²¹⁸ Simona Ghetti, "Juvenile Offenders and the Legas System: What we have learned from Victim-Offender Mediation," in *Victim-Offender Mediation with Youth Offenders in Europe*, ed. Anna Mestitz and Simona Ghetti (Dordrech: Springer, 2005). Hlm. 372. Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *MediasiPerkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 86.

hakim pemeriksa perkara. Namun mediator memegang peranan penting untuk memastikan kesepakatan yang berhasil diraih tidak melawan hukum dan mencerminkan keadilan bagi kedua pihak. Selaras dengan (rancangan) KUHAP yaitu asas peradilan ceapat, biaya murah dan sederhana. Penuntut umum berwenang demi kepentingan umum dan/atau alasan tertentu menghentikan penuntutan baik dengan syarat maupun tanpa syarat.²¹⁹

Hasil wawancara dengan Prof. Mardjono Reksodiputro pada perkembangannya bahwa usaha perkara untuk tidak masuk ke dalam pengadilan, perdamaian bisa dilakukan sebelum pengadilan dan setelah putusan pengadilan ini merupakan konsep restorative justice. akan lebih baik terjadi sebelum pengadilan supaya tidak jadi kepengadilan kemudian perdamaian biasanya memamng perkara perdata tapi tidak tertutp perkara pidana yaitu tindak pidana ringan misalnya KDRT, pencurian oleh anak ringan itu dapat di damaikan karena penghukuman akan merusak rumah tangga atau pelaku. untuk tindak pidana serius yang menyakut soal badan dan jiwa dalam hal ini perkosaan dan pembunuhan . menurut Prof. Mardjono pembunuhan bisa dilakukan perdamaian tetapi setelah putusan pengadilan dan hal ini memiliki kesinambungan dengan hukum Pidana Islam dengan pemaafan dari korban atau keluarga korban dan ganti rugi (diat). Integrasinya dalam sistem peradilan pidana dengan pengadilan juga akan memberi kekuatan hukum (eksekusi) kepada kesepakatan yang dihasilkan dalam perdamaian (mediasi penal). Kewajiban penegak hukum yang dimulai dari kepolisian, kejaksaan dan pengadilan (hakim) serta para advokat untuk mendamaikan para pihak yang bersengketa.

Terintegrasinya mediasi penal dalam pengadilan juga akan bisa mewajibkan pelaku untuk mengikuti konseling agar bisa mengubah perilaku kekerasannya. Bila konseling sebagai syarat hukuman percobaan ini dilanggar maka pelaku akan menempuh pidana penjara. Konseling akan lebih efektif dalam menangani pelaku pemula. Dalam pelaksanaan mediasi penal di pengadilan sepatutnya pelaku hanya diberikan satu kali kesempatan untuk terhindar dari

²¹⁹ Indriyanto Seno Adji, *KUHAP Dalam Prospektif*, Jakarta: Diadit Media, cet- 1, 2011. Hal. 25.

penjara. Apabila setelah menempuh konseling ternyata perilaku tidak berubah dan mengulangi perbuatan kekerasannya, maka sanksi penjara memang merupakan sanksi yang tepat untuk dirinya. Fisher dan Brandon menyatakan:²²⁰

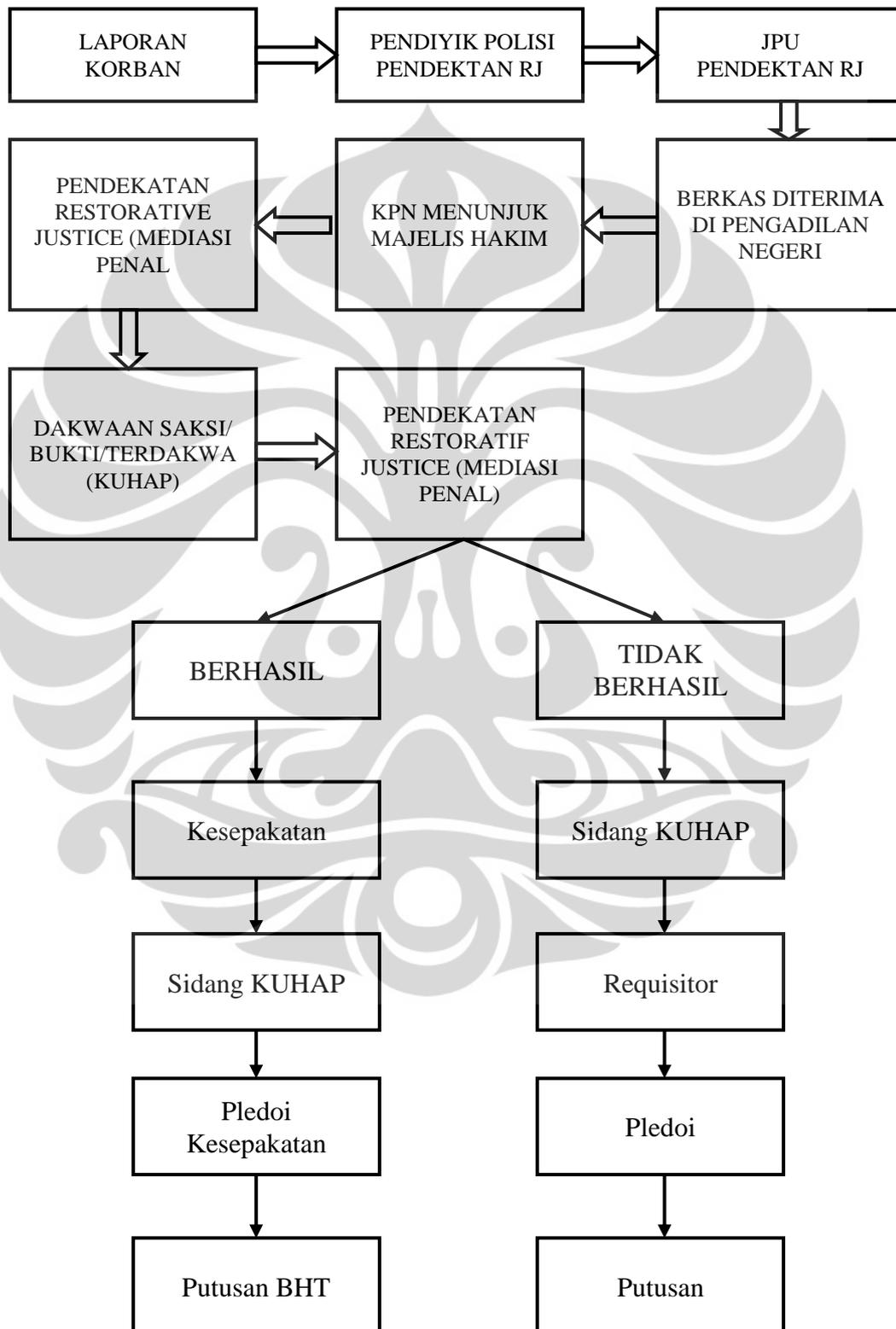
The function of counselling is to deal with complex family dynamics and emotions, and what these mean, to bring about change in behaviour. This behavioural change arises from a client's deeper understanding of himself of herself on the situation, and may simply be the ability to cope more effectively with it.

(Fungsi konseling (dalam mediasi) adalah untuk menangani dinamika keluarga dan emosi yang kompleks yang bertujuan untuk mengubah perilaku. Perubahan perilaku berasal dari pemahaman pelaku yang lebih mendalam tentang diri pribadi menghadapi situasi, atau mungkin menanganinya dengan cara yang lebih efektif).

Mengadopsi prosedur mediasi perdata yang membuka kemungkinan perdamaian perkara pidana di setiap tahapan pemeriksaan perkara sebelum jatuhnya putusan, mediasi penal juga bisa dilaksanakan pada setiap tahapan pemeriksaan perkara sebelum jatuhnya putusan. Hal ini untuk membuka semua kemungkinan terciptanya perdamaian di antara kedua belah pihak. Namun persetujuan dari kobran tindak pidana mutlak diperlukan dalam hal ini. Majelis hakim pemeriksa perkara berkewajiban melihat segala peluang perdamaian sesuai dengan syarat substantif yang telah dibahas sebelumnya, agar bisa dirujuk pada proses mediasi penal. Jika hal ini terjadi sebelum proses persidangan berlangsung maka proses pemeriksaan perkara dihentikan. Hal ini sama dengan prosedur mediasi penal yang diterapkan di Negara Jerman. Tahapan mediasi penal di sistem peradilan pidana dapat berbentuk alur dalam bagan 1.2 berikut ini:

²²⁰ Linda Fisher and Mieke brandon, *Mediating with Families*, 2nd ed. (New South Wales: Thomson Reuters, 2009). Hlm. 33. Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *MediasiPerkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 88.

Bagan 1.2
Alur Proses Mediasi Penal di Sistem Peradilan Pidana



Penjelasan:

1. Laporan korban atau advokat (kuasa korban) terhadap perkara pidana di terima oleh kepolisian.
2. Dilakukan upaya restorative justice dan apabila penyidik tidak mampu mendamaikan serta berpendapat berkas pidana telah lengkap maka berkas dilimpahkan kepada kejaksaan.
3. Dilakukan upaya restorative justice dan apabila kejaksaan tidak mampu mendamaikan serta berpendapat berkas telah lengkap dan cukup bukti maka berkas dilimpahkan ke pengadilan negeri sesuai dengan ketentuan KUHAP.
4. Berkas perkara pidana diterima oleh pengadilan negeri dan selanjutnya ketua pengadilan negeri menunjuk majelis hakim untuk memeriksa dan mengadili perkara.
5. Majelis hakim menetapkan hari sidang dan memimpin persidangan sesuai ketentuan KUHAP. Para pihak diminta menunjuk mediator atau ketua majelis yang menentukan.
6. Mediator yang ditunjuk kemudian diberikan waktu untuk melangsungkan proses mediasi penal. Mediator kemudian melapor kepada majelis hakim bilamana mediasi berhasil atau gagal mencapai kesepakatan.
7. Apabila berhasil mediasi penal maka ditandatangani kesepakatan perdamaian oleh para pihak beserta keluarga dan pendukung lain yang terlibat.
8. Selanjutnya kesepakatan perdamaian dilampirkan dalam tuntutan dan pledoi, diharapkan tuntutan dan putusan berupa tindakan agar putusan berkekuatan hukum tetap (*in kracht*).
9. Apabila mediasi penal tidak berhasil mencapai kesepakatan maka pemeriksaan di lanjutkan sesuai dengan KUHAP dan KUHP. Namun dalam setiap tahap pemeriksaan perkara hakim memantau setiap kali ada peluang perdamaian untuk dirujuk pada proses mediasi penal sebelum menjatuhkan putusan.²²¹

Bahwa proses mediasi penal sebaiknya dimediasi oleh bukan anggota majelis hakim pemeriksa perkara. Hal ini penting untuk menjaga netralitas hakim

²²¹ Fatahilah A. Syukur, *Op.Cit*, hal.89-90.

apabila mediasi penal gagal mencapai kesepakatan dan dilanjutkan ke persidangan Mediator perkara pidana juga haruslah hakim yang memiliki wibawa, keahlian dan pengalaman menangani perkara serta memiliki wawasan.

Dari hasil wawancara dengan Prof. Mardjono Reksodiputro diperlukan mediator dengan keilmuan tersendiri untuk menyelesaikan perkara pidana, mediator harus mencoba tidak berpihak terhadap pandangan pelaku dan korban dan mediator juga harus dianggap orang yang cukup netral bagi kedua belak pihak (polisi, jaksa dan hakim). Menurut penulis tentang berbagai aspek tentang mediasi penal dalam menangani perkara pidana, penulis berpendapat pengertian mediasi penal yang sesuai dengan budaya masyarakat Indonesia adalah proses penyelesaian perkara pidana melalui musyawarah dengan dibantu mediator yang mempunyai keahlian untuk melindungi hak korban dan menghindarkan pelaku dari penjara.

Definisi di atas disesuaikan dengan pola penyelesaian sengketa di Indonesia. Proses mediasi yang dilakukan didasarkan pada musyawarah yang sudah menjadi mekanisme tradisional masyarakat Indonesia. Musyawarah mensyaratkan semua pihak berkompromi untuk mencapai suatu titik temu, walaupun sampai mengorbankan hak atau kepentingan pribadi. Dalam konteks perkara pidana, korban yang haknya sudah dilanggar oleh pelaku merelakan haknya untuk mendapatkan pembalasan setimpal. Mediator yang menengahi perkara ini harus mempunyai keahlian tidak hanya dalam skill dan teknik mediasi dan aspek hukum pidana. Hal ini sangat penting karena mediasi penal menekankan pada perlindungan hak korban terlebih dahulu, baru kemudian menghindarkan pelaku dari pidana penjara. Prioritas perlindungan hak korban terletak pada pemulihan kondisi korban dan juga perilaku kekerasan pelaku agar tidak terulang kembali.²²² Penulis berpendapat bahwa pelaku harus mengakui perbuatannya, meminta maaf kepada korban, menjalani konseling dan membayar ganti kerugian. Serta mengedepankan peran korban, keluarga korban serta masyarakat yang telah memaafkan serta dapat menerima pelaku kembali ke masyarakat sebagai syarat untuk terbebas dari sanksi pidana. Dengan memenuhi

²²² Fatahilah A. Syukur, *Op.Cit*, hal.93-94

semua unsur definisi ini maka diharapkan tujuan mediasi penal yang merupakan semangat dari konsep restorative justice atau perdamaian (shulh) dalam hukum pidana Islam bisa tercapai.

Sesungguhnya perdamaian sudah dikenal sejak jaman dahulu karena ini merupakan hukum adat yang dahulu tidak dikenal adanya perbedaan antara hukum pidana dan hukum perdata. Bahwa perkara pidana sebenarnya bisa mengadopsi hukum perdata yang ada selama ini yang mengenal istilah mediasi untuk mendapatkan tujuannya yaitu perdamaian yang merupakan ruh dari keadilan restoratif. Bahwa dimungkinkan untuk pembunuhan dilakukan perdamaian tetapi memerlukan aturan yang jelas, harus terbuka dan harus dibuatkan dalam bentuk berita acara serta masuk dalam pengadilan dan menyatakan masalah pembunuhan telah selesai dan di arsipkan agar tidak diangkat dikemudian hari. Untuk masalah keluarga (waris) korban yaitu seluruh seluruh keluarga tanpa terkecuali walaupun sulit itulah yang harus dilakukan itulah tujuan restorative justice yaitu benar-benar telah terjadi islah sebagai mana yang diamanatkan dalam hukum Islam.

Perdamaian yang merupakan semangat atas keadilan restoratif menurut penulis suatu mekanisme penyelesaian perkara pidana yang pada dasarnya merupakan merupakan bagian dari hukum yang hidup dalam masyarakat yaitu musyawarah serta telah dikenal sebelumnya sejak 1400 tahun yang lalu. sehingga perlu diadopsi dalam sistem peradilan pidana Indonesia sehingga mengembalikan tujuan hukum pidana yaitu *ultimum remedium* sehingga pemidanaan merupakan obat terakhir bukan sebagai *primum remedium* yang selama di praktekkan penegak hukum kita yang sangat jauh dari rasa keadilan masyarakat. Semangat penyelesaian perkara pidana dengan cara kekeluargaan yang berdasar pada perdamaian antara korban (*victim*) atau keluarga/ waris dengan pelaku (*offender*) dengan melibatkan komunitas dan aparat hukum untuk membicarakan masalah hukumnya dengan mengedepankan prinsip-prinsip win-win solution yang menjadi harapan masyarakat Indonesia sehingga penjara yang ada di Indonesia tidak penuh sesak oleh seperti saat ini.

BAB V

PENUTUP

5.1 Kesimpulan

5.1.1 Perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana menurut hukum Islam

Pendekatan keadilan restoratif yang di dalam hukum Islam dikenal istilah *shulh* memberikan kesempatan dan kemungkinan bagi korban kejahatan untuk memperoleh reparasi, rasa aman, memungkinkan pelaku untuk memahami sebab dan akibat perlakunya dan bertanggung jawab dengan cara yang berarti dan memungkinkan masyarakat untuk memahami sebab utama terjadinya kejahatan, untuk memajukan kesejahteraan masyarakat dan mencegah kejahatan. Keadilan restoratif menampilkan serangkaian tindakan yang fleksibel yang dapat disesuaikan dengan sistem peradilan pidana yang berlaku dan secara komplementer dilakukan dengan mempertimbangkan kondisi hukum, sosial dan budaya.

Dalam hukum pidana Islam Perbuatan memaafkan dan perdamaian dari korban / keluarganya dipandang sebagai suatu yang lebih baik. Pihak pelaku bisa dijatuhi sanksi diat (yaitu sejumlah harta tertentu untuk korban dan keluarganya). Hal ini membawa kebaikan bagi kedua belah pihak dan tidak ada lagi dendam antara kedua pihak itu. Pihak korban mendapat perbaikan dari sanksi yang dijatuhkan, serta ada peranan korban dalam sistem dan proses peradilan pidana.

Dalam hukum pidana Islam tidak semua tindak kejahatan dapat ditangani oleh *sulh* (restorative justice). Yang berkaitan dengan hak-hak Allah (*hudud*) tidak bisa dimediasi, seperti zina, pencurian, salah menuduh orang zina, mabuk, perampokan, pemberontakan, dan murtad. Namun bentuk kejahatan yang sudah tertera dalam Al-Qur'an dan Sunnah dan merupakan bagian dari *hudud* seperti *qisas* dan *diyat* masih bisa di mediasi, sepanjang berkaitan hak individual yang dilanggar, sepanjang ada kesepakatan antara korban dan pelaku. Hal ini diselesaikan di dalam pengadilan.

5.1.2. Perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana menurut restorative justice

Paradigma baru untuk menghindari peradilan pidana yaitu dengan cara *Restorative justice* (selanjutnya diterjemahkan menjadi keadilan restoratif) adalah alternatif yang populer di berbagai belahan dunia untuk penanganan pelaku tindak pidana yang bermasalah dengan hukum karena menawarkan solusi yang komprehensif dan efektif. Keadilan restoratif bertujuan untuk memberdayakan para korban, pelaku, keluarga, dan masyarakat untuk memperbaiki suatu perbuatan melawan hukum, dengan menggunakan kesadaran dan keinsafan sebagai landasan untuk memperbaiki kehidupan bermasyarakat.

Penyelesaian melalui *restorative justice* merupakan upaya perdamaian (*shulh*) korban (*victim*) atau keluarga/ waris dengan pelaku (*offender*) dengan melibatkan komunitas dan aparat hukum untuk membicarakan masalah hukumnya dengan mengedepankan prinsip-prinsip win-win solution. Pihak pelaku telah menyatakan diri bersalah dan bersedia meminta maaf atas kesalahannya serta ingin bertanggung jawab atas segala akibat perbuatan yang ditimbulkannya. Serta sebaliknya korban/ keluarga/ waris serta komunitas atau masyarakat setempat secara ikhlas menerima kehadiran dan permintaan maaf dari pelaku. Nilai-nilai keadilan restoratif memberikan perhatian yang sama terhadap korban dan pelaku. Otoritas untuk menentukan rasa keadilan ada di tangan para pihak, bukan pada negara. Di negara-negara eropa sudah kita jumpai penyelesaian secara *Restorative Justice* dengan pembatasan tindak pidana yang bisa diselesaikan secara *Restorative Justice* sebagaimana negara Rusia terhadap tindak pidana di ancam hukuman 10 tahun sedangkan di negara Belanda 6 tahun.

5.1.3. Prospek perdamaian dalam penyelesaian perkara pidana dalam sistem peradilan pidana di Indonesia

Terdapat perbedaan yang sangat besar antara penyelesaian perkara pidana menurut hukum pidana Islam dan *Restorative Justice* mengenai tindak-tindak pidananya yang dapat dilaksanakan perdamaian, institusinya yang dapat

menyelesaikan perkara pidana secara perdamaian hal ini bisa menjadi komparasi untuk system peradilan pidana yang berada di Indonesia sehingga semangat untuk menyelesaikan permasalahan dengan perdamaian.

Fenomena penerapan restorative justice telah berkembang di masyarakat desa maupun perkotaan. Restorative justice atau perdamaian (*shulh*) telah diterima dan diakui dan dipraktikkan ditengah masyarakat. Meskipun Indonesia tidak mengakui adanya mediasi dalam sistem peradilan pidana, akan tetapi di dalam prakteknya banyak perkara pidana di selesaikan melalui mekanisme mediasi, yang merupakan inisiatif penegak hukum sebagai bagian dari penyelesaian perkara. Dengan demikian, pada kenyataannya mediasi sebenarnya dapat dijalankan dalam Sistem Peradilan Pidana. Mediasi inilah yang disebut sebagai mediasi penal. Mediasi penal menjadi kebutuhan keadilan karena didorong oleh keinginan pembuat hukum untuk mencapai keadilan yang restoratif atau ang kita sering dengar dengan isitlah restorative justice.

Hukum pidana Islam dan Hukum Adat sebagai *Living laws* di Indonesia sangat menganjurkan penyelesaian sengketa dengan cara perdamaian. Sengketa yang dimaksudkan disini tidak hanya berupa perkara perdata, tetapi juga perkara pidana. Perkara pidana yang masih bisa di damaikan menurut Hukum Islam dan Hukum Adat tidak hanya meliputi tindak pidana ringan tetapi kejahatan berat, seperti pembunuhan. Bagi kedua sistem hukum ini segala sengketa bisa didamaikan apabila ada kesepakatan antara pelaku dan korban, dengan beberapa pengecualian dalam hukum Islam. Semangat perdamaian kedua sistem hukum sama dengan semangat keadilan restorative (*restorative justice*).

Metode penyelesaian perkara pidana yang sesuai dengan kondisi Indonesia adalah perdamaian atau restorative justice sebagai diversifikasi dari pengadilan pidana. Sistem ini lebih bernafaskan keadilan restoratif dibandingkan yang lain. Para pihak lah yang menentukan nilai keadilan yang mereka inginkan. Apabila memakai sistem pertama maka kesepakatan yang berhasil mungkin dan bisa dimantahkan oleh hakim pemeriksa perkara. Namun mediator memegang peranan

penting untuk memastikan kesepakatan yang berhasil diraih tidak melawan hukum dan mencerminkan keadilan bagi kedua pihak. Selaras dengan (rancangan) KUHAP yaitu asas peradilan ceapat, biaya murah dan sederhana. Penuntut umum berwenang demi kepentingan umum dan/atau alasan tertentu menghentikan penuntutan baik dengan syarat maupun tanpa syarat.

5.2 Rekomendasi

Konsep restorative justice belum diatur secara jelas dalam sistem peradilan pidana kita sehingga menempatkan penegak hukum dalam posisi yang sulit dan dilematis mengingat penyelesaian perkara dalam perkara pidana kita sangat formalistik legalistik;

Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat harus memikirkan agar konsep restorative justice dapat diimplementasikannya melalui mediasi penal tersebut harus tetap diberi payung/kerangka hukum yang dintegrasikan dalam hukum pidana materiil (KUHP) atau hukum pidana formal (KUHAP). ini dapat digunakan dalam menyelesaikan perkara tertentu yaitu tindak pidana ringan, harta kekayaan dan badan serta jiwa, maka seyogyanya dirumuskan dalm suatu perundang-undangan nasional, hal itu diperlukan karena tanpa suatu undang-undang yang mengatur secara tegas konsep restorative justice atau perdamaian, penegak hukum akan menghadapi kesulitan dalam penerapannya;

Politik hukum dalam kebijakan legislasi mengenai restorative justice merupakan jawaban atau solusi untuk mengatasi masalah yang timbul dalam praktek yang diakibatkan bekerjanya system peradilan pidana dan system pemidanaan yang di prkatekan di Indonesia dengan kebutuhan untuk menerapkan restorative justice guna merealisaasikan pendekatan yang lebih adil baik bagi pelaku, korban, keluarga korban maupun masyarkat. Oleh karena itu adanya payung hukum diperlukan agar restorative justice memperoleh akar yang lebih kuat dalam implementasi restorative justice sehingga mengembalikan tujuan hukum pidana sebagai ultimum remedium;

DAFTAR PUSTAKA

A. Peraturan Perundang-Undangan.

Indonesia. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*.

_____. *Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana Indonesia*.

_____. *Undang-Undang tentang Informasi dan Transaksi Elektronik*. UU No. 11 Tahun 2008.

_____. *Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*. 2010.

_____. *Rancangan Undang-Undang Hukum Acara Pidana Indonesia*. 2010.

_____. *Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*.

B. Buku

Abdoerraoef. *Al-Qur'an dan Ilmu Hukum*. Jakarta: Bulan Bintang, 1970.

Abdul Azis Dahlan dkk. *Ensiklopedi Hukum Islam*. Jilid II, Jakarta: PT Ichtiar Baru can Hoeve, 2001.

Adib Bisri dan Munawwir A Fatah, *Al Bisri, Kamus Indonesia-Arab, Arab Indonesia*, cet. Pertama, Pustaka Prohresif, Surabaya, 1999.

Adi Sulityono. *Mengembangkan Paradigma NonLitigasi di Indonesia*. Surakarta: UNS Press, 2006.

Ahmad Wardi Muslich. *Pengantar dan Asas Hukum Pidana Islam*. Jakarta: Sinar Grafika, cet-II, 2006.

Ahmad Djazuli. *Fiqh Jinaiyah*. PT. Raja Grafindo Persada. Jakarta 2000.

Andi Hamzah. *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2006.

A.Z.Abidin,A.Hamzah. *Pengantar dalam Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta: PT Yasrif Watampone, 2010.

Barda Nawawi Arief. *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.

Barda Nawawi Arief. *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.

Chaerudin dan Syarif Fadilah. *Korban Kejahatan dalam Perspektif Viktimologi & Hukum Pidana Islam*. Jakarta: Grhadika Press, cet. 1, 2004.

Dewi DS dan A. Syukur Fatahilah. *Mediasi Penal: Penerapan Restorative Justice di Pengadilan Anak Indonesia*. Depok: Indie Publishing, 2011.

Indriyanto Seno Adji. *KUHAP Dalam Prospektif*. Jakarta: Diadit Media, cet- 1, 2011.

Jan Remmelink. *HUKUM PIDANA Komentar atas pasal-pasal terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*. Jakarta: PT Gramedia Pusaka Utama, 2003.

Jaenal Aripin. *Peradilan Agama Dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia I*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008.

Joni Emirzon. *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2001.

M.Hatta. *Sistem Peradilan Pidana Terpadu, (Dalam konsepsi dan implementasi) Kapita Selecta*. galang press: Yogjakarta 2008.

M. Quarish Shihab. *Tafsir Al-Mishbah; Pesan, Kesan dan Kreasi Al-Qur'an*. Volume 1, Cet. Kedua, Lentera Hati, Jakarta, 2004.

M. Quraish Shihab. *Wawasan Al-Qur'an Tafsir Maudhu'I Atas Pelbagai Persoalan Umat*. Bandung: Mizan Cet.XI, 2007.

Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat. *Penyelesaian Pelanggaran HAM BERAT In Court System & Out Court System*. Jakarta : Gratama Publishing, 2011.

Mardjono Reksodiputro. *Hak Asasi Manusia dalam Sistem Peradilan Pidana*. Jakarta: Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum, Universitas Indonesia, 1999.

Mardjono Reksodiputro. *Mengembangkan Pendekatan Terpadu Dalam Sistem Peradilan Pidana (Suatu Pemikiran Awal)* dalam kumpulan tulisan *Kriminologi dan Sistem Peradilan Pidana. Buku Kedua*, Jakarta : Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum Universitas Indonesia 1994.

Mochtar Kusumaatmadja. *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*. Alumni, Bandung, 2002.

Muhammad Shahrour. *Metodologi Fiqih Islam Kontemporer*. Judul Asli: Nahwu Usul, Jadidah Li al Fiqih al Islami, cet. Pertama, penerbit eLSAQ Press, 2004.

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

Muladi and Barda Nawawi Arief. *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*. Bandung: Alumni, 1992.

Rahmat Hakim. *Hukum Pidana Islam (Fiqh Jinayah)*. Bandung: Pustaka Setia, Cet-I, 2000.

Ridwan Mansyur. *Mediasi Penal Terhadap Perkara KDRT*. Jakarta: Yayasan Gema Yustisia Indonesia, cet-1, 2010, hal. 232.

Romli Atmasasmita. *Sistem Peradilan Pidana Perspektif Eksistensialisme dan abolisionisme*. Bandung: Binacipta, 1996.

Satjipto Rahardjo. *Penegakan Hukum Progresif*. Jakarta: PT Kompas Media Nusantara 2010.

Satjipto Rahardjo. *Sosiologi Hukum Perkembangan Metode Dan Pilihan Masalah*. Surakarta: Muhammadiyah University press, 2002.

Sudikno Mentokusumo. *Ilmu Hukum Suatu Pengantar*. Liberty Yogyakarta, 1997, hal 98.

T.M. hasby Ash-Shiddiqiey. *Falsafah Hukum Islam*. Jakarta: Bulan Bintang, 1975.

Topo Santoso. *Membumikan Hukum Pidana Islam: penegakan syariat dalam wacana dan agenda*. Jakarta: Gema Insani Press, cet-1, 2003.

Topo Santoso. *Menggagas Hukum Pidana Islam Penerapan Syariat dalam Konteks Modernitas*. Bandung: Asy syamil, 2001.

C. Internet

Barda Nawawi Arief, *Mediasi Penal: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*. Artikel dalam <http://bardanawawi.wordpress.com/2009/12/27/mediasi-penal-penyelesaian-perkara-pidana-diluarpengadilan/2009>, diakses pada tanggal 24 Maret 2011.

Marc Levin, *Restorative justice in Texas : Past, Present and Future*, (Texas: Texas Public Policy Foundation, 2005) hlm. 5-7 ditelusur melalui www.TexasPolicy.com pada tanggal 17 Oktober 2011.

Di telusur melalui <http://restatika.wordpress.com/2010/03/08/karakteristik-hukum-pidana-dalam-konteks-ultimum-remedium/> pada tanggal 10 februari 2012.

D. Makalah dan Jurnal

A. Yani Wahid. "Ishlah, Resolusi Konflik untuk Rekonsiliasi". Kompas, 16 Maret 2001.

Bagir Manan. *Perlu Ada Pendamai di Luar Pengadilan*. Media Indonesia, 18 September 2002.

Fatahillah Abdul Syukur. "*Community Mediation Training in Bali and Papua: Access to Justice in Indonesia*" in 1st Asian Mediation Association Conference. Singapore 2009.

Lambang Priyono. dalam "Kebenaran VS Keadilan; Pertanggungjawaban Pelanggaran HAM di Masa Lalu." Ed. Ifdhal kasim dan Eddie riyadi Terre, Elsam, Jakarta. 2003

LBH Bali, *Peradilan Desa Alternatif Penyelesaian Sengketa (Village Judiciary as Alternative Dispute Resolution)* Denpasar: Yayasan Kemala, 2005.

LP3ES. *The Development of Village Mediation Center*. Jakarta: Lembaga Penelitian Pendidikan dan Penerangan Ekonomi dan Sosial, 2005.

Mutaz M. Qafisheh, *Restorative Justice in the Islamic Penal Law: A Contribution to the Global System*, International Journal of Criminal Justice Sciences, Vol 7 Issue 1 January – June 2012

M. Abdul Khodiq. dalam Jurnal Hukum, *Masa Depan Hukum Islam*. No. 8 Volume 4, Yogyakarta: Fakultas Hukum UII, 1997.

Muladi. *Restorative Justice dalam Sistem Peradilan Pidana*. Makalah disampaikan dalam seminar IKAHI tanggal 25 April 2012.

Othman, A. And Amicable Settlement Is Best: Sulh and dispute Resolution in Islamic Law. Arab Law Quarterly 21 2007.

Satjipto Rahardjo. Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan. *Jurnal Hukum Progresif*. Program Doktor Ilmu Hukum Univ. Diponegoro, Vol. 1/No. 1/April 2005, hal. 3-5.

E. DISERTASI

Eva Achjani Zulfa. *Desertasi : Keadilan Restoratif di Indonesia*. Universitas Indonesia, 2009.

Universitas Indonesia