

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Restorative Justice atau sering diterjemahkan sebagai keadilan restorasi, merupakan suatu model pendekatan yang muncul dalam era tahun 1960-an dalam upaya penyelesaian perkara pidana. Berbeda dengan pendekatan yang dipakai pada sistem peradilan pidana konvensional, pendekatan ini menitikberatkan adanya partisipasi langsung dari pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara pidana.

Pengertian dari *restorative justice* adalah upaya untuk memberikan suatu pemulihan hubungan dan penebusan kesalahan yang ingin dilakukan oleh pelaku tindak pidana (keluarganya) terhadap korban tindak pidana tersebut (keluarganya) (upaya perdamaian) di luar pengadilan dengan maksud dan tujuan agar permasalahan hukum yang timbul akibat terjadinya perbuatan pidana tersebut dapat diselesaikan dengan baik dengan tercapainya persetujuan dan kesepakatan diantara para pihak.¹ Diharapkan dengan pelaksanaan keadilan restoratif, yaitu keadilan ini adalah suatu proses dimana semua pihak yang terlibat dalam suatu tindak pidana tertentu bersama-sama memecahkan masalah bagaimana menangani akibatnya dimasa yang akan datang.

¹Hanafi Arief, dkk, "Penerapan Prinsip Restorative Justice dalam Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia", *Jurnal Al'Adl*, Volume X Nomor 2, 2018, hlm. 1.

Penerapan *restorative justice* sebagai bagian dari pemenuhan hak asasi manusia dalam penyelesaian perkara pidana, di dasarkan atas beberapa kebijakan yaitu:

Pertama, kritik terhadap sistem peradilan pidana yang tidak memberikan kesempatan khususnya bagi korban (*criminal justice system that disempowers* individu); kedua, menghilangkan konflik khususnya antara pelaku dengan korban dan masyarakat (*taking away the conflict from them*); ketiga, fakta bahwa perasaan ketidakberdayaan yang dialami sebagai akibat dari tindak pidana harus di atasi untuk mencapai perbaikan (*in order to achieve reparation*).²

Liebmann secara sederhana mengartikan *restorative justice* sebagai suatu sistem hukum yang “bertujuan untuk mengembalikan kesejahteraan korban, pelaku dan masyarakat yang rusak oleh kejahatan, dan untuk mencegah pelanggaran atau tindakan kejahatan lebih lanjut”.³

Liebmann juga memberikan rumusan prinsip dasar *restorative justice* sebagai berikut:

- a. Memprioritaskan dukungan dan penyembuhan korban.
- b. Pelaku pelanggaran bertanggung jawab atas apa yang mereka lakukan.
- c. Dialog antara korban dengan pelaku untuk mencapai pemahaman.
- d. Ada upaya untuk meletakkan secara benar kerugian yang ditimbulkan.
- e. Pelaku pelanggar harus sadar tentang bagaimana cara menghindari kejahatan di masa depan.
- f. Masyarakat turut membantu dalam mengintegrasikan dua belah pihak, baik korban maupun pelaku.⁴

Namun, asas *restorative justice* dinilai bertentangan dengan asas hukum pidana kontinental. Dalam hukum pidana Indonesia yang bersumber dari

²Ivo Aertsen, et, al, “Restorative Justice and the Active victim: Exploring the Concept of Empowerment”, *Journal TEMIDA*, 2011, hlm. 8-9.

³Marian Liebmann, *Restorative Justice, How it Work*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2007, hlm. 25.

⁴*Ibid.*

hukum Belanda, semua dugaan tindak pidana harus disidik dan berakhir dengan putusan hakim. Artinya, tidak terdapat ruang bagi korban dan pelaku untuk duduk bersama. Dalam konsep kontinental, negara akan mewakili korban dalam sistem peradilan pidana. Di sisi lain, konsep ini diterapkan dalam sistem peradilan pidana anak di Indonesia. Konsep tersebut mengenal adanya mekanisme yang dapat digunakan korban, pelaku, dan pihak-pihak terkait untuk duduk bersama dan mengambil keputusan untuk mengatasi dampak tindak pidana.

Ditemukan pula bahwa dalam praktik *restorative justice* dengan beragam paradigma peradilan pidana, penerapan *restorative justice* mempunyai pijakan yang kuat dalam asas-asas fundamental hukum pidana.⁵ Oleh karena, dalam aspek ini, sangat mungkin jika *restorative justice* berkaitan dengan asas ultimum remedium. Namun, perkembangan *restorative justice* di Indonesia berjalan sangat lambat. *Restorative justice* hanya diatur dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak (UU SPPA).

Pasal 1 butir (6) U SPPA menyatakan “Keadilan restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.”

⁵Gabbay, Z. D, “Justifying Restorative Justice: A Theoretical Justification for the Use of Restorative Justice Practices”, *Journal of Dispute Resolution*, 2015, hlm. 2.

UU tersebut mendefinisikan *restorative justice* sebagai mekanisme penyelesaian tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, penegak hukum, dan masyarakat untuk mencapai penyelesaian terbaik dengan menekankan pada pemulihan kondisi. Untuk menerapkan *restorative justice*, Pasal 5 UU SPPA mengatur mekanisme diversi dalam sistem peradilan pidana anak. Namun, pengaturan di lingkup peradilan pidana anak tidaklah cukup untuk menerapkan keadilan restoratif.

Setelah disepakatinya Nota Kesepakatan Bersama, Mahkamah Agung, Kejaksaan Agung, dan Kepolisian Republik Indonesia membuat peraturan lebih lanjut untuk masing-masing institusi sebagai pedoman penyelesaian perkara pidana dengan prinsip keadilan restoratif, antara lain:

1. Surat Edaran Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor SE/8/VII/2018 Tahun 2018 tentang Penerapan Keadilan Restoratif dalam Penyelesaian Perkara Pidana (SE Kapolri 8/2018”);
2. Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2019 tentang Penyidikan Tindak Pidana (Perkapolri 6/2019);
3. Peraturan Kejaksaan Republik Indonesia Nomor 15 Tahun 2020 tentang Penghentian Penuntutan Berdasarkan Keadilan Restoratif (Perkejaksaan 15/2020; dan
4. Keputusan Direktur Jendral Badan Peradilan Umum Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1691/DJU/SK/PS.00/12/2020 tentang Pemberlakuan Pedoman Penerapan Keadilan Restoratif (Kepdirjenbadilum 1691/2020).

Aturan dan kebijakan dalam penerapan konsep keadilan restoratif telah dikeluarkan oleh sub sistem peradilan pidana di Indonesia baik itu di Kepolisian pada tahap penyidikan, Kejaksaan di tahap penuntutan serta di Mahkamah Agung pada tingkat peradilan yang berbentuk Peraturan atau Keputusan, akan tetapi aturan dan kebijakan yang dikeluarkan oleh sub sistem peradilan pidana tersebut terdapat perbedaan dan ketidaksamaan dalam

penerapannya. Permasalahan keadilan restoratif tidak akan pernah cukup diatur dalam peraturan teknis dan belum diatur dalam tingkat undang-undang.

Berdasarkan pembentukan peraturan pada setiap tingkatan tersebut, maka konsep keadilan restoratif semakin dikenal dalam berbagai tahapan peradilan. Namun, pemaknaan keadilan restoratif tersebut juga belum optimal karena terbatas pengaturannya pada tingkatan dibawah undang-undang.⁶ Lebih lanjut penulis juga menilai bahwa kebijakan *restoratif justice* yang diatur hanya dalam peraturan kebijakan dari sub sistem peradilan pidana dinilai bertentangan dengan asas kepastian hukum yang terdapat dalam KUHP dan KUHPA, maka dari itu sudah menjadi suatu urgensi bahwa penerapan konsep *restoratif justice* di Indonesia harus diatur dalam suatu peraturan berbentuk undang-undang agar dapat menjamin kepastian hukum serta keadilan dalam pelaksanaannya.

Kebijakan untuk membuat hukum pidana menjadi baik dan efektif yang baik dan berdaya guna atau kebijakan politik hukum pidana (*penal policy*) merupakan bagian dari kebijakan hukum pidana (*criminal policy*), sebagaimana medapat dari Marc Ancel yang mengatakan:

Kebijakan hukum pidana adalah “suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada para penyelenggara negara atau pelaksana putusan pengadilan.”⁷

⁶Muhammad Fatahillah Akbar, “Pembaharuan Keadilan Restoratif Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia”, *Jurnal Masalah-Masalah Hukum*, Volume 51 Nomor 2, 2022, hlm. 199-200.

⁷Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra AdityaBakti, Bandung, 1996, hlm. 4.

Sejalan dengan pendapat Marc Ancel, Sudarto mengatakan bahwa, “Melakukan kebijakan hukum pidana adalah membuat pilihan hukum untuk memastikan bahwa peraturan perundangundangan hukum pidana memenuhi persyaratan keadilan dan efektivitas dengan sebaik-baiknya”.⁸ Dilain waktu dikatakan bahwa melaksanakan politik pidana berarti berusaha untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan hukum pidana sesuai dengan keadaan dan situasi serta untuk masa yang akan datang. Reformasi hukum pidana pada hakekatnya menyangkut upaya reorientasi dan reformasi hukum pidana sejalan dengan nilai-nilai inti sosial-politik, sosial-filosofis, dan sosial budaya masyarakat Indonesia, yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan peradilan pidana, dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.⁹

Kebijakan keadilan restoratif merupakan komponen yang bersifat komplementer dalam sistem peradilan pidana. Namun, Keadilan Restoratif tidak menyeluruh diterapkan di dalam sistem peradilan pidana. Hal ini didasari pada berbagai kelemahan. Kelemahan pertama adalah karena keadilan restoratif untuk seluruh tindak pidana belum diatur dalam Undang-Undang. Dalam tingkat Undang-Undang Keadilan Restoratif diatur secara limitatif dalam UU SPPA dengan persyaratan yang juga limitatif. Sedangkan pada tahapan penyidikan diatur dalam Perpol Nomor 8 Tahun 2021 dan dalam Penuntutan diatur pada Perja Nomor 15 Tahun 2020. Pengaturan limitatif ini memiliki dampak dalam penerapannya. Perkap dan Perja berlaku secara internal bagi setiap penegak hukumnya dan tidak dapat menyimpangi

⁸*Ibid.*, hlm. 28.

⁹*Ibid.*, hlm. 31.

Undang-Undang. Oleh karena itu, jika ada penegak hukum yang tetap mengutamakan KUHAP, maka hal tersebut tidak dapat dianggap pandangan yang keliru.

Ajaran *Stufenbautheory* positivisme dalam teori murni hukum Kelsen berpendapat bahwa “suatu sistem hukum adalah merupakan suatu hierarkhis dari pada hukum dimana suatu ketentuan hukum tertentu bersumber pada ketentuan hukum lainnya yang lebih tinggi”.¹⁰ Sebagai ketentuan tertinggi adalah *Grundnorm* atau norma dasar yang bersifat hipotetis. Ketentuan lebih rendah adalah lebih konkrit dari ketentuan yang lebih tinggi.

Ekspone lain positivisme hukum ini adalah Lon Foller, yang menekankan pada isi hukum positif. Menurut teori Lon Foller, hukum positif harus memenuhi delapan persyaratan moral, yaitu:

1. Harus ada aturan sebagai pedoman dalam pembuatan keputusan. Perlunya sifat tentang persyaratan sifat keumuman;
2. Aturan-aturan yang menjadi pedoman bagi otoritas tidak boleh dirahasiakan melainkan harus diumumkan.;
3. aturan harus dibuat untuk menjadi pedoman dikemudian hari, artinya hukum tidak boleh berlaku surut;
4. hukum harus dibuat sedemikian ruoa sehingga dapat dimengerti oleh rakyat;
5. Aturan tidak boleh bertentangan satu sama lain;
6. Aturan tidak boleh mensyaratkan perilaku yang diluar kemampuan pihakpihak yang terkena, artinya tidak memerintahkan sesuatu yang tidak mungkin dilakukan;
7. dalam hukum harus ada ketegasan, hukum tidak boleh diubah sewaktu-waktu;
8. Harus ada konsistensi antara aturan-aturan sebagaimana yang diumumkan dengan pelaksanaan kenyataan.¹¹

¹⁰Lili Rasyidi, *Dasar-dasar Filsafat Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 63.

¹¹Kudzaifah Dimiyati, *Op., Cit.* hlm. 63.

Pembentukan norma hukum yang bersifat umum dan abstrak (*general and abstract legal norms*) berupa peraturan yang bersifat tertulis (*statutory form*), pada umumnya didasarkan atas dua hal. Pertama, pemebentukannya diperintahkan oleh undang-undang dasar; Kedua, Pembentukannya dianggap perlu karena kebutuhan hukum.¹²

Dalam hal pembentukan norma hukum atau perundang-undangan, sejatinya perlu memperhatikan keterkaitannya dengan peraturan perundang-undangan pada jenjang yang lebih tinggi, sebagaimana diatur dalam hierarki peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.¹³ Konsep atau teori hierarki peraturan perundang-undangan, merupakan prinsip hukum yang menghendaki bahwa norma hukum dalam sebuah negara tersusun secara berjenjang dan dalam rantai validitas yang membentuk piramida hukum (*stufent-theori*).

Secara historis, teori pertingkatan atau perjenjangan norma hukum dipelopori oleh Adolf Merkl yang selanjutnya dianut oleh Hans Kelsen. Dalam teori ini Kelsen, menggambarkan bahwa rantai validitas yang berujung pada konstitusi negara, dimana konstitusi tersebut adalah presuposisi terakhir, postulat final, dimana validitas semua norma dalam tata aturan hukum bergantung. Artinya, presuposisi inilah yang disebut dengan istilah *trancendental logical presupposition*.¹⁴

¹²Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Penerbit: Konstitusi, Jakarta, 2006, hlm. 34.

¹³Umbu Rauta, *Konstitusionalitas Pengujian Peraturan Daerah*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2016, hlm. 65.

¹⁴Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Konstitusi, 2006, hlm. 169-172.

Selanjutnya, terkait dengan perjenjangan hukum dalam sebuah negara, Jimly Asshiddiqie dalam karangan lainnya yang mengemukakan bahwa baik Adolf Merkl maupun Hans Kelsen sama-sama mengembangkan doktrin “hierarchy of norms” (*Stufenbau der Rechtsordnung*) dengan menempatkan konstitusi (*verfassungsrecht*) pada puncak hirarki norma hukum. Sehingga hukum tertinggi inilah yang menentukan bentuk dan lingkup isi undang-undang biasa (*einfaches gesetzesrecht, statutory law*).¹⁵

Sehingga hal tersebut sejalan dengan pandangan Hans Kelsen yang dikutip Maria Farida Indrati yang menyatakan bahwa norma hukum itu berjenjang dan berlapis lapis dalam suatu hierarki (tata susunan) yang mengandung arti bahwa, suatu norma yang lebih rendah bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, dan norma yang lebih tinggi berlaku bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi dengan demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif yaitu norma dasar (*grundnorm*).¹⁶

Sehingga pendapat Maria Farida Indrati diamini oleh Maruar Siahaan dengan dalil bahwa, hukum tersusun dalam suatu pertingkatan. Artinya, peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kedudukannya menjadi sumber peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dan peraturan perundang-

¹⁵*Ibid.*, hlm. 66.

¹⁶Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan (Jenis, Fungsi dan Materi Muatan-Jilid 1)*, Kanisius, Yogyakarta, 2007, hlm. 41.

undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.¹⁷

Kemudian, sebagai prinsip hukum yang diakui keberadaannya di Indonesia, pendapat tentang teori hirarki peraturan perundang-undangan (*stufentbau theory*) oleh Hans Kelsen dan berangkat dari pendapat Maria Farida Indrati, memperoleh penegasan oleh Bagir Manan dimana menentukan bahwa teori hierarki norma hukum pada intinya mengandung asas-asas atau prinsip-prinsip sebagai berikut:

Pertama, Peraturan perundang-undangan tingkat lebih rendah harus bersumber atau memiliki dasar hukum dari suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi; dan Kedua, Isi atau materi muatan peraturan perundang-undangan tingkat lebih rendah tidak boleh menyimpangi atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi, kecuali apabila perundang-undangan yang lebih tinggi dibuat tanpa wewenang (*onbevoegd*) atau melampaui wewenang (*detournement de pouvoir*).¹⁸

Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang berlaku saat ini, yang mana memuat jenis dan tata urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 7 adalah sebagai berikut:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- c. Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- e. Peraturan Presiden;
- f. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

¹⁷Maruarar Siahaan, "Uji Konstitusionalitas Peraturan Perundang-undangan Negara Kita: Masalah dan Tantangan", *Jurnal Konstitusi Sekretariat Jendral Mahkamah Konstitusi*, Volume 7 Nomor 4, 2010, hlm. 26.

¹⁸Umbu Rauta, *Konstitusionalitas Pengujian Peraturan Daerah*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2016, hlm. 67.

Berdasarkan penjelasan diatas maka dapat disimpulkan bahwa dalam beberapa ketentuan yang mengatur mengenai teori perjenjangan norma hukum atau teori hirarki peraturan perundang undangan maka mengandung makna bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi menjadi sumber atau dasar berlakunya peraturan perundang-undangan yang lebih rendah. Peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan isinya dengan peraturan yang lebih tinggi. Apabila ditemukan isi atau materi muatan peraturan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, maka yang berlaku adalah isi atau materi muatan peraturan yang lebih tinggi.

Penyelenggaraan urusan pemerintahan dalam suatu negara hukum itu bersendikan pada peraturan perundang-undangan sesuai dengan prinsip yang dianut dalam suatu Negara hukum yaitu asa legalitas, akan tetapi karena peraturan perundang-undangan sebagai hukum tertulis itu mengandung kekurangan dan kelemahan, sebagaimana telah disebutkan di atas, karena itu keberadaan peraturan kebijakan menempati posisi penting terutama dalam negara hukum modern.

Sebagaimana pembuatan dan penerapan peraturan perundang-undangan, yaitu harus memerhatikan beberapa persyaratan, pembuatan dan penerapan peraturan kebijakan juga harus memerhatikan beberapa persyaratan. Menurut Indroharto, pembuatan peraturan kebijakan harus memerhatikan hal-hal sebagai berikut:

1. Ia tidak boleh bertentangan dengan peraturan dasar yang mengandung wewenang diskresioner yang dijabarkan itu;

2. Ia tidak boleh nyata-nyata bertentangan dengan nalar yang sehat;
3. Ia harus dipersiapkan dengan cermat; semua kepentingan, keadaan-keadaan serta alternatif-alternatif yang ada perlu dipertimbangkan;
4. Isi dari kebijakan harus memberikan kejelasan yang cukup mengenai hak-hak dan kewajiban dari warga yang terkena peraturan tersebut;
5. Tujuan-tujuan dan dasar-dasar pertimbangan mengenai kebijakan yang akan ditempuh harus jelas;
6. Ia harus memenuhi syarat kepastian hukum materiil, artinya hak-hak yang telah diperoleh dari warga masyarakat yang terkena harus dihormati, kemudian juga harapan-harapan warga yang pantas telah ditimbulkan jangan sampai diingkari.¹⁹

Keadilan restoratif merupakan konsep yang telah dikenal dalam praktik penegakkan hukum di Indonesia, namun pengaturannya masih sangat terbatas. Pengaturan keadilan restoratif yang diatur secara tegas hanya dimuat dalam UU SPPA. Keadilan restoratif kemudian diatur untuk berbagai tindak pidana dengan berdasarkan peraturan-peraturan yang dibentuk oleh Lembaga penegak hukum, seperti Kepolisian dan Kejaksaan. Pada tingkat penyidikan, dibentuk Perkap Nomor 6 Tahun 2019 tentang Penyidikan Tindak Pidana. Pada Perkap tersebut diatur mengenai implementasi keadilan restoratif dalam tingkat penyidikan dengan syarat materiil dan formil. Namun, Perkap ini tidak memberikan penjelasan mengenai prosedur yang harus diambil oleh Penyidik jika tercapai keadilan restoratif, sehingga dalam implementasinya diserahkan kepada diskresi penyidik.

Kemudian, pada tahap penuntutan, dibentuk Peraturan Jaksa Agung Nomor 15 Tahun 2020 untuk menerapkan keadilan restoratif. Dalam Perja ini pengaturannya lebih spesifik dimana Penuntut Umum dapat mengeluarkan SKP2. Namun, dua peraturan yang dibentuk oleh Lembaga-lembaga tersebut

¹⁹Indroharto, *Perbuatan Pemerintah Menurut Hukum Publik dan Hukum Perdata*, Bahan Kuliah pada Program Pendidikan lanjutan Ilmu Hukum Bidang Peradilan Tata Usaha Negara, Universitas Indonesia, Jakarta, 1992, hlm. 11.

tidak dapat menjadi dasar hukum yang menyeluruh untuk menerapkan keadilan restoratif. Berdasarkan Pasal 3 KUHAP maka penerapan hukum acara tidak dapat bertentangan dengan Undang-Undang. Oleh karena itu, perlu dibentuk peraturan keadilan restoratif yang berlaku dalam tingkat undang-undang agar dapat menjamin kepastian hukum dalam pelaksanaannya.

Berdasarkan uraian latar belakang permasalahan di atas, maka penulis tertarik untuk meneliti dan mengkaji dalam bentuk karya ilmiah tesis yang berjudul: “**Kebijakan *Restorative Justice* Pada Tindak Pidana Umum Perspektif Teori Positivisme Hukum**”.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, maka yang menjadi pokok permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini yaitu:

1. Bagaimanakah pengaturan mengenai *restorative justice* pada tindak pidana umum dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia?
2. Bagaimanakah urgensi pengaturan *restorative justice* pada tindak pidana umum ke depan dalam perspektif teori positivisme hukum di Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dalam penelitian ini yaitu:

1. Untuk mengetahui dan menganalisis pengaturan mengenai *restorative justice* pada tindak pidana umum dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia.

2. Untuk mengetahui dan menganalisis urgensi pengaturan *restorative justice* pada tindak pidana umum ke depan dalam perspektif teori positivisme hukum di Indonesia.

D. Manfaat Penelitian

Adapun manfaat yang diharapkan dapat diambil dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Manfaat secara teoretis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan pendapat atau manfaat bagi pengembangan ilmu hukum di Indonesia yang berkenaan dengan masalah kebijakan *restorative justice* pada tindak pidana umum perspektif teori positivisme hukum di Indonesia.

2. Manfaat secara Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberi kontribusi alternatif pemecahan masalah yang timbul dewasa ini, berkaitan dengan kebijakan *restorative justice* pada tindak pidana umum perspektif teori positivisme hukum kepada aparat penegak hukum dan pihak lainnya.

E. Kerangka Konseptual

Untuk memberikan gambaran yang jelas dan menghindari interpretasi atau penafsiran yang berbeda-beda dalam mengartikan istilah yang digunakan dalam penelitian ini, maka penulis memberikan definisi-definisi dari beberapa istilah yang ada, yaitu sebagai berikut:

1. Kebijakan Hukum Pidana

Istilah kebijakan berasal dari istilah “*policy*” (Inggris) atau “*politiek*” (Belanda). Bertolak dari kedua istilah asing ini, maka istilah “kebijakan hukum pidana” dapat pula disebut dengan istilah politik hukum pidana. Istilah politik hukum pidana ini.²⁰ Bertolak dari kedua istilah asing tersebut, maka istilah kebijakan hukum pidana dapat pula disebut dengan istilah politik hukum pidana.

Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum pidana maupun politik kriminal. Barda Nawawi Arief menerangkan bahwa politik hukum adalah:

1. Usaha untuk mewujudkan peraturan perundang-undangan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat;
2. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.²¹

Selanjutnya diterangkan pula oleh Barda Nawawi Arief bahwa:

Melaksanakan politik hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Politik hukum pidana berarti usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang. Kata sesuai dalam pengertian tersebut mengandung makna baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna.²²

Dari definisi tentang kebijakan hukum pidana yang telah diuraikan di atas, sekilas tampak bahwa kebijakan hukum pidana identik dengan

²⁰Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Fajar Interpratama, Semarang, 2011, hlm. 23.

²¹*Ibid*, hlm. 25.

²²*Ibid*, hlm. 26.

pembaharuan perundang-undangan hukum pidana yaitu substansi hukum, bahkan sebenarnya ruang lingkup kebijakan hukum pidana lebih luas daripada pembaharuan hukum pidana. Hal ini disebabkan karena kebijakan hukum pidana dilaksanakan melalui tahap-tahap konkretisasi, operasionalisasi, fungsionalisasi hukum pidana yang terdiri dari:

1. Kebijakan formatif/legislatif, yaitu tahap perumusan/penyusunan hukum pidana;
2. Kebijakan aplikatif/yudikatif, yaitu tahap penerapan hukum pidana;
3. Kebijakan administratif/eksekutif, yaitu tahap pelaksanaan hukum pidana.²³

Kebijakan hukum pidana tidak dapat dipisahkan dari sistem hukum pidana, bahwa setiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan hukum pidana beserta sanksinya, suatu prosedur hukum pidana dan suatu mekanisme pelaksanaan pidana.

Dengan demikian kebijakan hukum pidana berkaitan dengan proses penegakan hukum (pidana) secara menyeluruh. Oleh sebab itu, kebijakan hukum pidana diarahkan pada konkretisasi atau operasionalisasi atau fungsionalisasi hukum pidana material (substansial), hukum pidana formal (hukum acara pidana) dan hukum pelaksanaan pidana.

Selanjutnya kebijakan hukum pidana dapat dikaitkan dengan tindakan-tindakan:

1. Bagaimana upaya pemerintah untuk menanggulangi kejahatan dengan hukum pidana;

²³*Ibid.*

2. Bagaimana merumuskan hukum pidana agar sesuai dengan kondisi masyarakat;
3. Bagaimana kebijakan pemerintah untuk mengatur masyarakat dengan hukum pidana;
4. Bagaimana menggunakan hukum pidana untuk mengatur masyarakat dalam rangka mencapai tujuan yang lebih besar.²⁴

Berdasarkan hal di atas, kebijakan hukum pidana terkandung di dalamnya tiga kekuasaan atau kewenangan, yaitu kekuasaan legislatif/formulatif berwenang dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana yang berorientasi pada permasalahan pokok dalam hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan/pertanggungjawaban pidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan oleh pembuat undang-undang. Tahap aplikasi merupakan kekuasaan dalam hal menerapkan hukum pidana oleh aparat penegak hukum atau pengadilan, dan tahapan eksekutif/administratif dalam melaksanakan hukum pidana oleh aparat pelaksana/eksekusi pidana.

Dilihat dari perspektif hukum pidana, sebagaimana dikatakan oleh Barda Nawawi Arief bahwa:

Kebijakan formulasi harus memperhatikan harmonisasi internal dengan sistem hukum pidana atau aturan pidana umum yang berlaku saat ini. Tidaklah dapat dikatakan terjadi harmonisasi/sinkronisasi apabila kebijakan formulasi berada diluar sistem hukum pidana yang berlaku saat ini. Kebijakan formulasi merupakan tahapan yang paling strategis dari *penal policy* karena pada tahapan tersebut legislatif berwenang dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana yang berorientasi pada permasalahan pokok hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan, pertanggung jawaban pidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan. Oleh karena itu, upaya penanggulangan kejahatan bukan hanya tugas aparat

²⁴*Ibid*, hlm. 75.

penegak hukum tetapi juga tugas aparat pembuat undang-undang (legislatif).²⁵

2. *Restorative Justice*

Kata *restorative justice* berasal dari bahasa Inggris, terdiri dari dua kata yaitu “restoration” yang artinya Perbaikan, pemulihan, atau pemugaran, dan “justice” artinya keadilan. (Restorative) artinya (kata benda) obat yang menyembuhkan/menguatkan/menyegarkan (kata sifat) yang menguatkan, menyembuhkan, atau menyegarkan. Dengan demikian pengertian *restorative justice* menurut bahasa adalah keadilan penyembuhan, atau keadilan pemulihan.²⁶

Pengertian *restorative justice* tersebut di atas dapat diidentifikasi adanya beberapa dimensi pengertian antara lain bahwa pemulihan yang dimaksud adalah pemulihan hubungan antara korban dan pelaku, pemulihan atau penyembuhan juga dapat dimaknai pemulihan kerugian korban atau kerusakan yang ditimbulkan oleh tindakan pelaku, sedangkan dimensi keadilan ditujukan pada keadilan individu yaitu keadilan korban.

Terdapat arti dari *restorative justice* dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Menurut Tony Marshall,
Restorative justice merupakan proses yang melibatkan pihak yang memiliki kepentingan dalam masalah pelanggaran tertentu untuk datang bersama-sama menyelesaikan secara kolektif dan bagaimana

²⁵*Ibid*, hlm. 80.

²⁶Hanafi Arief & Ningrum Ambarsari, “Penerapan Prinsip *Restorative Justice* Dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia, *Jurnal Hukum Al’Adl*, Volume X, Nomor 2, 2018, hlm. 4.

menyikapi menyelesaikan akibat dari pelanggaran dan implikasi untuk masa depan.²⁷

2. Mariam Liebman,
Secara sederhana mengartikan *restorative justice* sebagai “sistem hukum yang berjuang untuk mengembalikan kesejahteraan korban, pelaku dan masyarakat yang rusak oleh kejahatan, dan untuk mencegah pelanggaran atau tindakan kejahatan lebih lanjut”.²⁸
3. Menurut Marlina,
Restorative justice merupakan proses penyelesaian tindakan pelanggaran hukum yang terjadi dilakukan dengan membawa korban dan pelaku (tersangka) bersama-sama duduk dalam satu pertemuan untuk bersama-sama berbicara dalam menyelesaikan masalah.²⁹

Menurut Pasal 1 Angka 1 Peraturan Kejaksaan Republik Indonesia Nomor 15 Tahun 2020 tentang Penghentian Penuntutan Berdasarkan Keadilan Restoratif, “Keadilan Restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, Korban, keluarga pelaku/Korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan”.

3. Tindak Pidana

Istilah tindak pidana dipakai sebagai terjemah dari *strafbaar feit* atau *delict*. *Strafbaar feit* terdiri dari tiga kata, yaitu *strafbaar*, dan *feit*, by letterlijk, kata straf mengandung arti pidana, baar berarti boleh atau boleh, dan *feit* berarti demonstrasi. Sesuai dengan istilah *strafbaar feit* secara keseluruhan, tampaknya straf juga diartikan dengan kata regulasi.

²⁷Tony marshall, *Keadilan restoratif: Tinjauan di London*, Home Office Research Development and Statistics Directorate, Office Home Penelitian Pengembangan dan Statistik Direktorat, Jakarta, 1999, hlm. 5.

²⁸*Ibid.*

²⁹*Ibid.*

Dan sudah lazim hukum itu adalah terjemahan dari kata *recht*, seolah-olah arti *stra* sama dengan *recht*. Untuk kata *baar*, ada dua istilah yang digunakan yakni boleh dan dapat. Sedangkan kata *feit* digunakan empat istilah yakni, tindak, peristiwa, pelanggaran, dan perbuatan.³⁰

Tiga masalah sentral pokok dalam hukum pidana berpusat kepada apa yang disebut dengan tindak pidana (*criminal act, strafbaar feit, delik, perbuatan pidana*), pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*) dan masalah pidana dan ppidanaan. Istilah tindak pidana merupakan masalah yang berhubungan erat dengan masalah kriminalisasi (*criminal policy*) yang diartikan sebagai proses penetapan perbuatan orang yang semula bukan merupakan tindak pidana menjadi tindak pidana, proses penetapan ini merupakan masalah perumusan perbuatan-perbuatan yang berada di luar diri seseorang”.³¹

Tindak pidana merupakan suatu perbuatan pidana yang dapat dijatuhi hukuman. “Setiap perbuatan yang diancam hukuman sebagai kejahatan atau pelanggaran baik yang disebut dalam KUHP maupun peraturan perundang-undangan lainnya”.³² Pengertian tindak pidana mengandung makna sebagai suatu perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana dan disertai dengan ancaman atau hukuman bagi siapa saja yang melanggar larangan tersebut. “Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-

³⁰Adami Chazawi, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian I*, Rajawali Press, Jakarta, 2011, hlm. 69.

³¹Rasyid Ariman dan Fahmi Raghib, *Hukum Pidana*, Setara Press, Malang, 2016, hlm. 57.

³²Dzulkifli Umar dan Jimmy P, *Kamus Hukum*, Grahamedia Press, Surabaya, 2012, hlm. 383.

undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana”.³³

Setiap tindak pidana yang terdapat dalam KUHP pada umumnya dapat dijabarkan ke dalam unsur-unsur yang terdiri dari unsur subjektif dan unsur objektif. Unsur subjektif adalah unsur yang melekat pada diri si pelaku atau yang berhubungan pada diri si pelaku dan termasuk didalamnya segala sesuatu yang terkandung di dalam hatinya. Adapun yang dimaksud dengan unsur objektif adalah unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan, yaitu dalam keadaan ketika tindakan-tindakan dari si pelaku itu harus dilakukan.³⁴

Menurut Moeljatno, dalam bukunya Erdianto Effendi tentang hukum pidana Indonesia suatu pengantar, unsur tindak pidana adalah:

- a. Perbuatan itu harus merupakan perbuatan manusia.
- b. Perbuatan itu harus dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang.
- c. Perbuatan itu bertentangan dengan hukum.
- d. Harus dilakukan oleh seseorang yang dapat dipertanggungjawabkan.
- e. Perbuatan itu harus dapat dipersalahkan kepada pembuat.³⁵

F. Landasan Teoretis

1. Teori Positivisme Hukum

Positivisme dalam teori murni hukum Kelsen (*the pure of law theory*). Hans Kelsen tegas tidak menganut hukum alam walau mengemukakan adanya azas-azas hukum umum sebagaimana tercermin

³³M. Hamdan, *Tindak Pidana*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 35.

³⁴Laden Marpaung, *Asas Teori Praktik Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 10.

³⁵Erdianto Effendi, *Hukum Pidana Indonesia Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung, 2010, hlm. 98.

dalam *Grundnorm/Ursprungnormnya*. Ada dua teori yang dikemukakan Hans Kelsen,

1. Pertama ajaran tentang hukum murni yang menyatakan bahwa hukum itu harus dibersihkan daripada anasir-anasir yang tidak yuridis seperti etis, sosiologis, politis, dan sebagainya, dan;
2. Kedua tentang *Stufenbau des recht* yang mengutamakan tentang hierarkis dari pada peraturan perundang-undangan.³⁶

Ajaran hukum murni Kelsen tidak memberi tempat unsur sosiologis, ia hanya memandang hukum sebagai *sollens* kategori dan bukan *seins* kategori,³⁷ orang mentaati hukum karena merasa wajib mentaatinya sebagai suatu kehendak negara. Hukum itu tidak lain merupakan kaidah ketertiban yang menghendaki orang mentaatinya sebagaimana seharusnya.

Ajaran *Stufenbau theory* berpendapat bahwa suatu sistem hukum adalah merupakan suatu hierarkhis dari pada hukum dimana suatu ketentuan hukum tertentu bersumber pada ketentuan hukum lainnya yang lebih tinggi.³⁸ Sebagai ketentuan tertinggi adalah *Grundnorm* atau norma dasar yang bersifat hipotetis. Ketentuan lebih rendah adalah lebih konkrit dari ketentuan yang lebih tinggi.

Dalam sistem hukum Indonesia dikenal tata urutan peraturan perundangundangan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Menurut Pasal 7 UU 12 tahun 2011, Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

³⁶Lili Rasyidi, *Dasar-dasar Filsafat Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 63.

³⁷Lili Rasyidi, *Op., Cit.* hlm. 67.

³⁸*Ibid.*, hlm. 65.

2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Peraturan Presiden;
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Eksponen lain positivisme hukum ini adalah Lon Foller, yang menekankan pada isi hukum positif. Menurut teori Lon Foller, hukum positif harus memenuhi delapan persyaratan moral, yaitu:

1. Harus ada aturan sebagai pedoman dalam pembuatan keputusan. Perlunya sifat tentang persyaratan sifat keumuman;
2. Aturan-aturan yang menjadi pedoman bagi otoritas tidak boleh dirahasiakan melainkan harus diumumkan.;
3. aturan harus dibuat untuk menjadi pedoman dikemudian hari, artinya hukum tidak boleh berlaku surut;
4. hukum harus dibuat sedemikian rupa sehingga dapat dimengerti oleh rakyat;
5. Aturan tidak boleh bertentangan satu sama lain;
6. Aturan tidak boleh mensyaratkan perilaku yang diluar kemampuan pihak-pihak yang terkena, artinya tidak memerintahkan sesuatu yang tidak mungkin dilakukan;
7. dalam hukum harus ada ketegasan, hukum tidak boleh diubah sewaktu-waktu;
8. Harus ada konsistensi antara aturan-aturan sebagaimana yang diumumkan dengan pelaksanaan kenyataan.³⁹

Salah satu teori positivisme yaitu (The Pure Theory of Law) Hans Kelsen membawa alamat kalau positivisme hukum menanggapi dialog akhlak, nilai-nilai sudah berakhir serta akhir apabila hingga pada pembuatan hukum positif. Hukum ditaati bukan sebab hukum itu baik dan adil namun sebab hukum itu sudah ditulis serta disahkan pemerintah. Hans Kelsen ialah salah satu foundation father modern Sah philosophy;

³⁹Kudzaifah Dimiyati, *Op., Cit.* hlm. 63.

yang pemikirannya berplatform pandangan ontologis kenyataan warga pluralis, membenarkan bukti kerakyatan, kesetaraan.

Filosofi Hukum Asli ialah jalur yang mempertemukan Sah Naturalism dengan Sah Positivism⁴⁰ yang mengenalkan konsep terkini mengenai norma-norma dasar; norma- norma, hierarkhi norma, tindakan hukum. Kelsen meleraikan tentang what law it is (sahaja) serta what law ought to be (sepatutnya),⁴¹ ialah suatu yang bersifat sepatutnya tidak bisa direduksi jadi faktanya. Ataupun kebalikannya suatu yang sahaja tidak bisa direduksi jadi kenyataanya. Suatu yang sahaja tidak bisa direduksi jadi sepatutnya. Apa sahaja tidak bisa ditumbuhkan dari sepatutnya serta kebalikannya.

Berdasarkan teori positivisme diatas dapat disimpulkan bahwa, hukum didasarkan pada pandangan positif, yang berupa nilai-nilai, moral yang mendukung pembentukan hukum tersebut.

Pembentukan norma hukum yang bersifat umum dan abstrak (*general and abstract legal norms*) berupa peraturan yang bersifat tertulis (*statutory form*), pada umumnya didasarkan atas dua hal. Pertama, pembentukannya diperintahkan oleh undang-undang dasar; Kedua, Pembentukannya dianggap perlu karena kebutuhan hukum.

Dalam hal pembentukan norma hukum atau perundang-undangan, sejatinya perlu memperhatikan keterkaitannya dengan peraturan

⁴⁰Lars Vink, *Hans Kelsen's Pure Theory Of Law*, Publisher: Offord University Press, Publishen on Line January 2009.

⁴¹Vytantas Cyras, Fiedrich Lachmayer, Guide Tsuno, *Visulization Of Hans Kelsen Pure Theory Of Law Conceference Paper*, Desember 2011.

perundang-undangan pada jenjang yang lebih tinggi, sebagaimana diatur dalam hierarki peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Konsep atau teori hierarki peraturan perundang-undangan, merupakan prinsip hukum yang menghendaki bahwa norma hukum dalam sebuah negara tersusun secara berjenjang dan dalam rantai validitas yang membentuk piramida hukum (*stufent-theori*).

Secara historis, teori pertingkatan atau perjenjangan norma hukum dipelopori oleh Adolf Merkl yang selanjutnya dianut oleh Hans Kelsen. Dalam teori ini Kelsen, menggambarkan bahwa rantai validitas yang berujung pada konstitusi negara, dimana konstitusi tersebut adalah presuposisi terakhir, postulat final, dimana validitas semua norma dalam tata aturan hukum bergantung. Artinya, presuposisi inilah yang disebut dengan istilah *transcendental logical presupposition*.

Selanjutnya, terkait dengan perjenjangan hukum dalam sebuah negara, Jimly Asshiddiqie dalam karangannya yang mengemukakan bahwa baik Adolf Merkl maupun Hans Kelsen sama-sama mengembangkan doktrin “*hierarchy of norms*” (*Stufenbau der Rechtsordnung*) dengan menempatkan konstitusi (*verfassungsrecht*) pada puncak hirarki norma hukum. Sehingga hukum tertinggi inilah yang menentukan bentuk dan lingkup isi undang-undang biasa (*einfaches gesetzesrecht, statutory law*). Sehingga hal tersebut sejalan dengan pandangan Hans Kelsen yang dikutip Maria Farida Indrati yang menyatakan bahwa norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis

lapis dalam suatu hierarki (tata susunan) yang mengandung arti bahwa, suatu norma yang lebih rendah bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi, dan norma yang lebih tinggi berlaku bersumber dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi dengan demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotesis dan fiktif yaitu norma dasar (*grundnorm*).

Sehingga pendapat Maria Farida Indrati diamini oleh Maruar Siahaan dengan dalil bahwa, hukum tersusun dalam suatu pertingkatan. Artinya, peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kedudukannya menjadi sumber perundang-undangan yang lebih rendah dan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Kemudian, sebagai prinsip hukum yang diakui keberadaannya di Indonesia, pendapat tentang teori hirarki peraturan perundang-undangan (*stufentbau theory*) oleh Hans Kelsen dan berangkat dari pendapat Maria Farida Indrati, memperoleh penegasan oleh Bagir Manan dimana menentukan bahwa teori hierarki norma hukum pada intinya mengandung asas-asas atau prinsip-prinsip sebagai berikut:

Pertama, Peraturan perundang-undangan tingkat lebih rendah harus bersumber atau memiliki dasar hukum dari suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi; dan Kedua, Isi atau materi muatan peraturan perundang-undangan tingkat lebih rendah tidak boleh menyimpangi atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan

tingkat lebih tinggi, kecuali apabila perundang-undangan yang lebih tinggi dibuat tanpa wewenang (*onbevoegd*) atau melampaui wewenang (*detournement de pouvoir*).

Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, yang berlaku saat ini, yang mana memuat jenis dan tata urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 7 adalah sebagai berikut:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- c. Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- d. Peraturan Pemerintah;
- f. Peraturan Presiden;
- g. Peraturan Daerah Provinsi; dan
- h. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Berdasarkan penjelasan diatas maka dapat disimpulkan bahwa dalam beberapa ketentuan yang mengatur mengenai teori perjenjangan norma hukum atau teori hirarki peraturan perundang-undangan maka mengandung makna bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi menjadi sumber atau dasar berlakunya peraturan perundang-undangan yang lebih rendah. Peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan isinya dengan peraturan yang lebih tinggi. Apabila ditemukan isi atau materi muatan peraturan yang lebih rendah bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi, maka yang berlaku adalah isi atau materi muatan peraturan yang lebih tinggi.

2. Teori Kepastian Hukum

Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Kepastian hukum merupakan persoalan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologis.⁴²

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah system norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah prodek dan aksi manusia yang *deliberatif*. Undang-undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam masyarakat, baik hubungannya sesama individu maupun hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.⁴³

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multitafsir)

⁴²Domiskus Rato, *Filsafat Hukum: Mencari dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2010, hlm. 59.

⁴³Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 158.

dan logis. Jelas dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, konsisten, dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan secara factual mencirikan hukum.⁴⁴

Menurut Satjipto Rahardjo dalam Ihwan Zaini, asas hukum (termasuk asas kepastian hukum) merupakan jantungnya hukum yang melandasi kekuatan mengikat berlakunya peraturan hukum. Meskipun asas hukum bukan merupakan norma hukum, nama tanpa asas hukum norma hukum tidak memiliki kekuatan mengikat dalam pengaturan, penerapan dan penegakannya. Tegasnya, asas hukum berfungsi sebagai pemberi nilai etis dan yuridis terhadap peraturan hukum, tata hukum dan sistem hukum.⁴⁵

Menurut aliran normatif-dogmatik yang dianut oleh John Austin dan Van Kan sebagaimana dikutip oleh Ramlan, menganggap bahwa pada dasarnya hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kepastian hukum. Bahwa hukum sebagai sesuatu yang otonom atau hukum dalam bentuk peraturan tertulis. Hukum itu otonom sehingga tujuan hukum

⁴⁴Cst Kansil dkk, *Kamus Istilah Hukum*, Jakarta, Jala Permata Aksara, 2009, hlm. 385.

⁴⁵Ihwan Zaini, "Pelaksanaan Eksekusi Hukuman Mati dalam Sistem Peradilan Pidana (Upaya Pencarian Kepastian Hukum)", *Jurnal Nestor Magister Hukum Untan*, Volume 2, Nomor 3, 2013, hlm. 15.

semata-mata untuk kepastian hukum dalam melegalkan kepastian hak dan kewajiban seseorang.⁴⁶

Hukum bertugas menciptakan kepastian hukum karena bertujuan untuk menciptakan ketertiban dalam masyarakat. Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum terutama norma hukum tertulis. Menurut Fence M. Wantu, sebagaimana dikutip oleh R. Tony, bahwa “hukum tanpa nilai kepastian hukum akan kehilangan makna karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman bagi semua orang”.⁴⁷

3. Teori Penegakan Hukum

Pelaksanaan hukum dapat berlangsung di dalam masyarakat secara formal apabila setiap individu menaati dengan kesadaran apa yang ditentukan hukum tersebut sebagai suatu keharusan atau sebagai sesuatu yang memang sebaiknya. Pelaksanaan hukum dapat terjadi dikarenakan pelanggaran hukum, yaitu dengan menegakkan hukum tersebut dengan bantuan alat-alat perlengkapan negara. Sebagaimana pendapat Satjipto Rahadjo “Penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide tentang keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan sosial menjadi kenyataan. Proses perwujudan ide-ide itulah yang merupakan hakikat dari penegakan hukum”.⁴⁸

⁴⁶Ramlan, “Tinjauan Filosofis Aspek Kepastian Hukum antara Pemerintah dengan Pemerintah Daerah dalam Implementasi Undang-Undang Penanaman Modal di Indonesia”, *Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 3, Nomor 1, 2012, hlm. 22.

⁴⁷*Ibid.*

⁴⁸Riduan Syahrabi, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, hlm. 192.

Selain itu, menurut Soerjono Soekanto,

Penegakan hukum adalah kegiatan menterasikan hubungan nilai-nilai terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantahkan dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedaiamaian pergaulan hidup.⁴⁹

Penegakan hukum pidana adalah penerapan hukum pidana secara konkrit oleh aparat penegak hukum. Dengan kata lain, penegakan hukum pidana merupakan pelaksanaan dari peraturan-peraturan pidana. Dengan demikian, penegakan hukum merupakan suatu sistem yang menyangkut penyerasian antara nilai dengan kaidah serta perilaku nyata manusia. Kaidah-kaidah tersebut kemudian menjadi pedoman atau patokan bagi perilaku atau tindakan yang dianggap pantas atau seharusnya. Perilaku atau sikap tindak itu bertujuan untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan kedamaian.

G. Metode Penelitian

1. Tipe Penelitian

Tipe penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum yuridis normatif yang menitikberatkan pada telaah atau kajian hukum positif. Penelitian yuridis normatif merupakan penelitian hukum yang meletakkan hukum sebagai sebuah bangunan sistem norma. Sistem norma yang dimaksud adalah mengenai asas-asas, norma, kaidah peraturan perundangan, putusan pengadilan, doktrin atau ajaran.

⁴⁹Soerjono Soekanto, *Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2005, hlm. 3.

Dalam penelitian atau pengkajian ilmu hukum normatif, kegiatan untuk menjelaskan hukum tidak diperlukan dukungan data atau fakta-fakta sosial, sebab ilmu hukum normatif tidak mengenal data atau fakta sosial, yang dikenal hanya badan hukum, jadi untuk menjelaskan hukum atau hukum tersebut hanya digunakan konsep hukum dan langkah-langkah yang ditempuh adalah langkah normatif.⁵⁰

Nama lain dari penelitian hukum normatif adalah penelitian hukum doktrinal, juga disebut sebagai penelitian kepustakaan atau studi dokumen. Disebut penelitian hukum doktrinal, karena penelitian ini dilakukan atau ditujukan hanya pada peraturan-peraturan tertulis atau bahan-bahan hukum yang lain. Dikatakan sebagai penelitian kepustakaan atau studi dokumen disebabkan penelitian ini lebih banyak dilakukan terhadap data yang bersifat sekunder yang ada di perpustakaan.⁵¹

2. Pendekatan Penelitian

Peter Mahmud Marzuki menggolongkan pendekatan dalam penelitian hukum yuridis normatif menjadi lima pendekatan, yaitu:

- a. Pendekatan perundang-undangan (*statue approach*)
- b. Pendekatan Konseptual (*conseptual approach*)
- c. Pendekatan kasus (*cases approach*)
- d. Pendekatan Sejarah (*historical approach*)
- e. Pendekatan Perbandingan (*comparative approach*).⁵²

⁵⁰Bahder Johan Nasution, *Metode Penelitian Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2016, hlm. 87.

⁵¹Suratman dan Philips Dillah, *Metode Penelitian Hukum*, Alfabeta, Bandung, 2015, hlm. 51.

⁵²Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum Edisi Revisi*, Kencana, Jakarta, 2014, hlm. 133.

Pendekatan penelitian adalah metode atau cara untuk mengadakan sebuah penelitian agar peneliti mendapatkan informasi dari berbagai aspek untuk menemukan isu yang dicari jawabannya.⁵³ Sesuai dengan jenis penelitiannya yaitu penelitian hukum yuridis normatif, maka pendekatan penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah:

a. Pendekatan Perundang-Undangan (*Statue Approach*)

Yaitu dengan menelaah semua peraturan perundang-undangan dan regulasi yang bersangkut paut dengan isu hukum yang sedang dibahas.⁵⁴ Dalam hal ini pendekatan dilakukan dengan cara menelaah peraturan perundang-undangan di Indonesia, yaitu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHP), Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak, Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Peraturan Kejaksaan Republik Indonesia Nomor 15 Tahun 2020 tentang Penghentian Penuntutan Berdasarkan Keadilan Restoratif, dan Peraturan Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2021 tentang Penanganan Tindak Pidana Berdasarkan Keadilan Restoratif.

b. Pendekatan Konseptual (*Conceptual Approach*)

Adalah suatu pendekatan yang beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu

⁵³Nico Ngani, *Metodelogi Penelitian dan Penulisan Hukum*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2012, hlm. 178.

⁵⁴Peter Mahmud Marzuki, *Loc. Cit.*

hukum.⁵⁵ Dengan mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin dalam ilmu hukum, peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum yang sesuai dengan isi yang dihadapi.

Pendekatan konseptual juga melakukan penelitian terhadap konsep-konsep hukum seperti: sumber hukum, fungsi hukum, lembaga hukum, dan sebagainya. Konsep hukum ini berada pada tiga ranah atau tataran sesuai dengan tingkatan ilmu hukum itu sendiri, yaitu: tataran ilmu hukum dogmatik konsep hukumnya teknis yuridis, tataran teori hukum konsep hukumnya konsep umum, tataran filsafat hukum konsep hukumnya konsep dasar.⁵⁶ Dalam penelitian ini pendekatan yang dilakukan adalah dengan menelaah konsep-konsep tentang kebijakan *restorative justice* pada tindak pidana umum perspektif teori positivisme hukum di Indonesia.

3. Sumber dan Pengumpulan Bahan Hukum

Oleh karena penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif, maka penelitian ini difokuskan pada penelitian kepustakaan untuk memecahkan isu hukum dan sekaligus memberikan perskripsi mengenai apa yang seyogyanya, diperlukan jenis atau sumber penelitian bahan hukum.⁵⁷ Adapun bahan hukum yang akan diigunakan dalam penelitian ini adalah:

⁵⁵*Ibid.*, hlm. 136.

⁵⁶Bahder Johan Nasution, *Op. Cit.*, hlm. 92.

⁵⁷*Ibid.*, hlm. 181.

- a. Bahan hukum primer, merupakan bahan hukum yang bersifat autoratif, artinya memiliki otoritas. Bahan-bahan hukum primer mempunyai kekuatan mengikat seperti peraturan perundang-undangan, catatan resmi, atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan, dan putusan hakim⁵⁸ terdiri dari:
 - 1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP);
 - 2) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP);
 - 3) Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak;
 - 4) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan;
 - 5) Peraturan Kejaksaan Republik Indonesia Nomor 15 Tahun 2020 tentang Penghentian Penuntutan Berdasarkan Keadilan Restoratif;
 - 6) Peraturan Kepolisian Negara Republik Indonesia Nomor 8 Tahun 2021 tentang Penanganan Tindak Pidana Berdasarkan Keadilan Restoratif.
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang bersifat menunjang guna memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer.⁵⁹ Dalam hal ini berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi, meliputi buku-buku ilmiah

⁵⁸*Ibid.*

⁵⁹Nico Ngani, *Op. Cit.*, hlm. 79.

dibidang hukum, jurnal-jurnal hukum, dokumen, opini pakar hukum, internet, komentar-komentar atas putusan pengadilan, dan referensi lainnya yang berkaitan dengan penelitian ini.⁶⁰

- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus hukum, kamus besar bahasa Indonesia,⁶¹ dan situs internet yang berkaitan dengan penelitian ini.

4. Analisis Bahan Hukum

Hasil analisis dituangkan dalam bentuk uraian yang bersifat deskriptif kualitatif, yaitu suatu uraian yang menggambarkan permasalahan serta pemecahan secara jelas dan lengkap berdasarkan bahan hukum yang diperoleh. Adapun analisis dilakukan dengan cara:

- a. Menginventarisir semua peraturan perundang-undangan dan konsep hukum sesuai dengan permasalahan yang dibahas;
- b. Mensistemasi semua peraturan perundang-undangan dan konsep hukum sesuai dengan permasalahan yang dibahas; dan
- c. Menginterpretasikan dari semua peraturan perundang-undangan dan konsep hukum sesuai dengan permasalahan yang dibahas.

H. Sistematika Penulisan

Tesis ini disusun dengan sistematika yang terbagi dalam 5 (lima) bab, masing-masing bab terdiri dari beberapa subbab guna lebih memperjelas

⁶⁰Peter Mahmud Marzuki, *Op. Cit.*, hlm. 182-184.

⁶¹Nico Ngani, *Loc. Cit.*

ruang lingkup dan cakupan permasalahan yang diteliti. Adapun sistematikanya adalah sebagai berikut:

BAB I Pendahuluan, membahas mengenai latar belakang masalah, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka konseptual, landasan teoretis, metode penelitian dan sistematika penulisan.

BAB II Tinjauan Umum, yang berisi tinjauan tentang Restorative Justice, Tindak Pidana Umum, Teori Positivisme Hukum, Dan Kebijakan Hukum Pidana.

BAB III Membahas mengenai pengaturan mengenai *restorative justice* pada tindak pidana umum dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia.

BAB IV Membahas mengenai urgensi pengaturan *restorative justice* pada tindak pidana umum ke depan dalam perspektif teori positivisme hukum di Indonesia.

BAB V Penutup, merupakan bagian akhir dari penulisan ini yang berisikan kesimpulan dan saran.