

## BAB II

### LANDASAN / KAJIAN TEORI

#### A. Entitas Keadilan Substansial Dihubungkan dengan Teori-Teori Keadilan

##### 1. Teori Keadilan Aristoteles

Berbagai pakar dari dunia Barat dan Islam telah memberikan pandangannya tentang arti keadilan. Misalnya, dalam zaman Yunani Kuno Aristoteles menyatakan bahwa keadilan adalah suatu kebijakan politik yang aturan-aturannya menjadi dasar dari peraturan negara dan aturan-aturan ini merupakan ukuran tentang apa yang disebut hak. Pandangan - pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *Nicomachean Ethics*, *Politics*, dan *Rethoric*. Lebih khususnya, dalam buku *Nicomachean Ethics*, buku itu sepenuhnya ditujukan bagi keadilan, yang berdasarkan filsafat umum Aristoteles, mesti dianggap sebagai inti dari filsafat hukumnya “karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”.<sup>23</sup>

Lebih lanjut, Aristoteles membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif. Yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana.

---

<sup>23</sup> Carl Joachim Friedrich.2004.*Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Nuansa dan Nusamedia. Hal 24

Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan distributif, hal yang penting ialah bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada yang kedua, yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh, misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.<sup>24</sup>

Aristoteles telah memberikan arti keadilan bahwa, "*justicia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*". Keadilan tidak lain merupakan kehendak yang *ajeg* dan menetap untuk memberikan masing-masing bagiannya. Dengan demikian keadilan tidak boleh dipandang sama arti dengan penyamarataan, karena keadilan bukan berarti tiap-tiap orang memperoleh bagian yang sama. Pendapat Aristoteles juga memunculkan adanya dua macam keadilan yaitu keadilan *distributief* dan keadilan *commutatief*. Keadilan *distributief* ialah keadilan yang memberikan kepada tiap-tiap orang jatah menurut jasanya. Ia tidak menuntut supaya tiap-tiap orang mendapat bagian yang sama banyaknya, bukan persamaan melainkan kesebandingan. Keadilan *commutatief* ialah keadilan yang memberikan pada setiap orang sama banyaknya dengan tidak

---

<sup>24</sup> Ahmad Zaenal Fanani. *Teori Keadilan dalam Perspektif Filsafat Hukum dan Islam*. Makalah pada Program Doktor (S3) Ilmu Hukum UII Yogyakarta. Hal 3

mengingat jasa-jasa perseorangan.<sup>25</sup> Memberikan kepada masing-masing bagiannya itu memang pada satu pihak memberikan kepada masing-masing hak-hak yang sama yang apabila tidak diperhitungkan perbedaan-perbedaan yang beranekaragam dalam kenyataan. Memberikan masing-masing bagian yang sama harus diartikan memberikan kepada masing-masing yang sama dengan kesadaran dan dengan memperhitungkan perbedaan-perbedaan yang ada dalam kenyataan. Dalam kaitannya dengan pernyataan Aristoteles menurut penulis jika dihubungkan dengan disertasi yang berjudul “Model Penyelesaian Perkara Pidana yang Berkeadilan Substansial” ini maka keadilan substansial sangat tepat untuk menjawab kebutuhan tentang keadilan yang sebenarnya. Keadilan substansial tidak mengenal sama rasa sebagaimana teori keadilan yang disampaikan Aristoteles. Keadilan substansial mengutamakan keseimbangan antar para pihak. Keseimbangan inilah yang diharapkan dapat terbentuk di antara para pihak untuk mengembalikan kondisi sosial sebagaimana sebelum terjadinya tindak pidana. Dalam keadilan substansial tidak mengenal sama rasa yang ada adalah keseimbangan.

## 2. Teori Keadilan Sosial

Keadilan sosial adalah keadilan yang berhubungan dengan pembagian nikmat dan beban dari suatu kerja sama sosial khususnya

---

<sup>25</sup> Arief Nugroho, Dyah Hapsari Prananingrum. *Ketidak Adilan dalam Perjanjian Jual-Beli Sayur*. dalam Jurnal Ilmu Hukum. Vol. 10 No. 2. September 2007. Hal. 212

yang disebut negara. Karena itu, dalam literatur keadilan sosial sering juga disebut keadilan distributif. Meski istilah tersebut tidak keliru, tetapi perlu diberi catatan bahwa keadilan sosial bukan sekedar masalah distribusi ekonomi saja, melainkan jauh lebih luas, mencakup keseluruhan, dimensi moral dalam penataan politik, ekonomi dan semua aspek kemasyarakatan yang lain. Dalam Bahasa Indonesia dikenal pula ungkapan keadilan struktural yang melihat keadilan, sosial maupun individual, lebih dari perspektif struktur sosial. Keadilan sosial digunakan sebagai istilah umum, yang dalam kajian ini sering akan disingkat “keadilan” saja. Keadilan distributif dibedakan dari keadilan retributif, yaitu keadilan yang berkenaan dengan kontrol bagi pelaksanaan keadilan distributif, lebih berhubungan dengan keadilan legal atau hukum.<sup>26</sup>

John Rawls dalam bukunya *A Theory of Justice* menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle*, adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung. Rawls mengerjakan teori mengenai prinsip-prinsip keadilan terutama

---

<sup>26</sup> Bur Rasuanto. 2005. *Keadilan Sosial : Pandangan Deontologis Rawls dan Habermas, Dua Teori Filsafat Politik Modern*. Jakarta : Gramedia Pustaka Utama. Hal. 6

sebagai alternatif bagi teori utilitarisme<sup>27</sup> sebagaimana dikemukakan Hume, Bentham dan Mill. Rawls berpendapat bahwa dalam masyarakat yang diatur menurut prinsip-prinsip utilitarisme, orang-orang akan kehilangan harga diri, lagi pula bahwa pelayanan demi perkembangan bersama akan lenyap. Rawls juga berpendapat bahwa sebenarnya teori ini lebih keras dari apa yang dianggap normal oleh masyarakat. Memang, boleh jadi diminta pengorbanan demi kepentingan umum, tetapi tidak dapat dibenarkan bahwa pengorbanan ini pertama-tama diminta dari orang-orang yang sudah kurang beruntung dalam masyarakat. John Rawls menegaskan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*)

---

<sup>27</sup> Ide pokok utilitarisme ialah bahwa masyarakat diatur dengan baik, kalau institusi-institusi yang berkepentingan dibentuk sedemikian rupa sehingga menghasilkan kepuasan yang sebesar mungkin bagi semua orang yang termasuk masyarakat itu. Seperti dalam kehidupan seorang pribadi diusahakan untuk mencapai kebahagiaan pribadi sebesar mungkin. Demikian pula dalam masyarakat ditujui suatu kebahagiaan orang-orang sebesar mungkin. Pendek kata : tujuan masyarakat adalah mencapai kebahagiaan yang paling besar bagi sejumlah orang yang sebesar mungkin (the greatest happiness of the greatest number). Lihat Theo Huijbers. 1982. *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*. Yogyakarta : Kanisius. Hal. 196

bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.<sup>28</sup>

John Rawls telah menyempurnakan prinsip-prinsip keadilannya menjadi sebagai berikut: *Pertama*, setiap orang memiliki klaim yang sama untuk memenuhi hak-hak dan kemerdekaan-kemerdekaan dasarnya yang kompatibel dan sama jenisnya untuk semua orang, serta kemerdekaan berpolitik yang sama dijamin dengan nilai-nilai yang adil; *Kedua*, ketidaksamaan sosial dan ekonomi dapat dipenuhi atas dasar dua kondisi, yaitu: (a) melekat untuk jabatan-jabatan dan posisi-posisi yang dibuka bagi semua orang di bawah kondisi adanya persamaan kesempatan yang adil; dan (b) kemanfaatan sebesar-besarnya bagi anggota-anggota masyarakat yang paling tidak diuntungkan.<sup>29</sup> Prinsip keadilan yang dikemukakan oleh Rawls di atas tentu berbeda dengan pandangan utilitarianisme sebagaimana yang dikemukakan oleh Hume, Bentham dan Mill.

Rawls menolak pandangan utilitarianisme karena asas total bersih kebahagiaan maksimal bagi sebanyak mungkin orang dapat berakibat pendistribusian beban dan nikmat tidak adil. Rawls juga menolak libertarian karena konsep keadilannya tertuju bukan pada

---

<sup>28</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, 2006. *Teori Keadilan*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar

<sup>29</sup> Pan Mohamad Faiz. 2009. *Teori Keadilan Jhon Rawls* dalam Jurnal Konstitusi, Volume 6, Nomor 1, April 2009 Hal 143



struktur dasar masyarakat melainkan pada transaksi antarindividu. Bagi Rawls, suatu konsepsi keadilan sosial harus dipandang sebagai instansi pertama, standar dari mana aspek distributif struktur dasar masyarakat dinilai. Konsepsi seperti itu haruslah menetapkan cara menempatkan hak-hak dan kewajiban di dalam lembaga-lembaga dasar masyarakat, serta caranya menetapkan pendistribusian yang pas berbagai nikmat dan beban dari kerja sama sosial. Pandangan ini dituangkan Rawls dalam konsepsi umum keadilan intuitif di mana menyatakan : “Semua nikmat primer kemerdekaan dan kesempatan, pendapatan dan kekayaan, dan dasar-dasar kehormatan diri harus dibagikan secara sama (*equally*), pembagian tak sama (*unequal*) sebagian atau seluruh nikmat tersebut hanya apabila menguntungkan semua pihak.”<sup>30</sup>

Menurut Martha Nussbaum, Rawls sering dikritik karena asumsinya bahwa orang itu mementingkan dirinya sendiri, tidak berhubungan dengan yang lain, tidak peduli. Kritik tersebut berdasarkan kesalahpahaman bahwa para pihak yang dilukiskan dalam posisi awal adalah seluruh orang, sementara bukan itu yang sebenarnya dimaksudkan itu merupakan bagian moral yang diprihatinkan. Rawls berpandangan bahwa orang akan mengetahui lebih baik apa yang diperlukan untuk bersikap adil jika dibuat model dalam cara ini

---

<sup>30</sup> Bur Rasuanto. *Op. Cit.* Hal. 42

daripada mencoba membayangkan diri sendiri untuk membuat penilaian yang adil dan simpatik dengan informasi yang lengkap.<sup>31</sup>

Dimulai dengan gagasan dasar mengenai rasa adil (*fairness*), Ralws berpandangan bahwa semua pihak akan minta prioritas yang kuat untuk kemerdekaan-kemerdekaan dasar, karena mereka tidak mau menanggung risiko untuk hal-hal penting, misalnya kebebasan beragama dalam kedudukannya di masyarakat. John Ralws juga menyampaikan argumentasi yang lebih kontroversial, yaitu bahwa para pihak akan lebih menyukai distribusi kebajikan dasar yang hanya memberikan toleransi terhadap ketidaksamaan (*inequalities*) apabila ketidaksamaan itu dapat menaikkan tingkat dari yang paling tidak mampu (*Difference Principle*).<sup>32</sup>

Menyikapi apa yang disampaikan Ralws, menurut hemat penulis jika dihubungkan dengan disertasi yang berjudul “Model Penyelesaian Perkara Pidana yang Berkeadilan Substansial” ini, masih ada kekurangannya karena tidak dicitakan tujuan akhir dari keadilan. Berkaitan dengan keadilan substansial, dalam keadilan sosial yang mencita-citakan kemerdekaan masyarakat untuk mencapai pola hidup yang adil sejalan dengan keadilan substansial dari penulis yang memberikan kesempatan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk

---

<sup>31</sup> A. Madjedi Hasan.2009. *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*. Jakarta : Fikahati Aneska. Hal. 150

<sup>32</sup> *Ibid*. Hal. 150-151



menyelesaikan perkara secara adil. Selama ini keadilan menjadi monopoli aparat penegak hukum tanpa memberikan kesempatan kepada masyarakat untuk mewujudkan keadilan. Di Indonesia Keadilan sosial menjadi salah satu sila dalam Pancasila yaitu sila Kelima. Keadilan sosial sangatlah luas karena mencakup kesejahteraan dan hak seluruh warga negara. Begitu pula dalam keadilan substansial hak masyarakat dalam menentukan penyelesaian hukum yang adil harus dijamin.

### 3. Teori Keadilan Hukum Murni

Pada abad ke-19, Hans Kelsen mengembangkan Teori Hukum Murni, keadilan menurut Hans Kelsen adalah suatu tatanan masyarakat yang mengatur hubungan timbal balik antar manusia yang mungkin diwujudkan, tetapi tidak harus selalu terwujud. Keadilan adalah sebuah norma manusia bila tingkah lakunya sesuai dengan norma-norma sebuah tatanan masyarakat yang dipandang adil, yaitu bila tatanan masyarakat yang mengatur tingkah laku anggota-anggotanya dapat memuaskan semua orang. Bagi Hans Kelsen keadilan tatanan masyarakat yang memberikan perlindungan terhadap suburnya pencari keadilan sebagaimana dikatakan dalam salah satu bukunya; “My

*justice, then, is the justice of freedom, the justice of peace, the justice of democracy - the justice of tolerance”.*<sup>33</sup>

Menurut Hans Kelsen, upaya untuk memuaskan keadilan setiap orang dapat difokuskan kepada pendapat mayoritas. Keadilan yang dirasakan mayoritas penduduk dapat dipandang sebagai keadilan yang mewakili masyarakat secara umum. Keadilan mayoritas membawa kepada sistem demokrasi yang berlaku di negara-negara modern. Semakin modern sebuah sistem politik dan hukum di suatu negara, sudah sewajarnya makin adil keadilan hukum di negara tersebut.<sup>34</sup> Menurut penulis, dari catatan Kelsen tersebut jika dihubungkan dengan disertasi yang berjudul “Model Penyelesaian Perkara Pidana yang Berkeadilan Substansial” ini, keadilan mayoritas bukan merupakan perwujudan keadilan yang sesungguhnya, sehingga harus ada keadilan yang lebih implementatif. Kehendak mayoritas menurut penulis tidak dapat dijadikan pedoman dalam menentukan nilai keadilan itu sendiri. Kehendak mayoritas bisa saja salah dan tidak mewujudkan nilai substansi keadilan. Keadilan substansial lebih diterapkan karena ukuran keadilan bukan dilihat pada pendapat mayoritas ataupun minoritas melainkan keseimbangan antara para pihak.

---

<sup>33</sup> Hans Kelsen. 1957. *What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press. Hal. 24

<sup>34</sup> A. Madjedi Hasan. *Op. Cit.* Hal. 145-146

#### 4. Teori Keadilan Menurut Hukum Islam

Keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.<sup>35</sup>

Membahas mengenai keadilan, harus diketahui terlebih dahulu makna dari kata “adil” itu sendiri. Adil merupakan salah satu sifat yang harus dimiliki oleh manusia dalam rangka menegakkan kebenaran kepada siapapun tanpa kecuali walaupun akan merugikan dirinya sendiri.<sup>36</sup> Secara etimologis “adil” (*al-‘adl*) berarti tidak berat sebelah, tidak memihak, atau menyamakan yang satu dengan yang lain, sedangkan secara terminologis adil berarti mempersamakan sesuatu yang lain, baik dari segi nilai maupun dari segi ukuran sehingga sesuatu itu menjadi tidak berat sebelah dan tidak berbeda satu sama lain. Adil juga berarti berpihak atau berpegang kepada kebenaran.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Carl Joachim Friedrich, *Op. Cit.* Hal 239

<sup>36</sup> Lihat. Abdul Azis Dahlan.(et al).1996. *Ensiklopedia Hukum Islam*. Jakarta : Ichtiar Baru van Hoeve. Hal 25. Dalam beberapa bidang hukum Islam, persyaratan adil sangat menentukan benar atau tidaknya dan sah atau batalnya suatu pelaksanaan hukum. Dalam Al Qur'an banyak ayat yang memerintahkan manusia untuk berlaku adil dalam segala hal walaupun akan merugikan diri sendiri.

<sup>37</sup> *Ibid*

Kata '*adl*' dalam berbagai bentuknya terulang sebanyak 28 kali dalam Al Quran. Kata '*adl*' sendiri disebutkan 13 kali, yakni pada Surat Al Baqarah ayat 48, 123, dan 282 ; Surat An-Nisa' ayat 58; Surat Al-Ma'idah ayat 95, 106; Surat Al-An'am ayat 70; Surat An-Nahl ayat 76, 90; Surat Al-Hujurat ayat 9; serta Surat Ath-Thalaq ayat 2. Kata '*adl*' dalam Al-Quran memiliki aspek dan objek yang beragam, begitu pula pelakunya. Keragaman tersebut mengakibatkan keragaman makna '*adl*' (keadilan). Pengertian ini yang paling banyak terdapat di dalam Al-Quran, antara lain pada Surat An-Nisa' ayat 3, 58 dan 129; Surat Asy-Syura ayat 15; Surat Al-Ma'idah ayat 8; Surat An-Nahl ayat 76, 90; dan Surat Al-Hujurat ayat 9. Kata '*adl*' dengan arti sama (persamaan) pada ayat-ayat tersebut yang dimaksud adalah persamaan dalam hak. Dalam Surat An-Nisa' ayat 58, misalnya ditegaskan<sup>38</sup> :

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ  
النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا  
بَصِيرًا﴾

“Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya

<sup>38</sup> Pengertian Keadilan dalam Al Quran. <http://makalahmajannaii.blogspot.com/2012/02/keadilan-dalam-alquran.html>. (diakses 17 Mei 2013, Pukul. 13.00)

kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha Mendengar lagi Maha Melihat”

Ayat di atas mempunyai maksud bahwa Allah SWT secara langsung menuntun dan memerintahkan seseorang menunaikan amanatamanat secara sempurna dan tepat waktu kepada *ahliha*, yaitu pemiliknya atau orang yang berhak menerimanya. Baik amanat Allah SWT kepada umatnya maupun amanat sesama manusia dan betapapun banyaknya amanat yang diserahkan kepada seseorang.<sup>39</sup> Selain itu ayat ini juga mempunyai maksud bahwa Allah SWT juga menyuruh seseorang apabila menetapkan hukum di antara manusia, baik yang berselisih dengan manusia lain maupun tanpa perselisihan maka seseorang harus menetapkan putusan dengan adil sesuai dengan apa yang di ajarkan oleh Allah SWT, tidak memihak kecuali kepada kebenaran dan tidak pula menjatuhkan sanksi kecuali kepada yang melanggar, tidak menganiaya walaupun lawannya dan tidak pula memihak kepada temannya.<sup>40</sup> Oleh karenanya tugas seorang yang telah diberi amanat untuk memberikan keadilan pada nantinya akan dipertanggungjawabkan kepada Allah SWT.

Keadilan dalam Islam merupakan perbuatan yang paling takwa atau keinsyafan ketuhanan dalam diri manusia. Keadilan tidak hanya merupakan dasar dari masyarakat muslim yang sejati, sebagaimana di

---

<sup>39</sup> Sayid Qutb. 2001. *Fi Zhilailil Qur'an Di Bawah Naungan Qur'an*, terj. As'ad Yasin, et.al, Jilid 6, Jakarta : Gema Insani Press. Hal. 307.

<sup>40</sup> *Ibid*

masa lampau dan seharusnya di masa mendatang. Dalam Islam, antara keimanan dan keadilan tidak terpisah. Orang yang imannya benar dan berfungsi dengan baik akan selalu berlaku adil terhadap sesamanya. Hal ini tergambar dengan sangat jelas dalam Surat Al Maidah ayat 8 sebagai berikut :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ  
شَتَانُ قَوْمٍ عَلَىٰ آلَا تَعْدِلُوا أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ  
خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾

“Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi yang adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap suatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan.”

Ayat di atas telah jelas memerintahkan kepada manusia agar selalu menegakkan kebenaran dan bersaksi dengan adil. Kesaksian merupakan salah satu alat bukti dalam menemukan kebenaran yang sesungguhnya. Oleh karena itu Allah SWT memerintahkan agar memberikan kesaksian yang sebenarnya.

Keadilan dalam Islam sangatlah diperhatikan, namun bukan berarti memberikan bagian yang sama rata pada setiap orang, misalnya saja Islam mengatur keadilan bagi laki-laki dan perempuan, dalam hal



hukum waris adat. A. Hussein dalam bukunya *The Islamic Law of Succession* menyatakan sebagai berikut <sup>41</sup>:

*The object and purpose of the old customary system of inheritance amongst the Arabs was the maintenance of the goods within the family. Heirship amongst the early Arabs was determined by consanguinity, adoption or contract. Like other ancient societies, the old Arab society enjoyed the complete freedom of testamentary disposition.*

*In this old customary system woman not only had no share in the inheritance they themselves like other ancient systems were themselves inheritable. Uterine relations such as uterine siblings were also completely excluded.*

Pengertian di atas adalah sasaran dan tujuan dari sistem adat lama atas warisan di antara orang-orang Arab adalah pemeliharaan barang-barang dalam keluarga. Pewaris di antara orang-orang Arab dahulu ditentukan oleh pertalian darah, adopsi atau kontrak. Seperti masyarakat kuno lainnya, orang-orang Arab dahulu menikmati kebebasan penuh atas disposisi wasiat. Dalam sistem adat lama, perempuan tidak hanya tidak memiliki bagian dalam warisan, mereka seperti sistem kuno lainnya membuat warisan untuk mereka sendiri. Hubungan rahim seperti saudara kandung rahim juga sepenuhnya dikecualikan.

Selanjutnya dalam buku yang sama A. Hussein juga memberikan pengertian sebagai berikut <sup>42</sup>:

*By specifying clear cut entitlement and specific shares of female relatives Islam not only elevated the position of women but simultaneously safeguarded their social and economic interests as long ago as 1400 years. The Islamic system of inheritance also has the effect of breaking*

---

<sup>41</sup> A. Hussain, 2005, *The Islamic Law of Succession*, Riyadh : Maktaba Darussalam. Hal. 24

<sup>42</sup> *Ibid.* Hal. 25

*up the concentration of wealth amongst a few hands, thereby ensuring the socio-economic welfare of the society at large.*

*The Sunni jurists take the view that the intention of the Qur'anic injunctions was not to replace the old customary agnatic system entirely but merely to modify it with the objective of improving the position of female relatives. The Sunni Islamic law of succession is thought to be an amalgamation of the Qur'anic law superimposed upon the old customary law to form a complete and cohesive system. The rights of the 'Asabah were recognized by the Prophet Muhammad himself.*

Artinya dengan menetapkan potongan hak dan bagian tertentu dari saudara perempuan dengan jelas, Islam tidak hanya mengangkat posisi perempuan tetapi sekaligus menjaga kepentingan sosial dan ekonomi mereka selama 1400 tahun yang lalu. Sistem waris Islam juga memiliki efek memecah konsentrasi kekayaan di antara sedikit tangan, sehingga memastikan kesejahteraan sosial-ekonomi masyarakat pada umumnya. Para ahli hukum Sunni mengambil pandangan bahwa maksud dari masuknya Al Qur'an bukanlah untuk menggantikan sistem adat tua sepenuhnya tetapi hanya memodifikasinya dengan tujuan meningkatkan posisi kerabat perempuan. Suksesi dari Hukum Islam Sunni dianggap sebagai sebuah penggabungan dari hukum Al-Qur'an ditumpangkan pada hukum adat tua untuk membentuk sebuah sistem yang lengkap dan kohesif. Hak-hak para 'Asabah diakui oleh Nabi Muhammad sendiri.

*These four school of jurisprudence (Fiqh) or schools of thought called Madhahib are named after their founders, Imam Abu Hanifah, Imam Malik, Imam Shafi'i and Imam Ahmad bin Hanbal.*

*Madhhab denotes the total sum of the legal religious opinions of its original founder, his students and others scholars of the same school. The personal view of the founder has in certain cases been superseded by the*

*consensus of later jurists of the same Madhhab. Occasionally there may be differing opinions on a particular matter within the same Madhhab.*

*The founders of the schools were A'immah (plural of Imam) and were recognized as Mujtahidun by the Muslims.*

*All the Madhahib agree on the fundamental principles of Islam, they differ only on certain details to which unfortunately a great deal of attention has been given.<sup>43</sup>*

(Inilah empat sekolah yurisprudensi (Fiqh) atau sekolah aliran pemikiran yang disebut Madzhab, yang diberi nama setelah pendiri-pendiri mereka, Imam Abu Hanifah, Imam Malik, Imam Syafi'i dan Imam Ahmad bin Hanbal. Madzhab menunjukkan jumlah total pendapat hukum religius dari pendiri aslinya, murid-muridnya dan para sarjana lain dari sekolah yang sama. Pandangan pribadi dari pendiri dalam kasus tertentu telah digantikan oleh konsensus dari para ahli hukum selanjutnya dari Madzhab yang sama. Kadang-kadang mungkin ada perbedaan pendapat tentang masalah tertentu dalam Madzhab yang sama. Para pendiri sekolah itu adalah A'immah (bentuk jamak dari Imam) dan diakui sebagai Mujtahidun oleh kaum Muslim. Semua Madzhab menyepakati prinsip-prinsip dasar Islam, mereka hanya berbeda pada detail tertentu yang sayangnya banyak perhatian telah diberikan kepada detail tertentu tersebut).

Berlaku adil sangat terkait dengan hak dan kewajiban. Hak yang dimiliki oleh seseorang termasuk hak asasi wajib diperlakukan secara adil. Hak dan kewajiban terkait pula dengan amanah, sementara amanah wajib diberikan kepada yang berhak menerimanya. Oleh karena itu hukum berdasarkan amanah harus ditetapkan secara adil tanpa dibarengi rasa kebencian dan sifat negatif lainnya.<sup>44</sup>

Dalam sistem masyarakat Islam keadilan di antara manusia itu sebagai tulah (hadaf) risalah langit. Keadilan adalah nilai-nilai

---

<sup>43</sup> *Ibid.* Hal 31

<sup>44</sup> Abdul Azis Dahlan. *Op. Cit.* Hal. 25

kemanusiaan yang asasi yang dijadikan sebagai pilar kehidupan pribadi, rumah tangga dan masyarakat. Bentuk keadilan menurut Islam adalah sebagaimana yang dalam istilah sekarang disebut keadilan sosial, yang berarti keadilan dalam membagi kekayaan (negara). Dalam hal ini aspek yang penting adalah mendekatkan sisi-sisi perbedaan yang nampak antara individu dan golongan dan antara golongan yang satu dengan yang lain, dengan memberikan batas dari monopoli orang-orang kaya di satu sisi dan berusaha untuk meningkatkan pendapatan orang-orang. Keadilan sebagai suatu yang berimbang tidak harus selalu dalam pengertian sama berat, tetapi juga dalam pengertian harmonisasi antara bagian-bagian atau pihak-pihak sehingga membentuk suatu kesatuan yang harmonis. Hal yang penting juga adalah keadilan dalam pengertian menempatkan sesuatu pada tempatnya yang benar, dan ini memerlukan kearifan yang dalam dari pihak-pihak yang terlibat dengan membuat membuat keputusan.<sup>45</sup> Hal inilah yang pada akhirnya menjadi titik balik pada sejarah hukum Islam sebagaimana dikemukakan oleh Joseph Schacht.

Joseph Schacht menyebutkan, ada dua arah perubahan yang penting dalam sejarah hukum Islam; pertama, pada masa awal pengenalan sebuah teori hukum yang tidak hanya mengabaikan akan tetapi juga menolak keberadaan semua elemen yang tidak sesuai dengan pemikiran Islam, Al Quran, dan Hadist Nabi; kedua, yang terjadi di abad

---

<sup>45</sup> A. Madjedi Hasan. *Op. Cit.* Hal. 152

sekarang, yakni legislasi modernis sebagai bagian dari pemerintahan Islam yang tidak saja membatasi bidang 'hukum suci' yang diterapkan dalam praktik, akan tetapi juga bercampur dengan bentuk tradisional dari hukum itu sendiri. Campur tangan ini tidak mengambil bentuk suatu perjuangan kekuasaan antara organisasi-organisasi yang sedang berkompetisi. Ini tidak berarti menggantikan 'hukum suci' dengan hukum sekuler modern, akan tetapi merenovasi bentuk tradisionalnya dan menerima bahwa Islam sebagai sebuah agama mestilah juga mengatur bidang hukum, tetap tidak tertandingi juga.<sup>46</sup>

Dalam setiap titik perkembangannya, menurut Schacht hukum Islam tidak pernah mengalami keseragaman. Dari permulaan pokok bahasan ia berubah-ubah dari satu tempat ke tempat lainnya. Perbedaan geografis tersebut menyebabkan beberapa perbedaan dan penyimpangan dalam aliran-aliran hukum klasik. Beberapa mazhab hukum belakangan terus menerus dihidupkan oleh penganutnya, sedangkan mazhab lainnya muncul dari perbedaan dalam prinsip dan metode penalaran hukum. Sekte Ibadi dan Syiah juga mengembangkan sistem hukum mereka sendiri. Akan tetapi, kuatnya penegasan *catholic instinct* dalam ortodoksi Islam berakibat kepada pengakuan empat mazhab belakangan yang masih hidup sebagai wakil penafsir yang sah terhadap hukum Islam.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Joseph Schacht. 2012. *Pengantar Hukum Islam*, Jogjakarta : Imperium. Hal 3-4

<sup>47</sup> *Ibid.* Hal 4



Schacht juga menyampaikan bahwa Hukum Islam muncul dan berkembang dengan latar belakang politik dan administratif yang bervariasi. Dalam hal ini kehidupan Nabi adalah unik; kehidupan tersebut diikuti oleh periode kekhilafahan Madinah (40-90 H/632-661 M). Pemerintahan Dinasti Umayyah, dinasti yang pertama dalam Islam (41-132 H / 661-750), dalam banyak hal telah mencerminkan perwujudan kecenderungan-kecenderungan yang inheren dalam bentuk komunitas umat Islam pada masa Nabi. Selama pemerintahan mereka, kerangka kerja sebuah masyarakat Muslim Arab diciptakan, dan dalam masyarakat ini sebuah kekuasaan peradilan baru, sebuah yurisprudensi baru, dan melalui cara ini, hukum Islam tercipta. Dinasti Umayyah digulingkan oleh Dinasti Abbasiyah, dan pendiri Abbasiyah berupaya menjadikan hukum Islam, yang masih dalam periode pembentukannya, sebagai satu-satunya hukum negara. Mereka berhasil sampai pada tingkat di mana selanjutnya para hakim (*qadi*) terikat dengan 'hukum suci', akan tetapi mereka tidak berhasil dalam mencapai pengintegrasian yang permanen antarateori dan praktik, antara kekuasaan politik dan 'hukum suci'. Di sana dilakukan pembagian secara bertahap terhadap kerajaan Islam yang padanya pasti sulit untuk menandai waktu kecuali yang sudah diketahui sekitar 300 H atau 900 M. Sekarang hukum Islam mengambil keuntungan dari keterpisahannya dari kekuasaan politik; ia menjaga stabilitas dan bahkan memberikan unsur-unsur penyatu di dalam sebuah



dunia Islam yang terpecah-pecah. Periode modern, dalam pengertian Barat, melihat munculnya dua negara Islam yang besar di atas reruntuhan orde sebelumnya, yakni kerajaan Usmani di belahan dunia Timur dan Kerajaan Moghul di India; di masa kejayaan kedua kerajaan tersebut (abad 16-17 berturut-turut) hukum Islam telah berlaku dan menciptakan efisiensi yang tinggi yang tidak pernah dimiliki oleh suatu masyarakat dengan suatu peradaban material sejak periode Abbasiyah. Simbiosis, segera sesudah kebangkitan kontrol politik barat, antara hukum Islam dan hukum Barat di jajahan Inggris India dan Aljazair (mulai abad 18-19 secara berturut-turut), telah melahirkan dua sistem hukum otonom, yakni *Anglo-Muhammadan law* dan *Droit musulman Algerien*. Pada akhirnya, penerimaan ide-ide politik Barat di Timur Dekat telah membangkitkan, pada abad sekarang, sebuah gerakan legislasi modern yang belum pernah ada sebelumnya.<sup>48</sup>

Dalam hubungannya dengan keadilan substansial, maka keadilan yang sempurna dapat dicapai dengan menegakkan hukum Allah Swt dan hukum-hukum yang ditetapkan oleh Rasulullah Saw secara konsisten dan konsekwen tanpa memperturutkan kehendak atau keinginannya sendiri, sebagaimana firman Allah swt, dalam Al Quran Surat Al Maidah ayat 49 sebagai berikut :

---

<sup>48</sup> *Ibid.* Hal 4-5

وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ  
يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ  
يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴿٤٩﴾

*“Dan hendaklah kamu memutuskan perkara di antara mereka menurut apa yang telah diturunkan Allah, dan janganlah kamu mengikuti hawa nafsu mereka, supaya mereka tidak memalingkan kamu dari sebahagian apa yang telah Allah turunkan kepadamu. Jika mereka berpaling (dari hukum yang telah diturunkan Allah), maka ketahuilah bahwa sesungguhnya Allah menghendaki akan menimpakan mushibah kepada mereka disebabkan sebahagian dosa-dosa mereka. Dan sesungguhnya kebanyakan manusia adalah orang-orang yang fasik”*

Pada ayat di atas, Allah SWT mengisyaratkan kewaspadaan terhadap mereka-mereka yang menyelewengkan sebagian dari apa yang telah diturunkan Allah. Dalam setiap kitab-kitabNya, Allah telah menurunkan hukum syari'at dan tuntunan untuk melaksanakan hukum dengan istiqamah (konsisten). Di penghujung ayat ini dapat diketahui bahwa Allah hendak menyiksa orang-orang yang menyeleweng dan orang-orang tersebut dikategorikan sebagai orang-orang yang fasik karena mereka membangkang dari Hukum-hukum Allah.

Memutuskan hukum atas sesuatu persoalan yang diajukan di depan majelis hakim yang harus diproses penyelesaian perkaranya atau diputuskan dan ditetapkan sesuai dengan ketentuan Allah dan Rasul-Nya. Para hakim menghadapi para pihak dalam memeriksa ber perkara tanpa dipengaruhi oleh pihak manapun juga. Dengan demikian hakim

melepaskan diri dari semua kekuasaan dan instansi yang ada.<sup>49</sup> Seorang hakim dalam memutus perkara hendaknya bebas, yang berarti tidak ditentukan oleh siapa dan apa. Hal ini dapat menjadikan hakim sebagai cerminan keadilan.

Sebagaimana disampaikan oleh M. Quraish Shihab bahwa kata adil pada awalnya diartikan dengan sama atau persamaan, itulah yang menjadikan pelakunya tidak memihak atau berpihak pada yang benar. Makna ini menunjukkan bahwa keadilan itu melibatkan beberapa pihak, yang terkadang saling berhadapan, yakni: dua atau lebih, masing-masing pihak mempunyai hak yang patut perolehnya, demikian sebaliknya masing-masing pihak mempunyai kewajiban yang harus ditunaikan.<sup>50</sup> Keadilan menurut hukum Islam merupakan cikal bakal bagi pembentukan hukum modern yang tidak terikat dengan peraturan perundang-undangan. Ini bisa dilihat dalam penyelesaian perkara pidana di Arab Saudi yang berlandaskan pada asas hukum Islam. Dalam beberapan kasus dicontohkan begitu besar peran masyarakat dalam mencapai keadilan substansial pada penanganan perkara pidana. Dalam hukum Islam penyelesaian perkara pidana tidak harus berujung pada eksekusi pelaku tindak pidana. Melainkan ada alternatif lain yang dapat

---

<sup>49</sup> Ambo Asse. *Konsep Adil dalam Al Quran*. Jurnal Al Risalah Vol 10 Nomor 2 November 2010 Hal. 282

<sup>50</sup> M. Quraish Shihab. 1998. *Wawasan Al-Quran Tafsir Maudhu'i atas Pelbagai Persoalan Umat*. Bandung : Mizan. Hal. 111

ditempuh demi terciptanya keadilan bagi para pihak yang seimbang. Konsep keseimbangan dalam hukum Islam inilah yang menurut penulis selaras dengan keadilan substansial. Keadilan dalam hukum Islam dan keadilan substansial sama-sama mewujudkan keseimbangan antara para pihak baik itu korban maupun pelaku. Konsep hukum yang berlandaskan asas keadilan Islam harus dikembangkan guna mewujudkan keadilan substansial. Menurut penulis keadilan dalam Islam merupakan perbuatan yang paling takwa atau keinsyafan ketuhanan dalam diri manusia. Hal ini karena keadilan tidak hanya merupakan dasar dari masyarakat muslim yang sejati, sebagaimana di masa lampau dan seharusnya di masa mendatang. Hukum Islam menempatkan keimanan dan keadilan sebagai dua hal yang tidak dapat dipisahkan. Oleh karena itu Islam sangat mewajibkan kepada setiap manusia yang beriman untuk berlaku adil.

Berkaitan dengan teori Hukum Islam di atas, jika dihubungkan dengan disertasi yang berjudul “Model Penyelesaian Perkara Pidana yang Berkeadilan Substansial” ini, maka keimanan yang dimiliki setiap manusia akan menciptakan sebuah ketenteraman batin. Menurut pendapat penulis keadilan dalam Islam mendasari tercapainya keadilan substansial karena dalam Islam antara keimanan dan keadilan adalah dua hal yang tidak terpisahkan, artinya dengan keimanan ia bisa menentukan hukum positif demi mewujudkan keadilan substansial. Keadilan dalam Islam tidak bicara mengenai prosedur dalam penyelesaian perkara,

melainkan bagaimana terwujudnya keadilan tersebut bagi para pihak. Hal ini bisa dilihat dalam kasus Darsem dan Ahmad Fauzi, yang setelah dilakukan proses negosiasi dengan melibatkan keluarga pelaku dan korban serta pemerintah tidak jadi dieksekusi. Proses ini sejalan dengan ide Model Penyelesaian Perkara Pidana Yang Berkeadilan Substansial yang dikembangkan oleh penulis. Di mana proses penyelesaian perkara pidana bukanlah monopoli atau berada pada area pelaku dan negara. Seperti yang dikenal dalam paham positivistik, pada akhirnya menimbulkan kontroversi serta penolakan dari masyarakat karena gagal menciptakan keadilan formal alih-alih keadilan substansial. Dengan sendirinya keadilan substansial ini begitu dekat dengan keadilan menurut ajaran agama Islam.

## 5. Keadilan Substansial

Menurut Ulpianus ( $\pm$  200 AD), "*justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*". Keadilan adalah kehendak yang *ajeg* dan menetap untuk memberikan kepada masing-masing bagiannya. Dalam bahasa Inggris terjemahannya berbunyi "*to give everybody his own*", atau memberikan kepada setiap orang yang menjadi haknya. Inti dari pengertian tersebut bahwa memberikan masing-masing haknya dan tidak lebih, tapi tidak kurang daripada haknya. Keadilan tidak dapat

hanya diharapkan saja atau dianjurkan saja. Keadilan mengikat setiap orang, sehingga orang mempunyai kewajiban.<sup>51</sup>

Pengertian keadilan lain dikemukakan oleh O. Notohamidjojo, yakni keadilan itu menuntut perlawanan terhadap kesewenang-wenangan kepada manusia, keadilan memberikan kepada masing-masing haknya, dengan kata lain keadilan merupakan postulat (tuntutan atau dalil, yang tidak dapat dibuktikan, yang harus diterima untuk memahami fakta atau peristiwa tertentu) bagi perbuatan manusia. Karena keadilan menuntut untuk melihat sesama manusia sebagai manusia, mewajibkan memanusiakan manusia (*Vermenschlichung den Menshen*). Keadilan menempatkan pihak lain sebagai subyek. Keadilan menuntut perlakuan seperti orang diperlakukan. Keadilan mengucilkan kesewenang-wenangan.<sup>52</sup>

Keadilan juga mencerminkan pada sifat kemakmuran masyarakat. Orang-orang yang diberi kekuasaan untuk memerintah, lalu berbuat curang dengan hidup bermewah-mewah pada akhirnya akan menghadapi kehancuran negeri dan masyarakat seluruhnya.<sup>53</sup> Pada dasarnya pangkal dari segala pendidikan karakter ialah cinta dan kebenaran dan berani mengatakan salah dalam menghadapi sesuatu yang tidak benar.

---

<sup>51</sup> Arief Nugroho, Dyah Hapsari Prananingrum. *Ketidak Adilan dalam Perjanjian Jual-Beli Sayur*. dalam Jurnal Ilmu Hukum. Vol. 10 No. 2. September 2007 Hal. 212

<sup>52</sup> *Ibid*

<sup>53</sup> Sri Bintang Pamungkas. 1996. *Pokok-Pokok Pikiran Tentang Demokrasi Ekonomi & Pembangunan*. Edisi 2. Jakarta : Yayasan Daulat Rakyat. Hal. 17



Pendidikan ilmiah dalam perguruan tinggi dapat melaksanakan pembentukan karakter itu, karena wujudnya mencari kebenaran dan membela kebenaran.<sup>54</sup> Keadilan juga disampaikan oleh Sri Redjeki Hartono dalam kajiannya terhadap hukum dagang dan hukum ekonomi sejauh mana keduanya mempunyai tujuan utama sebuah keadilan.<sup>55</sup>

Menurut George Boeree, teori keadilan mengandung kekurangan yang sama dengan teori pertukaran secara umum. Secara ringkas, rumusan teori keadilan berbunyi sebagai berikut: "Masing-masing sesuai dengan pengorbanan atau input yang diberikannya." Jika kita sudah membicarakan kemewahan hidup, hanya sedikit orang yang akan setuju dengan rumusan : Jika Anda tidak bekerja, Anda tidak mendapatkan apa-apa.<sup>56</sup>

Tetapi, bagaimana halnya dengan pemungutan suara? Apakah hanya orang-orang yang benar-benar menyumbangkan sesuatu yang bermanfaat bagi masyarakat yang diizinkan memberikan suaranya? Misalnya para pekerja? Bagaimana halnya dengan para tuan tanah (yang pada zaman dahulu diabdikan oleh para nenek moyang kita tanpa protes sedikit pun)? Bagaimana pula halnya dengan kaum bangsawan, yang dahulu kekuasaannya tidak pernah dipertanyakan? Mereka semua tidak

---

<sup>54</sup> Antonius Atosokhi Gea, dkk.2002. *Relasi dengan Sesama, Character Building II*. Jakarta : Elex Media Komputindo. Hal 104

<sup>55</sup> Sri Redjeki Hartono. *Evolusi Kajian Hukum Dagang Menjadi Hukum Bisnis dan Hukum Ekonomi*. Naskah disampaikan dalam pidato purna tugas di Universitas Diponegoro Semarang Mei 2012. Hal.30

<sup>56</sup> C. George Boeree, 2010, *Psikologi Sosial*, Jogjakarta : Prismsophie, Hal. 202

memberikan kontribusi nyata terhadap masyarakat, tetapi memperoleh kemewahan dari keringat rakyat atau petani penggarapnya. Terlepas dari semua itu, kini dihendaki "keadilan sosial bagi semua orang".<sup>57</sup>

Menurut Boeree pembahasan ini dapat diperluas kepada orang-orang miskin, lanjut usia, atau cacat. Apakah karena mereka tidak bekerja, mereka tidak patut diberi obat-obatan, makanan, pakaian, serta kebutuhan dasar lainnya? Bila mempertimbangkan hal tersebut, kebanyakan orang akan setuju bahwa rumusan aturan seharusnya berbunyi, "Tiap orang hendaknya diberi sesuai dengan kebutuhannya" (sesuai dengan pesan Karl Marx).<sup>58</sup>

Selama ini hukum hanya berprinsip teguh terhadap keadilan yang sifatnya prosedural bukan keadilan substansial. Dalam hal ini, keadilan prosedural merupakan keadilan yang mengacu pada bunyi undang-undang. Sepanjang bunyi undang-undang terwujud, tercapailah keadilan secara formal. Masih perlu pengkajian lebih lanjut apakah secara materiil keadilan itu benar-benar dirasakan adil secara moral bagi banyak pihak atau tidak. Para penegak keadilan prosedural sering tidak mempedulikannya. Para penegak keadilan prosedural itu, biasanya tergolong kaum positivistik dan tidak melihat betapa masyarakat tidak merasakan keadilan yang sejatinya hukum merupakan sarana

---

<sup>57</sup> *Ibid*

<sup>58</sup> *Ibid*

mewujudkan keadilan yang tidak sekedar formalitas. Banyak kasus putusan hakim yang tidak mencerminkan substansi keadilan hukum yang beberapa dekade belakangan ini mewarnai media pewartaan nasional. Bagi kaum positivistik, keputusan-keputusan hukum dapat dideduksikan secara logis dari peraturan-peraturan yang sudah ada lebih dahulu tanpa perlu menunjuk kepada tujuan-tujuan sosial, kebajikan, serta moralitas. Betapa pun tidak adil dan terbatasnya bunyi undang-undang yang ada. Hukum adalah perintah undang-undang, dan dari situ kepastian hukum bisa ditegakkan.<sup>59</sup> Keadilan substantif pernah dicontohkan oleh Mahfud MD yang merupakan Mantan Ketua Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. Saat melakukan uji materi undang-undang pornografi para hakim konstitusi melakukan nonton bareng tarian yang dianggap porno di hadapan sidang. Tidak ketinggalan juga mereka pun menonton film (yang dianggap) porno. Menurut Mahfud inilah yang disebut dengan keadilan substantif, walau agak janggal (Jw:nyeleneh) karena mampu ke luar dari koridor kitab undang-undang dalam metode pembuktian keadilan. Dalam perkara lainnya yaitu dalam masa pemilihan umum untuk hak memilih. Mahkamah yang dipimpin Mahfud saat itu memberikan solusi penggunaan kartu tanda penduduk sebagai alat sah untuk dapat mengikuti pemilu. Semua aksi Mahfud itu membuatnya

---

<sup>59</sup> Fawaidurrahman. *Mencari Keadilan Hukum di Indonesia : Membendung Keadilan Prosedural Menuju Keadilan Substansial*. <http://fawaidroh.wordpress.com>. Diakses tanggal 3 Oktober 2011 pukul 12.05

menjadi bintang tahun 2009. Berbagai penghargaan pun diterimanya dari masyarakat lantaran keberaniannya berbeda. Terutama terhadap tekanan dalam kasus Cicak versus Buaya yang dapat mengakibatkan rekaman itu tidak jadi dibuka ke publik. Mahfud merasa cukup puas karena selain dapat menerapkan keahliannya sebagai pakar hukum tata negara, dia juga dapat menerapkan praktik keadilan substantif. Setelah selama ini praktik hukum di Indonesia lebih banyak diwarnai praktik keadilan normatif yaitu hanya berdasarkan kitab undang-undang.<sup>60</sup> Alhasil dalam banyak kasus akhir dari sistem peradilan pidana memunculkan banyak kontroversi karena terlalu kaku berpedoman pada hukum positif.

Mahkamah Konstitusi telah memberi pelajaran yang amat berharga kepada bangsa ini tentang lika-liku penegakan hukum, atau lebih khusus tentang pengambilan putusan oleh pengadilan. Para hakim Mahkamah Konstitusi tidak mengikuti prosedur hukum formal atau *business as usual*. Mereka tergugah nasionalismenya dan mempraktikkan cara berhukum yang progresif.<sup>61</sup>

Hukum itu tidak berdiri secara otonom penuh, tetapi merupakan bagian integral dengan kehidupan bangsa dan dengan demikian suka duka bangsanya. Hakim Agung Amerika Serikat, Oliver Wendell Holmes, yang legendaris itu, mengatakan, hukum suatu bangsa *embodies*

---

<sup>60</sup> TV One. 2010. *Satu Jam Lebih Dekat dengan 11 Tokoh Paling Inspiratif Indonesia*. Jakarta : Hikmah Hal. 76

<sup>61</sup> Satjipto Rahardjo. 2010. *Penegakan Hukum Progresif*. Jakarta : Kompas Hal. 82

*the story of a nation's development through many centuries*. Hakim tidak berdiri di luar, tetapi benar-benar menjadi bagian bangsanya, ikut merasakan sekalian suka dan dukanya. Pengadilan itu bukan institut yang steril.<sup>62</sup>

Menurut Mahkamah Konstitusi, hakim atau pengadilan tidak hanya memutus berdasar teks undang-undang dan hanya menggunakan akal pikiran atau logika hukum, tetapi dengan seluruh kapasitas nuraninya, seperti empati, kejujuran, dan keberanian. Dengan bekal itu, maka sesekali, jika keadaan memaksa, ia akan melakukan *rule breaking*.<sup>63</sup>

Mohammad Nashihah dan Ronny F. Sompie mengemukakan bahwa ciri khas dari keadilan dan hubungan khusus dengan hukum mulai muncul jika diamati bahwa sebagian besar kritik yang dibuat dalam hal adil dan tidak adil hampir sama baiknya disampaikan dengan kata-kata “adil” dan “tidak adil”. Keadilan jelas tidak *koekstensif* dengan moralitas pada umumnya; referensi terhadap itu terutama relevan dalam dua situasi dalam kehidupan sosial. Salah satunya adalah ketika prihatin tidak dengan perilaku satu individu, tetapi dengan cara di mana kelas-kelas individu diperlakukan, ketika beberapa beban atau manfaat ada untuk didistribusikan di antara mereka. Oleh karena itu apa yang biasanya adil atau tidak adil adalah bagian dari sebuah “pembagian”. Situasi kedua adalah ketika cedera telah dilakukan dan kompensasi atau ganti rugi

---

<sup>62</sup> *Ibid*

<sup>63</sup> *Ibid*. Hal. 82-83

diklaim. Ini bukan hanya konteks penilaian mengenai *justice*/keadilan atau *fairness*/keadilan dibuat. Mereka berbicara tidak hanya mengenai distribusi dan kompensasi sebagai *just*/adil atau *fair*/adil tetapi juga mengenai seorang hakim sebagai adil atau tidak adil; sebuah pengadilan sebagai adil atau tidak adil, dan seseorang sebagai dihukum secara adil atau tidak adil. Ini adalah aplikasi turunan dari gagasan mengenai keadilan yang dapat dijelaskan begitu aplikasi utama mengenai keadilan untuk urusan distribusi dan kompensasi dipahami.<sup>64</sup>

Prinsip umum laten dalam aplikasi yang beragam dari gagasan mengenai keadilan adalah bahwa individu berhak dalam hal satu sama lain pada posisi relatif tertentu dari kesetaraan atau ketidaksetaraan. Ini adalah sesuatu yang harus dihormati dalam perubahan-perubahan kehidupan sosial ketika beban atau manfaat ada untuk dibagikan; ini juga sesuatu yang harus dipulihkan jika terganggu.<sup>65</sup>

Oleh karena itu keadilan secara tradisional dianggap sebagai memelihara atau memulihkan keseimbangan atau proporsi, dan ajaran terkemukanya sering dirumuskan sebagai “Perlakuan seperti kasus yang serupa”, meskipun perlu ditambahkan untuk yang terakhir dan perlakuan kasus yang berbeda secara berbeda. Jadi ketika, atas nama keadilan, protes terhadap hukuman yang melarang orang kulit berwarna

---

<sup>64</sup> Mohammad Nashihah dan Ronny F Sompie.2011.*Konsep Hukum (di alih bahasakan dari buku Concept Law Karangan H.L.A.Hart)*. Jakarta: Cintya Press. Hal. 179

<sup>65</sup> *Ibid*



menggunakan taman publik, poin dari kritik semacam ini adalah bahwa hukum semacam itu buruk, karena dalam mendistribusikan manfaat dari fasilitas publik di antara penduduk tersebut ini mendiskriminasikan antara orang-orang yang dalam semua hal yang relevan, sama. Sebaiknya, jika hukum yang dipuji sebagai adil karena ini menarik dari beberapa bagian khusus beberapa hak istimewa atau kekebalan, misalnya dalam perpajakan, pemikiran yang membimbing adalah bahwa tidak ada perbedaan yang relevan seperti ini antara kelas istimewa dan seluruh masyarakat yang lain untuk memberikan mereka perlakuan khusus. Contoh-contoh sederhana ini, bagaimana pun, cukup untuk menunjukkan bahwa meskipun “Perlakuan seperti kasus yang serupa dan kasus yang berbeda secara berbeda” adalah elemen sentral dalam gagasan mengenai keadilan, maka dengan sendirinya ini tidak lengkap, dan sampai ditambahkan, tidak menghasilkan panduan tetap apapun bagi perilaku. Hal ini karena setiap manusia akan mirip satu sama lain dalam beberapa hal dan berbeda satu sama lain pada hal lain, dan sampai itu ditetapkan apa yang mirip dan perbedaan apa yang relevan, “perlakuan seperti kasus yang mirip” harus tetap menjadi bentuk yang kosong. Untuk mengisi itu maka harus tahu kapan, untuk tujuan yang ada, kasus harus dianggap sebagai mirip dan perbedaan apa yang relevan. Tanpa suplemen lanjutan ini, tidak dapat melanjutkan untuk mengkritik hukum atau pengaturan sosial lainnya sebagai tidak adil. Hal ini tidak adil bagi hukum ketika itu

melarang pembunuhan untuk memperlakukan para pembunuh berambut merah dalam cara yang sama seperti orang lain; memang akan menjadi tidak adil jika memperlakukan mereka secara berbeda, karena ini akan menjadi seperti jika menolak untuk memperlakukan secara berbeda yang waras dan yang gila.<sup>66</sup>

Saat ini dunia peradilan berkembang fenomena baru yang berkaitan dengan keadilan. Fenomena baru tersebut khususnya terjadi di Mahkamah Konstitusi, yaitu tentang diakuinya ‘hukum progresif’ yang dalam penerapannya akan menimbulkan ‘keadilan substantif’. Keadilan substantif ini dipahami sebagai keadilan yang dituangkan dalam putusan berdasarkan substansi perkara dan fakta persidangan. Peristilahan yang digunakan dalam merealisasikan keadilan substantif ini adalah suatu ‘terobosan hukum’. Keadilan jenis ini seringkali menimbulkan pro-kontra antar ahli hukum, Mahkamah Konstitusi dianggap telah memasuki ranah yang dianggap bukan lagi wewenang/kompetensinya, sehingga Mahkamah Konstitusi dianggap sebagai lembaga yang lahir dari rahim reformasi yang paling berpengaruh melebihi lembaga-lembaga negara lainnya. Bahkan muncul pendapat keadilan macam ini akan mengakibatkan perubahan prinsip bahwa negara ini bukan lagi ‘negara hukum’ (*rechtstaat*) tapi ‘negara hakim’ (*rechterstaat*).<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> *Ibid.* Hal 179-180

<sup>67</sup> Seharusnya keadilan Substantif bisa diterapkan di Mahkamah Agung juga. Keadilan yang dianut para hakim agung selama ini adalah keadilan normatif, yakni suatu keadilan yang

Fenomena lain yang muncul ialah pada sistem peradilan anak. Sejak dikeluarkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Anak, maka penanganan anak yang berhadapan dengan hukum didorong untuk mencapai keadilan restoratif.<sup>68</sup> Selain itu penyelesaian di setiap tingkat baik itu penyidikan, kejaksaan maupun persidangan di pengadilan wajib upayakan diversi.<sup>69</sup> Dengan demikian dalam peradilan anak tidak semuanya harus selesai dengan vonis hakim, akan tetapi dimungkinkan penyelesaian lain di luar proses peradilan.

Selain diversi, salah satu upaya mewujudkan keadilan substansial dapat dilakukan dengan lembaga *plea bargaining*<sup>70</sup>. *Plea bargaining* ini telah diterapkan di Amerika Serikat terbukti memenuhi kebutuhan pencari keadilan untuk mencapai keadilan substansial. *Plea bargaining*

---

didasarkan pada norma-norma semata. Dengan demikian, harus ditetapkan pula keadilan seperti apa yang dikehendaki agar pada saat perekrutan hakim agung dapat digali berdasarkan sikap para calon hakim agung yang kelak dapat melaksanakan tugas sebagai hakim agung dengan berkeadilan yang sesuai dengan harapan . Lihat Moh.Mahfud MD, *Mahkamah Konstitusi dalam Bingkai Hukum Progresif dan Keadilan Substantif*, bahan disampaikan dalam diskusi di Surabaya, 13 Februari 2010 dikutip oleh Nunuk Nuswardani. *Upaya Peningkatan Kualitas Putusan Hakim Agung dalam Mewujudkan Law and Legal Reform*. dalam Jurnal Hukum No. 4 Vol. 16 Oktober 2009. Hal. 522

<sup>68</sup> Lihat Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012. Keadilan Restoratif diartikan sebagai 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.

<sup>69</sup> Lihat Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012. Diversi diartikan sebagai pengalihan penyelesaian perkara Anak dari proses peradilan pidana ke proses di luar peradilan pidana.

<sup>70</sup> *Plea Bargaining* merupakan praktek penanganan perkara dimana antara pihak penuntut umum (jaksa) dan tertuduh atau pembelanya melakukan negosiasi perihal jenis kejahatan yang akan didakwakan dan ancaman hukuman yang akan dituntut di muka persidangan. Supriyanta. *Peradilan Pidana Terpadu Berdasarkan RUU KUHP*. Jurnal Wacana Hukum Vol. IX 1 April 2010. Hal. 43

dalam sistem hukum acara pidana di Amerika Serikat merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari keseluruhan sistem penegakan hukum yang berlaku dan merupakan prosedur yang formal dan legal. Sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari sistem penegakan hukum secara menyeluruh, *plea bargaining* jelas akan selalu terjadi dalam rangkaian penanganan perkara pidana. Proses penanganan perkara pidana dimulai dari penyelidikan, penuntutan, penentuan kesalahan, penetapan pidana, dan akhirnya pelaksanaan pidana. *Plea bargaining* dalam sistem peradilan pidana di Amerika Serikat terjadi pada tahap *arraignment* dan *preliminary hearing*. Apabila seorang tertuduh menyatakan dirinya bersalah atas kejahatan yang dilakukan, maka proses selanjutnya adalah penjatuhan hukuman tanpa melalui *trial*. Periode *arraignment on information* atau *indictment* ini merupakan proses singkat guna mencapai dua tujuan yaitu : 1.memberitahukan kepada tertuduh perihal tuduhan yang dijatuhkan padanya; 2.memberi kesempatan kepada tertuduh untuk menjawab tuduhan tersebut dengan menyatakan: *not guilty* atau *guilty* atau *nolo contendere (no contest)*. Pada langkah ini pengadilan akan membacakan tuduhan yang diajukan kepada tertuduh dan bagaimana jawaban tertuduh atas tuduhan tersebut.<sup>71</sup>

Namun, hukum acara pidana di Indonesia belum mengadopsi lembaga *Plea Bargaining*. Proses *Plea Bargaining* menyangkut

---

<sup>71</sup> *Ibid*

pertimbangan adanya keuntungan atau tidaknya dalam praktek. Untuk itu, diperlukan adanya aturan yang mengatur tingkah-laku yang terlibat dalam proses negosiasi. Para pihak yang terlibat dalam proses *Plea Bargaining* ini adalah Penuntut Umum, Penasehat Hukum dan/atau Terdakwa, dan sangat jarang Keterlibatan Hakim. Peran utama dalam proses *Plea Bargain* ini dilakukan oleh Penuntut Umum. Peran ini dilakukan atas dasar kasus per kasus, dan Penuntut Umum menawarkan konsesi-konsesi. Untuk itu, diperlukan adanya petunjuk yang menentukan konsistensi kasus-kasus yang dapat dilakukan *plea bargain* dan kontrol terhadap diskresi Penuntut Umum. Faktor-faktor yang dipertimbangkan adalah pilihan-pilihan yang tepat, keseriusan kejahatan, sikap dari korban, isi dari pemeriksaan polisi, ketentuan pidana yang dapat diterapkan, kekuatan bukti kasus, sikap Hakim yang mengadili mengenai *plea bargaining*<sup>72</sup>.

Keadilan substantif (keadilan substansial) dimaknai sebagai :  
*“Justice fairly administered according to rules of substantive law, regardless of any procedural errors not affecting the litigant’s*

---

<sup>72</sup> Peran Penasehat Hukum sangat nyata dalam proses *plea bargain*, karena berinteraksi langsung dengan Penuntut Umum dan hal-hal untuk menginformasikan kepada kliennya. Terutama tentang fakta-fakta yang menyangkut beberapa dakwaan, ketentuan-ketentuan pemidanaan dari alternatif dakwaan. Artidjo Alkostar. *Kebutuhan Responsifitas Perlakuan Hukum Acara Pidana dan dasar Pertimbangan Pemidanaan serta Judicial Immunity*. Makalah disampaikan dalam Rakernas Mahkamah Agung dengan Pengadilan Seluruh Indonesia 2011 di Jakarta 18-22 September 2011. Hal. 3



*substantive rights.*”<sup>73</sup> (Keadilan cukup diberikan sesuai dengan aturan hukum substantif, meskipun ada kesalahan prosedural yang tidak mempengaruhi hak-hak substantif yang berperkara). Berdasarkan definisi tersebut dapat dimaknai bahwa keadilan substantif adalah keadilan yang diberikan sesuai dengan aturan-aturan hukum substantif, tanpa melihat kesalahan-kesalahan prosedural yang tidak berpengaruh pada hak-hak substantif para pihak.

Suasana berkurangnya kepercayaan pada hukum tampak jelas dalam sejumlah karya tulis belakangan ini. Kritik atas hukum selalu ditujukan pada tidak memadainya hukum sebagai sarana perubahan dan sebagai sarana untuk mewujudkan keadilan substantif. Kegelisahan tersebut tetap masih ada, namun saat ini ada sebuah catatan baru yang ditemukan oleh penunjang berkali-kali terhadap krisis legitimasi. Tanda bahaya yang bersifat konservatif tentang terkikisnya otoritas, penyalahgunaan aktivisme hukum dan macetnya “hukum dan ketertiban” (*law and order*) diteriakkan dalam gerakan pembaruan kembali yang radikal yang berfokus pada mandul dan korupnya tertib hukum.<sup>74</sup>

Menurut John Rawls, *Circumstance of Justice*, suatu rumusan yang berasal dari David Hume. Hume sendiri menyebut *Circumstance of Justice* untuk menggambarkan bahwa keadilan baru merupakan

---

<sup>73</sup> Bryan A. Garner (Editor in Chief). 2004, *Black's Law Dictionary, 8th Edition*, Thompson-West Publishing Co., St. Paul, Hal. 881

<sup>74</sup> Philipe Nonet & Philip Selznick. 2008. *Hukum Responsif*. Cet. 2. Bandung : Nusamedia Hal. 5



keutamaan yang relevan (*relevant virtue*) hanya apabila terjadi kelangkaan dan orang-orang tidak spontan tergerak dalam ikatan emosional untuk mengulurkan bantuan.<sup>75</sup> John Rawls mengemukakan prinsip-prinsip keadilan sebagai berikut <sup>76</sup>:

- a. Setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan-kebebasan dasar yang paling luas yang dapat dicocokkan dengan kebebasan-kebebasan yang sejenis untuk semua orang; dan
- b. Ketidaksamaan sosial dan ekonomi diatur sedemikian rupa sehingga:
  - 1) Menguntungkan terutama orang-orang yang minimal beruntung dan serentak juga.
  - 2) Melekat jabatan-jabatan dan posisi-posisi yang terbuka bagi semua orang dalam keadaan yang menjamin persamaan peluang yang *fair*.

Membebaskan konsep hukum dari ide keadilan cukup sulit karena secara terus menerus dicampuradukkan secara politis terkait dengan tendensi ideologis untuk membuat hukum terlihat sebagai keadilan. Jika hukum dan keadilan identik, dan jika hanya aturan yang adil disebut sebagai hukum, maka suatu tata aturan sosial yang disebut hukum adalah adil, yang berarti suatu justifikasi moral. Tendensi mengidentikkan hukum dan keadilan merupakan tendensi menjustifikasi suatu tata aturan

---

<sup>75</sup> Suteki, 2008, *Rekonstruksi Politik Hukum Tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial*, Semarang : PDIH UNDIP, Hal. 254

<sup>76</sup> Arief Nugroho. *Op. Cit* Hal. 214

sosial. Ini merupakan tendensi dan cara kerja politik, bukan tendensi ilmu pengetahuan. Pertanyaan apakah suatu hukum adil atau tidak dan apa elemen esensial dari keadilan, tidak dapat dijawab secara ilmiah, maka *the pure theory of law* sebagai analisis yang ilmiah pun tidak dapat menjawabnya. Namun, yang dapat dijawab hanyalah bahwa tata aturan tersebut mengatur perilaku manusia yang berlaku bagi semua orang dan semua orang menemukan kegembiraan di dalamnya. Maka keadilan adalah kebahagiaan sosial.<sup>77</sup>

Kriteria keadilan seperti halnya kriteria kebenaran, tidak tergantung dari frekuensi dibuatnya pembenaran tersebut. Karena manusia terbagi menjadi banyak bangsa, kelas, agama, profesi, dan sebagainya yang berbeda-beda maka terdapat banyak ide keadilan yang berbeda-beda pula. Terlalu banyak untuk menyebut salah satunya sebagai keadilan.<sup>78</sup> Sampai kapanpun, keadilan sosial tetap relevan untuk diperjuangkan selama tujuan pembangunan adalah untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat banyak bukan orang perorangan. Keadilan sosial dapat ditempatkan sebagai modal sosial (*social capital*) untuk melakukan pembangunan di segala bidang.<sup>79</sup> Dalam kata-kata Madame de Stael, “Suara hati begitu lembut sehingga mudah untuk mematikannya, tetapi suara hati ini juga begitu jelas sehingga tidak mungkin keliru.” Dan tidak

---

<sup>77</sup> Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit* Hal. 17

<sup>78</sup> *Ibid* Hal. 19

<sup>79</sup> Suteki. *Op. Cit*, Hal. 255

ada jalan pintas untuk mengembangkan anugerah tersebut. Hukum tuai berlaku; manusia akan selalu menuai apa yang ditabur – tidak lebih, tidak kurang. Hukum keadilan adalah kekal, dan semakin dekat manusia menyelaraskan diri dengan prinsip yang benar, semakin baik penilaian mengenai bagaimana dunia beroperasi dan semakin akurat jadinya paradigma peta wilayah.<sup>80</sup>

Weber melihat legitimasi politik di dalam masyarakat barat didasarkan pada apa yang disebutnya sebagai dominasi hukum, yakni penerimaan tindakan-tindakan pemerintahan sebagai tindakan sah selama mereka mendapat otoritasnya dari tatanan hukum yang dibangun dari sebuah sistem peraturan yang abstrak dan komprehensif. Peraturan hukum semacam itu diterima dengan dasar apabila ia memberikan kerangka “masuk akal” yang di dalamnya tujuan-tujuan individual warga negara dapat terpenuhi. Dominasi hukum adalah sebuah tipe ideal dalam pembahasan Weber mengenai bentuk-bentuk otoritas dan bersama dengan itu telah mempertimbangkan dua dominasi hukum lainnya yang mungkin terjadi. Kedua dominasi ini adalah dominasi karismatik (penerimaan otoritas berdasarkan pertimbangan emosional – misalnya, kesetiaan terhadap pemimpin tertentu) dan dominasi tradisional (penerimaan otoritas hanya karena ia dipandang sebagai sudah lama ada. Ketiga tipe dominasi hukum ini bisa hadir dalam situasi aktual empiris.

---

<sup>80</sup> Stephen R. Covey. 1997. *The 7 Habits of Highly Effective People*. Jakarta : Binarupa Aksara. Hal. 306-307

Tetapi dominasi hukum, seperti rasionalitas hukum formal yang menjadi tempat bergantungnya, jelas dipandang oleh Weber sebagai karakter dari masyarakat Barat modern.<sup>81</sup>

Konsepsi Weber tentang hukum modern sebagai yang memberikan kerangka yang “netral” secara moral maupun politis untuk tujuan tindakan rasional sejalan dengan pandangan-pandangan hukum di dalam masyarakat Barat modern yang dikemukakan oleh para penulis sebelumnya, seperti Herbert Spencer dan Social Darwinism dan oleh beberapa penulis berikutnya yang menjadi penerusnya. Ia tercermin dalam gagasan-gagasan dari apa yang disebut “teori-teori pertukaran” yang melihat esensi dari penerimaan terhadap tatanan sosial sebagai tergantung pada kapasitas anggota dari sebuah masyarakat untuk ikut terlibat di dalam pertukaran yang teratur, bukan hanya sekedar pertukaran manfaat ekonomis atau materi tetapi juga manfaat sosial dalam pengertian yang paling luas. Dalam fokus ekonomi yang lebih spesifik ia tercermin di dalam konsensus Frederick Hayek tentang masyarakat bebas sebagai sebuah “*catallaxy*”. – tatanan sosial yang disebabkan oleh penyesuaian mutual dari sejumlah ekonomi individual di dalam pasar. Dalam konsensus Hayek, hukum itu sendiri tidak memiliki tujuan kecuali untuk memberikan peraturan-peraturan abstrak yang di

---

<sup>81</sup> Roger Cotterell. 2012. *Sosiologi Hukum*. (diterjemahkan dari karya Roger Cotterell, *The Sociologi of Law : An Introduction*) penerjemah : Narulita Yosron. Bandung : Nusa Media Hal. 215

dalamnya terdapat sangat banyak tujuan individual dari warga negara perorangan yang dapat dikejar. Gagasan ini sangat populer di zaman sekarang di kalangan para pemikir liberitarian.<sup>82</sup>

Namun, sikap ambivelen Weber yang sangat kuat terhadap dominasi hukum dan tatanan ekonomi, politik, dan masyarakat yang diatur oleh peraturan yang menjadi bagian darinya sangat berbeda dari antusiasme pengikut sejati liberitarian *catallaxy*. Dominasi hukum melibatkan penerimaan peraturan karena mereka adalah peraturan; bukan karena nilai moralnya atau idealisme politiknya. Sehingga harga yang harus dibayar untuk sebuah tatanan sosial yang rasional secara keseluruhan adalah “ketidakterpesonaan” terhadap dunia, keadaan yang rutinitas menggantikan visi, yang disebut Weber sebagai “sangkar besi” yang mengurung manusia yang semakin membutuhkan tatanan dan tidak ada hal lain selain tatanan yang menjadi gelisah dan kecut apabila tatanan ini bergejolak untuk sesaat saja, dan menjadi tak berdaya dan seketika terhenti dari inkorporasi total di dalamnya. Dalam visi Weber sama seperti Marx, tidak ada pemisahan yang dramatis antara dunia kewirausahaan kapitalisme yang terorganisir secara monopolistik.<sup>83</sup> Pada situasi ini peran warga begitu kuat dan dominan.

Sistem regulatoris yang amat besar ini mengerdilkan warga negara yang tidak dapat melihat cara lain dan tidak memiliki alasan moral atau

---

<sup>82</sup> *Ibid.* Hal 206

<sup>83</sup> *Ibid*

politis untuk mempertanyakan dominasi sahnya atas kehidupan mereka. Analisis Weber tidak menunjukkan adanya kemungkinan untuk membalikkan perkembangan ini untuk mempertahankan kerangka peraturan-peraturan netral tatapi membuatnya menjadi semakin tidak mengganggu dalam kehidupan seperti yang diharapkan oleh kalangan neo-libetarian. Satu-satunya kemungkinan perubahan adalah melalui penggantian terhadap peraturan-peraturan dominasi tersebut dengan bentuk lain dari dominasi hukum. Tetapi otoritas tradisional tampaknya semakin berada tidak pada tempatnya di dalam masyarakat modern, yang tersisa adalah kemungkinan dominasi karismatik : bangkitnya pemimpin rakyat, munculnya pemimpin atau sejumlah pemimpin tertentu yang membangkitkan emosi populer, “ledakan: yang tidak rasional dari kepemimpinan dan loyalitas politis yang untuk suatu saat sampai rutinitas terbentuk kembali menuntut masyarakat ke jalur yang baru.”<sup>84</sup>

Persoalan yang merupakan *conditio sine qua non* dalam hukum adalah masalah keadilan. Mengenai masalah ini perlu diingat pandangan Gustav Radbruch yang secara cepat menyatakan bahwa cita hukum tidak lain dari pada keadilan. Selanjutnya ia menyatakan “*Est autem jus a justitia, sicut a matre sua ergo prius fuit justitia quam jus*”. Persoalan keadilan ini bukan merupakan persoalan matematis klasik, melainkan persoalan yang berkembang seiring dengan peradaban masyarakat dan

---

<sup>84</sup> Ibid Hal. 217



intelektual manusia. Bentuk keadilan dapat saja berubah tetapi esensi keadilan selalu ada dalam kehidupan manusia dan hidup bermasyarakat. Pandangan Hans Kelsen yang memisahkan keadilan dari hukum tidak dapat diterima karena hal itu menentang kodrat hukum itu sendiri. Dalam hal demikian memunculkan pertanyaan mengenai cara mengelola keadilan tersebut. Di sini muncul lagi sifat preskriptif ilmu hukum.<sup>85</sup>

Hukum dan keadilan tidak bisa diperbandingkan apalagi diperselisihkan karena hukum adalah alat, sarana, atau media untuk mendekati keadilan. Sarana dan tujuan adalah tidak sederajat. Hukum tidak mungkin melampaui keadilan, karena begitu diandaikan, maka alat telah mengkoloni tujuannya.<sup>86</sup> Namun, demikian hukum harus mampu mencapai keadilan karena itulah tujuan hukum.

Keadilan selalu di depan hukum dan memprovokasi hukum untuk selalu mendekatinya. Kepastian hukum bukan merupakan tujuan akhir melainkan hanya tujuan antara untuk mendekati keadilan. Keadilan tidak dapat dipastikan secara obyektif dan setiap orang mempunyai pandangan sendiri-sendiri tentang keadilan. Orang tidak bisa menarik batas yang jelas dan pasti antara hukum dan keadilan, tetapi bisa menggambarkan bahwa keadilan adalah suatu konsep yang jauh melampaui hukum sehingga keadilan tidak bisa sepenuhnya dipastikan dalam rumusan

---

<sup>85</sup> Peter Mahmud Marzuki.2008.*Penelitian Hukum*.Cet.ke-4. Jakarta : Kencana. Hal. 23

<sup>86</sup> Widodo Dwi Putro.2011.*Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum*.Yogyakarta : Genta Publishing. Hal. 259

hukum. Keadilan itu tidak terbatas, dalam arti ia tidak bisa dibatasi dalam definisi tertentu atau direduksi pada hukum tertentu, atau diderivasi pada sesuatu yang dianggap pasti.<sup>87</sup>

Namun demikian bukan berarti pencarian tentang keadilan selalu menemui jalan buntu, keadilan bisa didekati melalui upaya pencapaian kebenaran intersubyektif. Menempatkan hukum pada kebenaran intersubyektif, menekankan perbincangan diskursus dan konsensus dalam memutuskan sesuatu. Setiap yuris yang berupaya untuk menemukan suatu jawaban terhadap masalah yuridis akan mencari jawaban lewat penafsiran berdasarkan argumen-argumen yang tepat, kontekstual, dan paling dapat diterima para pihak. Betapa pun kuatnya kritik-kritik ini terhadap ajaran kaum legis, ide ini tidaklah dimaksudkan untuk menghilangkan secara radikal apa yang disebut *jurisprudence*. Klaim atas kebenaran dan sangkalan atas kebenaran dalam ranah ilmu pengetahuan adalah masalah biasa, karena disadari ilmu pengetahuan sendiri tidak pernah mampu meraih kebenaran absolut. Hanya dengan begitu tuntutan manusia terhadap “kebenaran” dan kebenaran akan selalu terbuka untuk didiskusikan. Keprihatinan dan kritik-kritik yang dilancarkan tidaklah dimaksudkan untuk mengingkari pentingnya Ilmu Hukum, akan tetapi untuk “memperadabkan” Legisme-Positivistik yang telah mereduksi keadilan menjadi sekedar hukum positif. Kritik ini tetap bergerak dalam

---

<sup>87</sup> *Ibid*

ranah jurisprudence untuk mempertahankan peran kaidah-kaidah hukum, khususnya dalam proses-proses adjudikasi untuk menyelesaikan perkara hukum. Kritik terhadap Positivisme Hukum sebenarnya bermaksud menekankan perlunya “regresif”, yakni ketika Ilmu Hukum “tersesat” dan Praktik Hukum semakin menjauh dari tujuannya : keadilan, maka ia harus kembali ke pangkalannya.<sup>88</sup> Keadilan yang dimaksud berkaitan dengan apa yang tertuang dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia sebagai berikut<sup>89</sup> :

*Article 18 of Universal Declaration of Human Rights of the United Nations reads as follow :*

*Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.*

*The charter, of which the above article is an extract, is not in actual fact an achievement of the United Nations, but is rather a legacy from that Islamic revolution which was brought into existence a thousand years before the United Nations came into being.*

*Islam, for the first time in human history, uprooted the system based on polytheism which was responsible for the mentality of discrimination between man and man. This unreal division had been at the root of much of the social injustice which had prevailed in ancient times.*

Setiap orang memiliki hak untuk kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama; hak ini termasuk kebebasan berganti agama

---

<sup>88</sup> *Ibid.* Hal 259-260

<sup>89</sup> Maulana Wahiduddin Khan, 2010, *Islam : Creator of The Modern Age*, New Delhi : Goodword Books Pvt. Ltd, Page 123-124.

atau kepercayaan, dan kebebasan, baik sendiri atau dalam komunitas dengan orang lain dan dalam praktek umum atau pribadi, untuk memmanifestasikan agama atau kepercayaannya dalam pengajaran, praktek, beribadah dan ketaatan.

Piagam tersebut merupakan rangkuman yang dalam kenyataannya bukanlah pencapaian/prestasi dari PBB, tetapi lebih merupakan warisan dari revolusi Islam yang masih terbawa eksis selama seribu tahun sebelum PBB ada. Islam, untuk pertama kalinya dalam sejarah manusia, menumbangkan sistem berdasarkan politeisme yang bertanggung jawab atas diskriminasi mental antara manusia dan manusia. Pembagian nyata ini telah menjadi akar dari banyak ketidakadilan sosial yang telah berlaku di zaman kuno.

Meskipun hukum Islam adalah sebuah 'hukum suci' (*sacred law*), pada dasarnya ia tidak berarti irasional; ia tidak diciptakan oleh sebuah proses irasional dari wahyu yang berkesinambungan, namun oleh sebuah metode interpretasi rasional, dan standar-standar keagamaan serta aturan-aturan moral yang diintrodusir ke dalam pokok bahasan memberikan kerangka bagi tata strukturalnya. Di sisi lain, karakter yuridis formalnya kurang dikembangkan; ia bertujuan memberikan norma-norma material yang nyata, dan tidak mengarah pada pemaksaan aturan-aturan formal dengan memainkan kepentingan-kepentingan yang bertarung. Oleh karena itu, tidaklah mudah bagi para ahli hukum modern di sebagian

besar negara-negara Islam kontemporer untuk memberi kemungkinan pembahasan dasar teknis yang diterapkan terhadap aturan itu. Hukum Islam mempunyai karakter pribadi dan individualistik yang jelas; dalam upaya terakhir, ia merupakan keseluruhan hak-hak pribadi dan kewajiban-kewajiban bagi individu. Salah satu ciri yang mencolok dari hukum Islam tradisional adalah metode kasuistik yang sangat terkait erat dengan struktur konsep-konsep hukum, dan keduanya merupakan produk cara berpikir analogis, sebagai lawan dari cara berpikir analitis, yang serba meliputinya. Hukum Islam mencerminkan sebuah kasus ekstrem dari seorang ahli hukum; ia diciptakan dan dikembangkan oleh *private specialist*; ilmu hukum dan bukan negara berperan sebagai legislator, dan buku pegangan ilmiah mempunyai kekuatan hukum. Hal ini menjadi mungkin karena hukum Islam berhasil mengklaim dirinya sebagai berdasarkan pada otoritas ketuhanan, dan karena ilmu hukum Islam menjamin stabilitas dan keberlanjutannya. Tradisionalisme hukum Islam, 'tipikal hukum suci', mungkin merupakan ciri yang paling esensial.<sup>90</sup>

Penelitian ilmiah tentang hukum Islam masih dalam tahap awalnya. Penelitian ini sebagian berasal dari persoalan yang tidak terbatas dan kompleks; sebagian dari posisinya dalam batas-batas antara studi-studi Islam dan hukum Islam, dan sebagian dari dua perkembangan yang tidak terduga yang telah berlangsung dalam generasi sekarang; di satu sisi,

---

<sup>90</sup> Joseph Schacht *Op. Cit.* Hal. 5-6

gagasan-gagasan kita mengenai sejarah awal hukum Islam telah mengalami suatu perubahan yang luas dan horizon baru telah membuka kemungkinan bagi penelitian, dan di sisi lain legislasi modern di sejumlah negara Muslim telah menambahkan, setelah periode panjang dan tidak berubah, sesuatu yang baru dan, sampai saat ini, babak yang belum berakhir pada perkembangannya lebih dari seribu tahun sejarah.<sup>91</sup>

Dalam kaitannya dengan peradaban manusia yang bertujuan pada tercapainya keadilan, Mahmoud Ahmadinejad, Presiden Iran menilai bahwa liberalisasi dan demokrasi yang diusung Barat seperti Amerika dan sekutunya telah gagal mewujudkan ambisinya untuk menjadi polisi keadilan dan perdamaian dunia. Kegagalan itu disinyalir karena Barat mengimplementasikannya dalam standar ganda. Selanjutnya Ahmadinejad berkata, “Kami telah melihat sosialisme dan marxisme ternyata gagal dalam memberikan solusi terhadap problematika dunia, dan kini liberalisme dan demokrasi yang diusung negara-negara Barat juga telah gagal, karena mengimplementasikan standar ganda”. Dia menambahkan “Perdamaian dan keadilan sejati hanya bisa terwujud di dunia ini dengan menampilkan Islam sebagai rahmat bagi sekalian alam, dan Iran akan menjadi yang terdepan menghadapi tekanan-tekanan Barat.”<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> *Ibid* Hal 6

<sup>92</sup> Mirza Maulana ar-Rusydi.2007.*Mahmoud Ahmadinejad : Singa Persia Vs Amerika Serikat*. Yogyakarta : Garasi. Hal. 74



Ahmadinejad juga mengecam pola kebijaksanaan dan sikap Amerika Serikat yang bersifat universalisme, militerisme, dan hak istimewanya serta mengimbau PBB memajukan agama. Dalam pidato penting internasional pertamanya sejak memegang jabatan, pemimpin konservatif muslim itu menyampaikan konsep-konsep luas termasuk rekomendasi-rekomendasi agar PBB menginternasionalisasikan keadilan pada tingkat internasional dan menjamin semua anggota memiliki hak yang sama.<sup>93</sup>

Ahmadinejad berkata bahwa, “Tantangan paling besar dalam abad ini adalah kerusakan sedikit demi sedikit moral agama umat manusia akibat menjauhi ketertiban moralitas dan kesatuan monotheisme.” Dalam hal ini Ahmadinejad tidak ragu-ragu menantang AS yang menjadi tuan rumah markas besar PBB dan menuduh Iran berusaha memproduksi senjata nuklir yang melanggar komitmen – komitmen internasional. Lebih lanjut dia berkata bahwa kekuasaan atau kekayaan yang lebih besar hendaknya tidak memaksakan kehendaknya kepada setiap anggota (PBB). Negara tuan rumah hendaknya tidak memberlakukan sewenang-wenang hak istimewanya terhadap negara-negara anggota lainnya. Ia mengecam unilateralisme, produksi, dan penggunaan ancaman atau menggunakan kekuatan militer dan memberlakukan perang yang menghancurkan terhadap rakyat demi

---

<sup>93</sup> *Ibid.* Hal 74-75

keamanan dan kesejahteraan negara.<sup>94</sup> Sementara itu di Indonesia Ki Hadjar Dewantara menyatakan bahwa kepentingan seseorang harus diolah dengan kepentingan umum, begitu pula segala golongan khusus tak boleh bertentangan dengan golongan umum, dasar yang paling luas ialah dasar kemanusiaan.<sup>95</sup>

Keadilan substantif memang menciptakan ketidakpastian hukum, tetapi menciptakan ketenangan hakim memberikan keadilan bagi kasus yang ditangani. Selain itu, putusan hakim akan mendorong berbagai perubahan dalam penyusunan peraturan perundang-undangan yang tidak memberikan keadilan. Jika hakim (termasuk hakim konstitusi) hanya sekedar menerapkan arti sebagaimana isi undang-undang dalam kasus yang ditanganinya, maka kekuasaan kehakiman tidak lebih sebuah "kepanjangan tangan" dari kekuasaan legislatif dan eksekutif (birokrasi), sehingga untuk apa kekuasaan kehakiman? Apa guna kekuasaan kehakiman dipisah dari kekuasaan lain? Mengutip kata Roberto M. Unger, yaitu:

*"An ideal of justice is formal when it makes the uniform application of general rules the keystone of justice of when it establishhes principle whose validity is supposedly independent of choiches among conflicting values. It is procedural when it imposes condition on the legitimacy of the processes by which social advantages are exchange and distributed. It is substantive when it governs the actual outcome of distributive decision or of bargains.*

---

<sup>94</sup> *Ibid.* Hal 75

<sup>95</sup> Taman Siswa. 1962. *Karja Ki Hadjar Dewantara*. Yogyakarta :Madjelis Luhur Taman Siswa. Hal.473

(Keadilan yang ideal adalah formal ketika aturan-aturan umum dipraktekkan secara seragam sebagai dasar keadilan atau ketidakadilan menegakkan prinsip-prinsip yang keabsahannya diharapkan bebas dari pilihan diantara nilai-nilai yang berlawanan. Ia adalah prosedural ketika menetapkan syarat-syarat bagi legitimasi proses di mana keuntungan sosial saling dipertukarkan atau terdistribusi. Ia adalah substantif ketika ia menentukan hasil aktual dari keputusan distributif atau bagi penawaran-penawaran).<sup>96</sup>

Dalam kode etik dan pedoman perilaku hakim, adil bermakna menempatkan sesuatu pada tempatnya dan memberikan yang menjadi haknya, yang didasarkan pada suatu prinsip bahwa semua orang sama kedudukannya di depan hukum. Dengan demikian, tuntutan yang paling mendasar dari keadilan adalah memberikan perlakuan dan memberi kesempatan yang sama (*equality and fairness*) terhadap setiap orang. Oleh karenanya seseorang yang melaksanakan tugas atau profesi di bidang peradilan yang memikul tanggung jawab menegakkan hukum yang adil dan benar harus selalu berlaku adil dengan tidak membedakan orang.<sup>97</sup>

Stabilisasi makna keadilan sebagai sesuatu yang berkesesuaian dengan undang-undang berakhir sebagai sesuatu yang dapat disangsikan. apakah keadilan dapat ditemukan dalam dimensi yang melampaui hukum ? Atau dengan kata lain apakah keadilan itu bertakhta di luar hukum ? Terlihat setiap pematian secara legal dari keadilan ditetapkan atas alas

---

<sup>96</sup> Roberto Unger.1976. *Law in Modern Society*.New York: The Free Press Hal. 194

<sup>97</sup> Komisi Yudisial RI.2012.*Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung RI dan Ketua Komisi Yudisial RI Nomor 047/KMA/SKB/IV/2009, 02/SKB/P.KY/IV/2009 Tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim*. Jakarta: Komisi Yudisial RI Hal.11

yang goyah, hal ini sesuai dengan konsep dekonstruksi itu sendiri. Artinya teks hukum tidak hanya menyangkut pernyataan-pernyataan penulis teks itu, melainkan struktur ganjil teks itu sendiri. Tidak ada prioritas dalam teks yang bersifat oposisi binari. Menetapkan keadilan di wilayah hukum positif dan hal-hal yang dapat diprediksi tidak dapat dipertahankan. Pandangan-pandangan keadilan yang ada dalam sebuah tatanan merupakan tradisi pemikiran hukum kodrat dan positivisme hukum, tantang apa yang disebut sebagai dogma dasar bersama.<sup>98</sup> Berkaitan dengan teori keadilan di atas, jika dihubungkan dengan disertasi yang berjudul “Model Penyelesaian Perkara Pidana yang Berkeadilan Substansial” ini maka keadilan substantif kadang bertentangan dengan kepastian hukum. Namun, apabila hakim dapat menciptakan keadilan substansial maka hakim akan merasa tenang karena ia berhasil memberikan keadilan terhadap para pihak yang berselisih. Putusan hakim yang berkeadilan substansial pada akhirnya akan menciptakan perubahan dalam sistem perundang-undangan, artinya penyusunan undang-undang akan mengedepankan keadilan. Beranjak dari itu semua maka keadilan hukum Islam inilah yang paling mendekati keadilan substansial. Pencarian keadilan dalam hukum Islam tidak bicara mengenai prosedur, tapi hasil yang dicapai, walaupun untuk mencapai hasil berupa keadilan tersebut menyimpang dari prosedur formal.

---

<sup>98</sup> Anthon F. Susanto. *Op. Cit.* Hal. 287

Sebagaimana contoh yang penulis kemukakan di muka dalam kasus Darsem dan Ahmad Fauzi, kedua Tenaga Kerja Indonesia yang divonis hukuman mati oleh Pengadilan Arab Saudi. Penyelesaian dalam kasus ini menghasilkan keadilan yang seimbang antara pelaku dan korban tindak pidana. Kasus tersebut menunjukkan pula bahwa pencarian keadilan bagi warga negara tidak menjadi otoritas dari pemerintah, melainkan melibatkan para pihak baik pelaku, korban, keluarga, dan masyarakat. Hal inilah yang mendorong penulis untuk melakukan penelitian ini untuk mencari model yang ideal dalam menyelesaikan perkara pidana.

#### **6. Keadilan Substansial dalam Perspektif Pancasila**

Pancasila sebagai dasar filsafat serta ideologi dan sumber dari segala sumber hukum bangsa dan negara Indonesia, bukan terbentuk secara mendadak serta bukan hanya diciptakan oleh perorangan sebagaimana yang terjadi pada ideologi-ideologi lain di dunia. Secara kausalitas Pancasila sebelum disahkan menjadi dasar filsafat negara, nilai-nilainya telah ada dan berasal dari bangsa Indonesia sendiri yang berupa nilai-nilai adat istiadat, kebudayaan dan nilai-nilai religious.<sup>99</sup>

Sila Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia mewajibkan manusia Indonesia untuk menyadari hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam kehidupan masyarakat Indonesia.

---

<sup>99</sup> Maryanto. *Urgensi Pembaharuan Hukum Indonesia Berdasarkan Nilai-Nilai Pancasila*. Jurnal Hukum, Vol. XXV, No. 1, April 2011. Hal. 423

Untuk itulah dikembangkan sikap adil terhadap sesama, menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban serta menghormati hak-hak orang lain.<sup>100</sup> Pancasila sebagai paradigma pembangunan hukum ditunjukkan dalam setiap perumusan peraturan perundang-undangan nasional yang harus selalu memperhatikan dan menampung aspirasi rakyat. Hukum atau peraturan perundang-undangan yang dibentuk haruslah merupakan cerminan nilai-nilai kemanusiaan, kerakyatan dan keadilan. Nilai-nilai Pancasila menjadi landasan dalam pembentukan hukum yang aspiratif. Pancasila menjadi sumber nilai dan sumber norma bagi pembangunan hukum. Dalam pembaharuan hukum, Pancasila sebagai cita-cita hukum yang berkedudukan sebagai peraturan yang paling mendasar (*Staatsfundamentalnorm*) di Negara Kesatuan Republik Indonesia. Pancasila menjadi sumber dari tertib hukum di Indonesia. Pancasila menentukan isi dan bentuk peraturan perundang-undangan di Indonesia yang tersusun secara hierarkhis. Pancasila sebagai sumber hukum dasar nasional. Sebagai sumber hukum dasar, Pancasila juga mewarnai penegakan hukum di Indonesia, dalam arti Pancasila menjadi acuan dalam etika penegakan hukum yang berkeadilan yang bertujuan untuk menumbuhkan kesadaran bahwa tertib sosial, ketenangan dan keteraturan hidup bersama hanya dapat diwujudkan dengan ketaatan terhadap hukum dan seluruh peraturan yang berpihak kepada keadilan.

---

<sup>100</sup> Soejadi. 1999. *Pancasila Sebagai Sumber Tertib Hukum Indonesia*. Yogyakarta : Lukman Offset. Hal. 96



Dengan demikian perlu diwujudkan suatu penegakan hukum secara adil, perlakuan yang sama dan tidak diskriminatif terhadap setiap warga negara di hadapan hukum, dan menghindarkan penggunaan hukum dengan cara yang salah sebagai alat kekuasaan dan bentuk-bentuk manipulasi hukum lainnya. Keadilan sosial pada dasarnya merupakan konsep yang multidimensi. Terdapat keadilan sosial yang menekankan aspek regional, ras, gender, dan antar golongan. Tulisan ini mencoba menggambarkan aspek keadilan sosial dalam pembangunan, khususnya keadilan sosial antar golongan sebagai suatu realitas sosial yang dihadapi oleh masyarakat Indonesia yang masih menunjukkan adanya kesenjangan (ekonomi), sekaligus perwujudan tujuan pembangunan sosial.<sup>101</sup> Kondisi penegakan hukum di Indonesia saat ini belum dapat mewujudkan nilai-nilai keadilan sosial. Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum bagi bangsa Indonesia hendaknya dijadikan sebagai landasan pembangunan hukum yang berkeadilan substansial. Dengan keadilan substansial tersebut akan dapat terwujud keadilan sosial sebagaimana amanat Pancasila. Penulis berpendapat dalam sistem peradilan pidana pembedaanannya tidak harus tunggal seperti selama ini. Model yang berbasis pada keadilan substansial bisa pula diterapkan, misalnya saja tidak setiap orang yang melakukan kesalahan harus dihukum penjara. Atas dasar keadilan sosial, hakim dapat membuat alternatif pembedaan

---

<sup>101</sup> Aris Munandar. *Pembangunan Nasional, Keadilan Sosial, dan Pemberdayaan Masyarakat*. Jurnal Universitas Paramadina, Vol. 2 No. 1, September 2002: 12-24. Hal. 16

misalnya mengaku bersalah, menyesali perbuatan dan meminta maaf pada korban dan keluarganya. Kebijakan alternatif tersebut dapat dilakukan pada kasus-kasus tertentu. Dengan kebijakan alternatif yang ditempuh hakim seperti ini, diharapkan keadilan sosial sebagaimana amanat Pancasila dapat terwujud. Keadilan Pancasila berarti keadilan berke-Tuhanan, keadilan berkemanusiaan (humanistik), keadilan nasionalistik, demokratik, dan berkeadilan sosial. Keadilan Pancasila tersebut jelas bukan sekedar keadilan formal, tetapi keadilan substantif/materiil.<sup>102</sup>

Menurut Mahfud MD, dalam sudut pandang hukum, Pancasila menjadi cita hukum (*rechtsidee*) yang harus dijadikan dasar dan tujuan setiap hukum di Indonesia. Oleh sebab itu setiap hukum yang lahir di Indonesia harus berdasarkan pada Pancasila dengan memuat konsistensi isi mulai dari yang paling atas sampai yang paling rendah hirarkhinya. Dalam kedudukannya yang seperti itu dan dalam kaitan dengan politik pembangunan hukum maka Pancasila yang dimaksudkan sebagai dasar pencapaian tujuan negara tersebut melahirkan kaidah-kaidah penuntun hukum yaitu<sup>103</sup>:

---

<sup>102</sup> Barda Nawawi Arif. 2012. *Pembangunan Sistem hukum Nasional (Indonesia)*. Semarang : Pustaka Magister. Hal. 36

<sup>103</sup> Mahfud MD. *Penuangan Pancasila di dalam Peraturan Perundang-undangan*. Makalah Seminar Nasional “Aktualisasi Nilai-Nilai Pancasila dalam Pendidikan Ilmu Hukum dan Perundang-undangan Indonesia” yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum UGM dalam rangka Peringatan Hari ahirnya Pancasila di Yogyakarta, 30-31 Mei 2007. Hal. 3-4

- a hukum yang dibuat di Indonesia haruslah bertujuan membangun dan menjamin integrasi negara dan bangsa Indonesia baik secara teori maupun ideologi;
- b hukum yang dibuat di Indonesia haruslah didasarkan pada demokrasi dan nomokrasi sekaligus;
- c hukum yang dibuat di Indonesia harus ditujukan untuk membangun keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia;
- d hukum yang dibuat di Indonesia haruslah didasarkan pada toleransi beragama yang berkeadaban yakni hukum yang tidak mengistimewakan atau mendiskriminasi kelompok tertentu berdasar besar atau kecilnya pemeluk agama.

Keadilan Sosial adalah sila kelima dalam Pancasila. Sila kelima ini tidak lain merupakan ujung harapan dari semua sila lainnya. Sila pertama sampai dengan sila keempat saling berkaitan satu sama lain. Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan Yang Dipimpin Oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan. Kesemua ini harus menghasilkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat. Karena itu, perumusan kelima sila itu pada Alinea IV Pembukaan UUD 1945 diakhiri dengan kalimat, “serta dengan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Jimly Asshiddiqie. *Pesan Konstitusi Keadilan Sosial*. Makalah Kuliah Umum tentang Paradigma Keadilan Sosial dalam Hukum Dan Pembangunan di hadapan para dosen Fakultas Hukum se-Malang, tanggal 12 April 2011. Hal. 1

Konsep keadilan sosial (*social justice*) berbeda dari ide keadilan hukum yang biasa dipaksakan berlakunya melalui proses hukum. Tetapi konsep keadilan sosial tentu juga tidak hanya menyangkut persoalan moralitas dalam kehidupan bermasyarakat yang berbeda-beda dari satu kebudayaan ke kebudayaan lain sehingga derajat universalitasnya menjadi tidak pasti. Seperti dikemukakan di atas, keadilan social memang harus dibedakan dari pelbagai dimensi keadilan, seperti keadilan hukum, keadilan politik, keadilan ekonomi, dan sebagainya, meskipun dapat juga dipahami bahwa keseluruhan ide tentang keadilan itu pada akhirnya dapat dicakup oleh dan berujung pada ide keadilan sosial. Karena pada akhirnya, keadilan hukum dan keadilan ekonomi harus membuahkan hasil akhir pada perwujudan keadilan sosial bagi semua. Di dalamnya, terkandung pengertian bahwa (i) Ketidakadilan yang ada selama ini harus ditanggulangi sampai ke titik yang terendah, (ii) Redistribusi kekayaan, kekuasaan dan status individu, komunitas, dan kekayaan sosial (*societal good*), dan (iii) Negara c.q. Pemerintah bertanggungjawab pemerintahan untuk memastikan kualitas dasar kehidupan bagi seluruh warga negara.<sup>105</sup>

Dikaitkan dengan disertasi penulis yang berjudul “Model Penyelesaian Perkara Pidana yang Berkeadilan Substansial” ini, maka keadilan dalam Pancasila menjadi tujuan yang hendak dicapai dalam

---

<sup>105</sup> *Ibid.*

penegakan hukum yang berkeadilan. Keadilan dalam penegakan hukum haruslah dilandasi nilai-nilai Pancasila. Penegakan hukum pidana harus mampu menciptakan keseimbangan bagi semua pihak baik itu korban, pelaku, dan masyarakat. Keseimbangan dalam penyelesaian perkara pidana tersebut pada akhirnya mampu menciptakan keadilan substansial.

## 7. Teori Hukum dalam Perspektif Keadilan Substansial

Terdapat banyak teori atau pemikiran tentang hukum yang lazim disebut sebagai mazhab hukum.<sup>106</sup> Sedangkan ilmu yang berusaha mencari jawab apa itu hukum antara lain filsafat hukum. Dalam Filsafat hukum terdapat berbagai aliran yang ingin memberi pengertian tentang apa itu hukum, misalnya aliran hukum alam, positivistik, realisme hukum, *sociological jurisprudence* dan sebagainya.<sup>107</sup> Teori-teori hukum tersebut menjawab pertanyaan tentang pengertian hukum termasuk apa yang menjadi tujuan hukum. Thomas Aquinas menegaskan bahwa hukum adalah peraturan dan ukuran tindakan yang mendorong untuk melakukan atau mencegah tindakan, karena itu hukum mewajibkan orang untuk bertindak. Ukuran bertindak menurut Aquinas adalah rasio (*reason*) yang sekaligus merupakan sumber utama tindakan manusia.

---

<sup>106</sup> Lihat Andre Ata Ujan. 2009. *Filsafat Hukum*. Yogyakarta : Kanisius Hal 49. Dicontohkan mazhab hukum antara lain : mazhab hukum murni yang dikembangkan Hanz Kelsen, mazhab hukum kodrat yang digagas St. Agustinus dan yang kemudian dikembangkan secara sistematis oleh Thomas Aquinas, seta mazhab sosiologis dengan tokohnya yang terkenal Roscoe Pound, atau realisme hukum yang dianut pemikir hukum lebih muda seperti Ronald Dworkin.

<sup>107</sup> Setiono. 2005. *Pemahaman terhadap Metode Penelitian Hukum*. Surakarta : PascaSarjana UNS Hal 20

Adalah rasio yang memerintahkan mengejar tujuan, khususnya ke arah prospek hidup yang baik. Rasio yang menjadi sumber dari apa saja yang menjadi tujuan manusia ini, juga menjadi ukuran dan peraturan untuk mencapai tujuan tersebut. Karena itu, hukum termasuk wilayah rasio.<sup>108</sup>

Ditegaskan Aquinas pula bahwa hukum itu sebagai peraturan. Akan tetapi ada dua hal yang harus diperhatikan ketika berbicara tentang hukum : (1) hukum sebagai konsep yang sumbernya adalah rasio; dan (2) hukum dari sisi penerapannya, yang berlaku bagi apa saja. Sebagai konsep hukum adalah ciptaan rasio dan masuk dalam wilayah rasio. Dari sisi penerapannya perlu diperhatikan bahwa manusia seharusnya tidak bertindak semata-mata karena paksaan hukum. Sikap hukum yang tepat adalah mematuhi hukum karena hukum dibuat untuk membela tujuan tertentu. Hukum untuk menciptakan keteraturan (*order*) demi mencapai kebahagiaan pada umumnya.<sup>109</sup>

Hal di atas berarti keteraturan hanya disebut keteraturan yang baik apabila diarahkan pada kebaikan bersama atau *common good*. Karena itu setiap peraturan hanya disebut hukum apabila bertujuan mengarahkan segala sesuatu pada kebaikan umum atau *bonum commune* (Latin). Dengan demikian apa yang disebut tujuan ultimum dari hukum tidak lain merupakan kebaikan bersama. Karena itu sikap hukum yang tepat juga

---

<sup>108</sup> *Ibid*, Hal 51. Kata *lex* (Latin), yang berarti “hukum” berasal dari kata kerja *ligare* (Latin) yang berarti “mengikat”. Karena itu, hukum mewajibkan orang untuk bertindak.

<sup>109</sup> *Ibid*, Hal 52



harus dikaitkan dengan pemahaman tentang tujuan hukum, yakni mendukung kebaikan bersama. Demi kebaikan bersama sebagai tujuan hukum, menurut Aquinas, negara harus dipimpin oleh orang yang memiliki kepedulian pada kepentingan semua orang. Selain itu keikutsertaan masyarakat dalam proses pembuatan hukum juga penting. Adanya partisipasi inilah yang menjadi alasan bagi Aquinas untuk mengatakan bahwa sesungguhnya setiap orang membuat hukum untuk dirinya sendiri. Melalui partisipasi dalam proses pembuatan hukum, setiap orang dengan sendirinya secara moral untuk mematuhi hukum atau mengatur perilaku sesuai dengan hukum.<sup>110</sup>

Membahas mengenai teori hukum memang sangatlah rumit dan sulit dikarenakan tidak ada definisi yang baku tentang hukum karena memang sulit untuk dibuat sesuai dengan kenyataan. Kansil menyatakan sebagai berikut<sup>111</sup>:

...sesungguhnya ucapan Kant ini hingga kini masih berlaku, sebab telah banyak benar Sarjana Hukum mencari suatu batasan tentang hukum, namun setiap pembatasan tentang hukum yang diperoleh, belum pernah memberikan kepuasan.

Pada dasarnya manusia menghendaki keadilan, manusia memiliki tanggung jawab besar terhadap hidupnya, karena hati nurani manusia berfungsi sebagai *index*, *ludex*, dan *vindex*. Pemikiran filosofis keadilan

---

<sup>110</sup> *Ibid.* Lihat hal 53. Hal ini tidak berarti bahwa setiap orang boleh membuat hukum. Yang berhak untuk membuat hukum adalah negara atau pemerintah.

<sup>111</sup> Sabian Utsman.2009. *Dasar-Dasar Sosiologi Hukum*. Yogyakarta : Pustaka Pelajar Hal. 105

yang berkaitan dengan filsafat hukum berkaitan erat dengan pemikiran John Rawls mengungkapkan 3 faktor utama yaitu<sup>112</sup> :

- a. perimbangan tentang keadilan (*Gerechtigkeit*)
- b. kepastian hukum (*Rechtssicherheit*)
- c. kemanfaatan hukum (*Zweckmassigkeit*)

Dalam logika diajarkan sesuatu prinsip yang mengatakan : makin besar eksistensi suatu istilah atau pernyataan, makin kecil kompeherensif istilah atau pernyataan itu, artinya isi kompeherensi suatu kata atau kalimat menjadi sangat kecil kalau luasnya eksistensi kata atau kalimat itu sangat besar dan sebaliknya.<sup>113</sup>

Hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia, agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan secara profesional. Pelaksanaan hukum dapat berlangsung normal, damai, tertib. Hukum yang telah dilanggar harus ditegakkan melalui penegakan hukum. Penegakan hukum menghendaki kepastian hukum, kepastian hukum merupakan perlindungan *yustisiabile* terhadap tindakan sewenang-wenang. Masyarakat mengharapkan adanya kepastian hukum karena dengan adanya kepastian hukum masyarakat akan tertib, aman dan damai. Masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan

---

<sup>112</sup> Lihat Soetandyo Wignjosoebroto, 2002, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Jakarta : Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat Hal. 18

<sup>113</sup> Harry Hamersma.2008. *Pintu Masuk ke Dunia Filsafat*. Edisi Kedua. Yogyakarta : Kanisius Hal. 25

penegakan hukum. Hukum adalah untuk manusia maka pelaksanaan hukum harus memberi manfaat, kegunaan bagi masyarakat jangan sampai hukum dilaksanakan menimbulkan keresahan di dalam masyarakat. Masyarakat yang mendapatkan perlakuan yang baik, benar akan mewujudkan keadaan yang *tata tentrem kerta raharja*. Hukum dapat melindungi hak dan kewajiban setiap individu dalam kenyataan yang senyatanya, dengan perlindungan hukum yang kokoh akan terwujud tujuan hukum secara umum: ketertiban, keamanan, ketentraman, kesejahteraan, kedamaian, kebenaran, dan keadilan.<sup>114</sup> Seperti diungkapkan oleh Barda Nawawi Arief<sup>115</sup> bahwa kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan (*criminal policy*) pada hakekatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defense*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*).

Durkheim merumuskan hukum sebagai suatu kaidah yang bersanksi. Dalam berat ringannya sanksi adalah tergantung dari sifat pelanggaran, anggapan-anggapan serta keyakinan-keyakinan masyarakat tentang baik buruknya serta tindakan dan peranan sanksi-sanksi tersebut dalam masyarakat.<sup>116</sup> Hukum dibuat untuk dilaksanakan, oleh sebab itu hukum tidak dapat dipisahkan dengan masyarakat sebagai basis

---

<sup>114</sup> Soejadi, 2003, *Refleksi mengenai Hukum dan Keadilan, Aktualisasinya di Indonesia*, Yogyakarta : Universitas Gadjah Mada. Hal. 5

<sup>115</sup> Barda Nawawi Arief, 2002, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, Cet ke 2, Hal. 73

<sup>116</sup> Sabian Utsman. *Op. Cit.* Hal. 128

bekerjanya hukum. Maka hukum berada di antara dunia nilai-nilai atau ide-ide dengan dunia kenyataan sehari. Oleh karena itu hukum bergerak di antara 2 (dua) dunia yang berbeda, akibatnya sering terjadi ketegangan pada saat hukum diterapkan.<sup>117</sup>

Hukum adalah tata aturan (*order*) sebagai suatu sistem aturan-aturan (*rules*) tentang perilaku manusia. Dengan demikian hukum tidak menunjuk pada suatu aturan tunggal (*rule*), tetapi seperangkat aturan (*rules*) yang memiliki suatu kesatuan sehingga dapat dipahami sebagai suatu sistem. Konsekuensinya adalah tidak mungkin memahami hukum jika hanya memperhatikan satu aturan saja.<sup>118</sup> Teori umum tentang hukum yang dikembangkan oleh Hans Kelsen meliputi dua aspek penting yaitu aspek statis (*nomostatics*) yang melihat perbuatan yang diatur oleh hukum, dan aspek dinamis (*nomodinamic*) yang melihat hukum yang mengatur perbuatan tertentu.<sup>119</sup> Selanjutnya Friedman mengungkapkan dasar-dasar esensial dari pemikiran Kelsen sebagai berikut<sup>120</sup> :

- a. Tujuan teori hukum, seperti tiap ilmu pengetahuan adalah untuk mengurangi kekacauan dan kemajemukan menjadi kesatuan.

---

<sup>117</sup> Satjipto Rahardjo. 2009. *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*. Yogyakarta : Genta Publishing. Hal. vii

<sup>118</sup> Jimly Assidhiqqie , M. Ali Safa'at. 2006. *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*. Jakarta : Sekretariat Jendral dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi. Hal. 13

<sup>119</sup> *Ibid.* Hal. 8

<sup>120</sup> *Ibid.* Hal. 8-9

- b. Teori hukum adalah ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku, bukan mengenai hukum yang seharusnya.
- c. Hukum adalah ilmu pengetahuan normatif, bukan ilmu alam.
- d. Teori hukum sebagai teori tentang norma-norma, tidak ada hubungannya dengan daya kerja norma-norma hukum.
- e. Teori hukum adalah formal, suatu teori tentang cara menata, mengubah isi dengan cara yang khusus. Hubungan antara teori hukum dan sistem yang khas dari hukum positif ialah hubungan apa yang mungkin dengan hukum yang nyata.

Pendekatan yang dilakukan oleh Hans Kelsen disebut *The Pure Theory of Law*, mendapatkan tempat tersendiri karena berbeda dengan pendekatan dua kutub antara mazhab hukum alam dengan positivisme empiris. Beberapa ahli menyebut pemikiran Kelsen sebagai “jalan tengah” dari dua aliran hukum yang telah ada sebelumnya.<sup>121</sup> Apabila berpikir mengenai sesuatu maka berlakulah hukum-hukum yang logis (rasional). Akan tetapi dalam kebingungan atau kepanikan, banyak yang lupa atau melupakan pemikiran logis.<sup>122</sup> Hal ini sejalan dengan teori kedaulatan hukum sebagaimana disampaikan oleh Krabbe. Kedaulatan hukum menempatkan cara berhukum yang logis tersebut sebagai sumber

---

<sup>121</sup> *Ibid*

<sup>122</sup> Soejadi.2008.*Mensyukuri Karunia Allah*. Jakarta : Pustaka Pergaulan. Hal. 127

dari kedaulatan. Kesadaran hukum suatu warga negara akan dapat membedakan mana yang adil dan yang tidak adil, sehingga sumber hukum adalah kesadaran hukum dan yang disebut hukum hanyalah yang memenuhi kesadaran hukum orang banyak.<sup>123</sup>

Menurut teori kedaulatan hukum (*Rechts-sovereiniteit*) penguasa maupun rakyat atau warga negara, bahkan negara itu sendiri semuanya tunduk kepada hukum. Semua sikap, tingkah laku dan perbuatannya harus sesuai menurut aturan hukum. Menurut Krabbe yang berdaulat itu adalah hukum. Menurut Krabbe pula, yang menjadi sumber hukum itu adalah rasa hukum yang terdapat dalam masyarakat itu sendiri. Rasa hukum ini dalam bentuknya yang masih sederhana, jadi yang masih bersifat primitif atau yang tingkatannya masih rendah disebut instink hukum. Sedang dalam bentuknya yang lebih luas atau dalam tingkatannya yang lebih tinggi disebut kesadaran hukum.<sup>124</sup> Krabbe memberikan keterangan bahwa hukum positif tidak dapat ditetapkan menurut sekehendaknya sendiri oleh kekuasaan pemerintah, akan tetapi terdapatlah kecenderungan untuk memperhatikan rasa hukum atau

---

<sup>123</sup> Sudikno Mertokusumo dan Pitlo.1993.*Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*.Yogyakarta: Citra Aditya Bakti. Hal. 43

<sup>124</sup> Dengan melihat pandangan Krabbe yang demikian , maka dapat dikatakan bahwa Krabbe itu dalam banyak hal terpengaruh oleh aliran Historis, yaitu suatu aliran yang berkembang sesudah revolusi Perancis. Aliran Historis ini antara lain dipelopori oleh Von Savigny, yang mengatakan bahwa hukum itu harus tumbuh di dalam masyarakat itu sendiri, berdasarkan kesadaran hukum yang terdapat di dalam masyarakat tersebut. Maka tidaklah mengherankan bahwa aliran ini menolak hukum yang dikodifikasi oleh Napoleon, oleh karena hukum tersebut adalah hukum asing, yaitu hukum Romawi. Lihat. Soehino.2000.*Ilmu Negara.Cet. Ketiga*.Yogyakarta : Liberty. Hal. 156 - 158



kesadaran hukum dari masyarakat. Sebab kalau tidak demikian, artinya pemerintah itu melakukan tindakan atau melaksanakan kekuasaan dengan tidak pantas, akan selalu timbul atau terdapat reaksi kesadaran hukum masyarakat, oleh karena di dalam masyarakat itu selalu terdapat ketentuan tetap dalam reaksi kesadaran hukumnya, ini memungkinkan timbulnya aksi yang bertujuan sama. Reaksi itu dapat timbul secara lamban, dalam bentuk kebiasaan misalnya. Atau dalam bentuk yurisprudensi. Tetapi terdapat pula secara cepat dalam bentuk hukum revolusi. Inilah yang akan melemahkan kekuasaan penguasa.

Pendapat Krabbe ini didukung oleh Kranenburg dengan mengemukakan hukum keseimbangan, atau postulat keseimbangan. Menurut Kranenburg setelah diadakan penyelidikan secara empiris analytis, memang ternyata bahwa di dalam masyarakat itu terdapat ketentuan tetap dalam reaksi kesadaran hukum manusia, yaitu bahwa setiap orang itu bersikap atau berkeyakinan, bahwa setiap orang itu adalah berkesamaan hak terhadap penerimaan keuntungan atau kerugian, atau terhadap keadilan dan ketidakadilan, kecuali apabila ada syarat-syarat khusus yang menentukan lain.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> Kranenburg menyatakan bahwa dalam masyarakat memang ada ketentuan yang bersifat tetap dalam reaksi kesadaran hukum manusia, misalnya Setiap anggota masyarakat merasa berkesamaan hak untuk menerima keuntungan atau kerugian. Walau rasa hukum setiap individu adalah tidak sama dan selalu berubah, akan tetapi diantara rasa hukum itu ada unsur-unsur yang sama dalam reaksi kesadaran hukum yang bersifat tetap. Hukum positif tidak dapat diterapkan menurut kehendaknya sendiri oleh kekuasaan pemerintah, akan tetapi terdapatlah

Hukum hadir bukan lagi untuk melayani masyarakat dan mendatangkan kesejahteraan bagi manusia, melainkan hadir demi dirinya sendiri. Absolutisme pemikiran yang begitu kuat telah menempatkan hukum modern sebagai realitas yang dikonstruksikan. Jadi, muncullah dua macam realitas. Pertama, yang dibentuk oleh hukum modern dengan sekalian pengawalnya yang terdiri atas negara modern, pemerintahan administrasi yang hierarkhis, dan penegak hukum yang memegang kepastian hukum sebagai senjata utama dalam menjalankan fungsinya. Kedua, yang ada senyatanya dalam kehidupan masyarakat, termasuk ketidakmampuan rakyat kecil menggapai keadilan karena status sosial dan nasibnya yang buruk.<sup>126</sup> Kegagalan dari hukum modern adalah karena ia membuat suatu kebenaran yang tidak boleh diganggu gugat meskipun kemudian ternyata bahwa suatu teori tidak boleh menyatakan diri sebagai sesuatu absolut. Pada zamannya, ia bisa saja mendapatkan ruang yang begitu besar dalam membentuk masyarakat, tetapi ketika perubahan terjadi dan masyarakat menuntut sesuatu, ia harus merendahkan diri untuk menyatakan ketidakmampuannya dan

---

kecendrungan untuk memperhatikan dasar hukum atau kesadaran hukum dari masyarakat. Sebab kalau tidak demikian, artinya pemerintah itu melakukan tindakan atau melaksanakan kekuasaan dengan tidak pantas, akan selalu timbul atau terdapat reaksi kesadaran hukum masyarakat, oleh karena itu di dalam masyarakat itu selalu terdapat ketentuan tetap dalam reaksi kesadaran hukum, ini memungkinkan timbulnya aksi yang bertujuan sama. Lihat. *Ibid.* Hal. 158.

<sup>126</sup> Antonius Sudirman. 2007. *Hati Nurani Hakim dan Putusannya*. Bandung : Citra Aditya Bakti, Hal. ix

memberikan tempatnya bagi kehadiran teori lain yang dapat menjawab kebutuhan manusia.<sup>127</sup>

Keadilan adalah sebuah pengalaman tentang yang tidak mungkin. Pengalaman sebagai “melintasi” dalam arti bahwa sebuah pengalaman merupakan sesuatu yang membukan jalan, membuat akses dan mendobrak. Keadilan adalah sebuah pengalaman apporia, artinya seseorang tidak dapat sepenuhnya mengalami keadilan, selalu berada pada batas antara apa yang dialami dan apa yang tidak dapat dialami. Apabila sebuah keadilan adalah pengalaman aporia, maka : pertama, sebuah keputusan yang adil harus di satu pihak memperoleh pengakuan dengan cara mengindahkan aturan, namun di lain pihak mengakui hal-hal di luar aturan itu, artinya sesuatu akan dianggap adil apabila keputusan tidak sekedar mematuhi aturan hukum. Sebuah keputusan akan menjadi adil apabila diambil melalui sebuah proses interpretasi hukum. Seorang hakim, misalnya pada setiap pembacaan yang menetapkan sesuatu menghasilkan yang adil apabila menjaga undang-undang sekaligus menghancurkan atau menghapus undang-undang. Oleh karena itu, setiap momen pada hakikatnya unik. Interpretasi hukum harus dilakukan terus menerus agar sebuah keputusan adil dapat diambil, tanpa hal tersebut sebuah keputusan tidak dapat dianggap adil, meskipun keputusan itu sah. Artinya di sini setiap keputusan adalah peristiwa sebuah keputusan

---

<sup>127</sup> *Ibid*

yang dijamin dengan sebuah aturan yang sah dan mengikuti begitu saja aturan tersebut adalah sebuah keputusan yang terprogram. Momen pengambilan keputusan bukanlah kontinum di mana orang mempertahankan rentetan waktu, tetapi sebuah keputusan yang adil harus merobek waktu dan membangkang terhadap berbagai dialektika.<sup>128</sup>

Penerapan hukum berarti juga memfungsikan hukum agar sesuai dengan kenyataan sosial (*verkelijkheid*). Roscoe Pound sebagai pelopor aliran fungsional atau dikenal juga dengan aliran *sociological jurisprudence*, mengatakan bahwa persoalan-persoalan pelik harus dianalisa dengan mendalam untuk dapat memahami perkembangan hukum, penghargaan terhadap perkembangan hukum dipandang sebagai kunci untuk mengenal sifat hukum. Bagi Pound, hukum tidak hanya merupakan kumpulan norma-norma abstrak tetapi juga merupakan suatu proses untuk mengadakan keseimbangan antara kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan dan menjamin pemuasan kebutuhan yang maksimal dengan pengorbanan yang minimal. Pound menggunakan analogi *social engineering*. Pendapat Pound ini bertujuan agar peraturan hukum itu berlaku secara efektif sesuai dengan tujuan untuk apa peraturan itu dibuat, maka dalam hal ini hukum yang berlaku dalam masyarakat tidak sama dengan hukum yang ada dalam buku-buku atau

---

<sup>128</sup> Anthon F. Susanto. *Op. Cit.* Hal. 289

dengan kata lain *law in book* tidak sama dengan *law in action*.<sup>129</sup> Pound mengatakan hukum itu tidak hanya diberi pensifatan/karakter sebagai kumpulan pernyataan-pernyataan yang logis, tetapi harus diberi pensifatan/karakter sebagai tindakan resmi (*official action*), yaitu apa yang dilakukan oleh pengadilan dan bukan apa yang dinyatakan. Pendapat Pound ini mengisyaratkan bahwa hakim harus lebih aktif menerapkan hukum sesuai dengan kenyataan yang berlaku dalam masyarakat. Pokok pikiran Pound tersebut sama dengan pendirian Holmes yang mengatakan bahwa setiap hakim bertanggung jawab memformulasikan hukum lewat keputusan-keputusannya. Hakim harus selalu sadar dan yakin benar akan kebenaran pernyataan bahwa hukum itu sesungguhnya bukan sesuatu yang “*omnipresent in the sky*”, melainkan sesuatu yang senantiasa hadir dalam situasi-situasi konkrit, “*to meet the social need*.” Jadi jelas bahwa hukum itu tidaklah merupakan sesuatu yang ada di langit tetapi sesuai dengan kebutuhan dan kenyataan sosial. Di sini diperlukan kemampuan hakim untuk mengenal secara benar aspek-aspek sosial, sehingga hukum mampu memenuhi fungsinya dengan semestinya sesuai dengan keadilan, kegunaan dan kepastian hukum.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Zulkifli, dkk. 2006. *Eksistensi Pasal 19 UU Advokat dan Kaitannya dengan Upaya Paksa Penyitaan yang Dimiliki oleh Penyidik*. Jakarta : Zulkifli Nasution & Rekan. Hal. 33-34

<sup>130</sup> *Ibid* Hal. 34-36

Dalam alam pemikiran positivisme bisa saja dikatakan *that's methodology*, tetapi ia gagal mencapai kebenaran dan digantikan oleh hermeneutika. Maka dari itu, kemudian sangat penting memahami pemikiran Bonaventura de Sousa Santos<sup>131</sup> bahwa manusia sekarang berada di tengah-tengah suatu dinamika ketidakseimbangan antara prinsip regulasi dan emansipasi yang disebutnya sebagai *paradigmatic transition*, sehingga pembuat undang-undang, penegak hukum, dan partisipan hukum lainnya, perlu memiliki berbagai kecerdasan yang bernilai luhur untuk menghadirkan hukum yang berhati nurani. Perkembangan teori hukum sesungguhnya disebabkan oleh ketidakpuasan terhadap ajaran positivisme.

Positivisme yang dirintis oleh Auguste Comte adalah puncak pembersihan pengetahuan dari kepentingan subyektif. Dalam pencariannya terhadap hukum perkembangan masyarakat, Comte membaginya menjadi tiga fase yakni, teologi, metafisik, dan positif. Positivisme menganggap pengetahuan mengenai fakta obyektif sebagai pengetahuan yang ilmiah. Dengan menyingkirkan pengetahuan yang melampaui fakta, Positivisme bermaksud mengakhiri riwayat metafisika sekaligus mengistirahatkan filsafat dari kerja spekulasinya. Bapak positivisme dalam bukunya *Cours de Philosophie Positive*, memperkenalkan hukum tiga tahap (*the law of three stages*) yang

---

<sup>131</sup> *Ibid* Hal. xiii



menjelaskan bagaimana sejarah manusia dan jiwa manusia, baik secara individual maupun keseluruhan, berkembang menurut hukum tiga tahap, yaitu :

- a tahap teologi atau fiktif
- b tahap metafisika atau abstrak, dan
- c tahap positif atau riil.<sup>132</sup>

Pada tahap pertama postulat ilmiah bersandar pada teologi, sehingga ilmu merupakan penjabaran (deduksi) dari ajaran agama. Dalam tahap ini pula menurut Comte<sup>133</sup> umat manusia sebab-sebab terakhir di belakang peristiwa-peristiwa alam menemukannya dalam kekuatan-kekuatan ini, entah disebut dewa-dewa atau Allah sang pencipta. Lalu zaman ini dibagi menjadi tiga sub bagian. Pada sub-tahap yang paling primitif dan kekanak-kanakan, yaitu :

- a tahap fetisisme atau animisme, manusia menganggap objek-objek fisik itu berjiwa, berkehendak, berhasrat
- b politeisme, kekuatan alam itu diproyeksikan dalam rupa dewa-dewa
- c tahap monoteisme, dewa-dewa dipadukan menjadi satu kekuatan adimanusiawi yang disebut Allah.

Pada tahap kedua postulat ilmiah didasarkan pada metafisika, yaitu keraguan mengenai eksistensi obyek yang ditelaah. Umat manusia

---

<sup>132</sup> Widodo Dwi Putro. *Op.Cit.* Hal 13

<sup>133</sup> *Ibid*

berkembang dalam pengetahuannya seperti seseorang melangkah pada masa remajanya. Kekuatan adimanusiawi dalam tahap sebelumnya itu sekarang diubah menjadi abstraksi-abstraksi metafisis. Misalnya : konsep “*ether*”, “*causa*”, dan seterusnya. Dengan demikian, peralihan ke tahap ini diselesaikan sesudah seluruh konsep mengenai kekuatan-kekuatan adimanusiawi diubah menjadi konsep-konsep abstrak mengenai alam sebagai keseluruhan. Tidak lagi Allah dan dewa-dewa yang ada adalah entitas-entitas abstrak yang metafisis. Pada tahap ketiga perkembangan ilmu, dilakukan pengujian positif-ilmiah terhadap semua yang digunakan dalam proses verifikasi yang obyektif. Akhirnya umat manusia mencapai kedewasaan mentalnya dalam tahap positif. Pada zaman ini umat manusia tidak lagi menjelaskan sebab-sebab di luar fakta-fakta yang teramati. Pikiran hanya memusatkan diri pada yang faktual yang bekerja menurut hukum-hukum umum, misalnya hukum gravitasi. Baru pada tahap inilah ilmu pengetahuan tidak hanya melukiskan yang real, tapi juga bersifat pasti dan berguna.<sup>134</sup>

Dari tahapan perkembangan masyarakat itu, Comte ingin menegaskan agar setiap pengetahuan tidak boleh melampaui fakta, memperlakukan realitas sebagai sesuatu yang eksis dan sebagai objek yang harus dilepaskan dari segala macam prakonsepsi metafisis yang subjektif sifatnya. Garis besar positivisme : Comte membentangkan

---

<sup>134</sup> *Ibid.* Hal 13-14

pandangan filsafatnya tentang teori mengenal perkembangan ilmu pengetahuan, perkembangan sejarah masyarakat Barat, dan dasar-dasar untuk memperbaiki keadaan masyarakat pada zamannya. Filsafat positivisme yang diperkenalkan Comte, sebenarnya bukanlah gagasan yang pertama memperbincangkan filsafat Positivisme karena sebelumnya telah muncul tulisan tentang filsafat Positivisme dari Henry Saint – Simon. Namun di tangan Comte, filsafat positivisme diuraikan secara sistematis dan dapat mempengaruhi perkembangan ilmu pengetahuan hingga sekarang.<sup>135</sup>

Positivisme sebagai teori yang bertujuan untuk penyusunan fakta-fakta yang teramati. Dengan kata lain, “positif” sama dengan “faktual” atau apa yang berdasarkan fakta-fakta. Dalam hal ini positivisme ingin menegaskan bahwa pengetahuan hendaknya tidak melampaui fakta-fakta. Dalam penegasan itu, Comte menolak sama sekali metafisika dan bentuk pengetahuan lain, seperti moral, etika, teologi, seni, yang melampaui fenomena teramati.<sup>136</sup>

Positivistik memberikan keyakinan bahwa hukum dibangun dan dikembangkan atas dasar keteraturan dalam dunia *sollen* (ilmu) dan fakta sosial *sein* (kenyataan). Maka secara umum positivisme hukum menjelaskan realitas hukum itu sangat mekanistik, sehingga teori dan ilmu hukum harus didasarkan dari sesuatu kondisi yang mekanistik

---

<sup>135</sup> *Ibid.* Hal 14

<sup>136</sup> *Ibid.* Hal 15

tersebut. Pandangan ini didukung oleh tiga argumen : pertama, hukum sebagai suatu sistem pada prinsipnya dapat diprediksi dari pengetahuan yang akurat tentang kondisi sistem itu sekarang; kedua, perilaku sistem ditentukan sepenuhnya oleh bagian-bagian yang terkecil dari sistem itu; dan ketiga, teori hukum mampu menjelaskan persoalannya sebagaimana adanya tanpa keterkaitan dengan orang.<sup>137</sup>

Sebagai sebuah paradigma, positivisme pada dasarnya berasal dari aliran filsafat yang meminjam pandangan, metode, dan teknik ilmu alam dalam memahami realitas (saintisme). Pertemuan positivisme dan ilmu Alam tidak terlepas dari semangat keilmuan pada saat itu untuk menjadikan ilmu sosial (termasuk hukum) netral (bebas nilai) dari kepentingan subyektif demi dicapainya obyektivitas dan kepastian yang terukur. Untuk itu, ilmu hukum dibebaskan dari hermeneutika dan diharuskan mengikuti cara kerja (metode) kuantitatif ilmu pasti sehingga bukan suatu kebetulan jika penganut aliran ini mengagungkan kepastian hukum.<sup>138</sup>

Pasca Perang Dunia I, sejumlah kalangan berkeinginan menumbuhkan kembali teologis-metafisis untuk memulihkan Eropa,

---

<sup>137</sup> Positivisme hukum telah membawa pada pandangan deterministik, reduksionis, dan realistik. Meski ada juga beberapa yang berpendapat pendekatan sistem mekanis sebagai pendekatan holistik, namun pada sisi yang lain hal ini ternyata dapat dibuktikan secara berbeda, karena teori tentang sistem mekanis masih belum lengkap memandang realitas. Lihat. Anthon F. Susanto. 2010. *Ilmu Hukum Non Sistematis, Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*. Yogyakarta : Genta Publishing. Hal 6-7

<sup>138</sup> Widodo Dwi Putro. *Op.Cit.* Hal 15-16

namun gagasan itu tidak banyak mendapat pengikut. Harapan pemulihan diarahkan kepada pundak ilmuwan di lingkungan perguruan tinggi yang tentu arus utama pemikirannya anti metafisis. Tradisi Positivisme diteruskan sebuah komunitas yang menamakan dirinya sebagai Lingkaran Wina atau juga dikenal sebagai Positivisme Logis (Neopositivisme). Sebagaimana ditekankan Comte, Positivisme selalu menekankan bahwa pengetahuan tidak boleh melampaui fakta. Dengan pernyataan ini Comte ingin memisahkan ilmu pengetahuan dengan segala sesuatu yang berbau metafisika. Bahkan, Comte hendak melenyapkan penyelidikan filosofis yang tak kunjung selesai dan karena dianggap sia-sia dan tidak menghasilkan apa-apa, sebagaimana yang dilakukan metafisika. Karena itu, Positivisme membatasi penyelidikan hanya pada “fakta”.<sup>139</sup>

Kaum positivistik senantiasa menjadikan keadilan sebagai standar atau tolok ukur atas ketidakadilan, akan tetapi perlu dipertimbangkan seseorang dapat saja melakukan penilaian yang lebih luas tentang ketidakadilan tanpa memiliki gambaran tentang keadilan itu, karena ketidakadilan pada dasarnya lebih mungkin dan banyak dimengerti dari pada keadilan itu sendiri. Kaum positivistik menekankan keadilan sebagai prioritas utama dari pada ketidakadilan, karena menurut mereka apa yang telah diatur dalam aturan positif lebih harus diutamakan

---

<sup>139</sup> *Ibid.* Hal. 16-17

daripada reaksi ketidakadilan akan hal negatif yang muncul kemudian di masyarakat. Di sini terlihat ketidakadilan adalah panggilan untuk membangun keadilan. Sulit menjelaskan ukuran-ukuran tentang keadilan dan ketidakadilan, sekalipun ukuran yang lebih banyak digunakan adalah moralitas atau nilai sosial lainnya. Namun penderitaan ataupun kesengsaraan sering kali dianggap perwujudan atau manifestasi dari ketidakadilan, meskipun tidak selalu harus bersifat fisik maupun psikis, akan tetapi dalam hal seseorang misalnya saja dihalangi keinginan atau kepentingannya adalah penderitaan pula. Dengan memahami ketidakadilan, keadilan akan terasa dan muncul di permukaan.<sup>140</sup>

Ernst Mach, salah satu inspirator Lingkaran Wina, lebih keras lagi membatasi diri pada obyek-obyek yang dialami secara inderawi: itulah fakta. Posisi positivisme Mach memiliki akarnya dari aliran Empirisme David Hume yang menyatakan bahwa dasar dari ilmu pengetahuan adalah apa yang didengar, yang dilihat, dan yang dirasakan, bukan apa yang dipikirkan. Dengan kata lain Mach ingin menegaskan ilmu pengetahuan harus berorientasi pada data, sebagai obyek dan peristiwa penelitian empiris. Data tersebut pada gilirannya sama sekali tidak berhubungan dengan preposisi apapun.<sup>141</sup> Menurut Ki Hajar Dewantara, sistem barat amat terlampau mementingkan *kenadlaran* semata-mata, hingga menimbulkan intelektualisme yakni merajalelanya pikiran sebagai

---

<sup>140</sup> Anthon F. Susanto. *Op. Cit.* Hal. 314

<sup>141</sup> Widodo Dwi Putro. *Op. Cit.* Hal 17



diktator di dalam jiwa orang, perasaan tak diindahkan, oleh karenanya budi pekerti tak dapat berkembang.<sup>142</sup>

Mach dengan demikian telah mempersiapkan sebuah landasan bagi positivisme sebagai aliran pemikiran bahwa pengetahuan manusia harus berbasiskan data. Aliran ini agak berbeda dari Empirisisme klasik yang memberikan perhatian pada pengalaman manusia sebagai dasar dari pengetahuan manusia pada umumnya. Jika empirisisme memfokuskan diri pada persoalan dengan apa yang dikenal, positivisme dengan menunjuk pada “data” menjawab pertanyaan mengapa pengetahuan disebut ilmiah. Dengan demikian positivisme melampaui empirisisme.<sup>143</sup>

Berbeda dengan positivisme, maka aliran sosiologis memandang hukum sebagai “kenyataan sosial” dan bukan hukum sebagai kaidah. Karenanya itu jika ingin membandingkan persamaan dan perbedaan antara pandangan kaum positivisme dan sosiologis di bidang hukum, maka dapatlah dilihat sebagai berikut : <sup>144</sup>

Peramalan antara positivisme dan sosiologisme adalah keduanya terutama memusatkan perhatiannya pada hukum tertulis atau perundang-undangan. Namun, perbedaannya adalah <sup>145</sup>:

---

<sup>142</sup> Taman Siswa. *Op. Cit.* Hal. 473

<sup>143</sup> Harun Hadiwijoyo. 1980. *Sari Sejarah Filsafat Barat*. Yogyakarta: Kanisius. Hal. 110

<sup>144</sup> Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah. 2007. *Ilmu Hukum & Filsafat Hukum, Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*. Yogyakarta : Pustaka Pelajar. Hal.120

<sup>145</sup> *Ibid.* Hal.121-122

1. Positivisme memandang hukum tidak lain kaidah-kaidah yang tercantum dalam perundang-undangan, sedangkan sosiologisme memandang hukum adalah kenyataan sosial. Ia mempelajari ; bagaimana dan mengapa dari tingkah laku sosial yang berhubungan hukum dan pranata-pranata hukum sebagaimana dilihat. Sikap dasar kaum sosiologis hukum itu adalah kecurigaan. Apakah hukum itu seperti yang ditulis ? Seperti yang dikatakan ?

Dengan kata lain, kaum positivis melihat “*law in books*”, sedangkan kaum sosiologis memandang “*law in action*”.

2. Positivisme memandang hukum sebagai sesuatu yang otonom atau mandiri, sedangkan sosiologisme hukum memandang hukum bukan sesuatu yang otonom, melainkan sangat dipengaruhi oleh faktor-faktor non hukum yang ada dalam masyarakatnya, seperti faktor ekonomi, politik, budaya, dan sosial lainnya.
3. Positivisme hanya mempersoalkan sebagai “*das sollen*” (apa yang seharusnya, *ought*), sedang sosiologisme hukum memandang hukum sebagai *das sein* (dalam kenyataan, *is*). Dunia “*is*” (*realm of “is”*) adalah : *refers to a complex of actual determinants of actual human conduct*.
4. Positivisme cenderung berpandangan yurisdogmatik, sedang sosiologisme hukum berpandangan empiris. Mereka ingin melakukan pemahaman secara sosiologis terhadap fenomena hukum.

Jadi, *interpretative under standing of social conduct*. (suatu usaha untuk memahami objeknya dari segi tingkah laku sosial), meliputi : *causes, its course, dan its effects*. Fenomena hukum dari sudut pandangan aliran sosiologis ini adalah gejala-gejala yang mengandung stereotip baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis.

5. Metode yang digunakan kaum positivis adalah preskriptif, yaitu menerima hukum positif dan penerapannya, sedang metode yang digunakan oleh penganut sosiologisme hukum adalah deskriptif.

Dengan metode deskriptifnya, kaum sosiologis mengkaji hukum dengan menggunakan teknik-teknik : survei lapangan (*field surveys*), observasi perbandingan (*comparative observation*), analisis statistik (*statistical analysis*), eksperimen (*experimentation*).

Para penganut aliran sosiologis di bidang ilmu hukum, dapat dibedakan antara yang menggunakan *sociology of law* sebagai kajiannya, dan yang menggunakan *sociological jurisprudence* sebagai kajiannya. *Sociology of law* adalah sosiologi tentang hukum, karena itu ia merupakan cabang sosiologi. Sedangkan *sociological Jurisprudence* adalah cabang ilmu hukum. Oleh karena itu maka perbedaan antara *sociology of law* dan *sociological jurisprudence* adalah sebagai berikut

146.

---

<sup>146</sup> *Ibid.* Hal 122-123

1. *Sociological jurisprudence. Pound refers to this as a study of the peculiar characteristics of the legal order, i.e. an aspect of jurisprudence proper. Loyd writes of it as a branch of normative sciences, having the law more effective in action, and based on subjective values. Some other writers use the term to refer to the Sociological School of Jurisprudence, that is, those jurist who see in a study of society a means whereby the science of law might be made more precise.*

(*Sociological jurisprudence*, Pound mengartikan sebagai studi tentang karakteristik khas dari tatanan hukum, yaitu aspek hukum yang tepat. Loyd menulis itu sebagai cabang ilmu normatif, memiliki hukum yang lebih efektif dalam tindakan, dan berdasarkan nilai-nilai subjektif. Beberapa penulis lain menggunakan istilah untuk merujuk ke aliran sosiologi yurisprudensi, yaitu orang ahli hukum yang melihat dalam studi masyarakat suatu cara di mana ilmu hukum mungkin dibuat lebih tepat.)

2. *Sociology of law. Pound refers to this study as “sociology proper”, bast on a concept of law as one of the means of social control. Loid writes of it as essentially a descriptive science employing empirical techniques. It is concerned with an examination of why the law sets about its tasks in the way it does. It views law as the product of a social system and as a means of controlling and changing the system.*

(Sosiologi Hukum, Pound menganggap studi ini sebagai “sosiologi yang tepat”, berdasarkan pada sebuah konsep hukum sebagai suatu alat kontrol sosial. Loid menulisnya sebagai sebuah ilmu deskriptif menggunakan teknik empiris. Hal ini berkaitan dengan pengujian mengapa hukum menetapkan tentang tugas-tugas di jalan tersebut. Ini melihat hukum sebagai produk dari sebuah sistem sosial dan sebagai sarana untuk mengendalikan dan mengubah sistem)

Suatu batasan yang tepat tentang ruang lingkup dan pengertian *Sociological Jurisprudence* sampai sekarang masih menjumpai kesulitan-kesulitan yang tak dapat teratasi. Pendekatan yang beranekaragam dari penelitian hukum, dikelompokkan oleh suatu kecenderungan “untuk

lebih mementingkan pelaksanaan hukum daripada isinya yang abstrak”. Bagi sejumlah pengarang modern ialah bahwa bagian penting dan asasi dari sosiologi hukum (*sociology of Law*) adalah penelitian tentang hubungan antara hukum yang nyata dengan cita keadilan.<sup>147</sup> Dengan demikian disebut hukum apabila ia bisa memenuhi rasa keadilan. Hukum bukanlah otonom karena hukum juga dipengaruhi faktor-faktor lain seperti ekonomi, politik, sosial budaya dan terutama agama, sehingga keadilan agama lebih dekat pada substansial.

## **B. Hukum Pidana**

### **1. Tujuan Hukum Pidana**

Menurut Sudarto<sup>148</sup>, secara umum hukum pidana berfungsi untuk mengatur hidup kemasyarakatan atau menyelenggarakan tata dalam masyarakat. Sedangkan fungsi khusus hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan hukum dari perbuatan yang hendak merusaknya. Dengan demikian hukum pidana itu menanggulangi perbuatan jahat yang hendak merusak kepentingan hukum seseorang, masyarakat, atau negara. Pidana berarti nestapa atau penderitaan. Jadi, hukum pidana merupakan hukum yang memberikan sanksi berupa penderitaan atau kenestapaan bagi orang yang melanggarnya. Karena sifat sanksinya yang memberikan penderitaan inilah hukum pidana harus dianggap sebagai *ultimum*

---

<sup>147</sup> *Ibid.* Hal. 177

<sup>148</sup> Sudarto. 1990. *Hukum Pidana I* : Semarang : Yayasan Sudarto. Hal. 11-12



*remidium* atau obat yang terakhir apabila sanksi atau upaya-upaya hukum lain tidak mampu menanggulangi perbuatan yang merugikan. Dalam pengenaan sanksi hukum pidana terdapat hal yang tragis sehingga hukum pidana dikatakan sebagai “pedang bermata dua”. Maksudnya, satu sisi hukum pidana melindungi kepentingan hukum (korban) namun dalam sisi yang lain, pelaksanaannya justru melakukan penderitaan terhadap kepentingan hukum (pelaku).

Herbert L. Packer<sup>149</sup> mengemukakan tindak pidana tidak hanya immoral melainkan juga harus perbuatan yang berlawanan dengan pandangan umum masyarakat (*the criminal sanction should ordinarily be significant social dissent, as immoral*), dan ditambah lagi perbuatan itu yang *harms to others*. Pencelaan dalam penentuan tindak pidana merupakan fungsi hukum pidana. *The essential function of criminal law is to express and reinforce a society's moral seriousness about certain public rules of civilized behaviour.*<sup>150</sup> Penggunaan upaya hukum, termasuk hukum pidana sebagai salah satu alat untuk mengatasi masalah sosial termasuk dalam bidang kebijakan penegakan hukum. Di samping itu karena tujuannya untuk mencapai kesejahteraan masyarakat pada umumnya, maka kebijakan penegakan hukum inipun termasuk dalam

---

<sup>149</sup> Herbert L. Packer, 1968, *The Limits of Criminal Saction*, California : Stanford University Press, hal : 264,266

<sup>150</sup> Murphy and Coleman, 1990, *Philosophy of Law*, California, Stanford University Press. hal. 255



bidang kebijakan sosial, yaitu segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Sebagai suatu masalah yang termasuk masalah kebijakan, maka penggunaan hukum pidana sebenarnya tidak merupakan keharusan. Tidak ada kemutlakan dalam bidang kebijakan, karena pada hakikatnya dalam masalah kebijakan orang dihadapkan pada penilaian dan pemilihan dari berbagai macam alternatif.<sup>151</sup>

Pompe menyatakan bahwa yang dititikberatkan oleh hukum pidana dalam pertumbuhannya pada waktu sekarang adalah kepentingan umum, kepentingan masyarakat. Hubungan hukum yang ditimbulkan oleh perbuatan orang dan menimbulkan pula dijatuhkannya pidana, di situ bukanlah suatu hubungan koordinasi antara yang bersalah dengan yang dirugikan, melainkan hubungan itu bersifat subordinasi dari yang bersalah terhadap pemerintah, yang ditugaskan untuk memperhatikan kepentingan rakyat.<sup>152</sup> Oleh karena itu hukum pidana merupakan hukum yang bersifat publik, sedangkan aparat penegak hukum bertindak untuk kepentingan rakyat.

Menurut Thomas Aquino, bahwa yang menjadi dasar pidana itu ialah kesejahteraan umum. Untuk adanya pidana maka harus adanya kesalahan pada pelaku perbuatan, dan kesalahan (*schuld*) itu hanya terdapat pada perbuatan-perbuatan yang dilakukan dengan sukarela.

---

<sup>151</sup> Barda Nawawi Arif. 2010. *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*. Cetakan ke-4. Yogyakarta : Genta Publishing. Hal. 17-18

<sup>152</sup> Bambang Poernomo. 1985. *Asas-asas Hukum Pidana*. Jakarta: Ghalia Indonesia. Hal. 37

Pidana yang dijatuhkan pada orang yang melakukan perbuatan yang dilakukan dengan suka rela inilah yang tiada lain bersifat pembalasan. Sifat membalas dari pidana adalah merupakan sifat umum dari pidana, tetapi bukan tujuan dari pidana, sebab tujuan pidana pada hakikatnya adalah pertahanan dan perlindungan tata tertib masyarakat.<sup>153</sup> Dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Tahun 1945, kesejahteraan umum menjadi salah satu tujuan negara. Kesejahteraan umum merupakan istilah yang dipergunakan oleh UUD 1945. Istilah ini dalam praktik administrasi Pemerintahan dan kebijakan Negara tidak banyak dipergunakan. Penggantinya dipakai istilah kesejahteraan sosial dan kesejahteraan rakyat. Kedua istilah ini merupakan terjemahan dari *social welfare* dan *people welfare* yang dipakai pada sistem Pemerintahan dan administrasi pembangunan negara-negara di dunia.

Menurut penulis, pidana tetap diartikan sebagai sebuah hukuman atas terjadinya pelanggaran hak yang dilakukan oleh seseorang terhadap orang lain. Hukuman tersebut terjadi karena disepakatinya bentuk pemulihan keadaan atas pelanggaran hak. Ketika terjadi suatu pelanggaran terhadap hak orang lain, maka seseorang yang telah melakukan pelanggaran itu berkewajiban untuk memulihkan keadaan sebagaimana sebelum terjadinya pelanggaran hak tersebut. Pemulihan keadaan ini diperlukan keseimbangan antara dua pihak (pelaku dan

---

<sup>153</sup> Adami Chazawi. *Op. Cit.* Hal 163-164

korban) serta masyarakat di tempat terjadinya tindak pidana itu. Penulis berpendapat apabila pihak yang dilanggar haknya dan orang melakukan pelanggaran telah bersepakat untuk menemukan solusi pemulihan keadaan, maka pidana tidak perlu dijalani.

## 2. Jenis-Jenis Tindak Pidana

### a. Kejahatan dan Pelanggaran

Pembagian jenis-jenis tindak pidana menurut KUHP dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu Kejahatan dan Pelanggaran. Buku II KUHP mengatur tentang kejahatan sedangkan Buku III KUHP mengatur mengenai pelanggaran. Dalam hal ini terdapat dua pendapat<sup>154</sup> :

#### 1) Perbedaan secara Kualitatif

- a) *Rechtsdelict(en)*, artinya perbuatan yang bertentangan dengan keadilan. Pertentangan ini terlepas perbuatan itu diancam pidana dalam suatu perundang-undangan atau tidak. Jadi, perbuatan itu benar-benar dirasakan masyarakat sebagai bertentangan dengan keadilan. Misal : pembunuhan, pencurian. Delik-delik semacam ini disebut kejahatan (*mala per se*).
- b) *Wetsdelict(en)*, artinya perbuatan yang disadari oleh masyarakat sebagai suatu tindak pidana karena undang-undang

---

<sup>154</sup> Tindak Pidana (4) Jenis-Jenis Tindak Pidana  
<http://donxsaturniev.blogspot.com/2010/08/tindak-pidana-4-jenis-jenis-tindak.html>. diakses tanggal 14 Februari 2012 Pukul. 14.00

menyebutnya sebagai delik. Delik semacam ini disebut pelanggaran (*mala quia prohibita*)

## 2) Perbedaan secara Kuantitatif

Perbedaan ini didasarkan pada aspek kriminologis, yaitu pelanggaran lebih ringan dibandingkan dengan kejahatan. Pembagian delik dalam kejahatan dan pelanggaran terdapat pendapat yang menentang. Dalam RUU KUHP 2010, pembagian ini tidak dikenal lagi. Istilah yang dipakai adalah "Tindak Pidana"

### b. Delik Formil dan Delik Materiil

#### 1) Delik Formil

Delik yang perumusannya dititikberatkan kepada perbuatan yang dilarang oleh UU. Perwujudan delik ini dipandang selesai dengan dilakukannya perbuatan seperti yang tercantum dalam rumusan delik. Misalnya, Pasal 156, 209, 263 KUHP.<sup>155</sup>

#### 2) Delik Materiil

Delik yang perumusannya dititikberatkan kepada akibat yang tidak dikehendaki (dilarang). Delik ini dikatakan selesai bila akibat yang tidak dikehendaki itu telah terjadi. Bila belum, maka paling banyak hanya ada percobaan, misalnya : Pasal-Pasal 187, 388 atau 378 KUHP.

### c. Delik Dolus dan Culpa

---

<sup>155</sup> Macam-Macam Delik. <http://aeaila.blogspot.com/2010/04/macam-macam-delik.html>. Diakses tanggal 14 Februari 2012 Pukul. 15.30

Delik dolus ialah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana yang dilakukan dengan sengaja. Contohnya terdapat pada Pasal 338 KUHP yang berbunyi “Barang siapa dengan sengaja merampas nyawa orang lain, diancam karena pembunuhan dengan pidana penjara paling lama lima belas tahun”. Selain pada Pasal 338 KUHP, terdapat pula contoh delik dolus lainnya yaitu, Pasal 354 KUHP dan Pasal 187 KUHP.

Delik culpa ialah perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana yang dilakukan dengan kealpaan (kelalaian). Contoh delik culpa yaitu Pasal 359 KUHP yang berbunyi “Barang siapa karena kealpaannya menyebabkan matinya orang lain, diancam dengan pidana penjara paling lama lima tahun atau kurungan paling lama satu tahun”.<sup>156</sup>

d. Delik Commissionis dan Delik Ommisionis

Delik Commissionis adalah perbuatan melakukan sesuatu yang dilarang oleh aturan-aturan pidana, misalnya mencuri (Pasal 362), menggelapkan (Pasal 372), menipu (Pasal 378). Delik commisionis pada umumnya terjadi di tempat dan waktu pembuat (dader) mewujudkan segala unsur perbuatan dan unsur pertanggung jawaban pidana.

Delik Ommisionis yaitu tindak pidana yang berupa perbuatan pasif yakni, tidak melakukan sesuatu yang diperintahkan. Contoh delik

---

<sup>156</sup> *Ibid*

ommisionis terdapat dalam BAB V Pasal 164 KUHP tentang kejahatan terhadap ketertiban umum.

e. Delik Biasa dan Delik Berkualifikasi

Delik biasa yaitu delik yang mempunyai bentuk pokok yang disertai unsur memberatkan atau juga mempunyai bentuk pokok yang disertai unsur yang meringankan. Contohnya Pasal 341 lebih ringan dari pada Pasal 342, Pasal 338 lebih ringan dari pada Pasal 340 dan 339, Pasal 308 lebih ringan dari pada Pasal 305 dan 306.

Delik berkualifikasi adalah bentuk khusus, mempunyai semua unsur bentuk pokok yang disertai satu atau lebih unsur yang memberatkan. Misalnya pencurian dengan membongkar, penganiayaan yang mengakibatkan kematian, pembunuhan berencana. Dalam Pasal 365 terhadap Pasal 362, Pasal 374 terhadap Pasal 372.

f. Delik Murni dan Delik Aduan

Delik murni yaitu delik yang tanpa permintaan menuntut, Negara akan segera bertindak untuk melakukan pemeriksaan. Berdasarkan Pasal 180 KUHP setiap orang yang melihat, mengalami, mengetahui, menyaksikan, menjadi korban PNS dalam melakukan tugasnya berhak melaporkan.

Delik aduan adalah delik yang proses penuntutannya berdasarkan pengaduan korban. Delik aduan dibagi menjadi dua yaitu yang pertama murni dan yang kedua relatif



g. Delik Selesai dan Delik Berlanjut

Delik selesai yaitu delik yang terdiri atas kelakuan untuk berbuat atau tidak berbuat dan delik telah selesai ketika dilakukan.

Delik berlanjut yaitu delik yang terdiri atas melangsungkan atau membiarkan suatu keadaan yang terlarang, walaupun keadaan itu pada mulanya ditimbulkan untuk sekali perbuatan. Contohnya, terdapat dalam Pasal 221 tentang menyembunyikan orang jahat, Pasal 333 tentang meneruskan kemerdekaan orang, Pasal 250 tentang mempunyai persediaan bahan untuk memalsukan mata uang.

### 3. Perbuatan Pidana dalam Perspektif Sosial

Tindak pidana dalam masyarakat dikategorikan sebagai suatu bentuk penyimpangan terhadap norma-norma yang berlaku. Wirjono Prodjodikoro mengemukakan bahwa suatu tindak pidana adalah pelanggaran norma-norma dalam tiga bidang hukum, yaitu hukum perdata, hukum ketatanegaraan, dan hukum tata usaha pemerintah, yang oleh pembentuk undang-undang ditanggapi dengan suatu hukuman pidana. Maka, sifat-sifat yang ada dalam setiap tindak pidana adalah sifat melanggar hukum (*wederrechtelijkeheid, onrechtmatigheid*). Tidak ada suatu tindak pidana tanpa sifat melanggar hukum. Beberapa pasal ketentuan hukum pidana (*strafbepaling*) menyebutkan salah satu unsur khusus dari suatu tindak pidana tertentu adalah *wederrechtelijkeheid* atau

sifat-melanggar-hukum. Adakalanya dengan penyebutan ini ditekankan bahwa sifat melanggar hukum ini terutama mengenai satu bagian dari suatu tindak pidana.<sup>157</sup> Menurut Durkheim kejahatan menyentuh hati nurani yang jujur dan menyebabkan mereka itu menjadi satu. Hal ini dapat disaksikan dengan jelas apabila terjadi suatu skandal dalam bidang moral, terutama di kota kecil. Orang-orang berhenti di tengah jalan, mereka saling mengunjungi, mereka berkumpul di tempat-tempat umum untuk membicarakan kejadian itu, dan semua orang merasa marah atas kejadian tersebut.<sup>158</sup>

Dalam sistem hukum barat, delik (perbuatan pidana) meliputi pelanggaran hukum yang diancam dengan sesuatu pidana (*straf*) undang-undang adalah perbuatan yang dapat dipidana (*strafbaar*). Pidana ini merupakan balasan dari negara terhadap orang yang melakukan delik dengan maksud untuk membetulkan perimbangan hukum (*onrechtsverenffening*). Caranya membalas, dengan memperkosa kepentingan hukum orang yang melakukan delik yaitu dengan memperkosa nyawanya, kemerdekaannya atau harta bendanya, sedangkan kepentingan-kepentingan hukum dilindungi oleh negara. Ancaman pidana menurut sistem hukum barat ditentukan oleh politik

---

<sup>157</sup> Wirjono Prodjodikoro.2008.*Tindak-Tindak Pidana Tertentu di Indonesia*. Bandung:Refika Aditama. Hal.1

<sup>158</sup> Taufik Abdullah & A.C Van Der Leeden. 1986.*Durkheim dan Pengantar Sosiologi Moralitas*. Jakarta : Yayasan Obor Indonesia Hal. 118

kriminal negara, yang pada prinsipnya dapat menyatakan perbuatan pidana (delik) itu diancam sanksi karena termasuk sebagai hukum pidana kejahatan (*verbrechens strafeacht*) atau hukum pidana ketertiban (*odnungs strafrecht*). *Verbrechens strafrecht* meliputi perbuatan-perbuatan yang menentang keselamatan masyarakat (anti sosial), yaitu segala kejahatan (*crimes*) yang menuntut perasaan umum dalam masyarakat harus dipidana, sedangkan oknum *ordnungs strafrecht* meliputi pelanggaran peraturan hukum tata tertib negara.<sup>159</sup> Moeljatno mengartikan tindak pidana sebagai suatu perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum. Larangan mana disertai ancaman (sanksi) berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar perbuatan tersebut. Sehingga suatu perbuatan dikatakan sebagai suatu tindak pidana apabila mengandung unsur melawan hukum.<sup>160</sup>

Dengan menilik konsep “pemisahan agama dari kehidupan”, masyarakat Barat tidak menganggap adanya prinsip legislasi hukum yang bersifat langgeng dan tetap. Kerenanya legislasi hukum Barat tunduk pada berbagai kondisi politik, sosial dan ekonomi yang melingkupi orang-orang Eropa. Terjadinya pertarungan politik terhadap kekuasaan di Barat telah memunculkan adanya seruan untuk menghadapi kediktatoran

---

<sup>159</sup> Bambang J Sudibyo. 2009. *Pola-Pola Penjatuhan Sanksi Delik Adat dalam KUHP yang Berlaku di Masyarakat Sukoharjo*, dalam Jurnal Konstitusi Vol. II No. 2. November 2009, Hal. 63

<sup>160</sup> Hermansyah. 2005. *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*. Jakarta : Kencana Prenada Media Group Hal. 148

dengan cara mengukuhkan kedaulatan dan hak rakyat. Ketiadaan landasan religius yang bersifat tetap mendorong mereka untuk menjadikan permasalahan material sebagai titik tolak penetapan hukum dan undang-undang yang digunakan untuk menyelesaikan problematika kehidupan. Maka legislasi hukum harus mencerminkan kehendak rakyat.<sup>161</sup>

Setiap masyarakat mengembangkan mekanismenya sendiri-sendiri guna mengontrol perilaku anggota-anggotanya yang melakukan atau yang dianggap melakukan perilaku yang menyimpang. Khususnya bila penyimpangan tersebut dianggap intensional, tidak dapat diterima dan mengakibatkan kerugian serius (berupa timbulnya korban atau biaya dalam arti luas), muncullah konsep penghukuman (*punishment*). Pada awalnya, penghukuman dilakukan dengan paradigma *retributive* dan merupakan reaksi langsung atas perbuatan yang dilakukan oleh seseorang atau sekelompok orang. *Paradigma retributive* ini terlihat dalam semangat mengganjar secara setimpal berkaitan dengan perbuatan dan atau efek dari perbuatan yang telah dilakukan. Paradigma penghukuman belakangan muncul dengan semangat agar orang tidak melakukan

---

<sup>161</sup> Muhammad Ahmad Mufti & Sami Shalih al-Wakil. 2006. *Legislasi Hukum Islam vs Legislasi Hukum Sekular*. Penerjemah, Uwais al-Qarni; Penyunting, A. Saifullah. Bogor : Pustaka Thariqul Izzah. Hal.5

perbuatan yang diancamkan. Dengan kata lain, penghukuman dilakukan dengan semangat menangkal (*deterrence*).<sup>162</sup>

Perkembangan pemahaman mengenai kegunaan penghukuman sebagai instrumen dalam rangka metode pengubahan tingkah laku terlihat melalui munculnya paradigma *rehabilitative*. Paradigma tersebut melihat bahwa seseorang yang melanggar atau menyimpang dari aturan yang ada pada dasarnya adalah orang yang rusak, sakit, kekurangan, bermasalah atau memiliki ketidakmampuan sehingga melakukan perilaku tersebut. Oleh karena itu, melalui penghukuman atasnya, orang tersebut pada dasarnya hendak diperbaiki atau disembuhkan dari kekurangannya. Seiring dengan perubahan paradigma tersebut, bentuk-bentuk penghukuman pun berkembang, bervariasi dan, konon, semakin manusiawi.<sup>163</sup> Dalam perkembangannya masyarakat menghendaki upaya kriminalisasi terhadap setiap perbuatan yang dianggap menyimpang ke arah dekriminalisasi, yang berarti tidak setiap perbuatan yang dianggap menyimpang harus dipidana melainkan harus diperbaiki atau disembuhkan.

---

<sup>162</sup> Adrianus Meliala, Makalah disampaikan dalam Lokakarya *Menghukum Tanpa Memenjarakan: Mengaktualisasikan Gagasan "Restorative Justice" di Indonesia*, di Depok, Kamis (26/2/2004) Diskusi yang diselenggarakan Departemen Kriminologi Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik UI dan *Australia Agency for International Development*.

<sup>163</sup> Adrianus Meliala, *Antara Menghukum Atau Mempermalukan: Suatu Upaya Memodifikasi Perilaku*, Makara, Sosial Humaniora, Vol. 8, No. 3, Desember 2004 Hal. 90-96

### C. Konsep Hukum Nonet dan Selznick dalam Perwujudan Keadilan Substansial

Hukum yang demokratis merupakan perwujudan dari nilai-nilai yang melembaga dalam masyarakat yang menjadi sarannya. Hukum tersebut kemudian dapat mensinergikan persilangan kepentingan yang terjadi dalam hidup masyarakat. Hukum tersebut bahkan mampu meluaskan fungsinya untuk melakukan *social engineering*, rekayasa sosial, menciptakan sebuah masyarakat yang menjadi cita-cita sebuah bangsa yang menamakan dirinya sebagai negara hukum. Hukum merupakan hasil ciptaan masyarakat, tetapi sekaligus ia juga menciptakan masyarakat. Sehingga konsep dalam ber hukum seyogyanya adalah sejalan dengan perkembangan masyarakatnya. Hal ini sejalan dengan konsepsi Nonet dan Selznick bahwa perkembangan hukum sejalan dengan perkembangan negara<sup>164</sup>.

1. *Represif*, adalah saat negara *poverty of power*, sumber daya kekuasaannya lemah sehingga harus represif. Hukum represif secara khusus bertujuan untuk mempertahankan status-quo penguasa yang kerap kali dikemukakan dengan dalih untuk menjamin ketertiban. Aturan-aturan hukum represif bersifat keras dan terperinci, akan tetapi lunak dalam mengikat para pembuatnya sendiri. Hukum tunduk pada politik kekuasaan, tuntutan untuk mematuhi hukum bersifat mutlak dan ketidakpatuhan dianggap sebagai suatu

---

<sup>164</sup> Moh. Mahfud MD.2008. *Sari Kuliah Kebijakan Pembangunan Hukum Pada Program Doktor Ilmu Hukum PPs. FH. UII*, Yogyakarta: PPs UII. Hal.2



penyimpangan, sedangkan kritik terhadap penguasa dianggap sebagai suatu ketidaksetiaan.

2. *Otonom*, adalah saat kepercayaan kepada negara semakin meningkat, pembangkangan mengecil. Birokrasi dipersempit menjadi rasional, hukum dibuat oleh dan secara profesional oleh lembaga-lembaga negara tanpa kontaminasi dan subordinasi oleh negara. Sebagai reaksi dari hukum represif dan untuk membatasi kesewenang-wenangan penguasa, timbulah hukum otonom. Hukum otonom tidak mempermasalahkan dominasi kekuasaan dalam orde yang ada maupun orde yang hendak dicapai. Hukum otonom merupakan model hukum "*the rule of law*". Legitimasi hukum otonom terletak pada kebenaran prosedural hukum, bebas dari pengaruh politik sehingga terdapat pemisahan kekuasaan, kesempatan untuk berpartisipasi dibatasi oleh tata cara yang sudah mapan. Pada waktu ini terlihat dalam berbagai lapangan hidup, timbulnya reaksi-reaksi terhadap hukum yang otonom ini, yaitu dalam bentuk kritik terhadap rasa puas yang bersifat dogmatis terhadap kekakuan legislatif dan terhadap kecenderungan-kecenderungan yuridis yang asing terhadap dunia kehidupan umum yang nyata.
3. *Responsif*, adalah untuk mengatasi kekakuan dan tak sensitifnya hukum terhadap perkembangan sosial. Senantiasa dikurangi dan

kewenangan membuat hukum diserahkan kepada unit-unit kekuasaan yang lebih rendah agar lebih memahami inti persoalan masyarakat. Dalam berbagai lapangan hidup timbul keinginan untuk mencapai hukum responsif yang bersifat terbuka terhadap perubahan-perubahan masyarakat dengan maksud untuk mengabdikan pada usaha meringankan beban kehidupan sosial dan mencapai sasaran-sasaran kebijakan sosial seperti keadilan sosial, emansipasi kelompok-kelompok sosial yang dikesampingkan dan ditelantarkan serta perlindungan terhadap lingkungan hidup. Konsep hukum responsif menekankan pentingnya makna sasaran kebijakan dan penjabaran yuridis dan reaksi kebijakan serta pentingnya partisipasi kelompok-kelompok dan pribadi-pribadi yang terlibat dalam penentuan kebijakan. Nonet dan Selznick tidak bermaksud bahwa penggunaan hukum merupakan alat untuk mencapai sasaran-sasaran yang ditetapkan secara sewenang-wenang, tetapi hukum yang mengarahkan pada perwujudan nilai-nilai yang terkandung dalam cita-cita dan kehendak yuridis dari seluruh masyarakat. Nilai-nilai ini bukan hal yang telah menjadi kebijakan pemerintah, tetapi nilai-nilai ini harus tercemin secara jelas di dalam praktik penggunaan dan pelaksanaan hukum, sehingga dalam penghayatannya nilai-nilai ini mampu untuk memberikan arah pada kehidupan politik dan hukum.

Dalam hal penegakan hukum, yang paling pokok adalah bagaimana meningkatkan kualitas proses pembudayaan hukum sesuai dengan budaya masing-masing tempat, pemasyarakatan sehingga sistem komunikasi dan sosialisasi menjadi yang utama, dan tidak kalah pentingnya adalah pendidikan hukum (*law socialization and law education*) sehingga dengan pendidikan hukum tersebut menjadikan proses pendewasaan dalam ber hukum termasuk pendidikan politik kaitannya dengan hukum. Philipe Nonet dan Philip Selznick dalam pandangannya sangat fokus terhadap pengayaan dalam ilmu hukum terutama dalam menganalisis institusi-institusi hukum.

Philipe Nonet dan Philip Selznick membedakan tiga jenis hukum yaitu: hukum represif, hukum otonom dan hukum responsif. Nonet dan Selzenick menegaskan bahwa seorang penguasa (otoritas penegak hukum) dapat mengeluarkan aturan-aturan sebagai sarana kekuasaannya, tetapi perlu diingat bahwa kenyataan empirik tidak bisa dipaksa untuk sesuai dengan si pembuat hukumnya. Dia akan menambah kredibilitas dan aturan-aturan tersebut mendapat legitimasi serta menarik kemauan secara sukarela, apabila senyatanya aturan tersebut adil, merasa terikat oleh aturan tersebut, dan yang sangat penting penyelenggaraan peradilan tidak berpihak termasuk kepada aparat penegak hukum dengan berbagai kepentingannya, kecuali menerapkan aturan dan berpihak kepada keadilan sosial.

Menurut Nonet dan Selznick hukum responsif merupakan teori tentang profil hukum yang dibutuhkan dalam masa transisi. Karena harus peka terhadap situasi transisi di sekitarnya, maka hukum responsif tidak saja dituntut menjadi sistem yang terbuka, tetapi juga harus mengandalkan keutamaan tujuan, yaitu tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat-akibat yang timbul dalam bekerjanya hukum itu. Dalam teori hukum responsif, Nonet dan Selznick menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik. Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka hukum mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan dan emansipasi publik.<sup>165</sup> Praktik peradilan tersebut terlihat sebagai respons terhadap perkembangan yang terjadi dalam masyarakat. Hal ini seperti dalam teori hukum responsif yang dikemukakan Nonet-Selznick, bahwa hukum dituntut menjadi sistem yang terbuka dalam perkembangan yang ada dengan mengandalkan keutamaan tujuan (*the sovereignty of purpose*), yaitu tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat-akibat yang timbul dari bekerjanya hukum itu.<sup>166</sup> Menurut Nonet dan Selznick kompetensi sebagai tujuan berfungsi sebagai norma kritik, maka tatanan hukum responsif menekankan <sup>167</sup>:

---

<sup>165</sup> Bernart L. Tanya, dkk.2006. *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Surabaya : CV. Kita Hal. 239

<sup>166</sup> *Ibid*

<sup>167</sup> *Ibid*

1. keadilan substantif sebagai dasar legitimasi hukum;
2. peraturan merupakan sub-ordinasi dari prinsip dan kebijakan;
3. pertimbangan hukum harus berorientasi pada tujuan dan akibat bagi kemaslahatan masyarakat.
4. penggunaan diskresi sangat dianjurkan dalam pengambilan keputusan hukum dengan tetap berorientasi pada tujuan.
5. memupuk sistim kewajiban sebagai ganti sistim paksaan.
6. moralitas kerjasama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum.
7. kekuasaan didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat.
8. penolakan terhadap hukum harus dilihat sebagai gugatan terhadap legitimasi hukum.
9. akses partisipasi publik dibuka lebar dalam rangka integrasi advokasi hukum dan sosial

Hukum yang dikembangkan di Indonesia selama ini lebih menekankan pada aspek *the legal system* tanpa melihat kaitannya antara ilmu hukum tersebut dengan persoalan-persoalan yang terjadi di masyarakat. Namun, ada pula pemahaman mengenai hukum yang menekankan aspek legitimasi dari peraturan-peraturan itu sendiri. Teori hukum hendaknya tidak buta terhadap konsekuensi sosial dan tidak kebal terhadap pengaruh sosial.

Berkaitan dengan teori Nonet dan Selznick di atas jika dihubungkan dengan disertasi penulis yang berjudul “Model Penyelesaian Perkara Pidana yang Berkeadilan Substansial” ini, maka Perkembangan hukum yang terjadi sekarang ini, telah timbul permasalahan tentang hak permintaan peninjauan kembali atas putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dalam perkara pidana. Praktik peradilan dalam menyikapi permintaan peninjauan kembali suatu putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap tersebut, ternyata telah melangkah melebihi aturan hukum yang telah ada dalam KUHAP, dengan pertimbangan memberikan nilai keadilan bagi pihak-pihak dalam suatu perkara. Sudah saatnya Indonesia mengacu pada tipe hukum responsif sebagaimana yang dikemukakan oleh Nonet dan Selznick di atas sehingga hukum dapat mencapai keadilan substansial serta mengarahkan pada perwujudan nilai-nilai yang terkandung dalam cita-cita dan kehendak yuridis dari seluruh masyarakat.

#### **D. Teori Sistem Hukum Lawrence M. Friedman**

Lawrence M Friedman mengungkapkan tiga komponen dari sistem hukum. Ketiga komponen dimaksud adalah: (1) struktur, (2) substansi, dan (3) kultur atau budaya. Pertama-tama menurut Friedman sistem hukum mempunyai struktur. Sistem hukum terus berubah, namun bagian-bagian sistem itu berubah dalam kecepatan yang berbeda, dan setiap bagian berubah tidak secepat bagian tertentu lainnya. Artinya terdapat pola jangka



panjang yang berkesinambungan yaitu aspek sistem yang berada di sini kemarin atau bahkan pada abad yang terakhir, akan berada di situ dalam jangka panjang. Inilah yang disebut struktur sistem hukum. Sebagai contoh Friedman menjelaskan struktur Mahkamah Agung di Amerika. Mahkamah Agung di Amerika Serikat berdiri sejak akhir abad kedelapan belas, sampai pada abad kedua puluh satu ini kebiasaan kerjanya berubah secara perlahan. Struktur dari sistem hukum terdiri dari unsur : jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya dan cara mengajukan upaya hukum. Struktur juga meliputi bagaimana bagaimana badan legislatif diatur jumlah anggotanya. Dari sini dapat disimpulkan struktur dari sistem hukum merupakan kerangka bentuk yang permanen dari sistem hukum yang menjaga proses tetap berada di dalam batas-batasnya.<sup>168</sup>

Unsur selanjutnya dalam sistem hukum adalah substansinya. Substansi diartikan sebagai aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu. Substansi diartikan pula sebagai produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum itu, termasuk keputusan yang mereka keluarkan maupun yang akan disusun. Dalam unsur kedua ini, Friedman menekankan pada hukum yang hidup (*living law*) bukan hanya aturan dalam hukum tertulis (*law books*).<sup>169</sup> Unsur ketiga dalam sistem hukum adalah budaya hukum, yaitu sikap manusia terhadap

---

<sup>168</sup> Lawrence M. Friedman. 2001. *American Law an Introduction: Hukum Amerika Sebuah Pengantar* (diterjemahkan oleh: Wishnu Basuki). Jakarta : Tatanusa. Hal. 7

<sup>169</sup> *Ibid.* Hal. 7-8

hukum dan sistem hukum, meliputi kepercayaan, nilai, pemikiran serta harapan. Dengan kata lain bagian dari budaya umum itulah yang menyangkut sistem hukum. Budaya hukum meliputi pula suasana pikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalahgunakan. Tanpa budaya hukum sistem hukum itu sendiri tidak akan berdaya, Friedman mengibaratkan ini seperti ikan mati yang terkapar di keranjang, bukan seperti ikan hidup yang berenang di laut. Setiap masyarakat, setiap negara, setiap komunitas mempunyai budaya hukum. Selalu ada sikap dan pendapat mengenai hukum. Tentu ini tidak berarti bahwa setiap orang dalam suatu komunitas memberikan pemikiran yang sama. Cara lain menggambarkan tiga unsur hukum itu dengan mengibaratkan struktur hukum seperti mesin. Substansi adalah apa yang dihasilkan atau dikerjakan oleh mesin itu. Budaya hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan.<sup>170</sup> Teori sistem hukum Friedman di atas, jika dihubungkan dengan disertasi penulis yang berjudul “Model Penyelesaian Perkara Pidana yang Berkeadilan Substansial” ini, maka ketiga unsur dalam sistem hukum di atas sangat mempengaruhi kinerja hukum dalam mewujudkan keadilan substansial. Kegagalan penegakan hukum dan keadilan di masyarakat bisa disebabkan karena lemahnya satu atau ketiga unsur tersebut dalam suatu negara.

---

<sup>170</sup> *Ibid*

Dengan demikian konsideransi yang terjadi saat ini di Indonesia dapat dikaji berdasarkan teori Friedman di atas. Di samping teori sistem hukum menurut Friedman di atas, tidak kalah pentingnya dikaji bagaimana hukum itu bekerja. Dalam hal ini yang relevan adalah teori bekerjanya hukum sebagaimana yang disampaikan oleh Robert Seidman.

Menurut teori Robert Seidman, pembentukan hukum dan implementasinya tidak akan lepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal<sup>171</sup>, terutama pengaruh atau asupan kekuatan sosial politik. Dijelaskan Seidman bahwa keberhasilan pelaksanaan suatu peraturan perundang-undangan sangat tergantung beberapa faktor. Secara garis besar bekerjanya hukum dalam masyarakat akan ditentukan oleh beberapa faktor utama. Faktor-faktor tersebut antara lain :

1. Bersifat yuridis normatif (menyangkut pembuatan peraturan perundang-undangannya)
2. Penegakannya (para pihak dan peranan pemerintah)
3. Serta faktor yang bersifat yuridis sosiologis (menyangkut pertimbangan ekonomis serta kultur hukum pelaku bisnis)<sup>172</sup>

Dalam hal bekerjanya hukum di masyarakat, Seidman merumuskan beberapa pernyataan teoretis sebagai berikut<sup>173</sup> :

---

<sup>171</sup> Robert B. Seidman & William J. Chamblès, *Law, Order, and Power*, Printed in United States of America, Published Stimulant Costly in Canada Library of Congress Catalog Card No. 78-111948.

<sup>172</sup> Suteki. 2008. *Rekonstruksi Politik Hukum Tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial (Studi Privatisasi Pengelolaan Sumber Daya Air)*. Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang). Hal. 34

1. Setiap peraturan hukum itu menunjukkan aturan-aturan tentang bagaimana seseorang pemegang peran diharapkan untuk bertindak;
2. Tindakan apa yang akan diambil oleh seseorang pemegang peran sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dari aktivitas lembaga pelaksanaannya, serta dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya;
3. Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pelaksana sebagai respons terhadap peraturan-peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi;
4. Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pembuat undang-undang sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-saksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi.

---

<sup>173</sup> Robert Seidman. *Ibid.*

Berdasarkan pernyataan di atas, maka dalam teori bekerjanya hukum di masyarakat sedikitnya ada tiga sasaran penting yang ingin dicapai yaitu :

1. setiap peraturan hukum memberi tahu tentang bagaimana seorang pemegang peranan itu diharapkan bertindak. Bagaimana seorang itu akan bertindak sebagai respon terhadap peraturan hukum merupakan fungsi peraturan-peraturan yang ditujukan kepadanya, sanksi-sanksinya aktivitas dari lembaga-lembaga pelaksana serta keseluruhan kompleks sosial, politik dan lain-lain mengenai dirinya;
2. bagaimana lembaga-lembaga pelaksana itu akan bertindak sebagai respon terhadap peraturan hukum merupakan fungsi peraturan-peraturan hukum yang ditujukan kepada mereka, sanksi-sanksinya keseluruhan kompleks kekuatan sosial, politik dan lain-lainnya yang mengenai diri mereka serta umpan balik yang datang dari pemegang peranan;
3. bagaimana para pembuat undang-undang itu akan bertindak merupakan fungsi peraturan-peraturan yang mengatur tingkah laku mereka, sanksi-sanksinya, keseluruhan kompleks kekuatan sosial, politik, ideologis, dan lain-lainnya yang mengenai diri mereka serta umpan balik yang datang dari pemegang peran serta birokrasi.

Baik teori Friedman dan Seidman dapat digunakan sebagai dasar pembenahan sistem peradilan pidana di Indonesia. Walau bagaimanapun

pembangunan sistem peradilan pidana di atas sangat tergantung dari faktor-faktor sebagaimana yang disampaikan oleh Friedman dan Seidman.

#### E. Sistem Peradilan Pidana

Secara etimologis "sistem" mengandung arti terhimpun (antar) bagian atau komponen (subsistem) yang saling berhubungan secara beraturan dan merupakan suatu keseluruhan. Sedangkan "peradilan pidana" merupakan suatu mekanisme pemeriksaan perkara pidana yang bertujuan untuk menghukum atau membebaskan seseorang dari suatu tuduhan pidana. Dalam kaitannya dengan peradilan pidana, maka dalam implementasinya dilaksanakan dalam suatu sistem peradilan pidana. Tujuan akhir dari peradilan pidana tidak lain adalah ditekankan pada pencapaian keadilan bagi masyarakat. Dalam hukum internasional pun mensyaratkan bahwa setiap pengadilan kriminal harus memperlihatkan kompetensi independensi, dan ketidakberpihakan.<sup>174</sup>

Sistem peradilan pidana pada hakekatnya merupakan suatu proses penegakan hukum pidana. Oleh karena itu berhubungan erat sekali dengan perundang-undangan pidana itu sendiri, baik hukum substantif maupun hukum acara pidana, karena perundang-undangan pidana itu pada dasarnya merupakan penegakan hukum pidana "*in abstracto*" yang akan diwujudkan dalam penegakan hukum "*in concreto*". Pentingnya peranan perundang-

---

<sup>174</sup> June Cahyaningtyas. 2007. *SADDAM : The Untold Story*. Jakarta : Hikmah. Hal. 194



undangan pidana dalam sistem peradilan pidana, karena perundang-undangan tersebut memberikan kekuasaan pada pengambil kebijakan dan memberikan dasar hukum atas kebijakan yang diterapkan. Lembaga legislatif berpartisipasi dalam menyiapkan kebijakan dan memberikan langkah hukum untuk memformulasikan kebijakan dan menerapkan program kebijakan yang telah ditetapkan.

Dilihat dari aspek kebijakan hukum pidana sasaran hukum pidana tidak hanya mengatur perbuatan warga masyarakat pada umumnya, tetapi juga mengatur perbuatan (kewenangan/kekuasaan) penguasa/aparat penegak hukum<sup>175</sup>. Lebih lanjut Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa tahap yang paling strategis dari upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan adalah tahap formulasi, oleh karena itu kesalahan/kelemahan kebijakan legislatif merupakan kesalahan strategis yang dapat menjadi penghambat upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan pada tahap aplikasi dan eksekusi.<sup>176</sup>

Hal ini sebagaimana disampaikan oleh Abraham Lincoln dalam pidatonya yang sangat terkenal di Gettysburg pada tahun 1863, ia secara sederhana menggambarkan demokrasi sebagai pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat, dan untuk rakyat (*government of the people, by the people and for the people*). Tetapi, kalau diteliti lebih mendalam inti dari demokrasi

---

<sup>175</sup> Barda Nawawi Arief, Op.cit. Hal. 29

<sup>176</sup> *Ibid*, Hal.35

adalah pemerintahan “oleh rakyat.” Semua pemerintahan, apapun bentuknya, pasti berasal dari rakyat (tak ada seorang pun di antara mereka yang memerintah yang bukan berasal dari rakyat), dan karena sebuah pemerintahan otoriter bisa juga berbuat baik untuk kepentingan rakyat (biasanya disebut *benevolent suthoritism regime*). Jadi, hanya pemerintahan oleh rakyatlah yang murni mencerminkan demokrasi.<sup>177</sup> Dengan demikian hanya hukum yang berpihak pada rakyat yang patut disebut hukum.

Menurut Barda Nawawi Arief, pembaharuan hukum pidana tidak hanya menyangkut masalah substansinya saja, akan tetapi selalu berkaitan dengan nilai-nilai yang ada sebagaimana pendapat beliau yang menyatakan :

“Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sosio-politik, sosio filosofik dan sosio kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.”<sup>178</sup>

Dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, penyelesaian suatu perkara pidana dimulai di kepolisian meliputi tahap-tahap sebagai berikut sebagaimana yang diatur dalam KUHAP :

### Penyelidikan

---

<sup>177</sup> Muhammad Taufiq.2005.*Terorisme dalam Demokrasi*.Yogyakarta : Pustaka Pelajar. Hal. 4-5

<sup>178</sup> Barda Nawawi Arief, 2002, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, Hal.28

Penyelidikan dalam Pasal 1 KUHAP diartikan sebagai serangkaian tindakan penyelidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini. Penyelidikan merupakan tindakan untuk mendahului penyidikan. Kalau dihubungkan dengan teori hukum acara pidana seperti dikemukakan oleh Van Bemmelen, maka penyelidikan ini maksudnya ialah tahap pertama dalam tujuh tahap hukum acara pidana, yang berarti mencari kebenaran.<sup>179</sup> Pengertian penyelidikan, menurut Soesilo Yuwono merupakan tahap persiapan atau permulaan dari penyidikan. Lembaga penyelidikan di sini mempunyai fungsi sebagai “penyaring”, apakah suatu peristiwa dapat dilakukan penyidikan atau tidak. Jika penyidikan bisa dilakukan, maka upaya pemidaan juga dapat dilakukan. Sehingga kekeliruan pada tindakan penyidikan yang sudah bersifat upaya paksa terhadap seseorang, dapat dihindarkan sedini mungkin.<sup>180</sup>

Menurut Harun M. Husein, latar belakang motivasi dari urgensi diintrodukirnya fungsi penyelidikan antara lain adanya perlindungan dan adanya jaminan hak asasi manusia adanya persyaratan dan pembatasan yang ketat dalam penggunaan upaya paksa, ketatnya pengawasan dan adanya ganti kerugian dan rehabilitasi, dikaitkan bahwa tidak setiap peristiwa yang

---

<sup>179</sup> Lihat J.M. van Bemmelen dalam Andi Hamzah, 2009. *Hukum Acara Pidana Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika. Hal. 119-120

<sup>180</sup> Harun M. Husein, 1991. *Penyidikan dan Penuntutan Dalam Proses Pidana*. Jakarta: Rineka Cipta. Hal 55

terjadi dan diduga sebagai tindak pidana itu menampakkan bentuknya secara jelas sebagai tindak pidana, maka sebelum melangkah lebih lanjut dengan melakukan penyidikan dengan konsekwensi digunakannya upaya paksa, perlu ditentukan lebih dahulu berdasarkan data atau keterangan yang didapat dari hasil penyelidikan bahwa peristiwa yang terjadi dan diduga sebagai tindak pidana itu benar adanya, sehingga dapat dilanjutkan ke tahap penyidikan.<sup>181</sup>

### Penyidikan

Penyidikan menurut Pasal 1 angka 2 KUHAP didefinisikan serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini untuk mencari serta mengumpulkan bukti yang terjadi dan guna menemukan tersangkanya. Tindakan penyidikan merupakan cara untuk mengumpulkan bukti-bukti awal untuk mencari tersangka yang diduga melakukan tindak pidana dan saksi-saksi yang mengetahui tentang tindak pidana tersebut. Menurut Lilik Mulyadi, dari batasan pengertian (*begrips bepaling*) sesuai tersebut dengan konteks Pasal 1 angka 2 KUHAP, dengan kongkret dan faktual dimensi penyidikan tersebut dimulai ketika terjadinya

---

<sup>181</sup> *Ibid.* Hal. 56

tindak pidana sehingga melalui proses penyidikan hendaknya diperoleh keterangan tentang aspek-aspek sebagai berikut<sup>182</sup>:

- a. Tindak pidana yang telah dilakukan.
- b. Tempat tindak pidana dilakukan (*locus delicti*).
- c. Cara tindak pidana dilakukan.
- d. Dengan alat apa tindak pidana dilakukan.
- e. Latar belakang sampai tindak pidana tersebut dilakukan.
- f. Siapa pelakunya

Tata cara penyidikan dilakukan segera setelah laporan atau pengaduan adanya tindak pidana. Penyidik yang mengetahui, menerima laporan atau pengaduan tentang terjadinya suatu peristiwa yang patut diduga merupakan tindak pidana wajib segera melakukan tindakan penyidikan yang diperlukan (Pasal 106 KUHAP). Penyidikan oleh penyidik pegawai negeri sipil diberi petunjuk oleh penyidik Polri. Untuk kepentingan penyidikan, penyidik Polri memberikan petunjuk kepada penyidik pegawai negeri sipil tertentu dan memberikan bantuan penyidikan yang diperlukan. Dalam hal suatu peristiwa yang patut diduga merupakan tindak pidana, sedang dalam penyidikan oleh penyidik pegawai negeri sipil tertentu dan kemudian ditemukan bukti yang kuat untuk diajukan kepada penuntut umum, penyidik

---

<sup>182</sup> Lilik Mulyadi.2007. *Hukum Acara Pidana: Normatif, Teoretis, Praktik dan Permasalahannya*, Bandung: Alumni. Hal. 55

pegawai negeri sipil tertentu tersebut melaporkan hal itu kepada penyidik Polri. Dalam hal tindak pidana telah selesai disidik oleh penyidik pegawai negeri sipil tertentu tersebut is segera menyerahkan hasil penyidikannya kepada penuntut umum melalui penyidik Polri (Pasal 107 ayat (1) s.d. (3) KUHAP).<sup>183</sup>

### Penuntutan

Penuntutan adalah tindakan penuntut umum untuk melimpahkan perkara pidana ke pengadilan negeri yang berwenang dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam KUHAP, dengan permintaan agar perkara tersebut diperiksa oleh hakim di sidang pengadilan. Pasal 137 KUHAP ditegaskan bahwa penuntut umum berwenang melakukan penuntutan terhadap siapa yang melakukan tindak pidana dalam daerah hukumnya dengan melimpahkan perkara ke pengadilan yang berwenang mengadili.<sup>184</sup> Dalam hubungannya dengan penyidikan, maka penyidikan adalah sebagai landasan atau patokan bagi penuntut umum untuk melakukan penuntutan terhadap pelaku tindak pidana. Kenyataan bahwa hasil penyidikan merupakan dasar dari pembuatan surat dakwaan bagi penuntut umum. Penyidikan memerlukan keterangan para saksi dan menguji bukti-bukti untuk

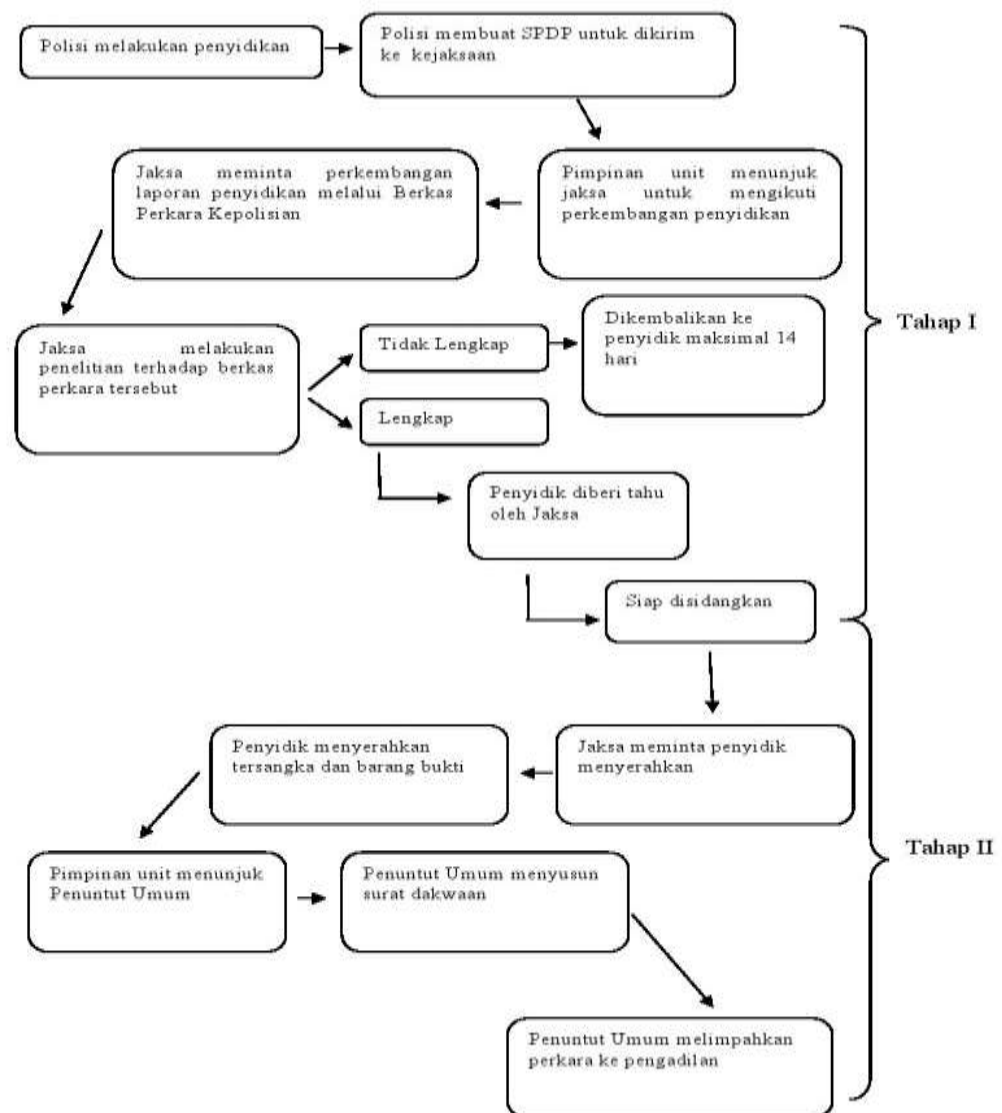
---

<sup>183</sup> Mohammad Taufik Makarao dan Suhasril.2010, *Hukum Acara Pidana dalam Teori dan Praktek*, Bogor: Ghalia Indonesia Hal. 24.

<sup>184</sup> Fajar Romy Gumilang. *Hubungan Penuntutan dengan Penyidikan*. <http://romygumilar.wordpress.com/2012/01/17/hubungan-penuntutan-dengan-penyidikan/> 4 April 2012



menguatkan unsur-unsur tindak pidana yang disangkakan kepada seseorang. Sebagaimana diketahui bahwa atas laporan yang masuk kepada kepolisian tidak semuanya diteruskan ke tahap penyidikan. Di bawah ini digambarkan mengenai alur dari tahap penyidikan hingga penuntutan<sup>185</sup>



Bagan 1. Alur Penyidikan hingga Penuntutan

<sup>185</sup> *Ibid*

Dikaitkan dengan Teori Friedman dan Seidman, maka pembangunan sistem peradilan pidana harus memperhatikan aspek substansi, struktur dan budaya hukum yang berkembang di masyarakat. Substansi hukum harus disesuaikan dengan nilai-nilai bangsa Indonesia. Struktur hukum perlu diatur kembali dengan sederhana yang memungkinkan para penegak hukum bertindak sebagai fasilitator perdamaian. Di samping itu sistem peradilan pidana hendaknya menyesuaikan budaya yang tertanam dalam masyarakat seperti nilai musyawarah dan saling menghargai antar sesama. Hukum yang baik adalah hukum yang mencerminkan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, masyarakat berubah tak dapat dielakkan dan perubahan itu sendiri dipertanyakan nilai-nilai mana yang dipakai.<sup>186</sup>

Lembaga legislatif berpartisipasi dalam menyiapkan kebijakan dan memberikan langkah hukum untuk memformulasikan kebijakan dan menerapkan program kebijakan yang telah ditetapkan. Jadi, semua merupakan bagian dari politik hukum yang pada hakekatnya berfungsi dalam tiga bentuk, yakni pembentukan hukum, penegakan hukum, dan pelaksanaan kewenangan dan kompetensi.

Dalam teori pembagian kekuasaan hukum dijadikan sebagai landasan penyelenggaraan pemerintahan. Pengertian ini pemerintah bukan

---

<sup>186</sup> Budiono Kusumohamidjojo, 1999, *Ketertiban Yang Adil, Suatu Tinjauan Problematik Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta : Gramedia Pustaka Utama Hal. 37

saja harus menjadikan dirinya sebagai hukum yang berbicara tetapi juga menjamin dan memelihara peradilan dan lembaga penegak hukum lainnya termasuk lembaga kepolisian dan lembaga intelejen, sehingga tidak ada kesewenang-wenangan misalnya tidak ada seorang manusia pun dapat ditangkap oleh polisi kecuali ia dicurigai telah melanggar hukum dan tidak seorang pun dapat dipenjarakan kecuali ia dinyatakan bersalah oleh pengadilan.<sup>187</sup>

Berkaitan dengan hal tersebut di atas, ada beberapa asas utama yang harus diperhatikan dalam mengoperasionalkan hukum pidana, sebab individu harus benar-benar merasa terjamin bahwa mekanisme sistem peradilan pidana tidak akan menyentuh mereka tanpa landasan hukum tertulis, yang sudah ada terlebih dahulu (*legality principle*). Di samping itu, atas dasar yang dibenarkan oleh undang-undang hukum acara pidana mengenai apa yang dinamakan asas kegunaan (*expediency principle*) yang berpangkal tolak pada kepentingan masyarakat yang dapat ditafsirkan sebagai kepentingan tertib hukum (*interest of the legal order*). Atas dasar ini penuntutan memperoleh legitimasinya. Asas yang ketiga adalah asas prioritas (*priority principle*) yang didasarkan pada semakin beratnya beban sistem peradilan pidana. Hal ini bisa berkaitan dengan berbagai kategori

---

<sup>187</sup> Muhammad Taufiq. 2011. *Bom Solo & Persepsi Teroris*. Joglosemar, 1 Oktober 2011

yang sama. Prioritas ini dapat juga berkaitan dengan pemilihan jenis-jenis pidana atau tindakan yang dapat diterapkan pada pelaku tindak pidana.<sup>188</sup>

Menurut Muladi, sistem Peradilan Pidana harus dilihat sebagai *open system*, sebab lingkungan seringkali berpengaruh terhadap keberhasilan sistem tersebut mencapai tujuannya. Sebagai contoh, Muladi mengemukakan keberhasilan sistem peradilan baik di negeri Belanda maupun di Jepang dalam rangka masukan *crime rate* disebabkan karena partisipasi masyarakat dalam sistem peradilan pidana yang sudah melembaga. Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice System*) pada dasarnya terbentuk sebagai bagian dari upaya negara untuk melindungi warga masyarakat dari bentuk - bentuk perilaku sosial yang ditetapkan secara hukum sebagai suatu kejahatan. Di samping itu, sistem tersebut juga dibentuk sebagai sarana untuk melembagakan pengendalian sosial oleh negara.<sup>189</sup>

Menurut Teguh Yuwono sistem pengadilan yang jujur dan adil merupakan elemen penting dalam keadilan politik menuju pemerintahan yang baik dan demokratis. Sistem pengadilan yang efisien dan adil merupakan sesuatu yang harus dikembangkan ke depan. Kenyataan di Indonesia dengan masih tingginya tingkat KKN merupakan pekerjaan berat

---

<sup>188</sup> <http://id.shvoong.com/law-and-politics/criminal-law/2027069pengertian-sistem-peradilan-pidana/#ixzz1Qk3vEo9j>. Diakses tanggal 30 September 2011. Pukul 14.30

<sup>189</sup> Muladi. 1995. *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Semarang : Universitas Diponegoro, 1995, Hal 8

baik di pusat maupun daerah. Tentu sering terjadi di mana maling ayam dipukuli bahkan dibakar sampai mati, tetapi koruptor milyaran rupiah bisa bebas kemana-mana, artinya ini merupakan tantangan berat bagi *fair & efficient system of justice*.<sup>190</sup>

Jean Jacques Rousseau menyatakan bahwa hukuman yang diberikan kepada pelaku kejahatan adalah sebuah tindakan khusus. Pemberian hukuman bukanlah tugas dari pemerintah, tetapi hukuman merupakan hak yang dapat dilakukan pemerintah tanpa memampukan dirinya sendiri untuk melakukan hal tersebut. Seringnya penjatuhan hukuman menunjukkan kelemahan dan kelengahan pemerintahan. Tidak seorangpun yang melakukan kesalahan tidak akan kembali kepada hal-hal yang baik. Negara tidak berhak menjatuhkan hukuman mati kepada siapa pun yang bisa hidup tanpa membahayakan orang lain, meskipun hukuman itu dilakukan sebagai contoh bagi yang lain. Hak untuk mengampuni atau menghapus kesalahan dari sebuah hukuman hanya diberikan oleh hukum dan disampaikan oleh hakim, hanya dimiliki otoritas yang lebih tinggi dari pada otoritas seorang hakim dan hukum, misalnya pemerintah. Hak setiap bagian dalam kasus seperti ini tidak begitu jelas dan penerapannya sangat jarang.<sup>191</sup> Dalam sebuah negara yang diatur dengan baik, hanya ada sedikit

---

<sup>190</sup> Lihat Teguh Yuwono. *Keadilan Dalam Perspektif Politik*. Komisi Yudisial RI. 2008. *Komisi Yudisial & Keadilan Sosial*. Jakarta : Komisi Yudisial RI. Hal.21

<sup>191</sup> Jean Jacques Rousseau. 2007. *Du Contract Social (Perjanjian Sosial)*. penyunting : Nino Cicero. Cet. 1 Jakarta : Visimedia Hal. 59

hukuman, bukan karena banyaknya pengampunan, tetapi karena di negara seperti itu jarang terjadi kejahatan. Jika banyaknya kejahatan menjadi jaminan untuk mendapatkan pembebasan dari hukuman, berarti negara sudah mendekati kehancuran<sup>192</sup>

## F. Rekonstruksi Model Penyelesaian Perkara Pidana

### 1. Pengertian Rekonstruksi

Dalam Bahasa Belanda rekonstruksi disebut sebagai *reconstructie* yang berarti pembinaan/pembangunan baru.<sup>193</sup> Sedangkan dalam bahasa Inggris Rekonstruksi disebut sebagai *reconstruction* yang artinya " *the act of reconstructing; something reconstructed, as a model or a reenactment of past even*"<sup>194</sup>. Dalam bahasa Indonesia rekonstruksi mempunyai arti penyusunan (penggambaran) kembali, sedangkan merekonstruksi ialah mengadakan pembangunan kembali. Kontruksi sebagai kata dasar mempunyai arti bentuk dasar.<sup>195</sup>

### 2. Pengertian Model

Model adalah pola (contoh, acuan, ragam) dari sesuatu yang akan dibuat atau dihasilkan (Departemen P dan K, 1984:75). Definisi lain dari model adalah abstraksi dari sistem sebenarnya, dalam gambaran yang lebih

---

<sup>192</sup> *Ibid*

<sup>193</sup> J.C.T Simorangkir.2007.,*Kamus Hukum*. Jakarta : Sinar Grafika Hal. 144

<sup>194</sup> Macquarie Library.1985. *The Macquarie Dictionary*, Australia. Hal.1420

<sup>195</sup> Pusat Bahasa Kementerian Pendidikan Nasional. <http://bahasa.kemdiknas.go.id>



sederhana serta mempunyai tingkat prosentase yang bersifat menyeluruh, atau model adalah abstraksi dari realitas dengan hanya memusatkan perhatian pada beberapa sifat dari kehidupan sebenarnya. <sup>196</sup>Menurut fungsinya, model dibagi menjadi 3 yaitu :

- a. Model deskriptif, hanya menggambarkan situasi sebuah sistem tanpa rekomendasi dan peramalan.
- b. Model prediktif , model ini menunjukkan apa yang akan terjadi, bila sesuatu terjadi.
- c. Model normatif yaitu model yang menyediakan jawaban terbaik terhadap satu persoalan, model ini memberi rekomendasi tindakan-tindakan yang perlu diambil.

Sedangkan menurut strukturnya, model juga dibagi menjadi 3 yaitu :

- a. Model Ikonik, adalah model yang menirukan sistem aslinya, tetapi dalam suatu skala tertentu.
- b. Model Analog, adalah suatu model yang menirukan sistem aslinya dengan hanya mengambil beberapa karakteristik utama dan menggambarkannya dengan benda atau sistem lain secara analog.
- c. Model Simbolis, adalah suatu model yang menggambarkan sistem yang ditinjau dengan simbol-simbol biasanya dengan simbol-simbol matematik. Dalam hal ini sistem diwakili oleh variabel-variabel dari karakteristik sistem yang ditinjau.

---

<sup>196</sup> [www.damandiri.or.id/file/abdwahidchairulahunairbab2.pdf](http://www.damandiri.or.id/file/abdwahidchairulahunairbab2.pdf) diakses pada tanggal 31 Juli 2012. Pukul 14.00

d. Adapun yang penulis gunakan dalam penulisan ini adalah model Penyelesaian Perkara Pidana Yang berkeadilan Substansial. Yang merupakan rekonstruksi dari Teori Hukum Progresif. Sejauh ini teori hukum progresif berada pada aras idea atau cita-cita. Sedangkan teori keadilan substansial yang penulis kembangkan berada diantara legalitas formal dan idea. Ia berada dalam praktek keseharian hukum yang kita lalui setiap hari. Teori ini mudah dipraktekkan dan diadaptasikan dalam kehidupan sehari-hari karena ia tidak mengisolir diri, tidak steril dalam percaturan pembaharuan hukum.

### 3. Rekonstruksi dalam Penegakan Hukum Progresif

Satjipto Rahardjo dalam tulisannya berjudul “Mengubah Cara Penyelesaian Hukum” mengemukakan bahwa sejak perkembangan profesi hukum di abad ke -19 yang mampu mengukuhkan kedudukan dan perannya dalam masyarakat, maka boleh dikatakan bahwa hukum yang diajarkan di pendidikan hukum memberikan dukungan terhadap mereka itu. Muncul suatu kategori berpikir dan menyelesaikan masalah yang unik, yang lazim disebut “berpikir secara hukum”. Metode hukum seperti itu adalah metode yang steril dan terisolasi dari kenyataan sehari-hari. Bangsa ini hendaknya diberitahu bahwa cara-cara berpikir dan menyelesaikan hukum selama ini bukanlah satu-satunya. Cukup banyak aliran pemikiran hukum lain yang dapat dipakai. Contoh kecil adalah yang dilakukan melalui *Alternative dispute resolution* yang menempuh jalur lain daripada

cara-cara penyelesaian perkara secara yuridis tradisional. Cara-cara alternatif atau apapun namanya, menunjukkan bahwa perlunya secara kreatif menangani masalah-masalah hukum. Filsafat besar di belakang semua itu adalah “hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya”.<sup>197</sup>

Tindak pidana adalah masalah kemanusiaan dan masalah sosial (*a human and social problem*) yang tidak dapat diselesaikan melalui konsep keadilan distributif semata. Terhadap adanya kebijakan hukum pidana yang sudah berkembang, maka sebagaimana pandangan Marc Ancel yang mengatakan bahwa dalam perkembangan masa kini perlu ada / suatu kebijakan baru yang sudah berkembang dalam konsep kebijakan pidana modern di mana hampir selalu mensyaratkan adanya kebebasan individu atau bagaimana pun juga, tidak dapat mengabaikan kenyataan mengenai perasaan individu dan masyarakat tentang tanggung jawab yang bersifat perorangan.<sup>198</sup>

Menurut Marc Ancel<sup>199</sup> menyatakan bahwa :

Tiap masyarakat mensyaratkan adanya tertib sosial, yaitu seperangkat peraturan-peraturan yang tidak hanya sesuai dengan kebutuhan untuk kehidupan bersama tetapi juga sesuai dengan aspirasi-aspirasi warga masyarakat pada umumnya. Oleh karena itu peranan yang besar dari hukum pidana merupakan kebutuhan yang tak dapat dielakkan bagi suatu sistem hukum.

---

<sup>197</sup> Satjipto Rahardjo. 2009. *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*. Jakarta : Kompas. Hal. 189-190

<sup>198</sup> Tim PERADI untuk RUU-KUHP. 2010. *Menuju Sistem Peradilan Pidana yang Akusatorial dan Adversarial*. Jakarta : Papas Sinar Sinanta – PERADI Hal. 25

<sup>199</sup> Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, *Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung. Hal 154

Perlindungan individu maupun masyarakat tergantung pada perumusan yang tepat mengenai hukum pidana yang mendasari kehidupan masyarakat itu sendiri. Oleh karena itu sistem hukum pidana, tindak pidana, penilaian hakim terhadap si pelanggar dalam hubungannya dengan hukum secara murni merupakan lembaga-lembaga (institusi) yang harus tetap dipertahankan.

Hasil penelitian Keebet von Benda Beckmann di pedesaan Minangkabau, Sumatera Barat menunjukkan bahwa ada kecenderungan pihak-pihak yang bersengketa melalui pilihan di antara lembaga-lembaga yang ada (lembaga adat dan pengadilan negeri) yang dipandang menguntungkan sesuai dengan apa yang diharapkan pihak-pihak yang bersengketa. Di samping itu lembaga-lembaga penyelesaian sengketa informal yang ada, dalam kasus-kasus tertentu juga aktif menawarkan jasa untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi. Itulah sebabnya selain muncul fenomena *"forum shopping"*, juga muncul *"shopping forum"*. Kecenderungan menggunakan forum penyelesaian alternatif (di luar pengadilan) bukan hanya fenomena tipikal dalam masyarakat sederhana, tetapi juga masyarakat maju. William Aubert mencatat bahwa di negara-negara Barat (semisal Amerika Serikat dan Norwegia), semakin berkembang penggunaan forum penyelesaian sengketa

alternatif.<sup>200</sup> Biasanya alternatif penyelesaian perkara pidana tersebut didasarkan pada adat istiadat masyarakat setempat, karena adat istiadat merupakan cerminan dari budaya hukum suatu bangsa. Alternatif tersebut dapat dijalankan karena selaras dengan adat istiadat itu.

Mengenai adat istiadat ini, Ki Hajar Dewantara telah memberikan pengertian antara lain dari bahasa Arab, di mana “adat” berarti kebaikan. Adat istiadat yaitu kebiasaan yang dianggap baik oleh khalayak dan dengan agak sengaja diperbaiki dan sebagai peraturan umum diakui kekuatan ikatannya untuk dan oleh seluruh rakyat disesuatu daerah atau tempat. Di samping adat istiadat ada pula hukum adat, yaitu peraturan kehakiman yang resmi yang disandarkan pada adat istiadat di sesuatu tempat. Meskipun adat istiadat itu bukan peraturan yang tertulis, tidak terjadi atas perundingan dan kemufakatan antara perwakilan rakyat dengan pemerintah, pun tidak diperintahkan pula oleh sesuatu badan pemerintahan, tetapi pada umumnya rakyat mengakui kebenarannya, kebenarannya, dan kekuasaannya, serta biasanya takluk juga pada adat istiadat itu dengan keikhlasan hati. Biasanya orang lebih takut pada pelanggaran adat istiadat dari pada pelanggaran hukum yang resmi, meskipun adat istiadat itu tidak disertai sesuatu ancaman hukuman atau sanksi lainnya. Untuk dapat mengerti kedudukan adat istiadat itu

---

<sup>200</sup> Bernard L. Tanya. *Hukum Resmi dan Tertib Informal : Pertemuan dan Signifikasinya*. Makalah. Disampaikan dalam Diskusi Ilmiah dengan tema “Persaingan Sistem Hukum dalam Tata Hukum di Indonesia” Diselenggarakan oleh Bagian Humas Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret pada tanggal 29 November 2006. Hal 10

(kekuatannya dan kekuasaannya), maka harus diingat bahwa pada hakikatnya segala adat istiadat itu terjadi karena hasrat tiap-tiap manusia untuk hidup di dalam dan dengan masyarakatnya secara tertib dan damai, yakni teratur dalam sifat lahirnya dan tenteram dalam sifat batinnya, menuju ke arah selamat dan bahagia. Terjadinya itu tidak karena putusan dari pihak lain, orang atau badan, yang lalu diwajibkan pada semua orang, akan tetapi terjadi dengan barangsang-angsur sebagai kejadian yang laras dengan kodrat-kodratnya hidup manusia di dalam khalayak, dan karenanya dirasai benar dan perlunya, lalu dengan sendiri mendapat sepakat umum.<sup>201</sup>

Selanjutnya disampaikan, bila ditilik sifat bentuk dari adat istiadat, maka tidak saja nampak kesatuannya dalam arti kebudayaan yang khusus atau istimewa untuk sesuatu negeri, yaitu sifat nasional, tetapi nampak pula pokok-pokok atau dasar dari segala adat istiadat di seluruh dunia itu sebenarnya sama, yaitu menuju ke arah hidup tertib dan damai, selamat dan bahagia. Dari pandangan psikologi segala kejadian di dalam *gedragingsniveau's* itu dalam hidup manusia dinamakan perbuatan (bukan kejadian belaka), ini berarti bahwa manusia dapat memilih dengan mempergunakan : *motivelen*, *gezindheid* dan *wil* (pertimbangan, perasaan dan kemauan). Perbuatan tidak saja bersifat *wilshandeling* (karena kemauan), tetapi dapat pula bersifat : *reflex*, *automatismen*,

---

<sup>201</sup> Taman Siswa. *Op. Cit* Hal. 463



*nabootsingsdwang handling*, *dewoonte handling* (antara otomatisme dan *wilshandeling*) dan *instincthandelingen* (perbedaan-perbedaan ini di dalam kehakiman dipentingkan). Sebelum bersifat kemauan (setelah melalui perasaan dan pertimbangan), maka yang ada di dalam jiwa manusia ialah dorongan atau *driften* (*aandriften*), yang lalu menjadi keinginan (*begeerten*) dan sesudah melalui gerak pikiran baru menjadi kemauan yang pasti.<sup>202</sup> Dalam kaitannya dengan penelitian ini, maka perbuatan pidana merupakan salah satu bentuk pelanggaran terhadap adat istiadat yang dianut dalam suatu masyarakat.

Richard Sewartz dan James C. Miller telah melakukan penelitian terhadap 51 masyarakat. Keduanya meneliti beberapa karakteristik sistem hukum yang telah berkembang termasuk adanya *counsel* (suatu badan yang menyelesaikan persengketaan, terdiri dari orang-orang yang tidak mempunyai hubungan kekerabatan dengan pihak-pihak yang bersengketa), *mediation* (yaitu intervensi dari pihak ketiga yang tak mempunyai hubungan darah dengan para pihak), dan polisi yang merupakan angkatan bersenjata yang dipergunakan untuk melaksanakan hukum. Hasil penelitian tersebut adalah bahwa dari 51 masyarakat yang merupakan masyarakat-masyarakat sederhana sampai pada masyarakat-masyarakat yang kompleks, 11 masyarakat tak mempunyai ketiga karakteristik tersebut di atas; 20 masyarakat hanya mempunyai *mediation*, 11

---

<sup>202</sup> *Ibid.* Hal 463-464

masyarakat hanya mempunyai mediation dan polisi; 7 masyarakat mempunyai ketiga karakteristik tersebut di atas. Ada 2 masyarakat yang menyimpang di mana hanya ada polisi. Pada masyarakat yang tidak dijumpai *mediation* merupakan masyarakat yang paling sederhana yang bahkan belum mengenal uang. Sebaliknya dua per tiga dari masyarakat mengenal *mediation* telah mempergunakan uang dalam sistem ekonominya. Masyarakat-masyarakat tersebut telah mengenal konsepsi ganti rugi yang merupakan prekondisi dari *mediation*. Oleh karena ada 20 masyarakat yang mempunyai *mediation* tidak mengenal polisi, jelaslah bahwa kedua karakteristik tersebut tidak selalu berkembang bersama-sama. Masyarakat-masyarakat yang mengenal polisi, pada umumnya mempunyai sistem ekonomi yang maju dan mempunyai derajat spesialisasi tertentu; kebanyakan telah mempunyai pendeta-pendeta, guru, pejabat-pejabat pemerintah.<sup>203</sup>

Hasil penelitian Schwartz dan Miller di atas bertentangan dengan teori Durkheim tentang perkembangan dari hukum represif ke hukum restitutif. Sebab polisi yang merupakan badan yang terlebih-lebih represif sifatnya ditemukan pada masyarakat-masyarakat yang mempunyai derajat pembagian kerja tertentu. Sebaliknya, *mediation* yang bersifat restitutif dapat dijumpai pada masyarakat yang belum mengenal pembagian kerja. Penggunaan *counsel* hanya dijumpai pada masyarakat-

---

<sup>203</sup> Soerjono Soekanto. 2001. *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*. Cet. 11. Jakarta : Raja Grafindo Perkasa. Hal. 92

masyarakat yang kompleks, dan penggunaannya tidak selalu disertai atau diikuti dengan *mediation*. Schwartz dan Miller berpendapat bahwa bagi penggunaan *counsel*, tidak cukup apabila ia hanya dipergunakan sebagai ukuran kemajuan sistem ekonomi dan spesialisasi : ditambahkannya bahwa mungkin derajat tidak adanya buta huruf merupakan faktor yang penting.<sup>204</sup>

Emile Durkheim memperhatikan struktur dan kelembagaan masyarakat dengan mempertanyakan<sup>205</sup>:

*“What it is about society with its ever more complex interrelationships, structures and institutions which ensures not only its (continuity and cohesion but also its transformations)*

(Apakah sesungguhnya yang terdapat di dalam masyarakat yang begitu rumit hubungan-hubungannya, struktur-struktur dan lembaganya, tetapi ternyata mempunyai kontinuitas dan berada dalam kohesi yang kuat dan dapat bertahan dari masa ke masa)

Dalam Sosiologi hukum dikenal istilah mobilisasi hukum. Hukum itu adalah huruf-huruf mati (*black letter law*) dan hanya dapat bekerja apabila dilakukan mobilisasi. Dalam hukum pidana, maka mobilisasi itu terutama dijalankan oleh polisi. Tanpa campur tangan polisi maka Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) itu tetap hanya merupakan tulisan di atas kertas. Dalam campur tangan inilah faktor perilaku kembali muncul. Apakah seseorang yang melakukan perbuatan yang tercantum dalam KUHP akan ditahan atau tidak, ditentukan oleh banyak hal. Etika

---

<sup>204</sup> *Ibid* Hal. 93

<sup>205</sup> Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah. *Op. Cit.* Hal.127

berhukum tidak dapat digantikan oleh rumusan-rumusan canggih hukum modern, melainkan orang harus menghayatinya.<sup>206</sup>

Menurut Satjipto Rahardjo, apabila hukum bertumpu pada “peraturan dan perilaku” maka hukum progresif lebih menempatkan faktor perilaku di atas peraturan. Faktor dan kontribusi manusia dianggap lebih menentukan daripada peraturan yang ada. Faktor manusia adalah simbol daripada unsur-unsur greget (*compassion, empathy, sincerety, education, commitment, dare dan determination*). Hal tersebut mengingatkan kepada ucapan Taverne, “Berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk pun saya bisa membuat putusan yang baik.” Mantan Hakim Agung Bismar Siregar sering mengatakan, “keadilan ada di atas hukum”. Dalam beberapa dekade terakhir, fenomena pelecehan terhadap hukum semakin marak. Tindakan pengadilan seringkali tidak bijak karena tidak memberi kepuasan pada masyarakat. Hakim tidak lagi memberikan putusan adil pada setiap pengadilan yang berjalan karena tidak melalui prosedur yang benar. Perkara diputuskan dengan undang-undang yang telah dipesan dengan kerjasama antara pembuat Undang-undang dengan pelaku kejahatan yang kecerdasannya mampu membelokkan makna peraturan hukum dan pendapat hakim sehingga berkembanglah “mafia peradilan” .<sup>207</sup> Oleh karena itu Bismar selalu merumuskan berdasar hati-nurani terlebih dahulu dan baru kemudian

---

<sup>206</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum dan Perilaku*, Jakarta : Kompas, Hal 161-162

<sup>207</sup> Bismar Siregar, 1989, *Rasa Keadilan*, Surabaya : PT. Bina Ilmu Hal. 78

dicarikan peraturannya, oleh karena hakim harus memutus berdasarkan hukum.

Hukum progresif tidak bergerak pada aras legalistik-dogmatis, analitis-positivistik, tetapi lebih pada aras sosiologis. Hukum tidak mutlak digerakkan oleh hukum positif atau peraturan perundang-undangan, tetapi hukum progresif juga bergerak pada aras non-formal.<sup>208</sup> Hukum progresif menekankan tanggung jawab bagi pihak-pihak yang telah melanggar hak orang lain, karena walau bagaimanapun suatu tindak pidana adalah suatu bentuk pelanggaran hak.

Kaitannya dengan tanggung jawab, Ki Hajar Dewantara menyampaikan kalimat sebagai berikut : “*Mardika iku djarwanja : nora mung leparing pengreh ; nging uga kuwat kuwasa amandiri prijangga*”. Pertanggung jawaban itulah selalu menjadi sisihannya hak atau kewajiban dari seseorang, yang pegang kekuasaan atau pimpinan pada umumnya. adapun artinya tidak lain ialah orang tadi harus mempertanggungungkan dirinya tentang tertibnya laku dari segala hak serta kewajibannya. Umpama ada kurang baiknya atau buruknya di dalam ia mengerjakan kewajibannya, maka orang itu wajib memberi keterangan yang memuaskan kepada mereka yang mengesahkan dia menjadi pemegang kuasa. Apabila keterangannya itu tidak memuaskan maka orang yang bertanggung jawab itu harus menyerahkan dirinya. Lalu bolehlah ia

---

<sup>208</sup> Satjipto Rahardjo, 2009, *Hukum Progresif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, Hal. 38-39



kemudian dipecat dari kedudukannya ataupun kedudukan lain, boleh jadi ia diberi maaf dengan perjanjian yang khusus dan sebagainya.<sup>209</sup>

Di Indonesia, Satjipto Rahardjo merupakan salah satu pemikir hukum Indonesia yang cukup produktif. Salah satu dari sekian banyak idenya tentang hukum adalah apa yang disebutnya sebagai ‘Pemikiran Hukum Progresif’, yaitu semacam refleksi dari perjalanan intelektualnya selama menjadi musafir ilmu. Tulisan yang ada dalam buku-buku karyanya, hanya berupa sketsa kecil dan bisa jadi tidak dapat menggambarkan substansi, konsep dan pesan yang ada di dalamnya. Karena fokusnya lebih kepada kutipan-kutipan dari pidato emeritusnya, juga beberapa diskusi di ruang kelas dan di ruang seminar. Dalam berbagai forum kuliah, seminar, diskusi dan media cetak, Satjipto berulang kali mengingatkan bahwa filosofi hukum yang sebenarnya, adalah “Hukum untuk manusia, bukan manusia untuk hukum,”. Hukum bertugas melayani masyarakat, bukan sebaliknya. Kualitas suatu hukum ditentukan dengan kemampuannya untuk mengabdikan pada kesejahteraan manusia. Kalimat ini seolah menyiratkan untuk kembali pada aliran utilitarianisme Jeremy Bentham<sup>210</sup> yang menyatakan bahwa tujuan hukum adalah untuk mencapai “*the greatest happiness for the greatest number of people*”. Konsistensi

---

<sup>209</sup> Taman Siswa. *Op. Cit.* Hal 469-470

<sup>210</sup> Jeremy Bentham, 1997, *Cavendish Law Cards Jurisprudence*, London: Cavendish Publishing, Hal. 83



pemikirannya yang holistik terhadap hukum menuntun Satjipto Rahardjo untuk berpikir melampaui pemikiran positivistik terhadap hukum sekalian berusaha memasukkan ilmu hukum ke ranah ilmu-ilmu sosial, salah satunya adalah sosiologi. Memasukkan hukum ke dalam ilmu-ilmu sosial adalah langkah yang progresif, karena dengan demikian memungkinkan hukum itu dianalisis dan dipahami secara lebih luas dan akan meningkatkan kualitas keilmuan dari Ilmu Hukum. Kemajuan ilmu-ilmu alam, ekonomi, sosial, politik seharusnya mendorong para ahli hukum untuk melihat apa yang bisa dimanfaatkan dari temuan-temuan disiplin-disiplin ilmu tersebut bagi praktik hukum. Dikatakan oleh Schuyt, kemajuan dalam bidang-bidang ilmu di luar hukum seharusnya menantang para ahli hukum yang baik untuk memberikan reaksi yang memadai dan bisa memilah-milah dengan bantuan disiplin ilmu lain, mana persoalan hukum yang bisa diselesaikan dengan baik. Pandangan Satjipto Rahardjo terhadap hukum dengan cara mengoreksi kekeliruan dan kekurangan paradigma positivistik dalam ilmu hukum mendorongnya untuk berpikir ulang terhadap cara mempelajari dan “cara berhukum” yang bertujuan menghadirkan “sebenarnya keadilan” atau sering disebut keadilan substantif. “Berhukum dengan hati nurani” itulah kalimat yang sering mengalir dari bibir maestro hukum ini.<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> Suteki, *Rekam Jejak Pemikiran Hukum Progresif Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH*. Hal. 4  
*commit to user*

Untuk kepentingan analisis teoritis, berikut ini disajikan identifikasi

Teori Hukum Progresif :

Identifikasi Hukum Progresif<sup>212</sup>

No	Identifikasi	Hukum Progresif
1	Asumsi	1. Hukum untuk manusia bukan sebaliknya; 2. Hukum bukan merupakan institusi yang mutlak dan final tetapi selalu dalam proses untuk menjadi ( <i>law as a process, law in the making</i> );
2	Tujuan	Kesejahteraan dan kebahagiaan manusia;
3	Spirit	1. Pembebasan terhadap tipe, cara berpikir, asas dan teori yang selama ini dipakai (mendominasi); 2. Pembebasan terhadap kultur penegakan hukum ( <i>administration of justice</i> ) yang selama ini berkuasa dan dirasa menghambat hukum dalam menyelesaikan persoalan;
4	Progresifitas	1. Bertujuan untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia dan oleh karenanya

<sup>212</sup> Tabel identifikasi Hukum Progresif ini dibuat berdasarkan tulisan di dalam Disertasi Yudi Kristiana, *Rekonstruksi Birokrasi Kejaksaan dengan Pendekatan Hukum Progresif : Studi Penyelidikan, Penyidikan dan Penuntutan Tindak Pidana Korupsi*, PDIH UNDIP, 2007, Hal. 24

		<p>memandang hukum selalu dalam proses untuk menjadi (<i>law in the making</i>).</p> <p>2. Peka terhadap perubahan yang terjadi di masyarakat, baik lokal, nasional maupun global.</p> <p>3. Menolak status-quo manakala menimbulkan dekadensi, suasana korup dan sangat merugikan kepentingan rakyat, sehingga menimbulkan perlawanan dan pemberontakan yang berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum;</p>
5	Karakter	<p>1. Kajian hukum progresif berusaha mengalihkan titik berat kajian hukum yang semula menggunakan optik hukum menuju ke perilaku.</p> <p>2. Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat, meminjam istilahnya Nonet &amp; Selznick bertipe responsif.</p> <p>3. Hukum progresif berbagi paham dengan <i>legal realism</i> karena hukum tidak dipandang dari</p>

		<p>kacamata hukum itu sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai dan akibat yang timbul dari bekerjanya hukum.</p> <p>4. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan <i>sociological jurisprudence</i> dari Roscoe Pound yang mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan tetapi keluar dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum.</p> <p>5. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan teori hukum alam, karena peduli terhadap hal-hal yang “<i>meta-juridical</i>”.</p> <p>6. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan <i>critical legal studies</i> namun cakupannya lebih luas.</p>
--	--	---

Tabel 1. Identifikasi Hukum Progresif

Berdasarkan tabel di atas, jelas menunjukkan bahwa hukum progresif tidak membuat masyarakat menjadi sulit dalam menjalankan hukum itu sendiri. Hukum progresif pada dasarnya diselaraskan dengan tujuan yang terkandung dalam nilai-nilai sosial yang tertanam dalam masyarakat setempat.

## G Pengembangan *Restorative Justice* dalam Penyelesaian Perkara Pidana

Penyelesaian konflik pidana melalui cara-cara informal yang dilakukan oleh komunitas dengan tujuan memulihkan hubungan antara pelaku dengan korbannya dan yang diresdai masyarakat, dengan tetap menyatakan bahwa pelanggaran hukum adalah tindakan yang tidak benar, mekanisme ini disebut dengan *Restorative justice*. Melalui mekanisme ini adalah cara untuk menyatakan bahwa pelanggaran hukum adalah salah, tetapi melalui proses restorasi, pelanggar hukum diterima kembali menjadi warga masyarakat. Ciri yang menonjol dari *restorative justice*, kejahatan ditempatkan sebagai gejala yang menjadi bagian tindakan sosial dan bukan sekedar pelanggaran hukum pidana semata. Kejahatan dipandang sebagai tindakan yang merugikan orang dan merusak hubungan sosial. Berbeda dengan hukum pidana yang telah menarik kejahatan sebagai masalah negara. Hanya negara yang berhak menghukum, meskipun sebenarnya komunitas adat bisa saja memberikan sanksi.<sup>213</sup>

Sistem pemenjaraan sebagai pelampiasan kebencian masyarakat yang diterima dan dijalankan negara. Munculnya ide *restorative justice* karena proses pidana belum memberikan keadilan pada korban. Usaha ke arah *restorative justice* sebenarnya sudah ada di lembaga pemasyarakatan, meskipun masih belum menonjol. Penerapan itu misalnya, menempatkan

---

<sup>213</sup> Muhammad Mustofa, *Pemulihan Hak-Hak Sipil Mantan Napi*, FISIP UI, Jakarta, <http://internalnapi.blogspot.com>, diakses tanggal 26 Agustus 2011

masa pembinaan sebagai ajang menyetarakan kembali hubungan narapidana dan korban.<sup>214</sup>

Dalam paper *Restorative justice and its Relation to the Criminal Justice System* yang disampaikan di Belgia disampaikan sebagai berikut<sup>215</sup>:

*The restorative justice philosophy fits well with the Garda commitment to giving young offenders a second chance under the Juvenile Diversion Programme. A significant start was made when restorative justice was introduced on a pilot basis in advance of the Children Act. Now that the relevant sections of the Act are in operation, the opportunity is presented to mainstream the restorative approach in the interest of all those affected by crime.*

Keadilan Restoratif 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. Di pihak lain, keadilan restoratif juga merupakan suatu kerangka berfikir baru yang dapat digunakan dalam merespon suatu tindak pidana bagi penegak dan pekerja hukum. Beberapa definisi tentang keadilan *restorative* :<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> Adrianus Meliala, Makalah disampaikan dalam Lokakarya *Menghukum Tanpa Memenjarakan: Mengaktualisasikan Gagasan "Restorative justice" di Indonesia*, di Depok, Kamis (26/2/2004)

<sup>215</sup> *Restorative justice and its Relation to the Criminal Justice System*. Papers from the second conference of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative justice, Oostende (Belgium), 10-12 October 2002

<sup>216</sup> Eva Achjani Zulfa, *Op. Cit*



1. Dignan :

*Restorative justice is a new framework for responding to wrongdoing and conflict that is rapidly gaining acceptance and support by educational, legal, social work, and counseling professionals and community groups. Restorative justice is a valued-based approach to responding to wrongdoing and conflict, with a balanced focus on the person harmed, the person causing the harm, and the affected community.*

*Restorative justice* adalah pendekatan berbasis nilai untuk merespon kesalahan dan konflik, dengan fokus seimbang pada orang yang dirugikan, orang yang menyebabkan kerugian tersebut, dan masyarakat yang terkena dampak

2. Mark Umbreit :

*Restorative justice provides a very different framework for understanding and responding to crime. Crime is understood as harm to individuals and communities, rather than simply a violation of abstract laws against the state. Those most directly affected by crime - - victims, community members and offenders -- are therefore encouraged to play an active role in the justice process. Rather than the current focus on offender punishment, restoration of the emotional and material losses resulting from crime is far more important.*

Mereka yang paling terpengaruh secara langsung oleh tindak pidana yaitu korban, anggota masyarakat dan pelaku didorong untuk memainkan peran aktif dalam proses peradilan.

3. Braithwaite :

*“On (the prosedural) view, restorative justice is a process that brings together all stakeholder affected by some harm. That has been done... These stakehorlders meet in a circle to discuss how they have been affected by the harm and come to some agreement as to what should be done to right any wrongs suffered. ...Restorative justice is about healing (restorative) than hurting.*

Pada pandangan (prosedural), restorative justice adalah suatu proses yang membawa keadilan bersama bagi semua stakeholder

4. Howard Zehr :

*Viewed through a restorative justice lens, "crime is a violation of people and relationships. It creates obligations to make things right. Justice involves the victim, the offender, and the community in a search for solutions which promote repair, reconciliation, and reassurance."*

Keadilan melibatkan korban, pelaku, dan masyarakat dalam mencari solusi-solusi yang mempromosikan perbaikan, rekonsiliasi, dan jaminan.

5. Burt Galaway and Joe Hudson :

*A definition of restorative justice includes the following fundamental elements:*

*"first, crime is viewed primarily as a conflict between individuals that results in injuries to victims, communities, and the offenders themselves;*

*second, the aim of the criminal justice process should be to create peace in communities by reconciling the parties and repairing the injuries caused by the dispute;*

*commit to user*

*third, the criminal justice process should facilitate active participation by the victims, offenders, and their communities in order to find solutions to the conflict."*

Definisi *restorative justice* mencakup unsur-unsur mendasar berikut ini:

"Pertama, tindak pidana dipandang sebagai suatu konflik antara individu-individu yang mengakibatkan luka-luka pada korban, masyarakat, dan pelakunya sendiri;

Kedua, tujuan dari proses peradilan pidana seharusnya untuk menciptakan perdamaian di masyarakat dengan mendamaikan para pihak dan memperbaiki luka yang disebabkan oleh sengketa;

Ketiga, proses peradilan pidana harus memfasilitasi partisipasi aktif oleh para korban, pelaku, dan komunitas mereka untuk mencari solusi dari konflik tersebut."

6. Dalam Handbook on Restorative justice Programmes.<sup>217</sup>

*Restorative justice is an approach to problem solving that, in its various forms, involves the victim, the offender, their social networks, justice agencies and the community*

*Restorative justice* adalah sebuah pendekatan untuk pemecahan masalah dalam berbagai bentuk, melibatkan korban, pelaku, jaringan sosial, lembaga-lembaga keadilan dan masyarakat.

7. Dalam paper Tony F Marshall<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup> United Nations, 2006, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, New York : United Nations Publication. Hal. 6

*A commonly accepted definition used internationally is: Restorative justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.*

Sebuah definisi yang diterima secara umum dan digunakan secara internasional adalah: *restorative justice* adalah proses di mana para pihak dalam sebuah pelanggaran khusus secara kolektif menyelesaikan akibat dari pelanggaran dan implikasinya untuk masa depan.

Menurut Eva Achjani Zulfa,<sup>219</sup> *restorative justice* atau sering diterjemahkan sebagai keadilan restoratif, merupakan suatu model pendekatan baru dalam upaya penyelesaian perkara pidana. Keadilan restoratif bila dikaitkan dengan keadilan substansial lebih menitikberatkan pada hasil bukan formal, sehingga membuka partisipasi pelaku kejahatan, korban dan pihak ketiga. Berbeda dengan sistem yang sekarang ada, pendekatan ini menitikberatkan pada adanya partisipasi langsung pelaku, korban dan masyarakat dalam proses penyelesaian perkara pidana. Pendekatan ini populer disebut sebagai “*non state justice system*”, peran negara dalam penyelesaian perkara pidana menjadi kecil atau bahkan tidak ada sama sekali. Namun demikian, kehadirannya banyak diwarnai berbagai pertanyaan baik secara teoretis dan praktis.

---

<sup>218</sup> Tony .F. Marshall, 1999, *Restorative Justice : An Overview*, Home Office Occasional Paper. Hal. 5

<sup>219</sup> Eva Achjani Zulfa, *Op. Cit*

Menurut TF. Marshall<sup>220</sup> dalam Papernya *Restorative justice : An Overview*. menjelaskan tujuan *Restorative justice* sebagai berikut :

- *to attend fully to victims' needs – material, financial, emotional and social including those personally close to the victim who may be similarly affected.* (untuk memenuhi sepenuhnya kebutuhan korban - material, keuangan, emosional dan sosial termasuk mereka yang secara pribadi dekat dengan korban yang mungkin juga terpengaruh).
- *to prevent re-offending by reintegrating offenders into the community.* (untuk mencegah terulangnya pelanggaran dengan kembalinya pelaku kedalam masyarakat)
- *to enable offenders to assume active responsibility for their actions.* (memungkinkan pelaku untuk memikul tanggung jawab aktif atas tindakan mereka)
- *to recreate a working community that supports the rehabilitation of offenders and victims and is active in preventing crime.* (untuk menciptakan sebuah komunitas kerja yang mendukung rehabilitasi pelaku dan korban dan aktif dalam mencegah kejahatan)
- *to provide a means of avoiding escalation of legal justice and the associated costs and delays.* (untuk menyediakan sebuah sarana menghindari eskalasi keadilan hukum dan biaya yang terkait serta penundaan)

Selanjutnya Tony F Marshall<sup>221</sup> dalam paper yang sama juga menyatakan sebagai berikut :

*“Restorative justice is centrally concerned with restoration: restoration of the victim, restoration of the offender to a law - abiding life, re s t o ration*

---

<sup>220</sup> Tony F Marshall, *Op. Cit*

<sup>221</sup> *Ibid*



*of the damage caused by crime to the community. Restoration is not solely backward-looking; it is equally, if not more, concerned with the construction of a better society in the present and the future.”*

Hal tersebut berarti perhatian *Restorative justice* berpusat pada pemulihan: pemulihan korban, pemulihan pelaku untuk hidup taat kepada hukum, pemulihan kerusakan yang disebabkan oleh kejahatan kepada masyarakat.

*Restorative justice* erat kaitannya dengan hukum progresif, hukum progresif merupakan salah satu gagasan yang paling menarik dalam literatur hukum Indonesia pada saat ini. Dikatakan menarik karena hukum progresif telah menggugat keberadaan hukum modern yang telah dianggap mapan dalam berhukum selama ini. Berkaitan dengan prinsip-prinsip keadilan maka Tony, F. Marshall<sup>222</sup> dalam papernya menyatakan sebagai berikut :

*“The principles of Restorative justice are also compatible with general government social-policy objectives – namely, encouraging community involvement, personal responsibility, partnership and consultation. Restorative justice practice has been developed at the grass roots by those working with offenders and/or victims and represents what has been found to work at that level. The principles have been derived from such experience rather than from any academic theory. The generation of Restorative justice is therefore compatible with an emphasis on what works. While restorative approaches are sometimes seen as soft (because they encourage offender re-acceptance into the community), they have been demonstrated to be onerous in their demands on offenders to own up, apologise personally and take active responsibility for putting things right – both in terms of helping their victims and reforming their own behaviour.*

---

<sup>222</sup> Tony, F. Marshall, *Op. Cit*



*The assessment of Restorative justice should not be carried out solely in terms of re-offending, however. The primary aim of many Restorative justice initiatives is to provide a better service for victims (of which Victim Support is, of course, a prime example, involving expenditure which one would not attempt to justify in terms of its impact on crime), or heal and strengthen communities (with possible longer – term crime prevention.”*

Prinsip-prinsip *restorative justice* yang kompatibel dengan tujuan kebijakan sosial pemerintah secara umum yaitu, mendorong keterlibatan masyarakat, tanggung jawab pribadi, kemitraan dan konsultasi. Praktik *restorative justice* telah dikembangkan berakar pada pekerjaan tersebut dengan pelaku dan atau korban, dan mewakili/merepresentasikan apa yang telah ditemukan untuk bekerja di tingkat itu. Tujuan utama dari banyak inisiatif *restorative justice* adalah untuk menyediakan layanan yang lebih baik bagi korban (tentu saja dalam hal dukungan korban, contoh utama, yang melibatkan pengeluaran, yang tidak akan berusaha untuk membenarkan dalam hal dampaknya pada kejahatan), atau menyembuhkan dan memperkuat komunitas dengan upaya pencegahan kejahatan jangka panjang yang memungkinkan. Secara lebih lanjut Braithwaite menyampaikan sebagai berikut <sup>223</sup>:

*“Philosophers have debated the question of human nature for millennia. European liberal governance, subsequently developed throughout the world in the past four centuries, was founded on a different theory of human nature, one that did not assume that goodness and grace abound. Rather, it assumed that individuals pursued their*

---

<sup>223</sup> Lihat Katly Daly, *Restorative Justice and Responsive Regulation (Reviews)*, *The Australian And New Zeland Journa of Criminology*, Vol 36 No. 1 2003. Hal. 111

*self-interest and the state acted as referee. While arguments over human nature and its relationship to social order will never be settled, we may wonder: does the possibility and potential of restorative justice and responsive regulation hinge on the assumption that there is some "goodness" in everyone? How would Braithwaite respond to someone like James Q. Wilson, who believes that, "Wicked people exist. Nothing avails except to set them apart from innocent people".*

(Para filsuf telah memperdebatkan pertanyaan tentang sifat manusia selama ribuan tahun. Pemerintahan liberal Eropa, kemudian dikembangkan di seluruh dunia dalam waktu empat abad, didirikan kedalam teori yang berbeda tentang sifat manusia, yang tidak mengasumsikan kebaikan dan rahmat yang berlimpah. Tetapi lebih kepada mengejar kepentingan pribadi dan negara bertindak sebagai wasit. Sementara argumen tentang sifat manusia dan hubungannya dengan tatanan sosial tidak pernah terselesaikan, yang menjadi pertanyaan mungkin: Apakah kemungkinan dan potensi keadilan restoratif dan regulasi responsif bergantung pada asumsi bahwa ada "kebaikan" pada semua orang? Bagaimana Braithwaite menanggapi seseorang seperti James Q. Wilson yang mempercayai bahwa "Ada orang jahat. Tidak ada gunanya, kecuali hanya untuk membedakan mereka dari orang-orang yang tidak bersalah")

Pernyataan di atas diartikan bahwa telah ada banyak perhatian yang ditujukan kepada konsep *restorative justice* dalam literatur kriminologi baru-baru ini. Berdasarkan literatur ini dapat dikemukakan beberapa prinsip dan praktek *restorative justice*. Prinsip *restorative justice* termasuk pula pandangan terhadap kejahatan sebagai konflik antara individu dan bukan antara pelaku dan Negara. Terkait erat dengan ini adalah keyakinan bahwa tanggung jawab pemerintahan keamanan, kejahatan dan gangguan yang akan dibagi di antara semua anggota masyarakat. Keadilan restoratif dipandang sebagai pendekatan kemanusiaan yang membawa kepada konsep pengampunan, penyembuhan, pemulihan dan reintegrasi.

John Braithwaite dalam bukunya *Restorative Justice and Responsive Regulation* menyebutkan bahwa isi dari nilai restoratif lebih penting daripada proses restoratif itu sendiri.<sup>224</sup> Lebih lanjut Braithwaite menyatakan :”..its about creating a more socially just world and doing so with less emphasis on ”legalistic regulation”.<sup>225</sup> (ini lebih mengenai menciptakan keadilan sosial dunia yang lebih dan melakukannya dengan kurang menekankan pada sisi ”regulasi legalistik”)

Dalam paper berjudul *Restorative Justice and Three Individual Theories of Crime* yang ditulis oleh Greg Mantle, Darrell Fox and Mandeep K. Dhami menyebutkan sebagai berikut<sup>226</sup> :

“There has been considerable attention paid to the concept of RJ in the criminological literature recently. Based on this literature we can put forth some key principles and practices of RJ. Key principles of RJ

<sup>224</sup> Lihat John Braithwaite, 2002, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York : Oxford University Press. Hal 14-15. Braithwaite mengemukakan nilai restorative (*restorative value*) sebagai berikut :

- *restoration of human dignity* (pemulihan bartabat manusia)
- *restoration of property loss* (pemulihan harta benda kerugian)
- *restoration of injury to the person or health* (pemulihan pada orang atau kesehatannya)
- *restoration of damaged human relationships* (pemulihan hubungan manusia yang rusak)
- *restoration of communities*(pemuliam masyarakat)
- *restoration of the environment* (pemuihan lingkungan)
- *emotional restoration* (pemulihan emosional)
- *restoration of freedom* (pemulihan kebebasan)
- *restoration of compassion or caring* (pemulihan kasih sayang atau kepedulian)
- *restoration of peace* (pemulihan perdamaian)
- *restoration of empowerment or self-determination* (pemulihan pemberdayaan atau penentuan nasib sendiri)
- *restoration of a sense of duty as a citizen.*(pemulihan dari rasa tugas sebagai warga negara)

<sup>225</sup> *Ibid.* Hal. 15

<sup>226</sup> Greg Mantle, Darrell Fox and Mandeep K. Dhami. *Restorative Justice and Three Individual Theories of Crime*. Internet Journal of Criminology.2005. Hal 3

*include a view of crime as a conflict between individuals rather than between offender and the State. Closely related to this is a belief that the responsibility for governance of security, crime and disorder is to be shared among all members of the community. Restorative justice is viewed as a humanitarian approach that brings to the foreground ambitions of forgiveness, healing, reparation and reintegration.”*

Meskipun demikian tidak semua perkara pidana dapat diselesaikan melalui pendekatan *restorative justice*. Polly E. Hyslop dalam papernya tentang *Restorative Justice* di Rural Alaska (*Restorative Justice in Rural Alaska*) mengutip pendapat Zehr yang menyatakan : “*Restorative justice is not for everyone. This process does not work for offenders who will not accept responsibility for their wrong doing. Also, the restorative justice process is not a replacement for the legal system as it is not an answer to all situations.*”<sup>227</sup> (*Restorative Justice* tidaklah diterapkan pada semua orang. Proses ini tidak bekerja bagi pelanggar yang tidak akan menerima tanggung jawab untuk kejahatan mereka. Selain itu, proses keadilan restoratif bukanlah pengganti untuk sistem hukum karena ini bukan jawaban untuk semua situasi).

Filosofi *restorative justice* cocok dengan komitmen Garda untuk memberikan pelaku muda, kesempatan kedua di bawah Program Penyimpangan Remaja. Sebuah awal signifikan dibuat ketika *restorative justice* diperkenalkan atas dasar percontohan dari UU Anak-Anak. Sekarang

---

<sup>227</sup> Polly E. Hyslop. *Restorative Justice in Rural Alaska*.  
<http://www.uaf.edu/justice/adrsymposium/symposium-papers/Restorative-Justice-in-Rural-Alaska-Hyslop.pdf>. Diakses tanggal 7 Juni 2012 Pukul 15.20

bagian yang relevan dari UU ini dalam operasi, kesempatan disajikan untuk mengarusutamakan pendekatan restoratif dalam kepentingan semua pihak yang terpengaruh oleh tindak pidana.

Model hukuman restoratif diperkenalkan karena sistem peradilan pidana dan pemidanaan yang sekarang berlaku menimbulkan masalah. Dalam sistem kepenjaraan sekarang tujuan pemberian hukuman adalah penjaraan, pembalasan dendam, dan pemberian derita sebagai konsekuensi perbuatannya. Indikator penghukuman diukur dari sejauh mana narapidana (napi) tunduk pada peraturan penjara. Jadi, pendekatannya lebih ke keamanan (*security approach*).

Otto Cornelis Kaligis<sup>228</sup> mencontohkan penerapan *restorative justice* pada suatu kasus yang terjadi Kanada akhir tahun 1970-an. Dua orang bernama Mark Yantzi dan Dave Worth mengajukan permohonan kepada hakim di Kitchener, Ontario, Kanada, untuk mengizinkan menereka menggunakan suatu pendekatan berbeda dalam menangani tindak pidana

---

<sup>228</sup> Advokat, Guru besar Fakultas Ilmu Sosial Universitas Negeri Manado, Yondano, Sulawesi Utara. Pendekatan restoratif telah digunakan untuk mengembangkan sejumlah program yang saat ini dijalankan di Kanada, misalnya mediasi pelaku tindak pidana dengan korban (*victim-offender mediation*), lingkaran penghukuman (*sentencing circle*), konseling kelompok keluarga, panel-panel penghukuman (*sentencing panels*). Untuk mencapai keladilan restoratif maka para korban, pelaku tindak pidana, dan komunitas, sejauh mungkin berpartisipasi untuk menangani suatu kasus. Para pelaku didorong untuk bertanggung jawab atas tindakan-tindakannya. Para korban diberikan kesempatan untuk memulihkan kerusakan dan kerugian yang disebabkan oleh tindakan pelaku. Para anggota komunitas secara aktif terlibat dalam proses penyelesaian konflik tersebut. sementara aparat penegak hukum (polisi, jaksa, hakim) harus memfasilitasi penyelesaian konflik yang memuaskan semua pihak yang terlibat. Lihat Otto Cornelis Kaligis. *Miscarriage of Justice dalam Sistem Peradilan Pidana : Perlunya Pendekatan Keadilan Restoratif*. Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Ilmu Sosial Universitas Negeri Manado, tanggal 8 November 2008. Hal.26-27



penghancuran/vandalisme yang dilakukan dua anak muda yang sudah ditahan pihak berwajib. Pendekatan baru itu adalah memberikan kesempatan kepada para korban tindak pidana penghancuran/vandalisme dan para pelaku tindak pidana untuk mengambil peran kunci dalam memutuskan metode paling tepat dalam menanggapi kejahatan, kerusakan dan kerugian akibat tindak pidana tersebut. Hakim mengabulkan permintaan Yantzi dan Worth. Perkara itu diselesaikan dengan menggunakan pendekatan baru yang dikenal sebagai teori keadilan restoratif (*restorative justice theory*). Sejak kasus itu cakupan keadilan restoratif berkembang dari kebijakan peradilan pidana marjin ke suatu titik yang saat ini jadi aliran utama pendekatan dalam sistem peradilan pidana di Kanada.<sup>229</sup>

Pendekatan restoratif 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 keadilan restoratif adalah pendekatan yang dapat dipakai dalam sistem peradilan pidana yang rasional.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> *Ibid*

<sup>230</sup> Hal ini sejalan dengan pandangan G. P. Hoefnagels yang menyatakan bahwa politik kriminal harus rasional (*a rational total of the responses to crime*). Pendekatan keadilan restoratif 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 ini. Lihat. Eva Achjani Zulfa, *Restorative Justice di Indonesia*. <http://evacentre.blogspot.com>, diakses tanggal 16 September 2010 pukul 15.30



Dalam *restorative justice* pelanggar diimbau untuk bertanggung jawab atas tindakannya yang memperbaiki luka yang telah diakibatkan dengan cara meminta maaf, mengembalikan uang yang dicuri atau melakukan kerja sukarela untuk masyarakat. Dalam perkara pidana, penerapan *restoratif justice* memfokuskan pihak yang berbuat salah dan yang merasakan penderitaan berperan aktif. Pihak korban akan menerima maaf dan ganti rugi. Pelaksanaan *restoratif justice* dapat melibatkan dialog antara pihak yang melanggar dan korban sehingga dapat mencegah terjadinya pelanggaran kembali. Ukuran keadilan dalam restoratif justice tidak didasarkan pada konsep pembalasan kepada pelaku, tetapi perbuatan yang menyakitkan itu disembuhkan dengan memberi dukungan kepada korban dan mensyaratkan pelaku untuk bertanggung jawab, dengan melibatkan bantuan keluarga dan masyarakat bila diperlukan.<sup>231</sup> Konsep *restoratif justice* dimaksudkan sebagai bentuk pemberdayaan atau pelibatan korban maupun pelaku serta masyarakat, secara langsung dalam menyelesaikan perilaku kriminal yang dialami. *Restoratif justice* menempatkan semua *stakeholders* sebagai pihak yang berperan aktif dalam penyelesaian masalah sendiri. Pihak pelaku harus menyatakan diri bersalah dan mau secara jujur bertanggung jawab atas segala kerugian yang terjadi akibat perbuatannya. Pihak korban maupun masyarakat mau memaafkan dan berhak menerima ganti rugi sebagai bentuk pemulihan

---

<sup>231</sup> O.C. Kaligis.2012. *Antologi Tulisan Ilmu Hukum, Jilid 7*.Bandung : Alumni. Hal. 379

kepentingannya.<sup>232</sup> Dengan demikian tidak semua pelaku kejahatan harus dikenakan pidana penjara.

Selain pemenjaraan yang membawa akibat bagi keluarga napi, sistem yang berlaku sekarang dinilai tidak melegakan atau menyembuhkan korban. Apalagi, proses hukumnya memakan waktu lama. Sebaliknya, pembedaan restoratif melibatkan korban, keluarga dan pihak-pihak lain dalam menyelesaikan masalah. Di samping itu, menjadikan pelaku tindak pidana bertanggung jawab untuk memperbaiki kerugian yang ditimbulkan perbuatannya. Pada korban, penekanannya adalah pemulihan kerugian aset, derita fisik, keamanan, harkat dan kepuasan atau rasa keadilan. Bagi pelaku dan masyarakat, tujuannya adalah pemberian malu agar pelaku tidak mengulangi lagi perbuatannya, dan masyarakat pun menerimanya. Dengan model restoratif, pelaku tidak perlu masuk penjara kalau kepentingan dan kerugian korban sudah direstorasi, korban dan masyarakat pun sudah memaafkan, sementara pelaku sudah menyatakan penyesalannya.

Penerapan di atas tidak mudah, apabila hanya diterapkan di lingkungan Lapas, hasilnya tidak akan maksimal. Model restoratif harus dilaksanakan mulai dari kepolisian, saat pertama kali perkara dalam proses penyidikan. Di Kejaksaan dan pengadilan pun demikian harus dilaksanakan. Satu hal lagi yang sulit adalah memulihkan derita korban, baik fisik maupun

---

<sup>232</sup> *Ibid.* Hal. 379-380

psikis. Kerugian materiil mungkin bisa digantikan pelaku. Tetapi bagaimana dengan derita psikis, misalnya akibat pemerkosaan?<sup>233</sup>

Penghukuman pidana pada dasarnya adalah suatu bentuk penebusan kesalahan yang pernah dilakukan oleh seseorang. Ia seperti tindakan membayar hutang kepada pemberi hutang. Oleh karena itu ketika seseorang narapidana telah selesai menjalani hukuman, ia harus diperlakukan sebagai orang yang merdeka seperti pembayar hutang yang telah melunasi hutangnya. Apabila mantan napi tidak diperlakukan secara adil sebagai warga masyarakat biasa yang telah menebus kesalahan, maka akibat yang paling buruk adalah mereka akan dapat mengulangi kembali tindakan pelanggaran hukumnya.

Pelanggaran hukum yang dilakukan oleh pelanggar hukum sesungguhnya mempunyai beberapa ciri, bukan ciri tunggal penjahat. Penjahat dalam hal ini bukan kategori hukum, tetapi kategori sosial yaitu orang yang pola tingkah lakunya cenderung melanggar hukum pidana. Pelanggaran hukum pidana telah menjadi pilihan utama dalam bertingkah laku. Sasaran akhir konsep peradilan *restorative* ini mengharapkan berkurangnya jumlah tahanan di dalam penjara; menghapuskan stigma/cap dan mengembalikan pelaku kejahatan menjadi manusia normal; pelaku kejahatan dapat menyadari kesalahannya, sehingga tidak mengulangi

---

<sup>233</sup> Muhammad Mustofa, MA, *Pemulihan Hak-Hak Sipil Mantan Napi*, <http://kriminologi1.wordpress.com/2008/01/18/pemulihan-hak-hak-sipil-mantan-napi/> diakses tanggal 30 September 2011 Pukul. 13.30

perbuatannya serta mengurangi beban kerja polisi, jaksa, rutan, pengadilan, dan lapas; menghemat keuangan negara tidak menimbulkan rasa dendam karena pelaku telah dimaafkan oleh korban, korban cepat mendapatkan ganti kerugian; memberdayakan masyarakat dalam mengatasi kejahatan dan; pengintegrasian kembali pelaku kejahatan dalam masyarakat.

Istilah “penyelesaian di luar pengadilan” umumnya dikenal sebagai kebijakan yang dilakukan oleh aparat penegak hukum yang memiliki wewenang untuk melakukan beberapa hal sebagai berikut: sebagai penentu keluaran akhir dari suatu kasus sengketa, konflik, pertikaian atau pelanggaran, namun juga memiliki wewenang melakukan diskresi/ pengenyampingan perkara pidana yang dilakukan oleh pihak tertentu, dilanjutkan dengan permintaan kepada pelaku / pelanggar agar mengakomodasi kerugian korban. Istilah umum yang populer adalah dilakukannya “perdamaian” dalam perkara pelanggaran hukum pidana.

Keuntungan dari penggunaan “penyelesaian di luar pengadilan” dalam menyelesaikan kasus-kasus pidana adalah bahwa pilihan penyelesaian pada umumnya diserahkan kepada pihak pelaku dan korban. Keuntungan lain yang juga amat menonjol adalah biaya yang murah. Sebagai suatu bentuk pengganti sanksi, pihak pelaku dapat menawarkan kompensasi yang dirundingkan / disepakati dengan pihak korban. Dengan demikian, keadilan menjadi buah dari kesepakatan bersama antar para pihak

sendiri, yaitu pihak korban dan pelaku, bukan berdasarkan kalkulasi jaksa dan putusan hakim.

Sebelumnya perlu dikemukakan beberapa alasan bagi dilakukannya penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan pidana sebagai berikut<sup>234</sup>:

- a. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori delik aduan, baik aduan yang bersifat absolut maupun aduan yang bersifat relatif
- b. Pelanggaran hukum pidana tersebut memiliki pidana denda sebagai ancaman pidana dan pelanggar telah membayar denda tersebut (Pasal 80 KUHP)
- c. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori “pelanggaran”, bukan “kejahatan”, yang hanya diancam dengan pidana denda.
- d. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk tindak pidana di bidang hukum administrasi yang menempatkan sanksi pidana sebagai *ultimum remedium*.
- e. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori ringan/serba ringan dan aparat penegak hukum menggunakan wewenangnya untuk melakukan diskresi.
- f. Pelanggaran hukum pidana biasa yang dihentikan atau tidak diproses ke pengadilan (deponir) oleh Jaksa Agung sesuai dengan wewenang hukum yang dimilikinya.

---

<sup>234</sup> Adrianus Meliala, *Penyelesaian Sengketa Alternatif: Posisi Dan Potensinya Di Indonesia*, Fakultas Ilmu Sosial dan Ilmu Politik Universitas Indonesia, Jakarta. Hal. 4

g. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori pelanggaran hukum pidana adat yang diselesaikan melalui lembaga adat.

Kelemahan “penyelesaian di luar pengadilan”, dapat menjadi sumber penyalahgunaan wewenang dari para penegak hukum, khususnya apabila diskresi dibelokkan menjadi ”komoditi”. Ketidakmauan menghukum juga dapat dipersepsi sebagai melunaknya hukum dimata para pelaku kejahatan atau pelanggar aturan.

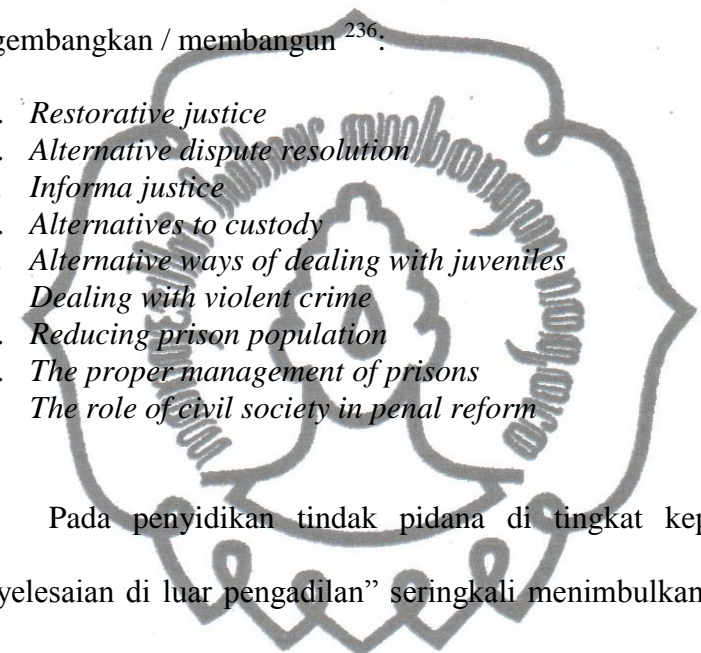
Terkait dengan kepolisian, sebagai elemen awal dalam sistem peradilan pidana Indonesia, maka dapat disebutkan bahwa dalam Naskah Akademis mengenai *Court Dispute Resolution* dari Mahkamah Agung Republik Indonesia pada tahun 2003, dalam salah satu kesimpulan terakhirnya antara lain disebutkan bahwa mediasi, sebagai salah satu bentuk ADR, seyogyanya bersifat wajib untuk perkara kecil baik perdata maupun pidana. Itulah yang menjadikan penanganan masalah secara alternatif ini relevan untuk dikaitkan dengan proses penegakan hukum Polri, khususnya menyangkut perkara pidana yang ringan.<sup>235</sup> Dalam *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 element of a new agenda for penal reform*) ialah perlunya memperkaya sistem peradilan formal dengan sistem atau mekanisme informal dalam

---

<sup>235</sup> Mudzakkir, *Alternative Dispute Resolution (ADR): Penyelesaian Perkara Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Makalah Workshop, Jakarta, 18 Januari 2007



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 right standarts*). Konferensi ini juga mengidentifikasi 9 strategi pengembangan dalam melakukan pembaharuan hukum pidana, yaitu mengembangkan / membangun<sup>236</sup>:

- 
- a. *Restorative justice*
  - b. *Alternative dispute resolution*
  - c. *Informa justice*
  - d. *Alternatives to custody*
  - e. *Alternative ways of dealing with juveniles*
  - f. *Dealing with violent crime*
  - g. *Reducing prison population*
  - h. *The proper management of prisons*
  - i. *The role of civil society in penal reform*

Pada penyidikan tindak pidana di tingkat kepolisian, adanya “penyelesaian di luar pengadilan” seringkali menimbulkan kecurigaan atas kewenangan penyidik kepolisian dalam menyelesaikan perkara. Adanya kesepakatan antara korban / pelapor dengan pelaku / terlapor dalam proses penyidikan kepolisian sering dianggap sebagai penyalahgunaan wewenang dari para penegak hukum tersebut. Niat baik dari penyidik kepolisian yang menangani perkara dengan adanya “penyelesaian di luar pengadilan”, dikenal dalam proses penyidikan kepolisian maupun Kejaksaan dengan istilah SP3 (Surat Perintah Penghentian Penyidikan) dan SKPP (Surat

---

<sup>236</sup> Hartiwiningsih.2008. *Hukum Lingkungan dalam Perspektif Kebijakan Hukum Pidana*.Surakarta : UNS Press. Hal 356

Ketetapan Penghentian Penuntutan) seringkali dianggap sebagai “komoditi”. Sindiran sinis sering terucap, berapa uang yang diminta penyidik, atau berapa uang yang diberikan pihak yang bersengketa atau berselisih (pelapor dengan terlapor).<sup>237</sup>

Kontroversi dalam penegakan hukum pidana berdasarkan KUHP sering terjadi, sementara para penegak hukum masih berkatat dalam paradigma formalisme, sehingga banyak kasus-kasus yang semestinya dapat diadili menjadi menguap begitu saja karena keterbatasan pemikiran tentang pelaksanaan penegakan hukum. Padahal tujuan utama dari penegakan hukum adalah mewujudkan kebenaran dan keadilan. Selama aparat penegak hukum tidak mengubah pemikiran bahwa tujuan utama dari penegakan hukum pidana adalah untuk mewujudkan kebenaran dan keadilan, maka pelaksanaan KUHP akan tetap menimbulkan kontroversi.<sup>238</sup> Oleh karena itu maka pengembangan *restorative justice* harus terus dilakukan dalam penanganan perkara pidana yang ke depannya akan masuk ke dalam sistem hukum nasional.

Selama ini penerapan keadilan restoratif hanya sebatas sebagai alternatif penyelesaian untuk kasus-kasus tertentu, misalnya kasus kecil. *Restorative Justice* belum masuk ke dalam sistem hukum nasional. Ke depannya *restorative justice* diharapkan mampu diintegrasikan ke dalam

---

<sup>237</sup> Mudzakkir. *Op. Cit*

<sup>238</sup> Edi Setiadi, *Kontroversi Pelaksanaan KUHP*, Harian Pikiran Rakyat, 8 Pebruari 2003

sistem hukum pidana untuk membangun model penyelesaian penyelesaian perkara yang berkeadilan substansial.

## H Penelitian yang Relevan

Penelitian-penelitian sebelumnya telah ada yang membahas tentang keadilan substansial dalam hubungannya dengan penegakan hukum pidana. Peneliti dalam hal ini diantaranya mengacu pada :

- a Penelitian yang dilakukan oleh Eva Achjani Zulfa dalam disertasinya yang berjudul “Keadilan Restoratif di Indonesia (Studi Tentang Kemungkinan Penerapan Pendekatan Keadilan Restoratif Dalam Praktek Penegakan Hukum Pidana)”. Eva Achjani Zulfa dalam disertasinya menyatakan bahwa praktek penyelesaian perkara pidana melalui jalur “musyawarah” antar pelaku dan korban serta masyarakat yang terlibat di dalamnya, merupakan suatu kenyataan yang ada dalam masyarakat Indonesia. Mekanisme penyelesaian tersebut 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. Akan tetapi hal tersebut lanjutnya, sesungguhnya memiliki implikasi secara teoretis maupun yuridis. Di sejumlah negara hal tersebut dijembatani melalui kebijakan baik dalam bentuk program pemerintah atau dalam

regulasinya. Kebijakan dan program tersebut dibuat berdasarkan filosofi pemidanaan tradisional yang membingkainya yang dikenal sebagai keadilan restoratif. Keadilan restoratif merupakan suatu filosofi pemidanaan tradisional yang dapat dipakai sebagai pendekatan dalam penanganan dan penyelesaian perkara pidana yang terjadi dalam masyarakat. Pencarian atas gagasan penerapan pendekatan keadilan restoratif dalam disertasinya dimulai dengan kajian teoretis terhadap keadilan restoratif di mana terjadi pergulatan untuk menyatakannya sebagai sebuah teori atau filosofi pemidanaan. Penelitiannya dilanjutkan dengan penelurusan terhadap praktik penggunaan pendekatan keadilan restoratif di berbagai Negara. Kedua kajian ini yang menjadi pedoman Eva Achjani Zulfa dalam melihat praktek penanganan perkara pidana di Indonesia terutama yang diselesaikan di luar sistem peradilan pidana, pandangan para petugas penegak hukum terhadap hal tersebut dan mengurai pula hasil *pilot project* penerapan pendekatan keadilan restoratif di Bandung. Hasil penelitiannya menyimpulkan bahwa sebagai suatu filosofi pemidanaan, keadilan restoratif dapat membingkai berbagai kebijakan, gagasan program, dan strategi penanganan perkara pidana sehingga diharapkan hasil proses tersebut dapat menciptakan keadilan yang dirasakan oleh pelaku, korban maupun masyarakat dan menjawab berbagai permasalahan yang dihadapi oleh sistem peradilan pidana saat ini.

- b Penelitian Luhut MP Pangaribuan dalam disertasinya yang berjudul “*Lay Judges* dalam Pengadilan Pidana, Suatu Studi Teoritis Mengenai Sistem Peradilan Pidana Indonesia”. Dalam penelitian tersebut Luhut mengemukakan bahwa hukum acara pidana belum konsisten dengan konsepnya dan tidak simetris dengan konsep-konsep yang ada dalam literatur. Menurutnya dalam hukum acara pidana saat ini hakim telah berperan tidak simetris dengan konsep yang ada dalam literatur. Rekomendasi yang penting dalam penelitian Luhut Pangaribuan ini adalah tentang bentuk persidangan. Menurutnya, bentuk sidang seharusnya bukan rangkaian tetapi diferensiasi, yaitu persidangan pidana dibagi dua bagian yaitu ; sidang menemukan fakta (*fact finding*) dan penentuan yang dilakukan secara tidak terputus harinya; dan sidang penetapan hukuman bila terdakwa sudah dinyatakan bersalah oleh hakim.
- c Penelitian Widodo Dwi Putro memberikan kritik terhadap Positivisme Hukum yang sebenarnya bermaksud menekankan perlunya regresif, yakni ketika hukum tersesat dan semakin menjauh dari tujuannya yakni keadilan. Hukum dibuat sebagai sarana untuk mendekati keadilan, meski keadilan seperti kaki langit yang tidak bisa sepenuhnya digapai, hukum tetap harus selalu berusaha mendekatinya. Apabila sarana (hukum)

semakin menjauh dari tujuannya (keadilan), hukum harus diingatkan dan dikembalikan kepada komitmen awalnya.<sup>239</sup>

- d Penelitian Suteki<sup>240</sup> menunjukkan bahwa terhadap tindak pidana tertentu dapat ditempuh model penyelesaian alternatif dengan mengedepankan keadilan substansial. Dalam penyelesaian perkara pidana tertentu tersebut tanpa harus melalui proses peradilan pidana seperti yang berlaku sekarang. Namun, tentu ada syarat-syarat suatu tindak pidana tersebut agar dapat diselesaikan dengan cara alternatif di antaranya :

- a) Bilamana suatu peraturan perundang-undangan yang digunakan dalam penegakan hukum justru bertentangan dengan prinsip-prinsip penegakan itu sendiri;
- b) Bilamana penegakan hukum yang dilaksanakan berdasarkan peraturan perundang-undangan merusak harmonisasi sosial yang telah terbangun.
- c) Bilamana negara menghendaki untuk kepentingan yang lebih besar dari pada penegakan hukum pidana tertentu.

---

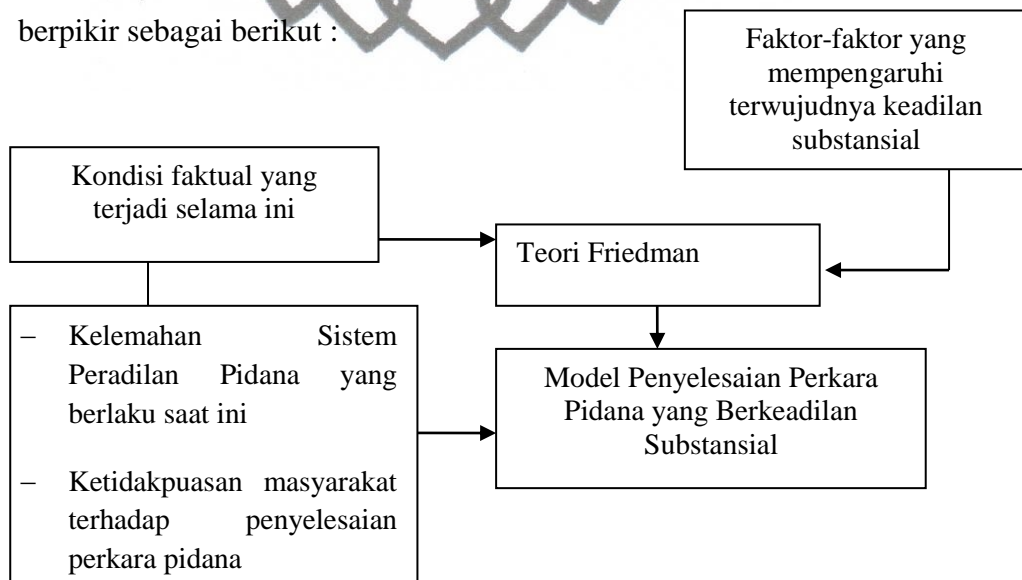
<sup>239</sup> Widodo Dwi Putro. 2011. *Kritik terhadap Paradigma Positivisme Hukum*. Yogyakarta : Genta Publishing. Hal. 252

<sup>240</sup> Suteki. Kebijakan Tidak Menegakkan Hukum (*Non Enforcement of Law*) Demi Pemulaaan Keadilan Substansial. Pidato Pengukuhan. Disampaikan pada Penerimaan jabatan Guru Besar dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, di Semarang pada tanggal 4 Agustus 2010



## I Kerangka Berpikir

Penulis dalam penelitian ini pertama-tama akan membahas mengenai proses penanganan perkara pidana yang berlaku sekarang. Proses penanganan yang diatur baik dalam KUHAP maupun peraturan perundang-undangan lain tentu memiliki kelemahan. Kelemahan-kelemahan tersebut menjadikan proses penanganan perkara pidana yang berlaku saat ini berpengaruh pada kualitas hasil proses pidana, diantaranya peradilan yang lebih mengedepankan keadilan formal dari pada keadilan substansial. Namun, sebelumnya akan dicari faktor-faktor penyebab tidak terwujudnya keadilan substansial pada proses penyelesaian perkara pidana yang berlaku saat ini. Berdasarkan hal ini kemudian peneliti membuat suatu konsep baru berupa model lain penyelesaian perkara pidana yang lebih mengedepankan keadilan substansial. Berdasarkan hal tersebut di atas maka dapat disusun kerangka berpikir sebagai berikut :



Bagan 2. Kerangka Pemikiran