

## BAB V

### MODEL MEDIASI PENAL DALAM PENANGGULANGAN KONFLIK KEKERASAN (CAROK) BERDASARKAN KEARIFAN LOKAL

Lawrence M. Friedman mengemukakan bahwa efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum tergantung tiga unsur sistem hukum, yakni struktur hukum (*struktur of law*), substansi hukum (*substance of the law*) dan budaya hukum (*legal culture*). Struktur hukum menyangkut aparat penegak hukum, substansi hukum meliputi perangkat perundang-undangan dan budaya hukum merupakan hukum yang hidup (*living law*) yang dianut dalam suatu masyarakat. Tentang struktur hukum Friedman<sup>303</sup> menjelaskan “*To begin with, the legal sytem has the structure of a legal system consist of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction ...Strukture also means how the legislature is organized...what procedures the police department follow, and so on. Strukture, in way, is a kind of crosss section of the legal system...a kind of still photograph, with freezes the action.*” Struktur dari sistem hukum terdiri atas unsur berikut ini, jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (termasuk jenis kasus yang berwenang mereka periksa), dan tata cara naik banding dari pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislative ditata, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh presiden, prosedur apa yang diikuti oleh kepolisian dan sebagainya. Jadi struktur (*legal struktur*) terdiri dari lembaga hukum yang ada dimaksudkan untuk menjalankan perangkat hukum yang ada.

Struktur adalah pola yang menunjukkan tentang bagaimana hukum dijalankan menurut ketentuan-ketentuan formalnya. Struktur ini menunjukkan bagaimana pengadilan, pembuat hukum dan badan serta proses hukum itu berjalan dan dijalankan. Di Indonesia misalnya jika kita berbicara tentang struktur sistem hukum Indonesia, maka termasuk di dalamnya struktur institusi-institusi penegakan hukum seperti kepolisian, kejaksaan dan pengadilan.<sup>304</sup>

---

<sup>303</sup>Lawrence M. Freidman, *The Legal ...., op.cit.*, hlm. 5-6.

<sup>304</sup>Achmad Ali, ....., *op.cit.*, 2002, hlm. 8.

Substansi hukum menurut Friedman<sup>305</sup> adalah *“Another aspect of the legal system is its substance. By this is meant the actual rules, norm, and behavioral patterns of people inside the system ...the stress here is on living law, not just rules in law books”*.

Aspek lain dari sistem hukum adalah substansinya. Yang dimaksud dengan substansinya adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam system itu. Jadi substansi hukum menyangkut peraturan perundang-undangan yang berlaku yang memiliki kekuatan yang mengikat dan menjadi pedoman bagi aparat penegak hukum. Sedangkan mengenai budaya hukum, Friedman<sup>306</sup> berpendapat : *“The third component of legal system, of legal culture. By this we mean people’s attitudes toward law and legal system their belief ...in other word, is the climate of social thought and social force wich determines how law is used, avoided, or abused”*. Kultur hukum menyangkut budaya hukum yang merupakan sikap manusia (termasuk budaya hukum aparat penegak hukumnya) terhadap hukum dan sistem hukum. Sebaik apapun penataan struktur hukum untuk menjalankan aturan hukum yang ditetapkan dan sebaik apapun kualitas substansi hukum yang dibuat tanpa didukung budaya hukum oleh orang-orang yang terlibat dalam sistem dan masyarakat maka penegakan hukum tidak akan berjalan secara efektif.

Hukum sebagai alat untuk mengubah masyarakat atau rekayasa sosial tidak lain hanya merupakan ide-ide yang ingin diwujudkan oleh hukum itu. Untuk menjamin tercapainya fungsi hukum sebagai rekayasa masyarakat kearah yang lebih baik, maka bukan hanya dibutuhkan ketersediaan hukum dalam arti kaidah atau peraturan, melainkan juga adanya jaminan atas perwujudan kaidah hukum tersebut ke dalam praktek hukum, atau dengan kata lain, jaminan akan adanya penegakan hukum (*law enforcement*) yang baik<sup>307</sup>. Jadi bekerjanya hukum bukan hanya merupakan fungsi perundang-undangannya belaka, melainkan aktifitas birokrasi pelaksanaanya<sup>308</sup>.

---

<sup>305</sup>Lawrence M. Friedman, *The Legal System*, *op.cit.*

<sup>306</sup>*Ibid.*

<sup>307</sup>Munir Fuady,.....*op.cit.*, 2003, hlm. 40.

<sup>308</sup>Achmad Ali, ....., *op.cit.*, 2002, hlm. 97.

Hukum pidana yang berlaku saat ini sebagian besar masih menggunakan Kodifikasi Hukum Pidana Perancis atau yang lebih dikenal sebagai *code penal*. Hukum Pidana dalam perkembangannya mulai banyak menuai kritik karena dinilai sangat kaku dalam penerapannya dan terkadang kurang menyentuh sisi-sisi keadilan yang ada di tengah masyarakat. Salah satu kritik yang mengemuka adalah penerapan hukum pidana yang mengedepankan sisi formalitas yang cenderung represif serta kurang mengapresiasi posisi korban maupun pelaku tindak pidana, sehingga terkesan hukum pidana yang diberlakukan hanya sebagai alat pembalasan belaka. Sebelum mengulas lebih jauh tentang Mediasi Penal, dalam hal ini ada beberapa pertanyaan mendasar terkait pidana dan pemidanaan, *pertama* apakah yang menjadi tujuan akhir dalam sebuah pemidanaan? Apakah untuk menciptakan efek jera, menciptakan keteraturan dan keamanan, ataukah hanya untuk tegaknya aturan hukum semata. Sistem pemidanaan yang tengah berlangsung saat ini seakan tidak lagi memberikan efek jera kepada pelaku, ini dapat dilihat dari semakin meningkatnya jumlah tahanan di LP, hingga terjadi *over capacity*, LP yang berkapasitas 2000 orang kini harus menampung beban hingga 3 kali lipat, tak jarang penghuni LP adalah residivis yang telah mengulangi kejahatan yang sama berulang kali. Sehingga muncul seloroh bahwa LP tidak lagi sebagai tempat memasyarakatkan namun lebih mirip sebagai *Academy of Crime*, tempat dimana terpidana “diasah” kemampuannya dalam melakukan tindak pidana. Pertanyaan *kedua*, bagaimana dengan kepentingan korban? Hukum Pidana Indonesia masih belum sepenuhnya berorientasi terhadap korban, contoh sederhananya adalah apabila pelaku kejahatan telah dijatuhi hukuman pidana, maka apakah kepentingan dan kerugian korban juga telah terpenuhi? Hal tersebut tidak otomatis mengakomodir kepentingan korban terutama terkait kompensasi, ganti rugi, maupun restitusi.<sup>309</sup>

---

<sup>309</sup>Tersedia di Sekolah Paralegal: Paralegal:blogspot.com.Wendra Rona Putra, PBH LBH Padang, Mediasi Penal “Penerapan Restorative Justice Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia”, diakses 31 Juli 2018.

### A. Mediasi Penal Dalam Keadilan Restoratif

Pada dasarnya konsep mediasi dan rekonsiliasi yang merupakan salah satu bentuk lembaga musyawarah dalam hukum, lebih umum dipakai untuk menyelesaikan suatu perkara perdata.<sup>310</sup> Di Uni Eropa, komisi hukum lembaga ini mengusulkan suatu sistem diversifikasi dimana mekanisme ini juga dilaksanakan dalam bidang hukum pidana.<sup>311</sup> Adapun dasar pertimbangan filosofis dan moral dari mekanisme ini adalah untuk mengurangi dampak buruk dari stigmatisasi yang dilakukan oleh masyarakat kepada seorang pelaku tindak pidana yang kemudian diberi label narapidana. Disamping itu juga berlaku pertimbangan pragmatis seperti penghematan anggaran negara dan mengurangi beban pengadilan. Tetapi lembaga ini juga mempertimbangkan sifat mengikat dari putusan yang disepakati dalam mediasi yang merupakan hasil “*out of court settlement*”, jika konsep ini dijalankan.<sup>312</sup> Mediasi dalam konsep hukum acara perdata merupakan salah satu cara penyelesaian sengketa diluar pengadilan. Dalam *Black Law Dictionary*, mediasi dirumuskan sebagai: “*a method of nonbinding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution*”.<sup>313</sup>

Cara ini merupakan salah satu cara yang dalam perkembangannya disarankan oleh PBB dalam setiap penyelesaian sengketa. Hal ini dinyatakan dalam *Basic Principles On The Use Of Restoratif Justice* yang dirumuskan PBB sebagai berikut: *The parties to all any disputes, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall first of all, seek solution by a negotiation, enquiry, mediation. Conciliations, arbitrate, settlement resort to regionagencies of arrangement, or other peaceful means of their own choice.*<sup>314</sup> Mediasi bukan merupakan satu-satunya cara alternatif penyelesaian di luar pengadilan sebagaimana disebutkan dalam Piagam PBB

---

<sup>310</sup>LTC Harms, *The Reform Agenda: The Court Proces and Technology: A Few Personal Perspectives From a Country in Transition*, 19th International Conference Modernisation Of Criminal Justice Systems, Pretoria, 2 Mei 2005.

<sup>311</sup>*Ibid.*

<sup>312</sup>*Ibid.*

<sup>313</sup>Bryan A Garner (Ed), *Black's Law Dictionary*, 7 edition, St.Paul, Minn, 2000, hlm. 797.

<sup>314</sup>Bryan A Garner,....*op.cit.*

tersebut. Cara lain misalnya melalui negosiasi dan arbitrase. Negosiasi merupakan cara menyelesaikan masalah melalui diskusi (musyawarah) secara langsung antara pihak-pihak yang bersengketa yang hasilnya diterima oleh para pihak tersebut.<sup>315</sup> Dasar hukum mediasi bagi penyelesaian kasus-kasus perdata sebagaimana tertuang dalam Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan telah memberikan arah baru terhadap implementasi mediasi di lembaga peradilan. Perma tersebut merupakan hasil dari perjalanan panjang sejarah mediasi di Indonesia. Dalam dunia akademik, diskursus tentang mediasi terus berkembang dan berkelanjutan, berbagai improvisasi mediasi juga banyak dilakukan sebagai hasil sebuah riset. Meskipun embrio mediasi dalam sistem hukum di Indonesia telah hadir bersamaan dengan hukum acara perdata (Pasal 130 HIR/154 RBg), namun secara legalitas formal mediasi baru dikembangkan sejak tahun 2002 yaitu melalui Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama Menerapkan Lembaga Damai.<sup>316</sup>

Terdapat 3 (tiga) Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia yang mengatur tentang prosedur mediasi. Ketiga Perma tersebut secara formil lebih bersifat memaksa (*dwingen*) dibandingkan dengan Surat Edaran Nomor 1 Tahun 2002 yang hanya bersifat mengatur (*regeling*). Pada Perma yang pertama yaitu Perma Nomor 2 Tahun 2003, Mahkamah Agung sudah menerapkan mediasi dalam sistem peradilan dan diwajibkan pada semua sengketa perdata (dengan beberapa pengecualian) untuk dilakukan mediasi terlebih dahulu. Perma Nomor 2 Tahun 2003 disempurnakan dengan Perma Nomor 1 Tahun 2008. Dalam Perma tersebut, ditegaskan bahwa keharusan mediasi dalam perkara perdata disertai dengan *warning* konsekuensi hukum, jika mediasi tersebut tidak dilakukan, maka berdasarkan Pasal 2 ayat (3) akan mengakibatkan putusannya batal demi hukum.<sup>317</sup> Perma yang terakhir adalah Perma Nomor 1 Tahun 2016 tentang

---

<sup>315</sup>Fiona Boyle et.al., *A Practical Guide to Lawyering Skills*, London: Cavendish Publishing Limited, 2003, hlm. 273.

<sup>316</sup>Sugiri Permana, "Mediasi Dalam Perkara Waris, Implementasi Takharuj sebagai Bentuk Perdamaian", *Majalah Hukum Varia Peradilan* No. 372 November 2016, hlm. 23.

<sup>317</sup>Lihat Pasal 2 ayat (3) Perma Nomor 1 Tahun 2008 yang berkaitan dengan prosedur mediasi.

Prosedur Mediasi di Pengadilan. Perma ini telah menganulir ketentuan mengenai putusan yang batal demi hukum akibat tidak dilakukan mediasi, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 ayat (3), (4), dalam perkara yang tidak diperintahkan mediasi, maka ketika dilakukan upaya hukum banding/kasasi diperintahkan untuk melakukan mediasi dengan putusan sela. Disisi lain, Perma Mediasi yang terbaru juga menghendaki agar para pihak mempunyai iktikad baik, bersungguh-sungguh dalam melaksanakan mediasi. Mediator dapat menyatakan pihak tertentu tidak mempunyai iktikad baik dan jika yang tidak mempunyai iktikad baik adalah pihak penggugat, maka hakim dapat menyatakan perkara tersebut tidak dapat diterima.<sup>318</sup>

Setidaknya terdapat dua alasan penting lahirnya Perma Mediasi yang terbaru. *Pertama*, mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa secara damai yang tepat, efektif dan dapat membuka akses yang lebih luas kepada para pihak untuk memperoleh penyelesaian yang memuaskan serta berkeadilan. *Kedua*, mediasi dibangun dan dikembangkan dalam rangka reformasi birokrasi Mahkamah Agung yang berorientasi pada visi terwujudnya peradilan Indonesia yang agung, dimana mediasi sebagai instrumen untuk memberikan akses keadilan kepada masyarakat dengan sederhana, cepat dan biaya ringan.<sup>319</sup> Dalam tataran internasional, dinamika *restorative justice* memperoleh pengukuhan dalam *Vienna Declaration on Crime and Justice* tahun 2000 yang mendorong pengembangan kebijakan, prosedur, dan program *restorative justice* yang menghormati sepenuhnya hak-hak, kebutuhan dan kepentingan korban, pelaku, masyarakat, dan semua pihak yang terkait. Selanjutnya pada tahun 2005, Deklarasi PBB ke-11 tentang Pencegahan Kejahatan dan Pembinaan Narapidana (*Prevention of Crimes and Treatment of Offenders*) menghimbau negara anggota untuk mengakui pentingnya mengembangkan kebijakan, prosedur dan program *restorative justice* yang merupakan alternatif penuntutan tindak pidana. Sebelumnya di dalam Laporan Kongres ke-9 tahun 1995 tentang Pencegahan Kejahatan dan Pembinaan Narapidana dikemukakan bahwa salah satu kunci agenda pembaruan hukum

<sup>318</sup>Lihat Pasal 3 ayat (3) (4) Perma Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

<sup>319</sup>*Ibid.*, Perma Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

pidana dalam kerangka *restorative justice* adalah perlunya memperkaya sistem peradilan formal dengan sistem atau mekanisme informal dalam penyelesaian perkara yang sesuai dengan standar-standar hak asasi manusia yang diantaranya adalah dorongan untuk menerapkan restitusi, kompensasi, dan mediasi penal.<sup>320</sup>

Menurut Barda Nawawi Arief mediasi penal sering dinyatakan sebagai “*the third way*” atau “*the third path*” dalam upaya “*crime control and the criminal justice system*”, dan telah digunakan di beberapa negara. Seberapa jauh kemungkinan itu dapat juga diterapkan di Indonesia, apa keterbatasan dan keunggulannya, serta bagaimana pengaturannya, tentunya memerlukan kajian yang mendalam dan komprehensif. Namun yang jelas, penyelesaian damai dan mediasi di bidang hukum pidana inipun sebenarnya sudah dikenal dalam hukum adat dan dalam kenyataan sehari-hari.<sup>321</sup> Melalui sejarah hukum dapat diketahui bahwa hukum yang mula pertama berlaku dan merupakan pencerminan kesadaran hukum rakyat Indonesia ialah kearifan lokal hukum adat. Aspek dan dimensi ini identik dengan *theorie receptie* dari Snouck Hurgronje. Untuk jangka masa yang cukup lama hukum adat sebagai suatu norma hukum, bersama-sama dengan norma-norma sosial lainnya dan norma agama, memainkan peranannya berfungsi sebagai alat pengendalian sosial.<sup>322</sup> Talcott Parsons, menyebut ada 4 (empat) fungsi yang meliputi:<sup>323</sup>

- a. Fungsi adaptasi (*adaptation*), yaitu penyesuaian diri terhadap situasi dan lingkungan. Fungsi ini menunjuk pada keharusan bagi sistem-sistem sosial untuk menghadapi lingkungannya;
- b. Fungsi pencapaian tujuan (*goal attainment*), yang merupakan pencapaian sasaran atau tujuan. T. Parsons beranggapan bahwa suatu tindakan diarahkan pada tujuannya, namun perhatian yang diutamakan disini bukanlah tujuan

---

<sup>320</sup>Barda Nawawi Arief, *op. cit.*

<sup>321</sup>Barda Nawawi Arief, 2008, *Penyelesaian Perkara Pidana Diluar Pengadilan*, Semarang: Pustaka Magister, hlm. 39.

<sup>322</sup>H.R. Ontje Salman, 2007, *Kesadaran Hukum Masyarakat Terhadap Hukum Waris*, Bandung: PT Alumni, hlm. 21.

<sup>323</sup>Doyle P. Johson, 1985, *Teori Sosiologi Klasik dan Modern*, Jakarta: PT. Gramedia. Eugene Ehrlich, 1936, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York, hlm. 128-144.

- pribadi individu, melainkan tujuan bersama para anggota dalam suatu sistem sosial;
- c. Fungsi integrasi (*integration*) adalah memadukan atau mengakomodasikan pelbagai faktor yang terkait pada pencapaian tujuan, yang terdiri atas penjaminan koordinasi yang perlu antara unit-unit dari sistem sosial berkaitan dengan kontribusi tiap unit pada organisasi dan berfungsinya secara keseluruhan;
  - d. Fungsi pemeliharaan pola atau latensi (*patterns maintence* atau *latency*), yaitu melestarikan pola-pola yang sudah terbentuk berdasarkan nilai-nilai.

## **B. Perbandingan Model Mediasi Penal di Negara-Negara Lain**

Mediasi Penal dikenal dengan istilah *mediation in criminal cases*, *mediation in penal matters*, *victim offenders mediation*, *offenders victim arrangement* (Inggris), *strafbemiddeling* (Belanda), *der AufBergerichtliche Tatausgleich* (Jerman), *de mediation penale* (Perancis). Menurut Ms.Toulemonde (Menteri Kehakiman Perancis), Mediasi Penal (*penal mediation*) adalah sebagai suatu alternatif penuntutan yang memberikan kemungkinan penyelesaian negosiasi antara pelaku tindak pidana dengan korban. Pengertian mediasi penal yang dikemukakan oleh Ms. Toulemonde tersebut sejalan dengan pemikiran Martin Wright, yang menyatakan: “*a process in which victim(s) and offenders(s) communicate with the help of an impartial third party, either directly (face to face) or inderectly via the third party, enabling victim(s) to express their needs and feelings and offender(s) to accept and act on their responsibilities*”; sehingga dapat diterjemahkan dalam mediasi penal terdapat suatu proses dimana korban dan pelaku kejahatan saling bertemu dan berkomunikasi dengan bantuan pihak ketiga, baik secara langsung atau secara tidak langsung dengan menggunakan pihak ketiga sebagai penghubung, memudahkan korban untuk mengekspresikan apa yang menjadi kebutuhan dan perasaannya dan juga memungkinkan pelaku menerima dan bertanggungjawab atas perbuatannya.<sup>324</sup>

---

<sup>324</sup>Barda Nawawi Arief, 2008, *Mediasi Penal dalam Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Pustaka Magister, Semarang, hlm.1.

Mediasi penal merupakan dimensi baru yang dikaji dari aspek teoritis dan praktik. Dikaji dari dimensi praktik maka mediasi penal akan berkorelasi dengan pencapaian dunia peradilan. Seiring berjalannya waktu dimana semakin hari terjadi peningkatan jumlah volume perkara dengan segala bentuk maupun variasinya yang masuk ke pengadilan, sehingga konsekuensinya menjadi beban bagi pengadilan dalam memeriksa dan memutus perkara sesuai asas peradilan sederhana, cepat dan biaya ringan tanpa harus mengorbankan pencapaian tujuan peradilan yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan.

Dalam sejarah peradaban manusia, bentuk penyelesaian sengketa dengan keterlibatan pihak ketiga (termasuk mediasi) sudah berlangsung lama sebagai bentuk peradaban dan budaya hukum saat itu. China sudah mempergunakan tradisi mediasi sejak zaman dinasti Zhou sekitar 1.100 tahun yang lalu, tradisi yang dilakukan dengan cara *friendly consultation* atau *direct consultation*. Pada masa Sebelum Masehi, Aritoteles dan Cicero telah mempraktikan arbitrase dengan mengundi arbiter untuk menyelesaikan sebuah sengketa. Cicero (106-43 SM) menyatakan bahwa dengan arbitrase seseorang tidak akan mendapatkan semuanya, tetapi ia juga tidak kehilangan segalanya.<sup>325</sup> Demikian juga di Jepang yang mempergunakan hukum Shogun Tokugawa (1603-1868) telah menempatkan seseorang sebagai tokoh masyarakat untuk melakukan mediasi. Hal yang sama juga terjadi di wilayah Asia Selatan, seperti di Sri Lanka telah menggunakan sarana mediasi sejak 400 tahun lebih. Di Pakistan dan Nepal juga mengedepankan mediasi dengan cara menunjuk seseorang yang dituakan yang disebut dengan Panchayats. Di Bangladesh orang yang dituakan dinamakan Shalish.<sup>326</sup>

Dalam tradisi di Timur Tengah, mediasi yang dikenal dengan istilah *wisatha* yang berarti penengah masih mempergunakan perangkat hukum yang digariskan dalam Alqur'an (4:35), yakni dengan menerapkan 3 (tiga) unsur. *Pertama*, para pihak yang akan melakukan mediasi, *kedua*, seseorang yang dituakan untuk melakukan mediasi dan *ketiga*, proses mencapai kesepakatan damai yang

---

<sup>325</sup>Jerry Barrett, "Arbitration Ancient Process and Modern Practice", Acresolution, Spring, 2005, hlm. 8.

<sup>326</sup>Raihanah Azahari, "The Development of Family Mediation in Malaysian Muslim Society", European Journal of Social Sciences Vol. 18, Number 2, 2010, hlm. 220-221.

dinamakan *ishlah*.<sup>327</sup>

Sezai Ozcelik<sup>328</sup> membandingkan praktik mediasi di Arab yang mengedepankan tokoh yang dituakan dalam masyarakat, sementara di Barat pemilihan mediator didasarkan pada profesionalisme dan kemampuan terhadap prosedur hukum. Perbedaan ini juga didukung oleh latar belakang penyelesaian sengketa di mana di wilayah Arab penyelesaian sengketa melibatkan pihak keluarga (*clan*) sehingga tujuan penyelesaian sengketa adalah keharmonisan hubungan masyarakat. Sementara itu dalam tingkat yang lebih modern dan profesional, penyelesaian sengketa sering kali bertujuan untuk menghilangkan kerugian atau paling tidak *win-win solution*. Dalam hukum keluarga, Amerika menjadi salah satu pelopor negara maju yang mengembangkan mediasi dalam sistem peradilan. Sejak tahun 1970-an, mediasi menjadi bagian penting dalam menyelesaikan sengketa keluarga. Mediasi ini kemudian berkembang dan pada tahun 1981, California menjadi negara bagian yang pertama kali menerapkan mediasi dalam sengketa pengasuhan anak. Pada tahun 1990, 13 negara bagian telah menerapkan sistem mediasi yang terintegrasi dengan lembaga peradilan *court based mediation of custody and visitation* dalam menyelesaikan sengketa hak asuh.<sup>329</sup> Dalam tradisi keislaman, terdapat beberapa istilah yang digunakan untuk mendeskripsikan perdamaian, diantaranya *sulh*. Dalam sejarah Timur Tengah *sulh* telah hadir ribuan tahun yang silam dan menjadi sebuah lembaga yang dapat mengatasi berbagai permasalahan keluarga maupun niaga baik secara individu maupun antar suku. *Sulh* tidak hanya dilakukan oleh seorang arbitrator, tetapi juga dapat dilakukan oleh hakim.<sup>330</sup>

*Sulh* dalam Alqur'an dapat ditemukan pada Surah Al Hujuraat ayat (9-10). Dalam kajian sejarah, Rasulullah pernah mendamaikan sengketa yang terjadi pada Bani Amar bin 'Auf dan sengketa yang terjadi antara orang-orang Quba. Ketika

---

<sup>327</sup>Sezai Ozcelik, "Islamic/Middle Eastern Conflict Resolution of Inter-personal and Intergroup Conflicts: Wisata, Sulha and Third-Party", *Uluslararası*, Vol. 3 No. 12, Winter, 2006-2007, hlm. 9.

<sup>328</sup>*Ibid.*, hlm. 13.

<sup>329</sup>Peter Salem dkk., "Triaging Family Court Services: the connectic Judicial Branch's Family Civil Intake Screen", *Pace Law Review*, Vol. 27, artikel 9, Juni 2007, hlm. 745.

<sup>330</sup>Aseel al-Ramahi, "Sulh: A Crucial Part of Islamic Arbitration", *Islamic Law and Law of Muslim World*, London, 2008, hlm. 2.

beranjak dewasa, Nabi bahkan pernah menyelesaikan perdamaian antara suku Arab yang bertikai karena memperebutkan kesempatan untuk memindahkan *Hajar Aswad* yang bergeser akibat banjir. Pada saat tersebut, Nabi *saw* bertindak sebagai arbiter yang melakukan *sulh* diantara suku bertikai.<sup>331</sup>

Setelah memperhatikan tentang berbagai model mediasi yang berlaku di berbagai negara tersebut di atas, maka dengan mempergunakan teori sejarah hukum dan perbandingan hukum, maka pada hakekatnya mediasi penal dapat dipergunakan untuk mengatasi berbagai kasus *carok* yang telah terjadi di Madura. Hal ini sejalan dengan pemikiran Barda Nawawi Arief<sup>332</sup> mediasi penal dapat digunakan untuk menangani perkara yang dilakukan oleh orang dewasa dan anak-anak, metodenya dengan cara melibatkan berbagai pihak yang bertemu dengan dihadiri oleh mediator yang ditunjuk. Mediator dapat berasal dari pejabat formal seperti polisi, jaksa, hakim, petugas pemasyarakatan maupun mediator independen, atau kombinasi. Mediasi penal dapat dilakukan dalam setiap tahapan proses, baik pada tahap kebijakan polisi, tahap penuntutan, tahap pemeriksaan di sidang pengadilan, pemidanaan atau setelah pemidanaan.

Mediasi penal memiliki beberapa keunggulan diantaranya, *kesatu*: dapat memberikan akses seluas mungkin kepada para pihak yang bersengketa untuk memperoleh keadilan, *kedua*: merupakan salah satu proses penyelesaian perkara yang dianggap lebih cepat, murah dan sederhana, dan ketiga: dapat memberikan kemungkinan pemulihan hubungan baik dan kepuasan para pihak yang terlibat dalam suatu perkara sehingga berpotensi mengembalikan kepada keadaan semula dan menyelesaikan masalah secara tuntas.<sup>333</sup> Model kebijakan mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal, untuk penanggulangan *carok* di masa mendatang, sangat dimungkinkan dan hendaknya dapat diterapkan pada etnis Madura, sebagaimana mengacu pada rumusan dalam Pasal 67 ayat (1) RUU KUHP 2008 berkaitan juga dalam RUU KUHP 2015, yang mempertegas adanya

---

<sup>331</sup>*Ibid.*, hlm. 6.

<sup>332</sup>Barda Nawawi Arief, *Mediasi Penal: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*, Program Magister Ilmu Hukum Pascasarjana UNDIP, Pustaka Magister Semarang, 2008, hlm. 37.

<sup>333</sup>*Ibid.*, lihat juga: Edy Wibowo, "Responsibilitas Badan Peradilan Melalui Reaktualisasi Implementasi Perma Batasan Tipiring Dan Jumlah Denda", *Majalah Hukum Varia Peradilan* No. 372 November 2016, hlm. 51.

nomipasi pidana tambahan bagi si pelaku tindak pidana, yaitu: (a) pencabutan hak tertentu, (b) perampasan barang tertentu dan/atau tagihan, (c) pengumuman putusan hakim, (d) pembayaran ganti kerugian, dan (e) pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat atau pencabutan hak yang diperoleh korporasi dapat dijatuhkan walaupun tidak tercantum dalam perumusan tindak pidana.

Ide peradilan model “mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal” dalam penanggulangan *carok* pada etnis Madura akan terwujud, jika terjadi rekonsiliasi (perdamaian) diantara para pihak, dan selanjutnya adanya ketegasan tentang pembayaran ganti kerugian, sehingga ide restorasi, yang artinya memulihkan kerusakan dan kerugian yang ditimbulkan oleh si pelaku terhadap korbannya akan segera dilaksanakan. Pengertian segera dibayarkan ganti rugi kepada korbannya dalam waktu yang tidak terlalu lama sangat perlu diatur oleh ketentuan selanjutnya, dikarenakan selama ini pembayaran denda tambahan biasanya dibayarkan pelaku kepada kas negara, bukan dibayarkan kepada korbannya. Model kebijakan mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal<sup>334</sup> merupakan suatu usaha yang rasional dari masyarakat/penguasa dalam menanggulangi kejahatan, dengan melibatkan semua pihak yang memiliki peran dalam terjadinya suatu tindak pidana untuk secara bersama-sama mengidentifikasi dan memahami kerugian yang ditimbulkannya, keinginan-keinginan dari pihak korban, dan kewajiban-kewajiban dari pihak pelanggar (pelaku) tindak pidana, dengan tujuan untuk memulihkan dan menempatkan segala sesuatu pada tempatnya sebaik mungkin.

Upaya melakukan penggalian dan pengkajian nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat, menurut Barda Nawawi Arief, pada dasarnya merupakan beban dan amanat nasional, bahkan merupakan kewajiban dan tantangan nasional.

---

<sup>334</sup>Lihat pengertian “*Criminal Policy*” dari Sudarto, 1986, Hukum dan Hukum Pidana, Bandung, Alumni, hlm. 38 dan “*Restorative Justice*” dari Mark S. Umbreit, 1998, *Restorative Justice Through Victim Offender Mediation: A Multi-Site Assessment*, Western Criminology Review 1 (1), diakses dari <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/umbreit.html>, 20 April 2017, pkl. 20:15 pm., hlm.1. Lihat pengertian “*diversi*” menurut Pasal 1 angka 7 UU No. 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Pidana Anak adalah pengalihan penyelesaian perkara anak dari proses peradilan pidana ke proses di luar peradilan pidana, *op.cit.*

Disamping itu, juga telah menjadi kesepakatan dan kecenderungan internasional, seperti terlihat antara lain dari laporan kongres-kongres PBB mengenai “*The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*”.<sup>335</sup> Menurut Barda Nawawi Arief, sekiranya sistem hukum nasional, termasuk sistem hukum pidana nasional, yang seyogyanya dibangun dari nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat, maka konsekuensinya adalah harus dilakukan upaya-upaya penggalian dan pengkajian ke arah itu. Upaya penggalian dan pengkajian nilai-nilai hukum yang hidup itu dapat dilakukan melalui tradisi yurisprudensi dan tradisi akademik/keilmuan. Kalau kedua jalur ini tidak dapat berkembang dengan baik, maka harapan terbentuknya sistem hukum nasional itu akan memakan waktu yang sangat lama.<sup>336</sup>

Sejalan dengan pemikiran ide pembaharuan hukum pidana tersebut, Muladi memandang perlunya dibangun hukum pidana yang berkarakter keindonesiaan. Karakteristik yang dimaksudkan adalah:<sup>337</sup> *Pertama*, bahwa hukum pidana nasional di masa datang yang dibangun itu haruslah memenuhi pertimbangan sosiologis, politis, praktis dan juga dalam kerangka ideologis Indonesia. *Kedua*, hukum pidana yang dibangun itu tidak boleh mengabaikan aspek-aspek yang bertalian dengan kondisi manusia, alam dan tradisi Indonesia. *Ketiga*, hukum pidana yang dibangun itu haruslah menyesuaikan diri dengan kecenderungan-kecenderungan universal yang tumbuh di dalam pergaulan masyarakat beradab. *Keempat*, oleh karena sistem peradilan pidana, politik kriminal dan politik penegakan hukum merupakan bagian tidak terpisahkan dari politik sosial, maka hukum pidana mendatang juga haruslah memikirkan aspek-aspek yang bersifat preventif. *Kelima*, hukum pidana dan sistem peradilan pidana pada dasarnya merupakan bagian dari super sistem yang lebih besar, sistem politik, ekonomi, sosial budaya, pertahanan keamanan serta sistem ilmu pengetahuan dan teknologi. Oleh karena itu, hukum pidana dan sistem peradilan pidana harus selalu tanggap

---

<sup>335</sup>Barda Nawawi Arief, “Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana” (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia), Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 25 Juni 1994, hlm. 23.

<sup>336</sup>*Ibid.*, hlm. 26.

<sup>337</sup>Muladi, “Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia Di Masa Datang”, Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 1990, hlm. 8-30.

terhadap perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi guna peningkatan efektivitas fungsinya di dalam masyarakat.

Berkaitan dengan penyelesaian kasus-kasus *carok* yang diselesaikan semata-mata hanya dengan menggunakan hukum pidana dan tanpa mengakomodir nilai-nilai budaya lokal etnis Madura, Mahrus Ali tidak sependapat, dengan mendasarkan pada tiga alasan.<sup>338</sup> *Pertama*, *carok* merupakan ekspresi pembelaan harga diri orang Madura yang dilecehkan dan terkait erat dengan nilai-nilai budaya yang dijadikan sebagai pedoman bertingkah laku; sehingga eksistensinya tidak dapat disamakan dengan pembunuhan pada umumnya. *Kedua*, penyelesaian perkara *carok* melalui hukum negara selama ini lebih menekankan pada aspek formal-prosedural dengan terpenuhinya unsur-unsur delik rumusan pasal yang didakwakan kepada pelaku *carok*. Hukum negara tidak memperhatikan kekhasan dan keunikan nilai-nilai budaya masyarakat Madura terutama mengenai pembelaan harga diri atau kehormatan diri, keluarga dan agama. *Ketiga*, eksistensi hukum pidana sebagai salah satu instrumen penanggulangan kejahatan tidak dapat dilepaskan dari keragaman nilai-nilai budaya masyarakat di dalam menyelesaikan sengketa. Penyelesaian sengketa yang bersandar pada konstruksi berpikir hukum pidana hanya melihat sengketa pada satu aspek saja. Padahal, sengketa yang disebabkan oleh pelanggaran terhadap nilai-nilai budaya tersebut sebagai salah satu acuan penting agar sengketa itu dapat diselesaikan.

Menurut Arief Gosita,<sup>339</sup> Pancasila merupakan landasan moral bagi setiap warga negara dalam bersikap dan bertindak manusiawi terhadap sesamanya sesuai dengan kemampuan masing-masing, serta landasan moral memperlakukan seseorang secara adil dan mengembangkan kesejahteraannya. Dengan demikian, pelayanan terhadap korban kejahatan baik di dalam maupun di luar bingkai sistem peradilan pidana dapat dilihat sebagai hak dan kewajiban setiap warga negara. Dengan dasar demikian, pelayanan terhadap korban tindak pidana harus diselenggarakan dan dijamin pelaksanaannya. Pelayanan terhadap para korban tindak pidana dalam kehidupan suatu masyarakat, bangsa dan negara, pada

<sup>338</sup> Mahrus Ali, "Akomodasi Nilai-Nilai Budaya Masyarakat Madura Mengenai Penyelesaian *Carok* Dalam Hukum Pidana", Jurnal Hukum No.1 Vol.17 Januari 2010, hlm. 85.

<sup>339</sup> Arief Gosita, *Masalah Korban Kejahatan*, Bhuana Ilmu Populer, Jakarta, 2004, hlm. 219.

hakikatnya merupakan tolok ukur peradaban masyarakat dan bangsa tersebut.

Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) telah mengatur ketentuan tentang perlindungan korban kejahatan melalui penggantian kerugian dapat dilihat pada Pasal 14c KUHP yang menyatakan: “dalam hal hakim menjatuhkan pidana bersyarat, maka hakim dapat menetapkan syarat khusus bagi terpidana untuk mengganti kerugian baik semua atau sebagian yang timbul akibat dari tindak pidana yang dilakukan”. Menurut Barda Nawawi Arief, dalam praktiknya ketentuan ini sangat sulit dilaksanakan, bahkan untuk semua kasus *carok* yang diteliti tidak pernah terjadi dan diminta para korbannya; kendalanya adalah:<sup>340</sup>

- (1) Penetapan ganti rugi tidak dapat diberikan oleh hakim sebagai sanksi yang berdiri sendiri di samping pidana pokok, jadi hanya sebagai “syarat khusus” untuk dilaksanakannya atau dijalaninya pidana pokok yang dijatuhkan kepada terpidana;
- (2) Penetapan syarat khusus berupa ganti kerugian ini hanya dapat diberikan apabila hakim menjatuhkan pidana paling lama satu tahun atau pidana kurungan;
- (3) Syarat khusus berupa ganti rugi inipun menurut Kitab Undang-undang Hukum Pidana hanya bersifat fakultatif, tidak bersifat imperatif.

Kitab Undang-undang Hukum Pidana memberikan proporsi perlindungan yang tidak berimbang antara perlindungan terhadap korban dan pelaku tindak pidana. Semestinya KUHP sebagai induk hukum pidana, memberikan proporsi perlindungan hukum terhadap korban dan pelaku secara berimbang dan cukup; walaupun masih ada perlindungan terhadap korban yang diatur dalam ketentuan lainnya, seperti diatur dalam Pasal-Pasal dalam KUHP sebagai berikut:<sup>341</sup>

- (1) Hak untuk melakukan kontrol terhadap penyidik dan penuntut umum, yaitu hak untuk mengajukan keberatan terhadap tindakan penghentian penyidikan dan/atau penuntutan dalam kapasitasnya sebagai pihak ketiga yang

---

<sup>340</sup>Barda Nawawi Arief, “Perlindungan Korban Kejahatan Dalam Proses Peradilan Pidana”, Artikel dalam Jurnal Hukum Pidana dan Kriminologi, 1998, hlm. 17.

<sup>341</sup>C.S.T. Kansil dan Cristine S.T. Kansil, 2004, *Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2004, hlm. 44, 52-54, 65, 81. Lihat Juga Natangsa Surbakti, *Peradilan Restoratif Dalam Bingkai Empiri Teori dan Kebijakan*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2015, hlm. 282-283.

berkepentingan (Pasal 77 jo 80 KUHAP). Hal ini penting diberikan untuk menghindarkan adanya upaya dari pihak-pihak tertentu dengan berbagai motif, yang bermaksud menghentikan proses pemeriksaan;

- (2) Hak korban berkaitan dengan kedudukannya sebagai saksi, yaitu hak untuk mengundurkan diri sebagai saksi (Pasal 168 KUHAP). Kesaksian (saksi) korban sangat penting untuk diperoleh dalam rangka mencapai suatu kebenaran materiil. Oleh karena itu, untuk mencegah korban mengundurkan diri sebagai saksi, diperlukan sikap proaktif dari aparat penegak hukum untuk memberikan jaminan keamanan bagi korban dan keluarganya pada saat mengajukan diri sebagai saksi;
- (3) Hak untuk menuntut ganti kerugian akibat suatu tindak pidana/kejahatan yang menimpa diri korban melalui cara penggabungan perkara perdata dengan perkara pidana (Pasal 98 sampai dengan Pasal 101 KUHAP). Hak ini diberikan guna memudahkan korban untuk menuntut ganti kerugian pada tersangka/terdakwa. Permintaan penggabungan perkara gugatan ganti kerugian hanya dapat diajukan selambat-lambatnya sebelum penuntut umum mengajukan tuntutan pidana, atau jika penuntut umum tidak hadir maka permintaan tersebut diajukan selambat-lambatnya sebelum hakim menjatuhkan putusan. Penggabungan gugatan ganti kerugian dapat diajukan apabila pihak yang dirugikan mengajukan penggabungan ganti kerugian terhadap si terdakwa dalam kasus yang didakwakan kepadanya. Penggabungan gugatan ganti kerugian dilaksanakan berdasarkan hukum acara perdata dan harus diajukan pada tingkat banding;
- (4) Hak bagi keluarga korban untuk mengizinkan atau tidak mengizinkan polisi melakukan otopsi (Pasal 134-136 KUHAP). Mengizinkan atau tidak mengizinkan polisi untuk melakukan otopsi juga merupakan suatu bentuk perlindungan korban kejahatan. Hal ini disebabkan masalah otopsi ini bagi beberapa kalangan sangat erat kaitannya dengan masalah agama, adat istiadat, serta aspek kesusilaan/kesopanan lainnya.

R. Soeparmono, menyatakan pihak korban dalam mengajukan tuntutan ganti kerugian melalui penggabungan perkara sebagaimana dimaksud Pasal 98 sampai

dengan 101 KUHAP, haruslah memperhatikan hal-hal sebagai berikut:<sup>342</sup>

- (1) Kerugian yang terjadi memang benar-benar ditimbulkan oleh tindak pidana itu sendiri;
- (2) Kerugian yang ditimbulkan oleh tindak pidana atau orang lain yang menderita kerugian (korban) sebagai akibat langsung dari tindak pidana tersebut;
- (3) Gugatan ganti kerugian yang diakibatkan tindak pidana tadi ditujukan kepada “si pelaku tindak pidana (terdakwa)”;
- (4) Tuntutan ganti rugi yang diajukan kepada terdakwa tadi digabungkan atau diperiksa dan diputus sekaligus bersamaan pada pemeriksaan dan putusan perkara pidana yang didakwakan kepada terdakwa dan dalam bentuk satu putusan.

Sistem Peradilan Pidana mempunyai tujuan jangka pendek untuk resosialisasi, tujuan jangka menengah untuk pemberantasan kejahatan dan tujuan jangka panjang untuk kesejahteraan masyarakat. Oleh karena itu menjadi harapan bagi upaya mengendalikan kejahatan. Meskipun demikian, Sistem Peradilan Pidana (SPP) bukanlah satu-satunya senjata ampuh untuk menghadapi tindak pidana, karena masih sangat dipengaruhi:

- (a) Profesionalisme penegak hukum;
- (b) Persepsi yang sama di antara para penegak hukum tentang bagaimana model Sistem Peradilan Pidana yang dilaksanakan bersama.

Sistem Peradilan Pidana merupakan suatu proses yang panjang dan saling berhubungan, dimulai dari tahap pemeriksaan pendahuluan (penyelidikan dan penyidikan), penuntutan, pemeriksaan di sidang pengadilan, putusan hakim, upaya hukum, sampai adanya putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum yang tetap.<sup>343</sup> Pandangan secara yuridis-normatif mengenai pencegahan dan penanggulangan *carok* dapat diatasi secara teoritis hukum, yaitu dengan

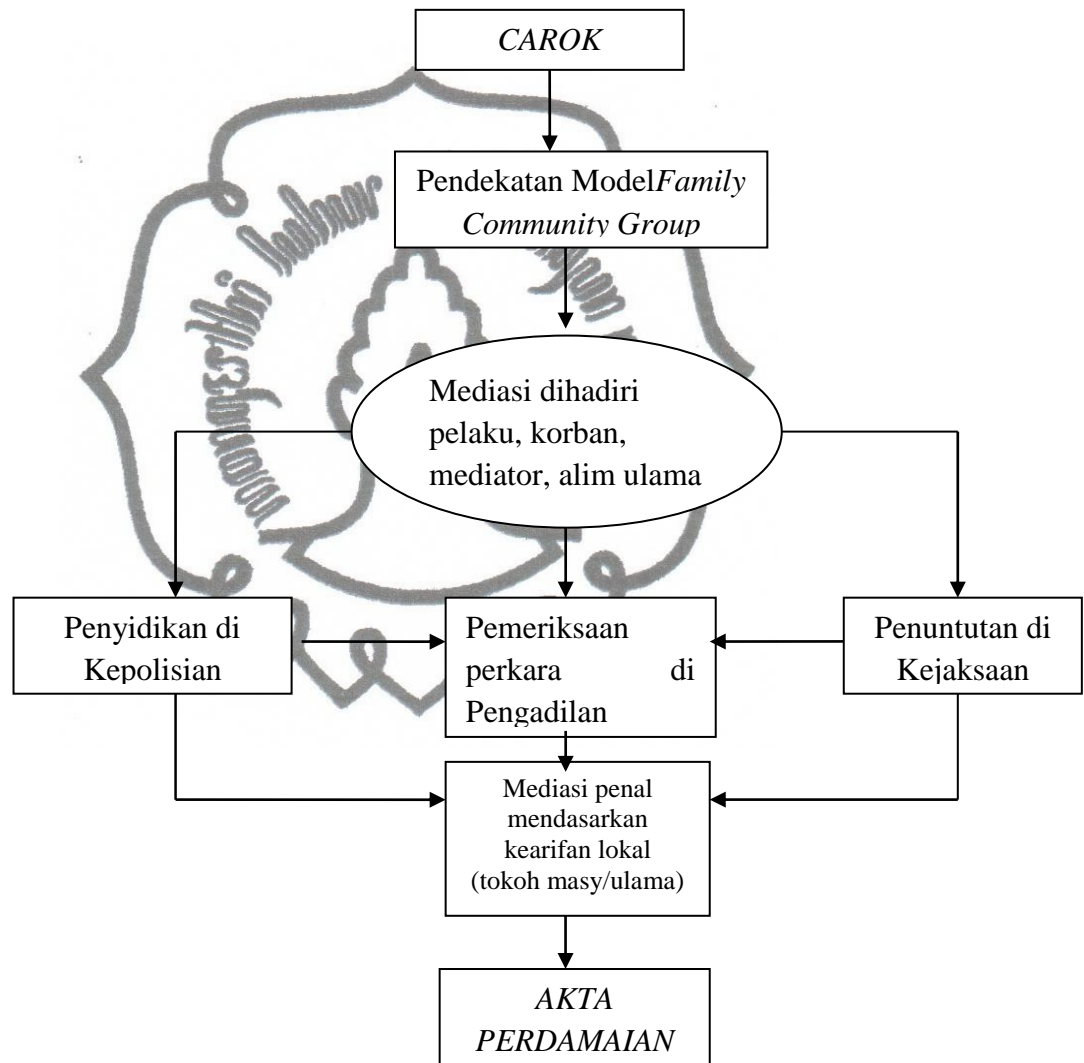
---

<sup>342</sup>R. Soeparmono, 2003, *Praperadilan dan Penggabungan Perkara Gugatan Ganti Kerugian dalam KUHAP*, Bandung, Mandar Maju, 2003, hlm. 83.

<sup>343</sup>Mien Rukmini, *Makna dan Pengaturan Asas Praduga Tak Bersalah Hubungannya dengan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum Berdasarkan Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, UNPAD, Bandung, 2001, hlm. 69.

menggunakan Sistem Peradilan Pidana Terpadu, yang disitir dari H.L.Packer dan John Griffithst selanjutnya oleh Muladi telah dikembangkan dengan sederhana.<sup>344</sup>Selanjutnya oleh Penulis dikembangkan dengan bagan mediasi penal sebagai berikut dibawah ini:

Bagan 7 : Model Mediasi Penal Penanggulangan *Carok*



Berdasarkan bagan tersebut di atas, maka sebenarnya Sistem Peradilan Pidana Terpadu (SPPT) pun dapat digunakan untuk mencegah dan menanggulangi permasalahan *carok*, walaupun tidak semuanya dapat diselesaikan, paling tidak dapat mengurangi kembali adanya “*carok balasan*”, karena dalam kasus-kasus

<sup>344</sup>Lihat juga Disertasi O.C. Kaligis, *Disertasi, Perlindungan Hukum Atas Hak Asasi Tersangka, Terdakwa dan Terpidana*, Alumni, Bandung, 2006, hlm.37.

*carok*, terutama yang menyangkut gangguan terhadap perempuan (istri, anak, ibu, adik, kakak) masyarakat etnis Madura mempunyai hukumnya sendiri yang didukung budayanya, walaupun dilakukan secara *illegal*, dengan kekerasan (membunuh); masalah *carok* dari bagan tersebut, jelas pada akhirnya harus ditanggulangi secara alur berpikir adanya sinkronisasi<sup>345</sup> antara struktural, substansial dan kultural, artinya masalah *carok* tidak dapat ditanggulangi hanya semata-mata dari segi yuridis-normatif saja, namun harus dilihat dari faktor-faktor lainnya, seperti budaya (kultural) masyarakat Madura.

Herbert L.Packer mengemukakan adanya dua Model yaitu *Crime Control Model* (CCM) dan *Due Process Model* (DPM), yang memungkinkan memahami suatu anatomi yang normatif pada jantungnya hukum pidana. Model ini tidak menyebutkan mengenai apa kenyataannya dan apa yang seharusnya, kedua model ini bukanlah suatu polarisasi yang absolut. Kedua model sangat erat hubungannya satu sama lain, karena *Due Process Model* (DPM) merupakan reaksi terhadap *Crime Control Model* (CCM) yang berlaku di Amerika. Dan selanjutnya atas kedua Model tersebut, John Griffiths memberikan reaksi dengan Model *Family*.

Berkaitan dengan berbagai Model tersebut, Rusli Muhammad setelah menyitir pendapatnya Packer mengemukakan sebagai berikut:<sup>346</sup>

1. Dalam *Crime Control Model* (CCM), mendasarkan pada pernyataan bahwa tingkah laku kriminal haruslah ditindak dan proses peradilan pidana merupakan jaminan positif bagi ketertiban umum. Doktrin yang digunakan adalah “*Presumption of Guilt* (praduga tak bersalah)” yang menekankan pentingnya penegasan eksistensi kekuasaan dan penggunaan kekuasaan terhadap setiap kejahatan dan pelaku kejahatan, dan karenanya pelaksanaan penggunaan kekuasaan pada tangan aparat penegak hukum (polisi, jaksa dan hakim) harus semaksimal mungkin, meskipun harus mengorbankan hak-hak asasi manusia.
2. Dalam *Due Process Model* (DPM), mendasarkan pada “*Presumption of*

---

<sup>345</sup>Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana ....*, op.cit.,hlm.17. lihat juga disertasi O.C.Kaligis, *Perlindungan Hukum ....*, op.cit.hlm.74, perlunya pandangan dan pemahaman yang sama terhadap sinkronisasi agar tercapai tujuan hukum pidana di Indonesia.

<sup>346</sup>Rusli Muhammad, *Sistem Peradilan Pidana ....*, op.cit.,hlm.42-46.

*Innocence*” sebagai dasar nilai sistem peradilan, yang menitikberatkan pada hak-hak individu dan berusaha melakukan pembatasan terhadap wewenang penguasa. DPM, menuntut adanya proses penyelidikan terhadap suatu kasus secara formal dan objektif, seorang tersangka atau terdakwa harus didengar secara terbuka dipersidangan, dan penilaian tuduhan setelah diberikan hak untuk menolak atau membantah, dan yang terpenting adalah pembuktiannya;

3. *Family Model* merupakan kritik terhadap kedua model tersebut, yang menganggap bahwa dalam kedua model CCM dan DPM selalu terjadi dua kepentingan yang berlawanan (*disharmonis of interest*), sehingga harus diganti dengan sistem nilai yang saling menguntungkan menuju kesatuan harmoni dan pernyataan kasih sayang sesama hidup, yang disebut sebagai *ideological startingpoint*. Konsep yang menonjol adalah pada pemidanaan dalam sebuah keluarga, sehingga jika seseorang telah dipidana, janganlah dianggap sebagai “*special criminal puple*”, namun tetap diperlakukan sebagai anggota masyarakat dan dalam suasana kasih sayang keluarga (*continium of love*).

Pemahaman dan kesatuan pandangan terhadap tujuan Hukum Pidana mutlak diperlukan demi tercapainya tujuan pemidanaan. Kesatuan pandangan, pemahaman dan pelaksanaan Hukum Pidana tersebut berarti sinkronisasi atau keselarasan yang meliputi:

- 1) Sinkronisasi struktural, yaitu keselarasan dalam kerangka hubungan antar lembaga penegak hukum;
- 2) Sinkronisasi substansial, yaitu keselarasan yang bersifat vertikal dan horisontal dalam kaitannya dengan hukum positif;
- 3) Sinkronisasi kultural, yaitu keselarasan dalam menghayati pandangan-pandangan, sikap-sikap dan falsafah yang secara menyeluruh mendasari jalannya Sistem Peradilan Pidana.

Sistem Peradilan Pidana Terpadu adalah teori yang berkenaan dengan upaya pengendalian kejahatan melalui kerjasama dan koordinasi di antara lembaga-lembaga yang oleh undang-undang diberi tugas untuk itu. Kejahatan sendiri sulit dihilangkan sama sekali di muka bumi ini, tetapi melalui Sistem Peradilan Pidana Terpadu kejahatan tersebut dapat dikendalikan sehingga tidak bertambah banyak.

Bahkan jika mungkin, berkurang. Pengendalian kejahatan sama maknanya dengan ketertiban di mana setiap orang mematuhi hukum yang berlaku dalam masyarakat. Semua teori Sistem Peradilan Pidana Terpadu menjadikan pengendalian kejahatan dan ketertiban masyarakat sebagai tujuannya, tetapi dengan paradigma yang berbeda-beda. Paradigma atau cara pandang yang berbeda tersebut dipengaruhi oleh berbagai faktor, antara lain latar belakang sejarah dan budaya dari suatu masyarakat di mana sistem hukum itu berlaku.

Sekalipun paradigma atau cara pandang atau pendekatan yang dipergunakan dalam menguraikan teori Sistem Peradilan Pidana Terpadu berbeda, persamaan utama dari berbagai paradigma tersebut adalah mengenai adanya lembaga-lembaga tertentu dalam struktur negara yang disertai tanggung jawab mewujudkan tujuan pengendalian kejahatan tersebut. Berapa banyak lembaga itu, jenis maupun bentuknya tidaklah menjadi masalah, sebab dalam penggunaan kata sistem diarahkan kepada fungsi kelembagaan. Komponen-komponen utama dalam Sistem Peradilan Pidana Terpadu yang bertanggung jawab atas fungsinya masing-masing dapat diuraikan ke dalam: fungsi penyidikan (menjadi wewenang Kepolisian), fungsi penuntutan (wewenang Kejaksaan), fungsi peradilan (wewenang Mahkamah Agung/Pengadilan), fungsi pemasyarakatan (wewenang lembaga pemasyarakatan/Kementrian Hukum dan HAM) dan fungsi bantuan hukum (wewenang Advokat). Seluruh komponen tersebut membentuk Sistem Peradilan Pidana Terpadu.

Menurut Muladi dalam uraian sebelumnya menyatakan, suatu Sistem Peradilan Pidana mempunyai perangkat struktur atau sub-sistem yang seharusnya bekerja secara koheren, koordinatif dan integratif agar efisien dan efektif. Sub-sub sistem ini berupa polisi, jaksa, pengadilan, penasihat hukum dan lembaga koreksi, baik yang sifatnya institusional maupun yang non institusional.

Kombinasi antara efisiensi dan efektivitas dalam sistem sangat penting, sebab belum tentu efisiensi masing-masing sub-sistem dengan sendirinya menghasilkan efektivitas. Kegagalan pada sub-sistem akan mengurangi efektivitas sistem tersebut, bahkan dapat menjadikan sistem tersebut secara keseluruhan *disfungsional*. Ciri pendekatan sistem dalam peradilan pidana adalah:

- a. Titik berat pada koordinasi dan sinkronisasi komponen peradilan pidana (kepolisian, kejaksaan, pengadilan, lembaga pemasyarakatan dan penasihat hukum).
- b. Pengawasan dan penggunaan kekuasaan oleh komponen peradilan pidana.
- c. Efektivitas sistem penanggulangan kejahatan lebih utama dari efisiensi penyelesaian perkara.
- d. Penggunaan hukum sebagai instrumen untuk memantapkan *the administration of justice*.<sup>347</sup>

Selanjutnya, apabila Sistem Peradilan Pidana diartikan sebagai suatu penegakan hukum atau *law enforcement*, di dalamnya terkandung aspek hukum yang menitikberatkan kepada operasionalisasi peraturan perundang-undangan dalam upaya menanggulangi kejahatan dan bertujuan mencapai kepastian hukum (*certainty*). Dilain pihak, apabila pengertian Sistem Peradilan Pidana dipandang sebagai bagian dari pelaksanaan *social defence* yang terkait kepada tujuan mewujudkan kesejahteraan masyarakat, maka dalam sistem pidana terkandung aspek sosial yang menitikberatkan kepada kegunaan (*expediency*). Sistem Peradilan Pidana Terpadu mengenal tiga bentuk pendekatan, yaitu:

- (1) Pendekatan normatif, yang memandang lembaga-lembaga penegakan hukum sebagai pelaksana peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- (2) Pendekatan administratif, yang memandang lembaga-lembaga penegakan hukum sebagai suatu organisasi manajemen; dan
- (3) Pendekatan sosial, yang memandang lembaga-lembaga penegakan hukum merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari suatu sistem sosial. Sistem yang dipergunakan adalah sistem sosial, di mana proses peradilan pidana dan bekerjanya unsur-unsur dalam sistem tersebut pada dasarnya merupakan hasil interaksi dari sejumlah faktor dan kondisi yang sebagian besar berada di luar sistem hukum itu sendiri. Seperti misalnya, struktur dan proses politik, kondisi sosial-ekonomi, aspek-aspek budaya masyarakat, dan lain-lain.<sup>348</sup>

---

<sup>347</sup>Romli Atmasasmita, *op. cit.* hlm. 25.

<sup>348</sup>Lihat Abdul Hakim G. Nusantara, *Hukum Acara Pidana dalam Perspektif HAM*, Yayasan LBH Jakarta, 1986, hlm. 3.

Wacana tentang Sistem Peradilan Pidana Terpadu ini telah lama mengemuka, bahkan dapat dikatakan seiring dengan pembentukan KUHP. Sejak saat itu wacana pembentukan Sistem Peradilan Pidana Terpadu terus-menerus diupayakan, bahkan sampai saat ini. Keterpaduan mengandung makna *fixed control arrangements* dan sekaligus koordinasi yang sering diartikan sebagai suatu proses pencapaian tujuan melalui kebersamaan norma dan nilai (*shared norms and values*).<sup>349</sup> Apabila keterpaduan dalam bekerjanya sistem tidak dilakukan, diperkirakan akan terdapat tiga kerugian sebagai berikut:

- a. Kesukaran dalam menilai sendiri keberhasilan atau kegagalan masing-masing instansi, sehubungan dengan tugas mereka bersama;
- b. Kesulitan dalam memecahkan sendiri masalah-masalah pokok masing-masing instansi (sebagai sub-sistem dari Sistem Peradilan Pidana) dan;
- c. Karena tanggung jawab masing-masing instansi sering kurang jelas terbagi, maka setiap instansi tidak terlalu memperhatikan efektivitas menyeluruh dari Sistem Peradilan Pidana.<sup>350</sup>

Makna dari Sistem Peradilan Pidana Terpadu mendasarkan adanya keseimbangan antara tindak pidana (*daad*) dan pelaku (*dader*) tindak pidana, yang dalam Hukum Pidana berperan ganda, yaitu (a) Secara primer berfungsi sebagai sarana penanggulangan kejahatan yang rasional; (b) Secara sekunder, sebagai sarana pengaturan tentang kontrol sosial, baik yang dilaksanakan secara spontan atau dibuat oleh negara dengan alat perlengkapannya. Jadi bertujuan sebagai *policing the police*, yaitu melindungi warga masyarakat dari campur tangan penguasa yang mungkin menggunakan pidana sebagai sarana secara tidak benar.<sup>351</sup>

Kedua fungsi tersebut hendaknya dijalankan dengan penuh kehati-hatian dan saksama, karena menyangkut permasalahan kejahatan, kesalahan dan pidana, yang merupakan masalah esensial dalam Hukum Pidana manapun. Masalah yang *pertama* kejahatan, misalnya adalah menyangkut persoalan kriminalisasi dan dekriminalisasi dengan segala syarat-syarat yang terkandung di dalamnya. Masalah *kedua*, tentang kesalahan mengandung persoalan yang amat rumit,

<sup>349</sup>Muladi, *Demokratisasi HAM dan Reformasi Hukum di Indonesia*, Jakarta, 2002, hlm.35.

<sup>350</sup>*Ibid.*

<sup>351</sup>Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 2003, hlm. 16.

misalnya bagaimana tentang sistem pertanggungjawaban pidana. Sedangkan masalah yang *ketiga*, berkaitan dengan ancaman pidana dan apakah pidana tersebut efektif untuk tujuan Hukum Pidana. Persoalan tentang pemberian pidana dan pelaksanaan pidana, tidak hanya berkaitan dengan Hukum Acara Pidana, tetapi juga bersentuhan dengan pelaksanaan pidana.<sup>352</sup> Aparat penegak hukum, khususnya para Hakim, Para Jaksa Penuntut Umum dan Penyidik Kepolisian serta Petugas Kemasyarakatan yang tergabung dalam Sistem Peradilan Pidana dalam memeriksa dan mengadili kasus-kasus *carok*, hendaknya memperhatikan hukum pelaksanaan pidana yang juga dikenal sebagai hukum pidana *ajektif*, termuat di dalam Undang-undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan. Di dalam undang-undang ini ditentukan bahwa tujuan pemidanaan adalah untuk menyadarkan narapidana dan anak pidana agar menyesali perbuatannya, dan mengendalikannya menjadi warga masyarakat yang baik, taat kepada hukum, menjunjung tinggi nilai-nilai moral, sosial dan keagamaan, sehingga tercapai kehidupan masyarakat yang aman, tertib dan damai.<sup>353</sup>

Dilihat dari segi perumusannya, tujuan pemidanaan menurut Undang-undang Pemasyarakatan tersebut mencerminkan visi *restoratif* hukum dan sistem peradilan pidana. Visi *restoratif* sifatnya penggabungan, tujuan pemidanaan tidak hanya dimaksudkan sebagai pembalasan dan penjeraan, tetapi juga bermaksud untuk melakukan perubahan diri individu si pelaku tindak pidana dan pemberdayaan korban serta masyarakat. Sedangkan tujuan pemidanaan yang klasik, yaitu pembalasan atau pengimbalan atas tindak pidana yang telah dilakukan. Oleh karena itu, keadilan yang dihasilkan adalah keadilan retributif (*retributive justice*), dan tujuan pemidanaan semi klasik bertujuan penjeraan demi pencegahan dan peniruan tindak pidana (prevensi khusus dan prevensi umum).

Penanggulangan *carok* di masa mendatang sebaiknya mengacu kepada tujuan pemidanaan yang "*Restorative Justice*" seperti ketentuan Pasal 54 ayat (1) RUU KUHP 2008 juga RUU KUHP 2015, yaitu:

---

<sup>352</sup>Packer, H.L. *The Limit of Criminal Sanction*, Stanford University Press, 1968, hlm.173, lihat juga disertasi O.C. Kaligis, *Perlindungan Hukum ...., op.cit.*, hlm.34.

<sup>353</sup>Lihat alinea kelima Penjelasan Umum Undang-undang Nomor 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan.

- (a) Mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
- (b) Memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
- (c) Menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
- (d) Membebaskan rasa bersalah pada terpidana.

Dampak model kebijakan yang restoratif dalam penanggulangan *carok* di Madura yang dimulai dengan perdamaian, saling memaafkan dan pemberian ganti rugi oleh pelaku terhadap korban akan terbentuk keadilan yang *restoratif*, artinya didalamnya telah terdapat upaya-upaya untuk memperbaiki atau memulihkan kerusakan-kerusakan yang terjadi sebagai akibat tindak pidana "*carok*" yang dilakukan oleh si pelaku, namun berdasarkan penelitian terhadap 10 (sepuluh) kasus *carok*; hal ini tidak ditemukan/dilaksanakan oleh para pihak yang sedang berkonflik, sehingga dimungkinkan akan berlanjut adanya "*carok balasan*" dalam waktu dan tempat yang tidak dapat diduga-duga; kapan dan dimana tempatnya; dan siapa yang akan dicarok.

Model *mediasi penal* dengan mendasarkan kearifan lokal, untuk penanggulangan *carok* di masa mendatang, sangat dimungkinkan dan hendaknya dapat diterapkan pada masyarakat Madura, sebagaimana mengacu pada rumusan dalam Pasal 67 ayat (1) RUU KUHP 2008 dan RUU KUHP yang terbaru 2015, yang mempertegas adanya nominasi pidana tambahan bagi si pelaku tindak pidana, yaitu: (a) pencabutan hak tertentu, (b) perampasan barang tertentu dan/atau tagihan, (c) pengumuman putusan hakim, (d) pembayaran ganti kerugian, dan (e) pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat atau pencabutan hak yang diperoleh korporasi dapat dijatuhkan walaupun tidak tercantum dalam perumusan tindak pidana.

Ide peradilan model "mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal" dalam penanggulangan *carok* pada etnis Madura akan terwujud, jika terjadi rekonsiliasi (perdamaian) diantara para pihak, dan selanjutnya adanya ketegasan

tentang pembayaran ganti kerugian, sehingga ide restorasi, yang artinya memulihkan kerusakan dan kerugian yang ditimbulkan oleh si pelaku terhadap korbannya akan segera dilaksanakan. Pengertian segera dibayarkan ganti rugi kepada korbannya dalam waktu yang tidak terlalu lama sangat perlu diatur oleh ketentuan selanjutnya, dikarenakan selama ini pembayaran denda tambahan biasanya dibayarkan pelaku kepada kas negara, bukan dibayarkan kepada korbannya. Model mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal<sup>354</sup> merupakan suatu usaha yang rasional dari masyarakat/penguasa dalam menanggulangi kejahatan, dengan melibatkan semua pihak yang memiliki peran dalam terjadinya suatu tindak pidana untuk secara bersama-sama mengidentifikasi dan memahami kerugian yang ditimbulkannya, keinginan-keinginan dari pihak korban, dan kewajiban-kewajiban dari pihak pelanggar (pelaku) tindak pidana, dengan tujuan untuk memulihkan dan menempatkan segala sesuatu pada tempatnya sebaik mungkin.

### C. Tahapan Mediasi Penal dalam Proses Peradilan

Model “mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal” dimulai sejak proses penyidikan pada Kepolisian, hingga sampai ke tahap berikutnya, tahap penuntutan di Kejaksaan, dan pemeriksaan perkaranya di Pengadilan; jika mengalami kegagalan ataupun keberhasilan dalam setiap proses peradilan “mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal” selanjutnya dicatat oleh para pihak yang berkepentingan, dan apabila terjadi kegagalan akan dilanjutkan ke tahap selanjutnya, hingga dijatuhkannya putusan (*vonis*) oleh Pengadilan Negeri yang bersangkutan. Prinsip umum dalam mediasi penal sebagai berikut: 1) Penyelesaian masalah dengan mediasi hanya dapat berlangsung apabila para pihak menyetujui untuk melakukan mediasi, 2) Segala macam hal yang

---

<sup>354</sup>Lihat pengertian “*Criminal Policy*” dari Sudarto, 1986, Hukum dan Hukum Pidana, Bandung, Alumni, hlm. 38 dan “*Restorative Justice*” dari Mark S. Umbreit, 1998, *Restorative Justice Through Victim Offender Mediation: A Multi-Site Assessment*, Western Criminology Review 1 (1), diakses dari <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/umbreit.html>, 20 April 2017, pkl. 20:15 pm., hlm.1. Lihat pengertian “*diversi*” menurut Pasal 1 angka 7 UU No. 11 Tahun 2012 Tentang Sistem Peradilan Pidana Anak adalah pengalihan penyelesaian perkara anak dari proses peradilan pidana ke proses di luar peradilan pidana, *op.cit.*

dibicarakan dalam mediasi penal bersifat rahasia dan tidak akan digunakan sesudah itu, kecuali dengan persetujuan para pihak, 3) Mediasi penal harus dapat disediakan dalam setiap tahapan proses dalam sistem peradilan pidana, 4) Pelaksanaan mediasi penal haruslah diberi otonom yang cukup dalam sistem peradilan pidana.<sup>355</sup> Ada beberapa model mediasi penal seperti disebutkan Barda Nawawi Arief dalam Explanatory memorandum dari Rekomendasi Dewan Eropa No. R (99) 19 tentang *Mediation in Penal Matters* sebagai berikut:<sup>356</sup>

1) *Model informal mediation*

Model ini dilaksanakan oleh personil peradilan pidana (*criminal justice personnel*) yaitu dapat dilakukan oleh Jaksa Penuntut Umum, Polisi atau Hakim dengan mengundang para pihak untuk melakukan penyelesaian informal dengan tujuan, tidak melanjutkan penuntutan apabila tercapai kesepakatan;

2) *Model Traditional village or tribal moots*

Menurut model ini, seluruh masyarakat bertemu untuk memecahkan konflik kejahatan di antara warganya;

3) *Model victim-offender mediation*

Mediasi antara korban dan pelaku merupakan model yang paling sering ada dalam pikiran orang. Model ini melibatkan berbagai pihak yang bertemu dengan dihadiri oleh mediator yang ditunjuk. Mediasi ini dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik pada tahap kebijaksanaan polisi, tahap penuntutan, tahap pembedaan atau setelah pembedaan.

4) *Model Reparation negotiation programmes*

Model ini semata-mata untuk menaksir/menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayar oleh pelaku tindak pidana kepada korban, biasanya pada saat pemeriksaan di pengadilan. Program ini tidak berhubungan dengan rekonsiliasi antara para pihak, tetapi hanya berkaitan dengan perencanaan

---

<sup>355</sup> Laely Wulandari, 2008, "Kebijakan Penanganan Kekerasan Dalam Rumah Tangga Melalui Mediasi Penal", *Jurnal Law Reform*, Volume 4, No. 1, Tahun 2008, Semarang: Universitas Diponegoro.

<sup>356</sup> Barda Nawawi Arief, 2010, *Mediasi Penal Penyelesaian Perkara Di Luar Pengadilan*, Semarang: Pustaka Magister, hlm. 7-12.

perbaikan materiel. Dalam model ini, pelaku tindak pidana dapat dikenakan program kerja agar dapat menyimpan uang untuk membayar ganti rugi/kompensasi.

5) *Model Community panels or courts*

Model ini merupakan program untuk membelokkan kasus pidana dari penuntutan atau peradilan pada prosedur masyarakat yang lebih fleksibel dan informal dan sering melibatkan unsur mediasi atau negosiasi.

6) *Model Family and community group conferences*

Model ini telah dikembangkan di Australia dan New Zealand, yang melibatkan partisipasi masyarakat dalam sistem peradilan pidana. Tidak hanya melibatkan korban dan pelaku tindak pidana, tetapi juga keluarga pelaku dan warga masyarakat lainnya, dengan harapan menghasilkan kesepakatan yang komprehensif dan memuaskan korban serta dapat membantu untuk menjaga sipelaku keluar dari kesusahan/persoalan berikutnya.

Berbagai model mediasi penal yang telah diterapkan di berbagai negara seperti di Australia, dan New Zealand tersebut, oleh penulis dengan metode *comparative law* (perbandingan hukum)<sup>357</sup> kiranya dapat dijadikan sebagai konsep mediasi penal yang dapat digunakan dalam proses penanggulangan konflik kekerasan masyarakat Madura (*carok*) baik di tingkat penyidikan, penuntutan maupun persidangan di pengadilan. Mediasi pada tahap penyidikan merupakan kombinasi model mediasi: *Victim-Offender Mediation*, dan *Family and community group conferences*. Pada tahap ini dapat ditetapkan cara kerja mediasi penal sebagai berikut: 1) Penyidik mempelajari kasus atau tindak pidana *carok* yang dilakukan oleh pelaku dengan kriteria-kriteria tertentu, menawarkan mediasi dan mediator kepada pelaku dan korban, 2) Mediasi penal harus dilakukan secara suka rela dari

---

<sup>357</sup>Hukum komparatif memberikan pemahaman yang lebih baik mengenai sistem hukum di negara sendiri. Penyelesaian masalah-masalah yang sama mungkin dilakukan dengan cara yang sama sekali berbeda, bahkan barangkali cara itu lebih sederhana dan lebih baik. Dengan demikian memungkinkan seorang jurisdiktor untuk melihat sistem hukum di negernya sendiri dari sudut pandang yang baru dengan jarak tertentu. Lewat perspektif baru ini, akan diperoleh pemahaman yang lebih baik mengenai fungsi dan nilai-nilai fenomena hukum yang sudah dikenal baik dalam hukum di negerinya sendiri. (Michael Bogdan, 2010, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, hlm. 19, Bandung: Penerbit Nusa Media, diterjemahkan Darta Sri Widowatie dari *Comparative Law*, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1994).

semua pihak yang terlibat, 3) Mediasi dilakukan secara rahasia, dan tertutup sesuai dengan prinsip *confidentiality*, 4) Pelaku dan korban dipertemukan untuk mencari solusi yang saling menguntungkan, 5) Mediator harus mempunyai sertifikasi dan terlatih sebagai mediator, 6) Jika dicapai kesepakatan dalam mediasi, maka mediator memberitahukan kepada penyidik. Namun bila gagal, maka proses perkara dilanjutkan, 7) Hasil kesepakatan mediasi penal hanya sebagai hal yang meringankan bagi pelaku, bukan merupakan putusan final, sehingga bukan sebagai alasan penghapusan penuntutan.

Mediasi penal perkara *carok* di tahap penuntutan merupakan kombinasi antara bentuk *Victim-Offender Mediation* dan *Family and community group conferences*. Adapun pelaksanaan mediasi penal pada tahap penuntutan dapat digambarkan sebagai berikut: 1) Jaksa penuntut umum mempelajari tindak pidana *carok* yang dilakukan oleh pelaku berdasarkan kriteria-kriteria tertentu, lalu dapat menawarkan mediasi kepada korban dan pelaku tindak pidana, 2) Mediasi dilakukan berdasarkan persetujuan secara suka rela dari pelaku dan korban tindak pidana, 3) Jaksa penuntut umum dapat berposisi sebagai mediator maupun dapat melakukan penunjukan mediator dari luar yang bersertifikasi, 4) Mediator mempertemukan pihak pelaku dan korban tindak pidana yang pelaksanaannya dilakukan secara rahasia dan tertutup, tidak terbuka untuk umum, 5) Jika mediasi penal gagal, maka perkara pidana akan dilanjutkan dengan proses pemeriksaan di sidang pengadilan dengan dilakukan penuntutan terhadap tindak pidananya, 6) Jika mediasi mencapai kesepakatan damai yang diterima oleh semua pihak, maka akta kesepakatan tidak sebagai putusan yang final dan tetap diadakan penuntutan, sehingga dapat berfungsi sebagai alasan yang meringankan penuntutan.

Mediasi penal dalam tahap pengadilan jika mencapai kesepakatan maka hasilnya tidak dapat digunakan sebagai alasan untuk menghapuskan menjalankan pidana bagi pelaku tindak pidana. Mediator pada tahap ini bisa dilakukan oleh hakim ataupun mediator dari luar pengadilan yang telah mendapatkan sertifikasi dan pelatihan. Mediasi ini adalah gabungan dari model *Victim-Offender Mediation*, *Family and community group conferences* dan *Reparation Negotiation Programmes*. Adapun pelaksanaan mediasi ini adalah sebagai berikut: 1) Hakim

setelah mempelajari kasus tindak pidana *carok* yang dilakukan oleh terdakwa, dapat menawarkan mediasi penal sebagai alternatif penyelesaian perkara dengan perdamaian para pihak, 2) Jika para pihak menyetujui, maka diadakan persetujuan secara suka rela untuk mengikuti penyelesaian perkara dengan cara mediasi, 3) Hakim dapat bertindak sebagai mediator ataupun dengan mediator di luar pengadilan yang telah memenuhi syarat dan bersertifikasi, 4) Mediasi penal dilakukan berdasarkan prinsip rahasia, dan tertutup 5) Jika mediasi tidak mencapai kesepakatan (gagal) maka proses pemeriksaan di muka pengadilan akan dilanjutkan sebagaimana mestinya. Sebaliknya jika berhasil, maka hasil kesepakatan yang dituangkan dalam akta kesepakatan belum bersifat final, tetapi dapat menjadikan hal yang meringankan bagi pelaku, sehingga pelaku dapat dijatuhi hukuman yang lebih ringan daripada tuntutan.

Mekanisme penyelesaian perkara *carok* mulai tingkat penyidikan, penuntutan dan persidangan di pengadilan sebagaimana disebutkan di atas, yang merupakan kombinasi model: *victim-offender mediation*, *family and community group conferences* dan *reparation negotiation programmes*, menekankan pada adanya ganti kerugian, baik berupa uang, binatang ternak (sapi, kerbau, atau kambing), atau emas yang dibayarkan oleh pelaku kepada korban, namun dikarenakan kasus-kasus *carok* bercirikan khas budaya Madura, maka dalam penyelesaian perkara *carok* dengan pendekatan mediasi penal patut memperhatikan keadilan restoratif dengan memperhatikan kearifan lokal Madura yang melibatkan alim-ulama. Dalam mediasi yang harus dipertimbangkan oleh mediator adalah bukan dokumen-dokumen hukum yang ada dalam berkas perkara yang bersangkutan, melainkan terjalinnya komunikasi yang efektif diantara pelaku dan korban agar dapat menyelesaikan perkara *carok* kearah perdamaian, sehingga tidak terjadi *carok* balasan.

Hakim sebagai manusia yang menjalankan penegakan hukum benar-benar menempati kedudukan yang penting dan menentukan. Sebuah putusan Hakim, selain mengadili dan memberikan keadilan bagi pihak-pihak yang berperkara dan memberikan penilaian bagi pihak-pihak yang berperkara, ada fungsi lain yang harus tercermin dalam putusan Hakim tersebut meliputi: fungsi pendidikan

hukum bagi masyarakat, fungsi pembaharuan hukum melalui proses penemuan hukum dan penyelesaian konflik secara luas.<sup>358</sup> Jika suatu mediasi penal berhasil dituangkan dalam akta perdamaian, maka hasil kesepakatan damai tersebut akan sangat berpengaruh bagi hakim dalam menjatuhkan keputusannya. Besar kecilnya peran perdamaian dalam putusan tergantung keberanian hakim dalam mengambil putusan, disaat perdamaian yang merupakan rasa keadilan para pihak bertentangan dengan kepastian hukum dalam mengadili suatu perkara. Apabila dalam kebijakan penanggulangan kejahatan digunakan upaya hukum penal, maka kebijakan hukum pidana harus diarahkan pada tujuan dari kebijakan sosial (*social policy*) yang terdiri dari kebijakan untuk kesejahteraan sosial (*social welfare policy*) dan kebijakan untuk melindungi masyarakat (*social defence policy*). Oleh karena itu dapat dikatakan bahwa tujuan akhir yang utama dari politik kriminal adalah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan.<sup>359</sup>

Di beberapa negara, seperti: Jepang, Belanda, Inggris, Amerika Serikat dan Polandia apabila terjadi perselisihan diantara warganya dapat menyelesaikannya melalui prosedur informal.<sup>360</sup> Masyarakat Jepang merupakan masyarakat yang lebih menyukai penyelesaian perselisihan atau konflik melalui prosedur informal, dalam arti lebih mengutamakan proses penyelesaian perselisihan atau konflik atau sengketa di luar pengadilan, yaitu melalui lembaga *chotei* (mediasi) dan *jidan*. Kedua lembaga mediasi ini memiliki kesamaan, namun lembaga *chotei* oleh banyak pihak dipandang lebih berorientasi pada kepentingan pelaku tindak pidana dan bukan pada pihak korban; sedangkan lembaga *jidan* merupakan lembaga mediasi informal yang berupaya menghasilkan kesepakatan restitusi diantara korban dan pelaku pelanggaran untuk kerugian material dan emosional baik perkara pidana maupun perdata. Hasil kesepakatan yang dicapai diantara pelaku dan korban dapat mempengaruhi proses peradilan formal, seperti menghentikan perkara, atau meringankan hukuman bagi pelaku, dengan memperhatikan bukti

---

<sup>358</sup> Umi Rozah, 2012, *Konstruksi Politik Hukum Mediasi Penal sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Pidana, Dalam Hukum Pidana Dalam Perspektif*, Denpasar: Pustaka Larasan, hlm. 312.

<sup>359</sup> Barda Nawawi Arief, 2001, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, hlm. 73-74.

<sup>360</sup> Natangsa Surbakti, *op. cit.*, hlm. 255-270.

dokumen berupa “*a letter of forgiveness*” dari pihak korban untuk disampaikan dalam persidangan di pengadilan.<sup>361</sup> Dari deskripsi ini, maka sebenarnya dalam menyelesaikan kasus-kasus *carok* di Madura dapat diterapkan model “*mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal*”, sebagaimana pendapat yang telah dikemukakan oleh Mahrus Ali<sup>362</sup> bahwa penggunaan pola penyelesaian perkara pidana melalui perdamaian yang diwujudkan melalui musyawarah secara kekeluargaan, dipandang sebagai suatu metode pendekatan yang tepat dalam konteks kasus-kasus *carok* dalam masyarakat Madura. Bertitik tolak dari penelitiannya, perkara *carok* merupakan suatu perkara yang syarat dengan nilai-nilai dan sentimen kultural masyarakat Madura yang hanya dapat diselesaikan secara efektif manakala disertai dengan pola penyelesaian yang didasarkan pada nilai-nilai kearifan lokal masyarakat Madura. Menurut Natangsa Surbakti<sup>363</sup> dengan bertitik tolak dari penyelesaian perkara melalui perdamaian (musyawarah) secara kekeluargaan, maka sudah seyogyanya pola penyelesaian perkara yang dapat memberikan rasa keadilan diantara pihak korban dan pelaku dapat diakomodasi dalam kebijakan perundang-undangan. Pembaharuan hukum dan sistem peradilan pidana yang bersandar pada nilai-nilai sosial budaya masyarakat Indonesia merupakan suatu keniscayaan, yang merupakan refleksi nilai-nilai falsafah hidup yang mendasarkan pada Pancasila dan perkembangan global, dengan merefleksikan penghormatan pada nilai-nilai kearifan lokal (*local wisdom*).

Kearifan lokal hukum adat, menurut pandangan Soepomo diartikan sebagai “suatu hukum yang hidup, karena ia menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat, serta hukum adat bersifat dinamis dan akan tumbuh serta berkembang sejalan dengan perkembangan masyarakatnya”. Temuan Soepomo bertitik tolak dari konsepsi pemikiran Friederich Carl von Savigny dengan madzab sejarah dan kebudayaan dari van Vollenhoven. Oleh sebab itu hukum adat bersifat dinamis dan akan tumbuh serta berkembang sejalan dengan perkembangan

---

<sup>361</sup> *Ibid.*, hlm. 260 Lihat pula *Restorative Justice Online, Japan and Resorative Practices*, dalam <http://www.restorativejustice.org/editions/2002/Sept02/Japan>.

<sup>362</sup> Mahrus Ali, *ibid.*, 85-101.

<sup>363</sup> Natangsa Surbakti, *op. cit.*, hlm. 210.

masyarakatnya, sejalan dengan *Volksgeist* (jiwa bangsa), yang berbeda-beda menurut tempat dan zaman yang dinyatakan dalam bahasa adat-istiadat dan organisasi sosial.<sup>364</sup> Hampir identik dengan pendapat tersebut, sebagaimana dikemukakan oleh Eugene Ehrlich dengan pendapatnya “*The centre of gravity of legal development liest not in legislation nor in juristic science, nor in judicial decision, but in society it self*”.

Karakter masyarakat Madura adalah masyarakat yang teguh dalam memegang hukum agamanya (Islam) dan tunduk serta patuh terhadap keempat figur, yaitu: *Buppa*, *Babbu*, *Guru*, dan *Rato* (ayah, ibu, guru, dan pemimpin pemerintahan).<sup>365</sup> Budaya dan karakter lainnya yang melekat dan menjadi satu dengan orang Madura adalah jiwa keislamannya, sebagaimana diungkapkan “*abantal syahadat, asapo iman, apayung Allah* (dalam kehidupan mereka memakai syahadat sebagai alas kepala, berselimut iman, dan berlandung kepada Allah, niscaya akan selamat)”;<sup>366</sup> jika karakter tersebut dikaitkan dengan *comparative law*, sebagaimana tertulis dalam hukum Islam dalam menjatuhkan hukumannya terhadap kasus-kasus pembunuhan, yaitu dengan cara: “*qishaash* (mengambil pembalasan yang sama)” atau “*diat* (membayar ganti rugi yang wajar) sebagaimana dalam Al-Qur’an Surat Al-Baqarah ayat (178) yang berbunyi sebagai berikut:<sup>367</sup>

“Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu *qishaash* berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pema’afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema’afkan) mengikuti dengan baik, dan hendaklah (yang diberi ma’af) membayar (*diat*) kepada yang memberi ma’af dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat. Barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, maka baginya siksa yang sangat pedih”.

maka pada hakekatnya, dalam kasus-kasus *carok* yang pada umumnya adalah suatu kasus pembunuhan yang dilakukan oleh laki-laki terhadap laki-laki etnis

<sup>364</sup> L.B. Curzon, 1979, *Jurisprudence*, Macdonald & Evans Ltd, Plymouth, hlm. 155-156.

<sup>365</sup> A. Latief Wiyata, *Madura yang Patuh?; Kajian Antropologi Mengenai Budaya Madura*, CERIC-FISIP UI, Jakarta, 2003, hlm. 1., *loc. cit.*

<sup>366</sup> Mien Ahmad Rifai, *op.cit.*, hlm.1. *commit to user*

<sup>367</sup> Departemen Agama Republik Indonesia, *Alqur’an dan Terjemahannya*, 2005, hlm. 43-44.

Madura yang bermotif budaya, dikarenakan adanya “*rasa malo*”; akibat harga diri yang dilecehkan, jika benar-benar pelaku telah *mencarok* korbannya dan untuk meredam adanya “*carok*” balasan, maka model “*mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal*”, niscaya akan dapat diterima dan menjadi solusinya dalam menanggulangi *carok*, dan untuk masa mendatang sudah seharusnya dibuat dan disahkan dalam suatu produk hukum, berupa undang-undang. Jika metode *comparative law*, sebagaimana dikemukakan oleh M. Bogdan sangatlah mendukung dan beralasan untuk menerapkannya kedalam sistem hukum di Indonesia, mengingat sebagian besar warga negaranya adalah menganut ajaran Islam, demikian pula khususnya masyarakat Madura sangat fanatik dengan ajaran Islam. Dalil-dalil yang berkaitan dengan mediasi tersebut diantaranya diterangkan dalam Alqur’an dan Sunnah Rasul yang merupakan sumber hukum Islam, sebagai berikut dibawah ini:<sup>368</sup>

- “Barangsiapa yang membunuh seorang manusia, bukan karena orang itu (membunuh) orang lain, atau bukan karena membuat kerusakan dimuka bumi, maka seakan-akan dia telah membunuh manusia seluruhnya” (QS. Al Maidah: 32).
- “Dan perdamaian itu lebih baik”(QS. An-Nisa:128).”Sebab itu bertaqwalah kepada Allah dan perbaikilah hubungan diantara sesamamu”(QS.Al-Anfal:1).”Dan jika ada dua golongan dari orang-orang mukmin berperang maka damaikanlah antara keduanya”(QS.Al-Hujurat:9).
- ”Maukah aku beritahukan kepadamu perkara yang lebih utama daripada puasa, shalat dan sedekah? Para sahabat menjawab,”Tentu wahai Rasulullah”. Beliau bersabda,”Yaitu mendamaikan perselisihan diantara kamu, karena rusaknya perdamaian diantara kamu adalah pencukur (perusak agama)”(HR. Abu Dawud dan Tirmidzi).
- “Dari Sahal bin Sa’ad Radhiyallahuanhu bahwa penduduk Quba’ telah bertikai hingga saling lempar batu, lalu Rasulullah shallallahu ‘alaihi wasallam dikabarkan tentang peristiwa itu, maka beliau bersabda: Mari kita pergi untuk mendamaikan mereka” (HR. Bukhari).

---

<sup>368</sup>Tersedia di <https://almanhaj.or.id> Syaik Su’ud asy-Syuram-hafidzahullah “Perdamaian itu Lebih Baik”, diakses Minggu 7 Oktober 2018 pukul 12.28 wib.

Hal ini sangat bersesuaian dengan pendapat Esmi Warassih<sup>369</sup> yang menyatakan bahwa agama adalah hal yang fundamenteum yang membimbing manusia untuk senantiasa berbuat kebajikan di muka bumi ini sedang hukum adalah sebuah karya manusia yang lahir sebagai proses dari kebudayaan. Sehingga dapat dilihat bahwa agama menuntun manusia dan hukum yang baik bahwa manusia telah mampu mengikuti segala perintah agama yang mengajarkan kebajikan. Pancasila adalah sari-sari tentang nilai luhur bangsa ini, sehingga sudah seyogyanya setiap hukum dan praktik ber hukum harus mampu mengikuti nilai-nilai Pancasila. Dalam perkembangannya nilai agama pun terdapat pada Pancasila termasuk budaya yang kental akan nilai agama, hal ini dikarenakan Pancasila digali dari setiap kalbu Bangsa Indonesia.

Lebih lanjut, Esmi Warassih mengemukakan bahwa di tengah-tengah kerusakan hukum, patutnya agama mulai dilibatkan dalam persoalan hukum ini, hal ini dikarenakan agama mampu menciptakan manusia yang jujur dan adil di tengah-tengah krisis sumber daya manusia yang jujur dan adil di dunia hukum, agama mampu menciptakan konsep hukum yang dapat menyelesaikan persoalan hukum dengan tidak bersifat positivistis yang mengunggulkan teks undang-undang belaka tanpa memperhatikan hati nurani setiap insan yang ada, dan agama mampu menciptakan hukum yang mampu mengikuti perkembangan zaman serta tuntutan zaman yang kian memprihatinkan. Hal ini dikarenakan agama dapat menjawab segala persoalan duniawi dengan pendekatan ilmu Allah yang tak sebatas logika manusia saja.<sup>370</sup>

Sebagian masyarakat di Indonesia, seperti Aceh, Lampung Menggala, Batak Karo, Minangkabau, Papua dan Bali, apabila sedang berkonflik lebih menyukai menyelesaikan perkaranya secara adat, yang lebih mirip dengan model kebijakan semacam “*restoratif*”<sup>371</sup> yang lebih mengedepankan dan memberdayakan lembaga adatnya untuk mencapai tujuan perdamaian diantara para pihak yang

---

<sup>369</sup> Esmi Warassih, 2016, *Penelitian Hukum Interdisipliner (sebuah pengantar menuju sosio-legal)*, Yogyakarta: Thaha Media, hlm. 15-16.

<sup>370</sup> *Ibid.*, hlm. 16.

<sup>371</sup> Natangsa Surbakti, *op. cit.*, hlm. 52, 61, 76, 95, 136.

berkonflik. Menurut Tarmizi dan Juwita<sup>372</sup> masyarakat Aceh lebih cenderung memilih musyawarah mufakat apabila sedang berkonflik, dikarenakan: (a) dapat menghasilkan perdamaian yang permanen dan bahkan keluarga korban dijadikan sebagai anak atau saudara angkat dari pelaku, (b) hubungan kekeluargaan dapat terjalin dalam waktu yang cukup lama, seperti saling mengunjungi saat hari raya, dan hajatan. Menurut Tarmizi,<sup>373</sup> dalam perkara pembunuhan pelaku dapat memberikan *di'et (diyat)*, yaitu kompensasi berupa memberikan sesuatu, biasanya emas dan menyembelih sapi/kerbau yang diberikan kepada korban (ahli warisnya), serta digelar upacara adat diprakarsai oleh *imeum mukim*, *keuchik (geuchik)*, dan *tengku meumasah* yang bertujuan mengakhiri dendam dan perkaranya tersebut; sedangkan pada kasus penganiayaan, pertengkaran yang mengakibatkan luka dan mengeluarkan darah dengan kompensasi berupa kambing atau yang setara, melalui lembaga "*sayam*". Sementara itu perkara-perkara yang menyangkut keperdataan, dan rumah tangga, diselesaikan dengan lembaga "*suloh*", yaitu intinya mewujudkan suatu perdamaian (*islah*) yang dibingkai upacara adat dipimpin tokoh agama (ulama) dan tokoh adat, dengan pemberian *peusijuk* (penyejuk hati) dan *peumat jaroe* (makan bersama), diselenggarakan di tempat terbuka, dengan tujuan masyarakat dapat menyaksikan bahwa para pihak yang berkonflik telah berdamai dan perkaranya telah berakhir.

Masyarakat Madura dalam menyelesaikan kasus-kasus *carok* hendaknya dapat meniru sebagaimana masyarakat Aceh telah melakukan peradilan secara *restoratif*, dengan memberdayakan lembaga adatnya; namun tetap dalam bingkai Sistem Peradilan Pidana, yang dimulai semenjak tingkat penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan perkaranya, dengan melibatkan para pihak yang berkonflik, pelaku dan korban, tokoh-tokoh adat, alim ulama, aparat pemerintah daerah setempat, aparat keamanan, dan aparat penegak hukum lainnya; dengan model "*mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal*". Model kebijakan ini, sifatnya lebih fleksibel, apabila perdamaian (*islah*) tidak berhasil, maka

---

<sup>372</sup>Tarmizi, S.H. dan Juwita, S.H. Para Advokat di Aceh, wawancara dilakukan secara bebas di Pengadilan Negeri Banda Aceh pada tanggal 19 April 2017, sekira jam 10.00 wib.

<sup>373</sup>Wawancara dengan Tarmizi, S.H. dilanjutkan pukul 13.00 wib. tanggal dan tempat sama, 19 April 2017, di salah satu ruangan di kantor Pengadilan Negeri Banda Aceh.

perkaranya dapat diselesaikan menurut hukum pidana dalam bingkai Sistem Peradilan Pidana Terpadu (*Integrated Criminal Justice System*), sehingga yang menjadi acuannya tetap bersumber pada KUHP dan KUHP yang sedang berlaku. Penanggulangan *carok* termasuk juga memperbaiki sistem pendekatan dalam masalah penegakan hukumnya, yang menurut beberapa pakar dapat dikemukakan hal-hal sebagai berikut: Menurut Artidjo Alkostar,<sup>374</sup> Hakim Agung pada Mahkamah Agung Republik Indonesia menyatakan bahwa dalam menyelesaikan perkara-perkara *carok* di Madura, sangat cocok diterapkan model perdamaian (*ishlah*) yang bersumber pada hukum Islam dengan melibatkan ulama yang berkharisma, para pihak yang berkonflik pada umumnya sangat menghormati ajaran agamanya yang mayoritas beragama Islam. *Ishlah* yang semula sebagai nilai dasar *core value* dari sebuah perdamaian, kemudian bermetamorfosis menjadi bentuk perdamaian dalam tindak pidana. *Ishlah* cenderung sebagai bentuk rekonsiliasi damai antara pihak yang dirugikan dengan pihak yang bertanggung jawab. Dalam tradisi Arab, besarnya kerugian akan menjadi pertanggungjawaban keluarga pelaku untuk selanjutnya diberikan kepada keluarga korban. *Ishlah* sering kali terjadi pada kasus-kasus *qishash*, kecelakaan lalu-lintas akibat kelalaian serta bentuk perbuatan lainnya yang merugikan pihak lain secara fisik.<sup>375</sup>

Berkaitan dengan penanggulangan perkara *carok* yang mengedepankan nilai-nilai kearifan lokal yang telah turun-temurun dimiliki dan menjadi jati diri bangsa Indonesia umumnya, dan masyarakat Madura khususnya, seperti adanya musyawarah untuk mufakat, upaya mengembalikan keseimbangan yang timpang sebagai akibat suatu tindak pidana maupun terciptanya kembali kehidupan harmonis di tengah-tengah masyarakat menjadi harapan dan dambaan segenap masyarakat. Hal ini sejalan dengan pemikiran John Rawls<sup>376</sup> pencetus teori

---

<sup>374</sup>Wawancara dilakukan pada saat kunjungan kerja ke Pengadilan Negeri Banda Aceh, hari Selasa, tanggal 2 Mei 2017, sekira pukul 11.00 wib di ruangan kantor Pengadilan Negeri Banda Aceh.

<sup>375</sup>Sugiri Permana, "Mediasi Dalam Perkara Waris, Implementasi Takharuj sebagai Bentuk Perdamaian", *Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXXII No. 372* November 2016, hlm. 28.

<sup>376</sup>Darji Darmodihardjo & Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Cet. Revisi, Jakarta, Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, 1999, hlm. 159.

keadilan yang paling komprehensif yang mengemukakan teori keseimbangan sebagai bagian dari konsep keadilan, yaitu perlu ada keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama, dan bagaimanakah ukuran dari keseimbangan itu harus diberikan, itulah yang disebut dengan keadilan.

Menurut B. Ter Haar Bzn.<sup>377</sup> adanya keseimbangan (*evenwicht*) dengan menyatakan bahwa keadaan yang biasa (normal) dari umat manusia dalam hubungannya dengan kekuatan-kekuatan gaib, tanah, dan barang-barang lain yang bahagia dan harmonis dapat dicapai apabila tercipta keseimbangan, sehingga terjadinya pelanggaran (*delict*) merupakan gangguan terhadap keseimbangan yang menimbulkan reaksi adat yang harus dilakukan melalui penuntutan pembayaran-pembayaran pelanggaran (*delictsbetalingen*) untuk memulihkan/mengembalikan keseimbangan kosmis, dimana keseimbangan tersebut menjadi prasyarat kebahagiaan umat manusia. Pada masyarakat Papua, misalnya dikenal “budaya bakar batu”, sebagai simbol budaya lokal, yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa atau perkara, termasuk perkara pidana, melalui upaya damai demi terpeliharanya harmonisasi sosial.

Di Aceh dikenal UU Nomor 11 Tahun 2006 tentang Pemerintahan Aceh diterapkan dan dikenal untuk penyelesaian perkara dilakukan terlebih dahulu melalui Peradilan Gampong atau Peradilan Damai yang dijabarkan dalam berbagai Qanun Aceh, baik di tingkat Propinsi atau Kabupaten/Kota, seperti Qanun Aceh Nomor 9 Tahun 2008 tentang Pembinaan Kehidupan Adat dan Adat Istiadat, Qanun Aceh Nomor 10 Tahun 2008 tentang Lembaga Adat. Ada juga Qanun Aceh Tengah Nomor 10 Tahun 2002 tentang Hukum Adat Gayo. Qanun Aceh Nomor 9 Tahun 2008, Pasal 13 menentukan, “*penyelesaian sengketa/perselisihan adat dan adat istiadat diselesaikan secara bertahap*”, dan “*aparatus penegak hukum memberikan kesempatan agar sengketa/perselisihan adat dan adat istiadat diselesaikan terlebih dahulu secara adat atau nama lain*”. Di Bali melalui desa adat pakraman diterapkannya *awig-awig* sebagai salah satu manifestasi bentuk mediasi penal. Misalnya, dalam Pasal (Pawos) 66 *awig-awig* desa pakraman Aron Kabupaten Karangasem disebutkan bahwa “yang berwenang

*commit to user*

<sup>377</sup>*Ibid.*, hlm. 226-227.

menyelesaikan perkara di desa adalah prajuru desa sebagai hakim peradilan desa adalah kelihan banjar, kalau yang berperkara berasal dari satu banjar dan bendesa kalau yang berperkara semuanya berasal dari satu desa (*Sane wenang mawosin mekadi mutusang wicara ring desa inggih punika prajuru desa sinaggeh kerta desa; ha. Kelihanbanjar, pradene sang mewicara sane patunggalan banjar; na. Bendesa, sang mewicara sami-sami ring petunggalan desa adat*).

Di Nusa Tenggara Barat (Lombok), khususnya suku Sasak cara menyelesaikan masalah (perkara) melalui musyawarah (Begundem) untuk mencapai perdamaian. Dalam Kotaragama, angka 49 huruf b tentang Kebedjaksanaan atau Kedermawanan Radja, ditentukan bahwa: *“Ini tjara orang tjerdik pandai berbitjara. Dalam membitjarakan sesuatu masalah oleh diantara warga desa (Negara), djika tidak ada pendahuluan nasehat mengakibatkan tidak baik, akan tetapi bila masalah diselesaikan melalui perdamaian, kedua belah fihak akan merasakan manfaatnja. Tjara inilah jang dikehendaki/diterima baik oleh Radja karena memang tjara demikian itu mendjadi ketentuan jang dinamakan keadilan”*.

Dari berbagai uraian yang berkaitan dengan mediasi penal berdasarkan kearifan lokal, maka sangatlah tepat seperti yang diungkapkan oleh para pakar pendasar aliran *sociological jurisprudence*, seperti Roscoe Pound, Eugen Ehrlich, Benjamin Cardozo, Kontorowics, Gurvitch dan lain-lain. Aliran ini berkembang di Amerika, pada intinya aliran ini hendak mengatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Kata “sesuai” diartikan sebagai hukum yang mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat. Aliran *Sociological Jurisprudence* sebagai salah satu aliran pemikiran filsafat hukum menitik beratkan pada hukum dalam kaitannya dengan masyarakat. Menurut aliran ini :“ Hukum yang baik haruslah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di antara masyarakat”. Menurut Lilirasjidi, *Sociological Jurisprudence* menggunakan pendekatan hukum kemasyarakatan, sementara sosiologi hukum menggunakan pendekatan dari masyarakat ke hukum. Menurut aliran *Sociological Jurisprudence* hukum yang baik haruslah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam msyarakat. Aliran ini memisahkan

secara tegas antara hukum positif dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*). Aliran ini timbul sebagai akibat dari proses dialektika antara (*tesis*) positivisme hukum dan (*antitesis*) mazhab sejarah. Menurut Roscoe Pound, hukum harus dipandang sebagai suatu lembaga kemasyarakatan yang berfungsi untuk memenuhi kebutuhan-kebutuhan sosial, dan adalah tugas ilmu hukum untuk mengembangkan suatu kerangka dengan mana kebutuhan-kebutuhan sosial dapat terpenuhi secara maksimal. Eugen Ehrlich, penulis yang pertama kali menyangand sosiolog hukum (*Grundlegung der Soziologie des Recht*, 1912).

Menurut Ehrlich pusat gaya tarik perkembangan hukum tidak terletak pada perundang-undangan, tidak pada ilmu hukum, tetapi di dalam masyarakat sendiri. Ajaran berpokok pada perbedaan antara hukum positif dengan hukum yang hidup, atau dengan kata lain perbedaan antara kaidah-kaidah hukum dengan kaidah-kaidah sosial lainnya. Hukum positif hanya akan efektif apabila selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Roscoe Pound menganggap bahwa hukum sebagai alat rekayasa sosial (*Law as a tool of social engineering and social controle*) yang bertujuan menciptakan harmoni dan keserasian agar secara optimal dapat memenuhi kebutuhan dan kepentingan manusia dalam masyarakat. Keadilan adalah lambang usaha penyerasian yang harmonis dan tidak memihak dalam mengupayakan kepentingan anggota masyarakat yang bersangkutan. Untuk kepentingan yang ideal itu diperlukan kekuatan paksa yang dilakukan oleh penguasa negara. Aliran ini secara tegas memisahkan antara hukum positif (*the positive law*) dengan hukum yang hidup (*the living law*). Aliran ini timbul dari proses dialektika antara (*tesis*) Positivisme Hukum dan (*antitesis*) Mazhab Sejarah. Sebagaimana diketahui, Positivisme Hukum memandang tiada hukum kecuali perintah yang diberikan penguasa (*law is a command of law givers*), sebaliknya Mazhab Sejarah menyatakan hukum timbul dan berkembang bersama dengan masyarakat.<sup>378</sup>

Aliran *Sociological Jurisprudence* semula berkembang di Amerika yang dipelopori oleh Roscoe Pound, kemudian berkembang di Benua Eropa dipelopori

---

<sup>378</sup>Tersedia di <https://situs.google.com/a/unida.ac.id/gelardwi/pengantar-ilmu-hukum/sociological-jurisprudence>, diakses Rabu, 13 Juni 2018.

oleh Eugen Ehrlich (tahun 1826 sampai tahun 1922). Ia memberikan pendapat bahwa titik pusat dari perkembangan hukum itu tidak terletak pada pembuat undang-undang atau ilmu hukum, tidak pula berpangkal dari putusan hakim, tetapi berpangkal dari masyarakat itu sendiri. Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat. Kata sesuai berarti bahwa hukum itu mencerminkan nilai-nilai atau norma-norma yang hidup di dalam masyarakat. Norma hukum pada dasarnya selalu bersumber dari kenyataan sosial berdasarkan keyakinan akan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Kenyataan hukum yang menjadi dasar semua kaidah hukum adalah berupa kebiasaan, penguasaan, kepemilikan dan pernyataan kehendak. Kenyataan itu di samping memberikan daya paksa kepada suatu hubungan hukum, juga mengawasi, memperkuat atau membatasi hubungan hukum. Pendapat selanjutnya adalah bahwa hukum itu bukanlah kehendak penguasa, melainkan hukum itu merupakan kebiasaan. Hukum itu tidak dibuat tetapi tumbuh dan berkembang bersama masyarakat, pertumbuhan hukum itu pada hakikatnya tidak terasa dan merupakan suatu proses yang organis, oleh karena itu kebiasaan (*custom*) merupakan sumber hukum terpenting dalam hukum dan dapat mengalahkan undang-undang. Secara realistik hukum itu bersumber dari kenyataan hukum (*facts of law*), hukum itu hidup dalam masyarakat (*living law*). Hukum positif berpangkal dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, walaupun terdapat perbedaan antara hukum positif di satu pihak dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) di lain pihak, menurutnya bahwa hukum positif akan memiliki daya berlaku secara efektif apabila selalu beririsan atau selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pada umumnya hukum yang hidup dalam masyarakat merupakan hukum positif, tetapi tidak selalu demikian, ada kalanya hukum yang hidup dalam masyarakat tidak merupakan hukum positif, begitu juga sebaliknya kadang kala hukum positif tidak merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat.<sup>379</sup> Dengan demikian jika mengacu teori *Sociological Jurisprudence* dari Roscoe Pound yang

---

<sup>379</sup> Tersedia di [www.informasi.com/2016/04/filsafat-hukum-aliran-sociological-jurisprudence.html](http://www.informasi.com/2016/04/filsafat-hukum-aliran-sociological-jurisprudence.html), diakses Rabu, 13 Juni 2018.

menyatakan bahwa hukum sebagai alat rekayasa sosial (*Law as a tool of social engineering and social controle*), serta pendapat Eugen Ehrlich yang menyatakan hukum positif berpangkal dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, walaupun terdapat perbedaan antara hukum positif di satu pihak dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) di lain pihak, menurutnya bahwa hukum positif akan memiliki daya berlaku secara efektif apabila selalu beririsan atau selaras dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pada umumnya hukum yang hidup dalam masyarakat merupakan hukum positif, tetapi tidak selalu demikian, ada kalanya hukum yang hidup dalam masyarakat tidak merupakan hukum positif, begitu juga sebaliknya kadang kala hukum positif tidak merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat; dalam mengantisipasi terulangnya kembali *carok* balasan pada masyarakat Madura, diperlukan adanya Model “mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal” yang dimulai sejak proses penyidikan pada Kepolisian, hingga sampai ke tahap berikutnya, tahap penuntutan di Kejaksaan, dan pemeriksaan perkaranya di Pengadilan; jika mediasi mengalami keberhasilan dalam suatu tahapan proses peradilan selanjutnya dapat dijadikan sebagai bahan pertimbangan oleh Pengadilan dalam memutus perkaranya dan apabila terjadi kegagalan akan dilanjutkan ke tahap selanjutnya, hingga dijatuhkannya putusan (*vonis*) oleh Pengadilan yang bersangkutan. Berbicara tentang penegakan hukum pidana berarti membicarakan usaha menanggulangi kejahatan di dalam masyarakat. Usaha menanggulangi kejahatan di dalam masyarakat identik dengan pembicaraan Politik Kriminal (*Criminal Policy*). Politik Kriminal adalah usaha yang rasional dari penguasa/masyarakat dalam menanggulangi kejahatan. Usaha menanggulangi kejahatan dalam masyarakat secara operasional dapat dilakukan dengan menggunakan hukum pidana (*penal*) dan non pidana (*non penal*). Usaha penal dan non penal saling melengkapi. Penanggulangan kejahatan melalui sarana *penal* secara operasional dilakukan dengan melalui langkah-langkah perumusan norma-norma hukum pidana, baik hukum pidana materiil (*substantive criminal law*), hukum pidana formil (*procedure criminal law*), maupun hukum pelaksanaan pidana. Perumusan norma hukum pidana yang di dalamnya

mengandung elemen-elemen substantif, struktural dan kultural dari masyarakat dimana sistem hukum pidana itu diberlakukan. Sistem hukum pidana selanjutnya akan beroperasi melalui suatu jaringan (*network*) yang disebut Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice System*). Berbicara tentang penegakan hukum pidana berarti membicarakan usaha menanggulangi kejahatan di dalam masyarakat. Usaha menanggulangi kejahatan di dalam masyarakat identik dengan pembicaraan Politik Kriminal (*Criminal Policy*). Politik Kriminal adalah usaha yang rasional dari penguasa/masyarakat dalam menanggulangi kejahatan. Usaha menanggulangi kejahatan dalam masyarakat secara operasional dapat dilakukan dengan menggunakan hukum pidana (*penal*) dan non pidana (*non penal*). Usaha penal dan non penal saling melengkapi.

Penanggulangan kejahatan melalui sarana *penal* secara operasional dilakukan dengan melalui langkah-langkah perumusan norma-norma hukum pidana, baik hukum pidana materiil (*substantive criminal law*), hukum pidana formil (*procedure criminal law*), maupun hukum pelaksanaan pidana. Perumusan norma hukum pidana yang di dalamnya mengandung elemen-elemen substantif, struktural dan kultural dari masyarakat dimana sistem hukum pidana itu diberlakukan. Sistem hukum pidana selanjutnya akan beroperasi melalui suatu jaringan (*network*) yang disebut Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice System*). Menurut Remington dan Ohlin sebagaimana dikutip oleh Romli Atmasasmita, bahwa *Criminal Justice System* dapat diartikan sebagai pemakaian pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana dan peradilan pidana sebagai suatu sistem merupakan hasil interaksi antara peraturan perundang-undangan, praktik administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial. Pengertian sistem itu sendiri mengandung implikasi suatu proses interaksi yang dipersiapkan secara rasional dan dengan cara efisien untuk memberikan hasil tertentu dengan segala keterbatasannya. Hagan membedakan pengertian *Criminal Justice System* dan *Criminal Justice Process*. *Criminal Justice System* adalah interkoneksi antara keputusan dari setiap instansi yang terlibat dalam proses peradilan pidana. *Criminal Justice Process* adalah setiap tahap dari suatu putusan yang menghadapkan seorang tersangka ke dalam proses yang membawanya

kepada penentuan pidana baginya.

Mardjono Reksodipoetro, memberikan pendapat yang dimaksud dengan Sistem Peradilan Pidana adalah sistem pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga-lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan pemasyarakatan terpidana. Pada kesempatan lain Mardjono Reksodipoetro mengatakan, bahwa Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice System*) adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi masalah kejahatan. Menanggulangi diartikan sebagai mengendalikan kejahatan yang berada dalam batas-batas toleransi.

Menurut Mardjono Reksodipoetro, tujuan Sistem Peradilan Pidana adalah<sup>380</sup>:

- (1) Mencegah masyarakat menjadi korban kejahatan;
- (2) Menyelesaikan kasus kejahatan yang terjadi, sehingga masyarakat puas bahwa keadilan telah ditegakkan dan yang bersalah dipidana; dan
- (3) Mengusahakan agar mereka yang pernah melakukan kejahatan tidak mengulangi lagi kejahatannya.

Menurut Muladi, Sistem Peradilan Pidana harus dilihat sebagai "*The network of courts and tribunals which deal with criminal law and its enforcement*". Sistem peradilan pidana di dalamnya mengandung gerak sistemik dari sub sistem-sub sistem pendukungnya ialah kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga koreksi/pemasyarakatan yang secara keseluruhan merupakan satu kesatuan yang berusaha mentransformasikan masukan (*input*) menjadi keluaran (*output*) yang menjadi tujuan sistem peradilan pidana yang terdiri dari:

Pembicaraan sistem peradilan pidana terpadu, tidak bisa lepas dari pendekatan sistem (*system approach*). Sistem peradilan pidana dengan embel-embel terpadu, menurut Muladi sangat berlebihan (*overboding*), sebab tidak ada sistem yang tidak terintegrasi atau terpadu. Segala sesuatu yang dinamakan sistem akan selalu mengandung karakteristik terpadu dengan indikator-indikator<sup>381</sup>:

- (1) Berorientasi pada tujuan (*purposive behaviour*);
- (2) Menyeluruh daripada sekedar penjumlahan bagian-bagiannya (*wholism*);
- (3) Sistem selalu berinteraksi dengan sistem yang lebih besar (*openness*);

---

<sup>380</sup>Mardjono Reksodipoetro, *loc. cit.* *commit to user*

<sup>381</sup>Muladi, *loc. cit.*

- (4) Operasionalisasi bagian-bagiannya menciptakan sistem nilai tertentu (*transformatiori*);
- (5) Antar bagian sistem harus cocok satu sama lain (*interrelatedness*); dan
- (6) Adanya mekanisme kontrol dalam rangka pengendalian secara terpadu (*control mechanism*);
- (7) Sistem peradilan pidana dalam operasionalisasinya/konkritisasinya melibatkan manusia, baik sebagai subjek hukum maupun sebagai sasaran atau objek hukum, sehingga persyaratan utama supaya sistem peradilan pidana itu bersifat rasional, harus dapat memahami dan memperhitungkan dampaknya terhadap manusia dan masyarakat manusia, baik yang berada dalam kerangka sistem maupun yang berada di luar sistem.

Sistem peradilan pidana sebagai suatu sistem pada dasarnya merupakan sistem terbuka (*open system*) dalam arti suatu sistem yang dalam usahanya untuk mencapai tujuan (jangka pendek-resosialisasi, jangka menengah-mencegah kejahatan dan jangka panjang-kesejahteraan sosial) dipengaruhi oleh lingkungan masyarakat, serta bidang-bidang kehidupan manusia yang berakibat bahwa sistem peradilan pidana dalam pelaksanaannya akan mengalami *interface* (interaksi, interkoneksi dan interdependensi) dengan lingkungan dalam level-level: masyarakat, ekonomi, politik, pendidikan dan teknologi, serta subsistem-subsistem dari sistem peradilan pidana (*subsystem of criminal justice system*).<sup>382</sup>

Tidak semua kejahatan yang terjadi di dalam masyarakat diselesaikan melalui jalur sistem peradilan pidana. Hal ini disebabkan ada kejahatan-kejahatan yang tidak dideteksi atau tidak dilaporkan. Secara garis besar peradilan pidana akan berjalan apabila kejahatan yang terjadi dilaporkan ke polisi, selanjutnya dituntut ke muka pengadilan dan pengadilan memberikan putusannya yang pada akhirnya kejahatan yang semula berasal dari masyarakat outputnya juga akan dikembalikan kepada masyarakat. Sistem peradilan pidana akan melibatkan penegakan hukum pidana, baik hukum pidana substantif, hukum pidana formil, maupun hukum pelaksanaan pidana. Dalam operasionalisasinya, sistem peradilan pidana,

---

<sup>382</sup>Nyoman Serikat Putra Jaya, *op. cit.*, hlm. 15-17. Bandingkan dengan Rusli Muhammad, dalam karyanya *SPP Indonesia*, hlm.1-9 yang menyebutkan "*interface, tujuan, keterbukaan, transformasi nilai, dan mekanisme control*" sebagai karakteristik dari Sistem Peradilan Pidana.

didukung oleh subsistem peradilan pidana, seperti Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan.

Menurut Nyoman Serikat Putra Jaya, dengan menyitir pendapatnya Joseph Goldstein, secara gamblang menggambarkan program penegakan hukum pidana, ada tiga konsep *law enforcement*, seperti di bawah ini:<sup>383</sup>

- (1) *Total enforcement*;
- (2) *Full enforcement*;
- (3) *Actual enforcement*.

*Total enforcement*, merupakan ruang lingkup penegakan hukum pidana sebagaimana diharapkan dan dirumuskan oleh hukum pidana materiil (*substantive law of crimes*) yang tidak mungkin diwujudkan karena keterbatasan gerak penegak hukum disebabkan adanya pembatasan secara ketat oleh hukum acara pidana yang mencakup aturan atau tata cara penangkapan, penggeledahan, penahanan, penyitaan sampai pada tahap pemeriksaan pendahuluan atau mungkin juga pembatasan oleh hukum pidana materiil itu sendiri, yang menentukan bahwa suatu tindak pidana hanya dapat dituntut berdasarkan pengaduan (*klacht delict*). Area yang tidak terjamah oleh penerapan hukum ini, disebut *area of no enforcement*. Apabila area penegakan hukum *total enforcement* dikurangi dengan *area of no enforcement* maka muncullah area yang disebut *full enforcement*.

*Full enforcement*, disini para penegak hukum diharapkan menegakkan hukum secara maksimal. Penegakan hukum secara *full enforcement* ini, merupakan harapan yang tidak realistik (*non a realistic expectation*) menurut Joseph Goldstein, karena terdapat kendala-kendala dalam pelaksanaannya berupa keterbatasan waktu, personil, alat-alat investigasi, dana dan sebagainya, sehingga mengharuskan adanya diskresi.

*Actual enforcement*, merupakan penegakan hukum yang konkrit/nyata sebagai hasil dari *total enforcement* dikurangi *area of no enforcement* menghasilkan *full enforcement* dan yang terakhir ini dikurangi dengan adanya diskresi (*decision not to enforcement*) menghasilkan penegakan hukum yang

---

<sup>383</sup>*Ibid.*, hlm. 19-20.

aktual.<sup>384</sup> Dalam mengoperasionisasikan hukum pidana, ada beberapa asas utama yang harus dihayati, karena individu harus benar-benar merasa terjamin bahwa mekanisme sistem peradilan pidana tidak akan menyentuh mereka tanpa landasan hukum tertulis yang ada terlebih dahulu. Di sini yang memegang peranan penting adalah asas legalitas (*principle of legality*). Disamping itu, hukum acara pidana mengenal apa yang dinamakan asas kegunaan atau asas kelayakan (*expediency principle*) yang berpangkal tolak pada kepentingan masyarakat yang dapat diartikan sebagai kepentingan tertib hukum (*the interest of the legal order*). Dengan asas ini penuntutan suatu perkara mendapat legitimasinya. Asas kelayakan ini bisa bersifat negatif, apabila penekanan diletakkan pada bentuk peringanan/penyimpangan terhadap asas legalitas dan dapat bersifat positif, apabila tekanan diarahkan pada kewajiban untuk menuntut, kecuali berdasarkan beberapa pengecualian. Asas selanjutnya adalah asas prioritas (*priority principle*) yang didasarkan pada semakin beratnya beban sistem peradilan pidana. Di sini berkaitan dengan berbagai kategori tindak pidana dan bisa juga berkaitan dengan pemilihan jenis-jenis pidana dan tindakan yang dapat diterapkan pada pelaku tindak pidana.<sup>385</sup>

Peranan perundang-undangan sangat strategis dalam bekerjanya sistem peradilan pidana. Perundang-undangan pidana memberikan dasar hukum dan memberikan kekuasaan pada pengambil kebijakan. Lembaga legislatif berpartisipasi dalam menyiapkan kebijakan dan memberikan kerangka hukum untuk memformulasikan kebijakan dan menerapkan program kebijakan yang telah ditetapkan. Keseluruhannya itu, merupakan bagian dari kebijakan hukum atau politik hukum yang pada hakikatnya berfungsi dalam tiga bentuk, ialah:<sup>386</sup>

- (1) politik tentang pembentukan hukum;
- (2) politik tentang penegakan hukum; dan
- (3) politik tentang pelaksanaan kewenangan dan kompetensi.

Dengan demikian dalam Politik Hukum mengandung penentuan pilihan atau pengambilan sikap terhadap tujuan-tujuan yang dianggap paling baik, termasuk di

---

<sup>384</sup>*Ibid.*

<sup>385</sup>Nyoman Serikat Putra Jaya, *op.cit.* *commit to user*

<sup>386</sup>*Ibid.*

dalamnya usaha-usaha untuk mencapai tujuan-tujuan tersebut. Secara operasional, perundang-undangan pidana sebagai bagian dari substansi hukum mempunyai kedudukan strategis terhadap sistem peradilan pidana, sebab perundang-undangan pidana memberikan definisi tentang perbuatan-perbuatan apa yang dirumuskan sebagai tindak pidana, mengendalikan usaha-usaha pemerintah untuk memberantas kejahatan dan memidana si pelaku, memberikan batasan tentang pidana yang dapat diterapkan untuk setiap kejahatan.

Uraian dan berbagai paparan dan deskripsi kajian kasus-kasus *carok* yang dikaitkan dengan berbagai teori konflik kekerasan dari Abbink sehingga dapat mendeskripsikan secara jelas tentang berbagai faktor yang melatarbelakangi sehingga orang Madura melakukan *carok*; kemudian dicarikan bagaimanakah solusinya yang tepat dengan menggunakan berbagai model kebijakan Sistem Peradilan Pidana yang telah dikemukakan oleh para ahli, seperti dari H.L. Packer, Griffithst, dan Muladi; dengan model "*Family Model*" dan "*Sistem Peradilan Pidana Terpadu (SPPT)*" yang kemudian dalam disertasi ini dikembangkan dengan model "*Mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal*". Dengan gambaran beberapa teori yang bersifat sosiologis tersebut, kiranya dapat dipahami bahwa Sistem Peradilan Pidana dapat dilihat sebagai struktur sosial maupun sebagai proses sosial dalam arti yang lebih terbatas. Dengan demikian, sistem peradilan pidana juga dapat bersifat kriminogen, seperti dalam pencegahan dan penyelesaian konflik kekerasan (kasus-kasus *carok*) yang terjadi pada etnis Madura; meskipun masing-masing instansi (Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan, Lapas dan Advokat), sudah melaksanakan fungsinya sebagaimana digariskan dalam ketentuan yang berlaku (KUHP, KUHP, dan perundangan lainnya yang terkait), namun tetap saja terjadi kasus *carok* di Madura, sehingga dapat dikatakan Sistem Peradilan Pidana belum optimal dalam melaksanakan fungsinya, kegagalan tersebut dapat terjadi akibat ketidak-konsistenan dan ambiguitas dari masing-masing instansi dalam melakukan fungsinya, dan pandangan dari aparatnya sendiri terhadap pengaruh baik-buruknya budaya lokal Madura sebagaimana telah dikemukakan tersebut di atas, dikarenakan tidak didukungnya "*Model Kebijakan*" yang tepat dalam

penanggulangan kasus-kasus *carok*, sehingga oleh karenanya dalam pencegahan dan penanggulangan *carok* di masa mendatang dan terutama untuk mencegah adanya “*carok balasan*”, model kebijakan dalam sistem peradilan pidana terpadu (SPP Terpadu) dilakukan model “*mediasi penal dengan mendasarkan kearifan lokal*” dengan “*model Family Group*”, sehingga akan dipulihkan hal-hal yang telah dirusak tersebut, dan pihak korbannya merasa puas, dikarenakan telah mendapatkan ganti kerugian yang layak, saling memaafkan serta telah terjadi rekonsiliasi dan meminimalisir terjadinya “*carok balasan*” pada etnis Madura.

#### **D. Cara Berpikir Hakim Dalam Pertimbangan Putusan *Carok***

##### **1. Hakim Mempertimbangkan Hukum yang Hidup dalam Masyarakat**

Penegakan hukum dalam perkara *carok*, hakim harus memperhatikan kearifan lokal masyarakat Madura yang telah diyakini oleh pelaku dan korban secara turun-temurun. Selain itu patut menjadi pertimbangan bahwa penjatuhan pidana berupa penjara bukanlah satu-satunya solusi terbaik dalam menyelesaikan tindak kejahatan, khususnya tindak kejahatan dengan “kerusakan” yang ditimbulkannya masih bisa direstorasi seperti dalam kasus budaya *carok*, sehingga kondisi yang telah dirusak dapat dikembalikan ke keadaan semula. Masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum itu untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberikan manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Hakim sebagai penegak hukum yang berhadapan langsung dengan empiris, fakta persidangan atau kenyataan yang terjadi, tidak dapat hanya berpedoman pada peraturan atau undang-undang semata.<sup>387</sup> Sejalan dengan hal tersebut, dalam teori realisme pragmatis, kemandirian dan kepeloporan hakim dalam menjalankan hukum terhadap kasus-kasus nyata, adalah merupakan hal terpenting karena sebagai pelaksana hukum dan langsung berhadapan dengan kenyataan, semestinya norma-norma hukum bagi hakim tidak lebih sekedar patokan saja agar norma-norma tersebut dapat dipasang secara tepat dengan kebenaran realitas. Hakim bukanlah corong undang-undang, sehingga kepeloporan hakim sangat

<sup>387</sup>Luki Indrawati, 2007, “Rekonstruksi Legal Reasoning Hakim Sudut Pandang Epistimologis Terhadap Logika Hukum”, Jurnal Media Hukum, Volume 14 No. 3 November 2007, Yogyakarta: Universitas Muhammadiyah Yogyakarta, hlm.175.

menentukan apa yang merupakan hukum yang tepat, kini dan disini.<sup>388</sup>

Lebih lanjut Oliver Wendel Holmes, menyatakan bahwa aturan hukum bukan suatu keputusan yang berbobot karena aturan hukum tidak bisa diandalkan menjawab dunia kehidupan yang begitu kompleks, lagipula kebenaran riil bukan terletak dalam undang-undang, tetapi pada kenyataan hidup, sehingga hakim dengan kepekaan dan kearifannya harus memenangkan kebenaran meski dengan resiko mengalahkan aturan resmi.<sup>389</sup> Putusan hakim yang baik, sebaiknya mengandung beberapa aspek. *Pertama*, putusan tersebut merupakan gambaran proses kehidupan sosial sebagai bagian dari proses kontrol sosial. *Kedua*, merupakan penjelmaan dari hukum yang berguna untuk setiap orang maupun negara. *Ketiga*, merupakan gambaran yang menciptakan keseimbangan antara kepentingan pelaku, korban dan masyarakat. *Keempat*, putusan tersebut merupakan kesadaran yang ideal antara hukum dan perubahan sosial. *Kelima*, harus bermanfaat bagi setiap orang baik pelaku maupun korban yang pada gilirannya bagi masyarakat. *Keenam*, putusan tersebut tidak menimbulkan konflik baru antara pelaku dan korban serta keluarganya.<sup>390</sup> Meskipun putusan hakim tidak memiliki kaedah hukum yang pasti secara normatif yang tertulis dalam suatu Pasal perundang-undangan, namun dari sisi keutamaannya, jauh sangat terpuji karena merefleksikan manfaat dan keadilan substansial bagi para pencari keadilan. Sehingga apabila seorang hakim mengenyampingkan norma-norma hukum (khususnya hukum pidana) atau asas legalitas dalam putusannya demi untuk mencapai keadilan dan manfaat yang sebesar-besarnya bagi pelaku dan korban serta masyarakat pada umumnya, maka hal tersebut tidak salah.

Teori realisme pragmatis menyatakan bahwa hukum itu bukan hanya yang tertulis dalam Undang-Undang atau ketentuan dan peraturan tertulis saja, namun lebih besar ditentukan oleh hakim di pengadilan yang pada umumnya didasarkan pada kenyataan di lapangan. Hakim mempunyai otoritas untuk menentukan

---

<sup>388</sup>Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, 2013, *Teori Hukum (Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang Generasi)*, Yogyakarta: Genta Publishing, hlm.149.

<sup>389</sup> *Ibid.*, hlm. 150.

<sup>390</sup>I Ketut Sudira, 2016, *Mediasi Penal Perkara Penitansian Rumah Tangga*, Yogyakarta: UII Press, hlm, 75-76.

hukum ketika menjatuhkan putusan di pengadilan, meskipun putusannya itu dalam beberapa hal tidak selalu sama dengan apa yang tertulis dalam Undang-Undang atau aturan lainnya. Jeremy Bentham menyatakan bahwa baik buruknya hukum harus diukur dari baik buruknya akibat yang dihasilkan oleh penerapan hukum itu, dimana suatu ketentuan hukum baru bisa dinilai baik, apabila akibat yang dihasilkan dari penerapannya adalah kebaikan.<sup>391</sup> Penanganannya didasarkan pada filsafat sosial, bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya.<sup>392</sup> Sementara dalam hukum pidana kemanfaatan merupakan hal yang tidak dapat dilepaskan dari teori utilitarian karena penegakan hukum pidana mempunyai tujuan berdasarkan manfaat tertentu, bukan sekedar melakukan pembalasan kepada orang yang melakukan tindak pidana. Kemanfaatan diartikan sebagai kebahagiaan (*happiness*). Hukum yang baik adalah hukum yang memberikan kebahagiaan bagi banyak orang. Sehingga dapat disimpulkan bahwa putusan hakim yang memberi banyak manfaat dan kebahagiaan kepada masyarakat, khususnya kepada pelaku dan korban, meskipun menyimpangi ketentuan undang-undang yang berlaku, maka putusan hakim tersebut telah memberikan keadilan yang substansial.<sup>393</sup>

Dengan diberlakukannya Perma Nomor 1 Tahun 2016 yang berkaitan dengan mediasi dalam perkara perdata, maka kiranya dengan cara berpandangan yang progresif aparat penegak hukum melalui hakimnya dapat menggali nilai-nilai budaya lokal setempat, sehingga Pengadilan Negeri di wilayah Madura dapat melakukan terobosan dalam memeriksa dan mengadili kasus-kasus yang berkaitan dengan budaya (*carok*) melalui mediasi penal. Hal ini sejalan dengan pemikiran Roscoe Pound<sup>394</sup> bahwa hukum dapat berfungsi sebagai alat merekayasa masyarakat (*law as a tool of social engineering*). Mengingat bahwa pembangunan ekonomi selalu membawa perubahan-perubahan, seharusnya

---

<sup>391</sup> Lily Rasjidi dan I. B. Wyasa Putra, 1993, hlm. 79-80.

<sup>392</sup> Achmad Ali, 2009, *Menguak Teori Hukum, (legal Theory) dan Teori Peradilan (judicial prudence)*, Jakarta: Kencana Prenadamedia Group, hlm. 272.

<sup>393</sup> Syaiful Bakhri, 2009, *Pidana Denda dan Korupsi*, Yogyakarta: Total Media, hlm. 129.

<sup>394</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Hukum, Masyarakat dan Pembinaan Hukum Nasional-Suatu Uraian tentang Landasan Pikiran, Pola dan Mekanisme Pembaharuan Hukum di Indonesia*, Bandung, Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, 1976, hlm. 10.

hukum ikut mengambil peran, sehingga perubahan-perubahan tersebut dapat dikontrol agar berlangsung tertib. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, di Indonesia hukum tidak cukup berperan sebagai alat, tetapi juga sebagai sarana pembaruan masyarakat yang maknanya lebih luas daripada alat (*tool*). Oleh karenanya jika terjadi *carok* segera para pihak yang bertikai yaitu: keluarga korban dan pelaku melakukan mediasi penal dengan mendasarkan pada kearifan lokal, melibatkan mediator baik itu tokoh masyarakat, alim ulama, pemerintah daerah dan aparat penegak hukum setempat untuk berusaha membuat suatu kesepakatan agar nantinya tidak terjadi lagi *carok* balasan.

Mendasarkan pada doktrin yang dikemukakan oleh Roscoe Pound “*law as a tool of social engineering*” dikaitkan dengan teori “Pembangunan Hukum” yang dikemukakan oleh Mochtar Kusumaatmadja tersebut, aparat penegak hukum, khususnya para hakim dalam memeriksa dan mengadili, serta memutus perkara-perkara yang berkaitan dengan konflik kekerasan budaya *carok* dapat menjadi sarana pembaruan masyarakat. Hal ini sesuai dengan pengejawantahan visi Mahkamah Agung Republik Indonesia 2010-2035 untuk “mewujudkan badan peradilan Indonesia yang agung” yang mampu menjawab kebutuhan dan memenuhi kepuasan pencari dan pengguna keadilan, maka badan peradilan dan semua penegak hukum lainnya harus merevitalisasi peran dan akuntabilitasnya kepada publik dengan mengimplementasikan transparansi, aksesibilitas, responsibilitas, dan progresivitas dalam meningkatkan akses masyarakat pada keadilan (*access to justice*). Dari aspek responsibilitas dan progresivitas, badan peradilan dan penegak hukum harus cepat tanggap dan menyikapi secara positif dengan melakukan tindak lanjut atas masukan, pendapat maupun kritik dari masyarakat.<sup>395</sup> Para hakim dalam menjatuhkan putusannya ketika memeriksa dan mengadili kasus-kasus konflik kekerasan budaya (*carok*) di daerah Madura hendaknya dalam pemeriksaannya tidak semata-mata melihat fakta-faktanya saja sebagai suatu kasus pembunuhan, namun lebih dari itu harus menggali hukum yang hidup dalam masyarakat Madura, dan digali juga mengapa sampai terjadi

---

<sup>395</sup> Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Cetak Biru Pembaruan Peradilan 2010-2035*, Jakarta, 2010.

kasus (*carok*) tersebut, apabila diperlukan dilakukan pendekatan dengan cara menemukan hukumnya yang dikaitkan dengan karakter dan budaya Madura; sehingga putusan yang dihasilkan terutama dalam pertimbangannya benar-benar mengikuti hukum yang hidup dalam masyarakat setempat.

## 2. Penemuan Hukum Progresif

Menurut Soejono Koesoemo Sisworo<sup>396</sup>, penemuan hukum (khususnya yang dilakukan hakim) adalah salah satu *faset* hakikat pengalaman/pelaksanaan hukum. Penemuan hukum dimaknai dalam dua arti yaitu (1) penemuan hukum dalam arti umum yaitu keseluruhan proses berfikir dari *iurist* yang dengan menggunakan suatu metode interpretasi mengantarkan dan membawanya kepada putusan atau pengembangan dan pertumbuhan hukum (2) penemuan dalam arti khusus adalah proses dan karya yang dilakukan oleh hakim yang menetapkan benar dan atau tidak benar menurut hukum dalam situasi konkrit yang diujikan dengan dan pada hati nurani. Menurut Sudikno Mertokusumo<sup>397</sup>, penemuan hukum adalah proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas menerapkan terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit. Dengan kata lain merupakan proses konkritisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit (*das sein*) tertentu. Yang penting dalam penemuan hukum adalah bagaimana mencari atau menemukan hukumnya untuk peristiwa konkrit.

Menurut Bambang Sutyoso<sup>398</sup>, pada dasarnya penemuan hukum merupakan proses pembentukan hukum oleh subjek atau pelaku penemuan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode tertentu yang dapat dibenarkan ilmu hukum. Kaidah-kaidah atau metode-metode tersebut dapat digunakan agar penerapan aturan hukum terhadap peristiwanya tersebut dapat dilakukan secara tepat dan

---

<sup>396</sup>Soejono Koesoemo Sisworo, *Beberapa Aspek Filsafat Hukum Dalam Penegakan Hukum, Makalah disajikan dalam Diskusi Panel dengan Tema Fungsi dan Tugas Birokrasi dalam Menegakkan Hukum Serta Berbagai Aspek Yang Terkait didalamnya* oleh Fakultas Hukum UNDIP hari Selasa, 20 Desember 1988, hlm. 14.

<sup>397</sup>Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2014, hlm. 26.

<sup>398</sup>Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti dan Berkeadilan*, Yogyakarta: UII Press, 2012, hlm. 52.

relevan menurut hukum, sehingga hasil yang diperoleh dari proses tersebut juga dapat diterima dan dipertanggungjawabkan dalam ilmu hukum.

Dalam praktiknya, Soedjono Koesoemo Sisworo<sup>399</sup> mengemukakan bahwa penemuan hukum mengalami kendala dan gangguan pada fase legitimasi (*context of justification*) yaitu berupa konstruksi pembenaran kemudian segera setelah penelaahan singkat atas kasus perkara secara intuitif diperoleh pra putusan, adalah berjud pertimbangan-pertimbangan berdasarkan kebenaran semu (*artificial*) yang sering didorong faktor-faktor dan pamrih-pamrih irrasional antara lain egoisme, haus kekuasaan, pamrih-pribadi, loba-tamak, rakus purbasangka, kemunafikan, kecanduan budaya *konsumerisme* dan *suplaerisme*. Penulis menggunakan istilah penemuan hukum progresif dikarenakan gagasan penemuan hukum progresif sejalan dengan makna yang terkandung dalam keaktifan hakim (*judicial activism*). Sebagaimana pendapat Paulus Effendi Lotulung<sup>400</sup> bahwa jiwa dan semangat aliran progresif dalam metode penemuan hukum selaras dengan hakikat yang ingin dicapai melalui *judicial activism*. Aliran progresif memberikan pencerahan hukum bagi peradilan yang akan merupakan alat untuk melakukan perubahan-perubahan sosial melalui putusan-putusan hakim. Hakim berperan aktif dalam putusan-putusannya mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis (sebagai *the living law* dalam masyarakat).

Istilah penemuan hukum progresif berasal dari kata penemuan hukum dan progresif. Istilah penemuan hukum<sup>401</sup> mengandung makna proses pembentukan hukum oleh subjek atau pelaku penemuan hukum dalam upaya menerapkan peraturan hukum umum terhadap peristiwanya berdasarkan kaidah-kaidah atau

---

<sup>399</sup>Penemuan hukum terdiri atas dua bagian pokok yaitu fase *heuristik* atau fase pencarian/*context of discovery* dan fase legitimasi/*context of justification*, dalam Soejono Koesoemo Sisworo, *op. cit.* hlm. 14.

<sup>400</sup>Paulus Effendi Lotulung, *Hukum Tata Usaha Negara Dan Kekuasaan*, Yogyakarta: Salemba Humanika, 2013, hlm. 101.

<sup>401</sup>Ada beberapa peristilahan yang sering dikaitkan dengan kegiatan penemuan hukum yaitu (1) *Rechtsvorming* atau pembentukan hukum, (2) *Rechtstoepassing* atau penerapan hukum (3) *Rechtshandhaving* atau pelaksanaan hukum (4) *Rechtschepping* atau penciptaan hukum (5) *Rechtsvinding* atau penemuan hukum, Sudikno Mertokusumo, *op.cit.* hlm 36.

metode-metode tertentu yang dibenarkan dalam ilmu hukum<sup>402</sup> dan kata progresif itu sendiri berasal dari *progress* yang berarti kemajuan yang dalam buku-buku Satjipto Rahardjo banyak mengemukakan istilah progresif dan disambung dengan kata-kata lainnya sehingga muncul istilah-istilah pendidikan hukum progresif, penegakan hukum progresif, pengadilan progresif dan lain-lain<sup>403</sup>. Satjipto Rahardjo juga seringkali membubuhkan kata-kata primitif, konvensional, klasik dan *status quo* yang menyuratkan bahwa ilmu dan praktik hukum di Indonesia sudah ketinggalan zaman karena terus menganut mazhab positivisme<sup>404</sup>.

Berdasarkan istilah tersebut diatas maka penemuan hukum progresif (lawan kata penemuan hukum yang konvensional) berangkat dari konsep hukum progresif. Sebagaimana dikemukakan oleh Ahmad Rifai<sup>405</sup> bahwa dalam paradigma penemuan hukum yang konservatif, hukum dan peradilan hanyalah untuk mencegah kemerosotan moral dan nilai-nilai, sedangkan dalam paradigma penemuan hukum yang progresif, hukum dan peradilan merupakan alat untuk melakukan perubahan-perubahan sosial.

Penemuan hukum progresif berangkat dari konsep hukum progresif. Sebagaimana dikemukakan Satjipto Rahardjo bahwa hukum progresif memiliki karakteristik<sup>406</sup> yaitu *Pertama*, Paradigma dalam hukum progresif adalah hukum adalah untuk manusia. Pegangan, optik atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral dalam berhukum melainkan manusialah yang berada di titik pusat perputaran hukum. *Kedua*, Hukum progresif menolak untuk mempertahankan keadaan *status quo* dalam berhukum. Mempertahankan *status quo* memberi efek yang sama seperti pada waktu orang berpendapat bahwa hukum adalah tolok ukur untuk semuanya dan manusia adalah untuk hukum. Cara berpikir demikian itu sejalan dengan cara positivistik, normatif dan legalistik. *Ketiga*, Peradaban hukum tertulis akan memunculkan akibat dan risiko, oleh

---

<sup>402</sup>Bambang Sutiyo, *op. cit.*, hlm. 52.

<sup>403</sup>Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum, op. cit.*, hlm. 100.

<sup>404</sup>*Ibid.*, hlm. 98.

<sup>405</sup>Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika, hlm. 48.

<sup>406</sup>Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2010, hlm. 61.

karena itu cara ber hukum sebaiknya juga mengantisipasi tentang bagaimana mengatasi hambatan-hambatan dalam menggunakan hukum tertulis itu. *Keempat*, hukum progresif memberikan perhatian besar terhadap peranan perilaku manusia dalam hukum. Ini bertentangan diametral dengan paham bahwa hukum itu hanya urusan peraturan.

Dalam rangka menuju ranah hukum progresif, hukum diprinsipkan dalam konsep<sup>407</sup> yaitu: *Pertama*, asumsi dasar hukum haruslah untuk manusia bukan untuk dirinya sendiri hukum itu diadakan. Jika hukum diperuntukkan untuk manusia seharusnya tidak memberlakukan masalah hukum itu menjadi masalah manusia (*human problem*) akan tetapi memperlakukan masalah manusia menjadi masalah hukum. *Kedua*, hukum progresif tidak menerima hukum sebagai institusi yang mutlak serta final. Tidak berusaha untuk mereduksi hukum hanya sekedar peraturan-peraturan, akan tetapi suatu yang lebih besar dari itu yakni hukum diletakkan dalam kaitannya dengan kemanusiaan. Berdasar semangat untuk manusia, bukan berarti hukum yang ada semuanya adalah keliru tetapi perlu disempurnakan dari sebagai mesin otomatis menjadi bermanusia, berhati nurani pada kepentingan manusia itu sendiri yang terus berkembang. *Ketiga*, hukum tidak boleh melepaskan dirinya dari tujuan sosialnya. *Keempat*, hukum mengabdikan kepada manusia karena tidak boleh mengabaikan hati nurani manusia. *Kelima*, hukum harus bermoral. Hukum tidak boleh memisahkan diri dengan moral. Hukum bukanlah sekedar peraturan biasa tetapi ia adalah bangunan ide, kultur dan cita-cita. *Keenam*, hukum progresif merupakan koreksi terhadap kelemahan sistem hukum modern yang sarat dengan birokrasi serta ingin membebaskan diri dari dominasi suatu tipe hukum liberal. *Ketujuh*, hukum harus selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. *Kedelapan*, hukum progresif merupakan koreksi terhadap kelemahan sistem hukum modern yang sarat dengan birokrasi serta ingin membebaskan diri dari dominasi suatu tipe hukum liberal. *Kesembilan*, interpretasi hukum progresif

---

<sup>407</sup>A. Sukris Sarmadi, "Membebaskan Positivisme Hukum Ke Ranah Hukum Progresif (Studi Pembacaan Teks Hukum Bagi Penegak Hukum)", *Jurnal Dinamika Hukum*, Volume 12 No. 2 Mei 2012, Fakultas Hukum: Universitas Jenderal Soedirman, hlm. 335.

dengan hati nurani, melihat hukum bukan hanya dalam dataran yang tertulis dari teks formalnya tetapi juga pada teks non formal, pro keadilan, pro rakyat demi tegaknya tujuan sosialnya dan *Kesepuluh*, hukum progresif menerima hukum bukan hanya pada internal hukum itu sendiri tetapi lebih luas yaitu di luar dari hukum bahkan untuk membangun kehidupan dan kebahagiaan manusia.

Pengambilan putusan yang mencerminkan keaktifan hakim (*judicial activism*) sangat tergantung pada perilaku atau perikelakuan (*behavioral*) hakim dalam mengambil putusan. Apabila dilihat dari perspektif *Behavioral Jurisprudence*<sup>408</sup> maka keaktifan hakim atau *judicial activism* tergantung pada pribadi-pribadi hakim. Sebagaimana diuraikan sebelumnya, Soedjono Koesoemo Sisworo mengemukakan bahwa penemuan hukum memiliki pelbagai segi yang salah satunya adalah *logis-rasional-ilmiah* dan *intuitif irrasional*. *Rasional-ilmiah* (intelektual) dalam arti bahwa hakim sebagai subjek penemu hukum seharusnya berkemampuan mengenal dan memahami kenyataan kejadiannya (fakta dan positanya) dan peraturan hukum yang berlaku dan diperlakukan beserta ilmunya, *logis-intelektual* dalam penerapan peraturan hukum normatif terhadap kasus posisinya harus mengindahkan hukum logika, baik yang formil maupun yang materiil. Selain memiliki segi *logis-rasional-ilmiah*, penemuan hukum juga memiliki segi *intuitif-irrasional* yaitu terletak dalam hal penemu hukum itu melibatkan, menggunakan perasaan yang halus dan murni mendampingi rasio dan logika sehingga bersama-sama mewujudkan rasa keadilan yang dibimbing oleh hati nurani, sehingga mengejawantahkan putusan yang adil berdasarkan kebenaran dan konsisten dengan sistem hukumnya "*gesetzgenform*".

Berdasarkan hal tersebut di atas maka seorang hakim dalam melaksanakan tugas memerlukan sarana yang dinamakan dengan penemuan hukum yaitu penemuan hukum progresif. Penemuan hukum yang progresif tidak bisa lepas dari penegakan hukum yang progresif. Menurut Satjipto Rahardjo bahwa hukum progresif terletak pada berpikir dan bertindak progresif yang membebaskan dari

---

<sup>408</sup> *Behavioral jurisprudence* (studi ilmu hukum perilaku) adalah suatu studi yang mempelajari tingkah laku aktual hakim dalam proses peradilan. Tingkah laku tersebut dipelajari dalam interaksi dan interelasinya antara orang-orang yang terlibat dalam pengambilan keputusan tersebut satu sama lain, Antonius Sudirman, *op. cit.* hlm. 32.

belenggu teks dokumen hukum karena pada akhirnya hukum bukan untuk teks hukum melainkan untuk kebahagiaan dan kesejahteraan manusia. Menurut Suhardin<sup>409</sup>, dalam konteks penegakan hukum, dedikasi para pelaku hukum (hakim) mendapat tempat yang utama untuk melakukan pemulihan. Para pelaku hukum dituntut mengedepankan kejujuran dan ketulusan dalam penegakan hukum. Mereka harus memiliki empati dan kepedulian pada penderitaan yang dialami rakyat dan bangsa. Kepentingan rakyat (kesejahteraan dan kebahagiaan) harus menjadi titik orientasi dan tujuan akhir penyelenggaraan hukum. Hukum yang menyejahterakan dan membahagiakan masyarakat telah termuat dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 yaitu kekeluargaan dan kebersamaan.

Terkait dengan hukum progresif, menurut Soetandyo Wignjosoebroto bahwa hukum progresif bukanlah hukum yang berproses balik ke era pra-positivisme, dengan langkah-langkah strategiknya untuk membangun kembali substansi hukum berdasarkan postulat-postulat moralisme seperti yang dulu dianut paham aliran naturalisme yang mempercayai *higher norms* atau *grundnorms*. Hukum (yang) progresif adalah suatu sistem hukum yang berkembang secara progresif untuk beradaptasi dengan tuntutan perkembangan kehidupan yang dalam alam empiriknya tak bisa disangkal yaitu perkembangan yang disebut globalisasi, yang walaupun menjurus ke terbentuknya *one worlds* tetapi toh *full differences* yang berdasarkan berbagai bukti globalisasi ini pada hakikatnya adalah juga merupakan proses glokalisasi<sup>410</sup>. Kemanusiaan dan keadilan menjadi tujuan dari berkehidupan hukum. Makna kalimat hukum untuk manusia bermakna juga hukum untuk keadilan. Oleh karena itu kemanusiaan dan keadilan ada di atas hukum. Hal ini sejalan dengan pendapat Benjamin Nathan Cardoso (1870-1938) dan Roscoe Pond (1870-1964). Di Jerman pandangan ini disebut “*Recht ist was dem volke nutzt*” hukum adalah apa yang berguna bagi rakyat, hukum itu penyokong kebahagiaan.

---

<sup>409</sup>Suhardin, “Fenomena Mengabaikan Keadilan dalam Penegakan Hukum”, dalam *Jurnal Mimbar Hukum* Volume 21 Nomor 2, Juni 2009, Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta, hlm. 349.

<sup>410</sup>*Ibid.*, hlm. 348.

Menurut Busthanul Arifin<sup>411</sup>, kesalahan dalam penerapan hukum dapat terjadi karena terbatasnya pengetahuan dari hakim baik pengetahuan mengenai hukum maupun kemampuan menggunakan nalar hukum (*legal reasoning*). Kurangnya pertimbangan hukum juga dapat menjadi penyebab kesalahan dalam penerapan hukum. Tugas hakim dalam mewujudkan keadilan tidak terlepas dari putusan yang dihasilkan. Seorang hakim haruslah *learned in law* dan juga *skilled in law* yaitu selain memahami benar-benar substansi dan arti hukum, juga dia harus terampil dalam penerapan hukum itu. Di tangan hakim ilmu hukum menjadi *applied science*. Para hakimlah yang memberi nyawa dan hidup pada pasal-pasal undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang terdiri dari huruf-huruf mati karena yang dihadapi sehari-hari sebagai tugasnya adalah hubungan-hubungan hukum dari manusia yang hidup dalam masyarakat yang terus berubah. Oleh karena itu hakim “*are forever condemned for the rest of their lives to continue studying the law*”. Oleh karena itu hakim yang adil sangatlah dibutuhkan dalam penegakan hukum. Penegakan hukum yang adil merupakan cita-cita negara hukum Indonesia. Sehubungan dengan hal tersebut hakim wajib berpengalaman di bidang hukum dan mutlak dimiliki hakim.

Menurut Henry Arianto<sup>412</sup>, hakim yang tidak menguasai hukum sebagaimana mestinya maka keputusan yang dihasilkan akan membuahkan kemudhorotan bagi masyarakat. Carut marut hukum akan terjadi ketika hakim tidak profesional dan ahli di bidangnya. Sebagaimana hadist riwayat Imam Bukhori menyebutkan: “Ketika hukum disandarkan kepada orang yang bukan ahlinya maka tunggulah kehancurannya”.

Menurut Soedjono Koesoemo Sisworo<sup>413</sup>, bahwa hati nurani (*geweten/conscience of man*) berfungsi sebagai faktor yang dapat mencegah dan menjaga penemuan hukum dari penalaran yang penghayatan permasalahan yang (mungkin sekali) serba tidak pasti /*wilekeurig/arbitrair* dalam bentuknya yang

---

<sup>411</sup>dalam Busthanul Arifin, “Sepanjang Jalan Kenangan Bersama Bismar Siregar, sang Hakim”, dalam *Majalah Hukum Varia Peradilan* No. 282 Mei 2009, hlm. 67.

<sup>412</sup>Henry Arianto, “Peranan Hakim Dalam Upaya Penegakan Hukum di Indonesia”, dalam *Jurnal Lex Jurnalica* Volume 9 Nomor 3, Desember 2012, Universitas Esa Unggul : Fakultas Hukum, hlm. 160.

<sup>413</sup>Soedjono Koesoemo Sisworo, *op. cit.* hlm.8.

lebih konkrit ialah rasa *teposliro* dengan *mulatsiro*. Kemampuan ini sekiranya dan pada akhirnya harus ditingkatkan terus dengan selalu diasah dan diasuh sehingga mampu menerima hidayah dan inayah dari Tuhan seru sekalian alam. Oleh karena itu, karya kegiatan sedemikian itu oleh Paul Scholten dinamakan sebagai *“rechtvinden is altijd tegelijk intellectueel en intuitief zedelijk werk”*. Secara normatif, hakim diberikan kebebasan oleh hukum untuk mengadili sesuai dengan keyakinannya tanpa dipengaruhi oleh siapapun. Hakim bebas memutuskan perkara berdasarkan pikiran dan hati nuraninya dan juga bebas dari campur tangan pihak ekstra yudisial. Namun demikian, apa yang terjadi dalam praktik terjadi banyak pengaruh terhadap hakim dalam mengambil putusan, sebagaimana Richard Posner mengemukakan : *“...The possible other factors (call them personal) include personality traits, or temperament (and thus emotionality at one end of the temperament spectrum and emotional detachment at the other end), which are more or less innate personal characteristics”*. Selain itu, hakim dalam praktik menangani suatu perkara di pengadilan tidak terlepas dari dan dipengaruhi oleh sistem nilai yang dianut. Hakim akan selalu bergumul dan berdialog dengan sistem nilai yang bersemayam dalam kejiwaan dan mentalitas hakim tersebut. Hakim akan memilih nilai-nilai apa yang dipentingkan dan yang diutamakan terhadap suatu perkara yang dihadapkan kepadanya.

Proses penanganan perkara oleh hakim di Pengadilan tidak hanya urusan teknis yuridis dan prosedural penerapan peraturan semata-mata, namun melibatkan orientasi nilai-nilai yang dianut oleh hakim. Dalam proses menjatuhkan suatu putusan, terjadi proses berpikir, menimbang-nimbang dan dialog hakim dengan nilai-nilai yang bersemayam di dalam alam kejiwaan hakim tersebut. Hakim akan memilah dan memilih nilai-nilai apa yang akan diwujudkan. Perwujudan dan pilihan terhadap nilai-nilai tersebut dalam praktik sangat ditentukan oleh faktor-faktor yang meliputi: tingkat kepentingan, pengetahuan, kebutuhan hidup, lingkungan dan kebiasaan serta karakter pribadi hakim. Faktor-faktor tersebut akan sangat menentukan arah hakim dalam memutuskan perkara.

Hakim mempunyai peranan mewujudkan *total justice*<sup>414</sup> yaitu mendekatkan atau menjembatani keadilan dan kepastian atau *legal justice and moral justice* yang dalam praktik tidak mudah. Aharon Barak<sup>415</sup> mengemukakan bahwa hakim yang baik adalah hakim dengan legitimasi yang dimilikinya mampu membuat dan menciptakan hukum lebih dari sekedar hukum yang dapat menjembatani hukum dengan masyarakatnya yaitu : “*A good judge, is a judge who, within the bounds of the legitimate possibilities at his dispose, makes the law that, more than other law, he is authorized to make, best bridges the gap between law and society and best protect the constitution and its values*”. Oleh karena itu memerlukan kearifan dengan naluri yang tinggi serta hati nurani yang jernih yang dapat diperoleh dengan pengalaman yang cukup, ilmu pengetahuan yang luas disertai kejujuran<sup>416</sup>.

Sebagaimana dikemukakan Mackenzie<sup>417</sup> bahwa ada beberapa teori atau pendekatan yang dapat digunakan oleh hakim dalam mempertimbangkan penjatuhan putusan dalam suatu perkara, yaitu: *Pertama*, Teori Keseimbangan yaitu keseimbangan antara syarat-syarat yang ditentukan oleh undang-undang dan kepentingan pihak-pihak yang berkaitan dengan perkara seperti adanya keseimbangan yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat, kepentingan penggugat, kepentingan tergugat. *Kedua*, Teori Pendekatan Seni atau Intuisi. Pendekatan seni dipergunakan oleh hakim dalam penjatuhan suatu putusan lebih ditentukan oleh instink atau intuisi daripada pengetahuan hakim. *Ketiga*, Teori Pendekatan Keilmuan. Titik tolak teori ini adalah pemikiran bahwa proses penjatuhan putusan harus dilakukan secara sistematis dan penuh kehati-hatian. Pendekatan keilmuan ini merupakan semacam peringatan bahwa dalam memutus suatu sengketa, hakim tidak boleh semata-mata atas dasar intuisi atau instink

---

<sup>414</sup>Cita ideal keadilan yang dikeluarkan pengadilan adalah apa yang digagas oleh Lawrence M. Friedman yaitu *Total Justice*. Konsep tersebut sekaligus merupakan kritik terhadap sistem pengadilan di Amerika Serikat yang dinilai terlalu banyak pengacara (*to many lawyers*) terlalu banyak hukum (*too much law*) dan terlalu banyak perkara di pengadilan (*to much litigation*), dalam Artidjo Alkostar, *Membangun Pengadilan Berarti Membangun Peradaban Bangsa*, Varia Peradilan Tahun XX No. 38 Juli 2005.

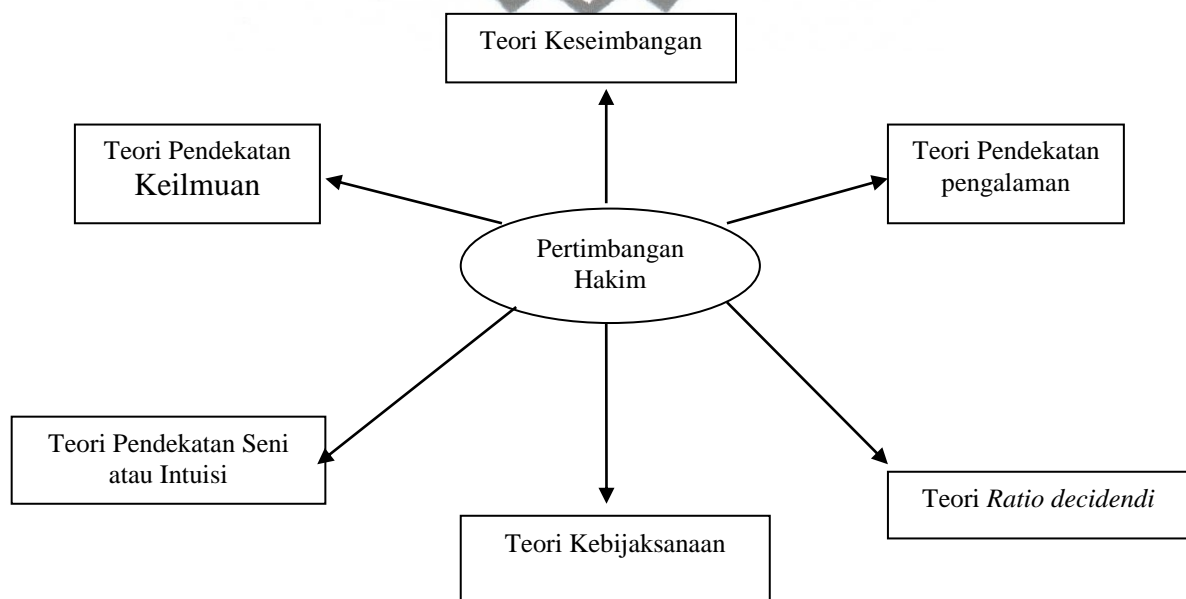
<sup>415</sup>Jimly Maruli, “Dicari: Putusan Yang Progresif”, dalam Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXV No. 293 April 2010, hlm. 78.

<sup>416</sup>*Ibid.*

<sup>417</sup>Bagir Manan, “Hakim dan Pemidanaan”, dalam Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No. 249 Bulan Agustus 2006, Ikahi, Jakarta, 2006, hlm. 7.

semata, tetapi harus dilengkapi dengan ilmu pengetahuan hukum dan juga wawasan keilmuan hakim dalam menghadapi suatu perkara yang harus diputuskannya. *Keempat*, Pendekatan pengalaman. Pengalaman dari seorang hakim merupakan hal yang dapat membantunya dalam menghadapi perkara-perkara yang dihadapi sehari-hari, karena dengan pengalaman yang dimilikinya seorang hakim dapat mengetahui bagaimana dampak dari putusan yang dijatuhkan. *Kelima*, Teori *ratio decidendi*. Teori ini didasarkan pada landasan filsafat yang mendasar yang mempertimbangkan segala aspek yang berkaitan dengan pokok perkara yang disengketakan, kemudian mencari peraturan perundang-undangan yang relevan dengan pokok perkara yang disengketakan sebagai dasar hukum dalam penjatuhan putusan serta pertimbangan hakim harus didasarkan pada motivasi yang jelas untuk menegakkan hukum dan memberikan keadilan bagi para pihak yang bersengketa. *Keenam*, Teori Kebijaksanaan. Teori ini dapat digunakan oleh hakim agar putusan-putusan yang dijatuhkan dapat memenuhi dimensi keadilan yaitu keadilan formil dan keadilan substantif sekaligus. Apabila dibuat bagan akan nampak sebagai berikut :

Bagan 7:  
Teori Pendekatan Pertimbangan Hakim dalam Menjatuhkan Putusan



Selain itu kendala yang (dapat) timbul dalam penegakan hukum oleh hakim menurut Antonius Sudiman bisa bersifat subjektif<sup>418</sup> atau objektif<sup>419</sup> ataupun kedua-duanya. Menurut Soedjono Koesoemo Sisworo<sup>420</sup> kendalanya adalah pada satu pihak objeknya yakni masalah sengketa yang tidak sederhana (*complicated*) sedangkan di pihak lain yakni pengambil keputusan/hakim ada kekeliruan atau tidak proporsional metodologinya atau *semrawut-arbitrer* psikologinya. Sarana khususnya yang ilmiah dalam praktiknya dapat menjadi agak terdesak kebelakang. Metodologi ilmiah akademis itu tidak dapat memberikan bantuan maupun pengawasan bagi pekerjaan hakim karena yang menonjol justru aspek psikologinya.

Kiranya berbagai pendekatan dan teori yang dikemukakan oleh para ahli hukum yang berwawasan progresif dapat dipergunakan sebagai panduan bagi para hakim sebagai metode pendekatannya dalam menjatuhkan putusannya, terutama dalam memeriksa dan menjatuhkan putusan yang berkaitan dengan konflik kekerasan budaya (*carok*) di wilayah Madura; sehingga nantinya putusannya tersebut dapat diterima oleh masyarakat setempat; khususnya adalah para pihak yang bertikai antara pelaku dan korban beserta keluarganya; namun sebaliknya apabila putusan tersebut dirasakan kurang memenuhi rasa keadilan maka kemungkinan akan terjadi *carok* balasan. Tujuan hukum adalah semata-mata untuk mencari keadilan. Sedangkan konsep keadilan yang digunakan adalah konsep keadilan yang dikembangkan John Rawls yang mengembangkan konsep keadilan sebagai *justice as fairness* (keadilan sebagai kejujuran), jadi prinsip keadilan yang paling *fair* itulah yang harus dipedomani. Menurut John Rawls<sup>421</sup> ada dua prinsip dasar keadilan yaitu keadilan yang formal dan keadilan yang substantif sebagai

---

<sup>418</sup>Faktor subjektif meliputi sikap perilaku hakim yang apriori, emosional, sikap *arogance power* dan moral, dalam Antonius Sudirman, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya Suatu Pendekatan dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudence) Kasus Hakim Bismar Siregar*, hlm. 92.

<sup>419</sup>Faktor objektif meliputi latar belakang sosial, budaya, ekonomi serta profesionalisme, *ibid.* hlm. 93.

<sup>420</sup>Metodologi sebagai jalan yang harus ditempuh/diikuti untuk menemukan penyelesaian dan pemecahan masalah (untuk membentuk putusan) bersifat ilmiah, Soejono Koesoemo Sisworo, *op.cit.*, hlm. 10.

<sup>421</sup>John Rawls, *A theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1971, hlm. 52-53.

berikut: “*The first statement of the two principles reads as follows. First: each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be everyone’s advantage and (b) attached to positions and offices open to all*”.

Dari prinsip keadilan tersebut, maka setiap orang memiliki hak yang sama dengan skema yang paling luas dari kebebasan dasar yang sama sesuai dengan skema sedemikian rupa, sehingga keduanya (a) cukup diharapkan untuk keuntungan semua orang, dan (b) yang melekat pada posisi dan kantor terbuka untuk semua semakin menunjukkan bahwa keadilan itu adalah hak setiap orang, apa dan bagaimanapun status sosial ekonominya. Menurut Rawls, ada dua kewajiban natural yang sangat penting: (1) kewajiban untuk mendukung dan mengembangkan institusi-institusi yang adil dan (2) kewajiban natural untuk saling menghargai. Keadilan merupakan sebuah nilai primer bagi manusia, maka kewajiban untuk selalu bersikap adil menuntut bahwa ketika keadilan harus ditegakkan dengan menggunakan cara-cara yang adil pula. Hal penting yang harus diperhatikan dalam kaitan tersebut adalah peringatan Rawls untuk menghindarkan praktik-praktik yang tidak adil sekalipun dilakukan atas nama keadilan. Keadilan tidak boleh ditegakkan dengan cara-cara yang tidak adil. Cara-cara yang tidak adil, meskipun dilakukan atas nama keadilan, tetap saja bertentangan dengan esensi keadilan itu sendiri.<sup>422</sup>

Keadilan sebagai *fairness* tidak akan pernah menjadi kenyataan dalam kehidupan warga apabila tidak ada kesadaran luas akan pentingnya saling menghargai sebagai sebuah nilai moral diantara anggota masyarakat. Oleh sebab itu, sikap saling menghargai harus dapat dilihat juga sebagai suatu kewajiban natural yang pengungkapannya menjadi bukti nyata dari saling pengakuan diantara anggota masyarakat sebagai pesan moral. Rawls menegaskan bahwa setiap anggota masyarakat harus tunduk pada batasan-batasan institusional, tetapi

---

<sup>422</sup>Eman Suparman, *Arbitrase & Dilema Penegakan Keadilan*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2012, hlm. 110.

tidak ada tuntutan moral yang dapat begitu saja muncul dari fakta adanya lembaga-lembaga. Rawls menyadari dengan baik untuk tetap melihat perbedaan antara tuntutan-tuntutan moral di satu pihak dengan tuntutan-tuntutan legal institusional di lain pihak. Oleh karena itu, kendati memberi tekanan yang sangat kuat pada prinsip keadilan dan sikap saling menghargai sebagai prinsip-prinsip moral yang harus ditegakkan demi suatu kerjasama yang saling menguntungkan, namun Rawls tetap percaya bahwa himbauan moral saja tidak mencukupi. Masih dibutuhkan prinsip-prinsip legal institusional yang memang memiliki kekuatan memaksa individu dari luar untuk bisa bersikap adil dan menghargai hak pihak lain. Rawls menyebut dukungan dan kepatuhan pada lembaga-lembaga yang adil sebagai suatu kewajiban natural manusia.<sup>423</sup>

Dalam mencapai *access to justice*, harus menempuh cara yang berliku dikarenakan jalan menuju kesana membutuhkan sarana yang bersifat ekonomis dan intelektual.<sup>424</sup> Sedangkan keadilan merupakan suatu nilai yang teramat tinggi kedudukannya dalam masyarakat, oleh karena itu perlu mendapat pelayanan yang sebaik-baiknya bagi mereka yang mencarinya. Keadilan dan pemberian keadilan merupakan masalah yang kompleks dan rumit. Manajemen keadilan yang bijaksana tentu akan menanganinya sesuai dengan kompleksitas tersebut. Dalam sistem peradilan yang paling sederhana, figur di pengadilan cukup berpusat pada “Hakim” yang notabene adalah juga penguasa politik. Sistem peradilan demikian juga sangat mengandalkan sifat kharismatik sang hakim. Sebagaimana Weber membagi tiga tipe otoritas yang niscaya terdapat dalam masyarakat manusia sebagai berikut: “*He saw law as going through three ideal stages of development:*

1. *Charismatic – where leality arises from harismatis revelation-ie as grift of grace – through ‘law prophets’, who are rules believed to have extraordinary personal qualities. The law which they propound is supported by an administrative apparatus of close aides or ‘disciples’.*

---

<sup>423</sup>*Ibid.*, hlm. 111.

<sup>424</sup>Sebagaimana hukum modern sarat dengan bentuk-bentuk formal, dengan prosedur-prosedur dan dengan birokrasi penyelenggaraan hukum. Materi hukum dirumuskan secara terukur dan formal dan diciptakan pula konsep-konsep baru serta konstruksi khusus, dalam Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta, 2010, hlm. 223.

2. *Traditional* – where charisma may become institutionalised through descent and the law-making powers pass to a successor. Law is then supported by tradition and inherits status as in the case of new monarchies.
3. *Rational* – where there is a ‘systematic elaboration of law and professionalised administration of justice by persons who have received their legal training in a learned and formally logical manner’. In this case the authority of law is based on the accepted legitimacy of the law-givers, rather than on charisma. There is a rationalised legal order which dominates in an impersonal fashion.<sup>425</sup>

Masing-masing tipe otoritas tersebut, menentukan model penyelenggaraan hukum (baik *law-making*, *law-finding*, maupun *law-enforcement*). Dalam rezim otoritas kharismatik, tidak terdapat pembuatan hukum. Namun yang ada hanyalah penemuan hukum lewat intuisi dan bisikan supranatural. Akibatnya penerapan hukum hanya mengandalkan kebijaksanaan etis moral yang unik dari tokoh kharismatik. Oleh karena sifatnya sangat individual dan penuh misteri, bisa jadi penerapan hukum didasarkan pada emosi, intuisi dan rasa pribadi sang pengadil.

Weber menyebutkan keadilan yang dikejar dalam sistem seperti ini sebagai keadilan *kadi* atau keadilan *Solomonian*. Peradilan *kadi* adalah peradilan yang sangat *arbiter* dan karena itu juga dinilai sebagai peradilan yang paling tidak rasional. Putusan-putusan peradilan ini sepenuhnya dipercayakan kepada kearifan sang pengadil, tanpa dirasakan perlunya untuk dikontrol oleh keniscayaan sistem.<sup>426</sup> Koridor kekuasaan demikian longgarnya, sehingga lama-lama disadari bahwa tanpa ada pembatasan, kekuasaan itu mudah disalahgunakan. Menyerahkan hukum ke tangan hakim yang lalim pada hakikatnya sama saja dengan membawa hukum di tangan penyamun yang “main hakim sendiri”. Dalam proses penyelesaian sengketa di Pengadilan, hakim dituntut aktif memahami makna Pasal 5 ayat (1) UU No.48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, yakni sebagai hakim mempunyai tanggung jawab yang melekat pada tugas sebagai hakim untuk

---

<sup>425</sup>Cavendish Law Cards, *Jurisprudence*, Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 1997, hlm. 127.

<sup>426</sup>Bernard L. Tanya, dkk., *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2013, hlm. 123.

aktif dalam rangka mewujudkan keadilan bagi masyarakat. Adapun implementasi tersebut sejalan dengan imbauan Carbonnier bahwa “demikianlah senantiasa telah terjadi bahwa selama ribuan tahun, dituntut adanya para hakim yang berpikir”.<sup>427</sup> Perubahan paradigma legalistik menjadi paradigma yang lebih memihak pada “*social justice*” ini merupakan “*desirata*” atau kebutuhan utama dalam dunia peradilan. Sebagaimana Oliver Wendell Holmes mengatakan bahwa: “*The life of law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, institutions of public policy avowed or unconscious even the prejudices which judges share with their fellowmen, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed*”<sup>428</sup>

Tugas yang diemban oleh aparat penegak hukum sebagaimana dikemukakan oleh Immanuel Kant merupakan “kewajiban kategoris” atau “kewajiban mutlak” dan tidak mengenal istilah “dengan syarat”. Tugas adalah tugas, wajib dilaksanakan.<sup>429</sup> Pelaksanaan tugas hakim adalah dalam rangka “mendistribusikan” keadilan. Hakim melalui penanganan suatu kasus melaksanakan distribusi keadilan bagi negara atau masyarakat, korban dan juga pelaku.<sup>430</sup> Bukan malahan sebaliknya, sebagaimana digambarkan oleh pujangga besar Ki Ronggowarsito, dalam serat “Joko Lodang Kawedar”, bait 4 dan serat “Sabda Pranawa”, bait 4, sebagai berikut:

*“Sasedyane tanpa dadya, sacipta-cipta tan polih, kang reraton rantas mrih luhur asor pinanggih, bebendu gung nekani, kongas ing kanistanipun wong agung nis gungiro, sudireng wiring jrih lalis, ingkang cilik tan tolih ring cilikira”*. Terjemahannya sebagai berikut:

---

<sup>427</sup> Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, ctk. Kelima, Kencana, Jakarta, 2013, hlm. 479. Lihat Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

<sup>428</sup> *Ibid.*

<sup>429</sup> Bernard L. Tanya, *Penegakan Hukum Dalam Terang Etika*, ctk. Pertama, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm.25.

<sup>430</sup> *Ibid.*

“Hampir setiap rencana tiada menemukan sasarannya, dan segala sesuatu yang difikirkan dan dibangun tiada memberikan kegunaan. Yang angkuh bergaya bagaikan raja berguguran, ingin diatas tapi malahan terjerumus ke bawah, karena didatangi kemarahan dari Tuhan, banyak yang terkenal karena rendah budinya, orang-orang besar/para pembesar kehilangan kebesaran jiwanya, berani malu tapi takut mati atau takut kehilangan jabatannya, sedangkan rakyat kecil tiada tahu akan kedudukan dan hak-haknya. (Serat Joko Lodang Kawedar, bait 4).

*“Beda lan kang pengajaping kapti, ngaji pupung mupung dari gesang sadina-dina den tutke, rubendaning tyas ngumbruk, gung kinintil mung atut wuri, riwut ing nala, arawat dahuru, korup kaserang tyas gowah, wahanane gorohnya saya andadi, sedaya mung yun cidro”*. Terjemahannya:

“Berlainan dengan apa yang dikehendaki oleh orang banyak/rakyat, mereka ngaji pupung maupun sedang hidup berkuasa, setiap hari selalu diikuti, oleh gangguan-gangguan hati yang menumpuk yang semakin lengket mengikuti, hatinya semakin risau tidak menentu, menderita tekanan-tekanan batin pantas hati semakin parah menderita, akibatnya keinginan bohong menjadi-jadi, semua orang cenderung ingkar dan luntur kesetiannya serta suka saling memfitnah.”<sup>431</sup>

Setiap kali persoalan-persoalan hukum muncul dalam nuansa transisi, namun penyelenggaraan hukum terus saja dijalankan layaknya kondisi normal. Hampir tidak ada terobosan cerdas menghadapi kemelut transisi pasca orde baru. Hukum dijalankan sebagai rutinitas belaka (*business as usual*) dan akibatnya hukum terdorong ke jalur lambat dan mengalami kemacetan yang cukup serius.<sup>432</sup> Pemahaman hukum menurut Satjipto Rahardjo<sup>433</sup> bukan hanya sekedar teks undang-undang, bahwa “hukum sebagai dokumen antropologi”, namun

<sup>431</sup>Soejono Koesoemo Sisworo, “Beberapa Aspek Filsafat Hukum Dalam Penegakan Hukum”, Makalah disajikan dalam Diskusi Panel dengan tema *Fungsi dan Tugas Birokrasi dalam Menegakkan Hukum serta Berbagai Aspek Yang Terkait Didalamnya*, Fak. Hukum Undip, tanggal 20 Desember 1988.

<sup>432</sup>Hal inilah yang memunculkan perlunya hukum progresif, dalam Bernard, *op.cit.*, hlm.190.

<sup>433</sup>Satjipto Rahardjo, *Mendudukan Undang-Undang Dasar Suatu Pembahasan Dari Optik Ilmu Hukum Umum*, ctk. Pertama, Genta Press, Yogyakarta, 2007, hlm.36.

hendaknya dalam pemahaman hukum tersebut dapat menempatkan manusia (*anthropos*) pada titik pusat. Sikap intelektual ini menjadikan hukum tidak hanya berkisar pada masalah perundang-undangan (*binnen de kader van de wet*). Hukum adalah masalah manusia dan paradigma disini adalah hukum untuk manusia. Masalah yang dipermasalahkan bukan undang-undang. Sikap intelektual demikian akan mendorong terjadinya praksis yang penuh kreatif, inovatif dan progresif.

Hukum diperlukan kehadirannya untuk mengatasi berbagai persoalan yang terjadi. Eksistensi hukum sangat diperlukan dalam mengatur kehidupan manusia. Tujuan hukum adalah untuk melindungi kepentingan manusia dalam mempertahankan hak dan kewajibannya.<sup>434</sup> Hukum dalam wujud putusan hakim hanya mengikat pihak-pihak tertentu saja. Hal ini berbeda dengan hukum yang dibuat lembaga legislatif dalam wujud undang-undang yang mengikat secara umum.<sup>435</sup> Sehubungan dengan hukum dalam arti produk lembaga legislatif dan hukum dalam arti putusan hakim memiliki kelebihan dan kelemahan. Undang-undang lebih menjamin kepastian hukum sedangkan kelemahannya adalah lamban dan statis. Sedangkan putusan hakim kadar kepastiannya lebih rendah dibandingkan dengan undang-undang tetapi kadar elastisitasnya jauh lebih tinggi daripada undang-undang. Melalui putusan-putusan hakim yang berkualitas dan kreatif maka hakim dapat melakukan berbagai terobosan hukum.<sup>436</sup>

### 3. Terobosan Hakim melalui *Judicial Activism*

Terobosan hukum yang dilakukan oleh hakim menjadi penting karena menurut R. Dworkin tidak semua kasus hukum yang kompleks dan sulit atau *hard cases* dapat secara langsung ditemukan jawabannya dalam hukum positif yang tersedia. Dalam *hard cases* diperlukan kemampuan menganalisis, menginterpretasi dan melakukan terobosan hukum untuk mendapat jawaban yang tersedia. Meskipun demikian, para hakim bukan dan seharusnya tidak, menjadi

---

<sup>434</sup>Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti Dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, 2012, hlm. 2.

<sup>435</sup>Achmad Ali dan Wiwie Heryani, *Menjelajah Kajian Empiris Terhadap Hukum*, ctk. Kedua, Jakarta : Kencana Prenadamedia Group, 2013, hlm. 151.

<sup>436</sup>*Ibid.*, istilah yang digunakan Satjipto Rahardjo adalah “revolusi pengadilan”.

pembuat hukum. Oleh karena itu bagi R. Dworkin tetap dibutuhkan teori yang lebih memadai untuk menangani kasus berat. Apabila hakim tidak boleh membuat hukum sementara hakim dihadapkan kasus berat, bagaimana terobosan hukum bisa dimungkinkan ? Dworkin menjawab pertanyaan dengan memberi perbedaan yang jelas antara argumen prinsip (*argumen of principles*) dan argumen kebijakan (*argumen of policies*). Disebut argumen kebijakan ketika hakim berusaha mempertanggungjawabkan keputusan dengan menunjukkan manfaat bagi komunitas politik secara keseluruhan. Sementara argumentasi prinsip adalah argumen hakim yang membenarkan putusan karena pada dasarnya menghormati atau melindungi hak-hak individu atau kelompok. Setiap kasus baik *hard cases* maupun *clear cases* pada hakikatnya unik sehingga memerlukan interpretasi hukum yang baru atau dengan kata lain tidak pernah ada dua perkara yang sepenuhnya serupa.<sup>437</sup> Para hakim bukanlah legislator karena tugasnya adalah melakukan adjudikasi (*adjudication*) atau memeriksa dan mengadili. Tugas membuat undang-undang itu ada dalam ranah legislasi. Kendatipun demikian pada akhirnya hakimlah yang menentukan apa yang dikehendaki oleh undang-undang. Sebagaimana pendapat Dworkin yang dikutip Satjipto Rahardjo, Hakim sesungguhnya juga “membuat hukum” pada tingkatan lebih tinggi. Hal ini dikarenakan hakim memutuskan hukum itu tidak dilakukan dengan membaca teks (*textual reading*) melainkan menggali moral dibelakangnya (*moral reading*).<sup>438</sup>

Pelaksanaan tugas hakim dalam rangka memberi keadilan<sup>439</sup> bagi masyarakat dan pencari keadilan maka hakim dapat menggunakan kekuasaan yang luas sebagai *judge made law*. Apabila perundang-undangan tidak mempunyai jawaban dan tidak pula ada putusan pengadilan mengenai perkara yang sejenis yang akan diputuskan maka hakim akan mencari jawabannya pada pendapat sarjana hukum.

---

<sup>437</sup>Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 1978, hlm. 148.

<sup>438</sup>Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Aksi, Bukan Teks* dalam Satya Arinanto dan Ninuk Triyanti (ed) 2010, *Memahami Hukum Dari Konstruksi Sampai Implementasi*, Jakarta, Rajawali Press, hlm. 5.

<sup>439</sup>Lihat dalam makalah Soejono Koesoemo Sisworo, *op.cit.*, hlm. 5, yang ditegaskan hakim (sebagai aparat penegak hukum dan keadilan) adalah dua nilai, yang satu dengan yang lain tidak dapat dipisah-pisahkan, yaitu : hukum dan keadilan. Dengan kata lain bahwa keadilan itu merupakan salah satu unsur konstitutif dari (hakekat pengertian) hukum.

Jika pendapat ahli hukum tidak diketemukan untuk dijadikan pedoman oleh hakim untuk memutus perkara maka hakim dibenarkan untuk menemukan hukum dengan jalan interpretasi dan konstruksi hukum, kalau perlu mengadakan *contra legem* terhadap pasal-pasal peraturan perundang-undangan yang telah ada. Hakim dapat menjawab segala masalah hukum baru yang muncul melalui *judicial activism*,<sup>440</sup> dalam rangka mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis. Dalam rangka menegakkan aturan-aturan hukum, diperlukan adanya institusi yang dinamakan kekuasaan kehakiman (*judicative power*). Kekuasaan kehakiman diselenggarakan oleh badan-badan peradilan negara. Tugas pokok badan peradilan adalah memeriksa, mengadili, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan oleh masyarakat pencari keadilan. Pelaku inti yang secara fungsional melaksanakan kekuasaan kehakiman adalah hakim.

Soejono Koesoemo Sisworo<sup>441</sup> mengemukakan bahwa tugas hakim dirumuskan “paling anggun” yaitu alat kekuasaan yang merdeka yang menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia yang pada setiap keputusannya wajib memuat kalimat kepala “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”<sup>442</sup>. Dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman tersebut, hakim harus memahami ruang lingkup tugas dan kewajiban sebagaimana telah diatur dalam perundang-undangan. Setelah memahami tugas dan kewajiban, selanjutnya hakim harus berupaya secara profesional dalam menjalankan dan menyelesaikan pekerjaannya. Profesionalitas seorang hakim dilaksanakan dengan peran aktif (*judicial activism*) dari hakim dalam proses peradilan.<sup>443</sup> *Judicial activism* perlu diupayakan secara sungguh-sungguh oleh seorang hakim

---

<sup>440</sup>Cahyono, 2018. “Terobosan Hakim Dalam Mengadili Hard Cases Melalui Judicial Activism”, Majalah Hukum Dandapala, Vol. IV, Edisi 3 Mei-Juni 2018. Tersedia di <https://badilum.mahkamahagung.go.id/berita/majalah-dandapala/2610-dandapala-volume-iv-edisi-3-mei-juni-2018.html>. Lihat pula Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

<sup>441</sup> Soejono Koesoemo Sisworo, *op.cit.*, hlm.1.

<sup>442</sup>Lihat Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 2 ayat (1) UU No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

<sup>443</sup>Paulus Efendi Lotulung, *Hukum Tata Usaha Negara Dan Kekuasaan*, Salemba Humanika, Yogyakarta, 2013, hlm.99.

dikarenakan pengetahuan hakim yang terbatas, sebagaimana dikemukakan Richard A. Posner bahwa hakim “bukan profesor” dengan penguasaan ilmu yang umum tidak seperti profesor dengan ilmu yang khusus (spesialis), sebagai berikut:

“.... *Realism about judges is sorely lacking there. Law is taught as if judges were second class professors, professors manque-legal analysts lacking the specialized knowledge of the law professor.*”<sup>444</sup>. Selain itu seorang hakim juga sudah terbiasa dengan pola kerja yang hanya menerima perkara (*judicial passivity*), sebagaimana diungkapkan: ....*The curious judicial passivity that result from judges being accustomed simply to decide whatever is brought to them to decide, rather than to initiate anything....*”<sup>445</sup> Dalam rangka melaksanakan tugas tersebut, seorang hakim melalui metode penemuan hukum berperan aktif melaksanakan *judicial activism* dalam putusan-putusannya dalam rangka mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis. Tugas hakim dalam mewujudkan keadilan tidak terlepas dari putusan yang dihasilkan. Sebagaimana diungkapkan James C. Reymond<sup>446</sup> bahwa teknik membuat putusan yang baik adalah seni (*art*) bukan sekedar hanya ilmiah (*science*). Oleh karena seni maka seseorang dapat sepanjang hidupnya mengembangkan dan melalui proses belajar senantiasa mengarah naluri keindahannya. Dalam sistem yang berlaku di Indonesia,<sup>447</sup> metode penemuan hukum (*rechtvinding*) sebagai salah satu atau bentuk *tehniko juridik* yang dihasilkan oleh kombinasi antara ilmu pengetahuan dan pengalaman hakim sebagai profesi (*knowledge and experience*). Sebagaimana menurut J.M. Polak bahwa penemuan hukum sesungguhnya memiliki pelbagai segi yang bersifat

---

<sup>444</sup> Richard A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, United States, 2010, hlm. 377.

<sup>445</sup> *Ibid.*

<sup>446</sup> Sebagaimana dikutip Paulus Effendi Lotulung, *op. cit.*, hlm. 86.

<sup>447</sup> Sistem hukum di Indonesia pada umumnya terpengaruh oleh sistem hukum *civil law* (Eropa Kontinental) yang berasal dari berbagai universitas dan Hukum Romawi, yakni berbagai peraturan yang didasarkan pada dan secara terus-menerus berusaha mencari solusi bagi sebuah permasalahan dihadapan pengadilan, sedangkan *common law* dengan pendekatannya yang konkrit dan mendasarkan pada pengadilan, berusaha mencari jawaban-jawaban pragmatis untuk diketengahkan dihadapan pengadilan. Perkara menjadi sumber utama *common law*, sedangkan undang-undang dan hukum yang terkodifikasi menjadi bagian-bagian yang membentuk *civil law*. Lihat dalam Peter de Cruz, *Perbandingan Sistem Hukum*, ctk. Ketiga, Nusa Media, Bandung, 2012, hlm. 55. Penerjemah: Narulita Yusron.

*logis-rasional-ilmiah* tapi sekaligus juga *intuitif-irrasional*. Rasional-ilmiah (*intellectual*) dalam arti hakim (seharusnya) berkemampuan mengenal dan memahami kenyataan kejadiannya (fakta dan positanya) dan peraturan hukumnya yang berlaku dan akan diperlakukan beserta ilmunya; *logis-intellektual* dalam penerapan peraturan hukum normatif terhadap kasus posisinya harus mengindahkan hukum logika, baik yang formil maupun yang materiil; sedangkan aspek *intuitif-irrasional*-nya adalah terletak dalam hal penemu hukum (hakim) itu melibatkan, menggunakan dan mendambakan perasaannya yang halus dan murni mendampingi ratio dan logika, sehingga bersama-sama mewujudkan rasa keadilan yang dibimbing oleh hati nurani, dan dapat mengejawantahkan putusan yang adil berdasarkan kebenaran.

“Hati nurani” (*geweten/conscience of man*) seorang hakim dapat berfungsi sebagai faktor yang dapat mencegah dan menjaga penemuan hukum dari penalaran dan penghayatan permasalahan yang mungkin sekali serba tidak pasti (*willekeurig/arbitrair*). Sebagaimana lebih dikonkritkan adanya rasa *teposliro* dengan *mulatsiro*. Kemampuan ini sekiranya pada akhirnya ditingkatkan terus dengan selalu diasah dan diasuh, sehingga menerima hidayah dan inayah dari Tuhan Seru Sekalian Alam. Sebagaimana disampaikan oleh Paul Scholten bahwa penemuan hukum sebagai *Rechvinden is altijd tegelijk intellectueel en intuitief zedelijk werk*.<sup>448</sup> Kemampuan mengambil suatu putusan yang dimiliki seorang hakim sebagaimana pendapat Josef Esser diperoleh selama menempuh pendidikan dan meniti karir yang dijalannya. Kematangan pengetahuan dan pengalaman dari hakim sangat penting dalam mengambil suatu putusan. Hal ini sebagaimana juga dikemukakan oleh Oliver Wendell Holmes, dengan mengatakan bahwa “*the life of the law has not been logic; it is experience*”. Sebagai hakim, Holmes memilih untuk mengikuti parameter “pengalaman”. Melalui pengalaman ini, menurutnya dimungkinkan bagi hakim untuk keluar dari belenggu skema logis. Pengalaman tersebut tidak mempunyai rujukan kepada perundang-undangan, melainkan kepada sesuatu yang lebih spontan (*onmiddelijk*) dan hakim merasakan hal itu.

---

<sup>448</sup>Penemuan hukum bukanlah semata-mata *reinlogische Arbeit*, dalam Soejono Koesoemo Sisworo, *op.cit.*, hlm.8.

Memutus berdasarkan pengalaman adalah berdasarkan pada apa yang oleh Paul Scholten disebut sebagai *onmiddelijk evident*. Scholten mengatakan bahwa dalam putusan-putusan yang dibuat oleh hakim terdapat unsur lompatan (*in de beslissing zit ten slotte altijd een sprong*), serta tidak percaya bahwa putusan itu hanya dicapai melalui simpulan logis.<sup>449</sup> Apapun metode pendekatan yang akan dipakai oleh hakim pada penemuan hukum, yaitu bertemunya *methodenwahl in der Rechtsfindung*. Uraian argumentasi pertanggungjawaban semestinya dipaparkan dalam *ratio decidendi* dan dimana perlu juga dalam *obiter dicta* dari putusan. Oleh karena itu harus dibuat seakseptabel mungkin untuk pihak-pihak yang berperkara, masyarakat maupun forum ilmiah.<sup>450</sup>

Ada beberapa kendala yang berkaitan dengan penemuan hukum hakim sebagaimana diungkapkan Soejono Koesoemo Sisworo bisa bersifat objektif atau subjektif ataupun kedua-duanya. Pada satu pihak objeknya yakni masalah/perkara yang diperiksa adalah tidak sederhana (*complicated*), sedangkan di pihak lain yakni hakim ada kekeliruan atau tidak proporsional metodologinya dan atau “*semrawut-arbiter psikologinya*”. Metodologi disini adalah jalan yang harus ditempuh/diikuti untuk menemukan penyelesaian dan pemecahan masalah (untuk membuat putusan) bersifat ilmiah atau bisa juga bersifat rutin kebiasaan (*schablonenarbeit*). Sarana itu khususnya yang ilmiah menjadi agak “terdesak kebelakang” sejak Josef Esser secara empiris komparatif bisa membuktikan bahwa .....*das unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder*.<sup>451</sup>

Metode ilmiah akademis itu tidak dapat memberikan bantuan maupun pengawasan bagi pekerjaan hakim (*Hilfe noch Kontrolle bedeutet*). Aspek yang menonjol pembentukan putusan justru aspek “psikologinya” atau tergantung pada temperamen atau kepribadian hakim yang bersangkutan. Ada dua momentum penting dalam proses pembentukan putusan, yaitu fase *heuristis* atau *context of discovery*, yaitu proses pencarian mengenai fakta-fakta yuridis yang relevan dan pasal undang-undang atau peraturan hukum yang sesuai dengan

---

<sup>449</sup> Satjipto Rahardjo, *Mendudukan Undang-Undang Dasar (Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum)*, BP Undip, Semarang, 2007, hlm. 38.

<sup>450</sup> *Ibid.*, hlm.10.

<sup>451</sup> Soejono Koesoemo Sisworo, *op.cit.*, hlm.11.

mengesampingkan kesan pribadi atau bisikan hati atau ilham pendahuluan yang bisa subjektif. Pada pihak lain adalah fase legitimasi atau *context of justification* yang merupakan konstruksi pembenaran yuridis kemudian setelah diperoleh kesan pribadi dari data yang membentuk *vorentscheidung*.

Hakim yang kuat bekal ilmu pengetahuan dan pengalaman dalam bidangnya sekiranya tidak akan banyak mengalami kesulitan dan atau kekeliruan (*error facti* maupun *error iuris*) pada fase heuristik ini. Namun pada fase legitimasi (*context of justification*) khususnya yang didahului kesan pribadi, ilham bisikan hati yang diperoleh secara intuitif besar sekali kemungkinannya menjadi amat subjektif dan rawan. Pada umumnya pertimbangan tersebut didorong motif-motif irrasional, misalnya: *egoism*, haus kekuasaan, pamrih pribadi, loba tamak, rakus, purbasangka, kemunafikan, kecanduan budaya *konsumerisme* dan *suplaierisme*.<sup>452</sup>Kendala pada fase legitimasi (*context of justification*) yaitu yang berupa konstruksi pembenaran kemudian segera setelah penelaahan singkat atas kasus perkara secara intuitif diperoleh pra putusan adalah berupa pertimbangan-pertimbangan berdasarkan kebenaran semu (*artificial*) yang seringkali didorong faktor-faktor irrasional sebagaimana telah disebutkan di atas.

Keaktifan hakim menjadi penting dalam rangka mewujudkan keadilan sebagaimana Satjipto Rahardjo dengan mengutip pendapat Paul Scholten bahwa keadilan itu (memang) ada di dalam undang-undang, tetapi (masih) harus ditemukan (*het recht is in de wet moet nog gevonden waeden*).<sup>453</sup>Peran aktif dari hakim perlu dilakukan melalui pertimbangan-pertimbangan dalam putusan dalam rangka mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis. Para hakim diminta untuk melakukan apa yang menjadi intisari fungsi yudisial. Apabila dilakukan dengan benar, tugas hakim tidaklah mudah. Hakim harus menyeimbangkan kepentingan-kepentingan manusia yang

---

<sup>452</sup>*Ibid.*

<sup>453</sup> Jerome Frank, *Hukum & Pemikiran Modern*, ctk. Nusa Cendekia, Bandung, 2013, hlm.179. Terjemahan dari, *Law and The Modern Mind*, Anchor Books Donbeday & Company, Inc., New York, 1963, Penerjemah Rahmani Astuti.

saling bertentangan agar tercapai situasi sosial yang baik. Apabila kekuasaan hukum ini tidak dilaksanakan secara baik, maka masyarakat akan menderita.<sup>454</sup>

Menurut Satjipto Rahardjo bahwa hakim merupakan “garda” terdepan dalam penegakan hukum<sup>455</sup> untuk secara progresif berani menguji sejauh mana batas kemampuan undang-undang itu (*testing the limit of law*). Sebagai contohnya, yang dapat dikatakan sebagai hakim progresif<sup>456</sup> adalah:

- a. Hakim Agung Bismar Siregar yang lebih memilih keadilan daripada undang-undang, dimana Bismar telah melakukan pengujian terhadap batas kemampuan hukum. Keadilan yang tertimbun teks harus dimunculkan kembali. Bismar Siregar kerap melakukan terobosan hukum, menurutnya hukum dan undang-undang hanya sarana mencari keadilan. Hakim adalah wakil Tuhan di muka bumi, sehingga dia berhak memutuskan sesuai dengan hati nurani, walau undang-undang sendiri belum mengatur hukuman itu. Hakim Bismar, pernah menambah vonis 10 kali lipat dari tuntutan jaksa terkait dengan perdagangan ganja; putusan Bismar mengubah hukuman bagi seorang guru yang mencabuli muridnya dari hukuman 7 bulan menjadi 3 tahun; dan Bismar pernah menjatuhkan vonis terhadap kasus pemerkosaan di Bekasi dihukum mati, walaupun hukum positif hanya mengatur ancaman 12 tahun, karena menurut Bismar hukuman tersebut tidak seimbang dengan kekejian yang telah dilakukan terdakwa;
- b. Hakim Agung Adi Andoyo Soetjipto, adalah seorang hakim yang tidak puas dengan kebenaran formalis, kebenaran menurut undang-undang, tetapi selalu mencari kebenaran yang dilandasi oleh nilai-nilai yang universal. Tindakannya selalu dipertimbangkan dan selalu berada diantara berbagai kepentingan tanpa memihak diantara salah satu kepentingan yang ada. Sikapnya objektif sehingga semua informasi ilmiah menjadi bahan pertimbangannya, tanpa kecuali

---

<sup>454</sup> Jerome Frank, *ibid.*, hlm.180.

<sup>455</sup> Penegakan hukum adalah usaha (*effort*) untuk memunculkan kekuatan/kemampuan hukum. Ini membutuhkan keberanian, energi, imajinasi dan kreatifitas. Dengan demikian hukum akan menjadi lebih “bergigi” jika penegak hukum berani menyelam lebih dalam, menemukan kekuatan hukum terpendam, dalam Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2010, hlm. 173. *commit to user*

<sup>456</sup> *Ibid.*

sekali pun bergeser dari kebiasaan atau ajaran tradisional dalam rumusan undang-undang. Beliau mampu menghasilkan pertimbangan-pertimbangan diluar pertimbangan yuridis, melainkan pertimbangan non yuridis namun tetap berada dalam wilayah hukum menurut ajaran *Empirical Legal Theory*.

Gambaran hakim yang demikian tidak salah kalau dikategorikan sebagai seorang hakim yang berpikir *scientific*. Hal ini terlihat dimana beliau tidak semata-mata bekerja untuk membuat dan menetapkan putusan dengan melihat dan menerapkan secara bulat-bulat aturan-aturan hukum yang bersifat abstrak melainkan senantiasa melihat masalah yang dihadapi dalam konteks yang lebih luas. Aturan hukum yang dihadapinya tidak dilihat sebagai sesuatu yang abstrak dan apa adanya sebagaimana yang tertulis, tetapi dilihatnya sebagai proses yang isi maupun rumusannya bisa saja berubah dari waktu ke waktu sesuai kondisi masyarakat saat itu.<sup>457</sup>

- c. Hakim PTUN Benyamin Mangkoedilaga, yang saat itu termasuk barisan hakim yang tidak sekedar menerapkan undang-undang secara harfiah, tetapi berani menguji batas kemampuan hukum pada saat mengalahkan pemerintah dalam kasus majalah Tempo.<sup>458</sup> Putusan hakim yang menyebutkan tindakan pembatalan SIUPP bertentangan dengan UU Pokok Pers merupakan langkah yang berani dan ternyata masih ada hakim yang mampu membuat keputusan diluar tekanan birokrasi. Ini menjadi penting dikarenakan sengketa yang ditangani lembaga PTUN di belahan dunia manapun sering diwarnai aspek atau sisi politik atau kemungkinan dipolitisir.

Sudah semestinya, *judicial activism* dilakukan oleh hakim dengan menemukan hukumnya, yang menurut DHM Meuwissen mengartikannya sebagai keseluruhan berpikir dari seorang hakim dengan metode (penemuan hukum) mengantarkan dan membawanya kepada suatu putusan hukum ataupun pengembangan hukum dan pertumbuhan hukum. Dalam arti yang khusus, adalah proses dan karya yang dilakukan oleh hakim yang menetapkan benar atau tidak benar menurut hukum

---

<sup>457</sup>Rusli Muhammad, *Lembaga Pengadilan Indonesia Beserta Putusan Kontroversial*, UII Press, Yogyakarta, 2013, hlm.147.

<sup>458</sup> Lihat dalam <http://www.library.ohiou.edu/indopubs/995/05/13/0003.html>. diakses Rabu 3 Des 2014. Pukul 13.10 wib.

dalam situasi konkrit yang diujikan pada hati nurani.<sup>459</sup> Sudikno Mertokusumo<sup>460</sup>, mengartikan penemuan hukum sebagai proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit (*das sein*) tertentu. Hakim selalu dihadapkan pada peristiwa konkrit, konflik atau kasus yang harus diselesaikan atau dipecahkan dan untuk dicari hukumnya. Dengan demikian problematik yang berhubungan dengan penemuan hukum pada umumnya melekat pada profesi hakim. Selain itu hasil penemuan hukum oleh hakim merupakan hukum karena mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum karena dituangkan dalam bentuk putusan. Adapun hasil penemuan hukum oleh hakim itu merupakan juga sumber hukum.

Penemuan hukum bagi seorang hakim ketika sedang menghadapi kinerjanya dalam memecahkan dan memutuskan kasus-kasus yang rumit, pelik, dan tergolong "*hard casus*", sangatlah penting, dan saat itu pulalah, berbagai persoalan yang berkaitan dengan "*rechtstheoretis*" dan "*rechtfilosofis*" akan selalu timbul dan harus diputuskan dengan cermat, teliti, dan sesuai hati nurani, dengan berbagai disiplin ilmu, perundang-undangan, doktrin, jurisprudensi dan kajiannya secara mendalam, dengan berdasarkan kepada kebenaran, yang berkeadilan – Ketuhanan Yang Maha Esa, yaitu:

1. Apakah penemuan hukum itu sekedar merupakan penerapan hukum (*rechtstespasing*), yakni memasukkan atau mem-subsumsi-kan fakta posita (premis minor) ke dalam peraturan hukum/undang-undang (premis mayor) secara sillogisme formil untuk selanjutnya ditarik konklusi mana yang benar dan yang salah menurut hukum, sebagaimana dianut oleh aliran positivism hukum karena disadari anggapan bahwa undang-undang itu adalah lengkap dan sempurna untuk menjawab setiap persoalan yuridis;
2. Ataukah merupakan penerapan hukum, tetapi dengan dasar anggapan dan pengakuan bahwa undang-undang itu tidak selalu lengkap sempurna, akan tetapi pula undang-undang tersebut dianggap memiliki kekuatan ekspansi logis

---

<sup>459</sup> Soejono Koesoemo Sisworo, *op.cit.*, hlm.8.

<sup>460</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, ctk. Kelima, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 2014, hlm.50.

atau jangkauan melebar menurut logika (*logische Expansionskraft*), sebagaimana diajarkan oleh *Begriffs jurisprudenzen* dan *Konstruktionsjurisprudenzen*;

3. Ataukah dalam menanggapi kemelut atau tubrukan antara pelbagai kepentingan dan nilai-nilai kemasyarakatan, penyelesaian diadakan dengan terarah dengan pembentukan hukum (*rechtsvorming*), undang-undang ditempatkan dalam posisi sekunder, sedangkan sebagai kompas, jiwa dan aspirasi rakyat digunakan hukum kebiasaan, sebagai sumber hukum yang utama sebagaimana diajarkan oleh aliran *Interessenjurisprudenzen*, aliran sejarah atau aliran sosiologis;
4. Ataukah sebagai penciptaan hukum (*rechtsschepping*) sebagaimana diajarkan oleh aliran Hukum Bebas (*Freirechtsschule*), yakni bebas dari ikatan mutlak undang-undang, namun bebas pula untuk mempertimbangkan kepentingan-kepentingan masyarakat yang saling berlawanan sebaik mungkin, sehingga dapat dijelmakan ketenteraman dan harmoni yang dinamis;
5. Atau sebagai penemuan hukum (*rechtvinding*) yang merupakan karya logis rasional, sebagaimana diajarkan oleh aliran Sistem Hukum Terbuka;<sup>461</sup>

Apabila melihat permasalahan *rechtstheories* dan *rechtsfilosofies* dari penemuan hukum tersebut, maka diperlukan penemuan hukum yang progresif, dikarenakan hukum progresif lebih mendekati kepada *Interessenjurisprudenzen*, yang berangkat dari keraguan tentang kesempurnaan logika yuridis dalam merespons kebutuhan atau kepentingan sosial dalam masyarakat. Penemuan hukum yang progresif sangat penting bagi pembangunan hukum di Indonesia<sup>462</sup>, dengan alasan: *Pertama*, hukum progresif merupakan hukum yang membebaskan. Salah satu peran hukum progresif merupakan hukum yang membebaskan. Salah satu peran hukum progresif adalah melakukan terobosan dalam kegiatan penafsiran hukum terhadap ketentuan hukum yang berlaku. Hukum progresif pada dasarnya tetap mengakui pentingnya ketentuan hukum yang berlaku. Hukum progresif pada dasarnya tetap mengakui pentingnya ketentuan hukum yang tertulis

<sup>461</sup> Soejono Koesoemo Sisworo, *op.cit.*, hlm. 7.

<sup>462</sup> Hwian Chrsitianto, "Penafsiran Hukum Progresif dalam Perkara Pidana", *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol.23 No.3, Oktober 2011, hlm.483.

dan tidak terikat secara normatif, tapi bebas melakukan terobosan pemikiran hukum demi keadilan. Bagi penegak hukum progresif, sumber hukum adalah rasa keadilan masyarakat. Oleh karena itu diperlukan kecerdasan spiritual yaitu peran hati nurani dalam menangani setiap kasus hukum yang dihadapkan kepadanya. *Kedua*, hukum progresif merupakan solusi utama yang ditawarkan adalah perubahan paradigma serta orientasi dalam memandang hukum tertulis, hanya memberikan porsi lebih banyak pada pentingnya faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian rakyat sebagai tujuan utama dari hukum. *Ketiga*, hukum progresif sebagai gerakan pembebasan (dalam semua tahapan penegakan hukum). Konsep hukum progresif menuntut hukum selalu “bergerak” dalam mengimbangi perkembangan kebutuhan manusia yang membutuhkan jaminan dan perlindungan hukum. Hukum tidak boleh terbelenggu dalam pola pikir apa yang dikatakan undang-undang melainkan membuka diri dan hati untuk menemukan keadilan.

