

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Kajian terhadap Hukum Pidana dan Tindak Pidana

Hukum pidana sebagai salah satu bagian independen dari hukum publik merupakan salah satu instrumen hukum yang sangat urgen eksistensinya sejak zaman dahulu. Hukum ini ditilik sangat penting eksistensinya dalam menjamin keamanan masyarakat dari ancaman tindak pidana, menjaga stabilitas negara dan (bahkan) merupakan “lembaga moral” yang berperan merehabilitasi para pelaku pidana.

Hukum pidana itu terdiri dari norma-norma yang berisi keharusan-keharusan dan larangan-larangan yang (oleh pembentuk undang-undang) telah dikaitkan dengan suatu sanksi berupa hukuman, yakni suatu penderitaan yang bersifat khusus. Dengan demikian dapat juga dikatakan, bahwa hukum pidana itu merupakan suatu sistem norma-norma yang menentukan terhadap tindakan-tindakan yang mana (hal melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu di mana terdapat suatu keharusan untuk melakukan sesuatu) dan dalam keadaan-keadaan bagaimana hukum itu dapat dijatuhkan, serta hukuman yang bagaimana yang dapat dijatuhkan bagi tindakan-tindakan tersebut.¹

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa hukum menentukan bagaimana dan dalam hal apa pelaku pelanggaran tersebut dipertanggungjawabkan, serta ketentuan-

¹ P.A.F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Baru, Bandung, 1984, hlm. 12.

ketentuan mengenai hak dan cara penyidikan, penuntutan, penjatuhan pidana dan pelaksanaan pidana demi tegaknya hukum yang bertitik berat kepada keadilan. Perumusan ini mencakup juga hukum (pidana) adat, serta bertujuan mengadakan keseimbangan di antara pelbagai kepentingan atau keadilan.

Pidana memiliki pengertian perbuatan yang dilakukan setiap orang/subjek hukum yang berupa kesalahan dan bersifat melanggar hukum ataupun tidak sesuai dengan perundang-undangan. Sedangkan Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat. Setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar.²

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa hukum berfungsi sebagai sebagai sarana untuk mendorong pembaharuan masyarakat, penekanannya terletak pada pembentukan peraturan perundang-undangan oleh lembaga legislatif, yang dimaksudkan untuk menggagas konstruksi masyarakat baru yang ingin diwujudkan di masa depan melalui pemberlakuan perundang-undangan.

Roscoe Pound menekankan arti pentingnya hukum sebagai sarana rekayasa sosial ini, terutama melalui mekanisme penyelesaian kasus oleh badan-badan peradilan yang akan menghasilkan jurisprudensi. Konteks sosial teori ini adalah masyarakat dan badan peradilan di Amerika Serikat. Fungsi hukum demikian itu, dalam konteks

² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1996, hlm. 152-153.

Indonesia oleh Mochtar Kusumaatmadja diartikan sebagai sarana pendorong pembaharuan masyarakat.³

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa penegakan hukum merupakan suatu proses untuk mewujudkan keinginan-keinginan hukum menjadi kenyataan. Keinginan-keinginan hukum yang dimaksudkan di sini yaitu yang merupakan pikiran-pikiran badan pembentuk undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan-peraturan hukum itu. Perumusan pikiran pembuat hukum yang dituangkan dalam peraturan hukum, turut menentukan bagaimana penegakan hukum itu dijalankan. Dengan demikian pada gilirannya, penegakan hukum itu puncaknya adalah pada pelaksanaannya oleh para pejabat penegak hukum itu sendiri.

Proses penegakan hukum, dalam pandangan Soerjono Soekanto, dipengaruhi oleh lima faktor, yaitu:

1. Faktor hukum atau peraturan perundang-undangan.
2. Faktor aparat penegak hukumnya, yakni pihak-pihak yang terlibat dalam proses pembuatan dan penerapan hukumnya, yang berkaitan dengan masalah mentalitas.
3. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung proses penegakan hukum.
4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan sosial di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan; berhubungan dengan kesadaran dan kepatuhan hukum yang merefleksi dalam perilaku masyarakat.
5. Faktor kebudayaan, yakni hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.⁴

³ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi Hukum Dalam Masyarakat Yang Sedang Membangun*, BPHN-Binacipta, Jakarta, 1978. hlm. 11.

⁴ Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum*, BPHN & Binacipta, Jakarta 1983, hlm. 15.

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa arti penting hukum pidana sebagai bagian dari sistem hukum yang berlaku di dalam suatu negara terletak pada tujuan hukum pidana itu sendiri yakni menciptakan tata tertib di dalam masyarakat sehingga kehidupan masyarakat dapat berlangsung dengan damai dan tenteram.

Menurut Max Weber dalam A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto, karakter keberpihakan hukum yang responsif ini, sering disebutkan sebagai hukum yang emansipatif. Hukum yang emansipatif mengindikasikan sifat demokratis dan egaliter, yakni hukum yang memberikan perhatian pada upaya memberikan perlindungan hak-hak asasi manusia dan peluang yang lebih besar kepada warga masyarakat yang lemah secara sosial, ekonomi dan politis untuk dapat mengambil peran partisipatif dalam semua bidang kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Dikatakan bahwa hukum yang responsif terdapat di dalam masyarakat yang menjunjung tinggi semangat demokrasi. Hukum responsif menampakkan ciri bahwa hukum ada bukan demi hukum itu sendiri, bukan demi kepentingan praktisi hukum, juga bukan untuk membuat pemerintah senang, melainkan hukum ada demi kepentingan rakyat di dalam masyarakat.⁵

Tujuan hukum pidana secara umum demikian ini, sebenarnya tidak banyak berbeda dengan tujuan yang ingin dicapai oleh bidang-bidang hukum lainnya. Perbedaannya terletak pada cara kerja hukum pidana dalam mencapai tujuannya, yaitu bahwa upaya untuk mewujudkan tata tertib dan suasana damai ini oleh hukum pidana ditempuh melalui apa yang di dalam ilmu hukum pidana dikenal dengan pembedaan atau pemberian pidana.

⁵ Max Weber dalam A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto, *Hukum dan Perkembangan Sosial (Buku I)*, Sinar Harapan, Jakarta, 1988. hlm. 483.

Berkaitan dengan karakter dasar hukum positif ini, C.F.G. Sunaryati Hartono melihat bahwa Undang-Undang Dasar 1945 disusun dengan lebih berpegang pada konsep hukum sebagai sarana rekayasa sosial.⁶

Cara kerja hukum pidana dengan melakukan pemidanaan atau pemberian pidana ini mempunyai pengertian yang luas. Pemidanaan atau pemberian pidana mempunyai pengertian yang luas dalam arti bisa dibedakan menjadi dua pengertian, yakni pemidanaan dalam arti abstrak (pimidanaan *in abstracto*) dan pemidanaan dalam arti kongkrit (pimidanaan *in concreto*).

Karakter hukum positif dalam wujudnya sebagai peraturan perundang-undangan, di samping ditentukan oleh suasana atau konfigurasi politik momentum pembuatannya, juga berkaitan erat dengan komitmen moral serta profesional dari para anggota legislatif itu sendiri. Oleh karena semangat hukum (*spirit of law*) yang dibangun berkaitan erat dengan visi pembentuk Undang-Undang, maka dalam konteks membangun hukum yang demokratis, tinjauan tentang peran pembentuk undang-undang penting dilakukan. Dikemukakan oleh Gardiner bahwa pembentuk undang-undang tidak semata-mata berkewajiban *to adapt the law to this changed society*, melainkan juga memiliki kesempatan untuk memberikan sumbangan terhadap pembentukan perubahan masyarakat itu sendiri. Pembentuk undang-undang, dengan demikian, tidak lagi semata-mata mengikuti perubahan masyarakat, akan tetapi justru mendahului perubahan masyarakat itu. Dalam kaitan ini Roeslan Saleh menegaskan bahwa masyarakat yang adil dan makmur serta modern yang

⁶ C.F.G. Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991. hlm. 53.

merupakan tujuan pembangunan bangsa, justru sesungguhnya merupakan kreasi tidak langsung dari pembentuk undang-undang.⁷

Hukum pidana menciptakan tata tertib di dalam masyarakat melalui pemberian pidana secara abstrak, artinya dengan ditetapkannya di dalam undang-undang perbuatan-perbuatan tertentu sebagai perbuatan yang dilarang disertai ancaman pidana, atau dengan ditetapkannya perbuatan-perbuatan tertentu sebagai tindak pidana di dalam undang-undang, maka diharapkan warga masyarakat akan mengerti dan menyesuaikan diri sehingga tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang telah dilarang dan diancam pidana itu.

Suatu tindak pidana yang terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana menurut P.A.F. Lamintang dan C. Djisman Samosir pada umumnya memiliki dua unsur yakni unsur subjektif yaitu unsur yang melekat pada diri si pelaku dan unsur objektif yaitu unsur yang ada hubungannya dengan keadaan-keadaan.⁸

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa dengan diberlakukannya suatu undang-undang pidana yang baru di dalam masyarakat, diharapkan akan tercipta ketertiban di dalam masyarakat. Kesalahan pelaku tindak pidana menurut Wirjono Prodjodikoro berupa 2 (dua) macam yakni:

a) Kesengajaan (*Opzet*)

Dalam teori kesengajaan (*Opzet*) yaitu mengkehendaki dan mengetahui (*willens en wettens*) perbuatan yang dilakukan terdiri dari 2 (dua) teori yaitu:

(1) Teori kehendak (*wilstheorie*), adanya kehendak untuk mewujudkan unsur-
unsur tindak pidana dalam UU

⁷ Roeslan Saleh, *Penjabaran Pancasila dan UUD 1945 Dalam Perundang-Undangan*, Bina Aksara, Jakarta. 1979. hlm. 12.

⁸ P.A.F. Lamintang, dan C. Djisman Samosir, *Delik-delik Khusus*, Tarsito, Bandung, 1981 hlm.193.

(2) Teori pengetahuan atau membayangkan (*voorstellings theorie*), pelaku mampu membayangkan akan timbulnya akibat dari perbuatannya.

Sebagian besar tindak pidana mempunyai unsur kesengajaan atau *opzet*.

Kesengajaan ini mempunyai 3 (tiga) macam jenis yaitu:

(1) Kesengajaan yang bersifat tujuan (*Oogmerk*)

Dapat dikatakan bahwa si pelaku benar-benar menghendaki mencapai akibat yang menjadi pokok alasan diadakan ancaman hukuman pidana.

(2) Kesengajaan secara keinsyafan kepastian (*Opzet Bij Zekerheids-Bewustzijn*)

Kesengajaan semacam ini ada apabila si pelaku dengan perbuatannya tidak bertujuan untuk mencapai akibat yang menjadi dasar dari *delict*, tetapi ia tahu benar bahwa akibat itu pasti akan mengikuti perbuatan itu.

(3) Kesengajaan secara keinsyafan kemungkinan (*Opzet Bij Mogelijkheids-Bewustzijn*)

Lain halnya dengan kesengajaan yang terang-terangan tidak disertai bayangan suatu kepastian akan terjadi akibat yang bersangkutan, tetapi hanya dibayangkan suatu kemungkinan belaka akan akibat itu.

b) *Culpa*

Arti kata culpa adalah “kesalahan pada umumnya”, tetapi dalam ilmu pengetahuan hukum mempunyai arti teknis, yaitu suatu macam kesalahan si pelaku tindak pidana yang tidak seberat seperti kesengajaan, yaitu kurang berhati-hati sehingga akibat yang tidak disengaja terjadi.⁹

Berdasarkan uraian di atas diketahui bahwa semua unsur tersebut merupakan satu kesatuan dalam suatu tindak pidana, satu unsur saja tidak ada akan menyebabkan

⁹ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama Jakarta, 2004, hlm. 65-72.

tersangka tidak dapat dihukum. Sehingga penyidik harus cermat dalam meneliti tentang adanya unsur-unsur tindak pidana tersebut.

Dalam Pasal 1 angka (2) Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (untuk selanjutnya disingkat KUHAP), penyidikan adalah serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam Undang-Undang ini untuk mencari serta mengumpulkan bukti yang dengan bukti itu membuat terang tindak pidana yang terjadi dan guna menemukan tersangkanya.

Berdasarkan Pasal 1 angka (2) KUHAP dapat disimpulkan penyidikan baru dimulai jika terdapat bukti permulaan yang cukup tentang telah terjadinya suatu tindak pidana dan siapa pelakunya.

Berdasarkan uraian di atas dapat diketahui penyidikan dilakukan oleh Pejabat Polisi Negara dan Pegawai Negeri Sipil yang diberi wewenang khusus sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Penyidikan dilakukan guna mengumpulkan bukti-bukti sehingga membuat terang tindak pidana yang terjadi.

Hukum pidana menciptakan tata tertib atau ketertiban melalui pemidanaan dalam arti kongkrit, yakni bilamana setelah suatu undang-undang pidana dibuat dan diberlakukan ternyata ada orang yang melanggarnya, maka melalui proses peradilan pidana orang tersebut dijatuhi pidana. Tujuan penjatuhan pidana atau pemberian pidana itu sendiri bermacam-macam bergantung pada teori-teori yang dianut di dalam sistem hukum pidana di suatu masa. Kendati demikian, tujuan akhir dari penjatuhan pidana atau pemberian pidana itu tetap di dalam koridor atau kerangka untuk mewujudkan tujuan hukum pidana. Ini berarti bahwa penjatuhan pidana atau

pemberian pidana sebenarnya merupakan sarana untuk mencapai tujuan hukum pidana.

Berdasarkan uraian di atas terlihat bahwa kurang dapat ditanggulangnya masalah kejahatan karena hal-hal berikut:

1. Timbulnya jenis-jenis kejahatan dalam dimensi baru yang mengangkat dan berkembang sesuai dengan pertumbuhan dan perkembangan masyarakat di bidang politik, ekonomi, sosial dan budaya. Jenis-jenis kejahatan tersebut tidak seluruhnya dapat terjangkau oleh Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang merupakan produk peninggalan pemerintah kolonial Hindia Belanda.
2. Meningkatnya kualitas kejahatan baik dari segi pelaku dan modus operandi yang menggunakan peralatan dan teknologi canggih sesuai dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi. Padahal kemampuan aparat penegak hukum khususnya Kepolisian Republik Indonesia Indonesia (Polri) terbatas baik dan segi kualitas sumber daya manusia, pembiayaan, serta sarana dan prasarananya, sehingga kurang dapat menanggulangi kejahatan secara intensif.

Kebijakan untuk menanggulangi kejahatan di atas dilakukan dengan mengadakan peraturan perundangan di luar KUHP baik dalam bentuk Undang-Undang Pidana maupun Undang-Undang Administratif yang bersanksi pidana, sehingga dalam merumuskan istilah kejahatan dikenal adanya istilah tindak pidana umum, tindak pidana khusus, dan tindak pidana tertentu. Sesuai dengan ketentuan Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) penanganan masing tindak pidana tersebut diselenggarakan oleh penyidik yang berbeda dengan hukum acara pidananya masing-masing.

Tindak pidana umum adalah tindak pidana kejahatan dan pelanggaran yang diatur di dalam KUHP yang penyidikannya dilakukan oleh Kepolisian Republik Indonesia (Polri) dengan menggunakan ketentuan yang terdapat dalam KUHP. Tindak pidana khusus adalah tindak pidana di luar KUHP seperti Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Tindak Pidana Ekonomi, Undang-Undang Kepabeanan dan Undang-undang Cukai, Undang-Undang Terorisme dan sebagainya yang penyidikannya dilakukan oleh Kepolisian Republik Indonesia (Polri), Kejaksaan, atau Pejabat Penyidik lain sesuai dengan ketentuan-ketentuan khusus hukum acara pidana bersangkutan. Sementara itu, tindak pidana tertentu adalah tindak pidana di luar KUHP yang tidak termasuk dalam tindak pidana khusus.

Penegakan hukum dapat menjamin kepastian hukum, ketertiban dan perlindungan hukum pada era modernisasi dan globalisasi saat ini dapat terlaksana, apabila berbagai dimensi kehidupan hukum selalu menjaga keselarasan, keseimbangan dan keserasian antara moralitas sipil yang didasarkan oleh nilai-nilai aktual di dalam masyarakat beradab. Sebagai suatu proses kegiatan yang meliputi berbagai pihak termasuk masyarakat dalam kerangka pencapaian tujuan, adalah keharusan untuk melihat penegakan hukum pidana sebagai sistem peradilan pidana¹⁰

Sistem peradilan pidana pelaksanaan dan penyelenggaraan penegakan hukum pidana melibatkan badan-badan yang masing-masing memiliki fungsi sendiri-sendiri. Badan-badan tersebut yaitu kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Dalam kerangka kerja sistematis ini tindakan badan yang satu akan

¹⁰ Mardjono Reksodiputro. *Sistem Peradilan Pidana Indonesia, Melihat Kejahatan dan Penegakan Hukum dalam Batas-Batas Toleransi*, Pusat Keadilan dan Pengabdian Hukum, Jakarta, 1994, hlm. 76.

berpengaruh pada badan yang lainnya. Instansi-instansi tersebut masing-masing menetapkan hukum dalam bidang dan wewenangnya dalam sistem peradilan pidana.

Sistem peradilan pidana adalah sistem dalam suatu masyarakat untuk menanggulangi kejahatan, dengan tujuan mencegah masyarakat menjadi korban kejahatan, menyelesaikan kasus kejahatan yang terjadi sehingga masyarakat puas bahwa keadilan telah ditegakkan dan yang bersalah dipidana dan mengusahakan mereka yang pernah melakukan kejahatan tidak mengulangi lagi kejahatannya.¹¹

Sistem peradilan pidana merupakan suatu jaringan (*network*) peradilan yang menggunakan hukum pidana sebagai sarana utamanya, baik hukum pidana materil, hukum pidana formil maupun hukum pelaksanaan pidana. Namun demikian kelembagaan substansial ini harus dilihat dalam kerangka atau konteks sosial. Sifatnya yang terlalu formal apabila dilandasi hanya untuk kepentingan kepastian hukum saja akan membawa bencana berupa ketidakadilan. Dengan demikian demi apa yang dikatakan sebagai *precise justice*, maka ukuran-ukuran yang bersifat materiil, yang nyata-nyata dilandasi oleh asas-asas keadilan yang bersifat umum benar-benar harus diperhatikan dalam penegakan hukum.

Pandangan penyelenggaran tata hukum pidana demikian itu disebut sebagai model kemudi (*stuur model*). Jadi kalau polisi misalnya hanya memarahi orang yang melanggar peraturan lalu lintas dan tidak membuat proses verbal dan meneruskan perkaranya ke Kejaksaan, itu sebenarnya merupakan suatu keputusan penetapan hukum. Demikian pula keputusan Kejaksaan untuk menuntut atau tidak menuntut seseorang di muka pengadilan. Ini semua adalah bagian dari kegiatan dalam rangka

¹¹ Romli Atmasasmita. *Sistem Peradilan Pidana*, Binacipta, Bandung, 1996, hlm. 2.

penegakan hukum, atau dalam suasana kriminologi disebut *crime control* suatu prinsip dalam penanggulangan kejahatan ini ialah bahwa tindakan-tindakan itu harus sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.¹²

Sistem peradilan pidana melibatkan penegakan hukum pidana, baik hukum pidana substantif, hukum pidana formil maupun hukum pelaksanaan pidana, dalam bentuk yang bersifat prefentif, represif maupun kuratif. Dengan demikian akan nampak keterkaitan dan saling ketergantungan antar subsistem peradilan pidana yakni lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan.

Satu istilah hukum yang dapat merangkum cita-cita peradilan pidana, menurut Muladi yaitu *due process of law* yang dalam Bahasa Indonesia dapat diterjemahkan menjadi proses hukum yang adil atau layak. Secara keliru arti dari proses hukum yang adil dan layak ini seringkali hanya dikaitkan dengan penerapan aturan-aturan hukum acara pidana suatu negara pada seorang tersangka atau terdakwa. Padahal arti dari *due process of law* ini lebih luas dari sekedar penerapan hukum atau perundang-undangan secara formil.¹³

Pemahaman tentang proses hukum yang adil dan layak mengandung pula sikap batin penghormatan terhadap hak-hak warga masyarakat meski ia menjadi pelaku kejahatan, namun kedudukannya sebagai manusia memungkinkan dia untuk mendapatkan hak-haknya tanpa diskriminasi. Paling tidak hak-hak untuk didengar pandangannya tentang peristiwa yang terjadi, hak didampingi penasehat hukum dalam setiap tahap pemeriksaan, hak memajukan pembelaan dan hak untuk disidang di muka pengadilan yang bebas dan dengan hakim yang tidak memihak.

¹² Sudarto. *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1986, hlm.7.

¹³ Muladi. *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 1997, hlm.62.

Konsekuensi logis dari dianutnya proses hukum yang adil dan layak ialah sistem peradilan pidana selain harus melaksanakan penerapan hukum acara pidana sesuai dengan asas-asasnya, juga harus didukung oleh sikap batin penegak hukum yang menghormati hak-hak masyarakat. Kebangkitan hukum nasional mengutamakan perlindungan hak asasi manusia dalam mekanisme sistem peradilan pidana.

Perlindungan hak-hak tersebut, diharapkan sejak awal sudah dapat diberikan dan ditegakkan. Selain itu diharapkan pula penegakan hukum berdasarkan undang-undang tersebut memberikan kekuasaan kehakiman yang bebas dan bertanggungjawab. Semua itu hanya terwujud apabila orientasi penegakan hukum dilandaskan pada pendekatan sistem, yaitu mempergunakan segenap unsur di dalamnya sebagai suatu kesatuan yang saling interrelasi dan mempengaruhi. Artinya penegakan hukum merupakan satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan antara satu dengan yang lainnya, karena saling berkaitan dan mempengaruhi.

Penegakan hukum berkaitan dengan sistem peradilan pidana, yaitu sistem untuk menanggulangi kejahatan, dengan tujuan mencegah masyarakat menjadi korban kejahatan, menyelesaikan kasus kejahatan yang terjadi sehingga masyarakat puas bahwa keadilan telah ditegakkan dan yang bersalah dipidana dan mengusahakan mereka yang pernah melakukan kejahatan tidak mengulangi lagi kejahatannya.¹⁴

Sistem peradilan pidana pelaksanaan dan penyelenggaraan penegakan hukum pidana melibatkan badan-badan yang masing-masing memiliki fungsi sendiri-sendiri. Badan-badan tersebut yaitu kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Dalam kerangka kerja sistematis ini tindakan badan yang satu akan

¹⁴ Barda Nawawi Arief. *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*. PT. Citra Aditya Bakti. Bandung. 2001. hlm. 23.

berpengaruh pada badan yang lainnya. Instansi-instansi tersebut masing-masing menetapkan hukum dalam bidang dan wewenangnya.

Sistem peradilan pidana merupakan arti seperangkat elemen yang secara terpadu bekerja untuk mencapai suatu tujuan, maupun sebagai *abstract sistem* dalam arti gagasan yang merupakan susunan yang teratur yang satu sama lain berada dalam ketergantungan. Sistem peradilan pidana mengenal tiga bentuk pendekatan, yaitu:

(1) Pendekatan Normatif

Pendekatan normatif memandang keempat aparatur penegak hukum (kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan) sebagai institusi pelaksana peraturan perundang-undangan yang berlaku sehingga keempat aparatur tersebut merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari sistem penegakan hukum.

(2) Pendekatan administratif

Pendekatan administratif memandang keempat aparatur penegak hukum sebagai suatu organisasi manajemen yang memiliki mekanisme kerja, baik hubungan yang bersifat horizontal maupun yang bersifat vertikal sesuai dengan struktur organisasi yang berlaku dalam organisasi tersebut. Sistem yang dipergunakan adalah sistem administrasi.

(3) Pendekatan sosial

Pendekatan administratif memandang keempat aparatur penegak hukum merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari suatu sistem sosial sehingga masyarakat secara keseluruhan ikut bertanggung jawab atas keberhasilan atau ketidak berhasilan dari keempat aparatur penegak hukum tersebut dalam melaksanakan tugasnya. Sistem yang dipergunakan adalah sistem sosial.¹⁵

¹⁵ Romli Atmasasmita. *Sistem Peradilan Pidana*. Binacipta. Bandung. 1996. hlm. 6.

Komponen-komponen yang bekerja sama dalam sistem ini dikenal dalam lingkup praktik penegakan hukum, terdiri dari kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan. Empat komponen ini diharapkan bekerja sama membentuk suatu *integrated criminal justice sistem*.

Integrated criminal justice sistem adalah sinkronisasi atau keserempakan dan keselarasan yang dapat dibedakan dalam:

- a. Sinkronisasi struktural adalah keserempakan dan keselarasan dalam kerangka hubungan antar lembaga penegak hukum.
- b. Sinkronisasi substansial adalah keserempakan dan keselarasan yang bersifat vertikal dan horizontal dalam kaitannya dengan hukum positif.
- c. Sinkronisasi kultural adalah keserempakan dan keselarasan dalam maghayati pandangan-pandangan, sikap-sikap dan falsafah yang secara menyeluruh mendasari jalannya sistem peradilan pidana.¹⁶

Keselarasan dan keterkaitan antara subsistem yang satu dengan yang lainnya merupakan mata rantai dalam satu kesatuan. Setiap masalah dalam salah satu subsistem, akan menimbulkan dampak pada subsistem-subsistem yang lainnya. Demikian pula reaksi yang timbul sebagai akibat kesalahan pada salah satu subsistem akan menimbulkan dampak kembali pada subsistem lainnya. Keterpaduan antara subsistem itu dapat diperoleh bila masing-masing subsistem menjadikan kebijakan kriminal sebagai pedoman kerjanya.

Komponen sistem peradilan pidana sebagai salah satu pendukung atau instrumen dari suatu kebijakan kriminal, termasuk pembuat undang-undang. Oleh karena peran

¹⁶ *Ibid.* hlm. 7.

pembuat undang-undang sangat menentukan dalam politik kriminal (*criminal policy*) yaitu menentukan arah kebijakan hukum pidana dan hukum pelaksanaan pidana yang hendak ditempuh dan sekaligus menjadi tujuan dari penegakan hukum. Dalam cakupannya yang demikian, maka sistem peradilan pidana (*criminal policy sistem*) harus dilihat sebagai *the network of court and tribunals which deal with criminal law and its enforcement*. (jaringan peradilan pidana dalam mekanisme hukum pidana dan penegakan hukum).¹⁷

B. Kajian terhadap Tindak Pidana Pencucian Uang (*Money Laundering*)

Istilah pencucian uang pertama sekali dikenal di Amerika Serikat pada Tahun 1930-an di mana pencucian uang dimasukkan dalam kategori kejahatan. Istilah “*money laundering*” ditujukan pertama sekali pada tindakan mafia yang mempergunakan uang hasil kejahatan yang berasal dari pemerasan, penjualan ilegal minuman keras dan perjudian serta pelacuran dengan cara membeli perusahaan pencucian pakaian (*laundramat*).¹⁸

Pencucian uang merupakan sarana bagi pelaku kejahatan untuk melegalkan uang hasil kejahatan dalam rangka menghilangkan jejak. Selain itu ternyata jumlah uang yang dicuci sangat besar, ini artinya hasil kejahatan tersebut telah mempengaruhi neraca keuangan nasional bahkan global dan menimbulkan kerugian yang sangat besar.

Money laundering dapat diistilahkan dengan Pencucian Uang atau pemutihan uang, Pendulangan Ulang atau disebut juga dengan Pembersihan Uang dari hasil transaksi gelap (kotor). *Money laundering* Merupakan salah satu aspek perbuatan kriminal.

¹⁷ *Ibid.* hlm. 8.

¹⁸ Erman Rajagukguk, *Rezim Anti Pencucian Uang dan Undang-Undang Tindak Pidana Pencucian Uang*, Bahan Semimar. Jakarta 2004. hlm. 1.

Dikatakan demikian karena sifat kriminalitas *Money laundering* ialah berkaitan dengan latar belakang dari perolehan sejumlah uang yang sifatnya gelap, haram atau kotor, lalu sejumlah uang kotor ini dikelola dengan aktifitas-aktifitas tertentu dengan membentuk usaha, mentransfer atau mengkonversikannya ke Bank atau valuta asing sebagai langkah untuk menghilangkan latar belakang dari dana kotor tersebut.¹⁹

Menurut Yenti Ganarsih, bahaya pencucian uang membuat para pelaku kejahatan terutama *organized crime* untuk mengembangkan jaringan dengan uang yang telah dicuci tersebut. Selain itu membuat para pelaku kejahatan seperti korupsi, narkoba dan kejahatan perbankan leluasa menggunakannya sehingga dengan demikian kejahatan-kejahatan tersebut akan semakin marak.²⁰

Orang dikatakan melakukan tindak pidana pencucian uang atau melakukan kejahatan pencucian uang ketika seseorang atau korporasi menikmati dan memanfaatkan uang hasil kejahatan. Dalam konteks ini misalnya hasil korupsi. Menikmati dan memanfaatkan artinya kalau ada uang hasil kejahatan lalu dialirkan atau ditransfer ke bank atau memasukkan ke asuransi atau ke lembaga keuangan, atau ditukarkan ke *money changer*, atau untuk membeli mobil, rumah atau bahkan sekarang untuk membeli perhiasan, maka itu adalah suatu bentuk kejahatan.²¹

Praktek pencucian uang berpotensi mengganggu perekonomian baik nasional maupun internasional karena membahayakan operasi yang efektif dari perekonomian dan menimbulkan kebijakan ekonomi yang buruk, terutama pada

¹⁹ N.H.T Siahaan, *Pencucian Uang Dan Kejahatan Perbankan*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2005, hlm. 3.

²⁰ Yenti Garnasih, *Kriminalisasi Terhadap Pencucian Uang di Indonesia dan Permasalahan Implementasinya*. Pelatihan Penerapan Undang-Undang Anti Pencucian Uang Untuk Memberantas Kegiatan *Illegal Logging*. Medan, 2010, hlm. 5.

²¹ *Ibid*, hlm 6.

negara-negara tertentu. Praktek pencucian uang dapat menyebabkan fluktuasi yang tajam pada nilai tukar dan suku bunga, selain itu uang hasil dari pencucian uang hasil dari pencucian uang dapat saja beralih dari satu negara yang perekonomiannya baik ke negara yang perekonomiannya kurang baik. Sehingga secara perlahan-lahan dapat menghancurkan finansial dan mengurangi kepercayaan publik kepada sistem finansial, yang dapat mendorong kenaikan resiko dan ketidakstabilan dari sistem itu yang berakibat pada berkurangnya angka pertumbuhan dari ekonomi dunia. Kejahatan *money laundering* itu sangat potensial dalam mempengaruhi atau mengganggu perekonomian baik nasional maupun internasional karena membahayakan efektifitas operasional sistem perekonomian dan bisa menimbulkan kebijakan ekonomi yang buruk, terutama pada negara-negara tertentu.

Kegiatan pencucian uang ini telah menjadi kegiatan kejahatan transnasional. Proses pencucian oleh para pencuci uang tidak hanya dilaksanakan terbatas dalam wilayah satu negara tertentu saja, tetapi harus dilakukan keluar dari negara di mana uang hasil kejahatan diperoleh, yaitu dari kejahatan yang dilakukan oleh negara tersebut dan masuk ke dalam wilayah negara lain, bahkan beberapa negara lain.²²

Hasil kejahatan itu dapat diupayakan oleh para pencuci uang yang bersangkutan menjauh dari sumbernya. Pemicu dari tindak pidana pencucian uang sebenarnya adalah suatu tindak pidana atau aktivitas kriminal, seperti perdagangan gelap narkoba, korupsi dan penyuapan. Kegiatan *money laundering* ini memungkinkan para pelaku tindak pidana untuk menyembunyikan atau mengaburkan asal-usul sebenarnya dari suatu dana atau uang hasil tindak pidana yang dilakukan. Melalui

²² Bismar Nasution, *Rejim Anti-Money laundering Di Indonesia*, Books Terrace & Library, Bandung, 2008, hlm. 2.

kegiatan ini pula para pelaku akhirnya dapat menikmati dan menggunakan hasil tindak pidananya secara bebas seolah-olah tampak sebagai hasil kegiatan yang sah ilegal dan selanjutnya mengembangkan lagi tindak pidana yang dilakukannya.²³

Penyebab maraknya *money laundering* umumnya disebabkan oleh: (1) globalisasi sistem keuangan; (2) kemajuan di bidang teknologi informasi; (3) ketentuan rahasia bank yang sangat ketat; (4) penggunaan nama samaran atau anonim; (5) penggunaan *electronic money (e-money)*; (6) berlakunya ketentuan hukum terkait kerahasiaan hubungan antara *lawyer* dan akuntan dengan kliennya masing-masing; (7) pemerintah dari suatu negara kurang serius untuk memberantas praktik pencucian uang yang dilakukan melalui sistem perbankan; dan (8) tidak dikriminalisasinya perbuatan pencucian uang. Dampak negatif pencucian uang: (a) merongrong sektor swasta yang sah; (b) merongrong integritas pasar-pasar keuangan; (c) hilangnya kendali pemerintah terhadap kebijakan ekonomi; (d) timbulnya distorsi dan ketidakstabilan ekonomi; (e) hilangnya pendapatan negara dari sumber pembayaran pajak; (f) risiko pemerintah dalam melaksanakan program privatisasi; (g) merusak reputasi negara; dan (h) menimbulkan biaya sosial yang tinggi.²⁴

Sebagai bentuk implementasi asas legalitas maka dibentuklah undang-undang yang mengatur mengenai tindak pidana pencucian uang yaitu Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang (UU No. 15 Tahun 2002 Tentang Tindak Pidana Pencucian Uang) sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2003 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang (UU No. 25 Tahun 2003

²³ *Ibid*, hlm.3.

²⁴ Tim Penyusun, *Rezim Anti Pencucian Uang Indonesia: Perjalanan 5 Tahun*, (Jakarta: PPATK, 2007), hal. 30-42.

Tentang Perubahan atas UU No. 15 Tahun 2002 Tentang Tindak Pidana Pencucian Uang). Selanjutnya demi pemenuhan kepentingan nasional serta penyesuaian standar aturan internasional disusunlah Undang-Undang No. 8 Tahun 2010 Tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang sebagai pengganti atas aturan tindak pidana pencucian uang yang lama.

Materi muatan yang terdapat perbedaan antara UU yang lama dan UU baru sebagaimana disebutkan dalam penjelasan UU No. 8 Tahun 2010, antara lain:

- 1) Redefinisi pengertian hal yang terkait dengan tindak pidana Pencucian Uang;
- 2) Penyempurnaan kriminalisasi tindak pidana Pencucian Uang;
- 3) Pengaturan mengenai penjatuhan sanksi pidana dan sanksi administratif;
- 4) Pengukuhan penerapan prinsip mengenali Pengguna Jasa;
- 5) Perluasan Pihak Pelapor;
- 6) Penetapan mengenai jenis pelaporan oleh penyedia barang dan/atau jasa lainnya;
- 7) Penataan mengenai Pengawasan Kepatuhan;
- 8) Pemberian kewenangan kepada Pihak Pelapor untuk menunda Transaksi;
- 9) Perluasan kewenangan Direktorat Jenderal Bea dan Cukai terhadap pembawaan uang tunai dan instrumen pembayaran lain ke dalam atau ke luar daerah pabean;
- 10) Pemberian kewenangan kepada penyidik tindak pidana asal untuk menyidik dugaan tindak pidana Pencucian Uang;
- 11) Perluasan instansi yang berhak menerima hasil analisis atau pemeriksaan PPATK;
- 12) Penataan kembali kelembagaan PPATK;
- 13) Penambahan kewenangan PPATK, termasuk kewenangan untuk menghentikan sementara Transaksi;
- 14) Penataan kembali hukum acara pemeriksaan tindak pidana Pencucian Uang;
- 15) Pengaturan mengenai penyitaan Harta Kekayaan yang berasal dari tindak pidana.²⁵

²⁵ http://acch.kpk.go.id/documents/10157/27926/Menjerat-koruptor-dg-TPPU_Fithriadi0Muslim.pdf. Diakses 30 Nopember 2014.

Pasal-pasal tindak pidana pencucian uang dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010 tentang Pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Pencucian Uang tercantum dalam Pasal 3, Pasal 4 dan Pasal 5, yang berbunyi sebagai berikut:

Pasal 3 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010:

Setiap Orang yang menempatkan, mentransfer, mengalihkan, membelanjakan, membayarkan, menghibahkan, menitipkan, membawa ke luar negeri, mengubah bentuk, menukarkan dengan mata uang atau surat berharga atau perbuatan lain atas Harta Kekayaan yang diketahuinya atau patut diduganya merupakan hasil tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 Ayat (1) dengan tujuan menyembunyikan atau menyamarkan asal usul Harta Kekayaan dipidana karena tindak pidana Pencucian Uang dengan pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling banyak Rp10.000.000.000,00 (sepuluh miliar rupiah).

Pasal 4 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010:

Setiap Orang yang menyembunyikan atau menyamarkan asal usul, sumber, lokasi, peruntukan, pengalihan hak-hak, atau kepemilikan yang sebenarnya atas Harta Kekayaan yang diketahuinya atau patut diduganya merupakan hasil tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 Ayat (1) dipidana karena tindak pidana Pencucian Uang dengan pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling banyak Rp5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).

Pasal 5 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2010:

- a. Setiap Orang yang menerima atau menguasai penempatan, pentransferan, pembayaran, hibah, sumbangan, penitipan, penukaran, atau menggunakan Harta Kekayaan yang diketahuinya atau patut diduganya merupakan hasil tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 Ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
- b. Ketentuan sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) tidak berlaku bagi Pihak Pelapor yang melaksanakan kewajiban pelaporan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini.

Rumusan TPPU secara umum cukup banyak unsurnya, namun pada dasarnya apabila dikelompokkan atau diidentifikasi, unsur-unsur tersebut tidak ada bedanya dengan tindak pidana pada umumnya, seperti unsur subyektif dan unsur obyektif,

maupun perbuatan pidana (*actus reus*) dan pertanggungjawaban pidana (*mens rea*).

Untuk memudahkan pemahaman rumusan TPPU sebagaimana diatur dalam Pasal 3, Pasal 4, dan Pasal 5, TPPU dikelompokkan dalam 2 (dua) klasifikasi, yaitu TPPU aktif dan TPPU pasif. Pengelompokan ke dalam dua klasifikasi ini bukan dimaknai, bahwa apabila aktif berarti melakukan perbuatan yang dilarang (*commission*), sedangkan pasif berarti tidak melakukan perbuatan yang diwajibkan (*ommission*).

TPPU aktif sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 3 dan 4 UU TPPU, lebih menekankan pada pengenaan sanksi pidana bagi: (a) pelaku pencucian uang sekaligus pelaku tindak pidana asal; dan (b) pelaku pencucian uang, yang mengetahui atau patut menduga bahwa harta kekayaan berasal dari hasil tindak pidana. Sedangkan TPPU pasif sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 5 UU TPPU lebih menekankan pada pengenaan sanksi pidana bagi: (a) pelaku yang menikmati manfaat dari hasil kejahatan; dan pelaku yang berpartisipasi menyembunyikan atau menyamarkan asal usul harta kekayaan. Oleh karena itu, aparat penegak hukum dalam penerapannya haruslah dilakukan secara selektif dan didasarkan pada fakta sejauh mana seseorang yang melakukan perbuatan atas Harta Kekayaan dapat mengetahui atau patut menduga dari mana Harta Kekayaan dimaksud berasal, juga peran dan opzet (kesengajaan) yang bersangkutan untuk mengambil manfaat atau keuntungan dari kegiatan pencucian uang²⁶.

Tindak pidana pencucian uang paling dominan dilakukan dengan menggunakan sistem keuangan. Perbankan merupakan *channel* yang paling menarik digunakan dalam pencucian uang. Pemanfaatan bank dalam kejahatan pencucian uang berupa:

²⁶ http://acch.kpk.go.id/documents/10157/27926/Menjerat-koruptor-dg-TPPU_Fithriadi0Muslim.pdf. Diakses 30 Nopember 2014.

- a. Menyimpan uang hasil tindak pidana dengan nama palsu;
- b. Menyimpan uang di bank dalam bentuk deposito/tabungan/rekening/giro;
- c. Menukar pecahan uang hasil kejahatan dengan pecahan lainnya yang lebih besar atau kecil;
- d. Bank yang bersangkutan dapat diminta untuk memberikan kredit kepada nasabah pemilik simpanan dengan jaminan uang yang disimpan pada bank yang bersangkutan;
- e. Menggunakan fasilitas transfer atau EFT (*Electronic Fund Transfer*);
- f. Melakukan transaksi ekspor impor fiktif dengan menggunakan sarana lie dengan memalsukan dokumen-dokumen yang dilakukan bekerja sama dengan oknum pejabat terkait;
- g. Pendirian/pemanfaatan bank gelap.²⁷

C. Dasar Pertimbangan Hakim dalam Menjatuhkan Pidana

Hakim dalam mengadili pelaku tindak pidana harus melalui proses penyajian kebenaran dan keadilan dalam suatu putusan pengadilan sebagai rangkaian proses penegakan hukum, maka dapat dipergunakan teori kebenaran. Dengan demikian, putusan pengadilan dituntut untuk memenuhi teori pembuktian, yaitu saling berhubungan antara bukti yang satu dengan bukti yang lain, misalnya, antara keterangan saksi yang satu dengan keterangan saksi yang lain atau saling berhubungan antara keterangan saksi dengan alat bukti lain (Pasal 184 KUHAP).

²⁷ Kepala Pusat Pelaporan dan Analisis Transaksi Keuangan. *Praktek Pencucian Uang dan Kerugian Negara*. Makalah. Rabu 16 April 2003.

Kekuasaan kehakiman merupakan badan yang menentukan dan kekuatan kaidah-kaidah hukum positif dalam konkretisasi oleh hakim melalui putusanputusannya. Bagaimanapun baiknya segala peraturan perundang-undangan yang diciptakan dalam suatu negara, dalam usaha menjamin keselamatan masyarakat menuju kesejahteraan rakyat, peraturan-peraturan tersebut tidak ada artinya, apabila tidak ada kekuasaan kehakiman yang bebas yang diwujudkan dalam bentuk peradilan yang bebas dan tidak memihak, sebagai salah satu unsur negara hukum. Sebagai pelaksana dari kekuasaan kehakiman adalah hakim, yang mempunyai kewenangan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan hal ini dilakukan oleh hakim melalui putusannya. Fungsi hakim adalah memberikan putusan terhadap perkara yang diajukan, di mana dalam perkara pidana, hal itu tidak terlepas dari sistem pembuktian negatif, yang pada prinsipnya menentukan bahwa suatu hak atau peristiwa atau kesalahan dianggap telah terbukti, di samping adanya alat-alat bukti menurut undang-undang juga ditentukan keyakinan hakim yang dilandasi dengan integritas moral yang baik.²⁸

Secara kontekstual ada tiga esensi yang terkandung dalam kebebasan hakim dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman yaitu:

- a. Hakim hanya tunduk pada hukum dan keadilan;
- b. Tidak seorangpun termasuk pemerintah dapat mempengaruhi atau mengarahkan putusan yang akan dijatuhkan oleh hakim;
- c. Tidak ada konsekuensi terhadap pribadi hakim dalam menjalankan tugas dan fungsi yudisialnya.²⁹

²⁸ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, hlm.103.

²⁹ *Ibid*, hlm.104.

Kebebasan hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara merupakan mahkota bagi hakim dan harus tetap dikawal dan dihormati oleh semua pihak tanpa kecuali, sehingga tidak ada satu pihak yang dapat menginterupsi hakim dalam menjalankan tugasnya tertentu. Hakim dalam menjatuhkan putusan harus mempertimbangkan banyak hal, baik itu yang berkaitan dengan perkara yang sedang diperiksa, tingkat perbuatan dan kesalahan yang dilakukan pelaku, kepentingan pihak korban, keluarganya dan rasa keadilan masyarakat.

Menurut Mackenzie ada beberapa teori atau pendekatan yang dapat dipergunakan oleh hakim dalam penjatuhan putusan dalam suatu perkara, yaitu sebagai berikut:

a. Teori keseimbangan

Yang dimaksud dengan keseimbangan disini keseimbangan antara syarat-syarat yang ditentukan undang-undang dan kepentingan pihak-pihak yang tersangkut atau berkaitan dengan perkara, yaitu antara lain seperti adanya keseimbangan yang berkaitan dengan masyarakat dan kepentingan terdakwa.

b. Teori pendekatan seni dan intuisi

Penjatuhan putusan oleh hakim merupakan diskresi atau kewenangan dari hakim. Sebagai diskresi, dalam penjatuhan putusan hakim menyesuaikan dengan keadaan dan pidana yang wajar bagi setiap pelaku tindak pidana, hakim akan melihat keadaan pihak terdakwa atau penuntut umum dalam perkara pidana. Pendekatan seni dipergunakan oleh hakim dalam penjatuhan putusan, lebih ditentukan oleh instink atau intuisi dari pada pengetahuan dari hakim

c. Teori pendekatan keilmuan

Titik tolak dari teori ini adalah pemikiran bahwa proses penjatuhan pidana harus dilakukan secara sistematis dan penuh kehati-hatian khususnya dalam kaitannya

dengan putusan-putusan terdahulu dalam rangka menjamin konsistensi dari putusan hakim. Pendekatan keilmuan ini merupakan semacam peringatan bahwa dalam memutus suatu perkara, hakim tidak boleh semata-mata atas dasar intuisi atau instink semata, tetapi harus dilengkapi dengan ilmu pengetahuan hukum dan juga wawasan keilmuan hakim dalam menghadapi suatu perkara yang harus diputuskannya.

d. Teori Pendekatan Pengalaman

Pengalaman dari seorang hakim merupakan hal yang dapat membantunya dalam menghadapi perkara-perkara yang dihadapinya sehari-hari, dengan pengalaman yang dimilikinya, seorang hakim dapat mengetahui bagaimana dampak dari putusan yang dijatuhkan dalam suatu perkara pidana yang berkaitan dengan pelaku, korban maupun masyarakat.

e. 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 berperkara.

f. Teori kebijaksanaan

Teori ini diperkenalkan oleh Made Sadhi Astuti, di mana sebenarnya teori ini berkenaan dengan putusan hakim dalam perkara di pengadilan anak. Aspek ini menekankan bahwa pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua ikut bertanggungjawab untuk membimbing, membina, mendidik dan melindungi

anak, agar kelak dapat menjadi manusia yang berguna bagi keluarga, masyarakat dan bagi bangsanya.³⁰

D. Teori Sistem Hukum

Teori Sistem Hukum menurut Lawrence Friedman sebagaimana dikutip Mardjono Reksodiputro, menjelaskan bahwa unsur-unsur sistem hukum itu terdiri dari struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*) dan budaya hukum (*legal culture*).

- a. Struktur hukum meliputi badan eksekutif, legislatif dan yudikatif serta lembaga-lembaga terkait, seperti Kejaksaan, Kepolisian, Pengadilan, Komisi Judisial, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dan lain-lain.
- b. Substansi hukum adalah mengenai norma, peraturan maupun undang-undang.
- c. Budaya hukum adalah meliputi pandangan, kebiasaan maupun perilaku dari masyarakat mengenai pemikiran nilai-nilai dan pengharapan dari sistem hukum yang berlaku, dengan perkataan lain, budaya hukum itu adalah iklim dari pemikiran sosial tentang bagaimana hukum itu diaplikasikan, dilanggar atau dilaksanakan.³¹

Substansi hukum bukanlah sesuatu yang mudah direncanakan, bahkan hal ini dapat dianggap sebagai perkara yang sulit, namun bukan karena kesulitan itulah sehingga substansi hukum perlu direncanakan, melainkan substansi hukum juga sangat tergantung pada bidang apakah yang hendak diatur. Perlu pula diperhatikan perkembangan sosial, ekonomi dan politik, termasuk perkembangan-perkembangan

³⁰ Ahmad Rifai, *Op. Cit.* hlm.105-106.

³¹ Mardjono Reksodiputro. *Sistem Peradilan Pidana Indonesia (Melihat Kejahatan dan Penegakan Hukum dalam Batas-Batas Toleransi)*. Pusat Keadilan dan Pengabdian Hukum. Jakarta. 1994. hlm.81.

ditingkat global yang semuanya sulit diprediksi. Sikap politik yang paling pantas untuk diambil adalah meletakkan atau menggariskan prinsip-prinsip pengembangannya. Sebatas inilah *blue print*-nya. Untuk itu maka gagasan dasar yang terdapat dalam UUD 1945 itulah yang harus dijadikan prinsip-prinsip atau parameter dalam pembentukan undang-undang apa saja, kesetaraan antar lembaga negara, hubungan yang bersifat demokratis antara pemerintah pusat dengan daerah, hak asasi manusia (HAM) yang meliputi hak sosial, ekonomi, hukum, dan pembangunan harus dijadikan sumber sekaligus parameter dalam menguji substansi RUU atau UU yang akan dibentuk.

Budaya hukum (*legal culture*) menjelaskan keanekaragaman ide tentang hukum yang ada dalam berbagai masyarakat dan posisinya dalam tatanan sosial. Ide-ide ini menjelaskan tentang praktik-praktik hukum, sikap warga negara terhadap hukum dan kemauan dan ketidakmauannya untuk mengajukan perkara, dan signifikansi hukum yang relatif, dalam menjelaskan pemikiran dan perilaku yang lebih luas di luar praktik dan bentuk diskursus khusus yang terkait dengan lembaga hukum. Dengan demikian, variasi budaya hukum mungkin mampu menjelaskan banyak tentang perbedaan-perbedaan cara di mana lembaga hukum yang nampak sama dapat berfungsi pada masyarakat yang berbeda.

Aspek kultural melengkapi aktualisasi suatu sistem hukum, yang menyangkut dengan nilai-nilai, sikap, pola perilaku para warga masyarakat dan faktor nonteknis yang merupakan pengikat sistem hukum tersebut. Wibawa hukum melengkapi kehadiran dari faktor-faktor non teknis dalam hukum. Wibawa hukum memperlancar bekerjanya hukum sehingga perilaku orang menjadi positif terhadap hukum. Wibawa hukum tidak hanya berkaitan dengan hal-hal yang rasional, tetapi

lebih daripada itu mengandung unsur-unsur spiritual, yaitu kepercayaan. Kewibawaan hukum dapat dirumuskan sebagai suatu kondisi psikologis masyarakat yang menerima dan menghormati hukumnya.

Menurut Friedman budaya hukum diterjemahkan sebagai sikap-sikap dan nilai-nilai yang berhubungan dengan hukum dan lembaganya, baik secara positif, maupun negatif. Jika masyarakat mempunyai nilai-nilai yang positif, maka hukum akan diterima dengan baik, sebaliknya jika negatif, masyarakat akan menentang dan menjauhi hukum dan bahkan menganggap hukum tidak ada. Pembentukan undang-undang memang merupakan budaya hukum. Tetapi mengandalkan undang-undang untuk membangun budaya hukum yang berkarakter tunduk, patuh dan terikat pada norma hukum adalah jalan pikiran yang setengah sesat. Budaya hukum bukanlah hukum. Budaya hukum secara konseptual adalah soal-soal yang ada di luar hukum.

Sistem peradilan pidana terpadu (*integrated criminal justice system*) tidak berarti antar lembaga penegak hukum harus menjadi satu fungsi di bawah “satu atap”, akan tetapi masing-masing fungsi tetap di bawah koordinasi sendiri-sendiri yang independen dengan kerjasama yang aktif dalam persepsi yang sama dilihat dari fungsi dan wewenang masing-masing lembaga tersebut. Keterpaduan antara subsistem dalam penegakan hukum menjadi penentu efektivitas suatu peraturan. Sistem hukum dapat berjalan dengan baik untuk mencapai tujuan jika semua unsur saling mendukung dan melengkapi. Ada anggapan yang menyatakan bahwa kesadaran hukum merupakan proses psikis yang terdapat dalam diri manusia yang mungkin timbul dan mungkin pula tidak timbul. Oleh karena itu, semakin tinggi taraf kesadaran hukum seseorang, akan semakin tinggi pula tingkat ketaatan dan kepatuhannya kepada hukum, dan sebaliknya semakin rendah tingkat kesadaran

hukum seseorang maka ia akan banyak melakukan pelanggaran terhadap ketentuan hukum.

Berkaitan dengan budaya hukum (*legal culture*) ini, menurut Roger Cotterrell dalam Mochtar Kusumaatmadja, konsep budaya hukum itu menjelaskan keanekaragaman ide tentang hukum yang ada dalam berbagai masyarakat dan posisinya dalam tatanan sosial. Ide-ide ini menjelaskan tentang praktik-praktik hukum, sikap warga Negara terhadap hukum dan kemauan dan ketidakmauannya untuk mengajukan perkara, dan signifikansi hukum yang relatif, dalam menjelaskan pemikiran dan perilaku yang lebih luas di luar praktik dan bentuk diskursus khusus yang terkait dengan lembaga hukum. Dengan demikian, variasi budaya hukum mungkin mampu menjelaskan banyak tentang perbedaan-perbedaan cara di mana lembaga hukum yang nampak sama dapat berfungsi pada masyarakat yang berbeda.³²

E. Kajian terhadap Positivisme Hukum

Pemikir positivisme hukum yang terkemuka adalah John Austin (1790-1859) yang berpendirian bahwa hukum adalah perintah dari penguasa. Hakikat hukum sendiri menurut Austin terletak pada unsur “perintah” (*command*). Hukum dipandang sebagai suatu sistem yang tetap, logis, dan tertutup. Austin menyatakan “ *a law is a command which obliges a person or persons... Laws and other commands are said to proceed from superior, and to bind or oblige inferiors*”. Pemikiran Austin itu banyak mendapat kritik –atau yang belakangan menjadi fokus kritik terhadap

³² Roger Cotterrell, *The Sociology of Law an Introduction*, London: Butterworths, 1984, dalam Mochtar Kusumaatmadja, 1986, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Bandung: Binacipta, hlm. 25.

positivisme hukum, yakni berkaitan dengan pandangan Austin terhadap hukum, di mana hukum dipandang sebagai perintah dari yang penguasa yang berdaulat.³³

Bagi positivisme hukum teori hukum itu hanya bersangkutan paut dengan hukum positif saja. Ilmu hukum tidak membahas apakah hukum positif itu baik atau buruk, dan tidak pula membahas soal efektivitasnya hukum dalam masyarakat. Sebagai sebuah aliran, secara konseptual dikenal dua subaliran dalam positivisme hukum, yakni: 1) Aliran hukum yang analisis, yang digagas John Austin; 2) Aliran hukum positif yang murni, dipelopori oleh Hans Kelsen. Dalam konteks Austin yang mengartikan hukum itu adalah sekelompok tanda-tanda (*signs*) yang mencerminkan kehendak (*wish*) dan disusun atau diadopsi oleh pemegang kedaulatan (*the sovereign*), hal itu tentu tidak dapat dipisahkan dari pandangan Austin sendiri sebagai penganut positivisme hukum. Bagaimana konsepsi Austin tentang hukum berkorelasi dengan pandangannya terhadap hukum positif yakni sebagai ungkapan tentang aturan berkehendak (*the expression of an act of wishing*). Sementara itu menurut Hans Kelsen, hukum adalah sebuah sistem Norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das solen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dari aksi manusia yang deliberatif. Kelsen meyakini David Hume yang membedakan antara apa yang ada (*das sein*) dan apa yang “seharusnya”, juga keyakinan Hume bahwa ada ketidakmungkinan pemunculan kesimpulan dari kejadian faktual bagi *das solen*. Sehingga, Kelsen percaya bahwa hukum yang

³³ Darji Darmodiharjo, *Op.Cit.* hlm. 117.

merupakan pernyataan-pernyataan “seharusnya” tidak bisa direduksi ke dalam aksi-aksi alamiah³⁴

Kedua pandangan ahli hukum yang dinukilkan di atas tentulah tidak bermaksud untuk mencari atau mengungkapkan tekanan-tekanan dari pemikiran hukum Austin dan Kelsen, melainkan untuk mengantarkan kita pada pemahaman yang lebih kompleks terhadap apa yang dinamakan dengan positivisme hukum. Ini teruma bersangkut paut dengan dua sub aliran yang terdapat dalam positivisme hukum. Mencermati berbagai kritik yang diarahkan pada positivisme hukum, beberapa antaranya masih relevan dengan perkembangannya saat ini dan sebagian lain tidak. Positivisme hukum selama ini pada intinya selalu disorot atas esensinya, bahwa semua hukum adalah perintah (*command*), yang dibuat oleh penguasa yang berdaulat yang ditujukan kepada yang diperintah dengan disertai sanksi apabila perintah itu dilanggar. Semua hukum positif adalah perintah. Perintah dari yang berdaulat atau *command of sovereign* atau *command of law-giver*. Dalam perspektif negara hukum yang demokratis, pemikiran Austin terhadap hukum sebagai perintah dari penguasa tidak lagi sesuai dengan fakta.

Apabila Austin memandang bahwa pemegang kedaulatan tidak terikat baik oleh peraturan yang dibuatnya sendiri, maupun oleh asas-asas yang berasal dari atas (moral dan agama) tidak sepenuhnya terjadi demikian sebagaimana halnya dengan positivism hukum di Indonesia. Masalah kedaulatan yang merupakan salah satu unsur dari hukum positif adalah bersifat pra-legal (bukan urusan hukum, tetapi urusan politik atau sosiologi) dan hendaknya dianggap sebagai sesuatu yang telah ada dalam kenyataannya.

³⁴ Darji Darmodiharjo, *Op.Cit.* hlm.118.

Positivisme hukum dalam perspektif kekinian pendekatannya tidak lagi sepenuhnya dengan kaca mata sangat formal, bahkan jauh lebih maju dari pada saat digagas Austin, sehingga pandangan penegak hukum hanya menjadi corong undang-undang, atau bahkan ada yang menyimpulkan positivisme hukum hanya bertumpu pada rumusan atau kata-kata dalam undang-undang tidaklah selalu demikian. Positivisme hukum saat ini jauh lebih maju dari pada apa yang sering dilontarkan kalangan anti positivisme hukum.³⁵

Sebagaimana juga halnya di Indonesia, kritik terhadap hukum di Indonesia juga diinspirasi oleh pandangan yang menilai hukum selalu dikaitkan dengan peraturan perundang-undangan, sedangkan nilai-nilai moral dan norma di luar undang-undang hanya dapat diakui apabila dimungkinkan oleh undang-undang. Hal tersebut diakibatkan oleh pengaruh teori positivisme, artinya implementasi kehidupan hukum di Indonesia berdasarkan pada teori positivisme hukum, tetapi teori positivisme hukum juga memiliki kekurangan, yakni tidak menghiraukan adanya nilai-nilai moral di masyarakat.³⁶

Arah pemikiran terhadap positivisme hukum di Indonesia beberapa waktu belakangan, telah ditempatkan sebagai penyebab kegagalan kehidupan hukum yang menjauh dari rasa keadilan masyarakat. Pada intinya kritik yang dilontarkan adalah bahwa terjadinya kegagalan hukum dalam memainkan peranan yang sejati adalah akibat penerapan teori positivisme hukum dalam pembangunan hukum. Di mana dalam pemahaman teori positivisme hukum, bahwa hukum itu tidak lain adalah yang

³⁵ Achmad Roestand, *Responsi Filsafat Hukum*. Armico-Bandung, 1992. hlm. 79.

³⁶ SoetandyoWignjosoebroto, "*Positivisme dan Doktrin Positivisme dalam Ilmu Hukum dan Kritik-kritik terhadap Doktrin Ini*" Program Doktor Ilmu Hukum UII, Yogyakarta, 2007, hlm. 1-2.

terdapat dalam undang-undang, dan bukan apa yang seharusnya, serta mengabaikan aspek sosial di masyarakat.

Beberapa kajian dan kritik yang dilakukan terhadap positivisme hukum, termasuk terhadap penerapan positivisme hukum di Indonesia datang dari para penganut penganut hukum responsif. Hukum responsif menganggap positivisme hukum itu sekedar menempatkan hukum di sebuah ruang hampa, menjadi “aturan mati “ sebagaimana yang tertera di dalam kitab-kitab hukum. Positivisme hukum telah menjadikan hukum itu sesuatu yang a sosial, padahal hukum itu diciptakan untuk manusia demi tujuan sosial tertentu. Sementara itu dalam pandangan Marx misalnya, menurut dia proses-proses hukum itu pada hakekatnya adalah proses-proses dialektika yang penuh konflik. Konflik antara suatu kepentingan dan kepentingan lain yang berposisi sebagai antitetiknya. Hukum dicurigai sebagai norma yang dipositifkan demi terlindunginya suatu kepentingan tertentu atau demi termenangkannya konflik tertentu. Maka menurut Marx, sejak awal diduga bahwa hukum akan lebih berkemungkinan hukum terganggu ditangan elit dan kelas kuat, dan mereka itulah yang akan lebih berkemampuan mendayagunakan hukum formal untuk memenangkan konflik kepentingan.³⁷

Kritik yang dilontarkan Marx terhadap positivisme hukum di satu sisi bisa dipahami, namun disisi lain terkesan –sebenarnya—tidak membicarakan positivisme hukum itu sendiri. Artinya yang dibicarakan Marx adalah tingkah laku yang mengitari positivisme hukum yang memberi peluang terjadinya penyalagunaan positivisme hukum oleh elit atau kelas kuat. Dalam konteks ini, kemungkinan terjadinya

³⁷ F. Budi Hardiman, *Filsafat Modern Dari Machiavelli sampai Nietzsche*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004, hlm. 204.

penyimpangan atau penerapan paham hukum apa-pun selalu memiliki kelemahan dan tersedia (terbuka) pintu untuk menyimpang dari nilai-nilai yang telah ditetapkan (disepakati). Persoalan pemamfaatan hukum oleh elit atau kelas kuat untuk kepentingannya bukanlah persoalan positivisme hukum, tetapi berkaitan dengan elemen dan fungisoanalitas negara (pemerintah) dalam kerangka mewujudkan tujuan negara. Masalah yang nyata sebenarnya adalah terjadinya penguasa negara tidak melakukan tugas dan kewajibannya yakni mewujudkan masyarakat adil dan makmur. Dalam perspektif ini, maka apa yang terjadi terhadap positivime hukum hanya imbas dari pengejewantahan politik penguasa dan minimnya kontrol atau akses masyarakat terhadap penguasa dalam pembentukan undang-undang.³⁸

Akibat dari formulasi kritik terhadap positivisme hukum itu akhirnya sampai juga pada kesimpulan, bahwa pembuat putusan-putusan hukum, semisal hakim, tak lagi menurut paradigma lamanya yang positivistik, yang sebatas berkemampuan untuk mengucapkan bunyi undang-undang. Preposisi ini sebenarnya bukanlah suatu kritik yang relevan dengan positivisme hukum secara konsepsional, tetapi menyangkut banyak aspek dan positivisme hukum yang sejati sesungguhnya hukum dibangun melalui suatu proses yang menyeluruh sebelum dipositifkan.

Menurut Soetandyo Wignjosoebroto aliran positivis mengklaim bahwa ilmu hukum adalah sekaligus juga ilmu pengetahuan tentang kehidupan dan perilaku warga masyarakat (yang semestinya tertib mengikuti norma-norma kausalitas), maka mereka yang menganut aliran ini mencoba menuliskan kausalitas-kausalitas itu dalam wujudnya sebagai perundang-undangan. Hubungan-hubungan kausalitas itu dihukumkan atau dipositifkan sebagai norma dan norma hanya bisa bertahan atau

³⁸ *Ibid*, hlm. 205.

dipertahankan sebagai realitas kausalitas manakala ditunjang oleh kekuatan struktural yang dirumuskan dalam bentuk ancaman-ancaman pemberian sanksi.³⁹

Muncul desakan untuk meninggalkan teori positivisme hukum di Indonesia karena persoalan pembangunan hukum dan problem hukum di Indonesia terkadang dipengaruhi juga oleh pengalaman di negara-negara lain yang pada akhirnya melakukan perubahan paradigma hukum. Sejumlah persoalan dalam kehidupan masyarakat, negara dan pemerintahan di Indonesia juga telah diposisikan sebagai kegagalan hukum. Kegagalan hukum itu kemudian mengarah pada kegagalan penerapan positivisme hukum di Indonesia. Apa yang sudah berkembang dipublik atas penilaian kegagalan hukum Indonesia mengatasi masalah masyarakatnya, melahirkan gagasan apa yang dinamakan hukum progresif.⁴⁰

F. Kajian tentang Progresivisme Hukum

Gagasan Hukum Progresif muncul karena prihatin terhadap kualitas penegakan hukum di Indonesia terutama sejak terjadinya reformasi. Jika fungsi hukum dimaksudkan untuk turut serta memecahkan persoalan kemasyarakatan secara ideal, maka yang dialami dan terjadi Indonesia sekarang ini adalah sangat bertolak belakang dengan cita-cita ideal tersebut. Untuk mencari solusi dari kegagalan penerapan *analytical jurisprudence*, Hukum Progresif memiliki asumsi dasar hubungan antara hukum dengan manusia. Progresivisme bertolak dari pandangan kemanusiaan, bahwa manusia pada dasarnya adalah baik, memiliki sifat-sifat kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama. Dengan demikian, asumsi dasar Hukum Progresif dimulai dari hakikat dasar hukum adalah untuk manusia. Hukum tidak

³⁹ SoetandyoWignjosoebroto, *Op Cit*, hlm. 3-4.

⁴⁰ *Ibid.* hlm .5,

hadir untuk dirinya-sendiri sebagaimana yang digagas oleh ilmu hukum positif tetapi untuk manusia dalam rangka mencapai kesejahteraan dan kebahagiaan manusia.

Gagasan yang demikian ini jelas berbeda dari aliran hukum positif yang menggunakan sarana *analytical jurisprudence* yang bertolak dari premis peraturan dan logika. Bagi Ilmu Hukum Positif (dogmatik), kebenaran terletak dalam tubuh peraturan. Ini yang dikritik oleh Hukum Progresif, sebab melihat hukum yang hanya berupa pasal-pasal jelas tidak bisa menggambarkan kebenaran dari hukum yang sangat kompleks. Ilmu yang tidak bisa menjelaskan kebenaran yang kompleks dari realitas-empirik jelas sangat diragukan posisinya sebagai ilmu hukum yang sebenar ilmu (*genuine science*). Hukum Progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat.

Untuk tidak terjerumus dalam pertarungan antara positivisme hukum dengan hukum progresif, kedua pemikiran hukum yang dikemukakan dalam kesempatan ini, hanya ingin memastikan bahwa sebenarnya tidak ada suatu teori hukum yang benar-benar ideal dan mampu menjawab keseluruhan permasalahan yang dihadapi masyarakat. Dalam konteks ini patut dijadikan landasan bagi setiap pemilihan akan teori hukum, yaitu keadilan, kegunaan, dan kepastian hukum. Masing-masing nilai tersebut bisa bertentangan satu sama lain, sehingga timbullah ketegangan antara ketiganya. Hukum bisa saja pasti namun belum tentu adil. Hukum bisa saja memunculkan kepastian tetapi belum tentu adil. Sebaliknya hukum bisa saja adil tetapi belum tentu berkepastian. Hukum bisa saja bermanfaat tetapi belum tentu adil dan bekepastian. Jika hukum diharapkan menyelesaikan konflik atau diharapkan memberikan

penyelesaian atas masalah yang dihadapi anggota masyarakat, maka hukum mana yang mana yang mampu menyelesaikannya.⁴¹

Berdasarkan sejumlah persoalan yang terinventarisasi dari penerapan positivisme hukum di Indonesia dengan sejumlah kritik yang menyertainya, kiranya tidak dapat dipukul rata. Kritik terhadap positivisme hukum di Indonesia yang berangkat dari pandangan Austin terhadap hukum, berkemungkinan terhadap hukum pidana dan atau pun terhadap hukum-hukum peninggalan kolonial. Dalam konteks ini positivisme hukum di Indonesia harus dibedakan dengan implementasi positivism hukum di Barat. Positivisme Hukum di Indonesia sebenarnya telah berubah dari wujud aslinya, di mana pembangunan dan pembentukan hukum di Indonesia berlangsung di bawah konsep negara hukum yang berlandaskan Pancasila. Dengan UUD 1945 sebagai dasar negara yang didalamnya termuat cita negara hukum Pancasila, maka dengan sendirinya Positivisme hukum di Indonesia adalah positivism hukum yang tidak memandang hukum sebagai perintah penguasa berdaulat atau hukum dipisahkan dari moral dan agama.

Corak negara hukum Indonesia itu tentulah sekaligus menjadi karakter dari positivisme hukum Indonesia. Pada tahap ini perlu menjadi pemikiran mendalam, apakah benar positivisme hukum Indonesia sudah saatnya ditinggalkan dan beralih paradigm hukum baru, ke teori hukum progresif. Dalam hal ini benar adanya, bahwa kosmologi Indonesia dalam penyelesaian konflik berbeda dengan kosmologi bangsa Amerika yang serba *lawyer centered* . Indonesia memiliki versi *rule of law* yang

⁴¹ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan*. Jurnal Hukum Progresif” Program Doktor Ilmu Hukum Universitas. Diponegoro, Vol. 1/No. 1/April 2005. hlm. 3-5.

berbasis pada kumunalisme dan memiliki nilai-nilai seperti kekeluargaan, musyawarah dan gotong royong.

Kosmologi bangsa Indonesia yang tidak hidup dalam tradisi *lawyer centered*, sepertinya akan menjadi masalah yang berkepanjangan, sekalipun teori positivisme hukum diganti dengan teori hukum progresif sekalipun. Bisa dibayangkan bagaimana rumitnya apabila hukum selalu dikaitkan pada tujuan-tujuan di luar narasi tekstual hukum itu sendiri. Positivisme hukum yang diterapkan di Indonesia yang tumbuh di bawah konsepsi hukum *tool social of engineering* sesungguhnya sudah memberikan jawaban bagi hukum sebagai penyelesai konflik atau pemmasalahan yang dihadapi masyarakat. Jika demikian halnya, maka persoalan positivisme hukum di Indonesia adalah belum didukung suatu tradisi pembentukan hukum yang memadai. Terlalu banyak atau acap kali pembentukan hukum positif di Indonesia dibentuk atas kepentingan sesaat dan temporer, pembentukan hukum Indonesia lebih cenderung dibangun di atas kepentingan-kepentingan politik dan asing. Bahkan tidak sedikit hukum Indonesia dibentuk dengan tidak sempurna dan mengandung sejumlah kekurangan dan kelemahan juridis dan sebagainya.⁴²

Pembentukan-pembentukan hukum positif yang demikian tentu secara tidak langsung akan berpengaruh pada penegakkannya, di mana penegakkan hukum oleh Hakim dan Jaksa pada ketiadaan ukuran yang jelas dalam menerapkan peraturan perundang-undangan. Inilah yang kemudian dipahami sebagai hukum jauh dari rasa keadilan masyarakat dan disisi lain hukum tampak tidak berkepastian.

⁴² *Ibid.* hlm.6.

Hukum Progresif yang dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo menegaskan bahwa hukum adalah untuk manusia, dan bukan sebaliknya. Hukum itu bukan hanya bangunan peraturan, melainkan juga bangunan ide, kultur, dan cita-cita. Dalam masalah penegakan hukum, terdapat 2 (dua) macam tipe penegakan hukum progresif:

1. Dimensi dan faktor manusia pelaku dalam penegakan hukum progresif. Idealnya, mereka terdiri dari generasi baru profesional hukum yang memiliki visi dan filsafat yang mendasari penegakan hukum progresif.
2. Kebutuhan akan semacam kebangunan di kalangan akademisi, intelektual dan ilmuan serta teoritis hukum Indonesia.⁴³

Pemikiran hukum perlu kembali pada filosofis dasarnya, yaitu hukum untuk manusia. Dengan filosofis tersebut, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum itu bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Mutu hukum ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada kesejahteraan manusia.

Dalam logika itulah revitalisasi hukum dilakukan setiap kali. Bagi hukum progresif, proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan (*changing the law*). Peraturan buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadirkan keadilan untuk rakyat dan pencari

⁴³ Satjipto Rahardjo. *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009. hlm. 3.

keadilan, karena mereka dapat melakukan interpretasi secara baru setiap kali terhadap suatu peraturan. Untuk itu agar hukum dirasakan manfaatnya, maka dibutuhkan jasa pelaku hukum yang kreatif menterjemahkan hukum itu dalam kepentingan-kepentingan sosial yang memang harus dilayaninya.

Hukum dan keadilan merupakan dua buah sisi mata uang yang tidak dapat dipisahkan, hukum bertujuan untuk mewujudkan keadilan dan keadilan tanpa hukum ibarat macan ompong, namun untuk mendapatkan keadilan maka pencari keadilan harus melalui prosedur-prosedur yang tidak adil. Sehingga hukum menjadi momok yang menakutkan bagi masyarakat, hukum bukan lagi untuk membahagiakan masyarakat tetapi malah menyengsarakan masyarakat. Hukum gagal memberikan keadilan ditengah masyarakat. Supremasi hukum yang selama ini didengungkan hanyalah sebagai tanda (*sign*) tanpa makna. Teks-teks hukum hanya permainan bahasa (*language of game*) yang cenderung menipu dan mengecewakan.⁴⁴

Salah satu penyebab kemandegan yang terjadi didalam dunia hukum adalah karena masih terjerembab kepada paradigma tunggal positivisme yang sudah tidak fungsional lagi sebagai analisis dan kontrol yang bersejalan dengan hidup manusia yang senyatanya pada konteks dinamis dan multi kepentingan baik pada proses maupun pada peristiwa hukumnya, Sehingga hukum hanya dipahami dalam artian yang sangat sempit, yakni hanya dimaknai sebatas undang-undang, sedangkan nilai-nilai diluar undang-undang tidak dimaknai sebagai hukum.

Hukum dan kekuasaan mempunyai hubungan yang sangat erat dan tidak dapat dipisahkan. Hukum tanpa kekuasaan adalah angan-angan, kekuasaan tanpa hukum

⁴⁴ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 1995, hlm. 11.

adalah kelaliman. Hal ini sesuai dengan apa yang di ungkapkan oleh Lord Acton “*Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely*” bahwa kekuasaan cenderung rusak, sedangkan kekuasaan yang mutlak pasti rusaknya. Baik buruknya sesuatu kekuasaan, tergantung dari bagaimana kekuasaan tersebut dipergunakan. Artinya, baik buruknya kekuasaan senantiasa harus diukur dengan kegunaannya untuk mencapai suatu tujuan yang sudah ditentukan atau disadari oleh masyarakat lebih dahulu. Hal ini merupakan suatu unsur yang mutlak bagi kehidupan masyarakat yang tertib dan bahkan bagi setiap bentuk organisasi yang teratur.

Unsur pemegang kekuasaan merupakan faktor penting jika digunakan kekuasaan yang dimilikinya itu sesuai dengan kehendak masyarakat. Karena itu di samping keharusan adanya hukum sebagai alat pembatas, juga bagi pemegang kekuasaan ini diperlukan syarat-syarat lainnya seperti memiliki watak yang jujur dan rasa pengabdian terhadap kepentingan masyarakat. Kesadaran hukum yang tinggi dari masyarakat juga merupakan pembatas yang ampuh bagi pemegang kekuasaan. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa hukum itu tidak untuk kepentingan penguasa, tetapi untuk kepentingan masyarakat.

Kajian hukum progresif berkaitan erat dengan dengan hukum atau penciptaan hukum (*rechtsvorming/rechtsschepping*) mungkin dianggap lebih kena dari pada penemuan hukum (*rechtsvinding*). Istilah yang pertama lebih dekat terasosiasikan dengan fungsi Badan Pembentuk Undang-Undang/badan legislatif, sedangkan istilah yang terakhir secara historis lebih sering digunakan dalam bidang pelaksanaan dan penegakan hukum pada khususnya dan “*law practice*” pada umumnya. Secara umum, penemuan hukum itu adalah keseluruhan proses berfikir dari seorang iurist/ahli hukum, yang dengan menggunakan sesuatu metode interpretasi

mengantarkan dan membawanya kepada suatu putusan hukum ataupun pengembangan dan pertumbuhan hukum. Penemuan hukum ini berhubungan dengan tugas dan fungsi hakim, namun tetap mendasarkan pada definisi umum tersebut dan ajaran dari Paul Scholten, dalam bukunya *Algemeen Dea*, dapat diajukan pembatasan arti khusus, yakni penemuan hukum ialah proses dan karya yang dilakukan oleh Hakim, yang menetapkan benar dan tidak benar menurut hukum dalam suatu situasi konkrit, yang diujikan kepada hati nurani. Karya tersebut bersifat intelektual –rasional logis– intuitif dan ethis. Tujuan pokok dan pertama dari segala hukum adalah ketertiban. Kebutuhan akan ketertiban ini, syarat pokok (fundamental) bagi adanya suatu masyarakat manusia yang teratur.⁴⁵

Kehidupan dalam masyarakat yang sedikit banyak berjalan dengan tertib dan teratur ini didukung oleh adanya suatu tatanan. Tatanan dalam masyarakat yang menciptakan hubungan-hubungan yang tetap dan teratur di antara anggota-anggota masyarakat sebenarnya terdiri dari subtatanan-subtatanan, yaitu kebiasaan, hukum, dan kesusilaan. Pada tatanan hukum, tatanan ini didukung oleh norma-norma yang secara sengaja dan sadar dibuat untuk menegakkan suatu jenis ketertiban tertentu dalam masyarakat. Karena tatanan hukum itu berupa norma-norma yang berisi petunjuk-petunjuk tingkah laku, maka ia merupakan pencerminan dari kehendak manusia tentang bagaimana seharusnya masyarakat itu dibina dan ke mana harus diarahkan. Dengan mengetahui bahwa hukum itu dipergunakan untuk mengatur kehidupan masyarakat, maka hukum yang ada dalam masyarakat adalah untuk melayani masyarakatnya. Oleh karena itu, ia sedikit-banyak ditentukan oleh

⁴⁵ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2009, hlm. 12-13.

kemungkinan-kemungkinan yang bisa disediakan oleh masyarakatnya dan mempertimbangkan sumber daya yang tersedia dalam masyarakat.⁴⁶

Tuntutan terhadap hukum pada masa kini adalah menjadikan hukum yang mampu mengarahkan dan menampung kebutuhan-kebutuhan hukum sesuai dengan kesadaran hukum rakyat yang berkembang ke arah modernisasi untuk menjamin kepastian hukum dan ketertiban masyarakat. Sekaligus diharapkan hukum berfungsi sebagai sarana untuk menampung perkembangan modernisasi dan pembangunan yang menyeluruh, atau dengan kata lain, hukum harus dapat menyesuaikan diri dengan kecepatan perubahan masyarakat serta harus dapat dipergunakan sebagai sarana untuk memberi arah kepada perubahan.

⁴⁶ *Ibid.* hlm. 16.