

BAB II

LANDASAN TEORI DAN KAJIAN PUSTAKA

Dalam mencari jawaban atas suatu penelitian, diperlukan adanya suatu landasan teori dan kajian pustaka untuk membatasi perjalanan penelitian ini agar tetap terfokus pada tujuan penelitian. Teori adalah proposisi atau keterangan yang saling berhubungan dalam sistem deduksi yang menggunakan suatu penjelasan atau suatu gejala. Teori juga merupakan suatu abstraksi intelektual dari pendekatan secara rasional digabungkan dengan pengalaman empiris, sehingga teori tentang ilmu merupakan suatu penjelasan rasional yang sesuai dengan objek penelitian, dijelaskan dan untuk mendapatkan verifikasi, harus didukung oleh data empiris yang mampu mengungkapkan kebenaran.³⁹ Melalui landasan teori yang dipilih, peneliti berharap dapat membedah seperangkat asumsi-asumsi teoritis umum atau *point of view* atau paradigma⁴⁰ pemikiran hukum hakim pidana yang ada, guna mencari jawaban atas fenomena-fenomena yang tak terjawabkan, sehingga kemudian muncul suatu cara pandang atau paradigma baru.⁴¹

A. Landasan Teori

1. Teori- Teori Tentang Tujuan Hukum

Menurut Muhamad Erwin, tujuan hukum adalah untuk memenuhi hukum adanya. Tujuan ini merupakan nilai yang ingin diwujudkan manusia, yakni: 1) keadilan untuk

³⁹ Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Pustaka Media, Bandung, 2011, hlm. 53.

⁴⁰ Thomas Kuhn menyebutkan "dalam penggunaannya yang telah mapan, paradigma adalah model atau pola yang diterima" (Thomas S Kuhn, *The Structure os Scientific Revolution, Peran Paradigma dalam Revolusi Sains*, PT Remaja Rosdakarya, Bandung, 2012, hlm. 22, Penerjemah Tjun Surjaman).

⁴¹ Melalui karya "*The sceintufic of Scientific revolutions*, Kuhn menantang konsep ilmiah yang sedang berlangsung selama abad ini dengan pendapatnya yang dapat digambarkan sebagai *Kuhn Cycle*. Menurut Kuhn, sains menjadi terdepan kerap diakibatkan oleh ledakan ilmu pengetahuan baru (*new knowledge*), di mana setiap ledakan dipicu oleh cara-cara berpikir baru yang meluas sehingga disebut paradigma baru. Langkah-langkah dalam *Kuhn cycle* adalah: dimulai dari *pre scence/ pre-paradigma* di mana belum terdapat → keadaan *normal science* (secara alamiah telah ada pemahaman/paradigma yang bekerja → *model drift* (munculnya anomaly-anomali atau frnomena yang tidak dapat dijelaskan oleh model → *model crisis*, di mana *model drift* semakin *excessive* (berkelebihan) dan model menjadi pecah, sehingga timbul dua pilihan yang salah satunya adalah berpindah ke suatu paradigma baru → *model revolution*, adalah suatu keadaan (revolusi) munculnya kandidat baru yang secara radikal berbeda dari yang lama, sehingga terjadi → *paradigma change*. Thwink.org, *The Kuhn Cycle*, <http://www.thwink.org/sustain/glossary/KuhnCycle.html>, diakses 22 Maret 2015, jam 11.51.

keseimbangan, 2) kepastian untuk ketepatan, dan 3) kemanfaatan untuk kebahagiaan.⁴² Menurut Achmad Ali, teori- teori tentang tujuan hukum dapat digolongkan dalam tiga *grand theory*, yakni: teori tujuan hukum dari Barat (teori klasik dan modern), teori tujuan hukum dari timur, dan teori hukum Islam, antara lain:⁴³

(1) Teori tujuan hukum Barat dapat dikenali dalam dua periode:

- a. Teori klasik. Tujuan hukum menurut teori klasik adalah: a) Teori etis, yakni tujuan hukum semata-mata untuk mewujudkan keadilan (*justice*), b) teori utilitis, tujuan hukum semata-mata untuk mewujudkan kemanfaatan (*utilities*), dan c) tujuan legalistik, yakni tujuan hukum semata-mata untuk mewujudkan kepastian hukum.
- b. Teori modern. Tujuan hukum menurut teori modern adalah: a) teori prioritas baku. Menurut teori prioritas baku, tujuan hukum mencakupi keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, b) teori prioritas kasuistik, yakni tujuan hukum mencakupi keadilan, kemanfaatan, kepastian hukum dengan urutan prioritas, secara proporsional, sesuai dengan kasus yang dihadapi.

(2) Tujuan hukum dari Timur masih menggunakan kultur sebagai ukuran yang berbeda dengan tujuan hukum Barat. Sebagai contoh tujuan hukum di Jepang adalah kedamaian / *peace* atau *heiwa* atau *chian hanji* (*justice of the peace*). Hukum di Jepang diciptakan untuk perdamaian bagi warga masyarakat dan di dalam perdamaian itu terkandung 'keadilan'. Berbeda dengan Indonesia yang memiliki kultur timur, namun tujuan hukumnya menggunakan paradigma hukum dan hukum formal Barat. Sedangkan tujuan hukum menurut teori hukum Islam adalah mewujudkan "kemanfaatan" bagi umat manusia di dunia dan akhirat.

(3) Tujuan hukum menurut teori hukum Islam pada prinsipnya adalah bagaimana mewujudkan kemanfaatan bagi seluruh umat manusia, baik dalam kehidupan di dunia maupun di akhirat, melalui prinsip-prinsip: a) *al asl fi al- manafi al-hall wa fi al-mudar al man'u* (segala yang bermanfaat diperbolehkan, dan segala yang mudarat dilarang), b) *la darara wa la dirar* (jangan menimbulkan kemudarat dan jangan menjadi korban kemudarat), c) *ad-darar yuzal* (bahaya harus dihilangkan).

⁴² Muhammad Erwin, *Filsafat Hukum, Refleksi Kritis Terhadap Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm. 120, 123.

⁴³ Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 213.

a. Teori Keadilan

Menurut F.Geny, tujuan hukum adalah keadilan, dan sebagian unsur dari pengertian keadilan adalah kemasyarakatan dan kepentingan daya guna. D.H.M. Meuwissen juga menegaskan bahwa tujuan dari hukum untuk sebagian terletak dalam merealisasikan “keadilan”.⁴⁴

Menurut Gustav Radburch, pengertian hukum dapat dibedakan tiga aspek: aspek pertama ialah keadilan dalam arti sempit yakni kesamaan hak untuk semua orang di depan pengadilan, aspek kedua ialah tujuan keadilan umum atau *finalitas* yakni aspek yang menentukan isi hukum, sebab isi hukum memang sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai, dan aspek ketiga ialah kepastian hukum atau *legalitas* yakni aspek menjamin bahwa hukum dapat berfungsi sebagai peraturan yang harus ditaati (kepastian hukum). Tujuan keadilan umum (aspek kedua/ finalitas) merupakan tujuan hukum itu sendiri, yakni memajukan kebaikan dalam hidup.⁴⁵

Keadilan (*justice*) merupakan bagian dari nilai (*value*) yang bersifat abstrak sehingga memiliki banyak arti dan konotasi. Dalam hubungannya dengan konsep keadilan, kata *justice* antara lain diartikan sebagai berikut:⁴⁶

- (1) Kualitas untuk menjadi pantas (*righteous*), jujur (*honesty*)
- (2) Tidak memihak (*impartiality*), representasi yang layak (*fair*) atas fakta.
- (3) Kualitas untuk menjadi benar (*correct, right*).
- (4) Retribusi sebagai balas dendam (*vindictive*), hadiah (*reward*) atau hukuman (*punishment*) sesuai prestasi atau kesalahan.
- (5) Alasan yang logis (*sound reason*), kebenaran (*rightfulness*); validitas.
- (6) Penggunaan kekuasaan untuk mempertahankan yang benar (*right*), adil (*just*), atau sesuai hukum (*lawful*).

Menurut pengertian tradisional, terdapat dikotomi pengertian hukum: 1) hukum dalam arti keadilan (*iustitia*) atau *rect* (*regere* = memimpin). Maka hukum menandakan sebagai peraturan yang asli tentang kehidupan masyarakat, sebagaimana dicita-citakan; 2) hukum dalam arti undang-undang atau *lex/wet*. Kaidah-kaidah yang mewajibkan itu dipandang sebagai sarana untuk merwujudkan aturan yang adil.⁴⁷

Menurut Teguh Prasetyo, keadilan dapat dibedakan menjadi tiga jenis:

⁴⁴ D.H.M. Meuwissen, “Teori Hukum”, *Pro Justitia*, Tahun XII, Nomor: 2, April, 1994, hlm. 14.

⁴⁵ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintas Sejarah*, Pustaka Filsafat, Yogyakarta, cet.12, 1985, hlm. 163.

⁴⁶ M.Erfan Helmi Juni, *Filsafat Hukum*, Pustaka Setia, Bandung, 2012, hlm. 397.

⁴⁷ Theo Huijbers, *op.cit*, hlm. 49.

Pertama, keadilan umum atau keadilan legal, yakni keadilan menurut kehendak undang-undang, yang harus ditunaikan demi kepentingan umum, sekaligus pada saat yang bersamaan tidak mengorbankan manusia sebagai individu. Apa yang disebut keadilan itu adalah apa yang menjadi keinginan public atau negara, tetapi juga yang dikehendaki setiap warga negara. *Kedua*, keadilan khusus, yakni keadilan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas. Keadilan khusus ini masih dapat dibedakan sifatnya dalam tiga sasaran keadilan khusus. Sasaran keadilan khusus pertama adalah keadilan yang secara proportional diterapkan dalam lapangan hukum public secara umum, oleh karenanya keadilan ini biasa disebut keadilan distributiva. Sasaran keadilan khusus kedua adalah mempersamakan antara prestasi dan kontraprestasi, biasanya sasaran keadilan ini terdapat dalam hubungan keperdataan. Pada tataran publik, sasaran keadilan ini dijumpai pada pembagian fungsi-fungsi pemerintahan dan birokrasi pemerintahan serta lembaga-lembaga ketatanegaraan. Dalam hubungan internasional, sasaran keadilan khusus ini dapat dijumpai pada berbagai macam instrument internasional dan perjanjian antar negara (baik yang bersifat bilateral, unilateral maupun multilateral). Sedangkan sasaran keadilan khusus ketiga disebut dapat dijumpai dalam penjatuan hukuman pidana dan anti kerugian kepada pelaku hukum pidana. *Ketiga*, keadilan vindikatif atau *aequitas*, yakni keadilan yang belaku umum, objektif dan tidak memperhitungkan situasi dari orang-orang yang bersangkutan.⁴⁸

Dalam ranah psikologi, prinsip keadilan sering dikonsepkan sebagai prinsip keadilan prosedur dan prinsip keadilan distribusi. Prosedur adalah mekanisme untuk menentukan suatu ketetapan, diantaranya adalah ketetapan untuk distribusi. Yang dimaksud dengan prinsip distribusi adalah ketetapan/ kaidah yang menjadi pedoman untuk membagi atau mendistribusi sumber daya dan kesempatan, karena diasumsikan kesenjangan bersumber pada distribusi sumber daya yang tidak adil.⁴⁹

⁴⁸ Teguh Prasetyo, *Keadilan Bertamartabat Perspektif Teori Hukum*, Nusa Media, Bandung, 2015, hlm 110-112.

⁴⁹ Keadilan distributif dalam ranah psikologi dapat dibedakan dalam beberapa jenis: (1) distribusi secara proporsional. Menurut teori *equity* dari Adams, keadilan distributif dapat tercapai bila penerimaan dan masukan sebanding antara dua orang, (2) distribusi merata, yakni setiap orang yang terlibat akan menerima pembagian yang sama dengan orang lain, sehingga variasi penerimaan antara satu orang dengan yang lainnya sangat kecil atau bahkan tidak ada, (3) distribusi berdasarkan kebutuhan, bahwa setiap orang akan mendapatkan bagian sesuai dengan kebutuhannya dan dalam hubungan kerja makin banyak kebutuhannya maka makin besar upah yang diterima. Kebutuhan yang menjadi pertimbangan adalah kebutuhan fisik minimum. (4) distribusi berdasarkan permintaan dan penawaran di pasar. Menurut Adam Smith keadilan juga harus dibangun berdasarkan prinsip timbal balik. Distribusi ini dianggap kurang tepat karena mekanisme pasar dianggap identik dengan kapitalisme. (5)

Agar suatu hukum (dalam arti aturan dan penerapannya) dikatakan adil, maka diperlukan ukuran-ukuran dasar keadilan yakni: ukuran berdasarkan hukum alam atau positivism, ukuran absolut atau relativisme dan ukuran umum atau konkret. Pengukuran 'keadilan' tersebut ditemukan dalam pandangan teoritis keadilan.⁵⁰

- (1) Teori yang menyatakan bahwa keadilan merupakan kehendak (*will*) negara (Thomas Hobbes dan Puffendorf)
- (2) Teori bahwa prinsip keadilan merupakan sintesis dari kebebasan individu (*liberty*) dan persamaan (*equality*). Karena manusia dilahirkan bebas dan sama, oleh karena itu negara sebagai suatu masyarakat yang terorganisir secara politis harus dapat menjamin kebebasan dan persamaan diantara anggota masyarakat itu (John Locke, Rousseau dan Immanuel Kant). Pemikiran Kant tentang keadilan (*justice*), persamaan (*equality*) dan kebebasan (*liberty*) mempengaruhi teori keadilan di abad 19, antara lain:
 - (a) Paham metafisis individualis, yakni kebebasan individu (*freedom*) merupakan pencapaian akhir manusia, sehingga hukum yang adil manakala dapat melindungi kebebasan individu.
 - (b) Paham utilitarian yang praktis. Bahwa hukum akan adil jika dapat melindungi kesenangan yang terbesar bagi sebagian besar manusia (Jeremy Bentham).
 - (c) Paham historis yang individualis. Bahwa hukum akan adil jika dapat melindungi kebebasan individu. Sejarah hukum adalah sejarah tentang realisasi mengenai ide kebebasan individu (*liberty*) sebagaimana teori yang dikembangkan oleh Sir Henry Maine ' hukum berkembang dari status kontrak'.
 - (d) Paham positivis, yang dipengaruhi secara kuat oleh pemikiran Immanuel Kant.
 - (e) Paham *juristic radicalism* (abad 19), yang terpecah menjadi dua sekte:
pertama, *anarchist individualist* atau *philosophical anarchist* bahwa hukum pada prinsipnya bersifat jelek karena selalu membatasi kebebasan manusia;
kedua, *social individualism* (individualisme sosial) bahwa hukum dan

distribusi yang mengutamakan dan menguntungkan orang lain. Konsep keadilan ini berdasarkan konsep karitatif, sebagai upaya mewujudkan keadilan sosial. (6) kepentingan bersama di atas kepentingan pribadi. Prinsip distribusi ini diarahkan untuk menjaga kebersamaan dalam masyarakat sekaligus diarahkan agar individu tetap menjaga moralitas masing-masing. Prinsip ini sejalan dengan konsep karitatif, hanya bedanya karitatif ditujukan pada sekelompok orang yang memiliki persoalan tertentu (misalnya penyandang cacat), sedangkan prinsip ini diterapkan pada semua orang. (Faturohman, *Keadilan Perspektif Psikologi*, Pustaka Pelajar, Jogyakarta, 2012, hlm. 34-51).

⁵⁰Erfan Helmi Juni, *Filsafat Hukum*, Pustaka Setia Bandung, Bandung, 2012, hlm 402-404.

pemerintah dapat sejajar dalam melindungi kebebasan manusia, kontrol maksimum dari Negara merupakan cara memaksimalkan kebebasan individu.

Berbagai mazhab hukum (dari klasik sampai modern) menitik beratkan hukum pada keadilan, diantaranya teori keadilan Aristoteles (teori Etis), teori keadilan Roscoe Pound, teori keadilan Hans Kelsen, teori keadilan John Rawls, teori keadilan retributif, teori keadilan restoratif, dan teori keadilan progresif.

Teori Keadilan Klasik: Teori Etic dari Aristoteles

Pandangan Aristoteles tentang keadilan terungkap dalam bukunya *nicomachean ethics*. Dalam memformulasikan keadilan, Aristoteles mendasarkan keadilan pada tiga sari hukum alam, yakni: *honeste vivere*, *alterum non laedere* dan *sum quique tribuere* (hidup terhormat, tidak mengganggu orang lain, dan memberi kepada tiap orang lain bagiannya). Prinsip keadilan ini merupakan patokan dari apa yang benar, baik dan tepat bagi hidup dan karenanya mengikat semua orang.⁵¹

Aristoteles membagi keadilan dalam dua macam: keadilan *commutatif* dan keadilan *distributief*. Keadilan komutatif adalah memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membedakan prestasinya dalam kaitannya dengan peranan tukar menukar barang dan jasa. Keadilan distributive adalah keadilan yang memberikan kepada setiap orang sesuai dengan prestasinya. Keadilan distributif terfokus pada distribusi honor, kekayaan, dan barang-barang.⁵²

Teori keadilan menurut Roscoe Pound

Roscoe Pound membangun teori berlandaskan hakikat asasi dari hukum sebagai wujud dari *volonté generale*, yakni hukum adalah wujud kemauan dan kepentingan umum yang hidup dalam sistem politik Negara. Sebagai wujud dari *volonté generale*, hukum berfungsi sebagai tatanan pelindung kepentingan bersama sekaligus kepentingan pribadi. Hidup dalam tertib hukum niscaya membawa manusia pada keadilan dan kesusilaan, di mana kebebasan dihargai tapi dibatasi dengan kemauan umum.⁵³ Pound melihat keadilan dalam hasil-hasil konkrit yang biasa diberikan kepada masyarakat,

⁵¹Bernard L Tanya, dkk, *Op.cit*, hlm. 42.

⁵²Marwan Effendi, *Teori Hukum dari perspektif kebijakan, perbandingan dan harmonisasi hukum pidana*, Referensi, Jakarta, 2014, hlm. 76.

⁵³Bernard L Tanya, *Op.cit*, hlm. 80.

berupa pemuasan kebutuhan manusia sebanyak-banyaknya dengan pengorbanan yang sekecil-kecilnya.⁵⁴

Teori keadilan menurut John Rawls

John Rawls mengembangkan gagasan mengenai keadilan menggunakan konsep-konsep: 'posisi asli/ *original position*' dan 'selubung ketidak-pastian / *veil of ignorance*'. Rawls memposisikan (posisi asli) adanya situasi yang sama dan sederajat diantara setiap individu dalam masyarakat, tanpa perbedaan status, kedudukan atau posisi yang lebih tinggi, sehingga antara satu pihak dengan yang lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang. Posisi asli ini bertumpu pada pengertian *ekuilibrium reflektif* dengan ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan dan persamaan (*equity*) guna mengatur struktur dasar masyarakat. Sedangkan konsep 'selubung ketidaktahuan' dimaksudkan sebagai setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang. Dengan konsep ini Rawls membangun teori *justice as fairness*.⁵⁵

Menurut Rawls, suatu masyarakat dianggap baik jika didasarkan pada suatu prinsip yakni *fairness* -yang menjamin bagi semua orang apapun kepercayaan dan nilai-nilainya- dan kebebasan. Rawls menjelaskan:

*"First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all."*⁵⁶

Fairness (kepatutan) ditekankan pada asas *reprocity* (saling menguntungkan), namun tidak dalam arti *simple reprocity*, di mana distribusi kekayaan dilakukan tanpa melihat perbedaan-perbedaan objektif diantara anggota masyarakat. Keadilan dalam arti *fairness* tidak hanya memberikan peluang yang lebih banyak kepada orang-orang yang memiliki talenta (kemampuan) untuk menikmati berbagai manfaat sosial, namun keuntungan tersebut sekaligus juga membuka peluang bagi mereka yang kurang beruntung.⁵⁷

⁵⁴ Marwan Effendi, *Loc.cit.*

⁵⁵ *Ibid*, 78.

⁵⁶ John Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts,

⁵⁷ Mahmutarom, *Rekonstruksi Konsep Keadilan (Studi tentang Perlindungan Korban Tindak Pidana Terhadap Nyawa Menurut Hukum Islam, Konstruksi Masyarakat dan Instrumen Internasional)*, Universitas Diponegoro Semarang, Semarang, 2009, hlm. 42. 1971, Cet. 20, hlm. 60.

Rawls menegaskan bahwa kebebasan dan kesamaan seharusnya tidak dikorbankan demi manfaat sosial atau ekonomi, betapapun besarnya manfaat yang diperoleh dari sudut itu. Rawls percaya bahwa suatu perlakuan yang sama bagi semua masyarakat yang terakomodasi dalam keadilan formal atau juga disebut keadilan regulatif, sesungguhnya mengandung pengakuan akan kebebasan dan kesamaan bagi semua orang.⁵⁸

Keadilan Retributif (retributive justice)

Menurut Marwah Effendi, untuk memahami konsep keadilan retributif dapat dilihat melalui hakikat tujuan pemidanaan dari perspektif aliran hukum pidana klasik dan neo klasik⁵⁹. Pada aliran klasik, tujuan pemidanaan adalah sebagai sarana pembalasan atas kejahatan yang dilakukan (retributive). Immanuel Kant dan Hegel berpendapat bahwa pemidanaan merupakan tuntutan mutlak dari suatu kejahatan dan pemidanaan merupakan hak pelaku kejahatan berdasarkan kemuannya sendiri. Kesalahan hanya dapat ditebus dengan menjalani penderitaan.

Cesare Beccaria mengkritik keras paham pemidanaan retributif tersebut, di mana hukum seharusnya mampu menjamin kebahagiaan sejati bagi sebagian besar masyarakat.⁶⁰ Untuk menjamin kebahagiaan tersebut, maka dalam hukum pidana harus ditentukan terlebih dahulu undang-undang yang dibentuk oleh kekuasaan legislatif yang berfungsi sebagai parameter yang jelas dan terukur bagi penguasa dalam menjatuhkan pemidanaan. Tujuan pemidanaan adalah mencegah seseorang melakukan kejahatan dan bukan menjadi sarana balas dendam. Pemikiran Beccaria ini dikembangkan aliran neoklasik⁶¹ (abad 19) menjadi sistem peradilan pidana.

⁵⁸Erfan Helmi Juni, *Op.cit*, hlm 401.

⁵⁹Marwan Effendi, *Op.Cit*, hlm. 83.

⁶⁰Beccaria menyusun gagasan tentang suatu tatanan hukum, yang di dalamnya setiap orang menyerahkan sebagian kebebasannya kepada raja, sebagai ganti karena raja menjaga dan mempertahankan ketertiban. Akan tetapi raja tidak boleh menyalahgunakan kekuasaannya untuk menjatuhkan hukuman. Peristiwa-peristiwa hanya dapat dihukum apabila hal tersebut dinyatakan demikian oleh undang-undang. Inilah yang disebut oleh John Glissen dan Frits Gorle disebut '*nullum crimen, nulla poena sine leges*' (tidak ada kejahatan, tidak ada hukuman tanpa undang-undang). (Deni Sety Bagus Yuhennawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan gagasan Pembaharuan Filosofi Hukum Pidana*, Setara Press, Malang, 2014, hlm.54

⁶¹Beberapa ciri aliran neoklasik: 1) modifikasi dari doktrin kebebasan (*for will*) yaitu kebebasan berkehendak untuk memilih sesuatu dipengaruhi oleh *pathology*, ketidakmampuan, gangguan kejiwaan dan kondisi lain yang memungkinkan seseorang melakukan kehendak secara bebas, 2) menerima diberlakukannya kondisi yang meringankan, baik dari kondisi fisik, lingkungan maupun mental seseorang, 3) modifikasi dari doktrin pertanggungjawaban pidana untuk menetapkan peringatan pidana dengan pertanggungjawaban sebagian yang didasarkan pada alasan bahwa si pelaku mengalami

Keadilan Restoratif (restorative justice)

Menurut Howard Zehr, keadilan restoratif adalah proses untuk melibatkan dan menggunakan segala kemungkinan, seluruh pihak terkait dan pelanggaran tertentu dan untuk mengidentifikasi serta menjelaskan ancaman, kebutuhan dan kewajiban dalam rangka menyembuhkan.⁶² Howard Zehr, membuat skema yang membedakan antara *criminal justice* dan *restorative justice*.⁶³

- (a) *Criminal justice*, memandang bahwa : 1) kejahatan adalah suatu pelanggaran terhadap hukum dan Negara, 2) pelanggaran menciptakan kesalahan, 3) keadilan memerlukan pernyataan yang menentukan kesalahan pelaku dan menjatuhkan pidana terhadap pelakunya, 4) fokus sentral pelanggar mendapatkan ganjaran setimpal pelanggarannya.
- (b) *Restorative justice*, memandang bahwa: 1) kejahatan adalah pelanggaran terhadap rakyat dan hubungan antarwarga masyarakat, 2) pelanggaran menciptakan kewajiban, 3) keadilan mencakup para korban, para pelanggar dan para warga masyarakat di dalam suatu upaya untuk meletakkan segala sesuatu secara sebenarnya, 4) fokus sentralnya: para korban membutuhkan pemulihan kerugian yang dideritanya (fisik, psikologis dan materi) dan pelaku bertanggung jawab untuk memulihkannya (biasanya dengan pengakuan bersalah dari pelaku, permohonan maaf dan rasa penyesalan dari pelaku dan pemberian kompensasi/ restitusi).

Menurut konsep keadilan restoratif, sistem peradilan pidana harus mendukung terciptanya masyarakat yang damai dan adil, sistem peradilan seharusnya ditujukan untuk menciptakan perdamaian, bukan (semata-mata) untuk menghukum. Kesulitan dalam penerapan konsep keadilan restorative ini adalah adanya stigma terhadap pelaku kejahatan dan dilandaskan oleh rasa kebencian atau dendam, bukan untuk kepentingan yang lebih luas dalam memberlakukan hukum pidana dengan mempertimbangkan keseimbangan antara kepentingan pelaku dan korban.⁶⁴

Berkaitan dengan konsep keadilan dengan tugas hakim dalam mengadili suatu perkara, terdapat beberapa maksim (kalimat bijak) yang patut diperhatikan, antara lain:

gangguan jiwa, di bawah umur dan keadaan-keadaan lain yang dapat mempengaruhi pengetahuan dan niat pada waktu melakukan kejahatan, 4) diijinkannya kesaksian ahli dalam proses peradilan. (Marwan Effendi, *Op.cit*, hlm.88).

⁶²*Ibid*, hlm. 131.

⁶³Achmad Ali, *Op.Cit*, hlm. 249-250.

⁶⁴Marwan Effendi, *Op.Cit*, hlm. 135.

a) *allegans suam turpitudinem non est audiendus* (one who alleges his own infamy is not to be heard): seseorang yang menggugat kejahatannya sendiri tidak perlu didengar; b) *judex non potest esse testis in propria causa* (a judge cannot be witness in his own cause): seorang hakim tidak dapat menjadi saksi dalam perkaranya sendiri; c) *judex non potest injuriam sibi datum punire* (a judge cannot punish a wrong done to himself): seorang hakim tidak dapat menghukum dirinya atas kesalahan yang dilakukannya sendiri.⁶⁵

Teori keadilan hukum progresif.

Teori hukum progresif lebih dekat ke *interessenjurisprudenz* yang berangkat dari keraguan atas kesempurnaan logika yuridis, yang mengandalkan pemeriksaan yang cermat dan serius atas kepentingan-kepentingan yang dipertaruhkan dalam suatu kasus konkret⁶⁶. Hukum progresif tidak mengingkari peraturan yang ada seperti aliran *freirechtslehre*, namun juga tidak mematok peraturan sebagai harga mati (berkutat pada logis formal) seperti *legisme*, hukum progresif merangkul baik peraturan maupun kenyataan sosial sebagai dua hal yang harus dipertimbangkan dalam tiap putusan.⁶⁷

Secara garis besar, teori hukum progresif mempunyai landasan konseptual / postulat sebagai berikut.⁶⁸ :

(1) Hukum sebagai institusi yang dinamis.

Hukum progresif menolak segala anggapan bahwa institusi hukum adalah institusi yang final dan mutlak, karena institusi hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law as in the making*), membangun kualitas kesempurnaannya menjadi lebih baik. Hukum sangat ditentukan pada kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Kehidupan hukum terus mengalir dan dinamis sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, sehingga tidak terjebak pada ritme kepastian hukum, *status quo* dan final.

(2) Hukum sebagai ajaran kemanusiaan dan keadilan.

⁶⁵ Achmad Ali, *Op.cit*, hlm.281-282

⁶⁶ *Interessenjurisprudenz* secara tegas menolak pertimbangan yuridis yang legalistik yang dilakukan secara pasang jarak dan *in abstracto*, tidak memulai pemeriksaan dari bangunan peraturan secara hitam putih tapi dari konteks dan kasus khusus diluar narasi tekstual aturan itu sendiri. *Ibid*.

⁶⁷ Hukum progresif mempunyai perhatian yang sama dengan legal realism yakni pada tujuan dan akibat dari akibat hukum, etika teologis, memperhatikan cara pandang etis yang ada dalam etika. Apakah suaytu tindakan itu bertolak dari tujuan yang baik dan apakah tindakan yang tujuannya baik itu juga berakibat baik. *Ibid*, hal. 213.

⁶⁸ Postulat hukum progresif adalah hukum untuk manusia, pro keadilan dan hukum yang berhati nurani, dijalankan dengan kecerdasan spriritual, yang menuntut agar suatu tujuan yang dipilih harus dapat diuji, dan cara yang ditetapkan untuk mencapainya haruslah dapat dites dengan kriteria moral Bernard L Tanya, " Hukum Progresif: Perspektif Moral dan Kritis", Moh.Mahfud MD, et all, *Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, Thafa Media, Yogyakarta, 2013, hlm. 47, lihat pula Faisal, *Menerobos Positivisme Hukum*, Rangkang, Yogyakarta, 2010, hal. 72-76

Dasar filosofi hukum progresif adalah ‘hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia’, karena hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Hukum hadir bukan untuk dirinya sendiri, namun sebagai alat untuk mencapai kebahagiaan, kesejahteraan, kemuliaan dan harga diri manusia, sehingga jika terdapat permasalahan di dalam hukum, maka yang harus diperbaiki adalah hukumnya dan bukan manusia yang dipaksa masuk dalam skema hukum.

(3) Hukum sebagai aspek peraturan dan perilaku.

Aspek peraturan akan membangun suatu sistem hukum yang logis dan rasional, sedangkan aspek perilaku (manusia) akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah (akan) terbangun itu. Apabila aspek perilaku ditempatkan di atas aspek peraturan, maka faktor kemanusiaanlah (*compassion, empathy, sincerity, dare, commitment, determination*, dan sebagainya) akan mendominasi, sehingga akan terjadi pergeseran pola pikir dari aras legalistik-positivistik ke aras kemanusiaan secara utuh (*holistik*) yakni manusia sebagai pribadi dan makhluk sosial.

(4) Hukum sebagai ajaran pembebasan.

Hukum progresif menempatkan diri sebagai kekuatan ‘pembebasan’ dari tipe, cara berpikir, asas dan teori hukum yang legalistik-positivistik, mengutamakan tujuan dari pada prosedur. Untuk itu diperlukan langkah-langkah kreatif, inovatif, bila perlu melakukan ‘mobilisasi hukum’ ataupun ‘*rule breaking*’. Namun, hukum progresif tetap menjunjung tinggi moralitas, tidak anarkhis, menggunakan dasar logika ‘kepatutan sosial’ dan ‘keadilan’, dan bukan semata berdasarkan logika peraturan.

Yudi Kristiana, dalam disertasinya membuat table yang melukiskan filsafat hukum progresif yang mengidentifikasi asumsi, tujuan, spirit, progresivitas, dan karakter dalam sebuah kerangka teoritik yang utuh.⁶⁹

No.	IDENTIFIKASI	HUKUM PROGRESIF
1.	Asumsi	1. Hukum untuk manusia, bukan sebaliknya. Maka kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum. 2. Hukum bukan merupakan intisusi yang mutlak serta final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (<i>law as a process, law in the making</i>).
2.	Tujuan	Kesejahteraan dan kebahagiaan manusia.
3.	Spirit	1. Pembebasan terhadap tipe, cara berpikir, asas dan teori yang selama ini dipakai. 2. Pembebasan terhadap kultur penegakan hukum (<i>administration of justice</i>) yang selama ini dipakai dan dirasa menghambat usaha hukum untuk menyelesaikan persoalan.

commit to user

⁶⁹ Awaludin Marwan, *op.cit*, hlm. 408-409.

4.	Progresivitas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Bertujuan untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia dan karenanya memandang hukum selalu dalam proses untuk menjadi (<i>law in the making</i>). 2. Peka terhadap perubahan yang terjadi di masyarakat, baik lokal, nasional maupun global. 3. Menolak <i>status quo</i> manakala menimbulkan perlawanan dan pemberontakan yang berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum.
5.	Karakter	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kajian hukum progresif berusaha mengalihkan titik berat kajian hukum yang semula menggunakan optic hukum menuju perilaku. 2. Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat, meminjam istilah Nonet-Selznick bertipe responsif. 3. Hukum progresif terbagi paham dengan legal realism, karena hukum tidak dipandang dari kacamata hukum itu sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai dan akibat yang timbul dari bekerjanya hukum. 4. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan <i>sociological jurisprudence</i> dari Roscoe Pound yang mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan tetapi keluar dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum. 5. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan teori hukum alam, karena peduli dengan hal-hal yang <i>meta juridical</i>. 6. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan <i>Critical Legal Studies</i> namun cakupannya lebih luas.

Dari dasar filosofi hukum progresif, dapat dibayangkan konsep keadilan hukum progresif, yang bukanlah keadilan distributive dan keadilan korektif menurut Aristoteles, di mana konsep keadilan Aristoteles hanya berfokus pada terpenuhinya kebutuhan masyarakat secara merata dan bagaimana meraih proses legal terhadap perseteruan masyarakat. Perspektif keadilan hukum progresif mencoba keluar dari konsep prosedural dan pemerataan belaka, dan bertumpu pada keadilan timur yang berkaitan dengan kepuasan spiritual dan religiusitas, dan larut dalam semangat dan upaya musyawarah mufakat serta gotong royong.⁷⁰

Menurut Awaludin Marwan, konsepsi abstrak-transedental-spiritual hukum progresif, tidak meletakkan hukum progresif seluruhnya berseberangan dengan alam pemikiran Aristoteles. Hukum progresif berperspektif hukum alam, sedangkan karakter hukum Indonesia adalah kolektivisme dan komunitarianisme dengan budaya rukun, guyub dan gotong royong. Pada level kesadaran kolektif inilah hukum progresif selaras

commit to user

⁷⁰ Awaludin Marwan, *op.cit*, hlm. 344.

dengan filsafat hukum alam. Aristoteles membagi dua faksi yang berbeda dalam memahami keadilan dan moralitas. Keadilan Aristoteles dibedakan bagi keadilan yang general dan partikular, dan pada level keadilan partikular ini hukum progresif selaras dengan filsafat keadilan Aristoteles, yakni semangat pluralisme di mana kearifan lokal ditempatkan.⁷¹ Bagaimana menerapkan konsep keadilan progresif tersebut berkaitan dengan fungsi pengadilan di negara Indonesia, tentunya tidak terlepas dari Pancasila sebagai filsafat dan pandangan hidup bangsa, utamanya Pancasila sebagai sistem nilai-nilai etika atau moral yang terdapat dalam sila-sila Pancasila.

Pancasila sebagai suatu dasar filsafat negara Indonesia, merupakan suatu sumber nilai bagi segala penyelenggaraan negara, baik yang bersifat jasmaniah (kebendaan) maupun kerokhanian (kejiwaan). Hal ini berarti bahwa dalam segala aspek penyelenggaraan negara baik yang material maupun spiritual harus sesuai dengan nilai-nilai yang terdapat dalam sila-sila Pancasila secara bulat dan utuh.⁷²

Setiap sila-sila Pancasila masing-masing memang memiliki nilai, namun nilai masing-masing sila tersebut saling berhubungan, saling ketergantungan secara sistematis dan di antara nilai (etika/moral) satu sila dengan yang lainnya memiliki tingkatan, yakni nilai religius, nilai adat istiadat kebudayaan dan setelah disahkan menjadi dasar negara terkandung di dalamnya nilai kewarganegaraan.⁷³ Negara Indonesia telah mengakui kedudukan Pancasila sebagai dasar negara, konsekuensinya adalah dalam pelaksanaan penyelenggaraan negara, kebaikan hukum positif harus diukur sesuai dengan aturan yang berasal dari Tuhan (hukum Tuhan), dengan perikemanusiaan dan perikeadilan (hukum kodrat) keadaan kebaikan (hukum etis) dan dengan asas-asas dasar hukum umum dan abstrak (hukum filosofis) yang terkandung dalam Pembukaan UUD 1945 menjadi ukuran hukum positif.⁷⁴ Adapun penjabaran nilai-nilai sila Pancasila sebagai berikut:

⁷¹ *Ibid*, hlm. 344-345. Dalam bingkai pemikiran Socrates, Plato, Aristoteles, Cicero, Galus, Aulus Gellius, Pomponius untuk mencapai pemikiran yang abstrak, transedental, metafisis, mengkonstruksikan kebenaran sejati dalam dunia hukum manusia: *pertama*, hukum harus mengejar konsepsi utopias yakni kebenaran dan keadilan, *kedua*, hukum mempunyai saripati jiwa, ruh dan spirit yang tersembunyi di dalamnya, *ketiga*, hukum mempunyai dasar falsafah yang memiliki dua dimensi: universalisme (filsafat hukum kodrat) dan partikularisme (wajah keaslian dari lokalitas).

⁷² Kaelan, *Filasafat Pancasila Pandangan Hidup Bangsa Indonesia*, Paradigma, Yogyakarta, 2009, hlm. 132.

⁷³ *Ibid*, hlm. 140.

⁷⁴ *Ibid*, hlm. 151

- 1) Sila KeTuhanan yang Maha Esa. Makna sila KeTuhanan yang Maha Esa adalah berkemanusiaan yang adil dan beradab, berkerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan serta berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Nilai-nilai agama dalam negara memiliki kedudukan tertinggi, konsekuensinya setiap peraturan perundang-undangan secara materiil tidak dibenarkan bertentangan dengan nilai-nilai keTuhanan yang Maha Esa. Nilai-nilai hukum Tuhan merupakan sumber bahan dan sumber nilai bagi hukum positif Indonesia, karena bukan hanya warganya yang berke-Tuhanan yang Maha Esa, namun negara juga pada hakikatnya berdasarkan atas Ketuhanan yang Maha Esa.⁷⁵
- 2) Sila kemanusiaan yang adil dan beradab. Isi sila ini adalah kemanusiaan yang adil dan beradab yang BerkeTuhanan yang Maha Esa, berpersatuan Indonesia, berkerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan serta berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Adanya ketentuan hak asasi manusia sebagai hal yang tak terelakan dalam kehidupan bernegara, sebagaimana yang telah dicanangkan oleh PBB sedunia, maka pengertian hak asasi manusia Indonesia ini haruslah dicanangkan tidak dalam arti 'kebebasan atas ketidakpercayaan manusia kepada Tuhan Yang Maha Esa', mengingat acuan filosofi yang mendasari paham filsafat individualism, sehingga hak asasi Pancasila adalah hak yang melekat pada kodrat manusia sebagai karunia dari Tuhan yang Maha Esa.⁷⁶
- 3) Sila persatuan Indonesia. Wilayah negara Indonesia yang terdiri dari sejumlah pulau yang tersebar luas dengan beraneka ragam kebudayaan dan adat istiadat, keanekaragaman tersebut justru merupakan unsur yang memperkaya persatuan Indonesia. Keanekaragaman itu bukanlah merupakan perbedaan yang bertentangan, melainkan bersatu dalam suatu sintesa yang pada gilirannya justru memperkaya sifat dan makna persatuan bangsa. Adanya bermacam-macam golongan masyarakat, membawa konsekuensi dalam hubungannya dengan negara, yakni negara harus berdiri untuk semua golongan, bagian dan semua masyarakat.⁷⁷

⁷⁵ *Ibid*, hlm.144, 159.

⁷⁶ *Ibid*, hlm. 161, 178.

⁷⁷ *Ibid*, hlm. 184, 185, 197.

- 4) Sila kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan. Unsur inti/pokok dari sila ke empat ini adalah *kerakyatan (rakyat)*, terkandung penjelmaan sifat hakikat kodrat manusia sebagai mahluk individu dan mahluk sosial, atau disebut sifat kodrat manusia ‘monodualistik’, oleh karena itu negara kita adalah negara ‘monodualistik’, yang dalam menjaga keseimbangannya lebih ditekankan pada sifat kodrat manusia sebagai mahluk sosial (kepentingan umum lebih diutamakan dibandingkan kepentingan pribadi), demikian pula dengan pelaksanaan demokrasi yang juga bersifat monodualistik.⁷⁸
- 5) Sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Pengertian keadilan sosial adalah: (1) dalam hidup bersama itu harus terdapat suatu keadilan sosial, karena hanya dengan demikianlah kepentingan dan kebutuhan hidup setiap warga manusia, bangsa dan negara dapat saling terpenuhi. Pada hakikatnya keadilan sosial merupakan bawaan kodrat manusia yang memiliki kepentingan dan kebutuhan hidup mutlak, dan hal ini yang menjadi pangkal dasar dari keadilan sosial; (2) untuk itu, maka keadilan sosial itu merupakan bawaan kodrat, tertanam dalam hati sanubari manusia; (3) bahwa keadilan sosial adalah merupakan bawaan dari sifat kodrat manusia monodualis, sebagai mahluk individu dan sebagai mahluk sosial.⁷⁹

Menurut Satjipto Rahardjo, “hukum itu bukan Rinso yang bisa mencuci sendiri”, tanpa ada campur tangan manusia. Keadilan bukan sesuatu yang mudah dikendalikan, tetapi harus dirasakan. Hukum progresif mendorong keadilan sosial. Keadilan sosial akan mendapatkan pendasaran maknanya pada konteks hukum tidak semata dalam arti normatif positivis, akan tetapi akan dalam konteks yang lebih luas pada hubungannya menyangkut soal manusia dan kemanusiaan. Di samping itu pula, keadilan sosial akan bergerak ke arah progresifitas, jika cara pandang holisits digunakan sebagai basis dalam membaca dan memetakan realitas sebagai basis penelusuran pembagian nikmat dan beban dari suatu kerja sama sosial. Keadilan sosial bukan suatu yang mustahil untuk dicapai, paling tidak kita akan cukup terbantu untuk merasakan essensi keadilan sosial setelah mengenali keutamaan nilai hukum progresif. Hukum progresif tidak berangkat dari sikap elastis yang begitu prosedur formal, atau skeptic tanpa rasa dan nir kepekaan

⁷⁸ *Ibid*, hlm. 214-215,217.

⁷⁹ *Ibid*, hlm. 233.

empirik, yang mendasarkan pada nilai keutamaan memposisikan nilai keadilan sosial sebagai jati diri yang hakiki.⁸⁰

Adapun nilai-nilai fundamental (keadilan sosial) hukum progresif adalah:⁸¹

- (1) Hubungan manusia dengan Tuhan. Hubungan yang baik melahirkan dasar hukum yang baik, yakni berdasarkan nilai KeTuhanan.
- (2) Hubungan manusia dengan hukumnya. Hukum tidak sekedar soal logika dan peraturan, tapi juga soal nurani atau nilai kenurani.
- (3) Hubungan manusia dengan manusia. Hukum mesti mendatangkan kebahagiaan, berwatak deliberatif- diskursif, yakni nilai utilitarian.
- (4) Hubungan manusia dengan alam. Fundamental nilai hukum progresif bergerak untuk mengembangkan “ekologi dalam” / *deep ecology*. Menempatkan hukum di dalam alur besar *deep ecology* ialah upaya membebaskan hukum dari cara berpikir, yang otonom, melibatkan semua entitas kehidupan tanpa ada yang tercecce, yakni mulai organisme, sistem sosial dan lingkungan, yang semuanya terhubung menjadi satu kesatuan kehidupan.

Satjipto Rahardjo menawarkan tiga solusi yang dapat dicapai keadilan dari sudut pandang *spiritual justice*, *moral justice* dan *social justice*, dalam uraian sebagai berikut:⁸²

- 1) *Spiritual justice* berkaitan dengan penggunaan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum, memberi pesan penting kepada kita untuk mencari jalan baru (*rule breaking*) dan tidak membiarkan diri terkekang oleh cara menjalankan hukum yang ‘lama dan tradisional’ yang lebih banyak melukai rasa keadilan.
- 2) *Moral justice*, yakni pencarian makna (hukum) lebih dalam hendaknya menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum dan bernegara hukum. Para *stake holder* hukum didorong untuk selalu bertanya kepada nurani tentang makna hukum lebih dalam.
- 3) *Social justice*, yakni hukum hendaknya dijalankan menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan, kepedulian, dan semangat keterlibatan (*compassion*) kepada bangsa kita yang sedang menderita. Segala daya dan upaya hendaknya dilakukan untuk bangkit dari keterpurukan dan perlu untuk menggugat diri yang selama ini mempunyai cara berpikir yang lebih banyak mendatangkan kesusahan. Sudah semestinya hukum merupakan institusi yang berfungsi untuk menjadikan bangsa merasa sejahtera dan bahagia.

b. Teori Kemanfaatan

Teori kemanfaatan berakar dari ajaran moral praktis yakni aliran utilitis. Penganut paham utilitarian menganggap tujuan hukum semata-mata untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga

⁸⁰ Satjipto Rahardjo, 7 Desember 2014, *ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta, 2007, hlm. 21-22

masyarakat. Penanganannya di dasarkan pada filsafat sosial bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan dan hukum merupakan salah satu alatnya.⁸³ Beberapa tokoh aliran utilitarian: Cesare Beccaria, Jeremy Bentham, James Mill, John Stuart Mill.

Cesare Beccaria (1738-1794) menghasilkan suatu karya besar yang menjadi pendorong yang kuat bagi gerakan pembaharuan hukum pidana, utamanya konsepsi tentang “pidana harus cocok dengan kejahatan” (*punishment should be fit the crime*). Pemikiran Beccaria dipengaruhi oleh filsafat “kebebasan kehendak”. Beccaria meyakini bahwa konsep kontrak sosial yakni setiap individu menyerahkan kebebasan/kemerdekaan secukupnya kepada negara agar masyarakat itu dapat hidup (berlangsung terus, *viable*), oleh karena itu hukum seharusnya hanya ada untuk melindungi dan mempertahankan keseluruhan kemerdekaan yang dikorbankan terhadap perampasan kemerdekaan yang dilakukan orang lain. Prinsip dasar yang menjadi pedoman perundang-undangan adalah bahwa “kebahagiaan yang terbesar sama-sama digunakan atau dibagi oleh jumlah rakyat yang terbesar”.⁸⁴

Teori Jeremy Bentham adalah individualism utilitarian. Menurutnya alam telah menempatkan umat manusia di bawah perintah dua penguasa: “suka dan duka”, di mana manusia bergumul tentang apa yang harus dilakukan dan sebaiknya dilakukan. Penguasa suka adalah kekayaan, kekuasaan, nama baik, perbuatan baik, persahabatan, pengetahuan dan persekutuan, serta utamanya adalah kebahagiaan. Seluruh perilaku manusia, disadari atau tidak, tertuju untuk meraihnya. Permasalahannya adalah kecendrungan menambah kesenangan individu belum tentu cocok dengan kepentingan masyarakat. Bentham sadar bahwa egoisme individu yang tak terkekang untuk mengejar masing-masing kebahagiaan dapat mengarah pada apa yang disebut Hobbes *homo homini lupus*. Karenanya Bentham memperkenalkan konsep ‘tahu diri’, yang menghubungkan hak-hak individu dengan kebutuhan-kebutuhan orang lain. Masing-masing individu tahu mana titik toleransi yang harus dipertahankan dalam meraih kebahagiaan serta menghindari kesusahan, sehingga kepentingan umum juga terjamin.⁸⁵

Teori egoisme Bentham mendapat kritik dari John Stuart Mill (murid Bentham) melalui teori utilitarianisme ‘rata-rata’ (*average*), yang menganggap naif dan dangkal asumsi Bentham bahwa seakan-akan tidak ada pertentangan antara kegunaan individu dengan kegunaan umum. Menurut Mill, konsep ‘tahu diri’ merupakan perwujudan dari

⁸³Bernard L Tanya, *op.cit*, hlm.272. *commit to user*

⁸⁴Muladi, dkk, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hlm. 28.

⁸⁵Bernard L Tanya, dkk, *Op.cit*, hlm.90-93.

nilai-nilai yang tinggi ‘rasa keadilan’, di mana orang akan menyesalkan tindakannya yang tidak baik kepada orang lain. Di bawah rasa keadilan, perilaku kita akan dapat menyesuaikan keuntungan dengan kepentingan orang lain. Jika penekanan Bentham terletak pada kepentingan individu yang egois, maka penekanan Mill pada kepentingan umum, sebagaimana ungkapan Mill “*the greatest good for the greatest number*”.⁸⁶

c. Teori Kepastian Hukum

Pemikiran mengenai kepastian hukum bersumber dari aliran yuridis dogmatik-normatif-legalistik-positivistis kaum *legal positivism*. Pemikiran ini cenderung memandang hukum hanya dalam wujudnya sebagai ‘kepastian undang-undang’, hukum sebagai sesuatu yang otonom, karena hukum tidak lain hanyalah kumpulan aturan-aturan hukum (*legal rules*), norma-norma hukum (*legal-norms*) dan asas-asas hukum (*legal principles*). Persepsi tujuan hukum hanya semata-mata untuk mewujudkan ‘kepastian hukum’ (*legal certainty*), berupa ‘kepastian undang-undang’. Hukum tidak dipersepsikan di luar ketentuan tertulis, meski terdapat realitas lain seperti hukum kebiasaan.⁸⁷

Bagi penganut paham legalistik, meskipun aturan hukum atau penerapan hukum dirasa tidak adil dan tidak memberikan manfaat bagi mayoritas warga masyarakat, tidak menjadi soal, asalkan kepastian hukum dapat terwujud. Sebagai contoh penerapan unsur “setiap orang” atau “barang siapa” dari pasal-pasal Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, menunjuk pada pengaturan yang bersifat umum, yang membuktikan undang-undang tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.⁸⁸ Hal ini sejalan dengan credo ‘semua orang mempunyai kedudukan yang sama dihadapan hukum’ atau asas ‘*equality before the law*’.

Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian dalam hubungan antar manusia, yakni menjamin prediktibilitas, dan juga bertujuan untuk mencegah bahwa hak yang terkuat yang berlaku, beberapa asas yang terkandung dalam asas kepastian hukum adalah:

⁸⁶John Rawl mengkritik teori ‘utilitarianisme rata-rata’ Mill. Menurut Rawl, prinsip rata-rata Mill akan menindas harga diri demi kepentingan umum, pengorbanan tersebut tidak dapat dibenarkan jika diminta dari orang yang kurang beruntung. Susunan masyarakat ditandai dengan ketimpangan, dan situasi ini butuh penanganan yang adil. Keadilan justru terletak pada ‘kepemihakan’ yang proporsional terhadap mereka yang kurang beruntung. Tapi kepemihakan itu tidak boleh membuat orang lain menderita, dan juga tidak boleh membuat yang bersangkutan menjadi parasite. (*Ibid*, hlm. 94-95).

⁸⁷Achmad Ali, *Op.cit*, hlm. 284.

⁸⁸*Ibid*, hlm. 286.

- (a) Asas legalitas, konstitusionalitas dan supremasi hukum.
- (b) Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat aturan tentang cara pemerintah dan pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan.
- (c) Asas non retroaktif perundang-undangan: sebelum mengikat, undang-undang harus diumumkan secara layak.
- (d) Asas peradilan bebas: objektif- impartial dan adil manusiawi.
- (e) Asas *non-liquet*: hakim tidak boleh menolak perkara yang dihadapkan kepadanya dengan alasan undang-undang tidak jelas atau tidak ada.
- (f) Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang (UUD).

Dalam perkembangannya, tujuan hukum klasik yang terkotak-kotak antara keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, mulai diterimanya konsep tujuan hukum yang lebih bersifat modern menggunakan skala prioritas, yakni melalui ajaran atau paham prioritas baku dari Gustav Radbruch dan ajaran prioritas klasik.

Bagi Radbruch, ketiga dasar ide tujuan hukum (keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum) merupakan tujuan hukum secara bersama-sama. Namun dalam prakteknya menimbulkan kesulitan ketika terjadi benturan antara kepentingan umum (kemanfaatan) dengan kepastian hukum ataupun keadilan. Radbruch mengajarkan penggunaan asas prioritas, di mana prioritas pertama adalah keadilan, kedua adalah kemanfaatan dan terakhir barulah kepastian hukum. Kemanfaatan dan kepastian hukum tidak boleh bertentangan dengan keadilan, demikian pula kepastian hukum tidak boleh bertentangan dengan kemanfaatan.⁸⁹

Namun demikian dalam praktek peradilan, penerapan prioritas baku dari Radbruch menimbulkan kesulitan. Adakalanya dalam suatu kasus tertentu diterapkan tujuan keadilan namun pada kasus serupa justru lebih tepat jika diprioritaskan kemanfaatan ataupun diprioritaskan kepastian hukum. Konsep termuktahir ini yang disebut ajaran prioritas kasuistik, dan dianggap paling relevan untuk menjawab permasalahan hukum dewasa ini. Namun prioritas tertentu itu tetap tidak boleh saling mengabaikan lainnya.⁹⁰

⁸⁹ *Ibid*, hlm. 289.

⁹⁰ Konsep ini diterapkan oleh Werner Menski dalam teori *triangle concept of legal pluralism (Ibid)*.



2. Teori Pluralisme Hukum

Kehidupan ber hukum bangsa Indonesia selama ini, masih menerapkan empat sistem hukum: hukum adat, hukum Islam, *Civil Law* dan *Common Law*. Hukum adat diberlakukan karena hukum adat merupakan hukum asli yang lahir dari kebudayaan dan hidup di tengah-tengah masyarakat Indonesia, hukum Islam telah diterapkan sejak masuknya agama Islam di Indonesia, *Civil Law* diterapkan sejak masuknya Belanda di Nusantara, dan *Common Law* diterapkan melalui perjanjian-perjanjian atau konvensi-konvensi internasional di mana Indonesia sebagai anggotanya, melalui perjanjian perdata (pengusaha), lahirnya lembaga-lembaga keuangan baru, ataupun melalui transfer pendidikan dari para sarjana Indonesia ke negara-negara *Common law*.⁹¹ Keberlakuan sistem hukum ini merupakan cerminan dari keberlakuan kemajemukan hukum (pluralisme hukum) di Indonesia, dan mempengaruhi dinamika penegakan hukum atau pelaksanaan tujuan hukum di peradilan.

Pluralisme hukum secara umum didefinisikan sebagai suatu situasi di mana dua atau lebih sistem hukum bekerja secara berdampingan dalam suatu bidang kehidupan sosial yang sama, atau untuk menjelaskan keberadaan dua atau lebih sistem pengendali sosial dalam satu bidang kehidupan sosial (Griffiths), atau menerangkan suatu situasi di mana dua atau lebih sistem hukum berinteraksi dalam satu kehidupan sosial (Hooker), atau suatu kondisi di mana lebih dari satu sistem hukum atau institusi bekerja secara berdampingan dalam aktivitas-aktivitas dan hubungan-hubungan dalam satu kelompok masyarakat (F.von Brenda-Beckmann)⁹².

Menurut Gordon Woodman, konsep pluralisme hukum secara umum dapat digambarkan sebagai ⁹³

“the state of affairs in which a category of social relations is within the field of operation of two or more bodies of legal norms. Alternatively, if it is viewed not from above in the process of mapping the legal universe from the perspective of individual subject of law, legal pluralism may be said to exist whenever a person is subject to more than one body of law”.

⁹¹ *Ibid*, hlm. 3-4.

⁹² I Nyoman Nurjaya, “Perkembangan Pemikiran Konsep Pluralisme Hukum”, Makalah disampaikan dalam Konferensi Internasional tentang Penguasaan Tanah dan Kekayaan Alam di Indonesia yang sedang berubah: *Mempertanyakan Kembali Berbagai Jawabannya*, Jakarta, 2004. hlm.10.

⁹³ Sulistyowati Irianto, *Sejarah dan perkembangan pemikiran pluralisme Hukum dan konsekuensi metodologisnya*, dalam <http://royal.blogspot.com/2008/01/sejarah-dan-perkembangan-pemikiran.html>, diakses 15/2/2015, 15.20.

Konsep pluralisme hukum merupakan fokus paling mutakhir dari disiplin ilmu antropologi hukum. Pluralisme adalah kritik terhadap konsep-konsep sebelumnya, yakni paham evolusionisme hukum (di abad 19) dan paham sentralisme hukum (*legal centralism*) di abad 20⁹⁴.

Masaji Chiba melalui penelitiannya membuktikan bahwa proses yang terjadi bukan hanya sistem hukum tradisional (*indigenous law*) yang berubah karena mengadopsi unsur-unsur hukum modern, proses sebaliknya juga terjadi pada sistem hukum Barat karena menerima unsur-unsur sistem hukum tradisional. Dengan begitu perkembangan hukum ternyata tidak berlangsung linier, yakni hukum tradisional menuju hukum modern.⁹⁵

Kritik pluralisme hukum juga ditujukan terhadap paham sentralisme hukum atau paradigma yang menempatkan hukum (*legal*) sebagai pusat (*legal center paradigm*). Sentralisme hukum tidak lain adalah positivisme hukum.⁹⁶ Menurut John Griffith (tokoh konsep *legal pluralisme*), hukum menurut sentralisme hukum adalah harus merupakan hukum negara, berlaku untuk umum, berbeda dengan aturan lain dan dikelola oleh hanya lembaga negara. Dengan mengutip sejumlah pemikir positivisme hukum seperti Hans Kelsen, John Bodin, John Austin dan L.A.Hart, Griffith mengingatkan pemikiran positivisme hukum yang melihat hukum sebagai suatu sistem pengaturan yang bersifat hirarkis dimana perintah dari pemilik kedaulatan memiliki keabsahan tertinggi, dan melalui itu aturan yang lebih rendah mendapat validitas dari pemegang kedaulatan tersebut. Griffiths menegaskan bahwa sentralisme hukum adalah mitos, ilusi dan hanya sebatas klaim, sebaliknya pluralisme hukum adalah fakta.⁹⁷

Griffiths mengadopsi pengertian pluralisme hukum dari Sally Falk Moore, sebagai: "*legal pluralism refers to normative heterogeneity attendant upon the fact that*

⁹⁴ Teori evolusi melihat hukum-hukum tradisional yang mengatur kehidupan masyarakat bersahaja di negara-negara koloni sebagai tahapan awal dari evolusi hukum. Pandangan ini menganggap hukum-hukum tradisional tersebut sebagai aturan sebelum hukum (*pre law*) yang secara alamiah akan berkembang menjadi aturan hukum. Dalam praktek administrasi pemerintahan, negara-negara kolonial menerapkan teori evolusionisme ini dengan mengharuskan hukum-hukum tradisional tidak bertentangan dengan hukum dan nilai-nilai Barat seperti keadilan (*natural justice*) dan kesetaraan (*equality*). (Rikardo Simarmata, "Pluralisme Hukum dan Isu-isu yang menyertainya", artikel pada *Seri Pengebangan Wacana*, tanpa tahun, hlm. 4).

⁹⁵ *Ibid*, hlm. 5

⁹⁶ Salah satu gerakan kritik terdepan terhadap positivisme hukum adalah gerakan studi hukum kritis (*critical legal study*) dan *realist jurisprudence*, yang menunjukkan bahwa sistem hukum bekerja tidak seperti yang diasumsikan oleh positivisme.

⁹⁷ Rikardo Simarmata, *Op.cit*, hlm. 6-7.

*social action always takes place in a context of multiple, overlapping 'semi-autonomous social field'.*⁹⁸

Sally Engel Merry mendefinisikan pluralisme hukum *"is generally defined as a situation in which two or more legal system coexist in the same social field"*,⁹⁹ dan membagi penelitian atas pluralisme hukum dalam dua versi: *"classic legal pluralism"* dan *"new legal pluralism"*. Pluralisme hukum klasik (*classic legal pluralism*) mempelajari pluralisme hukum pada jaman kolonialisme dan masyarakat pos-kolonial, yang menganalisa perjumpaan antara hukum pribumi (*indigenous law*) dan Hukum Eropa. Sedangkan *"new legal pluralism"* mulai tumbuh di tahun 1976-an, menerapkan konsep pluralisme hukum kepada masyarakat non-kolonial, terutama pada masyarakat industri maju di negara-negara Eropa dan Amerika.¹⁰⁰

Sebagai suatu konsep akademik, pengertian pluralisme hukum terus berubah seiring perkembangan jaman dan bergerak seiring dengan fenomena globalisasi. Konsep pluralisme hukum tidak lagi sekedar melakukan pemetaan terhadap keanekaragaman hukum tertentu. Adanya globalisasi telah memberi efek luar biasa dalam bidang hukum, karena suatu hukum dalam wilayah tertentu dapat menembus ke wilayah lain tanpa batas, sehingga terjadi inter-relasi, saling pengaruh, dan saling adopsi, tumpang tindih yang sangat rumit diantara hukum internasional, nasional dan lokal.¹⁰¹

Konsepsi hukum yang banyak disepakati di kalangan antropolog hukum yakni hukum adalah proposisi yang mengandung konsepsi normative dan konsepsi kognitif. Sebagai contoh: dalam konsepsi normatif tindakan pembunuhan atau korupsi dilarang oleh semua sistem hukum, baik Negara, agama atau adat maupun kebiasaan lainnya. Namun kognisi tentang apa yang disebut sebagai "pembunuh" atau "korupsi" bisa sangat berbeda di antara berbagai sistem hukum tersebut. Bagi masyarakat Madura atau Bugis yang merasa harga dirinya terlanggar, perbuatan *carok* atau *sirri* adalah pembelaan diri yang mungkin tidak akan dikognisikan sebagai perbuatan terlarang.

⁹⁸ Sulistyowati Irianto, *Pluralisme Hukum Sebagai Suatu Konsep dan Pendekatan Teoritis Dalam Perspektif Global*, terdapat dalam <http://asslesi.wordpress.com/2011/07/11/pluralisme-hukum->, diakses pada 15/02/2015, 15:30.

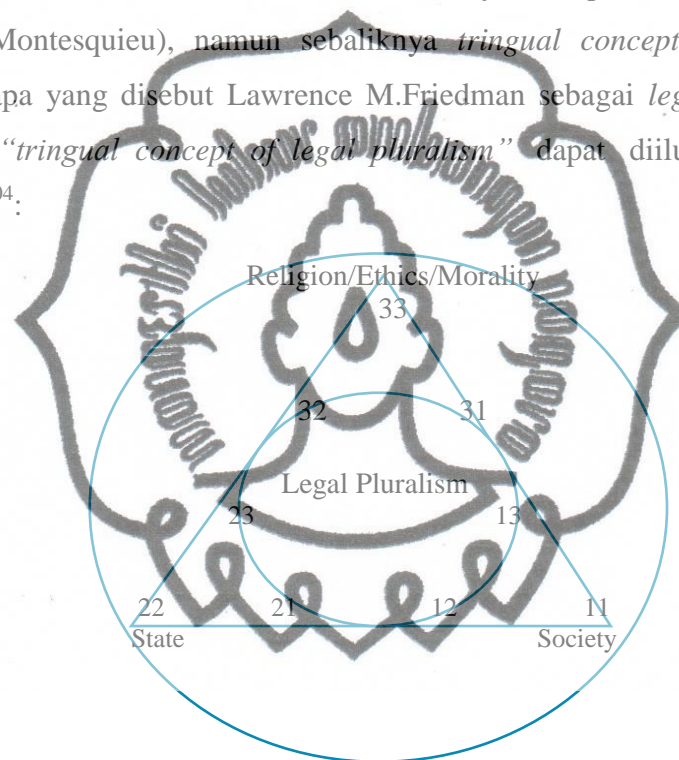
⁹⁹ Sulistyowati Irianto, *Sejarah dan Perkembangan Pemikiran Pluralisme Hukum dan Konsekuensi Metodologinya*, terdapat dalam <http://roysal.blogspot.com/2008/01/sejarah-dan-perkembangan-pemikiran.html>, diakses pada 15-2-2015, 15:20.

¹⁰⁰ Sally Engel Merry, "Legal Pluralism", artikel pada *Law & Society Review*, Volume 22, no. 5, tahun 1988, hlm. 872.

¹⁰¹ Sulistyowati Irianto, *Op.cit.*

Demikian pula kognisi mengenai “korupsi” menjadi sangat multi interpretative tergantung pada banyaknya kepentingan dan relasi kekuasaan.¹⁰²

Werner Menski, seorang profesor hukum di University of London, pada tahun 2000 memperkenalkan teori (pluralisme) hukum termutakhir untuk menjawab realitas dunia globalisasi yakni : *tringual consept of legal pluralism* (konsep segitiga pluralisme hukum). Konsep segitiga pluralisme hukum tidak menolak konsep positivisme (hukum negara) sebagaimana teori *disorder of the law* dari Charles Samford yang secara ekstrem menolak eksistensi sistem hukum (utamanya teori positivistik klasik dari Hans Kelsen dan Montesquieu), namun sebaliknya *tringual concept of legal pluralism* memperkuat apa yang disebut Lawrence M.Friedman sebagai *legal culture*.¹⁰³ Secara singkat teori “*tringual concept of legal pluralism*” dapat diilustrasikan sebagai berikut¹⁰⁴:



Dari skema segitiga dengan penomoran tersebut dapat diuraikan dalam tiga segitiga: 1) *the triangle of society*, 2) *the triangle of the state*, dan 3) *the triangle of natural law*. Menski menjelaskan bahwa nomor 11 merefleksikan fakta bahwa seluruh atau sebagian besar elemen dari hukum ini, mula-mula berasal dari segitiga. Aturan-aturan di dalam kehidupan sosial, juga dipengaruhi oleh kehadiran dari *co-existing* hukum produk negara, yang diberi nomor 12, yang mencerminkan sifatnya yang lebih hybrid dan mendapat pengaruh parsial dari hukum produk negara. Di sisi lain, poros pusat dalam

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Achmad Ali, *Op.cit*, hlm.184.

¹⁰⁴ W.Menski, “Fuzzy law and the boundaries of secularism”, artikel pada *Per: Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, terdapat dalam <http://www.scielo.org.za/scielo.php?...>, diakses pada 16/02/2015, 15:35.

'*the triangle of society*', diberi nomor 13 yakni norma-norma sosial dan proses-proses yang menghasilkan validitas dan kewenangan dari lingkungan etika dan nilai-nilai. Citra intrinsik dari pluralisme hukum terdapat dalam '*the triangle of society*' yang merupakan kehidupan kultur, tapi kultur tersebut juga bersifat plural dan meluas ke dalam kehidupan kenegaraan dan ke alam nilai. Dengan demikian, analisis kultural juga akan memperoleh manfaat dari penerapan metode analisis kesadaran pluralitas.¹⁰⁵

Pada *the triangle of state*, produk hukum negara diberi nomor 22. Nomor 21 diberikan untuk berbagai jenis produk hukum negara yang mendapat pengaruh dari dunia kehidupan sosialnya. Sedangkan produk hukum negara yang mendapat pengaruh dari nilai-nilai dan etika spesifik diberi nomor 23.¹⁰⁶

Pada *the triangle of natural law*, nomor 33 diberikan pada tipe hukum yang bersumber dari segitiga hukum alam. Nomor 32 ditujukan untuk unsur-unsur nilai dan unsur-unsur etis yang ada karena kehadiran negara atau karena ada kesadaran tentang kehadiran '*some rule-negotiating power*' yang menggerakkan awal dari segitiga jenis ini. Nilai dan etika diberi nomor 31, yang bentuknya bergantung pada *input* sosial.¹⁰⁷

Bentuk dari *triangle of society* di Indonesia adalah hukum adat. Menurut Soepomo, hukum adat sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat atau "*the living law*" merupakan pola hidup kemasyarakatan tempat di mana hukum itu berproses, dan sekaligus juga merupakan hasil dari proses kemasyarakatan yang merupakan sumber dan dasar dari hukum tersebut. Timbulnya hukum adat adalah secara langsung dari kesadaran masyarakat Indonesia. Hukum adat adalah hukum yang hidup karena ia menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat, senantiasa tumbuh dari suatu kehidupan yang nyata, cara hidup dan pandangan hidup, yang keseluruhannya merupakan kebudayaan masyarakat tempat hukum adat itu berlaku.¹⁰⁸

Menurut Hollemann, hukum adat sebagai suatu sistem hukum yang berbeda dengan sistem hukum barat mempunyai sifat/ corak umum masyarakat hukum yang¹⁰⁹:

1) *magis religius*, yakni suatu pola pikir yang didasarkan pada religiusitas atau keyakinan masyarakat tentang adanya sesuatu yang bersifat sakral (prelogika, animistis

¹⁰⁵ Achmad Ali, *op.cit*, hlm. 191-192.

¹⁰⁶ *Ibid*, hlm. 193-194.

¹⁰⁷ *Ibid*, hlm. 194.

¹⁰⁸ Abdurrahman, *Kedudukan Hukum Adat Dalam Rangka Pembangunan Nasional*, Alumni, Bandung, 1978, hlm. 50-51.

¹⁰⁹ Otje Salman Soemadiningrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Alumni, Bandung, 2011, hlm.29-33.

dan kepercayaan pada alam gaib serta agama), 2) *Komunal*, setiap individu merupakan bagian yang integral dari masyarakat secara keseluruhan, 3) *konkret*, sifat serba jelas atau nyata bahwa setiap hubungan hukum yang dilakukan dalam masyarakat tidak dilakukan secara diam-diam atau samar, melainkan serba nyata, misalnya setiap kesepakatan jual beli merupakan pemindahan hak yang diiringi dengan pemindahan objek kesepakatan, dan 4) *kontan*, merupakan kesertamertaan, bahwa setiap prestasi selalu diiringi dengan kontan prestasi yang diberikan secara seketika (sertamerta). Sedangkan menurut van Dick, hukum adat sebagai sistem hukum yang terbuka mempunyai tiga corak khas:¹¹⁰ 1) hukum adat mengandung sifat yang sangat tradisional, 2) hukum adat dapat berubah, dan 3) kesanggupan hukum adat untuk menyesuaikan diri.

Mohammad Koesnoe membedakan ilmu tentang hukum adat menjadi tiga : ilmu adat, ilmu hukum adat modern, dan ilmu pengetahuan adat nasional.¹¹¹ Koesnoe mengetengahkan tiga asas pokok dalam hukum adat sebagai asas kerja hukum adat, yakni kerukunan, kepatutan dan keselarasan. Kerukunan atau asas rukun adalah asas yang isinya berhubungan dengan pandangan atau sikap seseorang dalam hidup bersama dengan orang lain dalam lingkungan masyarakatnya guna tercapai suasana kehidupan bersama yang ideal: suasana aman, tentram dan sejahtera. Kepatutan atau asas patut adalah asas tentang nilai baik dan buruk (alam susila) dan tentang apa yang bisa diterima oleh pertimbangan akal. Keselarasan atau asas laras adalah asas yang berkaitan dengan persoalan tentang bagaimana jawaban atas suatu persoalan konkret dapat diberikan secara bijaksana sehingga oleh para pihak yang bersangkutan dan masyarakat diterima sebagai hal yang melegakan kebutuhan dan perasaan hukum serta susila.¹¹²

3. Teori tentang Perilaku Hakim (*Judge Behavior*)

Cara terbaik untuk memahami bekerjanya suatu sistem hukum adalah melihat

¹¹⁰*Ibid*, hlm. 34.

¹¹¹ Ilmu adat adalah suatu pengetahuan yang hidup tentang bagaimana berperikehidupan-bermasyarakat yang dapat menjamin selamatnya nilai-nilai yang dihayati dan dijunjung tinggi oleh masyarakat, seperti nilai kerukunan, kepatutan dan keselarasan. Koesnoe membagi perkembangan ilmu hukum adat dalam 4 tahapan : 1) masa ilmu adat yang hidup dan berkembang dalam masyarakat lokal yang bersangkutan, 2) masa dalam lingkup kerajaan, 3) masa dalam lingkup pemerintahan kolonial (1400-1945), dan 4) masa dalam lingkup kehidupan nasional (1945-sekarang). (Joeni Arianto Kurniawan, "Gagasan Membangun (Kembali) Ilmu Hukum Adat Normatif : Konseptualisasi Mohammad Koesnoe tentang Hukum Adat sebagai Dasar Hukum Nasional Indonesia", dalam *Mohammad Koesnoe Dalam Pengembaraan Gagasan Hukum Indonesia*, Epistema Institute, Jakarta, 2013, hlm. 103.

¹¹²*Ibid*, hlm. 116-117.

perilaku pelaku hukum itu sendiri. *Behavior* dapat diartikan sebagai *manner of having, holding, or keeping one's self; manner of behavior, whether good or bad, conduct, manner, carriage of one's self, with respect to property and morals, deportment*¹¹³ (gaya/sikap/kelakuan/tatakrama/ tingkah laku, yang baik ataupun buruk, pembawaan diri, yang berkaitan dengan kepemilikan dan moral). *Judge* atau hakim adalah pejabat pengadilan negara yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili.¹¹⁴ *Judge behavior* merupakan bagian dari *judicial behavior*. Menurut Lee Epstein, literature mengenai *judicial behavior* cenderung mengenai apakah dan bagaimana (*whether and how*) berbagai institusi memberi pengaruh pada putusan hakim, jadi hal ini juga berkaitan dengan cara bekerjanya independensi yudisial (*judicial independence*).¹¹⁵ *Judge behavior* juga merupakan suatu bentuk dari *legal behavior* (perilaku hukum). Menurut Lawrence M Friedman istilah perilaku hukum (*legal behavior*), diartikan sebagai perilaku yang dipengaruhi oleh aturan, keputusan, perintah atau undang-undang, yang dikeluarkan oleh pejabat dengan wewenang hukum.¹¹⁶ Perilaku hukum adalah jika (*orang*) berperilaku secara khusus atau mengubah perilakunya secara khusus karena diperintah hukum, karena tindakan pemerintah, amanat, perintah dari pemerintah atau dari sistem hukum atau dari pejabat di dalamnya.¹¹⁷ Dengan demikian yang dimaksud dengan *judge behavior* atau perilaku hakim adalah gaya/sikap/kelakuan/ tatakrama/ tingkah laku, yang baik ataupun buruk, pembawaan diri, yang berkaitan dengan moral, pejabat pengadilan negara yang diberi wewenang oleh undang-undang untuk mengadili, yang dipengaruhi oleh aturan, keputusan, perintah atau undang-undang.

Menurut Donald Black, dari sisi sosiologi, hukum bukan hanya merupakan aturan-aturan yang mengikat dan wajib dilaksanakan, namun dapat juga meliputi kecenderungan (fenomena) yang dapat diamati dari perilaku agensi (polisi, jaksa, hakim atau pejabat administratif), sehingga tidak ada aturan intelektual yang khusus, bahkan ilmu hukum yang terkait dengan positivisme tidak dapat terlepas dari batasan-

¹¹³ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Group, Boston, ed. ke 6, 1991,, hlm.106

¹¹⁴ Pasal 10 Undang-Undang no. 8 tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana.

¹¹⁵ Lee Epstein, "Some thoughts on the study of judicial behavior", *WILLIAM & MARY LAW REVIEW*, Vol. 57, hlm. 2053.

¹¹⁶ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (judialprudence), termasuk interpretasi Undang-Undang (Legisprudence) Volume 1*, Kencana, Jakarta, 2013, hlm. 143.

¹¹⁷ *Ibid*, hal. 152.

batasan yang melekat pada pemikiran ilmiah itu sendiri.¹¹⁸

Terdapat beberapa teori tentang *judge behavior* atau karakter *judging*, diantaranya:

a. Legal model

Legal model merupakan model perilaku tradisional yakni bahwa putusan pengadilan adalah berdasarkan fakta-fakta, dan hakim mempertimbangkan fakta-fakta tersebut berdasarkan penafsiran murni (*plain meaning*) peraturan perundang-undangan semata, sesuai maksud pembuat undang-undang, *precedence*/yurisprudensi. Dalam teori ini hakim akan memulai dari peraturan sebagai premis mayor, yang akan diterapkan pada fakta-fakta sebagai premis minor untuk kemudian sampai pada kesimpulannya.¹¹⁹

Legal model sejalan dengan apa yang disebut Richard A Posner sebagai *The legalist theory*. Teori perilaku legalis merupakan teori perilaku positivis, bahwa putusan hakim ditentukan oleh undang-undang, dan bukan dari faktor-faktor personal hakim (seperti ideologi, kepribadian dan latar belakang personal). Putusan hakim yang legalis adalah produk dari silogisme, yakni peraturan perundang-undangan sebagai premis mayor dan fakta-fakta sebagai premis minor, sedangkan putusan (pidana atau pembebasan) adalah kesimpulannya. Slogan legalis adalah '*rule of law*', namun lebih tepatnya adalah '*government of law not men*'. Objektivitas (sebagai pembeda dari netralitas atau imparialitas), menerapkan pengamatan terpisah. Jika orang bertanya berapakah 2+2, maka kita akan mendapatkan jawaban yang sama baik itu dari partai Demokrat atau Republik, dari seorang teosofis atau penganut kebebasan. Jika pertanyaan *legal* (hukum) dipertanyakan secara sama melalui metode penyelidikan yang tepat, maka tidak peduli siapapun yang menjalankan hukum adalah bagaimana sebenarnya hukum dijalankan.¹²⁰

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Politikus konservatif (Senat Amerika), yakin bahwa *legal model* merupakan model yang tepat dalam menentukan pertimbangan hukum (*judicial opinion*), khususnya penafsiran 'murni' (*plain meaning*) dari hukum (UU) dan maksud asli dari pembuat UU. Mereka kuatir jika hakim menggantikan penafsiran tersebut dengan pertimbangan-pertimbangan pribadinya dalam menafsirkan konstitusi, seharusnya pengadilan tidak menafsirkan hukum berdasarkan perubahan politik dan perubahan kebiasaan masyarakat (*social fashion*). (Lawrence S. Wrightsman, *Judicial Decision Making, Is Psychology Relevant?*, London, Kluwer Academic/ Plenum Publishers, 1997, hlm.45-46)

¹²⁰ Richard A Posner, *How Judge Thinks*,

Kaum legalis mengakui bahwa metodenya tidak dapat menjawab semua permasalahan. Metode legalis telah berkali-kali gagal dalam menyelesaikan masalah di pengadilan, karena banyaknya ketentuan undang-undang yang tidak jelas, kabur, tidak konsisten, usang dan saling bertentangan. Sebagai jalan keluarnya kaum legalis menggunakan pendekatan *meta-rule*. Pendekatan *meta-rule* mewakili pilihan kebijakan (*policy choices*), akibatnya adalah tidak ada legalis yang konsisten dalam mengadili. Saat ini di Amerika Serikat, telah banyak hakim legalis yang moderat, yang menyingkirkan dan membedakan '*precedent*' dan menciptakan standar dan hukum (*common law*) yang baru. Pada taraf ini legalis bertemu dengan pragmatisme.

Perilaku *legal model* kerap diidentikan dengan formalism. Apa yang bisa dipahami adalah: formalisme lebih menekankan pada bentuk formalnya (*form* = bentuk) bukan isinya. Formalisme sebagaimana "positivisme hukum" klasik memusatkan perhatian pada hukum positif, menolak memakai sesuatu "apa di balik apa adanya" (karena dianggap metafisika/ metayuridis), menekankan prediktibilitas dan kepastian hukum.¹²¹ Bagi formalisme melihat "*judging is a rule-bound activity*" (mengadili adalah aktivitas yang terikat peraturan). Walau terdapat berbagai penafsiran yang berbeda mengenai apa yang dimaksud dengan "formalisme"¹²², namun terdapat pendapat yang kuat bahwa "*judging*" (menghakimi atau mengadili) adalah aktivitas "*methodical and logical*", utamanya penerapan doktrin hukum dan prinsip-prinsip "deduktif" dalam perkara.¹²³

¹²¹ Menurut Widodo Dwi Putro, tidak ada keseragaman pendapat apakah positivisme hukum berhubungan dengan formalisme, awal kehadiran formalisme sendiri bukan diartikan oleh penganutnya sendiri, tetapi justru dimunculkan oleh pengkritiknya dari kalangan *Legal Realism* (Realisme Hukum) Amerika. Widodo Dwi Putro, *Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2011, hlm. 57, 61.

¹²² Terminologi "*formalism*", kerap digunakan bergantian dengan sebutan "*mechanical jurisprudence*" dan legalism. Beberapa sarjana membedakan antara "*rule formalism*" dan "*concept formalism*". *Rule formalism* menekankan pada peraturan yang jelas dan interpretasi yang ketat, sedangkan *concept formalism* menekankan pada prinsip dan sistematik hukum yang koheran. (Vitalius Tumoio, "Legal Realism & Judicial Decision-Making", artikel pada *Jurisprudencija/ Jurisprudence*, 2012, 19(4), hlm. 1363. Di luar Amerika Serikat yakni menurut *Contonental legal theory*, "realisme hukum" (*legal realism*) dikenal sebagai "*practical, down-to earth, hard-nosed school of thought*" yang berseberangan dengan "*scientific*" teori. Menurut Tumoio pendapat itu keliru, karena 1) para penganut realisme hukum tidak menganggap formalisme sama sekali tidak berarti, kebanyakan mereka menganggap *legal rules* (ketentuan perundang-undangan) adalah penting karena hanya beberapa ketentuan yang merupakan ketentuan-ketentuan formal; 2) berlainan dengan apa yang dimengerti oleh *Continental legal theory*, realisme hukum berdasarkan sifat alamiahnya adalah bukan "*antiscientific theory of judging*" (toeri "menghakimi/mengadili" yang "anti" sains), namun merupakan awal atau prototipe dari "*scientific theory of judging*". (*Ibid*, hlm. 1361).

¹²³ *Ibid*, hlm. 1363



b. Attitudinal model

Cikal bakal dari *attitudinal model* adalah gerakan '*legal realist*' (realism hukum).¹²⁴ Perkembangan perilaku *attitudinal model* sejalan dengan perkembangan teori *judge made law* yang berkembang di Amerika Serikat di bawah payung aliran filsafat *legal realisme* (realisme hukum), berdasarkan kepeloporan para hakim (diantaranya Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank, B.Cardozo) yang tidak tergiur pada gambaran-gambaran ideal tentang hukum ataupun lukisan-lukisan normatif yang apriori tentang hukum, karena yang terpenting adalah bagaimana menjalankan hukum dalam kasus nyata. Bagi penganut paham *legal realism*¹²⁵, norma-norma hukum tidak lebih sebagai patokan umum, yang dilakukan para hakim adalah bagaimana norma-norma itu dipasangkan secara tepat dengan kebenaran realita, dan hal ini merupakan wilayah kearifan para pelaksananya.¹²⁶

Aliran *realisme hukum* hadir sebagai reaksi dari kesenjangan dari paham bahwa pelaksanaannya isi hukum (UU) tidak boleh ditafsirkan oleh seseorang yang memihak untuk menguntungkan satu pihak atas kerugian pihak lain. Hakim bukanlah pihak yang ikut bersepakat (tatkala undang-undang dibuat atau tidak terlibat dalam perkara). Hukum mesti lurus dan benar, hakim mesti berperan sebagai "*la bouche qui prononce les parole des loi*" semata.¹²⁷ jargon seperti "*everybody is equal before the law*", atau hakim bersikap netral, ternyata hanya semboyan dan retorika belaka, sehingga timbul "*legal gap*" karena adanya perbedaan besar dari apa yang dideskripsikan undang-

¹²⁴ *Ibid*, hlm. 47.

¹²⁵ Realisme hukum lahir sebagai reaksi (penolakan) atas paham formalisme hukum. Menurut Llewellyn, pandangan-pandangan realisme hukum adalah : a) pandangan bahwa hukum sifatnya berubah-ubah, b) sikap bahwa hukum bukanlah tujuan itu sendiri, namun hukum hanya sebagai alat untuk mencapai tujuan sosial, c) keyakinan bahwa masyarakat berada di dalam suatu proses perubahan yang terus menerus dan sering "mendahului" hukum, sehingga pengujian-kembali dan revisi terhadap hukum merupakan sesuatu yang esensial, d) menerima perlunya pemisahan antara "yang ada" (*das sein*) dan "yang seharusnya ada" (*das sollen*) untuk tujuan studi hukum, e) suatu ketidakpercayaan terhadap konsep-konsep tradisional dan aturan hukum sebagai penggambaran tentang apa yang dilakukan oleh pengadilan-pengadilan, f) suatu penolakan terhadap penekanan pentingnya aturan-aturan yang bersifat perspektif dalam menghasilkan putusan-putusan pengadilan, g) suatu penekanan terhadap pentingnya pengelompokan kasus-kasus menjadi kategori yang lebih sempit, h) suatu penekanan terhadap evaluasi hukum dari sudut pandang dampak serta efek-efeknya terhadap masyarakat, dan i) keyakinan terhadap arti penting dari apa yang dapat dicapai oleh suatu serangan yang terencana dan berkelanjutan terhadap persoalan-persoalan hukum. (Achmad Ali, *Ibid*, hlm.92).

¹²⁶ Bernard L.Tanya, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y.Hage, *Teori Hukum: strategi tertib manusia lintas ruang dan waktu*, Genta Publishing ,Yogyakarta, 2013, hlm.149.

¹²⁷ Soetandyo Wignjosoebroto, *Loc.cit*.

undang dengan gambaran kenyataan.¹²⁸ Tuntutan-tuntutan menghilangkan “*legal gap*” menginspirasi pemikiran yang lebih pragmatis dan “*legal reform*”, seperti yang diperjuangkan oleh Roscoe Pound (*sociological jurisprudence*)¹²⁹ dan kubu *legal realism* khususnya realisme Amerika.¹³⁰

Richard A Posner¹³¹ mengungkapkan beberapa teori perilaku hakim (di Amerika Serikat) yang merujuk pada perilaku hakim sebagai *attitudinal model*, untuk menjelaskan bagaimana hakim memutus perkara.¹³²

- (1) *Attitudinal theory*. Menurut teori ini, putusan hakim menggambarkan kecenderungan politik yang dibawanya dalam mengambil keputusan. Di Amerika Serikat telah banyak penelitian menggambarkan kecenderungan politik hakim kepada partai pengusungnya (partai pendukung presiden), utamanya pada hakim-hakim Federal, dan pada hakim-hakim Agung tertentu, terkecuali hakim-hakim karir (*State Judges*) yang tidak ditunjuk oleh Presiden sangat sulit mengklasifikasikannya secara politik.
- (2) *The strategic theory* atau *positive political theory of law*. Hakim tidak selalu memberikan suara jika mereka tidak mengkhawatirkan reaksi dari suara mereka terhadap hakim lain (baik sesama kolegal atau hakim dari peradilan yang lebih tinggi atau rendah), legislator, dan publik. Apa yang ingin dicapai hakim tergantung pada kadar keterikatan komando (perintah) pada orang lain. Sebagai contoh saat

¹²⁸ Soetandyo Wignjosebroto, *Paradigma Baru Pasca Positivisme Dalam Kajian Hukum Kaum Legis*, makalah disampaikan dalam kuliah Hukum dan Perubahan Masyarakat pada Program Doktor Ilmu Hukum Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret, 2013.

¹²⁹ Pound mengusulkan agar para ahli hukum beraliran solsiologis perlu lebih memperhitungkan fakta sosial dalam pekerjaannya, apakah pembuatan hukum, penafsiran, atau penerapan peraturan. Bagi Pound, kehidupan hukum terletak pada pelaksanaannya. Pound menolak studi hukum sebagai studi tentang peraturan, melainkan keluar dari situ dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum. (Bernard L Tanya, Yoan N Simanjuntak dan Markus Y.Hage, *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2013, hlm. 145)

¹³⁰ Para pendukung “realisme” Amerika seperti Holmes, Frank dan Cardozo, tidak tertarik pada gambaran-gambaran ideal tentang hukum, bagi mereka yang terpenting adalah kepeloporan hakim dalam menjalankan hukum dalam kasus-kasus nyata. Norma-norma hukum tidak lebih dari patokan umum saja, bagaimana norma hukum diterapkan dengan tepat dengan kekayaan dan kebenaran realitas, merupakan wilayah kearifan para pelaksananya (hakim) (*Ibid*, hlm. 149).

¹³¹ Posner adalah penganut paham *normative directive*, yang mengusulkan agar hukum dipromosikan secara efisien dan menggunakan analisis *social wealth maximization*. Dalam bukunya yang berjudul *Frontier of Legal*, Posner meneliti aspek *heuristic* untuk mengkaji kesatuan antara doktrin hukum dan analisis ekonomi dalam hukum, dan aspek *descriptive* untuk menguji logika ekonomi yang mempengaruhi doktrin dan institusi hukum hingga mengakibatkan perubahan hukum. (Adnan Qohar, *Teori Hukum Richard A Posner dan Pengaruhnya bagi Penegakan Hukum di Indonesia*, dalam www.pn.nganjuk.go.id/images/teori-hukum-richard..., diakses tanggal 22 Maret 2015, jam 12.00.)

¹³² Richard A Posner, *How Judges Think*, England, Havard University Press, hlm. 19-53, 250-254.

Hakim Agung memberikan suara atas masalah interpretasi undang-undang diprediksi akan tergantung pada apakah partai yang sama yang menguasai Kongres telah meloloskan undang-undang tersebut. Hakim akan merasa lebih bebas untuk menafsirkan suatu undang-undang jika partai yang menguasai Kongres dan meloloskan undang-undang tidak lagi berkuasa. Teori strategi selaras dengan teori *attitudinal*. Hakim yang ingin mengambil keputusan yang sesuai dengan kecenderungan politiknya akan lebih memilih strategi voting untuk mencapai tujuan. Teori strategi ini juga selaras dengan teori orientasi motivasi lainnya. Hakim legalis juga akan mengambil strategi voting yang sama, dengan perhitungan bahwa pandangannya akan diambil. Sekali seorang hakim melontarkan pendapat berbeda (*dissentient*), hakim yang lain juga akan melakukan hal yang sama, baik untuk alasan yang sama ataupun alasan berbeda. Kebanyakan hakim tidak menyukai pendapat berbeda, bukan karena hanya akan mengganggu hubungan kolegal tapi juga cenderung memperbesar pendapat mayoritas. Perbedaan pendapat membawa keributan kolegal. Hakim tidak suka dikritisi, karena perbedaan pendapat mencerminkan reaksi kepentingan dan kesulitan secara kolegal.

- (3) *The sociological theory*. Teori sosiological berkaitan dengan strategi kalkulasi, emosi, teori ekonomi dan psikologi, namun kesemuanya tumpang tindih. Perilaku rasionalitas ekonomi berarti pertimbangan ekonomi secara mendasar dan secara rasional dapat mengakomodasi tujuan. Dalam teori perilaku ekonomi, hakim memiliki '*utility function*' sebagai suatu istilah ekonomis yang menuntun tindakan rasional, contohnya penghasilan, fasilitas diwaktu luang (*leisure*), kekuasaan (*power*), martabat (*prestige*), reputasi, *self respect*, dan kenikmatan lain yang didapat dari bekerja. Pilihan '*leisure*' dalam fungsi judisial menjelaskan bahwa hakim menempatkan '*judicial economy*' dan kesukaannya seperti pada doktrin '*harmless error*', *waiver* (surat pernyataan melepaskan tuntutan), penyitaan. Sementara teori psikologi meliputi studi tentang kognisi, termasuk pengaruh-pengaruh sosial yang bekerja dalam kelompok (hakim) yang berpolarisasi maupun yang enggan berbeda pendapat.
- (4) *The psychological theory*. Studi empiris mengenai cara bagaimana Hakim Agung Amerika mengambil suara, selain dipengaruhi oleh afiliasi politiknya, juga menjelaskan beberapa variabel berpengaruh dalam putusan, seperti latar belakang *race* (suku), agama, *urban background*, asal kelulusan, pengalamannya dibidang

hukum sebelumnya seperti sebagai jaksa, ataupun lingkungan sosialnya.¹³³ Faktor-faktor psikologi seperti emosi yang mempengaruhi keyakinan agama memainkan peranan penting dalam pilihan ideologinya. Emosi berperan besar dalam cara bagaimana hakim menterjemahkan, menafsirkan pengalamannya pada apa yang yakininya, termasuk kaitannya dengan pilihan ideology: seperti liberalis (termasuk sosialis) atau konservatif. *Moral psychology* adalah berkaitan dengan intuisi dan bakat (*diverse*) daripada pemikiran rasional. Intuisi, emosi dan prakonsepsi adalah bentuk-bentuk pemikiran yang tak terucapkan, sebagai lawan dari penalaran yang rasional dan logis, dan semuanya dipengaruhi tidak hanya oleh pendidikan, asuhan, pergaulan, tapi juga kepribadian.¹³⁴

- (5) *The economic theory*. Teori perilaku ekonomi hakim tidak hanya tumpang tindih dengan teori strategi, sosiologi dan psikologi, tapi juga teori perilaku organisasional dan pragmatis.
- (6) *The organizational theory*. Teori ini menggambarkan bagaimana hubungan antara agen (hakim) dengan majikan (negara/ pemerintah yang mempekerjakan hakim). Perbedaan kepentingan dan prinsip-prinsip akan menciptakan suatu struktur organisasi yang meminimalkan perbedaan misalnya melalui doktrin '*precedence*', dan agen (hakim) akan menentanginya. Pada titik ini muncul '*independent judiciary*' (kebebasan hakim). Melalui doktrin '*precedence*', kesetiaan yang konsisten dari hakim rendah kepada hakim yang lebih tinggi lebih terjaga, instruksi langsung akan diterima dengan jelas.
- (7) *The pragmatic theory*. Pragmatisme lahir dari aliran utilitarian. Pragmatisme mengambil dasar pertimbangan hukum dalam putusan berbeda dengan legalis. Kritik yang diarahkan pada pragmatism karena kurangnya kesungguhan pertimbangan moral. Keberatan tersebut dapat dimengerti karena hakim kerap menjatuhkan pertimbangan mengenai hidup dan mati tanpa memberitahukan bahwa yang dilakukannya adalah benar. Pragmatisme terbiasa melakukan pendekatan terhadap kebenaran, khususnya kebenaran moral (*moral truth*). Pragmatisme dikatakan enggan mempelajari *rule of law* dan metode penemuan hukum karena pragmatisme melihat hal tersebut sebagai halangan. *Legal pragmatism* dikatakan membuat hakim memutuskan perkara sesuai dengan keinginannya, dengan cara

¹³³ *Ibid*, hlm. 95-96.

¹³⁴ *Ibid*, hlm. 97-98.

melepaskan pertentangan antara teks dan doktrin, sehingga pragmatism dikritik telah melepaskan tembakan meriam dan memperluas ketidakpastian judicial /judicial indeterminacy di semua perkara.

- (8) *The phenomenological theory*. Teori perilaku fenomenologi menjembatani teori pragmatis dengan teori legalis. Teori fenomenologi mempelajari kesadaran pertama manusia (*first person consciousness mind*). Menurut Cardozo, banyak putusan pengadilan digambarkan sebagai putusan hakim pragmatis, namun ini tidak berarti bahwa kebanyakan hakim adalah pragmatis. Hakim yang menginternalisasi garis '*official*' atau legalisme, tidak perlu untuk menjelaskan dan membelanya. Namun menyebutnya dirinya pragmatis lebih dipercaya dari pada yang menyebutkan dirinya legalis.

Attitudinal model kongruen dengan pendekatan psikologis, di mana hakim mendasarkan pertimbangan putusannya pada cara berpikir idologinya (*ideological attitudes*) dan nilai-nilai keadilan. Persidangan adalah bagian sistem peradilan yang paling visible, namun jika dilihat ke luar proses persidangan, akan ditemukan suatu sistem hukum yang sarat dengan masalah-masalah psikologi, seperti psikologi perkembangan, psikologi sosial, psikologi klinis dan kognitif.¹³⁵ Psikologi perkembangan adalah ilmu yang mempelajari tingkah laku individu dalam perkembangannya dan latar belakang yang mempengaruhinya. Psikologi perkembangan termasuk psikologi khusus, karena psikologi perkembangan mempelajari kekhususan pada tingkah laku individu.¹³⁶ Contoh penerapan psikologi perkembangan dalam hukum perdata yang berkaitan dengan perceraian, pengaturan hak asuh apa yang dapat mendukung perkembangan anak? Dalam hukum pidana anak misalnya: apakah anak sebagai pelaku pembunuhan benar-benar memahami sifat dan konsekuensi dari tindakannya? Psikologi klinis adalah cabang psikologi yang memfokuskan pada

¹³⁵Mark Constanzo, *Psychology Applied to Law*, terj. Helly Prajitno Soetjipto, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2008, hlm. 37.

¹³⁶Manfaat psikologi perkembangan, al: 1) untuk mengetahui tingkah laku individu itu sesuai atau tidak dengan tingkat usia / perkembangannya, 2) untuk mengetahui tingkat kemampuan individu pada setiap fase perkembangannya, 3) untuk mengetahui kapan individu bisa diberi stimulus pada tingkat perkembangan tertentu, 4) agar dapat mempersiapkan diri dalam menghadapi perubahan-perubahan yang akan dihadapi anak, 5) bagi guru dapat digunakan untuk memilih dan memberikan materi dan metode yang sesuai dengan perkembangan anak. (Haryanto, *Pengertian Psikologi Perkembangan*, <http://belajarpsikologi.com/pengertian-psikologi-perkembangan/>, diunduh tanggal 20 Agustus 2015, jam 15.30).

penanganan, penganalisaan, dan diagnose penyakit-penyakit jiwa.¹³⁷ Psikologi klinis membantu hakim mengetahui bagaimana seorang yang menderita gangguan jiwa menghadapi proses persidangan, dan memprediksi apakah seseorang yang menderita gangguan jiwa kelak akan dapat menjadi orang yang berbahaya. Psikologi kognitif mempelajari bagaimana arus informasi yang diterima oleh indera diproses dalam jiwa seseorang sebelum diendapkan dalam kesadaran atau diwujudkan dalam bentuk tingkah laku.¹³⁸ Sedangkan psikologi sosial mempunyai 3 ruang lingkup, yaitu *pertama*, studi tentang pengaruh sosial terhadap proses individu, misalnya: studi tentang persepsi, motivasi proses belajar, atribusi (sifat). *Kedua*, studi tentang proses-proses individual bersama, seperti bahasa, sikap sosial, perilaku meniru dan lain-lain. dan *ketiga*, studi tentang interaksi kelompok, misalnya: kepemimpinan, komunikasi hubungan kekuasaan, kerjasama, persaingan, konflik. Hukum merupakan hal yang bisa dikatakan mempunyai pengaruh yang dominan dalam kehidupan manusia untuk mengarahkan kehidupannya ke arah yang lebih baik. Psikologi juga memiliki kemampuan untuk menjadikan hakim kembali humanis dan peka dengan permasalahan-permasalahan kepribadian dan kemanusiaan pada umumnya.

Akar psikologi sosial bukan hanya psikologi, namun juga sosiologi. Karenanya psikologi sosial dapat dipandang sebagai jembatan antara psikologi dan sosiologi. Ada dua kelompok teori sosiologi ini, yakni *symbolic interaction* dan *social roles*. *Symbolic interaction* adalah teori yang menekankan pentingnya interaksi sosial sebagai dasar sebuah proses di mana individu saling mengkomunikasi *makna* (termasuk suara, *body language*, dan lain-lain). Teori ini memandang bahwa peran sebagai alat untuk meningkatkan atau membentuk gambaran sosial diri selama interaksi berlangsung. Beberapa konsep penting adalah (a) definisi terhadap situasi, dan (b) konsep tentang *self* (konsep tentang siapa saja saya dan seperti apa). *Social role*, teori yang menekankan pentingnya seperangkat norma yang perlu diterapkan dalam situasi tertentu dalam suatu sistem sosial. Individu adalah sebagai aktor dalam gambaran sosial yang pasti. Ada dua

¹³⁷ Wikipedia bahasa Indonesia, *Psikologi Klinis*, http://wikipedia.org/wiki/Psikologi_klinis, diunduh tanggal 20 Nopember 2015, 12.30 wib.

¹³⁸ Seta Wicaksana, *Psikologi Kognitif*, <http://www.slideshare.net/wicaksana/psikologi-kognitif>, diunduh tanggal 20 Nopember 2015, 12.00 wib.

pendekatan peran sosial menurut sosiologi yaitu (1) *the social structure approach*, dan (2) *interactionist process*.¹³⁹

Blackburn membagi peran psikologi dalam bidang hukum menjadi: 1) *psychology in law*, yakni aplikasi praktis psikologi dalam bidang hukum, contohnya seperti kedudukan psikolog sebagai ahli (keterangan ahli) dalam proses pembuktian, 2) *psychology and law*, meliputi bidang *psycho-legal research* yakni penelitian tentang individu yang terkait dalam hukum (penegak hukum) seperti hakim, jaksa, polisi, pengacara, terdakwa, para pihak (tergugat dan tergugat), 3) *psychology of law*, hubungan hukum dan psikologi lebih abstrak, hukum sebagai penentu perilaku. Isu yang dikaji antara lain bagaimana masyarakat mempengaruhi hukum dan bagaimana hukum mempengaruhi masyarakat.¹⁴⁰

c. *Moderate Legal Positivist*

Moderate Legal Positivist atau *Moderate Incorporationist Rule of Recognition on hard cases* atau *Moderate Inclusive Legal Positivist on hard cases* dikemukakan oleh Matthew H. Kramer dalam bukunya yang berjudul *Where Law and Morality Meet*. Pendapat Matthew H. Kramer tersebut adalah untuk menjawab kebutuhan bagi hakim atau legislator dalam menafsirkan hukum yang tidak kaku namun juga tidak melepaskan pada luasnya pertimbangan moral, di mana prinsip-prinsip moral hanya diterapkan pada kasus yang dianggap berat (*hard cases*).

Permasalahan mengenai bagaimana pengadilan menjalankan hukum bagi masyarakat pencari keadilan, tidak hanya tergantung pada bagaimana pengadilan (hakim) merespon hukum substantif, melainkan juga merespon "*substantive rule and*

¹³⁹Koentjoro, *Kriminologi Dalam Perspektif Psikologi Sosial*, <http://koentjoro-psy.staft.ugm.ac.id/>, diunduh tanggal 12-10-2015, jam 12.00.

¹⁴⁰Yusti Probowati Rahayu, *Di balik Putusan Hakim, Kajian Psikologi Dalam Ilmu Hukum Dalam Praktek Pidana*, Srikandi, Yogyakarta, 2005, hlm. 4. Aplikasi Psikologi dalam Bidang Hukum, <http://matkuladministrasinegara.blogspot.co.id/2013/05/aplikasi-psikologi-dalam-bidang-hukum.html>, diunduh tanggal 10-10-2015, jam 10,15 wib. Menurut Meuwissen, psikologi hukum adalah cabang ilmu hukum termuda yang bertujuan untuk memahami hukum positif dari sudut pandangan psikologi. Psikologi memberikan sumbangan dalam tiga arti: *pertama*, dari sudut psikoanalisa (Freud). Gejala-gejala hukum dan negara dengan cara ini dapat dengan cara *interes* diinterpretasi. *Kedua*, dari sudut psikologi humanistik, yakni dapat diperoleh pengertian yang lebih dalam tentang cara "kesadaran hukum" atau "perasaan hukum" berfungsi pada manusia. *Ketiga*, dari sudut psikologi perilaku, yakni perilaku diamati dapat dengan bantuan model penjelasan kausal dipahami dari sudut konstelasi tertentu. Model itu dapat diterapkan pada hukum (misalnya perilaku hakim, advokat, legislatif). Pada masa kini psikologi hukum hanya memainkan peranan kecil dalam hukum pidana, yakni berkaitan dengan masalah kesalahan/ pertanggungjawaban pidana. (Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2009, hlm.131).

other rules” yakni: *the rules of correct adjudication* (aturan adjudikasi yang benar), *the rule of recognition, principles of interpretation* (prinsip-prinsip interpretasi), dan *moral principles or social goals* (prinsip-prinsip moral dan tujuan sosial).¹⁴¹

Dalam perkembangan ilmu hukum dan moralitas, dalam kaitannya dengan permasalahan bagaimana hakim merespon hukum substantif, moralitas dan hukum-hukum lain (*substantive rule and other rules*) dalam menangani perkara dapat digolongkan menjadi tiga:

1. *Exclusive Legal Positivist* atau *Non-Incorporationist Rule of Recognition*.

Pendukung paham *Exclusive Legal Positivist* atau *Non-Incorporationist Rule of Recognition* memisahkan dengan tegas antara hukum dengan moralitas dan fakta (*separability of law and morality- separability of law and fact*), sebagaimana yang dikemukakan Hans Kelsen dalam *Pure Theory of Law*. Interpretasi hukum berhubungan dengan norma yang non empiris, yang tidak dibatasi dengan pertimbangan moral.¹⁴²

2. *Inclusive Legal Positivist* atau *Incorporationist Rule of Recognition*.

Inclusive Rule of Recognition dianut oleh positivis yang percaya bahwa prinsip-prinsip moral mengikat hukum, suatu kondisi yang harus ada, meskipun penerapan prinsip-prinsip tersebut kerap kurang penjelasan. Penganut paham ini mengklaim bahwa moral menjadi syarat pembentukan hukum (*moral requirement can figure among the criteria by reference to which the officials of a legal system ascertain the existence and content of law*). Faktor yang menjadi pembeda utama antara *Incorporationist* dengan *non- Incorporationist* adalah validitas prinsip-prinsip moral atas hukum. Pelopor paham ini adalah H.L.A.Hart.¹⁴³

3. *Moderate Legal Positivist* atau *moderate Incorporationist Rule of Recognition on hard cases*.

Moderat legal positivist meng-inkorporasi atau memadukan prinsip-prinsip moral hanya terhadap kasus-kasus tertentu atau *hard cases*. Menurut Kramer, pendapat *Incorporationist/ Inclusive Rule of Recognition* tentang keterlibatan prinsip-prinsip moral dalam (setiap) keputusan hukum bagi kepentingan masyarakat

¹⁴¹ JOHN EEKELAAR, “Judges and Citizens: Two Conceptions of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 3 (2002), hlm. 502

¹⁴² Jimly Assidique, *Hans Kelsen Tentang Hukum*, Konstitusi Press, Jakarta, 2012, hlm. 8-9.

¹⁴³ Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, United Kingdom, Oxford University Press, 2012, hlm. 17, 19, 29.

adalah berlebihan, karena belum tentu setiap tindakan mengatas-namakan (*reason for action*) penerapan prinsip-prinsip moral yang bagi masyarakat adalah yang tepat. *Incorporationist* membekali hakim untuk menggunakan kognisi dengan instruksi yang abstrak.¹⁴⁴

Penerapan prinsip *Incorporation Rule of Recognition* hanya pada *hard cases*, tidak akan mengurangi atau merusak fungsi umum berfungsinya sistem hukum, bahkan membantu ketahanan dan dinamika suatu sistem hukum.¹⁴⁵ Perilaku *moderate legal positivist* ini akan penulis gunakan dalam menganalisa permasalahan.

B. KAJIAN PUSTAKA

1. Permasalahan Dasar Hukum Pidana

Menurut Sudarto, cara bagaimana hukum itu ditegakkan merupakan masalah memilih sarana apa yang dipandang efektif dan bermanfaat untuk mencapai tujuan.¹⁴⁶ Menurut Roeslan Saleh, Pidana adalah reaksi atas delik, dan ini berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik. Nestapa ini bukanlah suatu tujuan terakhir yang dicita-citakan masyarakat, nestapa hanyalah suatu tujuan yang terdekat.¹⁴⁷ Sedangkan menurut Moeljatno, hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mendapatkan dasar dan aturan-aturan untuk¹⁴⁸:

- (a) menentukan peraturan-peraturan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dengan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar aturan;
- (b) menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancam; dan
- (c) menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.

Pada hakikatnya hukum pidana dapat dibagi menjadi dua, yakni:¹⁴⁹

- (1) hukum pidana materiil. Hukum pidana materiil adalah sebagaimana yang disebut Moeljatno dalam huruf a dan b di atas, yang meliputi: a) perbuatan yang dilarang

¹⁴⁴ Kramer, *ibid*, hlm. 60.

¹⁴⁵ *Ibid*, hlm. 69,71.

¹⁴⁶ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hlm. 106

¹⁴⁷ Roeslan Saleh, *stelsel Pidana Indonesia*, Jakarta, Aksara Baru, 1978, hlm. 5

¹⁴⁸ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, cetakan 19, 2015, hlm.1

¹⁴⁹ Didik Endro Purwoleksono, *Hukum Pidana*, Airlangga University Pers, Surabaya, 2014, hlm.4

atau yang dapat dipidana, b) syarat untuk menjatuhkan pidana atau kapan atau dalam hal apa seseorang yang telah melakukan perbuatan yang dilarang dapat dipidana, dan c) ketentuan tentang pidana. Ketentuan pidana materiil Indonesia secara umum diatur dalam KUHP.

- (2) Hukum pidana formil. Dalam uraian Moeljatno di atas, disebutkan dalam huruf c, yang merupakan hukum acara pidana atau suatu proses/ prosedur untuk melakukan suatu tindakan menakala hukum pidana materiil *akan, sedang* atau *sudah* dilanggar.

Pemikiran hakim ketika mengadili suatu perkara pidana, akan meliputi semua hal sebagaimana yang disebutkan oleh Moeljatno, yang pada hakikatnya merupakan pemahaman atas hukum pidana secara holistik meliputi hukum pidana materiil dan hukum pidana formil. Sekalipun dalam teori terdapat perbedaan antara hukum pidana formil untuk menggambarkan suatu proses, dan hukum pidana materiil untuk menunjukan pada dasar hukum dapat dipidananya seseorang atas perbuatan yang dilarang, namun dalam prakteknya, pemikiran hakim pada saat melakukan proses/ melaksanakan prosedur bekerja secara holistik atau serempak, seraya menjalankan proses (hukum acara/ formil) hakim juga memikirkan hukum pidana materiilnya guna mencapai pada kesimpulan pemidanaannya. Dengan demikian, meskipun secara umum yang terbaca dalam putusan hakim adalah pembahasan hukum materiil, namun di dalam putusan hakim juga tergambar cara bagaimana hakim menjalankan hukum formil.

a. Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana

Fungsi hukum pidana secara khusus adalah melindungi kepentingan hukum terhadap perbuatan yang tercela.¹⁵⁰

Menurut Satochid Kartanegara yang dikategorikan kepentingan hukum adalah:¹⁵¹

- (1) Kepentingan perseorangan, yang meliputi: jiwa (*leven*) baik atas kesalahan yang disengaja maupun karena kelalaian, badan (*lijk*), kehormatan (*eer*), dan harta benda.
- (2) Kepentingan masyarakat, meliputi: ketentraman dan keamanan (*rusten order*)
- (3) Kepentingan negara atau keamanan negara.

Mengenai tujuan hukum pidana, dikenal tiga aliran yakni:¹⁵²

- (1) Aliran pertama (klasik) : untuk menakut-nakuti setiap orang jangan sampai melakukan perbuatan yang tidak baik.

¹⁵⁰ *Ibid*, hlm.5

¹⁵¹ Roni Wiyanto, *Asas-asas Hukum Pidana Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm.161.

¹⁵² Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, ed.1, Rajawali Press, Jakarta, 2015, hlm. 14-15.

- (2) Aliran kedua (modern): untuk mendidik orang yang pernah melakukan perbuatan tidak baik menjadi baik dan dapat diterima kembali dalam kehidupan lingkungannya.
- (3) Aliran ketiga yang merupakan penggabungan aliran klasik dan modern, dilontarkan oleh Vos: a) mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat, b) memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang baik dan berguna, c) menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai, dan d) membebaskan rasa bersalah para terpidana.

Perkembangan pemikiran tentang hakikat tujuan pemidanaan ditemukan dalam beberapa tujuan dari teori pemidanaan: retributif (absolut), *relative (deterrence)*, penggabungan (*integrative*), *treatment* dan perlindungan sosial (*social defence*).¹⁵³ Dengan demikian terdapat 3 teori utama untuk membenarkan penjatuh pidana atau untuk mencapai tujuan pemidanaan:¹⁵⁴

- (1) Teori absolut/ teori pembalasan/ *vergeldings theorien/ retributive*. Pidana merupakan tuntutan mutlak (absolut), hakikat pidana adalah suatu pembalasan, karena dilakukan suatu kejahatan. Vos, membagi 2 teori pembalasan/ absolut : 1) pembalasan subyektif, yakni pembalasan terhadap kesalahan pelaku , 2) pembalasan obyektif, yakni pembalasan terhadap apa yang telah diciptakan pelaku di dunia luar, contohnya dua orang pelaku dimana salah satu menciptakan akibat yang lebih serius akan dipidana lebih berat.

Menurut Remmelink, pandangan absolut dari teori retributive beranjak dari pemikiran yang absolut terhadap pidana yakni pidana merupakan *res absoluta ab affect future* (suatu keniscayaan yang terlepas dari dampaknya masa depan), sehingga dijatuhinya pemidanaan.¹⁵⁵ Menurut Aleksander Fatuc, tujuan pemidanaan pada retributif dilepaskan dari tujuan apapun selain pembalasan, karena kejahatan dipandang sebagai perbuatan amoral dan asusila.¹⁵⁶

Menurut Romli Atmasasmita, sandaran pembenaran teori retributif:¹⁵⁷

¹⁵³ Mahmud Mulyadi, *Revitalisasi Alas Filosofi Tujuan Pemidanaan Dalam Penegakan Hukum Pidana Indonesia*, FH Universitas Sumatera Utara, 2006. 7

¹⁵⁴ Lihat Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan di Indonesia dari Retribusi ke Reformasi*, Jakarta, Pradnya Paramita, 1986, hlm. 17- 24.

¹⁵⁵ Jan Remmelink, *Hukum Pidana, Komentar atas Pasal-Pasal Penting dari KUHP Belanda dan Padanannya dalam KUHP Indonesia*, 1993, hlm.7

¹⁵⁶ Aleksander Fatuc, *Punishment and Restorative Crime*, Avebury Ashagate Publishing Limited, USA, 1995, Hlm. 9

¹⁵⁷ Romli Atmasasmita, *Kapita selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Maju, Bandung, 1995, hlm. 83-84.

1. pemidanaan akan memuaskan perasaan balas dendam si korban maupun keluarganya (Tipe vindicative)
2. sebagai peringatan bagi pelaku dan masyarakat lainnya, bahwa setiap perbuatan yang merugikan orang lain akan mendapat ganjaran (tipe *fairness*)
3. untuk menunjukkan adanya kesebandingan antara beratnya pelanggaran dengan hukuman yang dijatuhkan (tipe proportionality)

Paham retributive mendasarkan konsep pemidanaan pada *mens rea*, *free will*, *moral blameworthiness* dan *individual responsibility*. Menurut Hart, retributive merefleksikan tingkat beratnya secara moral suatu kejahatan, untuk kejahatan yang lebih serius pemidanaan diperlukan, bahkan penting untuk mencegah pengulangan kembali. Pemidanaan harus sesuai dengan tingkat kejahatannya.¹⁵⁸

Leo Polak, membagi variasi teori pembalasan berdasarkan etika:¹⁵⁹

- (a) Teori pertahanan kekuasaan hukum / kekuasaan pemerintahan negara (*rechtsmacht of gezagshandhaving*). Menggambarkan paksaan belaka. Akibat teori ini, siapa yang secara sukarela menerima putusan hakim, dengan sendirinya tidak merasa sebagai suatu penderitaan.
- (b) Teori kompensasi keuntungan (*voordeelscompensatie*). Dianut oleh Herbart, Aristoteles, Thomas Aquino: kejahatan yang tidak dibalas dengan pidana akan timbul perasaan tidak puas. Memidana penjahat adalah keharusan menurut estetika, yakni penjahat harus dipidana seimbang dengan penderitaan korban, atau pidana adalah suatu kompensasi penderitaan korban. Menurut Hazewinkel –Suringa, perasaan hukum menjadi pangkal pendapat Herbart, tapi ini berbahaya, karena semata-mata sentimen belaka pada rakyat tidak boleh menjadi dasar pidana.
- (c) Teori melenyapkan segala sesuatu yang menjadi akibat suatu perbuatan yang bertentangan dengan hukum dan penghinaan (*onrechtsfustrering en blaam*). Menurut Hegel, etika tidak dapat mengijinkan berlakunya suatu kehendak subyektif yang bertentangan dengan hukum. Teori Hegel sejajar dengan teori von Bart: makin besar kehendak melawan hukum, makin besar penghinaan yang dijatuhkan.
- (d) Teori pembalasan dalam menyelenggarakan persamaan hukum (*tallioniserende handhaving van rechtsgelijkheid*). Menurut Heymans, Kant, Rumelin, Nelson, dan Kranenburg, teori pembalasan adalah: asas persamaan hukum yang berlaku bagi semua anggota masyarakat menuntut suatu perlakuan menurut hukum yang sama. Keberatan atas teori ini: 1) teori ini tidak menerangkan mengapa negara harus menjatuhkan hukuman pidana, 2) sering tanpa kegunaan yang praktis.
- (e) Teori untuk melawan kecenderungan untuk memuaskan keinginan berbuat yang bertentangan dengan kesusilaan (*kering van onzedelijke neigingsbeverding*). Menurut Heymans, keperluan untuk membalas tidak

¹⁵⁸ C. Ray Jeffery, *Crime Prevention and Community Safety, Politic, Policies and Practies*, Beverly Hills-London, SAGE Publication, Inc., 1977, hlm.18

¹⁵⁹ Andi Hamzah, *Ibid*, hlm. 18-20.

ditujukan kepada persoalan apakah orang lain mendapat bahagia atau penderitaan, tetapi keperluan untuk membalas itu ditujukan kepada niat masing-masing orang. Niat-niat yang tidak bertentangan dengan kesusilaan dapat diberi kepuasan, sebaliknya niat-niat yang bertentangan dengan kesusilaan tidak boleh diberi kepuasan. Segala yang bertentangan dengan kesusilaan tidak boleh didapatkan orang. Menurut etika Spinoza, tiada seorangpun boleh mendapat keuntungan karena perbuatan kejahatan (*ne malis expedit esse malos*).

(2) Teori relative / tujuan/ *doeltheorien/ utilitarian* .

Hakikat pembedaan sebagai perlindungan masyarakat dan pencegahan kejahatan atau prevensi, yang dibedakan menjadi: preferensi umum dan khusus. Menurut Van Veen, preferensi umum mempunyai fungsi menegakkan wibawa pemerintah, menegakkan norma dan membentuk norma. Sedangkan preferensi khusus, maka pidana memberikan *deterrent effect* bagi pelaku untuk tidak melakukan pengulangan, dan perlindungan bagi masyarakat yakni pidana mencabut kebebasan sementara waktu sehingga masyarakat terhindar dari kejahatan yang mungkin dilakukan pelaku.¹⁶⁰

Teori ini mencari dasar hukum pidana dalam menyelenggarakan tertib masyarakat dan akibatnya, yakni tujuan pidana untuk prevensi terjadinya kejahatan. Prevensi umum, menghendaki agar orang pada umumnya tidak melakukan delik. Misalnya pada masa revolusi Perancis, prevensi umum dilakukan dengan mempertontonkan pelaksanaan pidana, untuk membuang ngeri/takut (*nemo prudens ounit, quai peccatum, sed net peccetur/* agar khalayak ramai betul-betul takut melakukan kejahatan maka perlu pidana yang ganas dan pelaksanaannya di depan umum). Keberatan atas prevensi umum karena dipergunakannya penderitaan orang lain untuk pencegahan, bahkan mungkin orang yang tidak bersalah yang dijadikan tontonan. Von Feuerbach dalam teori paksaan psikologis/ *psychologishce zwang*, menyebutkan bahwa ancaman pidana bekerja sebagai ancaman psikologis, yang akan menakut-nakutkan orang. Keberatan atas teori Feuerbach adalah sifat ancaman pidana yang abstrak, sehingga sulit untuk menentukan batas-batas beratnya ancaman pidana, yang mungkin tidak seimbang antara beratnya ancaman dan beratnya delik yang dilakukan. Muller memperbaiki teori Feuerbach dalam tulisannya '*de straf in het strafrech, Tijdschrift van strafrecht*, akibat preventif pidana tidaklah terletak pada eksekusi pidana maupun

¹⁶⁰ JM van Bemmelen, *Hukum Pidana I*, Bina Cipta, Bandung, 1997, hlm. 2,

dalam ancaman pidana, tetapi pada penentuan pidana oleh hakim secara konkrit (*de concrete straf pleging door de rechter*). Menurut Utrecht teori Muller sesuai dengan masyarakat kolektivitis (masyarakat adat). Sedangkan prevensi khusus, sebagaimana dianut oleh van Hamel (Belanda) dan von Liszt (Jerman) bertujuan khusus untuk mencegah niat buruk pelaku, bertujuan mencegah pengulangan perbuatan atau mencegah bakal pelanggar melaksanakan perbuatan jahat yang direncanakan. Menurut Van Hamel menunjukkan bahwa prevensi khusus, karena:

- pidana harus memuat suatu unsur menakutkan supaya mencegah penjahat yang mempunyai kesempatan untuk tidak melaksanakan niat buruknya.
- Pidana harus mempunyai unsur memperbaiki terpidana.
- Pidana mempunyai unsur membinasakan penjahat yang tidak mungkin diperbaiki.
- Tujuan satu-satunya suatu pidana ialah mempertahankan tata tertib hukum.

Nigel Walker, membenarkan pembedaan bertujuan untuk mengurangi frekwensi kejahatan (*justification of penalizing is that this reduce their frequency*), melalui cara:¹⁶¹

- (a) *deterreing the offender* (mencegah pelaku kejahatan): membujuk pelaku untuk menahan diri/ tidak melakukan lagi kejahatan dengan mengingatkan mereka akan pidana yang dijatuhkan.
- (b) *detering potential imitators* (mencegah pelaku peniru yang potensial): memberi rasa takut kepada orang lain yang berpotensi melakukan kejahatan dengan memberi contoh pada pelaku yang sudah dipidana.
- (c) *reforming the offender* (memperbaiki pelaku): memperbaiki perilaku pelaku sehingga timbul kesadaran untuk tidak melakukan lagi.
- (d) mendidik masyarakat untuk lebih memikirkan terjadinya kejahatan, yang secara tidak langsung akan mengurangi frekwensi kejahatan.
- (e) *protecting public*, melalui pidana penjara yang lama.

Syamsul Fatoni membagi teori utilitarian/ relatif ini dibagi menjadi: a) teori retributif (retributivism). Teori absolut/ retributif memandang bahwa pidana yang sepatutnya diterima sangat diperlukan berdasarkan alasan baik keadilan maupun nilai moral dan pidana yang tidak layak selalu menimbulkan ketidakadilan dan merugikan nilai moral. b) teori teleologis (*teleological theory*). Pidana adalah sesuatu yang dapat dipergunakan untuk mencapai kemanfaatan, baik bagi pelaku

commit to user

¹⁶¹ Nigel Walker, "Reductive and Deterrence", *A Reader on Punishment*, R.A.Duff and David Garland (Ed), New York: Oxford University Press, hlm. 212.

maupun bagi dunia, misalnya mengisolasi dan memperbaiki penjahat atau mencegah penjahat potensial. c) teori retributif teleologis (*teleological retributivist*). Tujuan pidana bersifat plural, karena menghubungkan prinsip-prinsip teleologis, misalnya utilitarianism dan prinsip retributivis dalam satu kesatuan menjadi satu kesatuan (integratif). Pandangan *integrative* memungkinkan adanya akumulasi dari beberapa teori pidana secara sekaligus: *retribution* dan *utilitarian*, misalnya pencegahan dan rehabilitasi, yang semuanya menjadi sasaran yang hendak dicapai pidana.¹⁶²

(3) Teori gabungan.

Teori Gabungan, adalah gabungan antara pembalasan dan prevensi bervariasi, yakni: ada yang menitikberatkan pembalasan, ada pula yang ingin agar unsur pembalasan dan prevensi seimbang, yakni: *Pertama*: yang menitikberatkan pada unsur pembalasan. Menurut Pompe, “orang tidak boleh menutup mata pada pembalasan” tidak dapat dikecilkan arti bahwa pidana adalah suatu sanksi, dengan demikian terikat pada tujuan sanksi, dan karena itu hanya akan diterapkan jika menguntungkan pemenuhan kaidah-kaidah dan berguna bagi kepentingan umum. Van Bemmelen menganut teori gabungan, menurutnya “pidana bertujuan membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat. Tindakan bermaksud mengamankan dan memelihara tujuan. Jadi Pidana dan tindakan, keduanya bertujuan mempersiapkan untuk mengembalikan terpidana ke dalam kehidupan masyarakat”. Grotius mengembangkan teori gabungan yang menitikberatkan keadilan mutlak yang diwujudkan dalam pembalasan, tapi yang berguna bagi masyarakat. Dasar setiap pidana adalah penderitaan yang beratnya sesuai dengan beratnya perbuatan yang dilakukan terpidana. Tetapi sampai batas mana beratnya sesuai dengan beratnya pidana dan beratnya perbuatan yang dilakukan oleh terpidana dapat diukur, ditentukan oleh apa yang berguna bagi masyarakat.

Tujuan teori gabungan (retributif dan relatif) adalah bahwa pidana harus membawa manfaat bagi kesejahteraan masyarakat (*social welfare*), yakni pembalasan dan pencegahan. Pallegri Rosi, dalam buku *Traite the droit penal* menyebutkan bahwa pembedaan pidana terletak pada pembalasan dan hanya

¹⁶² Syamsul Fatoni, *Pembaharuan sistem Pidana: perspektif teoritis, dan pragmatis untuk keadilan*, Setara Press, Malang, 2015, hlm. 43.

pada orang yang bersalah, yang berat ringanya kejahatan harus sesuai dengan berat ringannya kejahatan.¹⁶³

Dalam perkembangannya, dengan menggunakan metode ilmiah (aliran positivis dari abad 19) dalam menganalisis dan mengkaji kejahatan melalui karakter pelaku dari sudut pandang ilmu biologi, psikologi dan sosiologi, telah munculnya paham rehabilitasi sejalan dengan gerakan reformasi penjara dengan pendekatan humanism/ kemanusiaan, berdasarkan argument bahwa pemidanaan dimasa lampau (*retributive* ataupun *deterent*) mengakibatkan ketidakpastian nasib pelaku.¹⁶⁴ Paham *punishment fit the offender* (pelaku) dilakukan melalui perawatan/ *treatment* dan perbaikan/ *rehabilitation* pelaku sebagai pengganti hukuman, pelaku dianggap sebagai orang yang sakit.¹⁶⁵ Akan tetapi paham rehabilitationis juga mendapat kritik, karena kenyataannya hanya sedikit negara yang mempunyai fasilitas untuk program rehabilitasi dan kebijakan yang menekankan tindakan perbaikan/ *treatment*, dan pendekatan rehabilitas yang digunakan adalah pendekatan yang mengandung tirani individu dan penolakan terhadap HAM, misalnya tidak terkontrolnya jangka waktu pengobatan/ *treatment*, yang seluruhnya diserahkan kepada dokter.¹⁶⁶

Selain paham rehabilitasi, juga muncul paham *social defence* yang diperkenalkan oleh Fillipo Gramatica ditahun 1945 dengan mendirikan pusat studi Perlindungan Masyarakat. Tujuan utama dari hukum perlindungan sosial adalah mengintegrasikan individu ke dalam tertib sosial dan bukan pemidanaan terhadap perbuatannya. Paham tersebut lalu pecah menjadi dua: yang radikalisme dan yang moderat. Gerakan *social defence* radikal dipertahankan oleh Gramatica, yang menyatakan bahwa hukum perlindungan sosial harus menggantikan hukum pidana yang ada sekarang.¹⁶⁷ Social defence ini terkenal dengan paham *abolisionisme*, yang mulai dikembangkan oleh Louk Hulsman dari Belanda, yang sangat memperhatikan aspek kemanusiaan.

¹⁶³ *Ibid*, hlm. 29.

¹⁶⁴ Rudolp J Gerber and Patrick D.McAnay "Philosophy of Punishment", dalam *The Sociology of Punishment and Correction*, Leonard Savitz and Marvin E Wolfgang (Ed), New York: John Wiley and Sons. Inc, 1970, hlm 499

¹⁶⁵ Teori treatment ini didasarkan pada paham *determinism* yang menyatakan bahwa seseorang melakukan kejahatan bukan berdasarkan kehendaknya sendiri, karena manusia tidak mempunyai kehendak bebas dan dibatasi oleh berbagai faktor, baik watak pribadi, faktor biologis, dan lingkungan. Dengan demikian, pelaku kejahatan tidak dapat dipersalahkan dan dipidana, melainkan diperlakukan untuk re-sosialisasi dan perbaikan/ rehabilitasi.

¹⁶⁶ *Ibid*, hlm 354.

¹⁶⁷ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 5, lihat pula Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana (Criminal Justice System)*, *Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Bandung: Bina Cipta, hlm. 97.

Social defence yang moderat, diperkenalkan oleh Marc Ancel (Perancis) yang disebut “*defence Social Nouvelle/ New Social Defence* (perlindungan social baru) . Menurut Ancel setiap masyarakat mensyaratkan adanya tertib sosial (adanya seperangkat aturan yang sesuai dengan aspirasi dan kebutuhan hidup bersama), oleh karenanya keberadaan hukum pidana sangat berperan dalam suatu sistem hukum. *Defence social Nouvel* adalah alternatif lain pengganti hukum pidana, yakni berupa hukum tindakan.¹⁶⁸

Tujuan pemidanaan menurut paham retributive dipandang terlalu kejam dan bertentangan dengan nilai-nilai kemanusiaan, paham *deterrence* juga dianggap gagal karena faktanya jumlah pelaku residivis juga meningkat, sementara paham rehabilitasi dianggap kehilangan arah. Menurut Francia A Allen;” ...the “*rehabilitation ideal*” had dominated the criminal justice system with its social welfare programs in place of penal measures. Such a rehabilitative philosophy corrupted the criminal justice system and left the criminal at the mercy of the therapist. Justice was replaced with compulsory therapeutic, and the criminal was left without protection.”¹⁶⁹

Muladi mengajukan konsep tujuan pemidanaan yang disebutnya sebagai tujuan pemidanaan yang integratif (kemanusiaan dalam sistem Pancasila). Teori tujuan pemidanaan integratif tersebut berangkat dari asumsi dasar bahwa tindak pidana merupakan gangguan terhadap keseimbangan, keselarasan dan keserasian dalam kehidupan masyarakat yang menimbulkan kerusakan individual dan masyarakat, tujuan pemidanaan adalah untuk memperbaiki kerusakan-kerusakan yang diakibatkan oleh tindak pidana.¹⁷⁰ Melalui pemidanaan yang bersifat integratif maka diharapkan pidana yang dijatuhkan hakim pemidanaannya mengandung unsur-unsur yang bersifat¹⁷¹:

- **Kemanusiaan** dalam artian bahwa pemidanaan yang dijatuhkan hakim tetap menjunjung tinggi harkat dan martabat para pelakunya ;
- **Edukatif** dalam artian bahwa pemidanaan tersebut mampu membuat orang sadar sepenuhnya atas perbuatan yang telah dilakukannya dan menyebabkan pelaku mempunyai sikap jiwa yang positif dan konstruktif bagi usaha penanggulangan kejahatan ; dan
- **Keadilan** dalam arti bahwa pemidanaan tersebut dirasakan adil baik oleh terdakwa maupun oleh korban ataupun oleh masyarakat.

¹⁶⁸ Roeslan Saleh, *Segi Lain Hukum Pidana*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1984, hlm. 13

¹⁶⁹ C. Ray Jeffery, *Crime Prevention and Community Safety, Politic, Policies and Practies*, Beverly Hills-London, Sage Publication, Inc., 1977, h.. 23

¹⁷⁰ M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana Ide dasar Double Track System & Implementasinya*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 51.

¹⁷¹ Lilik Mulyadi, *Sebuah Polaritas Pemikiran Terhadap Filsafat Pemidanaan yang diterapkan Hakim Indonesia dikaji dari Perspektif Teoritis dan Praktek Peradilan Indonesia*, <http://halaman.hukum.blogspot.co.id/2009/08/artikel.3.html>, diunduh 13-12-2016, 13:10.

Menurut Harkistuti Harkisnowo, konsep pemidanaan kini menggunakan prinsip proposional tidak lagi menekankan tujuan pemidanaan pada *lex talionis* (pembalasan) sebagaimana *adegium an eye for an eye, a tooth for a tooth*, tetapi menggaris bawahi pentingnya pemidanaan yang proporsional sesuai dengan tingkat keseriusan kejahatan yang dilakukan. Oleh karena itu nilai dan norma yang berlaku dalam masyarakat serta budaya menjadi faktor penentu penjatuhan sanksi.¹⁷²

Konsep proportionalitas dalam pemidanaan adalah selaras dengan apa yang disebut sebagai teori keseimbangan dalam pemidanaan¹⁷³, yakni keseimbangan antara kepentingan pelaku kejahatan (asas individual) dan kepentingan korban dan masyarakat, teori ini dikemukakan oleh Didik Endro Purwoleksono. Pembahasan lebih lanjut mengenai teori keseimbangan dalam pemidanaan akan dibahas dalam sub-sub bab pemidanaan.

b. Asas-asas Hukum Pidana Materiil

Asas pokok hukum pidana adalah asas legalitas, yakni asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ada ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan, dan biasa dikenal dalam bahasa latin sebagai *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenale* (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan terlebih dahulu). Kalimat *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenale* yang walaupun berbahasa latin namun tidak ditemukan dalam hukum Romawi kuno, karena kalimat tersebut adalah berasal dari von Feuerbach (1775-1833) dalam buku "*Lehrbuch des peinlichen Recht*".¹⁷⁴

Menurut von Feuerbach, dari asas legalitas ini muncul tiga aturan: 1) *nulla poena sine lege* (setiap pengenaan pidana didasarkan hanya pada undang-undang), 2) *nulla*

¹⁷² Harkistuti Harkisnowo, "Rekonstruksi Konsep Pemidanaan: Suatu Gugatan terhadap Proses Legislasi dan Pemidanaan di Indonesia", *KHN Newsletter*, Edisi April 2003, Jakarta, hlm.12

¹⁷³ Didik Endro Purwoleksono, *op.cit*, hlm....

¹⁷⁴ Moeljatno, *op.cit*, hlm 25-26. Dari *Tijdschrift v.Strafrecht* (45-hlm.337) dijelaskan bahwa di zaman Romawi dikenal kejahatan yang disebut *criminal extra ordinaria* (kejahatan-kejahatan yang tidak disebut dalam undang-undang), seperti *criminal stellionatus* (perbuatan-perbuatan jahat durjana). Sewaktu hukum Romawi diterima di Eropa Barat pada abad pertengahan, maka pengertian *criminal extra ordinaria* diterima oleh Raja-Raja yang berkuasa. Berlandaskan *criminal extra ordinaria* inilah diadakan kemungkinan penggunaan hukum pidana secara sewenang-wenang menurut kehendak dan kebutuhan raja sendiri. Sehingga kemudian timbul pemikiran untuk menentukan dalam *wet* terlebih dahulu perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana agar penduduk bisa tahu dan tidak akan melakukan perbuatan tersebut. (*Ibid*).

poena sine crimine (pengenaan pidana hanya mungkin jika perbuatan yang terjadi diancam dengan pidana), dan 3) *nullum crimen sine poena legali* (perbuatan yang diancam pidana berdasarkan undang-undang ada pidana untuk itu).¹⁷⁵

Menurut Eddy O.S.Hiariej, meskipun terhadap definisi asas legalitas telah terdapat kesepahaman diantara para ahli hukum pidana, namun masih terdapat perbedaan pendapat dari para ahli mengenai makna asas legalitas. Seperti Enschede, Wirjono Prodjodikoro dan Sudarto, mengemukakan bahwa asas legalitas mengandung dua makna: 1) suatu tindak pidana harus dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan, 2) perundang-undangan ini harus ada sebelum terjadinya tindak pidana (tidak berlaku surut); Jan Remmelink mengutarakan tiga makna asas legalitas: 1) pengaturan di bidang pembedaan merujuk pada semua produk legislatif bahwa pidana akan ditetapkan secara *legitimate*, 2) undang-undang yang dirumuskan secara rinci dan cermat (*lex certa*), 3) larangan untuk menetapkan ketentuan pidana secara analogi (*nullum crimen noela poena sine lege stricta*); Moeljatno juga mengutarakan 3 makna asas legalitas: 1) tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam pidana sebelum dinyatakan dalam undang-undang, 2) tidak boleh digunakan analogi, 3) aturan hukum pidana tidak berlaku surut; Groenhuijsen sebagaimana dikutip Komariah Emong Sapardjaja, asas legalitas mengandung empat makna: 1) ketentuan undang-undang tidak berlaku surut, 2) perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik yang jelas, 3) perbuatan pidana tidak boleh didasarkan pada hukum tidak tertulis atau kebiasaan, 4) hukum pidana dilarang menerapkan analogi; Schaffmeister, Keijzer dan Sutorius memaknai asas legalitas dalam tujuh hal dalam hukum pidana: 1) tidak dapat dipidana kecuali menurut undang-undang, 2) tidak ada penerapan analogi, 3) tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan, 4) perumusan delik harus jelas/ *lex certa*, 5) tidak ada ketentuan surut, 6) tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang - undang, dan 7) penentuan pidana hanya menurut cara yang diatur undang-undang (proses pidana).¹⁷⁶

Dalam kaitannya larangan analogi dalam penafsiran hukum pidana dengan penafsiran yang bersifat ekstentif, Utrecht berusaha membuat garis pemisah antara interpretasi ekstentif dengan analogi, sebagai berikut : ¹⁷⁷

Interpretasi (penafsiran ekstentif)	Analogi
--------------------------------------	---------

¹⁷⁵ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, edisi revisi 2010, hlm. 42.

¹⁷⁶ Eddy O.S. Hiariej, *Prinsip-prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pusaka, Yogyakarta, 2014, hlm. 56-58.

¹⁷⁷ Andi Hamzah, 2010, *op.cit*, hlm. 52-53.

I	Menjalankan undang-undang setelah undang-undang itu dijelaskan	Menjelaskan suatu perkara dengan tidak menjalankan undang-undang
II	Menjalankan kaidah yang oleh undang-undang tidak dinyatakan dengan tegas	Menjalankan kaidah tersebut untuk menyelesaikan perkara yang tidak disinggung oleh kaidah, tetapi yang mengandung kesamaan

Meskipun kemudian Utterch menyadari bahwa tidak mungkin menarik batas yang tegas antara penafsiran ekstentif dengan penerapan analogi, seperti dalam *arrest Hoge Raad*, dalam kasus pencurian aliran listrik.¹⁷⁸

Asas legalitas yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia, dirumuskan dari dalam bahasa latin '*nulum delictum nulla poena sine praveria lege poenale*' yang dapat disalin ke dalam bahasa Indonesia menjadi 'tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya'. Kerap pula dipakai rumusan istilah latin '*nullum crimen sine lege scripta*' yang dalam bahasa Indonesia disalin menjadi 'tiada delik tanpa ketentuan yang tegas'. Menurut Hazewinkel-Suringa, dalam bahasa Belandanya '*geen delict, geen straf zonder een voorafgaande straftpaling*' untuk rumusan pertama dan '*geen delict zonder een precieze wettelijk bepaling*' untuk rumusan kedua.¹⁷⁹

Keharusan dengan undang-undang menyebabkan gagasan '*nullum crimen sine poena*' berubah menjadi '*nullum crimen sine poena legali*', secara essensia hanya dalam konteks relasi penguasa dengan warga negara (pelaku), bukan konteks relasi antar warga negara (pelaku dengan korban).¹⁸⁰ Hukum pidana adalah hukum tertulis, sehingga tidak seorangpun dapat dipidana berdasarkan hukum kebiasaan, atau hukum kebiasaan tidak menciptakan hal dapat dipidana. Dengan demikian asas legalitas mempunyai pengertian: a) tidak ada ketentuan yang samar-samar, b) tidak ada hukum kebiasaan (*lex scripta*), dan c) tidak ada analogi (penafsiran ekstensif, kecuali penafsiran teleogis).¹⁸¹

Menurut Andi Hamzah, dari rumusan asas legalitas tersebut dapat disimpulkan :
1) jika sesuatu perbuatan yang dilarang atau pengabaian sesuatu yang diharuskan dan diancam dengan pidana, maka perbuatan atau pengabaian tersebut harus tercantum

¹⁷⁸ *Ibid*, hlm.53.

¹⁷⁹ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, edisi revisi 2008, hlm. 40.

¹⁸⁰ Deni Setyo Bagus Yuherawan, *op.cit*, hlm. 211.

¹⁸¹ Andi Hamzah, *Loc.cit*

dalam undang-undang pidana, 2) ketentuan tersebut tidak boleh berlaku surut, dengan satu pengecualian yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP.¹⁸²

Dalam norma hukum (hukum nasional maupun internasional) terdapat asas yang mengatur bahwa tidak seorangpun akan dapat dihukum kecuali atas dasar aturan yang sudah ada pada saat tindakan itu dilakukan dan apabila saat atau setelah suatu pelanggaran terjadi, kepada pelaku akan diterapkan hukum yang menguntungkannya. Asas itu dikenal dengan asas *freedom ex post facto*, atau asas non retroaktif dalam pemidanaan. Tujuan asas tersebut adalah: 1) menjamin kepastian hukum, 2) menghindari tindakan hukum yang sewenang-wenang, dan 3) menumbuhkan rasa takut publik untuk melanggar hukum.¹⁸³ Asas ini diatur dalam Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 103 KUHP.

Asas-asas lain yang diatur dalam KUHP adalah: 1) asas territorial, diatur dalam Pasal 2, Pasal 3 KUHP, yang menentukan bahwa siapapun (WNI maupun WNA) yang melakukan tindak pidana di Indonesia akan terkena ketentuan hukum pidana Indonesia, termasuk terhadap kendaraan air. Wilayah territorial Indonesia termasuk juga semua pesawat yang berbendera Republik Indonesia, kecuali terhadap mereka yang memiliki hak imunitas; 2) asas personalitas/ nasional aktif (Pasal 5 dan 7 KUHP), yakni ketentuan hukum pidana Indonesia mengikuti di manapun WNI berada, dengan catatan: melanggar ketentuan-ketentuan Pasal 160, 161, 240, 279, 450, 451 KUHP, dan apabila menurut undang-undang negara di mana tindak pidana dilakukan juga merupakan tindak pidana; 3) asas perlindungan / nasional pasif, yakni ditujukan bagi kepentingan keamanan negara, sedangkan untuk kepentingan pribadi WNI di luar negeri yang menjadi korban WNA, hukum pidana Indonesia tidak dapat menjangkau sehingga memberi kepercayaan kepada negara yang bersangkutan untuk menegakkan hukum di wilayahnya; 4) asas universal / asas persamaan, yakni secara universal/ persamaan maka setiap negara mempunyai kewajiban untuk memelihara keamanan dan ketertiban dunia dengan negara-negara lain, seperti yang diatur dalam Pasal 4 ke-2 dan sub ke-4 KUHP tentang mata uang dan pembajakan laut.¹⁸⁴

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Bagir Manan, "Freedom from exPost Facto (suatu pengenalan), *Varia Peradilan*, Tahun XXX no. 356 Juli 2015, hlm. 7, 19.

¹⁸⁴ Didik Endro Purwoleksono, *op.cit*, hlm. 37-40.

Salah satu asas KUHP yang berkaitan erat dengan proses penuntutan (hukum formil) adalah asas *ne bis in idem*¹⁸⁵. *Ne bis in idem* mempunyai arti “tidak atau jangan untuk kedua kalinya, atau dalam istilah Anglo Saxon dikenal dengan pengertian “ *no one could be put twice in jeopardy for the same offence*. Asas ini merupakan gambaran konkret dari prinsip *kracht van gewijsde zaak* atau mutlak suatu perkara yang sudah diputus. Asas *ne bis in idem* ini tidak berlaku terhadap keputusan hakim yang belum berhubungan dengan pokok perkara, yang biasa disebut sebagai ‘penetapan-penetapan’ (*beschikking*), seperti: a) tentang tidak berwenangnya hakim memeriksa perkara yang bersangkutan, berkaitan dengan sengketa kewenangan atau penerapan Pasal 156 KUHP, b) tentang tidak diterimanya tuntutan PU karena terdakwa tidak melakukan kejahatan, c) tentang tidak diterimanya perkara karena penuntutan sudah kadaluwarsa.¹⁸⁶

c. Unsur-Unsur Rumusan Tindak Pidana

Istilah ‘unsur’ digunakan oleh Satochid Kertanegara untuk menunjukan pada nama kumpulan dari apa yang disebut *bestanddel* dan *element*. Istilah ‘unsur’ digunakan karena pembentuk undang-undang sendiri sebenarnya telah memberikan arti kepada perkataan *element* atau unsur dalam arti luas yang meliputi semua *bestanddelen* dari tindak pidana dan semua persyaratan-persyaratan lainnya untuk membuat seseorang itu menjadi dapat dihukum. Menurut van Bemmelen, *bestanddelen van het delict* adalah bagian-bagian yang terdapat dalam rumusan delik.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Asas *ne bis in idem* terdapat dalam rumusan Pasal 76 ayat (1) sub 1 KUHP yang berbunyi: “kecuali.... Penuntutan terhadap seseorang dapat hapus berdasarkan asas ini, jika memenuhi persyaratan: a) adanya keputusan hakim yang berkekuatan hukum tetap. Yang dapat berupa: 1) keputusan bebas/ *vrijspraak* (Pasal 191 ayat (1) KUHP), b) putusan lepas dari segala tuntutan hukum/ *ontslag va alle rechtvervolging* (Pasal 191 ayat (2) KUHP), c) penjatuhan pidana (Pasal 193 ayat (1) KUHP).

¹⁸⁶ Eva Achjani Zulfa, *Gugurnya Hak Menuntut, dasar Penghapus, Peringan dan Pemberat Pidana*, Bogor, Ghalia Indonesia, 2013, hlm 13-15

¹⁸⁷ Van Bemmelen membedakan antara *bestanddelen* dan *element*. *Bestanddelen* atau bagian-bagian dari delik sebagai: 1) terdapat dalam rumusan delik, 2) oleh penuntut umum harus dicantumkan di dalam surat dakwaan, 3) harus dibuktikan di pengadilan, dan 4) bilamana satu atau lebih bagian ternyata tidak dapat dibuktikan, maka hakim harus membebaskan terdakwa atau dengan perkataan lain hakim harus memutuskan suatu *vrijspraak*. *Element* atau elemen-elemen delik adalah: 1) tidak terdapat di dalam rumusan delik, 2) terdiri dari *toerekenbaarheid van heit feit*, *toerekeningsvatbaarheid van de dader*, *verwijbaarheid van heit feit*, dan *wederrechtelijkheid*, 3) harus dianggap sebagai disyaratkan di dalam setiap rumusan delik, 4) oleh penuntut umum tidak perlu dicantumkan di dalam surat tuduhan dan dengan sendirinya juga tidak perlu dibuktikan dalam pengadilan, 5) bilamana terdapat keraguan mengenai salah satu elemen, maka hakim harus membebaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum, atau dengan perkataan lain hakim harus memutuskan *onslag van alle rechtvervolging*. (PAF.Lamintang dan Fransiscus Theojunior Lamintang, *op.cit*, hlm. 195).

Sekarang ini, setiap undang-undang (pidana) Indonesia menggunakan istilah ‘tindak pidana’ atau istilah ‘*strafbaar feit*’ (Belanda) yang merujuk pada makna yang sama untuk istilah ‘delik’ (Andi Hamzah¹⁸⁸, Sudarto) atau ‘peristiwa pidana’ (Wiryo Prodjodikoro), atau ‘perbuatan pidana’ (Moeljatno, Roeslan Saleh). Perbedaan istilah tersebut dapat dimengerti karena pembentuk undang-undang (WvS) tidak memberikan suatu penjelasan mengenai apa yang sebenarnya dimaksud dengan perkataan *strafbaar feit*, sehingga timbul belbagai doktrin tentang apa yang dimaksud *strafbaar feit*.¹⁸⁹

Menurut Sudarto, tiap Kitab Undang-Undang Hukum Pidana memuat dua hal pokok: 1) memuat pelukisan dari perbuatan-perbuatan orang yang diancam pidana, artinya memuat syarat-syarat yang harus dipenuhi yang memungkinkan pengadilan menjatuhkan pidana, yakni memuat perbuatan-perbuatan apa yang dilarang dan siapa yang dapat dipidana, 2) kitab undang-undang hukum pidana menetapkan dan mengumumkan reaksi apa yang akan diterima oleh orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu, dapat berupa pidana atau tindakan yang bertujuan melindungi masyarakat.¹⁹⁰ Sedangkan persoalan-persoalan yang mendasar dalam hukum pidana berkaitan dengan perbuatan yang dilarang, orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu dan pidana yang diancamkan terhadap pelanggaran larangan itu.¹⁹¹

Unsur-unsur utama rumusan tindak pidana adalah: a) unsur sifat melawan hukum atau perbuatan pidana, b) unsur kesalahan atau pertanggungjawaban pidana, dan c) pemidanaan. KUHP masih memberlakukan menerapkan ajaran monistis, yang tidak membedakan perbuatan pidana (*feit*) dengan pertanggungjawaban pidana (kesalahan/*schuld*). Ajaran monistis tidak membedakan perbuatan pidana (*feit*) atau sifat melawan hukumnya perbuatan dengan pertanggungjawaban pidana atau kesalahan (*schuld*) dalam perumusan unsur tindak pidana, atau dengan kata lain baik perbuatan atau sifat melawan hukum, maupun pertanggungjawaban pidana atau kesalahan adalah termasuk unsur tindak pidana.

¹⁸⁸ Dalam buku “Asas-asas Hukum Pidana” Andi Hamzah menggunakan istilah ‘delik’ dalam judul sub bab IV dan pembahasannya, namun pada halaman 99 dari buku tersebut, Andi menyatakan bahwa dirinya sependapat dengan Moeljatno untuk memakai istilah ‘perbuatan’ sebagaimana yang digunakan Moeljatno untuk menterjemahkan istilah “*feit*” (Belanda), karena perbuatan berarti meliputi pula baik perbuatan positif maupun pengabaian (Andi Hamzah, 2010, *op.cit*, hlm. 99). Namun demikian melihat konsistensi penggunaan istilah “delik” dalam bukunya tersebut, maka penulis berkesimpulan bahwa Andi cenderung menggunakan istilah “delik”.

¹⁸⁹ PAF.Lamintang dan Fransiscus Theojunior Lamintang, *op.cit*, hlm.179.

¹⁹⁰ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm.31.

¹⁹¹ Sudarto, “Tentang Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia”, Makalah disampaikan pada *Simposium Pembaharuan Hukum Pidana*, Semarang, 1980.

Setiap tindak pidana yang terdapat dalam KUHP secara umum dibagi dalam dua macam unsur, yakni unsur subjektif dan unsur objektif. Unsur subjektif dari suatu tindak pidana adalah: (1) kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus* atau *culpa*), (2) maksud atau *voornemen* pada suatu percobaan atau *poging*, seperti yang dimaksud Pasal 53 ayat (1) KUHP, (3) macam-macam maksud atau *oogmerk* seperti yang terdapat dalam kejahatan-kejahatan pencurian, penipuan, pemerasan, pemalsuan, dan lain-lain, (4) merencanakan terlebih dahulu atau *voorbedeachte raad* seperti yang misalnya terdapat dalam kejahatan pembunuhan menurut Pasal 340 KUHP, (5) perasaan takut atau *vrees* seperti yang antara lain terdapat dalam rumusan tindak pidana menurut Pasal 308 KUHP. Unsur objektif dari sesuatu tindak pidana itu adalah: (1) sifat melanggar hukum atau *wederrechtelijkheid*, (2) kualitas dari si pelaku. Kualitas adalah antara suatu tindakan sebagai penyebab dengan kenyataan sebagai akibat, misalnya kejahatan jabatan dari Pasal 415 KUHP yang dilakukan PNS, kejahatan dalam Pasal 398 yang dilakukan pengurus PT atau komisaris.¹⁹²

Menurut Moeljatno, pada hakikatnya setiap perbuatan pidana terdiri dari unsur-unsur/ elemen perbuatan pidana: a) kelakuan dan akibat (perbuatan) yang ditimbulkan karenanya, b) hal ikhwal keadaan tertentu yang menyertai perbuatan, c) keadaan yang memberatkan pidana, d) unsur melawan hukum objektif (menunjuk keadaan lahir atau objektif yang menyertai perbuatan), misalnya terdakwa tidak berwenang untuk memaksa masuk pada Pasal 167 KUHP, e) unsur melawan hukum yang subjektif/ *subjektief onrechts element*, tergantung pada sikap sikap batin terdakwa. Namun Moeljatno menambahkan, bahwa sekalipun dalam rumusan delik tidak tercantum unsur melawan hukum, namun jangan dikira perbuatan itu tidak bersifat melawan hukum, karena perbuatan itu demikian wajar sifat melawan hukumnya sehingga tidak dinyatakan dengan sendirinya. Selain itu, meskipun perbuatan pidana pada umumnya adalah keadaan lahir dan terdiri atas elemen-elemen lahir, namun ada kalanya perumusan juga diperlukan elemen batin yaitu sifat melawan hukum yang subjektif.¹⁹³

Menurut Teguh Prasetyo, dalam tindak pidana terdapat unsur-unsur:¹⁹⁴

- (a) Unsur objektif, yakni unsur yang terdapat di luar si pelaku berupa keadaan-keadaan di mana tindakan-tindakan si pelaku itu harus dilakukan, antara lain: (1) sifat melawan hukum, (2) kualitas (keadaan) si pelaku, (3) kasualitas atau hubungan antara suatu tindakan sebagai penyebab dengan suatu kenyataan sebagai akibat.

¹⁹² P.A.F.Lamintang dan Fransiscus Theojunior Lamintang, *op.cit*, hlm. 192.

¹⁹³ Moeljatno, *op.cit*, hlm 64-70

¹⁹⁴ Teguh Prasetyo, *op.cit* hlm. 50-51.

- (b) Unsur subjektif, yakni unsur yang melekat pada diri si pelaku, antara lain: (1) kesengajaan atau ketidaksengajaan (*dolus* atau *culpa*), (2) maksud suatu percobaan, contohnya Pasal 53 ayat (1) KUHP, (3) macam-macam maksud, misalnya yang terdapat dalam kejahatan pencurian, penipuan dan sebagainya, (4) merencanakan lebih dahulu, (4) perasaan takut (Pasal 308).

Akan tetapi, dalam mengulas perbuatan yang dilarang menjadi elemen/unsur tidak selalu dapat dilakukan, karena pengertian umum dari pembuat undang-undang atas aturan yang dilarang tidak diberikan, sehingga batasan-batasannya diserahkan kepada ilmu pengetahuan atau praktek peradilan, yakni apa yang disebut sebagai 'kualifikasi' delik. Oleh karena itu dalam merumuskan perbuatan pidananya hanya memberi kualifikasi delik, sebagai contoh rumusan tindak pidana perdagangan wanita, pencurian dengan pemberatan, dan lain-lain. Menurut van Hattum, pemberian arti tersendiri pada kualifikasi itu didasarkan atas alasan-alasan yang rasional, ini dapat memberi manfaat dalam penggunaan hukum pidana. Hakikat penentuan unsur-unsur dalam rumusan delik hanya berlaku pada umumnya saja.¹⁹⁵

1) Unsur Sifat Melawan Hukum

Perbuatan pidana hanya menunjuk pada kepada dilarangnya perbuatan-perbuatan yang bersifat melawan hukum. Pemahaman pada sifat melawan hukum (*wederrechtelijkheid*) merupakan salah satu unsur yang sangat penting dan mendasar di dalam hukum pidana, karena ada atau tidaknya *wederrechtelijkheid* sebagai dasar pertimbangan bagi hakim untuk menetapkan dapat atau tidaknya seseorang yang dituduh melakukan tindak pidana dijatuhi hukuman pidana. Akan tetapi tidak semua rumusan tindak pidana mencantumkan unsur sifat melawan hukum.¹⁹⁶ Pencantuman unsur "sifat melawan hukum" dalam rumusan tindak pidana hanya merupakan peringatan bagi hakim agar hakim mendapatkan kepastian bahwa perbuatan terdakwa dilakukan tidak menurut hukum dan sekaligus sebagai pembatasan adanya perbuatan atau keadaan tertentu yang disebutkan secara tegas bersifat melawan hukum.¹⁹⁷

Menurut Roeslan Saleh, perbuatan-perbuatan yang dilarang dinamakan perbuatan pidana yang menurut sifatnya adalah perbuatan-perbuatan melawan hukum. Akan tetapi tidak semua atau yang bersifat merugikan masyarakat dapat disebut dengan perbuatan pidana, tidak semua perbuatan yang merugikan masyarakat diberi sanksi pidana.

¹⁹⁵ *Ibid*, hlm. 74.

¹⁹⁶ Roni Wiyanto, *Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm. 231

¹⁹⁷ Van Bemmelen, *Hukum Pidana I, Hukum Pidana Material Bagian Umum*, Bandung, Bina Cipta, Hasnan (penerj.), 1987, hlm. 149.

Perbuatan melawan hukum yang tidak dilarang atau diancam undang-undang dengan pidana, tidaklah merupakan tindak pidana, melainkan memungkinkan orang lain menderita dan untuk itu dapat menuntut kerugian dalam lapangan hukum perdata.¹⁹⁸

Unsur melawan hukum merupakan unsur utama tindak pidana yang bersifat objektif. Menurut Teguh Prasetyo, jika dikaitkan dengan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, di mana dalam Bahasa Belanda ‘melawan hukum’ adalah *wederrechtelijk* (*weder*= bertentangan dengan, melawan, *recht*= hukum), maka pembentuk undang-undang menjadikan unsur sifat melawan hukum sebagai unsur tertulis. Tanpa unsur ini, rumusan undang-undang akan menjadi terlampau luas. Selain itu, sifat dapat dicela kadang-kadang dimasukkan dalam rumusan delik, yakni rumusan delik culpa.¹⁹⁹ Menurut Achmad S. Soema, tanpa dicantumkan kata “*wederrechtelijk*” (melawan hukum) dikhawatirkan adanya bahaya, bahwa seseorang yang mempergunakan haknya tanpa untuk itu melaksanakan peraturan perundang-undangan, akan dinyatakan melakukan pelanggaran dari undang-undang pidana. Untuk mencegah hal itu, maka pembentuk undang-undang akan lebih mudah untuk mencantumkan “melawan hukum” dalam setiap rumusan tindak pidana.²⁰⁰

Istilah kata “*wederrechtelijkheid*” telah ditafsirkan secara berbeda oleh para ahli hukum pidana di Belanda, antara lain²⁰¹:

- (a) Noyon, menafsirkan sebagai bertentangan dengan hukum subyektif seseorang (*in strijd met eens anders subjectief recht*).
- (b) D.Simon, menafsirkan sebagai tidak sekedar bertentangan dengan undang-undang, tetapi juga bertentangan dengan hak seseorang (*tegen een anders recht*).
- (c) Van Hammel dan Van Bemmelen, menafsirkan sama seperti sifat melawan hukum dalam lapangan hukum perdata, yakni *onrechtmatig*.
- (d) Pompe menafsirkan sebagai bertentangan dengan undang-undang (*in strijd met het positief recht*).
- (e) Hazewinkel-Suringa menafsirkan sebagai tanpa adanya suatu hak (*zonder eigen recht*).

¹⁹⁸ Roeslan Saleh, *Perbuatan pidana dan pertanggungjawaban pidana*, Aksara Baru, Jakarta, 1981, hlm. 13.

¹⁹⁹ Teguh Prasetyo, *Hukum Pidana*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2015, hlm. 67.

²⁰⁰ R.Achmad S Soema di Praja, *Pengertian Serta Sifatnya Melawan Hukum bagi Terjadinya Tindak Pidana*, Armico, Bandung, 1983, hlm. 19.

²⁰¹ Roni Wiyanto, SH, *Asas-asas Hukum Pidana Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm. 233.

- (f) Van Hattum menafsirkan sebagai bertentangan dengan hukum tidak tertulis (*in strijd met het geschreven recht*).

Tidak semua pasal dalam KUHP yang sekarang berlaku, menyebutkan dengan tegas unsur sifat melawan hukum. Schaffmeister menggunakan pengertian “sifat melawan hukum khusus” atau “sifat melawan hukum faset” bagi sifat melawan hukum yang tercantum secara eksplisit/ tegas dalam rumusan tindak pidana. Perlunya dicantumkan unsur sifat melawan hukum dalam rumusan tindak pidana, karena tidak semua perbuatan dianggap sebagai perbuatan melawan hukum. Konsekuensinya adalah hanya perbuatan yang disebut sebagai perbuatan melawan hukum saja yang disebut sebagai perbuatan melawan hukum.²⁰²

Permasalahan penyebutan secara tegas unsur *wederrechtelijk* dalam unsur delik, mempunyai konsekuensi berbeda. Menurut Lamintang, apabila unsur *wederrechtelijk* ternyata dipersidangan tidak terbukti, maka hasilnya tergantung pada kenyataan apakah unsur *wederrechtelijk* tersebut disebut secara tegas dalam unsur delik atau tidak. Apabila unsur *wederrechtelijk* telah disebutkan dengan tegas oleh pembuat undang-undang dalam unsur delik, maka tidak terbuktinya unsur tersebut akan menyebabkan hakim harus memutus *vrijspraak* (bebas). Namun apabila unsur tersebut tidak dinyatakan secara tegas dalam delik, maka jika dalam persidangan unsur tersebut tidak terbukti, akibatnya hakim harus memutuskan suatu *ontslag van alle rechtsvervolging* atau “lepas dari segala tuntutan hukum”.²⁰³

Menurut Moeljatno, unsur melawan hukum dalam rumusan delik ada kalanya menunjuk pada keadaan lahiriah atau objektif yang menyertai perbuatan, misalnya yang terdapat dalam Pasal 167 KUHP (bahwa terdakwa tidak mempunyai wewenang untuk memaksa masuk, karena bukan pejabat kepolisian atau kejaksaan), Pasal 335 KUHP atau Pasal 406 KUHP. Ada kalanya sifat melawan hukumnya perbuatan terletak pada keadaan subjektif (*subjektif onrechtstelement*) atau sifat melawan hukum yang subjektif, yakni sifat melawan hukumnya perbuatan tidak dinyatakan dalam hal-hal lahir, tapi tergantung pada niat pelakunya, kalau niat itu baik, misalnya niat mengambil barang untuk diberikan kepada pemiliknya (Pasal 362 KUHP) maka perbuatan itu tidak

²⁰² Agus Rusianto, *Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Tinjauan Kritis Melalui Konsistensi Antara Asas, Teori dan Penerapannya*, Jakarta, Kencana, 2016

²⁰³ P.A.F.Lamintang dan Franciscus Theojunior Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hlm. 193-194.

dilarang (bukan pencurian), tapi jika mengambil barang untuk dimiliki sendiri maka masuk dalam rumusan pencurian.²⁰⁴

Menurut doktrin, terdapat dua paham atau ajaran tentang sifat melawan hukum :²⁰⁵

- (1) Perbuatan melawan hukum formil, yakni suatu perbuatan melawan hukum apabila perbuatan tersebut sudah diatur dalam UU. Jadi, sandarannya adalah hukum tertulis. Perlu atau tidaknya dilakukan pembuktian terhadap unsur melawa hukum, ditentukan oleh 2 hal: (a) sifat melawan hukum yang dinyatakan secara tegas dalam rumusan tindak pidana, maka unsur melawan hukumnya harus dibuktikan barulah pelakunya dinyatakan melakukan tindak pidana, (b) sifat melawan hukum yang tidak dinyatakan secara tegas dalam rumusan tindak pidana. Dalam hal ini tidak perlu pembuktian unsur melawan hukum, dan pelakunya dapat dikatakan melakukan tindak pidana apabila dibuktikan perbuatan itu telah memenuhi unsur-unsur tindak pidana yang dilarang oleh undang-undang. Pendukung paham *formele wederrechtelijkheid* adalah Simon, Zevenbergen dan van Hamel. Menurut Simon, perbuatan yang dilarang undang-undang pada dasarnya bersifat melawan hukum dan orang itu dapat dijatuhi pidana.²⁰⁶
- (2) Perbuatan melawan hukum materiil (*materieele wederechtelijke*), yakni terdapat mungkin suatu perbuatan melawan hukum, walaupun belum diatur UU. Sandarannya adalah asas umum yang terdapat dalam lapangan hukum. Terdapat dua ajaran sifat melawan hukum dalam arti materiil: (a) ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang negatif, yang digunakan untuk menunjukan bahwa nilai-nilai yang berada di luar undang-undang yang diakui hukum sebagai hal yang meniadakan atau menegatifkan sifat melawan hukumnya perbuatan yang telah dirumuskan dalam tindak pidana. Nilai-nilai tersebut merupakan norma-norma yang hidup dan diakui oleh masyarakat atau hukum kebiasaan. (b) ajaran sifat melawan hukum meteriil dalam fungsi yang positif, yakni apabila perbuatan-perbuatan yang tidak dilarang undang-undang, tetapi perbuatan itu dianggap tidak patut atau tercela karena bertentangan dengan asas kepatutan, keadilan dan kesadaran hukum masyarakat.²⁰⁷

²⁰⁴ Pengetahuan mengenai sifat melawan hukum subyektif pertama muncul di Jerman. Menurut Merger, hal ini adalah hasil usaha dari von Weber Welel, Maurach dan Busch. (Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, edisi revisi, 2015, hlm. 68-69).

²⁰⁵ TeguhPrasetyo, *op.cit*, hlm. 71-72.

²⁰⁶ Alasan teori Simon adalah adegium bahwa setiap orang dianggap mengetahui undang-undang. (Roni Wiyanto, *op.cit*, hlm. 236-237).

²⁰⁷ *Ibid*, hlm. 242.

2) Cara Merumuskan Tindak Pidana

Di negara-negara sosialis maupun negara-negara liberal, menerima asas *actus non facit reum nisi mens sit rea* atau *an act doesnot make a person guilty unless his mind is guilty* (suatu perbuatan tidak dapat menjadikan seseorang bersalah bilamana maksudnya tidak bersalah). Jadi yang dibuktikan harus didahulukan adalah *actue reus* yakni perbuatan pidananya, baru kemudian menyelidiki sikap batin sipembuat. Hal ini sesuai dengan syarat-syarat pemidanaan (*strafvoraussetzungen*).²⁰⁸ Dengan demikian syarat-syarat pemidanaan yang harus dipenuhi, dimulai dengan pembuktian tentang perbuatannya (*strafbaarfeit*) yakni unsur utama sifat melawan hukumnya perbuatan, kemudian pembuktian tentang kesalahan terdakwa untuk menentukan pertanggungjawabannya, lalu hakim menentukan pidana ataupun tindakan yang akan dijatuhkan.

Secara umum rumusan tindak pidana dalam KUHP dimulai dengan subyek atau pelaku tindak pidana: 'barang siapa', hal ini berarti bahwa subyek tindak pidana dalam KUHP pada umumnya adalah manusia/ orang/ *person*, hal mana berkaitan dengan jenis pemidanaan yang diatur dalam Pasal 10 KUHP.²⁰⁹ Rumusan selajutnya adalah menyangkut bagian inti tindak pidana (*bestanddelen*), yang harus sesuai dengan perbuatan yang dilakukan.

Untuk merumuskan suatu tindakan yang dilarang/diharuskan secara sempurna adalah sangat sulit, karenanya untuk memperkecil perbedaan pendapat apakah suatu perumusan termasuk pengertian 'tindakan' atau tidak perlu diperhatikan ketentuan khusus mengenai suatu delik, dengan gambaran sebagai berikut: apabila seseorang (subyek) melakukan suatu tindak pidana sesuai dengan kehendaknya (unsur kesalahan) dan karenanya merugikan kepentingan masyarakat termasuk kepentingan perseorangan (unsur bersifat melawan hukum dari perbuatan), dan untuk lebih lengkapnya: harus ternyata bahwa tindakan tersebut terjadi pada suatu tempat di mana hukum pidana Indonesia berlaku, waktu (belum daluwarsa) dan keadaan yang ditentukan (dipandang sebagai tindakan tercela).²¹⁰

²⁰⁸ Pasal 350 *Wetboek van Strafvordering Nederland*, menyatakan bahwa Pengadilan setelah memeriksa perkara di sidang pengadilan, mempertimbangkan terlebih dahulu apakah terdakwa terbukti telah mewujudkan *strafbaarfeit*; kalau terbukti barulah hakim mempertimbangkan apakah terdakwa bersalah (*strafbaarheid*); kalau terbukti memenuhi unsur-unsur pertanggungjawaban, barulah hakim mempertimbangkan tentang pidana atau tindakan yang akan dijatuhkan. (Andi Zaenal Abidin, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, 1987, hlm.54-55).

²⁰⁹ *Ibid*, hlm. 54. Lihat juga Andi Hamzah, *op.cit*, hlm 100.

²¹⁰ E.Y.Kanter dan S.R.Sianturi, *Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia dan Penerapannya*, Alumni, Jakarta, 1982, hlm. 210-211.

Secara ringkas unsur-unsur tindak pidana dapat disusun menjadi: 1) unsur subyek, 2) unsur kesalahan, 3) unsur bersifat melawan hukum (dari tindakan), 4) unsur suatu tindakan yang dilarang/ diharuskan oleh undang-undang dan terhadap pelanggarnya diancam pidana, dan 5) unsur waktu, tempat dan keadaan (unsur objektif lainnya).²¹¹

Menurut C.S.T.Kansil sebagaimana yang dikutip Roni Wiyanto, bilamana suatu perbuatan dapat disebut sebagai tindak pidana, maka perbuatan tersebut harus memenuhi lima unsur: 1) harus ada kelakuan (*gedraging*), 2) kelakuan itu harus sesuai dengan undang-undang (*wetterlijke omschrijving*), 3) kelakuan itu adalah kelakuan tanpa hak (melawan hukum), 4) kelakuan itu dapat diberatkan (dipertanggungjawabkan) kepada pelaku, dan 5) kelakuan itu diancam dengan pidana.²¹² Dengan demikian, unsur-unsur pokok rumusan tindak pidana berkaitan dengan: diancam dengan pidana oleh undang-undang (pidanaaan), bersifat melawan hukum, dapat dipertanggungjawabkan oleh pelaku (kesalahan), dan waktu, tempat dan keadaan, yang biasa disebut sebagai pilar pokok rumusan tindak pidana.

Akan tetapi, kenyataannya tidak semua pasal tindak pidana mempunyai rumusan yang lengkap (memuat lima unsur), seperti: a) Tidak secara tegas menyebutkan subyeknya (misalnya Pasal 104,106,107 KUHP), b) tidak menyebutkan unsur kesalahan (seperti pada tindak pidana pelanggaran), c) tidak menyebutkan secara tegas unsur tindakan yang dilarang, yang sering disebut sebagai pasal *blanco* (*blanco strafbepalingen*) (seperti Pasal 122 KUHP), d) tidak mencantumkan secara tegas unsur 'sifat melawan hukum'.²¹³

Dalam membaca rumusan tindak pidana pada masing-masing pasal, rumusan delik/tindak pidana dapat dilihat secara sifatnya, yakni delik formal dan delik material, karena perbedaan perumusan ini membawa konsekuensi lain dalam pembuktian. Perumusan delik formal, yang menjadi *formulering* adalah kelakuannya, kelakuannya itu yang menjadi pokok yang dilarang, sedangkan akibat dari kelakuan itu tidak dianggap penting untuk masuk dalam rumusan pasal, contoh dalam Pasal 362 KUHP yang terpenting dirumuskan adalah perbuatan 'mengambil'. Terkadang pasal menyebutkan dengan rinci cara perbuatan dilakukan, seperti 'memakai nama palsu, martabat' dalam menggerakkan orang melakukan penipuan (Pasal 378 KUHP). Disebut perumusan (delik) material karena yang menjadi pokok *formulering* adalah akibatnya,

²¹¹ *Ibid*

²¹² Roni Wiyanto, *op.cit*, hlm. 163-164.

²¹³ E.Y.Kanter dan S.R. Sianturi, *op.cit*, hlm. 242

akibat perbuatan adalah pokok yang dilarang, bagaimana caranya mendatangkan akibat tidak dianggap penting dalam rumusan pasal. Sebagai contoh tindak pidana penganiayaan (Pasal 351 KUHP), pembunuhan (Pasal 338 KUHP).

Dalam hukum pidana dikenal dua aliran atau ajaran besar yakni ajaran *monistis* dan ajaran *dualistis*. Kedua ajaran ini menerapkan perlakuan berbeda dalam merumuskan tindak pidana, yakni berkaitan dengan perumusan pertanggung-jawaban dan sifat melawan hukum. Ajaran monistis tidak membedakan (mencampur aduk) antara tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana dalam rumusan pidana, karena merumuskan kesalahan sebagai unsur tindak pidana, di mana berdasarkan asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (*geen straf zonder schuld*) maka kesalahan juga merupakan unsur pertanggungjawaban pidana. Menurut ajaran monistis, unsur-unsur pertanggungjawaban pidana yang menyangkut pembuat delik meliputi: (a) kemampuan bertanggungjawab, (b) kesalahan dalam arti luas, dan (c) tidak ada alasan pemaaf. Terbuktinya seluruh unsur tindak pidana, dapat membuktikan tindak pidana sekaligus adanya pertanggungjawaban pidana. Pembuat (pelaku) yang tidak dapat dipidana merupakan pengecualian, pengecualian itu dapat disebabkan oleh pembuat/pelaku yang tidak mampu bertanggungjawab (peniadaan atau penghapus pidana atau *strafuitluitingsgronden*).²¹⁴

Unsur utama dari pertanggungjawaban pidana adalah kesalahan (*schuld*), sehingga ajaran dualistis memisahkan antara perbuatan dan pertanggungjawaban pidana. Pertanggungjawaban pidana berfungsi sebagai penentu syarat-syarat yang harus ada pada diri seseorang sehingga ia dijatuhi pidana (syarat subjektif), yang harus terpisah dari sifat melawan hukumnya perbuatan (syarat objektif). Ajaran dualistis berpangkal tolak dari pandangan bahwa unsur pembentuk tindak pidana hanyalah perbuatan, bukan kesalahan. Wujud dari unsur perbuatan adalah sifat melawan hukum atau perbuatan yang bersifat melawan hukum, sementara kesalahan adalah unsur dari pertanggungjawaban pidana. Menurut ajaran dualistis, tindak pidana hanyalah meliputi sifat-sifat dari perbuatan (*actus reus*) saja (bersifat objektif), masalah pertanggung-jawaban pidana hanya menyangkut sifat-sifat orang yang melakukan tindak pidana (bersifat subjektif). Kesalahan (*schuld*) merupakan faktor penentu dari pertanggung-jawaban pidana dan dipisahkan dari tindak pidana (*strafbaar feit*), maka unsur

commit to user

²¹⁴ Agus Rustianto, *op.cit* , hlm. 15.

kesengajaan sebagai unsur utama dari kesalahan (*schuld*) harus dikeluarkan dari pengertian tindak pidana.²¹⁵

Konsep dualistis ini dapat digambarkan sebagai berikut :

P	=	Pertanggungjawaban Pidana / PJP	+	Tindak Pidana/TP
Pidana	=	<i>Schuld</i>	+	Asas legalitas/ <i>daad</i>

Perumusan pertanggungjawaban pidana berkaitan erat dengan alasan penghapusan (peniadaan) pidana. Dalam doktrin hukum pidana, dikenal dua alasan penghapus pidana: 1) alasan penghapus pidana yang merupakan alasan pemaaf, dan 2) alasan penghapus pidana yang merupakan alasan pembenar. Alasan pemaaf adalah alasan-alasan yang menghapuskan kesalahan dari diri si pelaku (terdakwa/ subjektif). Oleh karena alasan ini hanya tentang kesalahan sipelaku, maka alasan penghapus pidana ini hanya berlaku untuk diri si pelaku pribadi. Sedangkan alasan pembenar adalah alasan-alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan (tentang perbuatan pidana), dan hal ini juga berlaku dalam hal delik penyertaan (*deelneming*).²¹⁶ Dengan demikian menurut doktrin, apabila terdapat alasan pembenar maka akan menghilangkan sifat melawan hukum dari perbuatan pidananya, perbuatan yang dapat dipidana itu dipandang sebagai perbuatan yang dapat dibenarkan dan tidak tercela.

Menurut Utrecht, alasan penghapus pidana (*strafuitsluitingsgronden*) secara umum dibagi menjadi dua yakni²¹⁷:

“Rechtvaardigingsgronden dan sculduitsluitings-gronden; Rechtvaardigingsgronden (alasan-alasan yang membenarkan), itu menghapuskan wederrechtelijkheid dan schulduitsluitinggronden (alasan-alasan yang menghilangkan pertanggungjawaban / toerekenbaarheid) pembuat atas peristiwa yang diadakannya. Umum diterima pendapat bahwa rechtvaardigingsgronden (alasan pembenar) menghapuskan suatu peristiwa pidana, yakni kelakuan yang bersangkutan bukan suatu peristiwa pidana, biarpun sesuai dengan lukisan suatu kelakuan tertentu yang dilarang dalam undang-undang. Sedangkan dalam hal sculduitsluitingsgronden, kelakuan yang bersangkutan tetap suatu peristiwa pidana tetapi tidak dapat dipertanggung-jawabkan (toegerekend) kepada pembuat. ...ukuran apakah dapat dipakai untuk membedakan strafuitsluitingsgronden dalam KUHP, antara rechtvaardigingsgronden dan sculduitsluitingsgronden? Kitab Undang Undang Hukum Pidana tidak memakai istilah-istilah

²¹⁵ *Ibid*, hlm. 5-6, 16.

²¹⁶ Hamdan, *Alasan Penghapus Pidana (Teori dan Studi Kasus)*, Bandung: Refika Aditama, 2012, hlm.30.

²¹⁷ Agus Rusianto, *Op.cit.*

“*rechtvaardigingsgronden* dan *sculduitsluitingsgronden*”, dan *Memorie van Toelichting*-pun tidak mengadakan suatu perbedaan semacam itu”.

d. Unsur Pertanggungjawaban Pidana

Ketika hakim sudah selesai dengan pembuktian mengenai *strafbaarfeit* (perbuatan pidana) yang mempunyai unsur utama sifat melawan hukum *wederrechtelijkheid* adalah untuk membuktikan dapat atau tidak dapatnya dipidana suatu perbuatan pidana/ tindak pidana, maka pembuktian selanjutnya adalah pembuktian mengenai kesalahan terdakwa, kesalahan menentukan pertanggungjawaban pidana. Apakah orang yang telah melakukan perbuatan itu kemudian dapat dipidana, tergantung pada soal apakah pelaku dalam melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan (*schuld*) atau tidak.²¹⁸ Jadi penilaian ada tidaknya kesalahan akan menentukan ada tidaknya pertanggungjawaban pidana atau dapat/tidak dapatnya si pelaku dipidana. Pemikiran tersebut erat kaitannya dengan asas *geen straf zonder schuld* atau tiada pidana tanpa kesalahan atau *actus non facit reum, nisi mens sit rea* yang berarti perbuatan tidak membuat orang bersalah, kecuali terdapat sikap batin yang salah, atau *an act does not make a person guilty unless his mind is guilty*, atau jadi sikap batin yang salah atau *guilty/wicked mind* atau *mens rea* inilah yang menunjukkan kesalahan sebagai sifat subjektif dari tindak pidana, yang berada di dalam diri pelaku.²¹⁹ Oleh karena kesalahan/ *schuld* merupakan unsur subjektif dari tindak pidana, maka kesalahan memiliki dua segi: psikologis dan yuridis. Dari segi psikologis, kesalahan harus dicari dalam batin si pelaku, dalam hubungan batin pelaku dengan perbuatan yang dilakukan, sehingga ia dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya.

Pada hakikatnya kesalahan (*schuld*) merupakan unsur pertanggungjawaban pidana dan syarat umum dalam hukum pidana, namun dalam menjalankan proses pembuktian, hakim harus tetap memperhatikan/membuktikan asas kesalahan ini, karena ajaran monistis yang dianut KUHP. Pompe melihat unsur kesalahan didasarkan pada

²¹⁸ Roeslan Saleh, *op.cit*, hlm. 80.

²¹⁹ Teguh Prasetyo, *op.cit*, hlm. 77. Dalam hukum pidana Inggris, *actus reus* tidak hanya menunjuk pada suatu perbuatan (*an act*) yang mengandung arti luas: a) perbuatan dari si terdakwa (*conduct of accused person*), b) hasil atau akibat dari perbuatannya itu (*its results/ consequences*) dan, c) keadaan-keadaan yang tercantum/ terkandung dalam perumusan tindak pidana (*surrounding circumstances which are included in the definition of the offence*), misalnya dalam delik pencurian disebutkan ‘barang milik orang lain’. Oleh karena itu dalam *textbook* sering dirumuskan: *actus reus* terdiri dari ‘semua unsur yang terdapat dalam perumusan delik, kecuali unsur yang berhubungan dengan keadaan jiwa atau sikap batin terdakwa. (Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, Edisi Revisi, Raja Grafindo Persada, Jakarta, cetakan ke-9, 2011, hlm. 36-37).

kehendak dalam diri pelaku, dan harus dipisahkan dari perbuatan yang bersifat melawan hukum. Keduanya merupakan unsur kesalahan yang menimbulkan akibat dapat dipidananya pelaku. Menurut Pompe, agar pelaku dianggap mempunyai kesalahan harus memenuhi tiga syarat, yakni: a) perbuatan yang bersifat melawan hukum, b) *dolus* atau *culpa*, c) kemampuan bertanggungjawab.²²⁰

Menurut Moeljatno, orang tidak mungkin dipertanggungjawabkan (dipidana) kalau ia tidak melakukan perbuatan pidana, tetapi meskipun melakukan perbuatan pidana, tidak selalu dapat dipidana.²²¹ Permasalahan apakah orang yang melakukan perbuatan pidana kemudian juga dapat dijatuhi pidana tergantung pada apakah dalam melakukan perbuatan itu dia mempunyai kesalahan.²²² Untuk adanya kesalahan, terdakwa harus: a) melakukan perbuatan pidana (sifat melawan hukum), b) di atas umur tertentu mampu bertanggung jawab, c) mempunyai suatu bentuk kesalahan yang berupa kesengajaan atau kealpaan dan d) tidak adanya alasan pemaaf.²²³

Asas tiada pidana tanpa kesalahan merupakan asas dari pertanggungjawaban pidana. Pertanggungjawaban pidana berarti pelaku yang dimintai pertanggungjawaban pidana disyaratkan kemampuan bertanggung jawab (*toerekeningsvatbaarheid*).²²⁴ Oleh karena itu penerapan 'asas tiada pidana tanpa kesalahan' dalam hukum pidana formil adalah pembuktian yang menitik beratkan pada kemampuan bertanggung jawab, yang menurut Satochid Kartanegara *toerekeningsvatbaarheid* (kemampuan bertanggung jawab) berkaitan dengan keadaan jiwa pelaku: 1) keadaan jiwa orang itu sedemikian rupa sehingga ia dapat mengerti atau tahu akan nilai dari perbuatannya itu, sehingga dapat juga mengerti akan perbuatannya, 2) keadaan jiwa orang itu harus sedemikian rupa sehingga ia dapat menentukan kehendaknya terhadap perbuatan yang dilakukan itu, 3) orang itu harus sadar, insyaf, bahwa perbuatan yang dilakukannya adalah perbuatan yang terlarang atau tidak dapat dibenarkan, baik dari sudut hukum,

²²⁰Roni Wiyanto, *op.cit*, hlm. 183.

²²¹Dalam buku-buku Belanda pada umumnya tidak mengadakan pemisahan antara dilarangnya perbuatan dan dipidananya orang yang melakukan perbuatan tersebut (*strafbaar heid van het feit/ strafbaarheid van de person*), dalam istilahnya *strafbaar feit*, hubungan antara perbuatan pidana dan kesalahannya dinyatakan dengan hubungan antara sifat melawan hukumnya perbuatan (*wederrechtelijkheid*) dan kesalahan (*shculd*). Dikatakan bahwa *shculd* tidak dapat dimengerti tanpa adanya *wederrechtelijkheid*, tetapi sebaliknya *wederrechtelijkheid* mungkin ada tanpa adanya kesalahan. (Moeljatno, *Op.cit*. hlm. 167)

²²²*Ibid*, hlm.165.

²²³*Ibid*, hlm.177.

²²⁴Roni Wiyanto, *op.cit*, hlm. 186.

masyarakat maupun dari sudut tata susila,²²⁵ serta kemungkinan adanya alasan pemaaf, alasan yang menghapuskan kesalahan terdakwa. Perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa tetap bersifat melawan hukum, jadi tetap merupakan perbuatan pidana, tetapi dia tidak dipidana karena tidak ada kesalahan. Menurut Roeslan Saleh, orang yang mampu bertanggung jawab harus memenuhi tiga syarat: (1) dapat menginsyafi makna yang senyatanya dari perbuatannya, (2) dapat menginsyafi bahwa perbuatannya tidak dapat dipandang patut dalam pergaulan masyarakat, (3) mampu menentukan niat atau kehendaknya dalam menentukan perbuatan.²²⁶

Menurut Sudarto, untuk adanya kesalahan maka harus ada pencelaan *ethics*, betapapun kecilnya. Setidaknya pembuat dapat dicela karena tidak menghormati tata dalam masyarakat. Pernyataan bahwa kesalahan itu mengandung unsur *ethics* (kesusilaan) tidak boleh dibalik. Tidak selalu orang yang melakukan perbuatan atau tidak menghormati tata ataupun kepatutan dalam masyarakat atau suatu perbuatan yang tidak susila dapat dikatakan bersalah dalam arti dicela menurut hukum.²²⁷

Menurut Pompe, kemampuan bertanggung jawab (*toerekeningsvatbaarheid*) adalah: (a) sebagai suatu kemampuan berpikir (*psychis*) pada pelaku yang memungkinkan pelaku menguasai pikirannya dan menentukan pikirannya, (b) membuat dapat dimengerti makna dan akibat kelakuannya, (c) oleh sebab itu, pelaku dapat menentukan kehendaknya sesuai dengan pendapatnya (tentang makna dan akibat perbuatannya).²²⁸ Menurut Simons, yang dimaksud dengan kesalahan adalah seseorang yang melakukan tindak pidana yang dihubungkan dengan kemampuan bertanggung jawab, karenanya orang itu dapat dijatuhi pidana. Kemampuan bertanggung jawab ini digunakan untuk menunjukkan suatu keadaan jiwa yang tertentu dari pelaku pidana dan hubungannya antara keadaan jiwa dengan tindak pidana harus sedemikian rupa, sehingga pelaku dapat dimintai pertanggungjawaban pidana.²²⁹

Menurut Didik Endro Purwoleksono, terdapat beberapa hal penting berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana:²³⁰

²²⁵ *Ibid*, hlm.187.

²²⁶ Roeslan Saleh, *op.cit*, hlm. 85.

²²⁷ Sudarto, *Pemidanaan, Pidana dan Tindakan dalam Masalah-Masalah Hukum*, Semarang, FH-UNDIP, 1987, hlm. 74

²²⁸ Agus Rusianto, *op.cit*. hlm. 41.

²²⁹ Roni Wiyanto, *op.cit*, hlm. 181.

²³⁰ Didik Endro Purwoleksono, *op.cit*, hlm.89.

- (1) Unsur kesalahan: (a) melakukan tindak pidana, (b) di atas umur tertentu dan mampu bertanggungjawab, (c) dengan kesengajaan atau kealpaan, (d) tidak ada alasan pemaaf.
- (2) Bentuk/corak kesalahan: (a) dengan kesengajaan, (b) dengan kealpaan.

Dalam kaitannya pertanggungjawaban pidana, terdapat dua gagasan yang saling bertentangan/ dualisme yang berpengaruh dalam hakikat kehendak manusia yang bebas dari pengaruh (indeterminisme) atau justru selalu terpengaruh oleh kekuatan dari luar (determinisme). Paham klasik indeterminisme mengatakan bahwa pada dasarnya manusia menentukan kehendaknya dengan bebas, meskipun masih mendapat sedikit pengaruh dalam penentuan kehendak, yakni kehendak pribadi dan lingkungannya.²³¹ Jika dualisme ini diterapkan dalam hukum pidana, maka dapat dikatakan bahwa seseorang yang melakukan kejahatan, menurut paham indeterminisme, ia pelaku mempunyai kehendak tanpa dipengaruhi oleh kekuatan-kekuatan dari luar, sementara paham determinis berpendapat bahwa kehendak itu dipengaruhi oleh kekuatan-kekuatan luar. Secara ringkas dapat disimpulkan bahwa menurut paham indeterminisme, seorang penjahat mudah dapat dianggap bertanggungjawab atas kejahatannya sehingga wajar dipidana, sedangkan paham determinisme sukar menganggap si pelaku bertanggung jawab atas perbuatannya. Akan tetapi menurut van Hattum, kedua isme tersebut sampai sekarang secara ilmiah belum ada bukti yang cukup untuk kebenarannya.²³²

Menurut Wiryono, indeterminisme mempunyai dasar religious, berdasarkan atas kepercayaan (*geloof*) kepada Tuhan yang memberi kemampuan kepada manusia untuk berkehendak bebas, sedangkan paham determinis, secara ilmiah dapat diyakini kebenarannya melalui prinsip kasualitas.²³³ Sintesis antara aliran absolut dan relative dalam prakteknya telah saling bersesuaian, karena tidak ada terjadi suatu pembedaan tidak memenuhi syarat pencegahan/ memperbaiki kejahatan²³⁴.

KUHP tidak memberi penjelasan mengenai apa yang dimaksud dengan kesalahan, sehingga pengertian mengenai kesalahan didapat dari doktrin-doktrin yang

²³¹ Teguh Prayitno, *op.cit.* hlm. 83.

²³² Wiryono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2012, hlm. 28.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*, hlm.29.

dikemukakan ahli hukum pidana. Bentuk kesalahan (*schuld*) dalam arti luas meliputi: a) sengaja atau *opzet / dolus*, b) alpa atau *culpa*.²³⁵

Menurut Andi Hamzah, kesalahan dalam arti luas meliputi: a) sengaja, atau b) kelalaian (*culpa*), dan c) dapat dipertanggung jawabkan. Ketiganya merupakan unsur subyektif syarat pemidanaan atau jika kita mengikuti golongan yang memasukkan unsur kesalahan dalam arti luas ke dalam pengertian delik (*strafbaar feit*) sebagai unsur subjektif delik. Ditambahkan pula, bahwa tiadanya alasan pemaaf merupakan pula bagian ke empat dari kesalahan.²³⁶

Sengaja/*opzet* menurut Memori Penjelasan (*Memorie van Toelichting/ MvT*) WvS Belanda 1886 berarti *de (bewuste) richting van den will op een bepaald misdrijf* (kehendak disadari yang ditujukan untuk melakukan kejahatan tertentu), atau 'kesengajaan/ *opzet*' sama dengan *willen and wetens* (dikehendaki dan diketahui).²³⁷ Dalam teori kehendak atau *wills theorie*, seseorang dikatakan melakukan kesengajaan, karena ia memang berkehendak melakukan tindak pidana tersebut, dan pelaku sanggup menanggung segala akibat dari pebuatannya. Sementara pada teori 'pengetahuan', seseorang dapat mempertanggungjawabkan perbuatannya manakala ia sudah mengetahui apa yang ia lakukan dan mengetahui apa akibat dari tindak pidana yang dilakukannya. Tidak tertutup kemungkinan, pada hakikatnya pelaku tidak berkehendak melakukan tindak pidana atau adanya akibat dari tindak pidana yang dilakukannya, namun ternyata ia tetap melakukan tindak pidana, sehingga terjadi akibat yang dilarang undang-undang.²³⁸ Menurut Didik Endro Purwoleksono, teori kesalahan yang memuaskan adalah teori kehendak, karena orang yang berkehendak pasti mengetahui apa yang diperbuatnya, sedangkan orang yang mengetahui belum tentu berkehendak.²³⁹

Dari ajaran 'sengaja/ *opzet*' yang berkembang saat ini, dikenal tiga bentuk *opzet*: a) *opzet als oogmerk* atau *dolus directus* (kesengajaan yang bersifat tujuan atau *dolus*

²³⁵ Bandingkan dengan ruang lingkup *mens rea* dalam hukum pidana Inggris yang meliputi: *intention* (kesengajaan), *recklessness* (kesemberonoan) dan *negligence* (kealpaan/ kurang hati-hati). *Recklessness* adalah 'mengambil suatu resiko dengan sengaja' (*taking a deliberate risk*) dan resiko itu tidak dapat dibenarkan (*unjustifiable risk*). *Recklessness* ini dapat disamakan dengan *bewuste schuld* (kesalahan/ kealpaan yang disadari) dan dalam beberapa hal disamakan dengan *dolus eventualis*. Dalam *Recklessness* harus dibuktikan bahwa pelakunya menyadari keadaan dan dapat memperkirakan kemungkinan akibatnya, akan tetapi ia sembrono/tidak peduli terhadap akibat itu. Unsur *awareness* dan *foresight of probability* ini yang tidak ada pada *negligence* (kealpaan). (Barda Nawawi Arief, *op.cit*, 2011, hlm. 38).

²³⁶ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta, Rineka Cipta, 2010, hlm. 111

²³⁷ Andi Hanzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2010, hlm. 115-116.

²³⁸ Didik Endro Purwoleksono, *op.cit.*, hlm. 69-70

²³⁹ *Ibid*, hlm.70.

sebagai maksud), b) *opzet bij zekerheids- bewustzijn* (kesengajaan secara keinsyafan kepastian atau agar tujuannya dapat tercapai maka sebelumnya harus dilakukan suatu perbuatan lain berupa pelanggaran pula), dan c) *opzet bij mogelijks-bewustzijn* atau *dolus eventualis* (kesengajaan secara keinsyafaan kemungkinan atau ada kemungkinan besar terjadi suatu pelanggaran selain pelanggaran pertama).²⁴⁰

Dalam ajaran *opzet/dolus* yang bersifat tujuan, dapat dikatakan bahwa pelaku benar-benar menghendaki mencapai akibat yang menjadi pokok alasan diadakannya ancaman hukuman pidana. Akan tetapi, terdapat pendapat bahwa pelaku hanya dapat membayangkan apa yang akan terjadi (*voorstellen*). Dengan demikian terdapat dua teori yang bertentangan: i) teori kehendak (*wilstheorie*), yakni apabila ada perbuatan dan akibat yang dikehendaki pelaku, ii) teori bayangan (*voorstellings theorie*), yakni menganggap kesengajaan dan apabila si pelaku pada waktu mulai melakukan perbuatan ada bayangan terang bahwa akibatnya akan tercapai, dan maka kemudian ia menyesuaikan perbuatannya dengan akibat itu.²⁴¹

Kesengajaan secara keinsyafan kepastian apabila si pelaku dengan perbuatannya tidak bertujuan untuk mencapai akibat yang menjadi dasar delik, akan tetapi ia tahu benar bahwa akibat itu pasti akan mengikuti perbuatan itu. Kesengajaan secara keinsyafan kemungkinan, terjadi apabila kesengajaan yang terang-terangan tidak disertai bayangan suatu kepastian akan terjadi akibat yang bersangkutan, tetapi hanya dibayangkan suatu kemungkinan belaka akan akibatnya. Van Dick dan Pompe menganggap ajaran ini sebagai tidak ada kesengajaan, melainkan *culpa* atau kurang berhati-hati.

Ilmu pengetahuan mengenal beberapa macam kesengajaan/ *dolus*:²⁴²

- i. *Dolus premedilatus*, yakni *dolus* yang direncanakan, biasa ada dalam rumusan “dengan direncanakan terlebih dahulu”, di sini diperlukan waktu untuk memikirkan dengan tenang, pembuktiannya disimpulkan dari keadaan yang objektif.
- ii. *Dolus determinus*, yakni kesengajaan dengan tujuan pasti dan *dolus indeterminis* kesengajaan tanpa tujuan tertentu atau tujuan acak.
- iii. *Dolus alternativus*, yakni kesengajaan menghendaki sesuatu tertentu atau yang lainnya juga akibat yang lain
- iv. *Dolus indirectus*, yakni kesengajaan melakukan perbuatan yang menimbulkan akibat yang tidak diketahui oleh pelaku

²⁴⁰ Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi Dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Bandung, 2013, hlm. 64.

²⁴¹ Wirjono Prodjodikoro, *op.cit*, hlm. 67.

²⁴² Teguh Prasetyo, *op.cit*, hlm. 105-106.

- v. *Dolus directus*, yakni kesengajaan yang ditujukan bukan hanya pada perbuatannya saja tapi juga pada akibatnya
- vi. *Dolus generalis*, yakni kesengajaan di mana pelaku menghendaki akibat tertentu, dan untuk itu telah melakukan beberapa tindakan.

Dalam rumusan pasal, KUHP tidak selalu secara tegas menyebutkan frasa kata 'dengan sengaja', namun unsur 'sengaja' dapat dijumpai dalam frasa kata-kata: 'dengan maksud', 'dengan mengetahui' (Pasal 220 KUHP), 'berkehendak', 'dengan rencana', 'dengan tujuan', 'dengan paksa' (contoh Pasal 167 KUHP), 'dengan kekerasan' (contoh Pasal 212 KUHP), 'niat', 'menghasut', dan 'memalsu surat / membuat surat palsu'.²⁴³

Bentuk lain dari kesalahan adalah *culpa* atau kealpaan atau kelalaian. Pembentuk undang-undang memaksudkan *culpa* sebagai bentuk kesalahan karena si pelaku 'tidak begitu mengindahkan adanya larangan', berbeda halnya dengan *opzet/dolus/kesengajaan* di mana si pelaku melakukan perbuatan yang sifatnya 'menentang larangan justru dengan melakukan perbuatan yang dilarang'.²⁴⁴ Memori Penjelasan (*Memorie van Toelichting*) menyebutkan bahwa kealpaan terletak diantara sengaja dan kebetulan, yang dipandang lebih ringan dibandingkan dengan sengaja, yang menurut Hazewinkel-Suringa dianggap sebagai delik semu (*quasidelik*) sehingga diadakan pengurangan pidana.²⁴⁵

Pengertian dari *culpa* tidak dijelaskan dalam undang-undang, namun dari pendapat para ahli hukum pidana dan memori penjelasan (*MvT*) didapatkan beberapa pengertian dan penjelasan mengenai *culpa*. Van Hamel membagi *culpa* menjadi dua jenis: a) tidak adanya kehati-hatian yang perlu (*het gemis van voorzichtigheid*), dan b) tidak adanya kehati-hatian yang diperlukan (*het gemis van nodige voorzichtigheid*). Vos mengkritik pembagian Van Hamel karena menurutnya tidak ada batas yang tegas diantara keduanya, sehingga Vos membedakan dua unsur *culpa*: pertama: terdakwa tidak melihat ke depan yang akan akibat (syarat subjektif), kedua: ketidak hati-hatian.²⁴⁶

Menurut Roni Wiyanti, pada saat Menteri Kehakiman Belanda mengajukan rancangan undang-undang hukum pidana, dalam penjelasan resmi undang-undang

²⁴³ Didik Endro Purwoleksano, *op.cit.* hlm. 69

²⁴⁴ Teguh Prasetyo, *op.cit.*, hlm. 107.

²⁴⁵ Di negara *Anglo Saxon*, *culpa* dikenal dengan sebutan *per infortunium the killing occurred accidentally* (Andi Hamzah, *op.cit.*, hlm. 133).

²⁴⁶ Menurut Vos ada beberapa perbuatan yang terlihat bukan merupakan *culpa* contohnya dokter yang melakukan operasi yang berbahaya yang menurut keahliannya yang dapat melihat ke depan adanya kemungkinan kematian, namun perbuatannya masih dapat dipertanggungjawabkan karena adanya unsur kedua dari *culpa* yakni pelaku melakukan sesuatu yang lain dari pada yang seharusnya ia lakukan atau unsur kurang hati-hati. (*Ibid*, hlm. 135)

(MvT) terdapat penjelasan mengenai pengertian yang dimaksud dengan kealpaan: (1) *gebrek aan het nodige denken* (kekurangan pemikiran yang diperlukan), (2) *gebrek aan de nodige kennis* (kekurangan pengetahuan atau pengertian yang diperlukan), dan (3) *gebrek aan de nodige belied* (kekurangan dalam kebijaksanaan yang diperlukan).

Permasalahan kesalahan berkaitan erat dengan sebab akibat terjadinya delik atau *actus reus*, hanya ada pada delik yang mensyaratkan adanya akibat: a) delik materiel, misalnya pembunuhan (Pasal 338 KUHP), penipuan (Pasal 378 KUHP), b) delik *culpa*, misalnya karena kelalaiannya mengakibatkan orang lain mati (Pasal 359 KUHP) atau luka (Pasal 360 KUHP), dan sebagainya, atau c) sebagai syarat memperberat pidana dengan terjadinya akibat tertentu pada delik yang dikualifikasikan, misalnya pencurian dengan pemberatan, penganiayaan berat, dan sebagainya. Di luar ke tiga macam delik tersebut, ada delik formil yang tidak memerlukan adanya akibat tertentu, misalnya sumpah palsu (Pasal 242 KUHP), pemalsuan surat (Pasal 263 KUHP), pencurian (Pasal 362 KUHP), penghasutan (Pasal 160 KUHP) dan sebagainya, dalam delik ini ajaran kasualitas tidak diperlukan, karena tidak disyaratkan adanya akibat tertentu.²⁴⁷

Dalam hukum pidana juga terdapat ajaran *dwaling* (kekeliruan/ kesalahpahaman) yang berkaitan dengan kesalahan (*opzet* dan *culpa*). Istilah *dwaling* berasal dari istilah *dwalen* yang artinya '*een verkeerde mening hebben*' atau mempunyai pendapat yang keliru atau anggapan yang salah, yang di Indonesia istilah *dwaling* menjadi istilah kekeliruan atau kesalahpahaman.²⁴⁸ Sebagai akibat dari *dwaling*/ kesalahpahaman ini maka orang tidak dapat dihukum.

Van Hattum membagi *dwaling* dalam tiga bentuk:²⁴⁹

(1) *Dwaling* mengenai suatu unsur yang disebutkan dalam rumusan delik.

Bahwa apabila dalam rumusan delik terdapat unsur *wederrechtelijk* dan *opzet* itu ditujukan kepada unsur *wederrechtelijk* (harus ditujukan kepada sifat melanggar hukum dari perbuatannya), maka kesalahpahaman mengenai masalah tersebut membuat pelaksananya tidak dapat dihukum. Dalam *dwaling* ini, dikenal dua bentuk: (a) *error in persona*, dan (b) *error in objecto*.

Error in persona terjadi jika terjadi kesalahpahaman mengenai pribadi, yakni di mana pelaku telah mempunyai *opzet* terhadap orang tertentu, akan tetapi ia ternyata mempunyai *dwaling*/ kesalahpahaman mengenai pribadi orang tersebut. Dalam *error*

²⁴⁷ Andi Hamzah, 2010, *op.cit*, hlm. 175-176.

²⁴⁸ Lamintang dan Franciscus Thoejunior Lamintang, *op.cit*, hlm. 327.

²⁴⁹ *Ibid*, hlm. 329-336.

in persona dikenal bentuk: *aberration ictus* atau *afdwalingseval*, yakni peristiwa penyimpangan dari maksud yang sebenarnya. Sebagai contoh kasus Rose-Rosalh. Rose telah dibayar Rosalh untuk membunuh (menembak mati) seseorang, namun adanya kesalahan identitas, maka Rose telah membunuh orang lain. Rose telah secara sengaja/ *opzettelijk* membunuh orang lain, walaupun ia telah menembak orang yang bukan seharusnya dibunuh. Dalam hal ini Rose mempunyai *dwaling* terhadap orang yang seharusnya dibunuh (memenuhi unsur 'nyawa orang lain' yang telah dimaksudkan Rosalh untuk dihilangkan), namun ia tetap tidak mempunyai *dwaling* terhadap korban sesungguhnya (orang lain yang telah mati ditembaknya). Dalam hal semacam ini tidak terjadi pembunuhan dengan sengaja, namun pelaku dapat dihukum dengan *dolus eventualis* (kesengajaan secara keinsyafaan kemungkinan atau ada kemungkinan besar terjadi suatu pelanggaran selain pelanggaran pertama) atau percobaan pembunuhan, ataupun karena kealpaannya menyebabkan matinya orang lain (Pasal 359 KUHP). Dengan demikian *error in persona* tetap tidak meniadakan dihukumnya seseorang.

Error in objecto atau kesalahan mengenai objek tertentu menyebabkan orang tidak dapat dihukum, misalnya adanya undang-undang yang melarang mengeksplor emas, namun ternyata bukan logam emas yang diangkut pelaku melainkan tembaga.

(2) *Dwaling* mengenai norma hukum pidana.

Kesalahan mengenai norma hukum jarang terjadi pada kejahatan, melainkan pada pelanggaran. Ketidaktahuan mengenai norma sering diajukan sebagai *dwaling*. Kekeliruan mengenai hukum terjadi jika si pelaku telah terbukti melakukan delik namun ia tidak tahu jika perbuatan demikian dilarang undang-undang. Dalam praktek peradilan, telah berkembang anggapan bahwa sesuatu adalah *culpa* jika pelakunya memang benar-benar tidak mengetahui norma tersebut, dan apabila pada pelaku tersebut memang benar tidak terdapat suatu *culpa*.

(3) *Dwaling* mengenai dasar-dasar yang meniadakan hukuman.

Beberapa putusan *Hoge Raad* membenarkan *dwaling* dalam bentuk suatu perasaan takut sebagai alasan untuk menyerang orang lain yang bersikap mengancam. Apabila seseorang mengira dirinya telah menjadi korban suatu penyerangan yang datang seketika, telah menempatkan dirinya dalam keadaan terpaksa untuk pembelaan diri melakukan perlawanan terhadap penyerangan, sehingga penyerang itu luka berat atau meninggal dunia, maka ia tidak dapat dihukum.

Dalam teori pertanggungjawaban pidana, telah berkembang suatu ide untuk mengkaitkan konsep pertanggungjawaban pidana dengan berbagai kekuatan budaya, politik, filsafat, ekonomi dan sosial, sebagaimana yang dikemukakan oleh Lacey. Lacey berupaya untuk menunjukkan adanya hubungan antara doktrin pertanggung-jawaban pidana dan ketentuan-ketentuan pembuktian yang berlaku di *Common Law*, yakni adanya hubungan yang kuat antara sifat dari pertanggungjawaban pidana (*nature of responsibility*) dengan penerapan/pelaksanaan dari pertanggungjawaban pidana, berupa “*the emotional and social responses that people have to wrongful conduct*” (respon emosi dan sosial yang terdapat pada orang yang melakukan kejahatan). Seseorang dapat dimintai pertanggungjawaban atas suatu perbuatan yang dilakukan orang lain.²⁵⁰

Konsep luas dari pertanggungjawaban pidana Lacey tersebut, memungkinkan hakim menghubungkan perilaku pembuat dengan siapa sesungguhnya terdakwa itu, dan membantu mengevaluasi perbuatan pelaku sesuai dengan pandangan luas mengenai kebiasaannya/ *habitual belief, desires, emotion dan values*. Hal ini berkaitan dengan: apakah pelaku mempunyai niat atau tidak, apakah mempunyai karakter buruk atau tidak, yang berkaitan dengan masalah pertanggungjawaban pidana. Menurut Alan Norrei, teori Lacey dalam analisa pertanggungjawaban pidana yang subyektif, berdasarkan pendekatan sempit dari bentuk psikologis atau kognitivis (paham subyektifis ortodok) ke model baru di mana ketertiban sosial muncul dalam bentuk universal, yakni konsep pertanggungjawaban sebagai “*the possibility of identifying ‘factual’ psychological, mental in all person regardless of social class and status*”.²⁵¹

KUHP yang saat ini masih berlaku, merupakan warisan pemerintah kolonial yang mengadopsi KUHP Perancis (1801). KUHP Perancis sendiri berpendirian bahwa hanya manusia yang dapat melakukan tindak pidana, yang dapat diketahui dari frasa *hij die* yang digunakan dalam rumusan berbagai *strafbaar feit*/ delik dalam *Wetboek van*

²⁵⁰ Victor Tadros, “Distinguishing general theory, doctrine and evidence in criminal responsibility: a response to Lacey”, *Crim Law and Philos* (2007) 1, hlm. 260,262. Konsep Lacey berkaitan dengan teori *choice* dan teori *character* dalam pertanggungjawaban pidana yang berlaku di Inggris. Menurut Lacey: broadened admissibility of character evidence will inevitably shape the practices of attributing criminal responsibility in the trial process. For it has changed the structure of knowledge-coordination at the trial by providing material from which judge and jury may form evaluative, character-based assumptions which will supplement legal capacity-based tests wherever—as is usually the case—they are sufficiently open-ended to admit of character based inferences” (*Ibid*, hlm. 263.)

²⁵¹ Alan Norrei, “Historical differentiation. Moral judgement and modern criminal law”, *Criminal Law and Philosophy*, 2007, I, 252.

Strafracht. Frasa itu kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia menjadi 'barang siapa' yang berarti 'siapa saja' yang merujuk pada 'manusia'.²⁵²

Pendirian KUHP bahwa hanya manusia yang dapat dibebani pertanggungjawaban pidana, adalah berdasarkan maxim/ adegium universal: *actus non facit reum, nisi mens sit rea*, atau *an act does not make a man guilty unless of a crime*, atau *geen straf zonder schuld*, atau dikenal pula sebagai *nulla poena sine culpa* atau tiada pidana tanpa kesalahan. Konsep *mens rea* berkaitan dengan sikap batin/ kalbu, maka konsekuensinya adalah hanya sesuatu yang mempunyai kalbu (batin) saja yang dapat dibebani pertanggungjawaban pidana.²⁵³ Permasalahannya adalah apakah korporasi dapat melakukan pertanggungjawaban pidana.

Menurut Sutan Remi, secara perdata korporasi adalah suatu legal standing/ *legal person*/ badan hukum yang memiliki sifat sebagai *legal personality*. Korporasi sebagai badan hukum dapat melakukan perbuatan hukum, memiliki harta kekayaan sendiri, memiliki hak dan kewajiban, serupa dengan seorang manusia, dan karenanya korporasi dapat menggugat dan digugat secara perdata. Namun demikian, korporasi tidak memiliki badan jasmaniah, tidak dapat memiliki niat untuk melakukan apapun, kecuali melalui pengurus atau pegawainya. Ketika korporasi melakukan pelanggaran hukum pidana, maka pertanggungjawaban korporasi dapat berupa :²⁵⁴

- 1) Pengurus korporasi sebagai pembuat dan penguruslah yang bertanggungjawab
- 2) Korporasi sebagai pembuat dan pengurus bertanggungjawab
- 3) Korporasi sebagai pembuat dan juga sebagai yang bertanggungjawab.
- 4) Pengurus dan korporasi keduanya sebagai pelaku tindak pidana, dan keduanya pula yang harus memikul pertanggungjawaban pidana.

Salah satu cara pembebanan pertanggungjawaban pidana kepada korporasi adalah menerapkan doktrin *strict liability* dan *vicarious liability*. *Strict liability* atau *absolut liability* atau pertanggungjawaban mutlak, merupakan pembebanan pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang yang bekerja di lingkungan suatu korporasi kepada korporasi tempat ia bekerja. Dalam pertanggungjawaban ini tidak perlu dibuktikan adanya kesalahan pada pelakunya, tapi cukuplah apabila dapat dibuktikan bahwa pelaku tindak pidana telah melakukan *actus reus*, yakni melakukan perbuatan yang dilarang oleh ketentuan pidana. *Doctrine vicarious liability* mengadopsi perbuatan melawan hukum (*tort*) dalam hukum perdata yang mendasarkan

²⁵² Sutan Remi Sjahdeini, *Pertanggung-jawaban Pidana Korporasi*, Jakarta, Grafiti Press, 2007, hlm. 29.

²⁵³ *Ibid*, hlm. 32,39.

²⁵⁴ *Ibid*, hlm. 51, 59

pertanggungjawaban berdasarkan *doctrine of respondent superior*, yakni di mana ada hubungannya hubungan subordinat antara majikan dan bawahan atau antara *principal* dan *agent* berlaku *maxim* yang berbunyi *qui facit per alium facit per se*. Menurut *maxim* tersebut, seseorang yang berbuat melalui orang lain dianggap dia sendiri yang melakukan perbuatan itu.²⁵⁵ Jadi doktrin ini hanya dapat diterapkan jika terbukti seseorang ada hubungan subordinat antara pemberi kerja (*employer*) dan orang yang melakukan tindak pidana, seperti antara pemberi kerja dan bawahan (*employer* dan *employee*), pemberi kuasa dan penerima kuasa (*principal and agent*), dan antara para mitra. Pertanggungjawaban pidana secara vikarius hanya dapat dibebani apabila perbuatan yang dilakukan oleh pegawai tersebut dalam rangka tugas.

e. Pemidanaan

Pengertian pemidanaan menurut hukum modern adalah “*pain, suffering, loss, confinement or other penalty inflicted (pengalahan) on a person for an offense by the authority to which the offender is subject* (pemberian rasa sakit, penderitaan, kehilangan, pemenjaraan atau segala bentuk pengalahan bagi pelaku kejahatan). Definisi ini tidak memuaskan ketika mempermasalahkan alasan dan teori-teori pemidanaan, serta hanya menunjukan pengaruh dan akibat, terlepas dari penyebab dan tujuan-tujuannya.²⁵⁶ Menurut Roeslan Saleh, pidana adalah reaksi atas delik yang berujud suatu nestapa yang dengan sengaja ditimpakan negara pada pembuat delik. Nestapa ini bukanlah suatu tujuan terakhir yang dicita-citakan masyarakat, nestapa hanyalah suatu tujuan yang terdekat.²⁵⁷ Menurut Herbert L. Packer sebagaimana dikutip Lilik Mulyadi, hukum pidana berorientasi dan bermuara kepada “sanksi pidana” merupakan penjamin terbaik (*prime guarantor*) sekaligus sebagai pengancam yang utama” (*prime threatener*) dan merupakan sarana terbaik dalam menghadapi kejahatan.²⁵⁸

²⁵⁵ *Ibid*, hlm. 78, 84.

²⁵⁶ Julia P. Alexander, “The Philosophy of punishment”, *Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology*, vol. 13, no. 2 (Aug.1992). hlm. 235.

²⁵⁷ Roeslan Saleh, *stelsel Pidana Indonesia*, Jakarta, Aksara Baru, 1978, hlm. 5

²⁵⁸ Lilik Mulyadi, *Sebuah Polaritas Pemikiran Terhadap Filsafat Pemidanaan yang diterapkan Hakim Indonesia dikaji dari Perspektif Teoritis dan Praktek Peradilan Indonesia*, <http://halaman.hukum.blogspot.co.id/2009/08/artikel.3.html>. diunduh 13-10-2015, 12.30. Lihat pula Herbert L. Packer, *The Limits of Criminal Sanctions*, Stanford University Press, California, 1968, hlm. 364-366.

Tujuan penyelesaian pelanggaran hukum pidana adalah penjatuhan sanksi pidana. Penjatuhan sanksi terhadap pelanggar hukum pidana acap kali dianggap sebagai tujuan dari hukum pidana. Pemikiran yang demikian ini telah menempatkan instrumen keadilan dalam hukum pidana dan penegakan hukum pidana adalah pidana (sanksi) sebagaimana yang diancamkan dalam pasal-pasal yang dilanggar. Pidana (ancaman pidana) dalam hukum pidana berfungsi sebagai alat pemaksa agar larangan dalam hukum pidana ditaati (tidak dilanggar), tetapi juga sebagai alat pemaksa agar semua orang mentaati norma lain yang memuat petunjuk hidup baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis.²⁵⁹

Dalam membahas masalah pemidanaan, terlebih dahulu dipermasalahkan tujuan pemidanaan, karena tujuan yang akan menjadi tolak ukur dan dasar pembenaran pemidanaan. Tujuan pidana dan hukum pidana Indonesia belum pernah dirumuskan secara formal dalam UU. Oleh karena itu, tujuan yang akan menjadi tolak ukur dan dasar pembenaran pemidanaan lebih bersifat teoritis.²⁶⁰

Menurut Sudarto, *"KUHP kita tidak memuat pedoman pemberian pidana (straftoematingsleidraad) yang umum, ialah suatu pedoman yang dibuat oleh pembentuk undang-undang yang memuat asas-asas yang perlu diperhatikan oleh hakim dalam menjatuhkan pidana yang ada hanya aturan pemberian pidana (straftoematingsregels)."*²⁶¹ Pedoman pemberian pidana akan memudahkan hakim dalam menetapkan pemidanaannya, setelah terbukti bahwa terdakwa telah melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya.²⁶²

Menurut Harkistuti Harkrisnowo, sangat penting adanya falsafah pemidanaan yang berangkat dari nilai-nilai dasar yang hidup dalam masyarakat Indonesia. Ketidakjelasan falsafah pemidanaan saat ini merupakan suatu kendala yang serius bagi upaya penegakan hukum di Indonesia. Falsafah ini harus mendasari pula kebijakan pidana (*criminal policy*) yang sampai kini belum dirumuskan.²⁶³ Harkistuti menegaskan,

²⁵⁹ Mudzakkir, "Kajian Terhadap Ketentuan Pemidanaan Dalam Draft RUU KUHP". *Jurnal Legislasi Indonesia* - Volume 1 Nomor 2 - September 2004

²⁶⁰ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hlm. 83

²⁶¹ Sudarto, 1981, *Op.Cit.* hlm. 79-80.

²⁶² Sudarto, 1986, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 9

²⁶³ Disampaikan dalam Orasi Pengukuhan Guru Besar Tetap dalam Ilmu Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia pada tanggal 8 Maret 2003 dengan judul: *Rekonstruksi Konsep Pemidanaan: Suatu gugatan Terhadap Proses Legislasi Dan Pemidanaan di Indonesia*, beliau dengan

bahwa pedoman pidanaaan harus dibedakan dengan pengertian pola pidanaaan. Pola pidanaaan menunjuk pada suatu yang dapat digunakan sebagai model, acuan, pegangan atau pedoman untuk membuat atau menyusun sistem sanksi pidana, sedangkan pedoman pidanaaan lebih merupakan pedoman bagi hakim untuk menjatuhkan atau menerapkan pidanaaan. Pedoman pidanaaan merupakan bagian badan legislative.²⁶⁴

Menurut doktrin terdapat beberapa teori sebagai dasar justifikasi/ pembenaran dan tujuan pidanaaan yang diterapkan di berbagai negara:

1) Teori absolut/ pembalasan/ *vergeldings theorien/ teori retributif*

Menurut pandangan teori absolut pidana adalah “*evil for evil that has been done*”. Tujuan utama bukanlah apakah korban merasa mendapatkan keadilan dari pembalasan karena kerugian yang dialaminya, namun karena setiap orang akan berpikir bahwa pelaku kejahatan berhak (tuntutan mutlak) atas pembalasan.²⁶⁵ Menurut Smith dalam *The theory of Moral Sentiment*, teori pembalasan mempunyai dua maksud yaitu bagi pelaku kejahatan dan bagi masyarakat: 1) pembalasan tidak akan memuaskan sampai si penjahat menyesali perbuatannya, 2) pidanaaan dapat menjadi contoh bagi masyarakat untuk mencegah kejahatan di masa depan.²⁶⁶ Sedangkan menurut Vos, terdapat dua teori pembalasan: 1) pembalasan subjektif, yakni pembalasan terhadap kesalahan pelaku, 2) pembalasan objektif, yakni pembalasan terhadap apa yang telah diciptakan oleh pelaku di dunia luar.²⁶⁷

Tujuan pidanaaan sebagai pembalasan ini dibenarkan oleh pendekatan konsekwenalis, hanya saja tujuan pidanaaan pada pendekatan konsekwenalis tidak mensyaratkan pertimbangan moralitas. Menurut Kant, pendekatan konsekwenalis gagal untuk mengenali dasar-dasar pembatasan dan persyaratan pidanaaan. Teori absolut bahwa pidanaaan merupakan pembalasan, kemudian dikembangkan menjadi teori proporsionalitas bahwa pidanaaan dibenarkan secara moral karena menjadi retributisi yang adil bagi kerugian yang sudah

terminologi “falsafah pidanaaan mengatakan di Indonesia saat ini ada ketidakjelasan tentang falsafat pidanaaan.

²⁶⁴ Harkristuti Harkrsnowo, Rekonstruksi Konsep Pidanaaan: Suatu Gugatan terhadap Proses Legislasi dan Pidanaaan di Indonesia”, *KHN Newsletter*, Edisi April, 2003, Jakarta, hlm. 28.

²⁶⁵ Thom Brooks, “Punishment and moral Sentiments”, *The Review of Metaphysics*, Des.2012, 66.2, hlm. 284

²⁶⁶ *Ibid*, hlm. 287.

²⁶⁷ Didik Endro Purwoleksono, *op.cit*, hlm.92.

ditimbulkan. Kant mengembangkan pertimbangan moral dalam pemidanaan retributif, yakni *pure retributive* (*retributif murni*). Bagi Kant dan penganut retributif lainnya, konsekuensi dari pemidanaan tidaklah penting, namun merupakan *moral duty* untuk menghukum penjahat. Pedoman retributif adalah seseorang harus dihukum untuk apa yang telah diperbuat pelaku dan bukan berdasarkan pertimbangan apa yang didapat dari menghukum orang. Poros utama retributive adalah hubungan antara perilaku yang salah/ *wrong action* dan hak untuk dihukum/ *deserved punishment*; beratnya pemidanaan harus proporsional dengan beratnya pelanggaran.²⁶⁸

2) Teori tujuan/ teori relatif/ *doeltheorien*/ teori utilitarian

Teori relatif (teori tujuan atau teori utilitarian) yang memandang pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan pelaku, tapi sebagai sarana mencapai tujuan yang bermanfaat bagi kesejahteraan manusia, yakni *preventive* (sebagai sarana pencegahan), *deterrence* (untuk menimbulkan rasa takut/ jera untuk mengulangi kejahatan), dan *reformative*.²⁶⁹ Adapun manfaat daripada hukuman, antara lain:²⁷⁰

- untuk mencegah kejahatan baik pencegahan umum (*Algemene Crime*) yang ditujukan bagi masyarakat dengan cara pelaksanaan pidana di muka umum, dan pencegahan khusus (*Special Crime*) bagi si pelaku agar tidak mengulangi kejahatannya.
- untuk membinasakan penjahat dari pergaulan masyarakat.
- untuk menjamin ketertiban hukum (**teori relative modern yang dianut** Frans Von Litz, Van Hommel, D. Simons), di mana negara berperan melindungi masyarakat dengan cara membuat peraturan yang mengandung larangan dan keharusan yang berbentuk kaidah/ norma.

3) Teori gabungan/ *verenigingstheorien*.

Teori ini merupakan kombinasi dari teori absolut/ pembalasan dan teori tujuan, dengan alasan: 1) tujuan pemidanaan adalah membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat, baik dalam bentuk pidana ataupun tindakan, keduanya bertujuan mempersiapkan terpidana kembali ke masyarakat, 2) keadilan mutlak

²⁶⁸ Jonathan Jacobs, "Approaches to Justification of punishment", *Human Rights Review*, Vol. III. Issues 1. Juni 2013, hlm. 6

²⁶⁹ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1978, hlm. 88-92.

²⁷⁰ Lihat Didik Endro Purwoleksono, *op.cit*, hlm 93, dan liseyolanda.staff.uui.ac.id/2009/.../tujuan-hukum-pidan.., diunduh 10 November 2015, 10.30.

yang berwujud pembalasan, harus berguna bagi masyarakat, dan 3) pemidanaan yang dijatuhkan bersifat proporsional, sesuai dengan beratnya perbuatan.²⁷¹

Teori gabungan ini dilaksanakan melalui pendekatan *reform* and rehabilitasi. Pendekatan *reform* dalam pemidanaan berperan membentuk kembali pelaku kejahatan melalui pemberian motivasi karena pemidanaan adalah suatu cara untuk mengembangkan penilaian motivasi dan pertimbangan nurani atau perbaikan pelaku. Kritik terhadap pendekatan ini adalah *reform* berkaitan dengan sifat *volunter* (kesediaan), suatu proses internalisasi meninjau kembali nilai-nilai. Sedangkan rehabilitasi berkaitan erat dengan *treatment* yang bertujuan merubah perilaku pelanggar.²⁷²

4) Teori keseimbangan pemidanaan.

Teori keseimbangan dalam pemidanaan bertujuan menjaga keseimbangan antara hak korban dan masyarakat di satu sisi dengan hak terdakwa di sisi lain. Saat ini, muncul kecenderungan untuk menuju pada individualisasi penghukuman yang ditakar berdasarkan pelaku, berdasarkan pertimbangan bukan hanya sifat subjektif dan objektif serta kualitas dari perbuatan pelaku, namun juga berdasarkan sifat asli individu, berdasarkan usia, latar belakang, dan nilai kemungkinan dapat tidaknya pelaku kembali dalam kehidupan bermasyarakat.²⁷³ Akan tetapi individualisasi dalam pemidanaan tersebut harus diimbangi dengan memperhatikan kepentingan korban dan masyarakat. Teori keseimbangan dalam pemidanaan ini dikemukakan oleh Didik Endro Purwoleksono berdasarkan alasan:²⁷⁴

- 1) Bahwa dari ketiga teori yang ada hanya tertuju bagi pelaku dan masyarakat, mengabaikan hak-hak korban/ keluarga korban tindak pidana.
- 2) Pihak-pihak dalam hukum acara pidana bukan hanya aparat penegak hukum (kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga kemasyarakatan) namun juga pihak korban.
- 3) Dalam prakteknya, penuntut umum dan hakim sudah mempertimbangkan unsur korban dan keluarga korban dalam unsur-unsur yang memberatkan dan meringankan dalam penuntutan dan putusan.

²⁷¹ Didik Endro Purwoleksono, *ibid.*

²⁷² Jonathan Jacobs, *op.cit.*

²⁷³ Hon. Edward R. Meek, "Should The Punishment Fit The Crime or The Criminal?", *American Bar Assosiation Journal*, Vol. 8 no. 4 (April, 1992, hlm. 212.

²⁷⁴ Didik Endro Purwoleksono, *op.cit.*, hlm. 93-94.

- 4) Dalam RUU-KUHP telah diatur pedoman pemidanaan dengan memperhatikan unsur-unsur: a) kesalahan pembuat tindak pidana, b) motif dan tujuan melakukan tindak pidana, c) sikap batin si pembuat, d) apakah tindak pidana dilakukan dengan berencana, e) cara melakukan tindak pidana, f) sikap dan tindakan si pembuat setelah melakukan tindak pidana, g) riwayat hidup, keadaan sosial ekonomi si pembuat, h) pengaruh tindak pidana terhadap masa depan si pembuat, i) pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarga korban, j) pemaafan korban dan/ atau keluarganya, dan k) pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukannya.

Pada kenyataannya, putusan hakim yang mempertimbangkan pergeseran filsafat pemidanaan²⁷⁵ dari pembalasan menjadi rehabilitasi dengan mempertimbangkan sejumlah faktor individu pelaku kejahatan seringkali menimbulkan permasalahan disparitas pidana dimana belum ditentukan standart atau ukuran penjatuhan pidana dalam hal berat ringannya pidana.²⁷⁶

Undang-undang tidak memberikan penjelasan sebagai dasar pemidanaan/ penghukuman, sehingga dapat dikatakan ia memberi kebebasan kepada hakim menentukan teori manakah yang hendak dipakai dalam menetapkan hukuman. Ilmu hukumpun tidak memberi pegangan yang tetap atau persesuaian pandangan, teori hukum pidana manakah yang dapat dijadikan landasan untuk menjatuhkan hukuman.²⁷⁷

Hakim Indonesia mempunyai kebebasan yang sangat luas untuk memilih jenis pidana (*strafsoort*) yang dikehendaki. Dari beberapa pasal di KUHP tampak bahwa beberapa pidana pokok sering kali diancamkan kepada pelaku tindak pidana yang sama secara alternatif, dalam hal ini hanya satu diantara pidana pokok yang diancamkan

²⁷⁵ Filsafat determinis juga mempengaruhi perkembangan pemidanaan, seperti: 1) Mazhab Cesare Lombroso, yang menyimpulkan bahwa penjahat adalah manusia yang dilahirkan sebagai penjahat, karena degenerasi keturunan tetap tinggal pada tingkat manusia primitive. Menurut penelitian Lombroso, 2/5 dari penjahat adalah penjahat keturunan, sedang 3/5 adalah disebabkan faktor lingkungan yang berperan. 2) Mazhab A. Lacasagne dan L Manouvrier, membentuk dasar bagi teori lingkungan dalam ilmu kriminologi. Sekalipun kedua mazhab tersebut tidak mengakui kehendak bebas manusia, namun dalam ilmu mereka menyatakan bahwa manusia juga melakukan pilihan, terikat baik pada lingkungan maupun biologis keturunan. 3) Mazhab gabungan. 4) Gerakan *defence sociale* dan *defence nouvelle*. (perlindungan masyarakat baru) dr Marc Ancel. Ancel menghidnari kesulitan dari kehendak bebas, bahwa manusia bagaimanapun juga harus menganggap dirinya bertanggungjawab terhadap apa yang diperbuatnya, tidak peduli apakah itu tepat atau tidak tepat. Penyelesaian determinis adalah supaya penjahat dipertanggungjawabkan terhadap situasi yang membahayakan. Adanya bahaya itu, masyarakat diberi kesempatan untuk mengambil tindakan untuk membela diri terhadapnya (Mr.J.M.van Bemmelen, *Hukum Pidana 2, hukum Penitentier*, Binacipta, Bandung, 1986, hlm. 11-12).

²⁷⁶ H. Eddy Djunaidi Karnasudirdja, *Beberapa Pedoman Pemidanaan dan Pengamatan Narapidana*, Jakarta, tanpa penerbit, 1983, hlm 7-8.

²⁷⁷ *Ibid*, hlm. 12.

tersebut dapat dijatuh pidana dan hal ini diserahkan kepada hakim untuk memilih beratnya pidana (*strafmaat*) yang akan dijatuhkan, karena undang undang hanya menentukan batas maksimum dan minimumnya. Pemidanaan yang berbeda (*disparitas*) merupakan adalah bentuk dari diskresi hakim dalam menjatuhkan putusan, tetapi *disparitas* pidana dapat berdampak ketidakpuasan bagi terpidana bahkan bagi masyarakat, termasuk kecemburuan sosial dan stigmatisasi masyarakat pada institusi peradilan, yang dapat mengerucut menjadi ketidakpedulian pada penegakan hukum.²⁷⁸

Kebebasan hakim dalam menentukan pemidanaan, bukan berarti kebebasan tanpa kekanak, untuk itu ada pendapat Prof A Mulder untuk meletakkan suatu titik kontrol/ *checking points* untuk keperluan *strafstoemeting*.²⁷⁹

- Personalia terdakwa: agama, kebangsaan, pelajaran, pendidikan, hidup dalam hubungan kekeluargaan atau tidak.
- Keterangan tentang hubungan suami/istri dan anak-anak.
- Pekerjaan dan penghasilan.
- Akibat dari perbuatan, khususnya dalam hubungan dengan atasan/ majikan.
- Keterangan-keterangan tentang perbuatan pidana, seperti memuat kerugian yang ditimbulkan delik, pihak korban, apakah merupakan delik penyertaan.
- Keadaan hukum pidana dahulu (*strafrechtelijk verleden*).
- Residivis atau tidak.
- Keterangan mengenai terdakwa.
- Pemeriksaan pendahuluan atau tindakan hukum khusus, serta data lain.

Menurut Ted Honderich, pemidanaan harus memuat tiga unsur: (1) pemidanaan harus mengandung semacam kehilangan (*deprivation*) atau kesengsaraan (*distress*) yang biasanya secara wajar dirumuskan dalam sebagai sasaran dari tindakan pemidanaan. Tindakan pelaku bukan hanya dianggap salah karena merugikan orang lain, tetapi juga karena melawan hukum. (2) setiap pemidanaan harus datang dari institusi yang berwenang secara hukum. Pemidanaan merupakan keputusan suatu lembaga yang berkuasa, dan bukan tindakan balas dendam dari korban. (3) Penguasa yang berwenang berhak untuk menjatuhkan pemidanaan hanya kepada subjek yang telah terbukti melanggar hukum atau peraturan yang berlaku dalam masyarakat.²⁸⁰

Pasal 10 KUHP menentukan secara limitatif bentuk pemidanaan yakni: a). pidana pokok, antara lain pidana mati, pidana penjara, pidana kurungan dan pidana denda, b)

²⁷⁸ Nicolas Hany, "Disparitas Pidana dalam Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi Semarang", *Jurnal F H Universitas Atma jaya Yogyakarta*, 2015, h. 2-3

²⁷⁹ Andi Hamzah, *op.cit*, hlm. 39.

²⁸⁰ Teguh Presetyo, 2013, *op.cit*, hlm. 71-72.

pidana tambahan, antara lain: pencabutan hak-hak tertentu, perampasan barang tertentu dan pengumuman putusan hakim. Perbedaan antara pidana pokok dengan pidana tambahan adalah: 1) Pidana tambahan hanya dapat ditambahkan pada pidana pokok, 2) pidana tambahan bukan merupakan suatu kesalahan. Jika terdakwa terbukti bersalah hakim harus menjatuhkan pidana pokok, 3) mulai berlakunya pencabutan hak tidak dengan suatu tindakan eksekusi. Pasal 38 ayat (2) KUHP mulai berlaku pada hari putusan hakim dapat dijalankan.²⁸¹

KUHP menentukan bahwa bagi satu tindak pidana hanya boleh dijatuhkan satu hukuman pokok (*single track system*), kecuali undang-undang menentukan lain (membolehkan kumulatif seperti UU Tipikor yang menganut *double track system*). Hukuman tambahan digunakan untuk menambah hukuman pokok, sehingga tidak mungkin dijatuhkan sendiri.

Jenis sanksi yang dapat diterapkan adalah sanksi pidana dan sanksi tindakan. Sanksi pidana bersifat reaktif terhadap suatu perbuatan, lewat pengenaan penderitaan agar yang bersangkutan menjadi jera (menekankan pada pembalasan/ pengimbalan), dan bertujuan memberi penderitaan istimewa (*bijzonder lead*) kepada pelanggarnya supaya ia merasakan akibat dari perbuatannya. Sedangkan sanksi tindakan (*maatregel*), terfokus pada upaya memberi pertolongan agar pelaku berubah, karena sanksi tindakan bersumber pada ide dasar 'perlindungan' masyarakat pembinaan atau perawatan si pembuat dan mendidik (bertujuan sosial).²⁸² Contoh sanksi tindakan yang dapat berupa pendidikan paksa bagi anak (diserahkan kepada Pemerintah untuk dididik dalam suatu lembaga pendidikan paksa/ Lapas anak) atau bentuk "tindakan" seperti yang diatur dalam peradilan anak dan menurut UU no. 23 tahun 1997 tentang lingkungan hidup, penempatan orang yang tidak dapat dipertanggungjawabkan karena gangguan jiwa.

Perbedaan orientasi ide dasar sanksi pidana dan saksi tindakan, berkaitan dengan paham filsafat yang mendasarinya. Ide sanksi pidana bersumber dari paham filsafat indeterminis, bahwa sejatinya manusia memiliki kehendak bebas termasuk ketika ia melakukan kejahatan sebagai konsekuensi pilihan bebasnya, maka setiap pemidanaan harus diarahkan pada pencelaan moral dan pengenaan penderitaan pelaku. Sedangkan sanksi tindakan bersumber pada paham filsafat determinis, yang bertolak dari asumsi bahwa keadaan hidup dan perilaku manusia, yang ditentukan oleh faktor-faktor fisik

commit to user

²⁸¹ Roeslan Saleh, *Stelsel Pidana Indonesia*, Jakarta, Aksara Baru, 1978, hlm.8

²⁸² Teguh Prasetyo, *op.cit*, hlm. 86.

geografis, biologis, psikologis, sosiologis, ekonomis dan keagamaan yang ada. Karena perilaku jahat ditentukan oleh berbagai faktor, maka setiap pemidanaan hanya dapat dibenarkan dengan maksud merehabilitasi pelaku.²⁸³

Pada mulanya pidana penjara direncanakan hanya untuk kejahatan yang dilakukan dengan kesengajaan. Oleh karena pada waktu membicarakan rencana kitab UU ternyata tidak ada kepastian mengenai batas antara kesengajaan dan kealpaan, maka pidana penjara juga ditentukan sebagai alternatif dari pidana kurungan pada kejahatan *culpoos* (karena kealpaan). Sedangkan pidana denda sering dialternatifkan dari pidana pokok, karena hakim hanya dapat menjatuhkan satu diantara pidana pokok yang diancamkan. Menurut KUHP tidak mungkin menjatuhkan pidana pokok secara kumulatif (penjara atau kurungan dengan denda). Jika ada denda yang diancamkan terhadap kejahatan, biasanya dialternatifkan dengan pidana penjara (Pasal 167, Pasal 281, Pasal 310, Pasal 362 KUHP) atau kurungan (Pasal 188, Pasal 483 KUHP). Pidana-pidana yang diancam dengan kurungan biasanya ditentukan 'denda' sebagai alternatifnya, kecuali Pasal 504, Pasal 505, Pasal 506 dan Pasal 520.²⁸⁴

Mengenai lamanya penidanaan, KUHP memberikan kebebasan bergerak diantara maxima dan minima, yakni memberi kemungkinan memperhitungkan seluruh facet dari kejadian-kejadian seperti: berat ringannya delik, cara bagaimana delik dilakukan, pribadi pembuatnya, umurnya, tingkat kecerdasannya, dalam keadaan serta suasana waktu perbuatan dilakukan, pembalasan terhadap pembuat, dan keseimbangan yang terganggu di dalam masyarakat. Sebagai gambaran batas minima umum adalah satu hari (Pasal 12 ayat 2 KUHP), dan maxima umum adalah 15 tahun, dapat dinaikkan menjadi 20 tahun, dalam hal: 1) jika kejahatan diancam dengan pidana mati atau penjara seumur hidup, 2) jika ada perbuatan pidana perbarengan, pengulangan atau seperti yang diatur dalam Pasal 52 dan 52 bis KUHP, 3) karena adanya keadaan khusus, seperti yang diatur Pasal 347 ayat (2), 349 KUHP.²⁸⁵

Menurut doktrin, terdapat 2 alternatif sistem penetapan jumlah / lamanya ancaman pemidanaan:²⁸⁶

- 1) Sistem/ pendekatan absolut;

²⁸³ *Ibid*, hlm. 87. 88.

²⁸⁴ Roeslan Saleh, 1978, *op.cit.* hlm.6-7.

²⁸⁵ *Ibid*, hlm. 6-7.

²⁸⁶ **Barda Nawawi Arief**, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm. 120-121.

Setiap tindak pidana ditetapkan bobot/ kualitasnya sendiri-sendiri, dengan menetapkan ancaman maximum / sistem *indefinite*/ pendekatan tradisional atau minimum. Menurut Colin Howard, sistem *indefinite* mempunyai 3 segi positif:

- Dapat menunjukkan tingkat keseriusan tindak pidana
- Memberikan fleksibilitas dan diskresi pada kekuasaan pemidanaan
- Melindungi kepentingan si pembuat dengan menetapkan batas-batas kebebasan dari kekuasaan pemidanaan

Ketiga aspek positif itu secara teoritis mengandung aspek perlindungan masyarakat dan perlindungan individu. Aspek perlindungan masyarakatnya berupa ditetapkannya ukuran objektif berupa maksimum pidana sebagai simbol kualitas norma-norma sentral masyarakat. Aspek perlindungan individunya terletak pada ditetapkannya batas-batas kewenangan dari aparat kekuasaan pemidanaan. Hal negatifnya: sistem maksimum/ absolut/ indefinitif, menyulitkan dalam menetapkan maksimum khusus.

Penetapan maksimum pidana adalah untuk menunjukkan tingkat keseriusan atau kualitas suatu tindak pidana, seperti akibat yang berat maka pidananya berat, terdakwa yang berperilaku sopan pidananya lebih ringan, untuk itu diperlukan pengetahuan yang cukup tentang gradasi/ tingkatan nilai dari norma-norma sentral masyarakat dan kepentingan-kepentingan hukum yang akan dilindungi.

2) Sistem *relative*/ pendekatan imajinatif;

- Setiap tindak pidana memiliki bobot (maksimum) namun direlatifkan: melakukan penggolongan tindak pidana dalam beberapa tingkatan dan sekaligus menetapkan maksimumnya untuk setiap kelompok.
- Sistem ini mengatasi kesulitan segi negatif sistem absolut/ maksimum, karena tingkat deliknya direlatifkan. Kekurangannya: merelatifkan berarti memberi diskresi/ kewenangan yang sangat luas bagi hakim sehingga memberi peluang disparitas yang mencolok. Indonesia memilih sistem absolut dengan sedapat mungkin menggunakan pendekatan relatif.

Selain jenis pemidanaan yang diatur dalam Pasal 10 KUHP tersebut, KUHP juga mengatur pidana bersyarat (Pasal 14 a-f KUHP) yang diadopsi dari campuran sistem pidana bersyarat Inggris – Amerika (*probation*) dan sistem Belgia- Perancis, di mana pidana tetap dijatuhkan (jadi pasti), hanya pelaksanaannya yang ditiadakan dengan bersyarat. Adapun syaratnya : 1) Putusan yang dijatuhkan adalah pidana penjara, yang lamanya tidak lebih dari 1 tahun. Pidana bersyarat dijatuhkan jika hakim tidak ingin menjatuhkan pidana lebih dari satu tahun, bukan ditentukan oleh pidana yang diancamkan, tapi pidana yang dijatuhkan kepada terdakwa. Apabila hakim berpendapat bahwa perbuatan pidana yang dilakukan adalah terlalu berat, maka sebenarnya pidana bersyarat adalah tidak mungkin lagi. 2) Pidana bersyarat dapat dijatuhkan pada pidana kurungan sebagai pidana pokok, jadi bukan kurungan pengganti denda.²⁸⁷

Sistem pemidanaan dalam KUHP mempunyai ciri- ciri: (1) berorientasi pada “orang” sebagai pelaku/ subjek tindak pidana, tidak berorientasi pada “badan hukum/ koorperasi” maupun korban, (2) berorientasi pada sistem pidana minimal umum, maksimal umum dan maksimal khusus, tidak berorientasi pada sistem pidana minimal khusus, (3) berorientasi pada adanya perbedaan kualifikasi tindak pidana berupa kejahatan dan pelanggaran.²⁸⁸

Menurut Barda Nawawi Arief, pembuatan ketentuan ‘yang menyimpang atau berbeda’ tentunya tidak merupakan masalah, karena berdasarkan Pasal 103 KUHP dimungkinkan, namun perkembangan ‘aturan khusus’ itu menimbulkan permasalahan dari sudut “sistem pemidanaan”, antara lain: (1) banyaknya UU khusus yang tidak menyebutkan kualifikasi tindak pidana sebagai “kejahatan atau pelanggaran” untuk dapat memberlakukan aturan umum KUHP atau aturan khusus di luar KUHP, (2) adanya ancaman pidana minimum yang diajukan tidak disertai aturan penerapannya. Pidana minimal tidak begitu saja dicantumkan dalam rumusan delik, untuk penerapannya diperlukan subsistem lain yang mengatur (pedoman penerapannya terlebih dahulu, seperti contohnya ancaman minimum pada UU no.15/2003 jo.Perpu no. 1/ 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme yang intinya menyatakan bahwa pidana minimum khusus tidak berlaku untuk pelaku di bawah usia 18 tahun) atau bagaimana jika terjadi alasan peringan pidana seperti percobaan atau pembantuan, ataupun alasan pemberat pemidanaan seperti *recidive* atau *concursum*, (3) di dalam beberapa UU khusus di luar KUHP subjek tindak pidananya diperluas pada ‘korporasi’ tetapi tidak disertai ketentuan “pertanggungjawaban korporasi”, bagaimana jika “korporasi” tidak sanggup membayar pidana denda apakah dapat diberlakukan aturan pidana pengganti.²⁸⁹ Dari perkembangan penerapan sanksi pidana dan sanksi tindakan dalam peraturan hukum pidana materiil di luar KUHP saat ini, dapat diketahui bahwa Indonesia telah menerapkan sanksi yang bersifat *double track system*, di mana tujuan pemidanaan tidak hanya pada unsur pencelaan/ penderitaan/ pembalasan, namun juga pada unsur pembinaan/ tindakan yang bersifat fungsional. Kedua jenis sanksi tersebut (pemidanaan dan tindakan) harus diupayakan secara tepat dan proporsional, yakni dapat

²⁸⁸ Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia*, Semarang, Pustaka Magister, 2011, hlm. 29.

²⁸⁹ *Ibid*, hlm. 29-32.

saja di suatu perkara dimensi retributifnya lebih dominan, namun diperkara lain prinsip kemanfaatan (*teleologisnya*) yang diutamakan.²⁹⁰

Ketika hukum pidana ditempatkan sebagai hukum sanksi dengan penjatuhan sanksi pidana sebagai parameter keadilan dihubungkan dengan persoalan kehidupan dan kebutuhan masyarakat yang nyata, model penyelesaian pelanggaran hukum pidana menjadi tidak realistis. Dampak dan problem yang muncul disebabkan oleh pelanggaran hukum pidana adalah sangat kompleks yang mempengaruhi kehidupan manusia sekarang dan masa depan, disederhanakan dalam bentuk penjatuhan sanksi pidana. Akan tetapi akibat dari kejahatan (penderitaan fisik dan psikhis, kehilangan nyawa, harta benda, dan kehilangan pekerjaan dan problem sosial dan kemanusiaan lainnya), kurang menjadi perhatian dalam hukum pidana (KUHP dan KUHPA). Upaya pemulihannya kerugian akibat tindak pidana harus ditempuh melalui prosedur hukum perdata, karena masalah ganti kerugian yang bersifat privat bukan urusan hukum pidana.²⁹¹

Berkembangnya filsafat keadilan restoratif telah memunculkan pandangan bahwa kejahatan tidak lagi diartikan sekedar serangan pada negara dan pelanggaran oleh seseorang terhadap orang lain, di mana negara mengambil kembali wewenang balas dendam dari korban kejahatan. Keadilan restorative mengembangkan elemen-elemen: mediasi, rekonsiliasi, penyembuhan dan pemaafan (berbeda dengan retributif yang ber elemen: pembalasan, pemidanaan, isolasi, stigmatisasi dan penjeraan), berpijak pada hubungan yang manusiawi antara korban dengan pelanggar. Fokus penyelesaiannya pada dampak yang ditimbulkan oleh kejahatan pada semua pihak, karena pemidanaan dengan perspektif keadilan restoratif mempunyai muatan unsur yang memainkan peranan: korban kejahatan, masyarakat, negara dan pelanggar.²⁹²

Kritik terhadap pemidanaan model retributif, bahwa pidana itu dipusatkan kepada pelanggar karena pelanggarnya dan untuk kepentingan pelanggar, sementara korban terisolasi, tidak mendapatkan bantuan, dan mendapat perlakuan agresif (pertanyaan menjerat dan merendahkan martabat) dari terdakwa atau penasehat hukumnya. Petugas polisi dan jaksa melakukan tugas dengan dalih membantu kepentingan korban, namun senyatanya justru korban yang membantu kedua institusi tersebut dalam melaksanakan tugasnya, karena korban diposisikan sebagai saksi atau alat bukti dalam proses

²⁹⁰ Teguh Prasetyo, *op.cit*, hlm. 97. *commit to user*

²⁹¹ Mudzakkir, *op.cit*.

²⁹² Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Bandung, Nusa Media, 2013, hlm. 121.

pembuktian. Scheider mengatakan bahwa korban sesungguhnya dikorbankan untuk kedua kalinya, yakni oleh kejahatan (pelanggaran hukum pidana) dan oleh reaksi masyarakat terhadap kejahatan.²⁹³

Sekalipun saat ini telah berkembang filsafat pemidaan ‘model keadilan/ *just desert*/ ganjaran setimpal, sebagaimana yang diungkapkan Sue Titus Reid bahwa ‘*just desert*/ model keadilan’ merupakan justifikasi modern untuk pemidanaan karena mempunyai tujuan pencegahan / preventif dan retribusi,²⁹⁴ namun model tersebut hanya terfokus pada pelaku dan bukan korban yang kepentingannya terlanggar.

Menurut penelitian Margit berkaitan dengan pendapat orang awam (*lay people judgment*) dalam pemidanaan di Amerika, faktor-faktor seperti reputasi korban, asal usul kesukuan pelaku, gender, berat ringannya akibat kejahatan walaupun tidak disengaja, dan walaupun bias dan bersifat ekstraslegal, telah menempatkan korban dan pelanggaran pada prinsip-prinsip etika.²⁹⁵

Menurut Barda Nawawi Arief, pengertian perlindungan korban tindak pidana dapat dilihat dari dua makna : a) sebagai perlindungan hukum untuk tidak menjadi korban tindak pidana (berarti perlindungan HAM atau kepentingan hukum seseorang), b). sebagai perlindungan untuk memperoleh jaminan. Santunan hukum atas penderitaan kerugian orang yang telah menjadi korban tindak pidana (ide penyantunan korban). Bentuk santunan dapat berupa: pemulihan nama baik (rehabilitasi), pemulihan keseimbangan batin (misalnya dengan pemaafan), pemberian ganti rugi (restitusi, kompensasi, jaminan/ santunan kesejahteraan sosial) dan sebagainya. Hak akan ganti rugi

²⁹³ *Ibid*, hlm.120.

²⁹⁴ Menurut Sue Titus Reid maka “model keadilan” sebagai justifikasi modern untuk pemidanaan. Model ini disebut pendekatan keadilan atau model *Just desert*(ganjaran setimpal) yang didasarkan atas dua teori (tujuan) pemidanaan, yaitu pencegahan (prevention) dan retribusi (retribution). Dasar retribusi menganggap bahwa pelanggar akan dinilai dengan sanksi yang patut diterima oleh mereka mengingat kejahatan-kejahatan yang telah dilakukannya. Juga dianggap bahwa sanksi yang tepat akan mencegah pra kriminal itu melakukan tindakan-tindakan kejahatan lagi dan juga mencegah orang-orang lain melakukan kejahatan (**Sue Titus Reid**, *Criminal Justice, Procedures and Issues*, West Publishing Company, New York, 1987, hlm. 352).

²⁹⁵ Menurut penelitian Margit,

- korban yang mempunyai reputasi yang baik lebih memberi pengaruh pemidanaan yang berat dari pada korban yang mempunyai reputasi kurang baik .
- Pemidanaan menjadi lebih berat jika korban mendapat penderitaan lebih akibat kejahatan terdakwa, seperti luka berat dg kali patah, meskipun dipersidangan terungkap bahwa korban dirawat di rumah sakit sebagai akibat yang tidak dikehendaki terdakwa

(Margit E.Oswald & Ingrid Stucki, “Automatic Judgment and reasoning about punishment”, *Social Justice Research*, 12/2010, Volume 23, Issue 4, hlm. 291,297,301)

ini merupakan bagian yang integral dari hak asasi di bidang kesejahteraan/ jaminan sosial (*social security*) sebagaimana diatur dalam *Article 25 Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*.²⁹⁶

Sesungguhnya KUHAP telah menyediakan mekanisme mengenai hak untuk menuntut ganti rugi akibat suatu tindak pidana/ kejahatan bagi korban melalui cara penggabungan perkara perdata dalam perkara pidana (Pasal 98 sampai dengan Pasal 101 KUHAP). Namun adanya pembayaran ganti rugi dalam penggabungan perkara tersebut bersifat perdata, bukan sebagai sanksi pidana. Beberapa hal yang patut diperhatikan dalam pengajuan penggabungan perkara perdata dan pidana adalah:

- Diajukan sebelum penuntut umum mengajukan surat tuntutan, atau setidaknya sebelum putusan dibacakan, karena penggabungan akan diputus bersama pokok perkara pidananya.
- Wilayah hukum terdakwa adalah wilayah hukum Pengadilan Negeri yang menyidangkan perkara pidananya (berkaitan dengan kewenangan mengadili).
- Tuntutan ganti rugi tersebut harus riil (bukan immaterial), mudah pembuktiannya (sederhana) dan sebagai akibat langsung dari perbuatan terdakwa sebagai pengganti biaya yang telah dikeluarkan pihak korban atau senyatanya. Terhadap gugatan immaterial tidak termasuk dalam penggabungan gugatan perdata dalam perkara pidana, karena memerlukan pembuktian yang tidak sederhana, sehingga terhadap gugatan immaterial akan dinyatakan hakim sebagai gugatan tidak dapat diterima (*niet onvankelyk*).
- Eksekusi ganti rugi dilaksanakan sesuai hukum acara perdata (oleh Juru Sita Pengadilan Negeri), dan eksekusi pemidanaan dilaksanakan oleh Jaksa.

Menurut Muhadar, Edi Abdullah dan Husni Thamrin, terdapat beberapa faktor yang menghambat manfaat atau pelaksanaan penggabungan perkara:²⁹⁷

- Jika pihak terdakwa merupakan orang yang tidak mampu membayar ganti rugi, dan tidak ada sanksi apabila yang bersangkutan tidak dapat memenuhi tuntutan ganti kerugian tersebut.
- Pelaksanaan dari putusan terhadap perkara penggabungan gugatan ganti kerugian dan perkara pidana dilakukan secara terpisah. Dalam penggabungan tuntutan ganti rugi ini, tidak diperkenankan permintaan sita jaminan (sita

²⁹⁶ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Jakarta, Kencana Prenadamedia Grup, 2014, cet. Ke-4, hlm. 62

²⁹⁷ Muhadar, Edi Abdullah dan Husni Thamrin, *Perlindungan Saksi dan Korban Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Surabaya, Putra Media Nusantara, 2010, hlm. 50-51

konservator), sebab acara terhadap lembaga sita jaminan tersebut harus melalui proses acara tersendiri yang tentu memerlukan waktu yang lama.

- Oleh karena gugatan ganti kerugian pada perkara pidana hanya bersifat assesor, maka akan menemui kendala terhadap upaya hukum banding atas putusan ganti rugi (perdata)nya. Dalam hal ini pihak korban / penggugat dalam penggabungan perkara gugatan ganti kerugian tersebut selalu tergantung pada pihak terdakwa atau Jaksa Penuntut Umum. Jika terdakwa atau penuntut umum tidak mau banding, maka lenyaplah hak bandingnya.²⁹⁸

Kenyataan inilah yang kerap menjadi pertimbangan hakim untuk menyarankan dipisahkannya gugatan ganti rugi melalui gugatan perkara perdata, karena tidak dapat diterapkannya atau tidak sesuainya dengan harapan korban. KUHP yang berlaku saat ini juga tidak memberi pengaturan ganti rugi dalam KUHP baik sebagai pidana pokok maupun pidana tambahan. Kemungkinan pemberian gantirugi hanya ada dalam ketentuan Pasal 14c KUHP, yakni sebagai salah satu syarat dalam 'pidana bersyarat. Jadi ganti rugi bukan merupakan salah satu jenis pidana, melainkan hanya sebagai syarat bagi terpidana untuk tidak menjalani pidana pokok. Hal ini terjadi karena ide dasar KUHP tetap tertuju pada pelaku tindak pidana, bukan pada korban/ victim.²⁹⁹

Secara substansi perlindungan korban dapat dibagi dalam:³⁰⁰

- (1) Perlindungan korban dalam proses beracara, seperti: a) perlakuan yang wajar dan manusiawi (*proper and respectful treatment*) selama proses penyelidikan/ penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan di persidangan yang tidak boleh merendahkan martabat korban. Riwayat hidup korban, stigma pribadi tidak boleh digunakan untuk memojokkan korban, b) memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga dan harta bendanya, serta bebas dari ancaman yang berkenaan dengan kesaksian (yang akan, sedang dan telah) diberikan. Korban berhak ikut serta memilih dan menentukan bentuk perlindungan dan dukungan keamanan, serta bantuan hidup sementara sampai batas waktu perlindungan berakhir, c) selama memberikan keterangan, tanpa tekanan, bebas dari pertanyaan menjerat, dan berhak atas penterjemah, serta berhak mendapat nasehat hukum, d) korban berhak atas mendapat informasi mengenai perkembangan kasus dan putusan pengadilan, termasuk dalam hal terpidana dibebaskan setelah menjalani pembedaan, e) korban berhak atas identitas baru dan tempat kediaman baru. Prinsip-prinsip tersebut dalam huruf b s.d e telah diatur dalam UU no. 13 tahun 2006 tentang perlindungan saksi dan korban.
- (2) Perlindungan korban secara materiil, hal mana tidak diatur dalam KUHP.

²⁹⁸ Lihat pula Djoko Prakoso, SH, Masalah Ganti Rugi dalam KUHP, Bina Aksara, Jakarta, 1989.

²⁹⁹ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Jakarta, Kencana Prenadamedia Grup, cet. Ke-4, 2014. hlm. 62.

³⁰⁰ Muhadar – et all, *op.cit*, hlm. 181.

Terhadap perlindungan korban secara materiil tersebut, dapat menerapkan teori keseimbangan dalam pemidanaan, di mana perlindungan terhadap korban akan menjadi bagian dari *strafmaat* putusan atau menjadi bagian dari sanksi pidana.



2. Kedudukan Hakim dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia

Sistem peradilan pidana atau *criminal justice system* menunjuk pada suatu mekanisme kerja dalam menanggulangi kejahatan dengan menggunakan pendekatan sistem. Menanggulangi berarti usaha untuk mengendalikan kejahatan agar berada dalam batas-batas toleransi masyarakat. Sistem ini dianggap berhasil apabila sebagian besar dari laporan maupun keluhan masyarakat yang menjadi korban kejahatan dapat “diselesaikan”, dengan diajukan pelaku kejahatan ke sidang pengadilan dan diputuskan bersalah serta mendapat pemidanaan.³⁰¹

Menurut Remington dan Ohlin, *criminal justice system* dapat diartikan sebagai pemakaian pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi pendekatan sistem 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.³⁰²

Istilah Sistem Peradilan Pidana pertama kali diperkenalkan di Amerika Serikat sebagai *Criminal Justice System* di akhir tahun 1960-an dan awal tahun 1970, setelah Amerika Serikat dalam prakteknya mengalami kegagalan menekan angka kriminalitas dengan menggunakan pendekatan model “hukum dan ketertiban” (*law and order*).³⁰³

Helbert L. Packer mengajukan dua model peradilan pidana yang banyak diterapkan oleh negara-negara yakni *Crime Control Model* (CCM) dan *Due Process Model* (DPM).

- ***Crime Control Model (CCM)***. Packer mencirikan CCM sebagai “*assembly-line justice*”, untuk mencapai “*quick closure*” dalam proses beracara yang

³⁰¹Reda Manthovani, *Intersepsi Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia (Suatu Kajian dalam Perspektif Unifikasi Peraturan Perundang-Undangan)- Ringkasan Disertasi*, Fakultas Hukum Program Pascasarjana-Doktor Ilmu Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2014, hlm. 18.

³⁰²Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana Kontemporer*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011, hlm. 2.

³⁰³Secara singkat ciri pendekatan “hukum dan ketertiban” (*Law and order*) dalam peradilan pidana adalah : a) Kepribadian ganda , b) Titik berat pada *law enforcement* dimana hukum diutamakan dengan dukungan instansi kepolisian, c) Keberhasilan penanggulangan kejahatan sangat tergantung pada efektifitas dan efesiensi kepolisian, d) Menimbulkan eksekusi diskresi dalam pelaksanaan tugas kepolisian : *police brutality*, kolusi, *police corruption*.(Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana: perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Bandung : Binacipta, 1996,hlm. 7)

menempatkan kecepatan.³⁰⁴ *CCM* adalah sistem yang digambarkan seperti *conveyor belt*, berjalan sangat cepat. Pemeriksaan harus ditangani oleh tenaga ahlinya untuk mencegah kesalahan, mengedepankan asas *presumption of guilty* (praduga bersalah) dan berdiri di atas konsep *factual guilty*.³⁰⁵ *CCM* bertitik tolak pada keadilan represif sebagai tujuan yang ingin dicapai untuk menekan angka kejahatan. Kelemahan sistem ini adalah dapat terjadi cara-cara ilegal yang kurang menghargai hak asasi manusia demi mencapai tujuan cepat dan efisien.

CCM merupakan tipe “*affirmative model*”, yang selalu menekankan pada eksistensi dan penggunaan kekuasaan formal disetiap sudut dari proses peradilan pidana. Dalam model ini kekuasaan legislatif sangat dominan. Nilai-nilai yang melandasi *crime control model (CCM)* adalah³⁰⁶ :

- (1) Tindakan represif terhadap suatu tindakan kriminal merupakan fungsi terpenting dari suatu proses peradilan.
 - (2) Perhatian utama harus ditujukan kepada efisiensi dari suatu penegakan hukum untuk menyeleksi tersangka, menetapkan kesalahannya dan menjamin atau melindungi hak tersangka dalam proses peradilannya.
 - (3) Proses kriminal penegakan hukum harus dilaksanakan berlandaskan prinsip cepat (*speedy*) dan tuntas (*finality*), dan model yang dapat mendukung proses penegakan hukum tersebut adalah harus model administratif dan menyerupai model manajerial.
 - (4) “asas praduga bersalah” (*presumption of guilt*) akan membuat sistem ini bekerja secara efisien.
 - (5) Proses penegakan hukum harus menitikberatkan pada kualitas temuan-temuan fakta administratif, oleh karena temuan tersebut akan membawa ke arah : a) pembebasan seseorang tersangka pada penuntutan atau b) kesediaan tersangka menyatakan dirinya bersalah (*plead of guilty*).
- ***Due Proses Model (DPM)***. Menekankan keadilan yang berorientasi pada eksistensi hak-hak terdakwa, dan lebih mengedepankan dimensi hukum dan hak asasi manusia. Berbeda dengan *CCM*, maka *DPM* menerapkan asas *presumption of innocent* (praduga tidak bersalah) dan berdiri di atas konsep *legal guilt*. *DPM* berupaya memperkecil kesalahan dengan berjalan diatas rel aturan (prosedural). *DPM* merupakan tipe “*negative model*”, yang selalu menekankan pada kekuasaan formal (kekuasaan yudikatif) dan mengacu pada konstitusi, serta modifikasi dari penggunaan kekuasaan tersebut.

³⁰⁴ Robert M.Bohm dan Keith N.Haley, *Introduction to Criminal Justice*, 2nd ed, United State of America, Glencoe / McGraw Hill, 1998, hlm. 465.

³⁰⁵ Himajinasi, *Crime Control Model dan Due Process Model*, himajunasinarraniry.blogspot.com/2013/ 01/crime-control-model-dan-due-proses-model, diunduh 18-12-2013, jam 8.20.

³⁰⁶ Romli Atmasasmita, *Op.cit*, hlm. 19

Nilai-nilai yang melandasi *due process model* (DPM) adalah³⁰⁷ :

- (1) Kemungkinan adanya faktor “kelalaian yang bersifat manusiawi” (*human error*) menyebabkan model ini menolak “*informal fact finding process*” sebagai cara untuk menetapkan secara definitif “*factual guilt*” seseorang. Model ini hanya mengutamakan “*formal adjudicative dan adversary fact finding*” atau “*formal fact finding*”, yang berarti setiap tersangka yang diproses harus diajukan ke persidangan yang tidak memihak dan diperiksa setelah tersangka mendapatkan hak-haknya secara penuh untuk dapat mengajukan pembelaannya.
- (2) *Due process model* menekankan pada pencegahan (*preventive measures*) dan menghapuskan sejauh mungkin kesalahan mekanisme administrasi peradilan.
- (3) *Due process model* menempatkan individu secara utama di dalam proses peradilan dan konsep pembatasan wewenang formal, sangat memperhatikan kombinasi stigma dan kehilangan kemerdekaan yang dianggap merupakan pencabutan hak asasi seseorang yang hanya dapat dilakukan oleh negara. Proses peradilan dipandang sebagai *coercive* (menekan), *restrictive* (membatasi), dan merendahkan martabat (*demeaning*), sehingga proses peradilan harus dikendalikan karena kekuasaan cenderung disalah gunakan dan berpotensi menempatkan individu pada kekuasaan yang *coercive* dari negara.
- (4) *Due process model* bertitik tolak dari nilai yang bersifat anti terhadap kekuasaan, sehingga model ini memegang teguh doktrin “*legal guilt*”, yang didasarkan konsep pemikiran :
 - (a) Seseorang dianggap bersalah apabila penetapan kesalahannya dilakukan secara prosedural dan dilakukan oleh mereka yang memiliki kewenangan untuk tugas tersebut.
 - (b) Penetapan kesalahan seseorang hanya dapat dilakukan oleh Pengadilan yang tidak memihak. Dalam konsep “*legal guilt*” terkandung asas “*praduga tidak bersalah*” (*presumption of innocent*). “*Factually guilty*” tidak sama dengan “*legally guilty*”, tapi “*factually guilty*” mungkin saja “*legally innocent*”.
- (5) Gagasan persamaan di muka hukum (*equality before the law*) lebih diutamakan, sehingga pemerintah harus menyediakan fasilitas yang sama untuk setiap orang. Pemerintah wajib menjamin ketidakmampuan secara ekonomis tersangka tidak akan menghalangi haknya untuk membela diri di muka pengadilan (mendapatkan bantuan hukum). Tujuan khusus dari DPM adalah melindungi mereka yang secara faktual tidak bersalah (*factually innocent*) sama halnya dengan menuntut mereka yang secara faktual bersalah (*factually guilty*).
- (6) DPM lebih mengutamakan kesusilaan dan kegunaan sanksi pidana (*criminal sanction*).

Secara singkat perbedaan antara CCM dan DPM dapat diuraikan menjadi:

	<i>Crime Control Model</i>	<i>Due Process Model</i>
a.	<i>Represif</i>	<i>Preventif</i>
b.	<i>Presumption of guilt</i>	<i>Presumption of innocent</i>

³⁰⁷ *Ibid.* hml. 19-20

c.	<i>Informal fact finding</i>	<i>Formal fact finding</i>
d.	<i>Factual guilt efficiency</i>	<i>Adjudicative</i>
e.	<i>Plead of guilty</i>	<i>Legal guilt efficiency</i>

Menurut Romli Atmasasmita, apabila dikaitkan dengan dua model yang paling populer dalam sistem peradilan pidana yakni *Due Process Model* dan *Crime Control Model*, maka sistem peradilan pidana Indonesia versi KUHAP telah mempergunakan pendekatan “*due process model*”, namun dalam pelaksanaannya lebih mencerminkan “*crime control model*”.³⁰⁸

Sistem peradilan pidana secara integral merupakan satu kesatuan dari berbagai sub-sistem (komponen) yang terdiri dari komponen “substansi hukum” atau norma hukum/ peraturan perundang-undangan (*Legal substance*), “struktur hukum” atau lembaga /struktur/ aparat penegak hukum (*legal structure*), dan budaya hukum atau nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat dan kesadaran/ perilaku hukum/ perilaku sosial masyarakat (*legal culture*), yang saling terkait dalam proses penegakan hukum. Atau dengan kata lain sistem peradilan /penegakan hukum merupakan kesatuan sistem substansial, sistem struktural dan sistem kultural.³⁰⁹

Menurut Barda Arief Nawawi, dilihat dari komponen substansi hukum (*legal substance*), sistem peradilan pidana pada hakikatnya merupakan suatu sistem penegakan substantif yang meliputi hukum pidana materiel, hukum pidana formal dan hukum pelaksanaan pidana, sehingga merupakan suatu *integrated legal system* atau *integrated legal substance*. Dilihat dari komponen struktural (*legal structure*) maka sistem peradilan pada dasarnya merupakan sistem berfungsinya badan-badan/ lembaga-lembaga/ aparat penegak hukum, sehingga merupakan “sistem administrasi/ penyelenggaraan /fungsional /operasional” dari berbagai struktur/profesi penegak hukum, sehingga muncul istilah “*integrated criminal justice system*” atau “*the administration of criminal justice*”. Sedangkan dilihat dari komponen “budaya hukum” maka sistem peradilan pada dasarnya merupakan perwujudan dari sistem “nilai-nilai budaya hukum” (filsafat hukum, asas-asas hukum, ilmu hukum dan kesadaran/ sikap perilaku hukum).³¹⁰ Dengan demikian, hakim merupakan salah satu komponen dari ke empat komponen selain

³⁰⁸ Romli Atmasasmita, *Op.cit*, hlm. 43

³⁰⁹ Barda Nawawi Arief, *Reformasi Sistem Peradilan (Sistem Penegakan Hukum) Indonesia*, Semarang, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2012, hlm. 5

³¹⁰ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Formulasi Ketentuan Pidana Dalam Peraturan Perundang-Undangan*, Semarang, Pustaka Magister Semarang, 2012, hlm. 6-7.

kepolisian, kejaksaan dan lembaga kemasyarakatan. Dampak dari hasil kerja hakim dalam proses peradilan pidana tersebut, tidak terlepas dari komponen lainnya.

Namun menurut Romli Atmasasmita, praktek penegakan hukum Indonesia yang kerap kali kontraversial, tidak lepas dari sistem manajemen penegakan hukum, yang sayangnya belum terpikirkan sewaktu penyusunan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana tahun 1981. Dalam prakteknya, karena masih sibuk menempatkan posisi lembaga (polisi, jaksa, hakim, lembaga pemasyarakatan dan penasihat hukum) dan tersangka/ terdakwa dalam peradilan pidana, belum ada kesamaan pemahaman tentang KUHAP sebagai satu rambu pengikat untuk meletakkan dasar-dasar sistem manajemen yang baik dan terarah. Aparat penegak hukum masih mengukur KUHAP semata-mata sebagai legitimasi yuridis tugas dan wewenang yang bersifat sektoral, belum sebagai suatu sistem peradilan pidana terpadu.³¹¹

Secara ringkas disain prosedur (*procedural desain*) sistem peradilan pidana yang ditata dalam KUHAP, yang terbagi dalam tiga tahap:³¹²

- (a) Tahap sebelum persidangan atau tahap pra-adjudikasi/ *pre-adjudication*, yang terdiri dari tahap penyidikan (*opsporing*) dan tahap penuntutan (*vervolging*).
- (b) Tahap sidang pengadilan atau tahap adjudikasi/ *adjudicatio* atau *rechtspraak*.
- (c) Tahap setelah pengadilan atau tahap purna adjudikasi/ *post-adjudication*, yakni tahap pelaksanaan putusan hakim (*executie*), dan tahap pengawasan dan pengamatan putusan pengadilan.

Pada tahap adjuikasi, kedudukan hakim sangat berperan menentukan harkat dan martabat terdakwa, dan pada tahap adjudikasi ini dapat terjadi proses stigmatisasi dan viktimisasi struktural mencapai puncaknya, sehingga patut dipersoalkan tentang arti dan makna diberikannya kesempatan (asas) “kedudukan hukum yang sederajat/sama” dibandingkan efek negatif yang sudah terbentuk dari proses stigmatisasi dan viktimisasi struktural yang telah dialami seorang terdakwa sejak tahap penyidikan.³¹³

Hakim merupakan salah satu komponen dari empat komponen pokok dalam system peradilan pidana, selain kepolisian, kejaksaan, dan lembaga kemasyarakatan. Reaksi dari salah satu komponen dalam sistem peradilan pidana akan menimbulkan dampak pada komponen (subsitem) lainnya. Oleh karenanya pemaknaan dan pemahaman hakim atas ketentuan undang-undang sangat penting bagi tegaknya hukum

³¹¹ Romli Atmasasmita, *Op.cit.*

³¹² *Ibid.*, hlm. 42.

³¹³ *Ibid.*, hal. 43

dan keadilan. Dalam posisi demikian, independensi (kebebasan) hakim sebagaimana yang diamanatkan oleh Pasal 24 UUD 1945 dan UU no. 29 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman harus diartikan sebagai bebas dari segala pengaruh (termasuk dari pengaruh kekuasaan eksekutif dan legislatif) dan bebas dari paksaan direktiva atau rekomendasi yang datang dari pihak-pihak ekstra yudisiil, kecuali dalam hal-hal yang diizinkan undang-undang.³¹⁴

Menurut Romli Atmasasmita, kajian konseptual tentang '*Independence Judiciary*' (berpasangan dengan '*Independence Accountability*'), secara teoritik didukung dalam tiga model tentang '*judicial responsibility*':³¹⁵

- (1) Model Ketergantungan (*dependency*).
Model ini disebut juga '*the Represif model*', karena posisi hakim yang berada dalam keadaan di bawah (*subservience*). Yang dimaksud dengan posisi *subservience* adalah masuk dalam kerangka bentuk '*political accountability*', di mana pertanggungjawaban ditujukan kepada eksekutif.
- (2) Model Pemisahan (*separateness*).
Model Pemisahan (*separateness*) berbeda secara diametral dengan model ketergantungan (*dependency*), karena model ini menganut 'kebebasan absolut' (*absolute independence*). Pada model ini lembaga peradilan secara total teralienasi dari Pemerintah dan masyarakat sebagaimana yang terjadi di Perancis pada masa '*ancient regime*' dan saat ini dikembangkan di Italia dan Spanyol.
- (3) Model Responsif (*consumer oriented*).
Model '*responsif*' banyak dikembangkan oleh negara modern berdasarkan alasan-alasan yang dapat dipertanggungjawabkan secara politis dan sosial, serta dapat dipertanggungjawabkan secara hukum. Model responsif berhasil sebagai stabilisator antara dua nilai-nilai yang bertentangan antara '*independence*' dan '*accountability*', serta mencerminkan secara baik suatu tahapan dari status 'politisi' dan 'sosialisasi' dari perangkat judicial.

Model responsif menuntut suatu yurisprudensi yang responsif terhadap kebutuhan-kebutuhan dan aspirasi masyarakat. Sentral dari gagasan model responsif adalah '*check and balance*' dalam suatu pemerintahan yang demokrasi, dalam pengertian 'kekuasaan kehakiman tidak boleh dilaksanakan tanpa pengawasan dan bahkan kekuasaan untuk mengawasi itu sendiri bukan tanpa tanggung jawab'.

Dalam konvensi Majelis Umum PBB tahun 1985 tentang *the Prevention of Crime and The Treatment of Offender* di Milan, telah memutuskan *Basic Principles on the Independence of Judiciary* yang intinya menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman yang

³¹⁴ Firman A Mulingka, "Fungsi dan Kedudukan Hakim dalam Sistem Peradilan Pidana Kaitannya dengan Kemandirian Hakim", *Lex Administratum*, Vol.III. no.6, Agustus, 2015, hlm. 34.

³¹⁵ Romli Atmasasmita, *Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia dan Penegakan Hukum*, Aman Sembiring dan Agus Takariawan (Ed), Mandar Maju, 2001, hal. 7-8.

bebas, merdeka dan mandiri adalah suatu proses peradilan yang bebas dari setiap pembatasan-pembatasan, pengaruh-pengaruh yang tidak proporsional, hasutan-hasutan, tekanan-tekanan, ancaman-ancaman atau campur tangan secara langsung atau tidak langsung dari setiap sudut kemasyarakatan atau dengan alasan apapun.³¹⁶

Independensi peradilan (*Independence of Judiciary*) atau kemandirian lembaga peradilan identik dengan independensi hakim atau kebebasan hakim dalam memutus suatu perkara. Pemahaman atas kebebasan tersebut tidak diartikan sebagai kebebasan yang semena-mena, akan tetapi tetap logis dengan berpedoman pada ketentuan dan prinsip-prinsip hukum.³¹⁷

3. Pembuktian dan Hukum Pembuktian Dalam Hukum Acara Pidana Indonesia

Hukum pembuktian adalah seperangkat kaedah hukum yang mengatur tentang pembuktian. Sedangkan pembuktian dalam ilmu hukum adalah suatu proses, baik dalam acara perdata, acara pidana maupun acara-acara lainnya, dengan menggunakan alat bukti yang sah, dilakukan dengan prosedur khusus, untuk mengetahui apakah suatu fakta atau pernyataan yang dipersengketakan di pengadilan, yang diajukan oleh salah satu pihak dalam proses peradilan itu benar atau tidak sebagaimana yang dinyatakan itu. Hakim memiliki kemandirian, bebas dari intervensi/ campur tangan siapapun, bersih dan berintegritas, serta profesional.³¹⁸

Menurut Yahya Harahap, pembuktian adalah ketentuan-ketentuan yang berisi penggarisan dan pedoman tentang cara-cara yang dibenarkan undang - undang membuktikan kesalahan yang didakwakan kepada terdakwa.³¹⁹

³¹⁶ *Ibid.* hal.3.

³¹⁷ Ahmad Kamil, *Filsafat Kebebasan Hakim*, Kencana Predana Media Grup, Jakarta, 2012, hlm. 2.

³¹⁸ Munir Fuady, *Teori Hukum Pembuktian Pidana dan Perdata*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2012, hlm. 1-2.

³¹⁹ M.Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP, Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali*, Bandung, Sinar Grafika, 2006, hlm. 273.

a. Teori Pembuktian

Hukum pembuktian merupakan bagian dari hukum acara pidana, yang terdiri dari alat bukti, sistem pembuktian, syarat-syarat dan tata cara mengajukan pembuktian. Sumber-sumber hukum pembuktian dalam hukum acara pidana antara lain : 1) Undang-undang, diantaranya: Undang-Undang nomor 8 tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), 2) doktrin, dan 3) yurisprudensi.³²⁰

Di dalam teori pembuktian dikenal 4 sistem pembuktian³²¹:

- (1) *Conviction in time*. Merupakan sistem pembuktian yang berdasarkan keyakinan hakim semata. Hakim tidak terikat dengan alat bukti, atau hakim dapat memutus berdasarkan alat bukti ataupun mengabaikan alat bukti. Dengan demikian putusan hakim lebih bersifat subyektif. Sistem ini diterapkan pada peradilan bersistem juri.
- (2) *Conviction in Ratione*, sistem pembuktian ini juga masih menyandarkan pada keyakinan hakim, dan tidak terikat pada alat bukti serta memberi keluasaan bagi hakim untuk memperoleh alat bukti diluar yang ditentukan undang-undang. Namun dalam mengambil keputusan harus didasarkan pada alasan-alasan yang jelas yang dapat diterima akal (*reasonable*) yang logis dan tidak semata-mata berdasarkan keyakinan yang tanpa batas.
- (3) **Sistem pembuktian positif**, yakni sistem pembuktian yang didasarkan alat bukti yang ditentukan undang-undang semata tanpa melibatkan keyakinan hakim, sehingga yang dicari adalah keadilan formal,
- (4) **Sistem pembuktian negatif**, sistem ini mirip dengan sistem pembuktian *conviction in ratione* di mana hakim terikat dengan alat bukti yang ditentukan undang-undang dan ditambah dengan keyakinan hakim. Dengan demikian terdapat dua syarat: pertama *wettelijk*: adanya alat bukti menurut undang-undang dan kedua negatif : keyakinan hakim, dimana berdasarkan alat bukti tersebut hakim meyakini kesalahan terdakwa.

Dari ketentuan Pasal 183 KUHAP yang berbunyi “ hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seseorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya”, dapat diketahui bahwa

³²⁰ Hari Sasangka dan Lily Rosita, *Hukum Pembuktian dalam Perkara Pidana*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 10.

³²¹ Waluyadi, *Hukum Pembuktian dalam Perkara Pidana untuk Mahasiswa dan Praktisi*, Bandung, MAndar Maju, 2004, hlm. 39.

adanya dua alat bukti yang sah belumlah cukup bagi hakim untuk menjatuhkan pidana, tetapi dari alat-alat bukti yang sah itu hakim juga perlu memperoleh keyakinan, bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi, dan bahwa terdakwa telah bersalah melakukan tindak pidana tersebut. Sebaliknya adanya keyakinan hakim saja adalah juga tidak cukup, apabila keyakinan tersebut telah tidak ditimbulkan oleh sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah.³²²

Dengan demikian, diketahui KUHAP menganut sistem pembuktian menurut undang-undang bersifat negatif. Menurut M. Yahya Harahap, dari sistem pembuktian yang diatur ketentuan Pasal 183 KUHAP ini terpadu kesatuan penggabungan antara sistem *conviction in time* dengan “sistem pembuktian menurut undang-undang secara positif / *positive wettelijk stelsel*.”³²³

Dalam melakukan pembuktian, terdapat prinsip-prinsip dalam pasal-pasal KUHAP yang harus diperhatikan:

- Pembuktian harus dilakukan menurut cara dan dengan alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang.
- Keyakinan hakim juga harus didasarkan atas cara dan dengan alat bukti yang sah menurut undang-undang.³²⁴
- Hal yang sudah diketahui secara umum, tidak perlu dibuktikan (*notoir feiten*). Pasal 184 ayat (2) KUHAP menentukan bahwa hal-hal yang secara umum sudah diketahui tidak perlu dibuktikan, yang disebut fakta *notoir*, yakni: a) sesuatu atau peristiwa yang diketahui umum bahwa sesuatu atau peristiwa tersebut memang sudah demikian halnya yang sebenarnya atau semestinya demikian, misalnya: harga emas lebih mahal dari perak. b) sesuatu kenyataan atau pengalaman yang selamanya dan selalu mengakibatkan demikian atau selalu merupakan kesimpulan demikian, misalnya: arak adalah minuman keras yang dalam takaran tertentu bisa menyebabkan mabuk.³²⁵
- Hakim Ketua Sidang memimpin persidangan. Pasal 153 KUHAP memberi kewenangan Hakim memimpin persidangan dalam bahasa Indonesia yang

³²² P.A.F. Lamintang, *Pembahasan KUHAP Menurut Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana & Jurisprudensi*, Jakarta, Sinar Grafika, 2013, hlm. 408.

³²³ Pasal 294 HIR juga menganut sistem pembuktian menurut Undang-Undang secara negatif, perbedaannya hanya terletak pada penekanannya. (M. Yahya Harahap, *Op.Cit*, hlm. 280).

³²⁴ M. Yahya Harahap, *Op.cit*, hlm. 279

³²⁵ Heri Sasangka dan Lily Rosita, *Op.cit*, hlm. 20.

dimengerti terdakwa dan saksi-saksi, serta wajib menjaga agar terdakwa dan saksi dapat memberikan jawabannya dengan bebas tanpa tekanan.

- Persidangan terbuka untuk umum, kecuali undang-undang menyatakan sebaliknya. Misalnya perkara delik susila atau terdakwa anak .
- Menjadi saksi adalah suatu kewajiban. Pasal 159 ayat (2) KUHAP menyebutkan: orang yang menjadi saksi setelah dipanggil ke suatu sidang pengadilan wajib untuk memberikan keterangan, tetapi menolak kewajiban itu dapat dikenakan pidana berdasarkan ketentuan undang-undang yang berlaku. Hal ini juga berlaku bagi ahli.
- Satu saksi bukan saksi (*unnus testis nullus testis*). Pasal 185 ayat (2) menentukan: keterangan seorang saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa ia bersalah melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya, melainkan harus disertai dengan alat bukti lain. Namun demikian terhadap ketentuan ini terdapat pengecualiannya pada ayat (3).
- Kesaksian diberikan di bawah sumpah. Pasal 185 ayat (7) KUHAP mewajibkan kesaksian di bawah sumpah sebagai alat bukti yang berkekuatan hukum, namun demikian kesaksian yang tidak di bawah sumpah tetap merupakan alat bukti lainnya jika keterangannya bersesuaian dengan kesaksian di bawah sumpah.
- Suatu kesaksian adalah bukan *de auditu* (*testimonium de auditu*).

Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 27 dan Pasal 185 ayat (5) KUHAP, maka keterangan saksi adalah keterangan yang diberikan di persidangan tentang suatu peristiwa yang ia alami sendiri, dengar sendiri atau melihat sendiri dengan melihat alasan dari pengetahuannya tersebut. Dalam ilmu hukum, kesaksian yang *de auditu* tidak mempunyai kekuatan hukum yang sah.³²⁶ Yang ditekankan dalam pasal ini adalah keterangan saksi (kesaksiannya) yang diberikan selama persidangan, bukan kehadiran secara fisik si saksi. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 173 KUHAP dan dalam perkembangannya kesaksian menggunakan teknologi *teleconference*, di mana kesaksian diberikan di suatu tempat diluar ruang sidang dengan menggunakan teknologi telekomunikasi yang memberi akses bagi saksi memberi kesaksian.

- Pengakuan terdakwa tidak menghapus kewajiban penuntut umum untuk membuktikan kesalahan terdakwa. Pasal 189 ayat (4) menentukan: keterangan

³²⁶P.A.F.Lamintang, *Op.cit*, hlm. 418-419.

terdakwa saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa ia bersalah melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya, melainkan harus disertai dengan alat bukti. Ketentuan ini berlawanan dengan prinsip pembuktian terbalik.

- Keterangan terdakwa hanya mengikat dirinya sendiri. Pasal 189 ayat (3) KUHAP menentukan: keterangan terdakwa hanya dapat digunakan terhadap dirinya sendiri. Menurut asas ini, apa yang diterangkan terdakwa dipersidangkan yang berkedudukan sebagai terdakwa, hanya dapat dipergunakan sebagai alat bukti terhadap dirinya sendiri. Jika dalam suatu perkara terdakwa terdiri dari beberapa orang, masing-masing keterangan setiap terdakwa hanya merupakan alat bukti yang mengikat kepada dirinya sendiri. Keterangan terdakwa A tidak dapat dipergunakan terhadap terdakwa B, demikian sebaliknya.³²⁷

b. Alat Bukti Menurut KUHAP

Alat bukti yang sah menurut undang-undang, diatur dalam Pasal 184 Ayat (1) KUHAP, antara lain:

(1) *Keterangan saksi.*

Pengaturan mengenai saksi dan kesaksian dalam KUHAP terdapat pada Pasal 1 angka 27, Pasal 160, Pasal 161, Pasal 162, Pasal 163, Pasal 164, Pasal 165, Pasal 166, Pasal 167, Pasal 168, Pasal 169, Pasal 170, Pasal 171, Pasal 172, Pasal 173, Pasal 174 dan Pasal 185 Ayat (1) s.d Ayat (7). Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 27 dan Pasal 185 ayat (5) KUHAP, maka keterangan saksi adalah keterangan yang diberikan di persidangan tentang suatu peristiwa yang ia alami sendiri, dengar sendiri atau melihat sendiri dengan melihat alasan dari pengetahuannya tersebut.

Kesaksian yang akan didengarkan terlebih dahulu adalah saksi korban atau orang yang dirugikan akibat perbuatan terdakwa (Pasal 160 Ayat (1) huruf b KUHAP), namun ketentuan ini tidak bersifat imperative, ketidakhadiran saksi korban tidak boleh menghalangi asas peradilan cepat.

M.Yahya Harahap membahas syarat-syarat sahnya keterangan saksi untuk dapat dinilai kekuatan pembuktiannya (*the degree of evidence*)³²⁸ :

- Keterangan saksi diberikan di bawah sumpah (syarat formil). Sebelum atau sesudah memberikan kesaksian, harus menyatakan sumpah atau janji menurut

commit to user

³²⁷ M.Yahya Harahap, *Op.cit*, hlm. 321.

³²⁸ *Ibid*, hlm. 286-295.

cara agama dan kepercayaannya masing-masing (Pasal 160 Ayat (3) dan Ayat (4) KUHAP). Apabila saksi menolak mengucapkan sumpah/janji, tanpa alasan yang sah, maka terhadapnya dapat dikenakan sandera (Pasal 161 Ayat (1) KUHAP). Penyanderaan dilakukan berdasarkan penetapan hakim paling lama 14 (empat belas) hari.

- Keterangan saksi yang dapat dinilai sebagai alat bukti adalah yang apa yang dilihat sendiri, dialami sendiri dan didengar sendiri dengan menyebutkan alasan dari pengetahuannya itu. Apabila ketentuan Pasal 1 angka 27 KUHAP dihubungkan dengan Pasal 185 Ayat (1) KUHAP, maka dapat disimpulkan: 1) setiap kesaksian diluar mengalami, mendengar dan melihat sendiri, tidak dapat dijadikan alat bukti atau tidak mempunyai kekuatan nilai pembuktian, 2) *testimonium de auditu* (kesaksian berdasarkan mendengar dari orang lain) tidak mempunyai kekuatan nilai pembuktian dan bukan alat bukti, dan c) pendapat dan rekaan merupakan hasil pemikiran, bukan merupakan keterangan saksi, sehingga tidak dapat dinilai sebagai alat bukti. Menurut Andi Hamzah sesuai dengan penjelasan KUHAP, kesaksian di *auditu* tidak diperkenankan sebagai alat bukti. Oleh karena tujuan hukum acara pidana untuk mencari kebenaran materiil dan jika kesaksian didasarkan dari mendengarkan orang lain (*de auditu*), maka tidak melindungi hak asasi manusia.³²⁹
- Kesaksian dinyatakan dalam sidang pengadilan. Pasal 185 Ayat (1) KUHAP menegaskan bahwa kesaksian harus “dinyatakan” di sidang pengadilan. Apabila ketentuan Pasal 185 Ayat (1) KUHAP dikaitkan dengan ketentuan Pasal 173 KUHAP dan Undang Undang nomor 13 tahun 2006 sebagaimana diubah dengan Undang-Undang nomor 31 tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang nomor 13 tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, maka terhadap ketentuan “dinyatakan” di sidang pengadilan ini dapat ditarik dua pengertian: pertama, pengertian sempit sebagaimana pendapat yang menyatakan bahwa keterangan saksi yang dapat dinilai mempunyai kekuatan pembuktian hanya terbatas diberikan atau dinyatakan dalam ruang sidang, bukan di halaman pengadilan atau di rumah saksi misalnya; kedua, pengertian luas bahwa makna dari “dinyatakan di sidang pengadilan” tidak hanya terkungkung dalam pengertian “ruang” dan “waktu”, namun untuk menjaga perlindungan terhadap saksi dan

³²⁹Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Jakarta, Sinar Grafika, 2005, hlm. 242.

korban maka kesaksiannya dapat diberikan di suatu ruang lain yang mempunyai akses langsung ke ruang sidang sehingga saksi atau korban dapat memberikan kesaksiannya pada saat yang bersamaan.

Dengan berkembangnya teknologi informasi *teleconference*, kesaksian dapat diberikan di luar ruang persidangan namun dilakukan pada waktu persidangan digelar. Dalam praktek peradilan kesaksian tersebut tetap dinilai mempunyai kekuatan pembuktian, seperti dalam kasus Abu Bakar Baasir. Sesungguhnya kesaksian di luar sidang, seperti di rumah sakit atau di rumah saksi karena saksi tidak mampu berpindah tempat tetap dimungkinkan dalam koridor hakim melakukan pemeriksaan setempat (di lokasi).

- Keterangan satu saksi saja dianggap tidak cukup.

Pasal 183 KUHAP menentukan bahwa pembuktian harus didasarkan oleh sedikitnya dua alat bukti. Dengan begitu keterangan satu orang saksi baru mempunyai arti jika dicukupi oleh sedikitnya satu alat bukti lainnya. Permasalahannya adalah apakah 'kesaksian tunggal' dapat dibenarkan, mengingat adanya asas *unus testis nullus testis*? Ketentuan Pasal 185 Ayat (2) KUHAP memberikan solusi bahwa:

- Untuk dapat membuktikan kesalahan terdakwa paling sedikit didukung oleh 'dua orang saksi', atau
- Jika saksi yang ada hanya seorang saja, maka kesaksian tunggal itu harus ditambah dengan salah satu alat bukti yang lain, misalnya keterangan ahli, surat, petunjuk, keterangan terdakwa.
- Keterangan beberapa saksi yang berdiri sendiri.

Ketentuan Pasal 185 Ayat (4) menegaskan bahwa: i) keterangan beberapa saksi yang berdiri sendiri tentang suatu kejadian atau keadaan dapat digunakan sebagai alat bukti yang sah, dengan syarat, ii) apabila keterangan saksi itu 'ada hubungannya' satu dengan yang lain sedemikian rupa, sehingga dapat membenarkan adanya suatu kejadian atau keadaan tertentu. Keterangan saksi-saksi yang berdiri sendiri satu sama lain, yang tidak mempunyai keterhubungan, tidak mempunyai nilai kekuatan pembuktian. Masing-masing mereka (kesaksian) akan dikategorikan sebagai 'saksi tunggal'

Pasal 185 Ayat (6) menentukan hal-hal yang harus diperhatikan oleh hakim dalam menilai kesaksian : a) persesuaian antara keterangan saksi yang satu dengan yang lain, b) persesuaian antara keterangan saksi dengan alat bukti

lain, c) alasan yang mungkin dipergunakan oleh saksi untuk memberikan keterangan tertentu, dan d) cara hidup dan kesusilaan serta segala sesuatu yang pada umumnya dapat mempengaruhi dapat tidaknya keterangan itu diberikan.

Berkaitan dengan ketentuan syarat formil kesaksian (sumpah atau janji), sebagai syarat formil nilai kekuatan pembuktian:

- Saksi yang tidak dapat didengar keterangannya dan dapat mengundurkan diri (Pasal 168 KUHAP), antara lain: a) keluarga sedarah atau semenda dalam garis lurus ke atas atau ke bawah sampai derajat ke tiga dari terdakwa atau yang bersama-sama menjadi terdakwa; b) saudara dari terdakwa atau yang bersama-sama sebagai terdakwa, saudara ibu atau saudara bapak, juga mereka yang mempunyai hubungan karena perkawinan dan anak-anak saudara terdakwa sampai derajat ke tiga; c) suami atau istri terdakwa meskipun sudah bercerai atau yang bersama-sama sebagai terdakwa. Namun demikian, terhadap mereka masih dimungkinkan untuk memberi kesaksian di bawah sumpah atas persetujuan tegas dari terdakwa maupun penuntut umum, atau memberi keterangan tidak di bawah sumpah jika terdakwa atau penuntut umum tidak mengijinkannya (Pasal 169 KUHAP).
- Terhadap mereka yang karena pekerjaan, harkat martabat atau jabatannya diwajibkan menyimpan rahasia, dapat dibebaskan dari kewajibannya memberi keterangan sebagai saksi tentang hal yang dipercayakan kepada mereka, dan hakim yang menentukan sah atau tidaknya alasan saksi tersebut (Pasal 170). Orang-orang yang memegang jabatan berkewajiban memegang rahasia sebagaimana disebut dalam Pasal 112, Pasal 431, Pasal 433 KUHP (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana), akan mendapatkan sanksi pidana jika melanggarnya. Kewajiban notaris untuk menyimpan rahasia jabatannya, diatur dalam Pasal 17 Ordonansi tanggal 11 Januari 1860, Staatsblad tahun 1860 nomor 3 yang telah diubah dengan Staatsblad tahun 1945 nomor 94 *juncto* Undang-Undang nomor 33 tahun 1954. Kewajiban penasihat hukum untuk menyimpan rahasia kliennya diatur dalam Pasal 8 *Reglement op de Rechtelijke Organisatie en het Belied der Justitie*, Staatsblad 1847 – 23 *juncto* Staatsblad 1901- 306 *juncto*

Staatsblad 1902-85. Demikian juga kewajiban dokter, apoteker dan mereka yang mengangkat sumpah jabatan untuk menyimpan rahasia.³³⁰

- Mereka yang bisa memberikan keterangan tanpa disumpah (Pasal 171 KUHP):
 - a) anak yang cukup berumur 15 tahun dan belum pernah kawin, b) orang yang sakit ingatan atau sakit jiwa meskipun kadang-kadang ingatannya naik kembali.

Menurut pasal 242 ayat (2) KUHP, kesengajaan memberikan keterangan palsu dalam kesaksian di bawah sumpah, diancam dengan pidana penjara maksimal 7 tahun, jika keterangan palsu tersebut merugikan terdakwa.

(2) *Keterangan ahli (Verklaringen van een deskundige).*

Keterangan ahli adalah keterangan yang diberikan oleh seorang yang memiliki keahlian khusus tentang hal yang diperlukan untuk membuat terang suatu perkara pidana guna kepentingan pemeriksaan (Pasal 1 angka 28 KUHP).

Berdasarkan ketentuan Pasal 120 *juncto* Pasal 186 *juncto* Pasal 1 angka 28 KUHP, maka dari keterangan ahli sebagai alat bukti dapat diketahui:

- (a) Keterangan ahli adalah apa yang seorang ahli nyatakan di sidang pengadilan (Pasal 186 KUHP).
- (b) Keterangan ahli juga dapat diberikan di hadapan penyidik di bawah sumpah, agar penyidik memperoleh keyakinan bahwa perkara yang sedang ia sidik itu benar-benar merupakan suatu tindak pidana, dan apabila kemudian ia diperlukan kembali untuk didengar keterangannya di depan pengadilan, maka ia harus mengucapkan kembali sumpah/janji sebagai ahli.³³¹ Keterangan ahli tersebut dicatat dalam berita acara pemeriksaan di penyidikan.
- (c) Seorang ahli juga dapat menolak memberikan keterangan, dengan alasan bahwa ia mempunyai kewajiban menyimpan rahasia, berkaitan dengan harkat, martabat, pekerjaan dan jabatannya, baik di tingkat penyidikan maupun di persidangan.

(3) *Surat.*

Pasal 187 KUHP menentukan bahwa surat dapat dinilai alat bukti yang sah apabila dibuat di bawah sumpah jabatan, atau dikuatkan dengan sumpah, antara lain : a) berita acara dan surat lain dalam bentuk resmi yang dibuat pejabat umum yang

commit to user

³³⁰P.A.F. Lamintang, *Op.cit*, hlm. 375-376.

³³¹*Ibid*, hlm. 278

berwenang atau yang di hadapannya³³², yang memuat: keterangan tentang kejadian atau keadaan yang didengar, dilihat atau yang dialami sendiri (keterangan saksi), disertai dengan alasan yang jelas dan tegas. b) surat yang dibuat ‘menurut ketentuan peraturan perundang-undangan’ atau surat yang dibuat oleh pejabat mengenai hal yang termasuk dalam tata laksana yang menjadi tanggung jawabnya dan yang diperuntukan bagi pembuktian sesuatu keadaan. Jenis surat ini meliputi segala jenis surat yang dibuat oleh aparat pengelola administrasi dan kebijaksanaan eksekutif, misalnya surat izin eksport-impor, paspor, kartu penduduk dan lain-lain,³³³ c) surat keterangan dari seorang ahli yang memuat pendapat berdasarkan keahliannya mengenai sesuatu hal atau keadaan yang diminta secara resmi daripadanya. Alat bukti keterangan ahli yang berbentuk surat/laporan, dapat disamakan dengan alat bukti keterangan ahli yang memuat pendapat berdasarkan keahliannya, d) ‘surat lain’ yang hanya dapat berlaku jika ada hubungannya dengan isi dari alat pembuktian lain.

Menurut M Yahya Harahap, ketentuan mengenai ‘surat lain’ ini menunjukkan tidak konsistennya ketentuan surat dalam Pasal 187 KUHAP, yakni pada huruf a, b dan c menegaskan bahwa surat adalah surat yang dibuat dibawah sumpah jabatan atau yang dikuatkan dengan sumpah jabatan yakni surat resmi, yang tentunya berbeda dengan ‘surat lain’ yang tidak termasuk surat resmi, yang tidak dibuat oleh dan di bawah sumpah jabatan, contohnya surat pribadi, surat ancaman, selebaran gelap dan sebagainya. Surat jenis ini baru mempunyai nilai pembuktian apabila ‘mempunyai hubungan’ dengan alat bukti yang lain.³³⁴ Mengenai alat penbuktian yang lain, Prof Noyon berpendapat bahwa alat pembuktian yang lain itu dapat saja berupa surat di bawah tangan atau *onder handse geschrift*, asalkan surat-surat itu secara timbal balik memberikan jaminan tentang kebenaran tanda tangan dan penulisan tanggal yang tertera dalam surat –surat tersebut, dan untuk itu hakim harus memperoleh penjelasan dari para saksi dan ahli.³³⁵

(4) Petunjuk .

Petunjuk adalah perbuatan, kejadian atau keadaan yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan yang lain, maupun dengan tindak pidana itu sendiri,

³³²Alat bukti surat ini dimaksudkan dengan bukti surat autentik, yang mempunyai kekuatan nilai pembuktian sempurna.

³³³M.Yahya Harahap, *Op.Cit*, hlm. 307

³³⁴*Ibid*, hlm. 307-308.

³³⁵P.A.F.Lamintang, *Op.cit*. hlm.426-427.

menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya (Pasal 188 Ayat (1) KUHAP). Dalam menilai kekuatan pembuktian dari suatu petunjuk yang diperoleh dari keterangan saksi, surat dan keterangan terdakwa, hakim harus bersifat arif dan bijaksana, yang dilakukan melalui pengamatan dan pemeriksaan yang cermat dan seksama berlandaskan hati nurani (Pasal 188 Ayat (2) dan Ayat (3) KUHAP).

Dari perbuatan-perbuatan, kejadian-kejadian, atau keadaan-keadaan yang dijumpai hakim di dalam keterangan saksi, surat atau keterangan terdakwa, hakim dapat membentuk suatu konstruksi pemikiran (suatu *redenering*) untuk memandang suatu kenyataan sebagai terbukti.³³⁶

Terdapat perdebatan mengenai istilah alat bukti “petunjuk”, karena saat ini hanya KUHAP Indonesia yang menggunakan istilah tersebut. KUHAP Belanda setelah tahun 1848 telah mengganti istilah “petunjuk” menjadi “pengamatan hakim” yang mempunyai pengertian lebih luas dibandingkan “petunjuk”.³³⁷

(5) Keterangan terdakwa.

Keterangan terdakwa adalah apa yang terdakwa nyatakan di sidang tentang perbuatan yang ia lakukan atau yang ia ketahui sendiri atau alami sendiri (Pasal 189 Ayat (1) KUHAP). Dari ketentuan Pasal 189 KUHAP, dapat diketahui bahwa:

- Keterangan terdakwa tersebut diberikan dalam persidangan, yang diutarakan sendiri oleh terdakwa baik berupa penjelasan atau jawaban atas pertanyaan yang diajukan oleh penuntut umum, penasihat hukum dan hakim selama persidangan. Keterangan terdakwa itu dapat berupa pengakuan ataupun pengingkaran disertai penjelasan atas suatu peristiwa.
- Keterangan terdakwa hanya merupakan alat bukti terhadap dirinya sendiri. Dalam praktek peradilan, dapat terjadi peristiwa pidana yang dilakukan secara bersama-

³³⁶ *Ibid*, hlm. 428. Terdapat perbedaan pendapat mengenai kedudukan petunjuk sebagai alat bukti. Prof. van Bemmelen berkeberatan jika petunjuk dinyatakan sebagai alat bukti. Demikian pula pendapat Lamintang, petunjuk hanya merupakan dasar yang dapat digunakan oleh hakim untuk menganggap suatu kenyataan sebagai terbukti, atau dengan kata lain petunjuk itu bukan merupakan suatu alat bukti, seperti keterangan saksi yang secara tegas mengatakan tentang terjadinya suatu kenyataan, melainkan ia hanya merupakan suatu dasar pembuktian belaka, yang dari dasar pembuktian mana kemudian hakim dapat menganggap suatu kenyataan sebagai terbukti, misalnya karena ada kesamaan antara kenyataan tersebut dengan kenyataan yang dipermasalahkan. (*Ibid*, hlm. 430).

³³⁷ Asosiasi Advokat Indonesia, "Mewujudkan Harmonisasi Hukum Pidana Melalui Sinkronisasi Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana dan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, *Notulen Seminar Nasional asosiasi Advokat Indonesia*, http://aai.or.id/v3/index.php?option=com_content&view=article&id=280&Itemid=479, diunduh 13-11-2016, 13.30.

sama namun berkas dilimpahkan secara terpisah (*splitsing*), terdakwa yang satu dapat didudukan sebagai saksi dalam perkara terdakwa lain secara timbal balik, sebagai saksi *mahkota*.

- Keterangan terdakwa saja tidak cukup untuk membuktikan kesalahan terdakwa, kecuali disertai alat bukti yang lainnya. Pasal 183 KUHAP menegaskan batas minimum pembuktian untuk membuktikan kesalahan terdakwa, yakni minimum dua alat bukti yang sah. Sekalipun terdakwa mengakui sebagai pelaku suatu tindak pidana, namun jika tanpa didukung alat bukti yang lain, maka tidak dapat menjadi alat bukti yang menentukan kesalahan terdakwa.³³⁸
- Keterangan terdakwa yang diberikan di luar sidang, dapat digunakan untuk ‘membantu’ menemukan bukti di sidang, dengan syarat: didukung oleh alat bukti yang sah dan sepanjang mengenai hal yang didakwakan (Pasal 189 Ayat (2) KUHAP). Menurut M. Yahya Harahap, kata ‘membantu’ sepintas lalu tidak menimbulkan masalah, namun dalam penerapannya justru menambah tidak jelasnya fungsi dan nilai pengakuan di luar sidang tersebut. Jika pengakuan di luar sidang benar-benar bersesuaian dengan alat bukti lain, maka fungsi dan nilai keterangan yang demikian berubah menjadi alat bukti ‘petunjuk’. Bentuk keterangan terdakwa yang diberikan di luar sidang, bukanlah semauanya, namun berupa: a) keterangan terdakwa yang diberikan dalam pemeriksaan penyidikan, b) keterangan yang dicatat dalam berita acara penyidikan, c) serta segala berita acara penyidikan yang ditandatangani oleh pejabat penyidik dan terdakwa.³³⁹

Dalam yurisprudensi tetap Mahkamah Agung RI nomor 177 K/ Kr/ 1965 tanggal 20 September 1977, didapat kaedah hukum bahwa keterangan pengakuan terdakwa yang diberikan di luar sidang, dapat dijadikan petunjuk untuk menetapkan kesalahan terdakwa.

c. Kekuatan Pembuktian dan Batas Minimum Pembuktian

Pembuktian menurut pemahaman umum adalah menunjuk ke hadapan suatu keadaan yang bersesuaian dengan induk persoalan, atau dengan kata lain adalah mencari

³³⁸Bandingkan dengan ketentuan Pasal 308 HIR “pengakuan saja dari suatu kesalahan, yang sekali-kali tidak dikuatkan keadaan yang diketahui dalam persidangan, sekali-kali tidak cukup untuk menjadi bukti”. Keduanya, baik Pasal 189 Ayat (4) KUHAP maupun Pasal 308 HIR, mempunyai asas yang hampir sama, perbedaannya adalah pada Pasal 189 Ayat (4) KUHAP memiliki rumusan yang lebih sederhana dan memenuhi tuntutan kepastian hukum. (M Yahya Harahap. *Op.cit*, hlm. 324).

³³⁹*Ibid*, hlm. 323-324.

kesesuaian antara peristiwa induk dengan akar-akar peristiwa.³⁴⁰ Menurut Eddy O.S. Hiariej, pembuktian dalam hukum acara pidana adalah ketentuan yang membatasi sidang pengadilan dalam usaha mencari dan mempertahankan kebenaran, baik oleh hakim, penuntut umum, terdakwa maupun penasihat hukum, yang semuanya terikat pada ketentuan dan tata cara serta penilaian alat bukti yang ditentukan undang-undang. Tidak dibenarkan melakukan tindakan yang leluasa sendiri dalam menilai alat bukti dan tidak boleh bertentangan dengan undang-undang.³⁴¹

Ketentuan pembuktian yang diatur Pasal 183 KUHAP terkandung dua hal pokok :

- (1) Sekurang-kurangnya harus ada dua alat bukti yang sah menurut undang-undang yang berlaku,
- (2) atas dasar dua alat bukti yang sah tersebut hakim berkeyakinan bahwa tindak pidana telah terjadi dan terdakwa telah bersalah.

Dengan ketentuan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah menunjukkan bahwa syarat tersebut adalah untuk memenuhi *wettelijk* saja, sedangkan syarat negatifnya adalah keyakinan hakim bahwa suatu tindak pidana telah terjadi dan terdakwa telah bersalah. Dengan sistem pembuktian yang *negatief wettelijk*, mengharuskan adanya alat-alat bukti yang tersebut dalam UU dan tidak mengenal alat bukti di luar UU.³⁴²

Menurut Yahya Harahap, asas batas minimum pembuktian merupakan suatu prinsip yang harus dipedomani dalam menilai cukup atau tidaknya alat bukti membuktikan salah atau tidaknya terdakwa, dan batas minimum yang dianggap cukup oleh undang-undang adalah paling sedikit “dua alat bukti yang sah”.³⁴³ Pasal 184 ayat (1) KUHAP telah menentukan secara limitatif macam alat bukti yang sah menurut undang-undang secara berurutan, yaitu: keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk dan keterangan terdakwa. Masing-masing alat bukti tersebut pada hakikatnya mempunyai kekuatan yang sama, antara yang satu tidak melebihi yang lain (tidak ada hierarki). Masing-masing alat bukti yang sah tersebut juga mempunyai kekuatan pembuktian yang bersifat bebas, hakim bebas menilai kekuatan pembuktiannya (dapat mempergunakan atau menyingkirkannya) untuk mencari kebenaran materiil.

³⁴⁰Hartono, *Penyidikan & Penegakan Hukum Pidana melalui Pendekatan Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 59

³⁴¹Eddy O.S. Hiariej, *op.cit.*

³⁴²Andi Hamzah, *Bunga Rampai Hukum Pidana dan Acara Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, hlm. 86-87.

³⁴³M.Yahya Harahap, *op.cit.*, hlm. 283.

Batas minimum dua alat bukti untuk membuktikan kesalahan terdakwa dapat merupakan: 1) penjumlahan dari sekurang-kurangnya seorang saksi ditambah seorang ahli atau surat atau petunjuk, dengan ketentuan penjumlahan kedua alat bukti tersebut harus ‘saling bersesuaian’, ‘saling menguatkan’ dan tidak saling bertentangan antara satu dengan yang lainnya. 2) atau bisa juga, penjumlahan dua alat bukti itu berupa keterangan dua orang saksi yang saling bersesuaian dan saling menguatkan, maupun penggabungan antara keterangan saksi dengan keterangan terdakwa, asal keduanya saling bersesuaian.³⁴⁴

Ketentuan mengenai alat bukti yang dikonstruksikan dalam Pasal 184 KUHP, menyebutkan urutan alat bukti dengan huruf a,b,c,d dan e, bukan berdasarkan urutan angka 1,2,3,4 dan 5, yang menunjukkan maksud pembuat UU bahwa tidak ada prioritas alat bukti, atau disebut juga *vrije bewijs* adalah alat bukti bebas, di mana dalam pembuktian hakim tidak terikat secara mutlak terhadap alat bukti tertentu.³⁴⁵

Penilaian kekuatan pembuktian setiap alat bukti merupakan otoritas hakim. Hakimlah yang menilai dan menentukan kesesuaian antara alat bukti yang satu dengan yang lain. Kekuatan pembuktian juga terletak pada bukti yang diajukan, dan relevansinya dengan apa yang didakwakan. Jika bukti tersebut relevan, kekuatan pembuktian selanjutnya mengarah pada apakah bukti tersebut dapat diterima atau tidak.³⁴⁶

Ketika dalam pembuktian tidak ditemukan adanya saksi alibi, maka hakim dapat menggunakan *circumstantial evidence*/ bukti tidak langsung, selama ada kesesuaian antara satu fakta dengan fakta yang lainnya, sudah dapat menimbulkan keyakinan hakim. Pembuktian yang demikian dikenal dengan nama *corroborating evidence*, artinya bukti yang satu diperkuat oleh bukti yang lain, kendatipun bukti tersebut hanyalah sebagai *circumstantial evidence*.³⁴⁷ Menurut Sudarto, apabila secara materiil terdakwa menolak untuk mengakui perbuatannya, maka hakim dapat menggunakan teori kesenjangan yang diobjektifkan, sepanjang fakta-fakta itu terbukti dan ada

³⁴⁴ *Ibid*, hlm 284.

³⁴⁵ Edward Oemar Sharif Hiariief, “Motif, Kesengajaan dan Berencana dalam hukum Pidana”, *Dandapala Penjaga Keadilan*, Volume II/Edisi 3/ Tahun 2016- Juni-Agustus 2016, hlm.91

³⁴⁶ Eddy O.S.Hiariief, *op.cit*, hlm. 25.

³⁴⁷ Edward Oemar Sharif Hiariief, *ibid*.

kesesuaian antara bukti yang satu dengan yang lain, sehingga secara objektif pelaku telah dengan sengaja melakukan tindak pidana.³⁴⁸



commit to user

³⁴⁸ Sudarto, 1992, *op.cit*, hlm 120.

4. Asas-asas Hukum Pidana Formil

Hukum pidana secara tradisional diartikan sebagai bentuk peraturan-peraturan tentang hukuman atau pidana, namun pada kenyataannya sampai saat ini belum ada kesatuan pendapat untuk memberlakukan salah satu definisi hukum pidana secara umum. Alasan utama adalah luasnya cakupan hukum pidana dan definisi hukum pidana yang berbeda-beda dari para ahli karena sudut pandang yang berbeda-beda.³⁴⁹ Beberapa ahli membedakan hukum pidana dalam arti subjektif dan objektif, dan dalam pengertian hukum pidana objektif tersebut terdapat pengertian hukum pidana materiil dan formil.³⁵⁰

Menurut Profesor van Hamel, hukum pidana material itu menunjukkan asas-asas dan peraturan-peraturan yang mengaitkan pelanggaran hukum itu dengan hukuman, sedang hukum pidana formal menunjukkan bentuk-bentuk dan jangka-jangka waktu yang mengikat pemberlakuan hukum pidana material.³⁵¹

Menurut Simon, hukum pidana dapat digolongkan menjadi dua bagian:³⁵²

- (a) Hukum pidana dalam arti objektif (*straffrecht in objectieve zin*), yakni keseluruhan dari larangan-larangan dan keharusan-keharusan yang atas pelanggarannya oleh Negara atau oleh suatu masyarakat hukum lainnya telah dikaitkan dengan suatu penderitaan yang bersifat khusus berupa hukuman, dan keseluruhan dari peraturan-peraturan di mana syarat-syarat mengenai akibat hukum itu diatur, serta keseluruhan dari peraturan-peraturan yang mengatur masalah penjatuan dan pelaksanaan dari hukuman itu sendiri.
- (b) Sedangkan hukum pidana dalam arti subjektif (*straffrecht in subjectieve zin*) dibedakan menjadi dua pengertian: 1) hak dari negara dan alat-alat kekuasaannya untuk menghukum, yakni hak yang diperoleh dari peraturan-peraturan yang telah ditentukan oleh hukum pidana dalam arti objektif, yang bertujuan membatasi kekuasaan negara untuk menghukum. 2) hak dari negara untuk mengkaitkan pelanggaran terhadap peraturannya dengan hukuman (*ius puniendi*).

Wane R. Lafane tidak menggunakan istilah hukum pidana materiil dan hukum pidana formil, akan tetapi menggunakan istilah hukum pidana substantif dan hukum pidana prosedural. Hukum pidana substantif memberikan perhatian kepada tindakan, *mental state* keadaan dan konsekuensi beserta berbagai macam kejahatan, sedangkan hukum pidana prosedural berawal dari penyidikan sampai pelaksanaan putusan.³⁵³

³⁴⁹ Roni Wiyanto, *Asas-asas Hukum Pidana Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 2012, hlm. 3

³⁵⁰ *Ibid*, hlm. 10

³⁵¹ P.A.F. Lamintang dan Franciscus Theojunior Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hlm. 10.

³⁵² Roni Wiyanto, *Op.cit*, hlm. 4.

³⁵³ Eddy O.S. Hiariej, *Prinsip-prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2014, hlm. 13

Soedarto memberikan batasan tentang pengertian hukum pidana sebagai aturan, yang mengikatkan kepada suatu perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu suatu akibat berupa pidana. Pada dasarnya hukum pidana berpokok pada dua hal: a) perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu, b) pidana, yakni: 1) dengan ‘perbuatan yang memenuhi syarat tertentu’ itu dimaksudkan perbuatan yang dilakukan oleh orang yang memungkinkan adanya pemberian pidana. Perbuatan itu disebut ‘perbuatan yang dapat dipidana’ atau ‘perbuatan jahat’. Perbuatan tertentu itu dirinci menjadi dua: perbuatan yang dilarang dan orang yang melanggar larangan itu. 2) yang dimaksud dengan pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu.³⁵⁴

Sudikno Mertokusumo merumuskan hukum pidana dengan membedakan dalam dua jenis: a) hukum pidana materiil, yakni hukum yang memuat perbuatan-perbuatan melanggar hukum yang disebut delik dan yang diancam dengan sanksi. b) hukum pidana formil adalah hukum yang mengatur bagaimana melaksanakan atau menegakkan hukum pidana materiil.³⁵⁵

Menurut Moeljatno, hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar aturan-aturan untuk: 1) menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dengan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut, 2) menentukan kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan, 3) menentukan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka melanggar larangan tersebut.³⁵⁶

Definisi hukum pidana yang dirumuskan Moeljatno tersebut di atas pada butir 1 untuk menunjukkan perbuatan pidana yang dirumuskan dalam hukum pidana, dan butir 2 untuk menunjukkan pertanggungjawaban hukum pidana atau sanksi pidananya. Rumusan pidana pada butir 1 dan 2 tersebut apa yang disebut hukum pidana material, sedangkan rumusan pada butir 3 untuk menunjukkan hukum pidana formil (hukum acara pidana), yakni peraturan-peraturan mengenai bagaimana cara atau prosedurnya

³⁵⁴ Didik Endro Purwoleksono, *Hukum Pidana*, Airlangga University Press, Surabaya, 2014, hlm. 3-4.

³⁵⁵ Roni Wiyanto, *Op.cit*, hlm. 5-6.

³⁵⁶ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2002, hlm. 1.

untuk menuntut ke muka pengadilan bagi orang-orang yang disangka melakukan perbuatan pidana.³⁵⁷

Hukum pidana formil memiliki beberapa tujuan: *pertama*, mencari kebenaran materiil. *Kedua*, melindungi hak-hak dan kemerdekaan orang serta warga negara. *Ketiga*, orang dalam keadaan yang sama dan dituntut untuk delik yang sama harus diadili dengan ketentuan yang sama pula. *Keempat*, mempertahankan sistem konstitusional terhadap pelanggaran criminal. *Kelima*, mempertahankan perdamaian, keamanan kemanusiaan dan mencegah kejahatan.³⁵⁸

Dalam menjalankan hukum acara pidana (hukum pidana formil), terdapat beberapa prinsip-prinsip dasar yang harus dipahami baik khususnya dalam pembuktian maupun dalam hukum acara pidana secara umum, antara lain: asas legalitas dan asas oportunitas, asas tiada pidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld*), asas praduga tidak bersalah (*presumption of innocence*), asas persamaan di muka umum (*equality before the law*), asas keseimbangan (*audi alteram partem*), asas peradilan cepat, sederhana dan biaya ringan, asas pemeriksaan pengadilan yang terbuka untuk umum, asas hak tersangka/terdakwa atas bantuan hukum, dan asas *beyond a reasonable doubt*.

a. Asas Legalitas dan Asas Oportunitas

Asas legalitas dirumuskan Francis Bacon dalam adegium *moneat lex, piusquam feriat*, artinya undang-undang harus memberikan peringatan terlebih dahulu sebelum merealisasikan ancaman yang terkandung di dalamnya. Asas legalitas pertama-tama mempunyai bentuk sebagai undang-undang adalah dalam Konstitusi Amerika 1776 dan setelah itu dalam Pasal 8 *Declaration de droits de l'homme et du citoyen* 1789 Perancis³⁵⁹, yang kemudian diadopsi Napoleon Bonaparte dalam Pasal 4 Code Penal

³⁵⁷Roni Wiyanto, *Op.cit*, hlm. 7.

³⁵⁸Eddy O.S.Hiariej, *Op.cit*, hlm. 15.

³⁵⁹Asas legalitas merupakan hasil dari proses pemikiran filosofis yang berkembang secara massif menjelang revolusi Perancis, dengan gagasan dasar menjamin perlindungan hak asasi manusia yang sudah lama direngut oleh peradilan pidana '*arbitrium judicis*' yang dilaksanakan sewenang-wenang. Gagasan asas legalitas bermula untuk melindungi hak-hak warga Negara dengan mambatasi keabsolutan kekuasaan raja dan kewenangan hakim, menghapus peradilan pidana *arbitrium judicis*. (Deni Setyo Bagus Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas, Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuab Filosofis Hukum Pidana*, Setara Press, Malang, 2014, hlm.33). Rumusan prinsip asas legalitas *nullum crimen sine poena*, mengalami perubahan pada saat dicantumkan dalam *Code Penal* Perancis 1791 dan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana di banyak Negara. Keharusan konsep mengkualifikasikan perbuatan pidana dalam undang-undang telah dianggap final dan kebenaran absolut, menginspirasi Anselm Von Feurbach merumuskan adegium '*nullum crimen sine lege*' (tiada kejahatan tanpa undang-undang), '*nullum crimen sine poena legali*' (tiada kejahatan tanpa pidana

Perancis, dan oleh Belanda diadopsi dalam Pasal 1 Ayat (1) *Wetboek van Strafrecht*, dan selanjutnya dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia³⁶⁰.

Asas legalitas yang termuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP ini merupakan ketentuan prinsip atau asas legalitas dalam hukum pidana materiil. Hukum pidana sebagai hukum materiil berisikan peraturan-peraturan tentang: 1) perbuatan yang diancam pidana, 2) pertanggungjawaban pidana, 3) jenis pidana yang dikenakan kepadanya.³⁶¹

Dalam hukum pidana formiil, asas legalitas merupakan syarat penuntutan yakni bahwa perbuatan atau tindakan atau kegiatan atau peristiwa tersebut: a) melanggar aturan pidana, b) perbuatan tercela, dan bagi hakim berdasarkan Pasal 1 Ayat (1) KUHP dan Pasal 3 KUHP, terikat pada undang-undang.³⁶²

Menurut Andi Hamzah, asas legalitas dalam hukum acara pidana lebih ketat daripada dalam hukum pidana materiil, karena istilah dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP adalah ‘ketentuan perundang-undangan’ (*wettelijk straf bepaling*) sedangkan dalam hukum acara pidana disebut ‘undang-undang pidana’. Jika ada perubahan hukum acara pidana setelah perbuatan dilakukan maka yang diterapkan adalah undang-undang yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan, walau hukum acara pidana tidak mempunyai ketentuan seperti Pasal 1 ayat (2) KUHP (jika ada perubahan perundang-undangan setelah perbuatan dilakukan, maka yang diterapkan adalah ketentuan yang paling menguntungkan terdakwa). Akan tetapi menurut Nico Keijzer, jika ada perubahan perundang-undangan sebelum perbuatan pidana dilakukan, misalnya diterimanya DNA sebagai alat bukti, maka ketentuan tersebut dapat diterapkan, karena hukum acara pidana tidak mengatur hukum transitoir (jika terjadi perubahan perundang-undangan yang diterapkan yang paling menguntungkan) sebagaimana hukum pidana materiil.³⁶³

Asas legalitas yang terkandung dalam KUHP mengandung pengertian bahwa bagi setiap orang yang disangka dengan cukup terang bersalah menurut pemeriksaan

menurut undang-undang), ‘*nulla poena sine lege*’ (tiada pidana tanpa undang-undang). Kemudian adegium itu dirumuskan menjadi: ‘*nullum crimen nulla poena sine praevea lege*’ (tiada kejahatan, tiada pidana, tanpa undang-undang terlebih dahulu), ‘*nullum delictum nulla poena sine praevea lege poenali*’ (tiada delik, tiada pidana, tanpa undang-undang pidana terlebih dahulu), atau *nullum delictum nulla poena sine praevea lege*’ (tiada delik, tiada pidana, tanpa undang-undang terlebih dahulu) (*Ibid*, hlm. 210-211).

³⁶⁰*Ibid*, hlm. 62. Pasal 1 Ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* berbunyi “*geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling*”.

³⁶¹Zulkarnaen, *Praktek Peradilan Pidana*, Setara Press, Malang, 2013, hlm.16.

³⁶²Didik Endro Purwoleksono, *ibid*, hlm. 31. Pasal 1 ayat (1) KUHP berbunyi : suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada. Pasal 3 KUHP berbunyi “Peradilan dilakukan menurut cara yang diatur undang-undang ini”.

³⁶³Andi Hamzah, *op.Cit*, hlm.42-43.

penyidikan, dan kemungkinan besar akan dapat dijatuhi pidana, maka harus dilimpahkan ke persidangan pengadilan oleh penuntut umum, atau singkatnya penuntut umum diwajibkan menuntut semua orang yang dianggap cukup alasan bahwa yang bersangkutan telah melakukan pelanggaran hukum. Sedangkan asas oportunitas diartikan sebagai asas hukum yang memberi kewenangan kepada penuntut umum untuk menuntut atau tidak menuntut dengan atau tanpa syarat seseorang atau korporasi yang telah mewujudkan delik demi kepentingan umum.³⁶⁴

Pada saat Asosiasi Advokat Indonesia mengadakan seminar nasional di Jember – Jawa Timur, disampaikan pendapat bahwa terdapat kekeliruan dalam rumusan asas legalitas dalam Pasal 3 KUHAP yang berbunyi “Peradilan dilakukan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini” yaitu:³⁶⁵

- (a) Adanya penggunaan istilah "peradilan", padahal terdapat beberapa peradilan, yang antara lain adalah peradilan perdata, Tata Usaha Negara, dan agama yang tidak dapat menggunakan KUHAP. Terkait dengan kekeliruan tersebut, istilah yang semestinya digunakan adalah "acara pidana". Namun perlu kiranya untuk diketahui adanya perbedaan antara "peradilan pidana" dengan "acara pidana", dimana menurut Joan Miller, *criminal justice system* mulai dari perencanaan undang-undang pidana sampai pemasyarakatan. Sedangkan hukum acara pidana adalah dimulai sejak penyidikan dan hanya sampai eksekusi saja. Selain itu, hukum acara pidana tidaklah meliputi sistem pemasyarakatan, sedangkan peradilan pidana meliputi sistem pemasyarakatan.
- (b) Adanya penggunaan kata-kata "undang-undang ini", sedangkan terdapat ketentuan acara pidana lain di luar KUHAP, yang antara lain adalah seperti yang terdapat dalam Undang-Undang Kepolisian, Undang-Undang Kejaksaan dan Undang-Undang Komisi Pemberantasan Korupsi. Jika dilihat rumusan tersebut, terdapat kesalahan dalam penyalinan KUHAP Belanda ke dalam KUHAP. Rumusan asas legalitas dalam *Strafvordering* Nederland (KUHP Belanda) berbunyi : "*Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien*" (Acara pidana dijalankan hanya menurut cara yang diatur undang-undang). Oleh karena, hasil seminar menyarankan dipakainya istilah "undang-undang ini" dilanjutkan dengan frase "undang-undang lain yang relevan".

Pasal 140 ayat (2) huruf a KUHAP³⁶⁶ dan Pasal 14 KUHAP, menentukan bahwa semua perkara yang memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh hukum, maka penuntut umum harus melakukan penuntutan ke persidangan, kecuali terdapat cukup

³⁶⁴ A. Hamzah, *Perlindungan Hak Asasi Manusia Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana*, Bina Cipta, Jakarta, 1986, hlm. 18.

³⁶⁵ Asosiasi Advokat Indonesia, *op.cit.*

³⁶⁶ Pasal 140 ayat (2) huruf a KUHAP mengatur : “dalam hal penuntut umum memutuskan untuk menghentikan penuntutan karena tidak terdapat cukup bukti atau peristiwa tersebut bukan merupakan tindak pidana, atau perkara ditutup demi hukum, penuntut umum menuangkan hal tersebut dalam surat ketetapan

bukti bahwa peristiwa tersebut bukan merupakan tindak pidana, atau perkara ditutup demi hukum. Dalam membahas asas legalitas maka berkaitan erat dengan asas oportunitas, alasan peniadaan penuntutan dan peniadaan pemidanaan, baik yang diatur dalam KUHP dan KUHP, antara lain: asas oportunitas, *ne bis in idem* (*double jeopardy*), daluwarsa, matinya tersangka, *vervolgingsuitsluitings gronden* (dasar-dasar yang meniadakan penuntutan), dan *strafuitsluitingsgronden* (alasan penghapus pidana).

Penerapan asas oportunitas (sebagai kebalikan dari asas legalitas) dalam Pasal 14 huruf h KUHP diterapkan “demi kepentingan hukum”, bukan “demi kepentingan umum”³⁶⁷, yang dimaksud ditutup “demi kepentingan hukum” adalah sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 140 Ayat (2) huruf a KUHP. Akan tetapi ketentuan Pasal 35 huruf c Undang-Undang nomor 16 tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia (dahulu Pasal 32 huruf e UU no. 5 tahun 1991 tentang Kejaksaan RI) memberi kewenangan kepada Jaksa Agung untuk melakukan *deponering* (menyampingkan) perkara “demi kepentingan umum”. Dari Pedoman Pelaksanaan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana memberikan penjelasan: “...dengan demikian kriteria “Demi kepentingan umum” dalam penerapan asas oportunitas negara dan masyarakat dan bukan untuk kepentingan pribadi”.³⁶⁸ Kemudian apa yang dimaksud dengan frase “demi kepentingan hukum”.

Penutupan perkara “demi kepentingan hukum” dari Pasal 14 h dan Pasal 140 ayat (2) huruf a KUHP, dapat dilakukan apabila dalam suatu tindak pidana terdapat dasar-dasar yang meniadakan penuntutan atau ternyata terdapat *vervolgingsuitsluitingsgronden* (dasar-dasar yang meniadakan penuntutan), karena dengan adanya dasar-dasar itu tertutup kemungkinannya bagi penuntut umum untuk melakukan suatu penuntutan terhadap seseorang yang oleh penyidik disangka melakukan tindak pidana tertentu.³⁶⁹

Dasar-dasar yang meniadakan penuntutan (alasan penghapus penuntutan) yang masuk dalam kewenangan penuntut umum, dijumpai dalam Buku I KUHP.³⁷⁰

³⁶⁷ Pertimbangan kejaksaan menyampingkan suatu perkara berdasarkan kepentingan umum atau dikenal dengan istilah di-*deponer* berdasarkan pasal 8 UU Pokok Kekuasaan Kejaksaan (UU no. 15 tahun 1961, Lembaran Negara tahun 1961 no. 254).

³⁶⁸ Dalam menyampingkan perkara ‘demi kepentingan umum’, Jaksa Agung senantiasa bermusyawarah dengan pejabat-pejabat tinggi negara yang ada sangkut pautnya dengan perkara yang bersangkutan, antara lain dengan MENHANKAM, KAPOLRI, bahkan seringkali dengan Presiden (Departemen Kehakiman RI, *Pedoman Pelaksanaan KUHP*, Yayasan Pengayoman, hlm. 89).

³⁶⁹ P.A.F. Lamintang, *Op.cit*, 103.

³⁷⁰ *Ibid*, 104-105.

- (a) Dalam Bab I (Batas-batas berlakunya tindak Pidana): Pasal 2 sampai dengan Pasal 5, Pasal 7 sampai dengan Pasal 9 KUHP .
- (b) Dalam Bab V (Penyertaan dalam tindak pidana): Pasal 61 dan Pasal 62 KUHP (kejahatan yang dilakukan penerbit dan pencetak apabila dalam barang cetakan tersebut dicantumkan nama dan alamat mereka, atau pada saat pertama setelah ditegur kemudian memberikan nama dan alamatnya).
- (c) Dalam Bab VII (Mengajukan dan menarik kembali Pengaduan dalam delik aduan): Pasal 72,73 dan 74 KUHP (tidak dapat dilakukan penuntutan jika tidak ada pengaduan).
- (d) Dalam Bab VII (Hapusnya kewenangan menuntut pidana dan menjalankan pidana), antara lain:
- asas *ne bis in idem* (Pasal 76 KUHP), yakni orang tidak dapat dituntut untuk kedua kalinya karena tindak pidana yang sama, jika terhadap dirinya telah dijatuhi putusan yang telah berkekuatan hukum tetap. Syarat-syaratnya adalah: i) adanya putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap, yang berupa : putusan bebas (*vrijspraak*) berdasarkan Pasal 191 ayat (1) KUHP, putusan lepas dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechts vervolging*), atau penjatuan pidana/putusan pemidanaan (Pasal 193 ayat (1) KUHP); ii) orangnya (pelakunya) sama, karena pertanggungjawaban pidana bersifat individual; dan iii) perbuatan (*feit*)-nya sama. Ajaran tentang perbuatan (*feit*) mempunyai tiga pemahaman: pertama, perbuatan dalam arti peristiwa jahat yang telah terjadi (*misdadig voorval*); kedua, perbuatan dalam arti perbuatan yang menjadi pokok dakwaan (*de handeling zoals die is te laste gelegd*); ketiga, perbuatan dalam arti perbuatan materiil (*materiele handeling*).³⁷¹
 - Pasal 77 KUHP: hapusnya kewenangan penuntutan karena pelakunya meninggal dunia, (1) Pasal 78 KUHP: gugurnya hak melakukan penuntutan karena daluwarsa atau lampau waktu, (2) Pasal 82 KUHP: mengatur batalnya hak untuk melakukan penuntutan karena adanya suatu *afdoening buiten proces* atau adanya suatu penyelesaian tidak melalui proses peradilan, yakni dengan cara membayar denda dengan jumlah tinggi secara sukarela kepada penuntut umum dalam perkara pelanggaran yang hanya diancam dengan pidana denda saja.

commit to user

³⁷¹Eva Achjani, *Gugurnya Hak Menuntut: Dasar Penghapus, Peringan dan Pemberat Pidana*, Ghalia Indoensia, Bogor, 2013, hlm. 11-22.



b. Asas Praduga Tidak Bersalah (*Presumption of Innocence*)

Asas praduga tidak bersalah (*presumption of innocent*) mengandung pengertian bahwa seseorang dianggap tidak bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan bersalah dan telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Asas praduga tidak bersalah ini disebutkan dalam penjelasan umum butir 3 c KUHAP, yang berbunyi “setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan dan atau dihadapkan di muka sidang pengadilan, wajib dianggap tidak bersalah sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan memperoleh kekuatan hukum tetap.

Penerapan asas praduga tidak bersalah mengarah pada bagaimana aparat penegak hukum harus bertindak lebih lanjut terhadap tersangka. Asas praduga tidak bersalah bersifat *legal normative* dan tidak berorientasi pada hasil akhir, yakni dilaksanakannya *due process* mulai dari tahap penyelidikan, penyidikan, penuntutan sampai dengan pemeriksaan di pengadilan.

Dalam hukum pidana formil, asas praduga tidak bersalah merujuk pada pembagian beban pembuktian. Jika seseorang dianggap tidak bersalah, maka beban pembuktian ada pada penuntut umum untuk membuktikan bahwa terdakwa adalah orang yang telah bersalah melakukan kejahatan, sementara pada pembalikan beban pembuktian (pembuktian terbalik) asas yang digunakan adalah praduga bersalah (*presumption of guilt*).³⁷²

c. Asas Persamaan di Hadapan Hukum (*Equality Before the Law*)

Asas persamaan di muka hukum mengandung arti bahwa pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang. Menurut P.A.F. Lamintang, persamaan yang sama terhadap setiap orang di depan hukum berarti bahwa hukum acara pidana tidak mengenai apa yang disebut *forum privilegiatum* atau perlakuan yang bersifat khusus bagi pelaku-pelaku tertentu dari suatu tindak pidana, karena harus dipandang mempunyai sifat-sifat yang lain dari sifat –sifat yang dimiliki oleh rakyat pada umumnya, misalnya perlakuan khusus bagi menteri, anggota DPR.³⁷³

Romli Atmasasmita, melakukan pengujian terhadap ketentuan Pasal 31 KUHAP untuk sampai pada kesimpulan bahwa sesungguhnya hukum acara pidana tidak

commit to user

³⁷²Eddy O.S.Hiariej, *Teori & Hukum Pembuktian*, Erlangga, Jakarta, 2012, hlm. 34.

³⁷³P.A.F.Lamintang, *op.cit*, hlm. 30.

mencerminkan asas persamaan di muka hukum. Pasal 31 KUHP justru menganut asas 'diskriminasi perlakuan' terhadap tersangka atau terdakwa. Diskriminasi ini tidak hanya menyangkut status sosial ekonomi tersangka atau terdakwa (antara si miskin dan si kaya), melainkan juga diskriminasi yang menyangkut harkat dan martabat tersangka atau terdakwa. Sudah dapat diduga bahwa ada jaminan orang bagi penanggungan penahanan dapat menimbulkan kesulitan bagi tersangka atau terdakwa yang memang tidak memiliki status sosial yang cukup tinggi di masyarakat. Kesulitan untuk mendapatkan jaminan, sekalipun didampingi penasihat hukum. Bagi tersangka atau terdakwa yang mempunyai jaminan uang atau orang atau memiliki kemampuan untuk itu sebagaimana dikehendaki dalam Pasal 31 tersebut, *freedom for sale* benar-benar menjadi kenyataan. Sedangkan bagi tersangka atau terdakwa yang tidak memiliki kemampuan tersebut di atas, istilah *freedom of the rich* (hukum hanya untuk orang kaya) akan menjadi kenyataan.³⁷⁴

Penerapan *equality before the law* tidak hanya bagi tersangka ataupun terdakwa, namun juga bagi saksi dan korban. Saksi dan korban berhak mendapat perlindungan atas keamanan pribadinya dari ancaman fisik maupun psikologis dari orang lain, berkenaan dengan kesaksian yang akan, tengah atau setelah diberikannya atas suatu tindak pidana, disamping sejumlah hak lain yang berhak diterima oleh saksi dan korban seperti hak mendapatkan penasihat hukum, hak untuk memberikan keterangan tanpa tekanan, hak materiil (penggantian biaya transport ke persidangan), hak mendapat identitas atau tempat kediaman baru.³⁷⁵ Dalam upaya melindungi saksi dan korban, saat ini telah dibentuk Undang-Undang Perlindungan Saksi dan Korban nomor 13 tahun 2006 yang diubah dengan Undang-Undang nomor 31 tahun 2014.

Asas *equality before the law*, erat kaitannya dengan asas *non self incrimination*. *Self incrimination* dapat diartikan sebagai *acts or declaration either as testimony at trial or prior to trial by which one implicates himself in a crime*³⁷⁶ (setiap perbuatan atau pernyataan baik sebagai kesaksian di persidangan ataupun sebelum persidangan yang dapat melibatkannya dalam suatu tindak pidana). Seorang terdakwa tidak boleh diminta secara langsung atau tidak langsung, apalagi dipaksa menjadi saksi atau memberikan

³⁷⁴ Romli Atmasmita, *Sistem Peradilan Kontemporer*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm.81-84.

³⁷⁵ Muhadar, dan kawan-kawan, *Perlindungan Saksi dan Korban Dalam Sistem Peradilan Pidana*, ITS Press, Surabaya, 2002, hlm. 209.

³⁷⁶ Henry Campbell Black, M.A, *Black's Law Dictionary*, United State of America : West Group, 1991, hal. 947.

pengakuan atau keterangan yang akan memberatkan dirinya sendiri, sehingga semata-mata pengakuan yang diberikan secara sukarela, apalagi yang dipaksa, tidak dapat dijadikan bukti terdakwa telah melakukan perbuatan pidana yang didakwakan.³⁷⁷

Permasalahan yang berkaitan dengan penerapan asas *non self incrimination* paling krusial adalah yang berkaitan dengan hal pembuktian melalui keterangan terdakwa dan keterangan saksi mahkota (*crown witness* atau *kroon getuige*). Perlakuan yang salah dalam menggali pembuktian melalui keterangan (saksi maupun terdakwa) menimbulkan pelanggaran terhadap *due process of law* atau *unfair prejudice* (peradilan yang tidak fair).

Menurut doktrin hukum pidana, saksi mahkota atau *crown witness* atau *kroon getuige* dilakukan apabila salah seorang terdakwa bersedia menjadi saksi untuk mengungkapkan peran teman-temannya yang ikut serta dengannya dalam melakukan suatu tindak pidana. Perlakuan ini biasa terjadi apabila penuntut umum kesulitan untuk mencari seorang saksi, maka penuntut umum menentukan salah seorang terdakwa yang biasanya paling ringan perannya dalam kejahatan yang dilakukan secara *medeplegen* (penyertaan), dan terhadapnya tidak akan dikenakan tuntutan pidana dan akan mendapat perlindungan sebagai saksi. Namun, jika tidak ada terdakwa yang dapat dimaafkan begitu saja, karena seluruhnya memiliki peran yang cukup berat, maka tetap dipilih yang paling ringan perannya untuk dijanjikan pidana yang lebih ringan jika orang tersebut bersedia mengungkapkan peran semua teman-temannya.³⁷⁸

d. Asas Keseimbangan Dalam Pembuktian (*Audi Alteram Partem*)

Asas *audi et alteram partem* atau *audi alteram partem* dapat diartikan sebagai “mendengarkan dua belah pihak” atau mendengarkan pendapat atau argumentasi kedua belah pihak sebelum hakim menjatuhkan putusannya. *Audi et alteram partem* berasal dari bahasa Latin yang berarti “dengarkan sisi lain”. Asas *audi et alteram partem* dalam hukum acara pidana biasa disebut sebagai asas keseimbangan, yakni hakim wajib untuk mendengar pembelaan terdakwa atas dakwaan melakukan perbuatan yang melanggar hukum guna menemukan kebenaran materiil.

³⁷⁷ Bagir Manan, *Ex Post Facto Law, Double Jeopardy, Self Incrimination dan Presumption of Innocent sebagai Hak Asasi Manusia*, Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXVII no. 325 Desember 2012, hal. 15.

³⁷⁸ Asosiasi Advokat Indonesia, *op.cit.*

Apakah KUHAP mengandung asas *audi et alteram partem*? Dari penjelasan Pasal 2 KUHAP disebutkan bahwa ruang lingkup undang-undang hukum acara pidana mengikuti asas-asas yang dianut hukum pidana Indonesia³⁷⁹. Di dalam penjelasan KUHAP juga tidak ditemukan penyebutan asas “keseimbangan”. Namun dari penjelasan angka 3 dapat diketahui bahwa pembentuk undang-undang bermaksud menegakkan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, antara lain asas-asas yang mengatur perlindungan terhadap keluhuran harkat serta martabat manusia yang telah diletakkan dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman (Undang-Undang nomor 48 tahun 2009).³⁸⁰

Menurut . Yahya Harahap, dari perdebatan pembahasan KUHAP, secara keseluruhan KUHAP telah menampung pokok kesadaran masyarakat yang essensial, sehingga telah mendekati landasan yang digariskan Tap MPR no. IV/1978, diantaranya³⁸¹ :

- KUHAP telah memuat asas keseimbangan antara kepentingan perlindungan hak kemanusiaan tersangka/terdakwa pada satu segi dan mempertahankan perlindungan kepentingan ketertiban masyarakat pada segi lain, yang penafsirannya dapat diambil dari angka 3 penjelasan umum KUHAP.
- KUHAP tegas memberikan legalisasi hukum atas beberapa hak asasi kemanusiaan tersangka/terdakwa. Tidak semua hak itu diterima oleh Pemerintah dan DPR. Salah satunya adalah “hak ingkar” (*remain to silence*) dari tersangka/terdakwa, dengan alasan: pertama, sifat peradilan Indonesia bukan lembaga yang pasif seperti yang dijumpai dalam sistem juri di negara-negara Anglo-Saxon; kedua, kebebasan dan perlindungan hak asasi seorang tersangka jangan dijadikan memanipulasi kejahatan. Dan setiap kebenaran materiil yang hendak dicapai pada suatu proses pemeriksaan dan persidangan adalah tanggung jawab bersama dan kewajiban dari seluruh orang yang terlibat dalam proses itu, termasuk kewajiban dari tersangka/terdakwa sendiri untuk mengungkapkannya.
- Pengaturan kedudukan penasihat hukum dalam KUHAP sudah lebih maju dari HIR, sekalipun kedudukan penasihat hukum “bersifat pasif” pada taraf penyidikan.

Dalam menerapkan asas keseimbangan dalam pembuktian di pemeriksaan persidangan dilakukan hakim secara aktif, sedikit mengadopsi proses “*due proses model*”. Sikap aktif hakim (ketua) sidang adalah memimpin pemeriksaan untuk

³⁷⁹ Asas-asas yang terkandung dalam KUHAP antara lain: a) asas perlakuan yang sama terhadap semua orang di muka hukum dengan tidak membedakan perlakuan (*gelijkheid van ieder voor de wet*), b) asas penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan hanya didasarkan perintah tertulis dari pejabat yang berwenang dan dilakukan menurut cara yang diatur undang-undang, c) asas praduga tidak bersalah (*presumption of innocent*), d) asas ganti rugi dan rehabilitasi, e) asas peradilan sederhana, cepat dan biaya ringan, f) asas pemberian bantuan hukum (*equality of arm*), g) asas peradilan harus dihadiri terdakwa, i) asas peradilan terbuka untuk umum, dan j) asas legalitas.

³⁸⁰ P.A.F Lamintang dan Theo Lamintang, *Op.cit*, hlm.29.

³⁸¹ Selanjutnya disebutkan adanya keberatan fraksi ABRI yang tidak menginginkan masuknya aliran individualisme dan liberalisme dari luar ke dalam KUHAP. M.Yahya Harahap, *Op.Cit*, hlm.27.

mendapat segala keterangan yang dipandang perlu untuk mendapatkan kebenaran dari saksi-saksi dan terdakwa dan pembuktian yang diajukan dipersidangan.

Menurut M Yahya Harahap, KUHAP menganut model *mixed system*, perpaduan antara sistem “inkuisitur” dan “akuisitur”, sehingga memandang *cross examination* bukan hak (*right*).³⁸² Hakim yang aktif memimpin dan mengajukan pertanyaan kepada saksi dan terdakwa, bukan penuntut umum dan terdakwa atau penasihat hukumnya. KUHAP tidak menganut *adversial system* dengan sistem juri seperti di *Common Law*.³⁸³

Menurut Lamintang, *cross examination* (pertanyaan gencar) sering disalah tafsirkan sebagai hak untuk menghancurkan, melumpuhkan setidaknya melemahkan argumentasi dan apa yang disampaikan oleh saksi, ahli, atau terdakwa kepada si penanya, bahkan digunakan untuk menyerang kewibawaan saksi atau dengan tujuan menghancurkan mentalnya. Sesungguhnya maksud (menghancurkan) tersebut tidak akan tercapai, apabila menerapkan ketentuan Pasal 164 ayat (3), Pasal 165 ayat (3) dan Pasal 166 KUHAP, disamping setiap pertanyaan harus disampaikan melalui hakim ketua sidang. Pasal 153 ayat (2) huruf b dan Pasal 153 ayat (3) KUHAP mewajibkan hakim (dengan ancaman syarat batalnya putusan) untuk menjaga kewibawaan saksi dari serangan pertanyaan yang menghancurkan mentalnya.³⁸⁴

Penghargaan atas kekuatan nilai suatu alat bukti merupakan kewenangan hakim, sehingga baik penuntut umum maupun pihak terdakwa tidak dapat meragukan (menilai) setiap keterangan yang diberikan di persidangan selain hakim, oleh sebab itu setiap upaya menjatuhkan kewibawaan saksi justru akan merusak upaya mencari kebenaran materiil.

³⁸² M.Yahya Harahap, *Loc.cit.*

³⁸³ Dalam sistem *adversial* berlaku: a) yang aktif mencari kebenaran sejati adalah penuntut umum dan pihak terdakwa (penasihat hukum) sesuai dengan asas *counter balance*, b) hakim hanya mempunyai kedudukan pasif sebagai *umpire*, c) *cross examination* merupakan hak yang mutlak bagi terdakwa dalam proses pembuktian. (M Yahya harahap. *Ibid*, hlm.210)

³⁸⁴ Biasanya serangan gencar dilakukan dengan menggunakan kata-kata yang tajam, memojokkan, intonasi suara yang keras, membentak-bentak bahkan sambil menuding-nuding, sehingga mempengaruhi psikologis si pemberi keterangan (saksi, ahli atau terdakwa) yang menjadi takut dan tidak bebas memberikan keterangan (P.A.F Lamintang, *Op.cit.* 363-365).

e. Asas Peradilan Cepat, Sederhana dan Biaya Ringan

Tekanan pada peradilan cepat (*contante justitie*) semakin ditekankan dalam KUHAP. dalam penjelasan umum butir 3 e disebutkan bahwa peradilan harus dilaksanakan dengan cepat, sederhana dan biaya ringan serta bebas, jujur dan tidak memihak harus diterapkan secara konsekuen dalam seluruh tingkat peradilan. Penjelasan umumnya adalah.³⁸⁵

- Pasal-pasal 24 ayat (4), 25 ayat (4), 27 ayat (4) dan 28 ayat (4) KUHAP, mengenai jangka waktu penahanan.
- Pasal 51 KUHAP mengenai hak tersangka atau terdakwa untuk segera diberitahukan dengan jelas dalam bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang disangkakan atau didakwakan, segera diajukan dan diadili perkaranya di pengadilan.
- Pasal 102 ayat (1) KUHAP menyatakan bahwa penyidik wajib segera melakukan tindakan penyelidikan segera setelah menerima laporan atau pengaduan tentang terjadinya suatu perkara yang patut diduga merupakan tindakan pidana.
- Pasal 107 ayat (3) KUHAP, dalam hal tindak pidana selesai disidik oleh penyidik, maka hal itu segera diserahkan kepada penuntut umum.
- Pasal 110 KUHAP, mengatur tentang hubungan penuntut umum dengan penyidik yang semuanya disertai kata 'segera'.
- Pasal 140 ayat (1) KUHAP, menentukan bahwa penuntut umum 'secepatnya' membuat surat dakwaan setelah mendapatkan hasil penyidikan.

f. Asas Persidangan Terbuka Untuk Umum

Pemeriksaan yang terbuka untuk umum, hanya diterapkan di persidangan pengadilan, yang dalam KUHAP diatur dalam sub paragraf 'pemeriksaan pengadilan', sehingga pemeriksaan pendahuluan, penyidikan tidak terbuka untuk umum, terkecuali terhadap perkara mengenai kesusilaan dan terdakwa anak-anak. Dengan ancaman putusan batal demi hukum jika dilanggar. Ketentuan tersebut ditegaskan dalam Pasal 153 ayat (3) dan ayat (4) KUHAP.³⁸⁶ Namun demikian, sekalipun undang-undang mewajibkan

³⁸⁵ A. Hamzah, *Perlindungan Hak-Hak Asasi Manusia dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana*, Bina Cipta, Bandung, 1986, hlm. 14.

³⁸⁶ Pasal 153 ayat (3) KUHAP berbunyi : ". untuk keperluan pemeriksaan hakim ketua sidang membuka sidang dan menyatakan terbuka untuk umum, kecuali dalam perkara mengenai kesusilaan dan terdakwa anak-anak". Ayat (4): "tidak dipenuhinya ketentuan dalam ayat (2) dan ayat (3) mengakibatkan batalnya putusan demi hukum".

suatu persidangan tertutup untuk umum, namun pada saat pembacaan putusan semua persidangan harus dinyatakan terbuka untuk umum (Pasal 195 KUHAP).

Dalam praktek peradilan, terdapat pemahaman berbeda mengenai pemeriksaan dipersidangan perkara praperadilan yang kerap dinyatakan terbuka untuk umum dan bahkan dipublikasikan secara terbuka oleh media. Ketentuan Pasal 77 s.d 83 KUHAP mengenai praperadilan diatur dalam Bab X wewenang Pengadilan untuk mengadili, bukan di bawah bab XII pemeriksaan di sidang pengadilan, sehingga seharusnya pemeriksaannya dilakukan secara tertutup. Namun dengan mempertimbangkan prinsip keterbukaan informasi dan transparansi peradilan, maka pemeriksaan praperadilan layak untuk dinyatakan terbuka untuk umum.

g. Asas Tersangka/ Terdakwa Berhak Atas Bantuan Hukum

Bantuan hukum merupakan salah satu perwujudan dari jaminan dan perlindungan hak asasi manusia khususnya pencari keadilan untuk mendapatkan perlakuan secara layak dari penegak hukum sesuai dengan harkat dan martabatnya, yakni untuk didampingi dan melakukan pembelaan oleh penasihat hukum pada semua tingkat pemeriksaan.

Beberapa hak yang berkaitan dengan bantuan hukum adalah : 1) Penasihat hukum berhak menghubungi tersangka sejak saat ditangkap pada semua tingkat pemeriksaan menurut cara yang diatur KUHAP; 2) penasihat hukum berhak menghubungi dan berbicara dengan tersangka setiap waktu untuk kepentingan pembelaan di setiap tingkat pemeriksaan, 3) penasihat hukum berhak menerima turunan berita acara pemeriksaan untuk kepentingan pembelaan (Pasal 71 ayat (1) KUHAP), 4) penasihat hukum berhak menerima dan mengirimkan surat kepada tersangka (Pasal 73 KUHAP).³⁸⁷

Dalam pelaksanaan, selama ini diartikan bahwa seorang tersangka wajib didampingi oleh Penasihat Hukum, kecuali tersangka menolaknya. Apabila pada saat persidangan dan kenyataannya tersangka tidak mendapatkan pendampingan oleh kuasa hukum pada saat pemeriksaan di penyidikan maka dapat mengajukan keberatan (eksepsi) setelah pembacaan surat dakwaan, dan hal tersebut dapat menjadi pertimbangan hakim untuk menolak dakwaan dari Penuntut Umum dalam Putusan Sela.

Tersangka / terdakwa diberi kesempatan untuk mengadakan hubungan dengan orang yang dapat memberikan bantuan hukum sejak saat ia ditangkap atau ditahan pada

commit to user

³⁸⁷ Moch.Faisal Salam, *Hukum Acara Pidana Dalam Teori dan Praktek*, Mandar Maju, Bandung, 2001, hlm. 48.

semua tingkat pemeriksaan. Hubungan tersebut bersifat bebas, dalam arti tersangka/terdakwa dapat mengutarakan segala sesuatu dalam rangka persiapan pembelaannya tanpa diawasi dan didengar oleh petugas. Namun jika terdapat bukti penasihat hukum telah menyalahgunakan haknya untuk berbicara dengan tersangka/terdakwa, maka penegak hukum sesuai dengan tingkat pemeriksaan (penyidik, penuntut umum atau petugas rumah tahanan Negara) memberi peringatan. Jika peringatan tidak diindahkan, maka hubungan tersebut menjadi 'diawasi dengan tanpa mendengar' (*within sight but not within hearing*).³⁸⁸

Terhadap delik yang bersangkutan dengan keamanan Negara, pembatasan hubungan tersebut diperketat, karena tujuan yang hendak dicapai hukum acara pidana adalah tercapainya keseimbangan antara kepentingan individu dan masyarakat, antara kepentingan tersangka/terdakwa dan kepentingan pemeriksaan.

Ketentuan Pasal 56 KUHAP mewajibkan Negara untuk menyediakan secara cuma-cuma bantuan hukum bagi tersangka atau terdakwa yang didakwa dengan ancaman pidana mati atau pidana penjara lima belas tahun lebih, atau pidana lima tahun lebih yang tidak mempunyai penasihat hukum sendiri.

h. Asas Beyond a Reasonable Doubt

Beyond a reasonable doubt adalah pembuktian dalam peradilan pidana untuk mengambil keputusan bahwa terdakwa terbukti bersalah atas kejahatan yang dituduhkan, maka hakim atau juri harus dapat diyakinkan (tanpa keraguan yang masuk akal). Untuk mendapatkan keyakinan tanpa keraguan yang masuk akal tersebut, penuntut umum wajib membuktikan melalui bukti-bukti yang dikumpulkan.³⁸⁹

Sistem pembuktian hukum acara pidana pada prinsipnya dilakukan guna menemukan kebenaran materiil, di mana rangkaian kejadian dan fakta yang sudah berlalu sebagai *post factum*, apa adanya secara objektif impersonal. Hukum Acara Pidana Indonesia menganut sistem pembuktian negatif, suatu sistem pembuktian berganda, yakni hakim menjatuhkan putusan berdasarkan keyakinan yang berpatokan dasar kepada (alat bukti menurut) undang-undang. Ketentuan mengenai sistem pembuktian negatif ini, secara khusus diatur dalam Pasal 183 KUHAP juncto Pasal 184 KUHAP, namun cara menjalankan pembuktian secara luas diatur dalam Bab XVI (bab

³⁸⁸ Departemen Kehakiman Republik Indonesia, *Pedoman Pelaksanaan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana*, Yayasan Pengayoman, 1982, hlm. 7.

³⁸⁹ Eddy O.S. Hiariej, *op.cit*, hlm. 42.

pemeriksaan di sidang pengadilan) yang terdiri dari bagian ke satu sampai ke tujuh dari Pasal 145 sampai Pasal 232 KUHP. Kesemua ketentuan tersebut akan mengantarkan Hakim pada posisi (kesimpulan) “terbukti secara sah dan meyakinkan” (*beyond a reasonable doubt*) atas suatu perbuatan pidana yang dilakukan pelaku.

Menurut Yahya Harahap, sulit untuk memberi definisi yang lengkap mengenai “terbukti secara sah dan meyakinkan” (*beyond a reasonable doubt*). namun Yahya Harahap menggambarkan lima bagian sinopsis patokan standar penerapan “terbukti secara sah dan meyakinkan” (*beyond a reasonable doubt*) yang dapat dijabarkan:³⁹⁰

- (1) Pengertian umum berdasarkan praktek, *beyond a reasonable doubt* berarti kesalahan terdakwa terbukti berdasarkan alat bukti, dengan demikian yakin sepenuhnya bahwa tidak diragukan lagi sebagai pelakunya;
 - o Terbuktinya kesalahan terdakwa berdasarkan alat bukti, yang oleh hukum dinyatakan “keterbuktian kesalahan yang beralasan” (*reasonable*) atau “ketidakraguan yang beralasan”;
 - o Sebaliknya kesalahan “tidak terbukti berdasar alat bukti, oleh hukum dinyatakan: keterbuktian tanpa dasar (*unfounded*), keterbuktian berdasarkan spekulasi (*speculative*), keterbuktian berdasarkan asumsi (*assumption*), atau keterbuktian berdasarkan imajinasi (*imaginary*).
 - o Oleh karena itu, “keraguan disebabkan tidak ada” atau “tidak cukup bukti” disebut “keraguan yang beralasan” (*reasonable doubt*), karena “kesalahan” yang didakwakan tidak terbukti, sehingga tidak ada alasan untuk “meyakinkan kesalahan” terdakwa. Karena itu “tidak ada alasan yang kuat” untuk “meletakkan keyakinan yang kukuh” untuk membuktikan kesalahan.
 - o Jadi, standar “terbukti secara sah dan meyakinkan” harus ditegakkan berdasar “pembuktian” (*based on evidence*) yang mampu: mewujudkan “kepastian” (*certainty*) terdakwa bersalah, dan “kepastian” itu beralasan “meletakkan keyakinan yang kukuh” (*firmly convinces*) atas kesalahan terdakwa.
 - o Sebaliknya, standar “keraguan yang beralasan” (*reasonable doubt*), harus berdasar pembuktian (*based on evidence*), karena : tidak ada bukti atau tidak cukup alat bukti sehingga kesalahan terdakwa diragukan. Oleh karena itu “tidak beralasan” untuk meyakini secara “pasti” terdakwa bersalah.

commit to user

³⁹⁰ M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHP, Pemeriksaan Sidang Pengadilan, Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali*, Jakarta : Sinar Grafika, 2007, hlm 339-343.

(2) Standar “terbukti secara sah dan meyakinkan” dimana “tidak wajib membuktikan seluruh keraguan dalam suatu kasus”. Dalam hal ini, pemidanaan akan dibuktikan berdasarkan “perbuatan” (*actus reus*) dan *mens rea* (kesalahan), berdasarkan doktrin “keraguan” yang tidak dapat dijelaskan atau dipecahkan berdasarkan pembuktian “tidak boleh dijelaskan” melalui bentuk dan konstruksi “persangkaan” (*prejudice*):

- Tidak berarti semua keadaan yang meragukan harus dibuktikan.
- Tidak harus semua keadaan elemen pokok yang berada dalam “bayang keraguan” harus dibuktikan.
- Yang harus dibuktikan adalah sepanjang hal/ keadaan / elemen yang relevan

(3) Standar “terbukti secara sah dan meyakinkan” berdasarkan alat bukti limitatif yang sah untuk mencapai batas minimal pembuktian. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 183 KUHAP dan 184 KUHAP, yakni standar “terbukti secara sah dan meyakinkan” harus didukung paling tidak dua alat bukti sebagaimana disebut dalam Pasal 184 KUHAP. Ketentuan minimal dua alat bukti tersebut mengandung pengertian tidak ada satu pun alat bukti yang memiliki kekuatan pembuktian sempurna, mengikat dan memaksa, dan masing-masing alat bukti mempunyai nilai kekuatan pembuktian bebas. Dengan demikian “tidak terpenuhinya batas pembuktian” : “tidak cukup” nilai kekuatan pembuktiannya untuk membuktikan kesalahan terdakwa, sehingga pembuktian yang demikian akan menempatkan hakim dalam keadaan “keraguan yang beralasan” (*reasonable doubt*) sebagai alasan untuk membebaskan terdakwa sesuai dengan asas *indubio proreo*.

(4) Standar “terbukti secara sah dan meyakinkan” berdasarkan nilai kekuatan pembuktian bersifat bebas:

- Standar batas minimal pembuktian tidak boleh kurang dua alat bukti, pelanggaran batas ini akan menyebabkan *reasonable doubt* dan pemidanaan yang dijatuhkan merupakan “kesewenangan”.
- Prinsip penerapan nilai kekuatan pembuktian yang bersifat bebas mengandung pengertian : a) Hakim tidak mutlak harus menerima kebenaran yang terkandung di dalamnya, b) Hakim bebas untuk menolak atau menerima. Penerimaan atau penolakan atas kebenaran tersebut harus *fair* berdasarkan hukum dan etika.

(5) Standar penerapan “terbukti secara sah dan meyakinkan” berdasarkan acuan tingkat standar kesalahan terdakwa berdasarkan bukti yang tidak diragukan:

- Dalam hal tidak ada bukti sama sekali, maka tidak ada kesalahan terdakwa yang dapat dipastikan. Berarti keraguan atas kesalahan terdakwa sempurna beralasan (*reasonable doubt*), sehingga terdakwa harus dibebaskan.
- Dalam hal terdapat bukti tapi tidak tercapai batas minimal; maka kesalahan terdakwa belum pasti, masih diragukan dan berada dalam tingkat kemungkinan. Kepastian kesalahan dapat ditaksir bernilai 10-50%. Keraguan atas kesalahan terdakwa masih beralasan (*in dubio proreo*), sehingga terdakwa harus dibebaskan.
- Dalam hal tercapai batas minimal pembuktian, namun pembuktian tersebut mengandung cacat materil dengan alasan antara lain: keterangan palsu, keterangan tidak relevan, keterangan bohong, keterangan tidak jelas sumbernya, lemahnya hubungan isi alat bukti satu dengan yang lain, masing-masing alat bukti berdiri sendiri (*independent evidence*), dokumen palsu. Dalam keadaan ini keterbuktian kesalahan terdakwa berada pada tingkat 50-60%, yang dianggap masih dalam batas “keraguan yang beralasan”, sehingga hakim bebas untuk “menerima” atau “menolak”, namun kurang beralasan untuk meletakkan “keyakinan” diatasnya.
- Yang dituntut adalah standar pembuktian bernilai 90%, dengan keraguan bernilai 10 % yang dikategorikan kerugian terkecil. Dalam hal ini kesalahan terdakwa sudah dianggap pasti dan diyakini. Kesalahan tersebut tidak spekulatif atau asumtif.

Yahya memberikan catatan bahwa penggunaan (asumsi taksiran angka persentase) pembuktian tersebut bukan bersifat matematis (eksakta), tapi bersifat sosial didasarkan pada fakta-fakta yang beralasan dengan bantuan intuisi dan perasaan yang mendalam.

5. Asas Legalitas Dalam Proses *Pre Judicial*: Praperadilan

Menurut Hartono, praperadilan adalah proses persidangan sebelum sidang masalah pokok perkaranya disidangkan. Pengertian pokok perkara adalah perkara

materinya, sedangkan dalam praperadilan hanya menguji proses tata cara penyidikan dan penuntutan, bukan pada materi pokoknya.³⁹¹

Ketentuan asas legalitas praperadilan terdapat dalam Pasal 3 KUHAP, di mana hakim wajib melaksanakan peradilan menurut cara yang diatur dalam KUHAP. Praperadilan merupakan wewenang pengadilan negeri untuk memeriksa dan memutus perkara menurut cara yang diatur dalam KUHAP. Adapun yang menjadi alasan praperadilan menurut KUHAP adalah : a) sah atau tidaknya suatu penangkapan atau penahanan, b) sah atau tidaknya penghentian penyidikan atau penuntutan, dan c) permintaan ganti rugi atau rehabilitasi (Pasal 1 angka 10 KUHAP). Ketentuan praperadilan diatur dalam Pasal 1 ayat (10) KUHAP, Pasal 77 s.d 83 KUHAP. Berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi nomor 21/ PUU-XII/ 2014, penetapan tersangka menjadi objek praperadilan.

Praperadilan diajukan dalam bentuk surat permohonan dengan menyebutkan alasannya (Pasal 79 s.d 81 KUHAP dan Putusan MK no. 21/PUU-XII/2014)). Pihak yang dapat menjadi pemohon atau subjek praperadilan adalah: a) tersangka atau keluarganya atau kuasanya untuk permohonan atas sah atau tidaknya penangkapan atau penahanan atau penetapan tersangka, permohonan ganti rugi atau rehabilitasi b) atas permintaan demi tegaknya hukum dan keadilan (siapa saja) mengenai sah atau tidaknya penghentian penuntutan atau penyidikan.

a. *Dwang Middelen (Upaya Paksa)*

Yang dimaksud dengan upaya paksa atau *dwang middelen* adalah upaya yang dilakukan aparat penegak hukum berupa penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan dan pemeriksaan dalam rangka melaksanakan proses peradilan. Tindakan upaya paksa terkonsentrasi pada tahap penyidikan, yang diatur dalam Pasal 112 ayat 1 dan ayat 2 dalam Kitab Undang-Undang Acara Pidana.

Secara umum upaya paksa diatur dalam Pasal 16 sampai dengan Pasal 49 ayat (2) KUHAP. Pelaksanaan 'upaya paksa' berkaitan dengan prosedur penindakan antara lain: penangkapan, penahanan, penggeledahan, pemasukan rumah, pencarian dan pengumpulan barang bukti, penyitaan, pemeriksaan surat, pemeriksaan saksi, pemeriksaan tersangka. Penindakan adalah setiap tindakan hukum yang dilakukan

commit to user

³⁹¹Hartono, *Penyidik & Penegakan Hukum Pidana melalui Pendekatan Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm. 81.

terhadap orang atau benda yang ada hubungannya dengan tindak pidana yang terjadi. Dalam melaksanakan tindakan tersebut, seorang penyidik harus berdasarkan pada Surat Perintah Tugas³⁹², kemudian dibuatkan suatu berita acara tentang pelaksanaan tindakan (Pasal 8 ayat (1) KUHAP). Sebagai upaya proteksi terhadap upaya paksa maka dibentuklah lembaga praperadilan.

Penangkapan adalah suatu tindakan penyidik berupa pengekangan sementara waktu kebebasan tersangka atau terdakwa apabila terdapat cukup bukti guna kepentingan penyidikan atau penuntutan dan atau peradilan dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang.³⁹³ Penangkapan dilakukan oleh petugas kepolisian dengan menunjukan surat tugas dengan disertai alasan penangkapan yang kemudian dibuat berita acaranya, kecuali tertangkap tangan. Dalam hal tertangkap tangan, penangkapan dapat dilakukan siapa saja apabila terjadi suatu tindak pidana.

Penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik atau penuntut umum atau hakim, dalam hal serta cara menurut undang-undang (Pasal 1 angka 21 KUHAP). Penahanan oleh penyidik atau penyidik pembantu atas surat perintah atau oleh hakim dengan surat penetapan, dalam hal terdapat kekhawatiran bahwa tersangka akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti atau mengulangi kejahatan. Jenis penahanan dapat berupa penahanan rumah tahanan negara, penahanan rumah atau penahanan kota, untuk jangka waktu tertentu.³⁹⁴

Penahanan yang dilakukan oleh penyidik, penyidik pembantu, penuntut umum dan hakim adalah sah jika: (a) kepada tersangka atau terdakwa diberikan surat perintah penahanan atau penetapan hakim yang mencantumkan identitas tersangka atau terdakwa, alasan penahanan, uraian singkat mengenai kejahatan yang dipersangkakan atau didakwakan, dan tempat ia ditahan, (b) kepada keluarganya harus diberikan tembusan surat penahanan atau penetapan hakim tersebut, (c) penahanan tersebut dilakukan karena tersangka/ terdakwa telah melakukan, mencoba melakukan, atau memberikan bantuannya untuk melakukan jenis tindak pidana yang ditentukan dalam Pasal 21 ayat (4) huruf a dan b KUHAP. Tidak terpenuhinya syarat tersebut, dapat menyebabkan tersangka, terdakwa atau ahli warisnya berhak mengajukan ganti rugi ke

³⁹² Zulkarnaen, *op.cit*, hlm. 44.

³⁹³ Lihat Pasal 1 angka 29 KUHAP. *commit to user*

³⁹⁴ Penahanan untuk kepentingan penyidikan adalah 20 hari dan dapat diperpanjang 40 hari ke JPU.

Pengadilan Negeri yang mengadili perkaranya sebagaimana yang diatur dalam Pasal 95 KUHAP.³⁹⁵

Penggeledahan dilakukan atas: rumah seseorang, pakaian seseorang atau badan seseorang, dengan syarat: (1) dengan surat izin Ketua Pengadilan Negeri (KPN) setempat, kecuali dalam keadaan mendesak maka izin KPN dimintakan kemudian dalam bentuk surat penetapan persetujuan penggeledahan, (2) terdapat surat perintah tertulis dari penyidik untuk dapat memasuki rumah, (3) disaksikan oleh dua orang saksi atau kepala lingkungan, (4) dibuatkan berita acara yang turunannya disampaikan kepada pemilik atau penghuni rumah yang bersangkutan.³⁹⁶ Kecuali dalam hal tertangkap tangan, penyidik tidak diperkenankan memasuki: (a) ruang di mana sidang MPR, DPR, DPRD sedang berlangsung, (b) tempat di mana ibadah atau upacara keagamaan sedang berlangsung, (c) ruang sidang yang sedang berlangsung.³⁹⁷

Penyitaan dilakukan oleh penyidik dengan surat izin KPN setempat, kecuali dalam hal sangat perlu yang tidak memungkinkan mendapat surat izin terlebih dahulu, maka penyitaan dapat dilakukan berdasarkan surat perintah dan kemudian segera dimintakan surat persetujuan penyitaan (berupa penetapan) kepada KPN setempat.³⁹⁸ Barang yang dapat disita adalah: (a) benda atau tagihan tersangka/terdakwa yang sebagian atau seluruhnya diperoleh dari atau hasil dari tindak pidana, (b) benda yang dipakai secara langsung atau untuk mempersiapkan tindak pidana (*instrumenta delicti*), (c) benda yang dipakai untuk menghalang-halangi penyidikan, (d) benda yang dibuat untuk melakukan tindak pidana, (d) benda yang mempunyai hubungan langsung dengan tindak pidana.³⁹⁹ Terhadap orang yang menguasai benda yang disita, maka penyidik wajib menyerahkan surat tanda penerimaan benda yang disita.

Pada prinsipnya, benda sitaan disimpan dalam rumah penyimpanan benda sitaan negara (RUPBASAN), namun pada kenyataannya keberadaan Rupbasan sangat sedikit, sehingga benda sitaan dapat disimpan di kantor Kepolisian, kantor Kejaksaan, kantor Pengadilan Negeri, di suatu tempat penyimpanan atau tempat semula benda itu disita.

³⁹⁵ P.A.F.Lamintang dan Theo Lamintang, SH, *Pembahasan KUHAP Menurut Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana dan Yurisprudensi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm. 123. Indonesia telah meratifikasi ICCPR yang Pasal 9 ICCPR mewajibkan seseorang yang ditangkap haruslah **segera** (*promptly*) dibawa (**secara fisik**) ke hakim untuk ditahan. Sehingga, pada prinsipnya hakim-lah yang menahan orang karena adanya sifat perampasan kemerdekaan.*Ibid*, hlm. 123.

³⁹⁶ Pasal 33, Pasal 34 KUHAP

³⁹⁷ Pasal 35 KUHAP.

³⁹⁸ Pasal 38 KUHAP.

³⁹⁹ Pasal 39 ayat (1) KUHAP.

Dalam prakteknya, jaksa penuntut umum selalu melimpahkan barang sitaan bersamaan dengan pelimpahan berkas penuntutan ke pengadilan negeri.

b. Lembaga Pra Peradilan dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia

Lembaga pra peradilan merupakan perwujudan dari peradilan modern yang menampilkan rasionalitas, kepastian hukum, materialistik dan mekanistik. Lahirnya lembaga praperadilan bersumber dari adanya hak *habeas corpus*⁴⁰⁰ dalam sistem peradilan Anglo Saxon, yang memberi jaminan fundamental hak asasi manusia khususnya hak kemerdekaan⁴⁰¹.

Secara historis, sesungguhnya pembentukan lembaga praperadilan Indonesia didasarkan pada perspektif *Rechter Commissaris* (Hakim Komisaris) di Belanda, *Juge d'Instruction* di Perancis dan di Eropa Tengah yang bertujuan bagi perlindungan hak asasi tersangka dalam proses pemeriksaan pendahuluan. Menurut Andi Hamzah, seperti halnya *Rechter Commissaris*, lembaga ini mempunyai wewenang yang luas dalam pemeriksaan pendahuluan, walau hanya perkara besar yang ditangani lembaga ini.⁴⁰²

Dalam pelaksanaan '*pre trial*' dalam lembaga praperadilan Anglo Saxon, dilakukan penilaian terhadap keabsahan perolehan barang bukti (*illegally secured evidence*) sebagai sarana perlindungan hak asasi tersangka yang paling *acceptable*, melalui tiga tahapan: tahap '*arraignment*', merupakan sidang di hadapan hakim, beberapa hari setelah penahanan tersangka, di mana jaksa sudah membacakan surat dakwaannya. Pada saat itu terdakwa sudah ditanyakan sikapnya, mengakui kesalahannya atau tidak (*guilty or not guilty*). Jika terdakwa menyatakan dirinya tidak bersalah, maka proses persidangannya ditawarkan melalui sistem juri, namun jika terdakwa menyatakan bersalah, maka pemeriksaannya cukup melalui *court trial*. Setelah itu, masuk ke proses *preliminary hearing* untuk menentukan apakah terdakwa

⁴⁰⁰ *An independent proceeding instituted to determine whether a defendant is being unlawfully deprived of his or her liberty* (Henry Campbell Black, *op.cit*, hlm. 491).

⁴⁰¹ *Habeas Corpus Act* memberikan hak pada seseorang untuk melalui suatu surat perintah pengadilan menuntut (menantang) pejabat yang melakukan penahanan atas dirinya (polisi ataupun jaksa) membuktikan bahwa penahanan tersebut adalah tidak melanggar hukum (*illegal*) atau tegasnya benar-benar sah sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.

⁴⁰² Oemar Seno Adji dan Indriyanto Seno Adji, *Peradilan Bebas & Contempt of Court*, Diadit Media, Jakarta, 2007, hlm. 137. Peran hakim Komisaris terhadap pelaksanaan upaya paksa dari penyidikan sangat ketat mengingat tuntutan perlindungan hak asasi tersangka merupakan sasaran utama lembaga ini. Perlindungan sejenis juga dianut Negara-negara Anglo Saxon, seperti *Judge's rules* di Inggris dan *exclusionary rules* di Amerika Serikat, keduanya berisi aturan umum dan kewajiban aparat penegak hukum dalam menjalankan tugasnya, antara lain larangan melakukan pelanggaran terhadap tersangka, termasuk yang berkaitan dengan penangkapan dan penahanan. (*Ibid*, hlm. 138)

mempunyai alasan yang kuat telah melakukan tindak pidana, kemudian di tahap *Pre Trial Conference* ditentukan acara persidangan, utamanya tahap pembuktian.⁴⁰³

Menurut Romli Atmasasmita, jika diteliti pelaksanaan '*the criminal justice system*' yang berlaku di Amerika Serikat pada umumnya, jelas bahwa '*plea bargaining*'⁴⁰⁴ itu terjadi pada periode '*arraignment*' dan '*preliminary hearing*'. Dikaitkan dengan *Exclusionary Rule* Amerika Serikat (kedudukan hukum berada di atas semua kepentingan ekonomi, sosial dan politik), maka *plea bargaining system* itu justru melemahkan eksistensi dan implikasi peraturan ini. Karena dengan *exclusionary rule*, maka segala bukti yang telah berhasil dikumpulkan oleh polisi atau penuntut umum tidak dapat diajukan ke persidangan, apalagi jika ternyata bukti dimaksud diperoleh secara melawan hukum (melalui penekanan atau penyiksaan). Adanya pernyataan tertuduh akan kesalahannya (*plea of guilty*) justru meniadakan kemungkinan adanya penolakan akan bukti yang diajukan polisi / penuntut umum di persidangan.⁴⁰⁵

Pada *Miranda Case* (di Negara Bagian Arizona) merupakan suatu catatan peringatan bagi penegak hukum, di mana prosedur penangkapan Miranda ternyata tidak disertai surat perintah penangkapan dan tidak dibacakan hak-hak tersangka berupa '*have the right to remain silent* dan *right to have a counsel*' (hak untuk diam dan hak didampingi pengacara). Meskipun pada lembaga *Pre Trial* tingkat *District court* menganggap kelalaian tersebut sebagai masalah administrasi, namun di tingkat *Supreme Court* (Mahkamah Agung) Amerika Serikat membatalkan putusan *Distric Court* tersebut dan menyatakan penangkapan Miranda tidak sah.⁴⁰⁶

Apabila dikaitkan ketentuan Pasal 77 KUHAP dan penjelasan Pasal 95 KUHAP dengan *dwang middelen* (upaya paksa), maka kewenangan lembaga praperadilan bersifat limitatif yakni hanya berkisar sah atau tidaknya penangkapan dan penahanan, penghentian penyidikan dan penuntutan, termasuk upaya paksa berupa pemasukan rumah, penggeledahan, penyitaan, dan penahanan tanpa alasan yang sah atau penahanan

⁴⁰³ *Ibid*, hlm. 138-139.

⁴⁰⁴ *Plea bargaining* mempunyai beberapa batasan: 1) bahwa *plea bargaining* ini pada hakikatnya merupakan suatu negosiasi antara pihak penuntut umum dengan tertuduh atau pembelannya, 2) motivasi negosiasi tersebut yang paling utama adalah untuk mempercepat proses penanganan perkara pidana, 3) sifat negosiasi harus dilandaskan pada 'kesukarelaan' tertuduh untuk mengakui kesalahannya dan kesediaan penuntut umum memberikan ancaman hukuman yang dikehendaki tertuduh atau pembelannya, 4) keikutsertaan hakim sebagai wasit yang tidak memihak dalam negosiasi dimaksud tidak diperkenankan. (Romli Atmasasmita, *Sistem Peradilan Pidana: Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Bina Cipta, Bandung, 1996, hlm. 113-114).

⁴⁰⁵ *Ibid*, hlm. 115.

⁴⁰⁶ Oemar Seno Adji, *op.Cit*, hlm.139.

yang melebihi pidana yang dijatuhkan. Lembaga praperadilan Indonesia hanya memiliki wewenang sebagai *examining judge* yang hanya melakukan pengujian yang bersifat administratif atau penilaian persyaratan formal dan materiil saja, bukan secara substansiil sebagai *investigating judge*⁴⁰⁷ misalnya penyiksaan atau kekerasan dalam proses tindakan upaya paksa. Pemeriksaan praperadilan KUHAP dilaksanakan oleh hakim tunggal (Pasal 78 Ayat (2) KUHAP), dan putusan praperadilan tersebut bersifat *final and binding* kecuali putusan mengenai tidak sahnya penghentian penyidikan atau penuntutan, dapat dilakukan upaya hukum (terakhir) ke Pengadilan Tinggi.

Ketentuan mengenai praperadilan termasuk dalam bab 10 bagian kesatu KUHAP, yang mengatur, mengenai pemeriksaan pendahuluan, pemeriksaan sebelum substansi atau materi penuntutan digelar dalam pemeriksaan dipersidangan (proses adjudikasi), sehingga subyek dari praperadilan adalah tersangka atau keluarga tersangka, atau kuasa hukum tersangka atau penyidik, penuntut umum atau pihak ke tiga yang berkepentingan.

Tabel subyek dan objek praperadilan dalam KUHAP

Pasal praperadilan	Subyek praperadilan	Obyek praperadilan	Keterangan
79 KUHAP	(1) Tersangka (2) keluarga tersangka (3) Kuasa hukum	Sah atau tidaknya penangkapan, penahanan	Diajukan kepada KPN dg surat permohonan disertai alasan (bukti awal). Diperiksa oleh hakim tunggal. Dalam waktu maksimum 7 hari. Penyitaan bersifat assesoir dengan penangkapan atau penahanan.
80 KUHAP	1. Penyidik 2. Penuntut umum 3. Pihak ketiga yang berkepentingan	Sah atau tidaknya penghentian penyidikan, atau penuntutan	
81 KUHAP	1. Tersangka 2. Pihak ketiga yang berkepentingan	Permintaan ganti rugi dan atau rehabilitasi	
82 ayat (3) huruf d KUHAP	1. Tersangka 2. keluarga tersangka 3. kuasa hukum	Sah atau tidaknya penyitaan	
95 KUHAP	tersangka, terdakwa	Ganti rugi dan rehabilitasi	

Dalam perkembangannya, Mahkamah Konstitusi telah mengabulkan sebagian permohonan pengujian atas materi praperadilan yakni terhadap Pasal 77 huruf a

⁴⁰⁷ Oemar Seno Adji, *op.cit*, hlm. 191. *Investigating judge* dikenal dalam sistem peradilan pidana Negara-negara Anglo Saxon, dimana Hakim Komisaris dalam format *Habeas Corpus* memiliki kewenangan melakukan penelitian secara substansial tentang ada tidaknya penyimpangan terhadap pelaksanaan upaya paksa.

KUHAP (UU nomor 8 tahun 1981) yang diajukan oleh Bachtiar Abdul Fatah terpidana kasus korupsi bioremediasi fiktif PT.Chevron Pasifik Indonesia. Melalui putusan nomor 21/PUU-XI/2014, Mahkamah Konstitusi memutuskan bahwa ketentuan Pasal 77 huruf a KUHAP bertentangan dengan konstitusi sepanjang tidak dimaknai termasuk penetapan tersangka, pengeledahan dan penyitaan.

Menurut Mahkamah Konstitusi, KUHAP tidak memiliki mekanisme *chek and balance system* atas tindakan penetapan tersangka oleh penyidik karena tidak adanya mekanisme pengujian atas keabsahan perolehan alat bukti. Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa hukum acara pidana Indonesia belum menerapkan prinsip *due process of law* secara utuh karena tindakan aparat penegak hukum dalam mencari dan menemukan alat bukti tidak dapat dilakukan pengujian keabsahan perolehannya.

Mahkamah Konstitusi menilai keberadaan pranata praperadilan sebagai bentuk pengawasan dan mekanisme keberatan terhadap proses penegakan hukum yang terkait erat dengan jaminan perlindungan hak asasi manusia, namun dalam perjalanannya praperadilan tidak mampu menjawab permasalahan yang ada dalam proses pra adjudikasi. Fungsi pengawasan pranata praperadilan hanya bersifat *post facto* dan pengujiannya hanya bersifat formal yang mengedepankan unsur objektif, sedangkan unsur subjektif tidak dapat diawasi pengadilan.

Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa penetapan tersangka merupakan bagian dari proses penyidikan, namun tidak secara eksplisit disebutkan sebagai objek praperadilan, yang dalam pelaksanaannya kemungkinan terdapat tindakan kesewenangan penyidik yang termasuk bentuk dari pelanggaran hak asasi manusia. Dimasukkannya keabsahan penetapan tersangka sebagai objek pranata praperadilan adalah agar perlakuan terhadap seseorang dalam proses pidana memperhatikan tersangka sebagai manusia yang mempunyai harkat, martabat dan kedudukan yang sama di hadapan hukum.

Pada putusan tersebut, Mahkamah Konstitusi juga memperluas ‘alat bukti’ dengan menyatakan frasa “bukti permulaan”, “bukti permulaan yang cukup”, dan “bukti yang cukup” yang tertuang dalam Pasal 1 angka 14, Pasal 17, dan Pasal 21 ayat (1) KUHAP harus dimaknai sebagai “minimal dua alat bukti” yang termuat dalam Pasal 184 KUHAP. Menurut Mahkamah Konstitusi, ketentuan dalam KUHAP tidak memberi penjelasan mengenai batasan jumlah dari frasa “bukti permulaan”, “bukti permulaan yang cukup”, dan “bukti yang cukup”. Satu-satunya pasal yang menentukan batas

minimum bukti adalah dalam Pasal 183 KUHAP yang di mana Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti. Oleh karena itu, pemaknaan “minimal dua alat bukti” dinilai Mahkamah merupakan perwujudan asas *due process of law* untuk melindungi hak-hak asasi manusia dalam proses peradilan pidana. Sebagai hukum formil dalam proses peradilan pidana di Indonesia, masih terdapat beberapa frasa dalam KUHAP yang memerlukan penjelasan agar terpenuhi asas *lex certa* serta asas *lex stricta* agar melindungi seseorang dari tindakan sewenang-wenang penyelidik maupun penyidik. Dengan demikian, seorang penyidik di dalam menentukan ‘bukti permulaan’, ‘bukti permulaan yang cukup’, dan ‘bukti yang cukup’ sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 1 angka 14, Pasal 17, dan Pasal 21 ayat (1) KUHAP dapat dihindari adanya tindakan sewenang-wenang.

6. Asas Legalitas Dalam Proses Judicial (*Pemeriksaan Pokok Perkara*)

Asas legalitas yang terkandung dalam KUHAP mengandung pengertian bahwa bagi setiap orang yang disangka dengan cukup terang bersalah menurut pemeriksaan penyidikan, dan kemungkinan besar akan dapat dijatuhi pemidanaan, maka harus dilimpahkan ke persidangan pengadilan oleh penuntut umum. Asas legalitas merupakan suatu asas yang menyebutkan bahwa semua perkara yang memenuhi persyaratan harus dituntut, kecuali kalau undang-undang membolehkan untuk tidak dilakukan penuntutan. Dengan demikian asas legalitas dalam hukum acara berkaitan erat dengan asas –asas lain seperti : asas oportunitas, *ne bis in idem* (*double jeopardy*), *daluwarsa*, *matinya tersangka*, *vervolgingsuitsluitings gronden* (dasar-dasar yang meniadakan penuntutan), dan *strafuitsluitings gronden* (alasan penghapus pidana).

Penerapan asas oportunitas (sebagai kebalikan dari asas legalitas) dalam Pasal 14 huruf h KUHAP diterapkan “demi kepentingan hukum”, bukan “demi kepentingan umum”⁴⁰⁸, yang dimaksud ditutup “demi kepentingan hukum” adalah sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 140 Ayat (2) huruf a KUHAP. Akan tetapi ketentuan Pasal 35 huruf c Undang-Undang nomor 16 tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia (dahulu Pasal 32 huruf e UU no. 5 tahun 1991 tentang Kejaksaan RI) memberi kewenangan kepada Jaksa Agung untuk melakukan *deponering* (menyampingkan)

⁴⁰⁸ Pertimbangan kejaksaan menyampingkan suatu perkara berdasarkan kepentingan umum atau dikenal dengan istilah *deponering* berdasarkan pasal 8 UU Pokok Kekuasaan Kejaksaan (UU no. 15 tahun 1961, Lembaran Negara tahun 1961 no. 254).

perkara “demi kepentingan umum”⁴⁰⁹. Dari Pedoman Pelaksanaan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana memberikan penjelasan: “...dengan demikian kriteria “Demi kepentingan umum” dalam penerapan asas oportunitas negara dan masyarakat dan bukan untuk kepentingan pribadi”⁴¹⁰. Kemudian apa yang dimaksud dengan frase “demi kepentingan hukum” dari Pasal 14 h dan Pasal 140 ayat (2) huruf a KUHAP. Akan tetapi kerap kali sulit untuk menentukan apakah sedang berhadapan dengan rumusan mengenai *vervolgingsuitsluitings gronden* atau sedang berhadapan dengan rumusan *strafuitsluitings gronden* (alasan penghapusan pidana), karena kata-kata yang digunakan oleh pembentuk undang-undang dalam merumuskan ketentuan pidana dalam KUHAP tidak selalu jelas.⁴¹¹

Menurut Lamintang, dalam menentukan penghentian perkara demi kepentingan hukum, harus diperhatikan apakah suatu tindak pidana terdapat dasar-dasar yang meniadakan pidana atau tidak, apakah suatu tindak pidana dilakukan oleh pelakunya berdasarkan unsur *sculd* atau tidak, apakah seorang tersangka dapat dipandang sebagai *toerekeningsvatbaar* atau tidak, dan apakah tindakan sipelaku dapat dipandang sebagai *toerekenbaar* atau tidak (dapat bertanggungjawab atau tidak), setelah seorang disidik atau dituntut, hanya hakim sajalah yang berwenang untuk memutuskannya.⁴¹² Dengan demikian ketika memasuki permasalahan ini, maka hakim tidak mungkin menghindar dari kewajiban melakukan penafsiran sebagai akibat tidak jelasnya kata-kata dalam undang-undang.⁴¹³

Berbeda dengan alasan penghapusan penuntutan yang merupakan kewenangan penuntut umum, maka dalam hukum pidana ada beberapa alasan yang dapat dijadikan dasar bagi hakim untuk meniadakan pemidanaan (alasan penghapusan pidana), yang berupa membebaskan atau melepaskan pelaku dari penuntutan, yakni atas dasar alasan

⁴⁰⁹ Menurut Hadari Djenawi Tahir, asas legalitas yang dianut KUHAP dapat dilihat dari bunyi pasal 140 ayat 2 a, yang jika dihubungkan dengan pasal 14 mengenai wewenang penuntut umum, maka ditentukan bahwa penuntut umum mempunyai wewenang untuk menutup perkara demi kepentingan hukum (bukan kepentingan umum). (Hadari Djenawi Tahir, *Pokok-Pokok Pikiran Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hlm27).

⁴¹⁰ Dalam menyampingkan perkara ‘demi kepentingan umum’, Jaksa Agung senantiasa bermusyawarah dengan pejabat-pejabat tinggi negara yang ada sangkut pautnya dengan perkara yang bersangkutan, antara lain dengan MENHANKAM, KAPOLRI, bahkan seringkali dengan Presiden (Departemen Kehakiman RI, *Pedoman Pelaksanaan KUHAP*, cetakan ketiga, Yayasan Pengayoman, hlm. 89).

⁴¹¹ Lamintang, *op.cit*, hlm. 391.

⁴¹² *Ibid.* hlm. 393.

⁴¹³ Secara ringkas dapat dikatakan bahwa penghentian perkara “demi kepentingan umum” dilakukan oleh Jaksa Agung (penuntut umum) dilakukan penuntut umum sebelum melakukan penuntutan (pra penuntutan), namun ketika perkara terus bergulir dan telah memasuki tahap penuntutan (persidangan) maka berhak menghentikan perkara adalah hakim.

penghapus pidana berupa alasan pembenar dan alasan pemaaf, baik alasan penghapus pidana menurut undang-undang (KUHP) maupun yang berasal dari luar undang-undang. Alasan penghapus pidana adalah alasan-alasan yang memungkinkan orang melakukan perbuatan yang sebenarnya telah memenuhi unsur delik, menjadi tidak dipidana atau dikecualikan dari penjatuhan sanksi pidana sebagaimana yang telah dirumuskan peraturan perundang-undangan. Alasan penghapus pidana tersebut merupakan kewenangan yang diberikan UU kepada hakim.⁴¹⁴ Alasan penghapus pidana diatur dalam KUHP dan KUHAP.

Pasal 191 KUHAP mengatur adanya dasar hukum untuk tidak menjatuhkan pidana terhadap terdakwa yang melakukan tindak pidana, yakni tentang putusan bebas dan putusan lepas dari segala tuntutan hukum. Akan tetapi terdapat ketidak-sinkronan antara ketentuan KUHAP sebagai hukum pidana formil dengan alasan penghapus pidana yang diatur dalam KUHP sebagai pidana materiil.

Salah satu permasalahannya karena KUHP merupakan produk hukum kolonial (*berupa Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie*, Stl. 1915 no. 732) yang tetap dipertahankan berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945, tidak membedakan dengan jelas antara alasan pembenar maupun alasan pemaaf. Masih melekatnya pengaruh ajaran (klasik) monistis yang mencampur adukkan sifat melawan hukumnya perbuatan dan kesalahan adalah sebagai unsur dari *strafbaar feit*, banyak membawa kesulitan bagi hakim dalam menjatuhkan pidana.⁴¹⁵

Menurut doktrin hukum pidana, alasan penghapus pidana dapat dibagi menjadi dua: 1) alasan penghapus pidana yang merupakan alasan pemaaf, dan 2) alasan penghapus pidana yang merupakan alasan pembenar. Alasan penghapus pidana yang merupakan alasan pemaaf adalah alasan-alasan yang menghapuskan kesalahan dari diri si pelaku (terdakwa/ subjektif). Oleh karena alasan ini hanya tentang kesalahan sipelaku, maka alasan penghapus pidana ini hanya berlaku untuk diri si pelaku pribadi. Sedangkan alasan penghapus pidana yang merupakan alasan pembenar adalah alasan-alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan (tentang perbuatan

⁴¹⁴ H.M.Hamdan, SH,MH, *Alasan Penghapus Pidana*, Rafika Aditama, Bandung, 2012, hlm. 27

⁴¹⁵ Dalam kenyataannya, hakim Indonesia masih sulit untuk menerapkan pembedaan antara perbuatan pidana /*actus reus* (kesalahan /*schuld*) yang bersifat objektif dengan pertanggungjawaban pidana yang merupakan unsur yang melekat pada pelakunya (*mens rea*/ subjektif). Padahal perkembangan *strafbaar feit* di Belanda sendiri *strafbaar feit* telah menerapkan ajaran dualistis yang membedakan antara perbuatan pidana dengan pertanggung-jawaban pidana. (Prayitno Imam Santoso, *Penerapan ajaran dualistis dalam putusan hakim*, Varia Peradilan Tahun XXVII no. 314 Januari 2012, hlm.34).

pidana), dan hal ini juga berlaku dalam hal delik penyertaan (*deelneming*).⁴¹⁶ Dengan demikian menurut doktrin, apabila terdapat alasan pembenar maka akan menghapuskan sifat melawan hukum dari perbuatan pidananya. Perbuatan yang dapat dipidana itu dipandang sebagai perbuatan yang dapat dibenarkan, perbuatan yang tidak tercela.

Menurut Utrecht, alasan penghapus pidana (*strafuitsluitingsgronden*) secara umum dibagi menjadi dua yakni *Rechtvaardigingsgronden* dan *schuld uitsluitingsgronden*:

“*Rechtvaardigingsgronden* (alasan-alasan yang membenarkan), itu menghapuskan *wederrechtelijkheid* dan *schulduitsluitinggronden* (alasan-alasan yang menghilangkan pertanggungjawaban / *toerekenbaarheid*) pembuat atas peristiwa yang diadakannya. ... *rechtvaardigingsgronden* (alasan pembenar) menghapuskan suatu peristiwa pidana, yakni kelakuan yang bersangkutan bukan suatu peristiwa pidana, biarpun sesuai dengan lukisan suatu kelakuan tertentu yang dilarang dalam undang-undang. Sedangkan dalam hal *schuld uitsluitingsgronden*, kelakuan yang bersangkutan tetap suatu peristiwa pidana tetapi tidak dapat dipertanggungjawabkan (*toegerekend*) kepada pembuat. ... Kitab Undang-Undang Hukum Pidana tidak memakai istilah-istilah “*rechtvaardigingsgronden* dan *schuld uitsluitingsgronden*”, dan *Memorie van Toelichting* pun tidak mengadakan suatu perbedaan semacam itu”.⁴¹⁷

Pembedaan antara alasan pemaaf dan pembenar sejalan dengan ajaran dualistis, yang memisahkan antara tindak pidana (disingkat TP) dengan pertanggungjawaban pidana (disingkat PJP). Dalam konsep dualistis, alasan pembenar termasuk dalam ruang lingkup perbuatan/ *feit* /tindak pidana / TP (*daad* / *actus reus* / faktor objektif) dan alasan pemaaf termasuk dalam ruang lingkup pertanggungjawaban pidana / PJP yang menyangkut pelaku/ orangnya (*kesalahan* / *schuld* / *dader* atau *mens rea*/ *guilty mind* / faktor subjektif).

Dari sudut unsur delik, alasan penghapus pidana terdiri dari unsur subjektif dan unsur objektif. Unsur subjektif dilihat dari dalam diri pribadi si pelaku sendiri, alasan penghapus pidana yang merupakan alasan pemaaf merupakan alasan yang menghapus kesalahan dari diri si pelaku, maka alasan pemaaf merupakan alasan penghapus pidana sebagai unsur subjektif. Sedangkan unsur objektif adalah unsur yang berada di luar diri pribadi si pelaku, yakni yang menyangkut **perbuatan**, yang menjadi alasan pembenar. Sebagai alasan penghapus pidana, dalam hal ini sifat melawan hukum-nya yang dihapuskan. Oleh karena alasan penghapusnya berada di luar diri pelaku, maka alasan penghapus pidana (alasan pembenar) ini termasuk sebagai unsur objektif.

commit to user

⁴¹⁶ Hamdan, *Op.cit.* hlm.30.

⁴¹⁷ *Ibid*, hal 33

Akibat hukum dari alasan penghapus pidana adalah: 1) tidak ada/ hilangnya kesalahan pelaku / *subjektif* (disebut alasan pemaaf), 2) hilangnya sifat melawan hukumnya perbuatan pelaku/ *objektif* (disebut alasan pembenar). Sementara bagaimana bentuk dan bunyi putusan hakim yang berkaitan dengan alasan penghapus pidana, tidak dinyatakan dengan tegas dalam KUHP, kecuali menyebutkan “tidak boleh dipidana”.⁴¹⁸

Dalam pengaturan alasan penghapus pidana dalam KUHP yang menganut ajaran monistis, tidak membedakan pengaturan antara alasan pemaaf dan alasan pembenar, sementara menurut ajaran dualistis alasan pemaaf berkaitan dengan unsur pertanggungjawaban pidana, sedangkan alasan pembenar berkaitan dengan unsur perbuatan pidana atau ‘sifat melawan hukum’ nya perbuatan. Penerapan kedua ajaran tersebut (monistis dan dualistis) atas alasan penghapus pidana, mempunyai konsekuensi berbeda dalam putusan hakim.

Hamdan membagi alasan penghapus pidana secara umum dan secara khusus (berlaku untuk orang tertentu saja) baik yang bersumber dari KUHP maupun di luar KUHP, yang didasarkan pada pemahaman ajaran dualistis. Alasan penghapus pidana secara umum: (1) dalam KUHP, terdiri dari a) yang merupakan alasan pemaaf diatur dalam: Pasal 44 KUHP (pelaku yang terganggu/sakit jiwanya), Pasal 48 KUHP (perbuatan yang dilakukan dalam keadaan terpaksa), Pasal 49 ayat (2) KUHP (pembelaan diri yang melampaui batas), Pasal 51 ayat (2) KUHP (melakukan perintah jabatan yang tidak sah tetapi dianggap sah); b) yang merupakan alasan pembenar: Pasal 49 ayat (1) KUHP (perbuatan yang dilakukan untuk membela diri), Pasal 50 KUHP (melaksanakan peraturan perundang-undangan), Pasal 51 ayat (1) KUHP (perintah jabatan yang sah); (2) di luar KUHP: a) alasan pemaaf : AVAS (*afwezigheid van alle schuld* / hilangnya sifat melawan hukum) tidak ada kesalahan sama sekali), b) alasan pembenar: hilang sifat melawan hukum formil maupun materiil). Alasan penghapus pidana yang berlaku khusus: (1) di dalam KUHP: a) alasan pemaaf: Pasal 110 ayat (4) KUHP, Pasal 166 KUHP, Pasal 221 ayat (2) KUHP, b) alasan pembenar: Pasal 186 ayat (1) KUHP, Pasal 310 ayat (3) KUHP, Pasal 314 ayat (1) KUHP, Pasal 351 ayat (5) KUHP dan Pasal 352 ayat (2) KUHP; (2) di luar KUHP.⁴¹⁹ Dalam ulasan alasan pembenar yang bersifat khusus di luar KUHP, Hamdan menguraikan beberapa alasan pembenar yang merupakan antitesis dari beberapa pasal yang ada dari KUHP seperti

⁴¹⁸ *Ibid*, 43.

⁴¹⁹ *Ibid*, hlm 77 – 112.

Pasal 200 KUP, Pasal 351 KUHP, Pasal 333 ayat (1) KUHP, Pasal 349 KUHP, Pasal 344 KUHP dan Pasal 406 KUHP, antara lain⁴²⁰:

- (1) Hak mendidik orang tua/ wali dan guru. Dalam menjalankan hak mendidik, tidak dapat diterapkan Pasal 351 KUHP (penganiayaan) atau Pasal 333 ayat (1) KUHP (perampasan kemerdekaan) selama tidak dilakukan dengan menggunakan sarana atau alat dan bersifat proporsional, seperti orang tua memukul anaknya dengan tangan atau guru menghukum murid untuk tinggal di dalam ruangan kelas dalam batas waktu tertentu. Menurut Hamdan, perbuatan demikian dapat dikategorikan sebagai teori hukuman yang bersifat khusus (*special prevention*) kepada anak agar tidak melakukan perbuatan yang sama dimasa yang akan datang. Namun demikian, dengan adanya Pasal 15 dan Pasal 54 UU no. 35 tahun 2014 tentang Perubahan atas UU no. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, maka setiap anak harus dilindungi dari segala bentuk kekerasan atau setiap peristiwa yang mengandung unsur kekerasan, tindak kekerasan fisik, psikis, kejahatan seksual dan kejahatan lainnya oleh pendidik dan tenaga pendidik, maka ulasan Hamdan tentang hak mendidik orang tua/ wali terhadap anak dengan menggunakan kekerasan, tidak dapat dipertahankan lagi.
- (2) Hak jabatan/ pekerjaan dokter, apoteker, bidan-bidan dan peneliti ilmu alam. Menurut Hamdan, orang bekerja dalam menjalankan profesinya, seperti tindakan medis terhadap tubuh pasien, tidak dapat digolongkan sebagai tindak pidana, kecuali tindakan tersebut dilakukan dengan ceroboh/ sembrono sehingga mengakibatkan matinya pasien. Tidak jelas apakah yang dimaksud Hamdan dengan ceroboh adalah sama dengan lalai/ kealpaan/ kesalahan/ *schuld* (sebagaimana yang diatur dalam Pasal 359 KUHP), jika demikian maka pembahasan mengenai hal ini adalah termasuk dalam lingkup “alasan pemaaf diluar UU” dan bukan “alasan pembenar di luar UU”.
- (3) Adanya izin dari mereka yang kepentingannya di langgar. Menurut Hamdan, dengan adanya izin dari yang bersangkutan, misalnya pertandingan olah raga tinju, atau tukang bengkel membongkar/ mengetok-ngetok mobil, tidak dapat dipidana sepanjang tidak menimbulkan kerugian pada orang lain. Sebagai contoh perusahaan yang sudah mendapatkan izin lingkungan, tidak dapat mencemari lingkungan tersebut dengan limbahnya. Dalam ulasannya Hamdan

⁴²⁰ *Ibid* hlm. 106-110.

menerapkan teori *the lesser evil*, yakni apabila perbuatan pelaku adalah untuk mencapai tujuan yang jauh lebih penting, lebih baik dan bermanfaat dari pada kepentingan korban, apabila korban telah memberikan persetujuan sebelumnya. Namun demikian, dengan adanya izin dari si korban, pertimbangan hakim akan cenderung pada ranah perdata sehingga putusannya bisa berakhir pada “lepas dari segala tuntutan” (*onslag*), dan bukan sebagai alasan pembenar di luar UU.

- (4) Mewakili urusan orang lain (*zaakwaarneming*). Menurut Hamdan, jika seseorang dengan sukarela diwakili urusan/ kepentingannya, maka orang tersebut wajib menyelesaikan urusan orang lain itu sebagai “bapak rumah tangga yang baik” tanpa berhak mendapat upah, sebagai contoh petugas pemadam kebakaran yang merusak sebagian dari rumah untuk mencegah menjalarnya api, atau menjadi pengecualian dari Pasal 200 KUHP. Jadi pertimbangannya adalah besar kecilnya resiko/ kerugian (penerapan teori *the lesser evil*). Akan tetapi, para petugas pemadam kebakaran adalah karyawan instansi kebakaran yang mempunyai jenjang karir struktural, sehingga segala perbuatannya dapat digolongkan sebagai menjalankan perintah UU (Pasal 50 KUHP/ alasan pembenar menurut UU) untuk menanggulangi bencana kebaran, dan tidak tepat untuk menggolongkannya sebagai pengecualian dari Pasal 200 KUHP atau alasan pembenar di luar UU.

Putusan Hakim yang bukan merupakan pembedaan menurut Pasal 191 KUHP apabila dikaitkan dengan alasan penghapus pidana (baik alasan pemaaf maupun alasan pembenar), mempunyai konsekuensi yang berbeda:

- (1) Pasal 191 ayat (1) KUHP: “jika ... hasil pemeriksaan di sidang kesalahan terdakwa atas perbuatan yang didakwakan kepadanya tidak terbukti maka terdakwa diputus bebas”. Putusan bebas (*vrijspraak*) semata-mata karena hakim berpendapat: 1) bahwa kesalahan terdakwa (pelaku) tidak terbukti sama sekali (secara sah dan meyakinkan), semua alat bukti yang diajukan ke persidangan tidak dapat membuktikan kesalahan terdakwa, 2) secara nyata hakim menilai bahwa pembuktian kesalahan yang didakwakan tidak memenuhi syarat minimum pembuktian, atau 3) hakim menilai kesalahan yang terbukti tidak didukung oleh keyakinan hakim. Dengan demikian berdasarkan pembuktian

yang tidak terbukti memenuhi unsur perbuatan pelaku, maka kesalahan pelaku tidak terbukti.

Putusan bebas menurut Pasal 191 ayat (1) KUHAP jika dikaitkan dengan alasan pembeda sebagai penghapus pidana, maka unsur “perbuatan” itu tidak terbukti atau sifat melawan hukum dari perbuatan itu yang dihapuskan, sehingga sifat dapat dipidanya perbuatan yang hilang atau hapus. Dasar pembeda adalah “perbuatan” terdakwa yang tidak dapat dipidana, sehingga ketika suatu surat dakwaan mempunyai kualifikasi “*deelneming*”, maka konsekuensinya alasan pembeda berlaku untuk semua orang yang melakukan/ ikut serta.

- (2) Sementara putusan lepas dari segala tuntutan (*Onslag van alle rechtsvervolging*) sebagaimana yang diatur dalam Pasal 191 ayat (2) KUHAP menentukan: “jika ... perbuatan yang didakwakan kepada terdakwa terbukti, tetapi **perbuatan** ini tidak merupakan suatu tindak pidana, maka terdakwa diputus lepas dari segala tuntutan”. Jadi menurut Pasal 191 ayat (2) KUHAP, “perbuatan” pidananya memang terbukti, (apa yang didakwakan memang terbukti secara sah dan meyakinkan, baik berdasarkan kekuatan alat bukti maupun keyakinan hakim), namun perbuatan yang dianggap terbukti tersebut tidak termasuk ruang lingkup hukum pidana, misalnya termasuk ruang lingkup perdata atau hukum administrasi. Permasalahannya: terdapat ketidaksinkronan pengertian alasan penghapus pidana dengan doktrin tentang alasan penghapus pidana yang berkaitan dengan sifat perbuatan pidana (alasan pemaaf) dengan putusan lepas menurut KUHAP ini. Unsur dalam elemen pertanggungjawaban pidana adalah pelakunya tidak mampu dipertanggungjawabkan, atau “perbuatannya” adalah tindak pidana namun kesalahan yang ada pada “pelaku” dihapuskan (subjektif) atau “pelaku” tidak dapat dipertanggungjawabkan. Dalam KUHAP sifat dapat dipidanya “pelaku” yang hilang/dihapuskan, sehingga yang tidak dapat dipidana adalah pelakunya bukan perbuatannya, sehingga terdakwa diputus lepas dari tuntutan. Karena unsur yang melekat pada pelaku merupakan unsur subjektif, maka alasan pemaaf ini hanya berlaku bagi masing-masing diri pribadi pelaku, tidak berlaku bagi delik penyertaan. Sementara putusan lepas menurut KUHAP berarti “perbuatannya” bukan tindak pidana walaupun terbukti memenuhi unsur. Perbuatan pidana merupakan unsur obyektif atau sifat melawan hukum yang berkaitan dengan alasan pembeda, bukan alasan pemaaf

atau unsur pertanggungjawaban pidana. Kerancuan ini kerap menyesatkan pemikiran hakim dalam menjatuhkan putusan.

Perbedaan Penghapus Pidana menurut Doktrin dan Pasal 191 ayat (2) KUHP

KUHAP Pasal 191 ayat (2)	DOKTRIN (alasan pemaaf)
Perbuatannya bukan tindak pidana	Perbuatannya adalah tindak pidana
Perbuatannya memang terbukti	Kesalahan pelaku ada tapi dihapuskan, atau pelaku tidak dapat dipertanggungjawabkan
	Sifat dapat dipidana-nya pelaku yang hilang/dihapuskan
	Yang tidak dapat dipidana adalah pelakunya
	Berlaku hanya untuk masing-masing pribadi / pelaku

Selain alasan penghapus pidana yang diatur dalam KUHP, terdapat pula alasan penghapus pidana yang berasal dari luar undang-undang yakni: Avas (*afwezigheid van alle schuld*) dan tidak adanya sifat melawan hukum secara materiil.

Avas (*afwezigheid van alle schuld*) merupakan pengkhususan dari asas “tiada kesalahan tanpa pidana” (*geen straf zonder schuld*), yakni alasan penghapus kesalahan pidana yang timbul dari luar undang-undang (tertulis) yang dikembangkan dalam ilmu hukum dan yurisprudensi. Menurut asas avas ini, meskipun unsur objektif (perbuatan sebagai objek) telah dilakukan oleh pelaku, namun jika unsur subjektifnya atau unsur kesalahan tidak ada pada diri pelaku, maka syarat untuk dijatuhi pidana tidak lengkap dan pelaku tidak dapat dipidana.

Dalam ilmu hukum pidana dikenal dua ajaran sifat melawan hukum: sifat melawan hukum formil dan sifat melawan hukum materiil. Sifat melawan hukum dalam arti formil dapat diartikan apabila suatu perbuatan telah memenuhi semua unsur dalam rumusan delik, perbuatan itu telah bertentangan dengan undang-undang (hukum tertulis). Sedangkan sifat melawan hukum materiil dapat dibedakan menjadi sifat melawan hukum materiil dengan fungsi negatif dan sifat melawan hukum materiil dengan fungsi positif. Sifat melawan hukum dalam fungsi negatif ini disebut juga alasan penghapus (perbuatan) pidana sebagai alasan pembenar, sedangkan yang positif adalah berfungsi sebaliknya. Penerapan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi

yang positif atau negatif inilah yang menjadi perdebatan⁴²¹. Penggunaan fungsi positif dari sifat melawan hukum materiil ini dianggap melanggar asas legalitas.

Menurut Komariah Emong Sapardjaja, penafsiran sifat melawan hukum sangat tergantung kepada pandangan terhadap arti serta tujuan hukum, khususnya hukum pidana.⁴²² Di Belanda, ajaran sifat melawan hukum materiil hanya pernah digunakan dalam kasus *Veearts Arrest*, karena sikap hakim Belanda yang tidak mau menginjakkan kakinya pada wilayah wewenang pembuat undang-undang. Penggunaan ajaran sifat melawan hukum materiil sebagai alasan pembenar (fungsi negatif) berarti hakim telah merubah unsur-unsur perumusan delik.⁴²³

Mahkamah Agung Belanda, menurut pendapat Komariah memberi kesan telah kembali ke ajaran formal, namun sepanjang tidak dicantumkan unsur (alasan pembenar) dalam rumusan delik, ajaran materiil diterapkan secara diam-diam, keinginan menerapkan ajaran ini muncul secara kasuistik sebagai alasan pembenar yang tidak tertulis lainnya, seperti *toestemming*, *beroepsrecht*, *tuchtrech*, *medische exepctie*. Penafsiran secara kasuistik di Belanda, mempunyai kesamaan dengan penafsiran kasus di Amerika Serikat.⁴²⁴ Keadaan ini berbeda dengan Indonesia, ajaran sifat melawan hukum bersifat materiil sebagai alasan pembenar (fungsi negatif) telah diterapkan berulang-ulang sejak putusan Mahkamah Agung no. 42 K/Kr/ 1965 dalam kasus Penyalahgunaan DO gula di Kalimantan Selatan, termasuk pula penggunaan sifat melawan hukum materiil dalam fungsi positif (utamanya dalam delik korupsi).

Penggunaan fungsi positif ajaran melawan hukum materiil, diterapkan dalam UU no. 31 tahun 1999. Norma hukumnya tidak dirumuskan dalam pasal-pasal yang ada dalam Undang-Undang itu, namun dirumuskan dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU no. 31 tahun 1999, yakni:

“yang dimaksud dengan asas “melawan hukum” dalam pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam art formil atau materiil yaitu meskipun perbuatan itu tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat maka perbuatan tersebut dapat dipidana”.

⁴²¹ Menurut Van Hamel, terdapat 2 paham sifat melawan hukum materiil ini, : 1) kelompok paham positif yang mengartikan sebagai bertentangan dengan hukum atau menyalahkan orang lain, 2) kelompok paham negatif yang mengartikan sebagai tidak berdasarkan hukum atau sebagai tanpa hak.

⁴²² Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Alumni, 2013, hlm.204.

⁴²³ *Ibid*.

⁴²⁴ *Ibid*, hlm. 205,206.

Sebelum Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi (UUTPK) no.31 tahun 1999, rumusan dalam Pasal 1 UU no.3 tahun 1971 dan penjelasannya juga memakai pengertian melawan hukum formil maupun materiel. Menurut Komariah, pencantuman unsur melawan hukum dalam perumusan tindak pidana yang menurut *Memorie van Toelichting* dan menjadi doktrin dalam hukum pidana, adalah untuk menghindarkan orang yang mempunyai hak akan terkena oleh pasal yang bersangkutan, sehingga dengan demikian tidak perlu lagi dibuktikan oleh jaksa tentang adanya sifat melawan hukumnya perbuatan, telah menjadi beban bagi hakim untuk selalu menafsirkan unsur ini dalam setiap tindak pidana korupsi.⁴²⁵

Putusan Mahkamah Agung no. 42 K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966 dalam perkara penyalahgunaan DO gula, telah menjadi yurisprudensi tetap penerapan sifat melawan hukum materiel dalam fungsi negatif. Adapun pertimbangan Mahkamah Agung: “suatu perbuatan pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum bukan hanya berdasarkan suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasar asas-asas keadilan atau asas-asas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum; dalam perkara ini misalnya faktor-faktor: negara tidak dirugikan, kepentingan umum dilayani dan terdakwa sendiri tidak mendapatkan untung”. Ketiga faktor tersebut (negara tidak dirugikan, kepentingan umum terlayani dan terdakwa sendiri tidak mendapatkan untung) untuk selanjutnya selalu digunakan sebagai yurisprudensi alasan pembenar dihapusnya sifat melawan hukum dari suatu perbuatan pidana.

Di sisi lain, Mahkamah Agung juga menerapkan ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsi positifnya, dengan memperluas penafsiran tiga faktor tersebut sehingga perbuatannya dapat dipertanggungjawabkan, contohnya putusan Mahkamah Agung no. 275K/Pid/1982 tanggal 15 Desember 1983 dalam perkara korupsi di Bank Bumi Daya.

Melihat perkembangan penerapan sifat melawan hukum materiel di Indonesia utamanya setelah reformasi tahun 1999, terlihat kecenderungan penerapan ajaran sifat melawan hukum materiel yang berfungsi positif. Menurut Komariah, ada beberapa hal yang diduga menjadi penyebabnya⁴²⁶:

⁴²⁵*Ibid*, 207-208.

⁴²⁶*Ibid*, 212-216

- Permasalahan kemampuan bahasa, karena teks resmi KUHP masih dalam bahasa Belanda⁴²⁷.
- Kelemahan pada pembuat Undang-undang sendiri yang tidak memberikan penjelasan terhadap naskah perundang-undangan atau tidak membuat catatan yang baik mengenai pembicaraan-pembicaraan rancangan undang-undang. Tidak adanya catatan sejarah perundang-undangan, menyulitkan hakim ketika melakukan metode penafsiran sejarah perundang-undangan (*wets interpretatie*). Belum lagi adanya pembentukan undang-undang yang bersifat khusus yang seharusnya berlaku untuk jangka waktu, orang atau keadaan tertentu, telah memberikan peluang penyimpangan dalam penerapannya. Contoh Pasal 2 dan Pasal 3 UU no. 31 tahun 1999 jo. UU no. 20 tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
- Pengaruh aliran pemikiran yang pragmatis pada pemikiran hakim, dengan alasan mengisi kekosongan hukum atau desakan akan kebutuhan hukum, hakim menerapkan hukum secara keliru. Sikap pragmatis dapat memberi peluang pada masuknya wawasan pribadi hakim dalam putusannya. Menurut Komariah, pragmatisme bukanlah sikap yang buruk dengan mengutip pendapat Friedman “*to study the law as it works and functions means investigating the social factors that make the law on the one hand and social result of law on the other*”, namun pragmatisme tidak boleh bertentangan dengan asas-asas hukum. Dalam hal ini, sikap pragmatisme tidak boleh menjadikan sifat melawan hukum materiil berfungsi positif. Walaupun terdapat ketentuan bahwa hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak ada ketentuan perundang-undangan yang mengaturnya.

Beberapa hal penting yang perlu diperhatikan dalam penerapan asas legalitas, berkaitan dengan asas hakim bersifat pasif (menerima limpahan perkara dari penuntut umum) dengan kewenangan hakim untuk menafsir dan menilai suatu surat dakwaan adalah sebagai berikut:⁴²⁸

- Surat dakwaan harus memenuhi syarat formal: berisi identitas terdakwa secara lengkap (Pasal 143 ayat (2) huruf a KUHP) dan syarat material: berisi waktu (*tempus*) dan tempat (*locus*) tindak pidana dilakukan, yang diuraikan secara jelas,

⁴²⁷Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang beredar di masyarakat adalah interpretasi masing-masing pengarangnya, tidak ada teks resmi dari pemerintah, sedangkan kemampuan berbahasa Belanda (khususnya dari para hakim) saat ini kurang menjadi perhatian, termasuk di tingkat pendidikan tinggi.

⁴²⁸Soedirjo, *Jaksa dan Hakim Dalam Proses Pidana*, Akademi Persindo, Jakarta, 1985, hlm 68-86.

cermat dan lengkap tentang tindak pidana yang didakwakan (Pasal 143 ayat 2 huruf b KUHP). Surat dakwaan: harus diberi tanggal dan ditandatangani penuntut umum. Tidak terpenuhinya syarat materiil menyebabkan batal demi hukum (Pasal 143 ayat (3) KUHP), sedangkan tidak terpenuhinya syarat formil menurut Yahya Harahap, tidak menyebabkan surat dakwaan batal demi hukum (*van rechtswege nietig* atau *null and void*) karena sifat kekurangsempurnaan pencantuman syarat formal dianggap bernilai *imperfect* atau tidak prinsipiil, misalnya kekurangan (tanpa) pencantuman jenis kelamin, dapat diidentifikasi pada diri terdakwa.⁴²⁹

- Surat dakwaan yang tidak terang (*obscur*) dan tidak jelas karena mengandung pertentangan antara satu dengan yang lain dapat menimbulkan keraguan. Untuk mencegah surat dakwaan yang *obscur* (tidak jelas atau kabur), maka harus tercantum secara jelas: a) bagaimana cara tindak pidana dilakukan, b) menyebutkan waktu dan tempat tindak pidana (*locus dan tempus delicti*).

Cara bagaimana tindak pidana dilakukan harus dinyatakan dengan jelas, sehingga dalam persidangan dapat diketahui dengan jelas ke arah mana kesalahan terdakwa harus dibuktikan. Pencantuman waktu dan tempat ini dapat dirumuskan secara alternatif, untuk menghindari kekurangtepatan penyebutan tempat dan waktu yang sesungguhnya, yakni menyebutkan waktu atau tempat perkiraan yang paling mungkin terjadi secara alternatif misalnya 'pada tanggal 13 Mei 2000 atau setidaknya pada suatu hari dalam tahun 2000', bertempat 'di rumah terdakwa di jalan mawar no 3 Surakarta atau setidaknya pada suatu tempat yang masuk dalam wilayah hukum PN Surakarta'.

- Terhadap dakwaan tunggal, maka apabila dakwaan tidak memenuhi syarat materiil, atau tidak terbukti maka secara prosesual perkara itu berakhir, karena surat dakwaan adalah landasan pemeriksaan di persidangan.
- Surat dakwaan harus dinilai secara utuh sehingga tidak terdapat bagian-bagian yang saling bertentangan. Dalam suatu susunan dakwaan harus didakwakan dengan jelas, tidak boleh terdapat pencampuradukan penguraian unsur-unsur pidana dalam dakwaan bersifat alternatif atau subisdairitas. Patut diperhatikan pendapat Mahkamah Agung dalam putusan Mahkamah Agung nomor 71 K/Kr/1968 tanggal 10 Mei 1969, yakni 1) bahwa dalam tuduhan primair tidak jelas apakah yang dimaksud itu merupakan tindak pidana pemerasan (pasal 368 KUHP) atau

⁴²⁹M. Yahya Harahap, *Op. cit*, hlm. 391-392.

merupakan tindak pidana penipuan (pasal 378 KUHP), karena dalam bagian pertama dari tuduhan primair dipergunakan perumusan undang-undang mengenai tindak pidana pemerasan, kemudian dipakai unsur-unsur dari penipuan sebagai *matereele handelingen*, hal mana merupakan kesalahan yang *essenteel* yang menyebabkan tuduhan primair adalah batal. 2) bahwa karena tuduhan primair batal, maka harus dipertimbangkan apakah tuduhan subsidair telah terbukti atau tidak.

- Pasal yang tidak dirumuskan dalam dakwaan, tidak dapat dipertimbangkan.
- Perumusan surat dakwaan harus konsisten dan sinkron dengan hasil pemeriksaan penyidikan. Apabila dijumpai rumusan surat dakwaan yang menyimpang dari hasil pemeriksaan penyidikan, dapat dinyatakan bahwa surat dakwaan 'tidak dapat diterima' atas alasan surat dakwaan 'kabur' atau *obscur libel*, karena isi rumusan surat dakwaan tidak senyawa dan tidak menegaskan secara jelas fakta dan realita tindak pidana yang ditemukan dalam pemeriksaan penyidikan. Hakim dapat menguji rumusan dakwaan dengan berita acara pemeriksaan penyidikan.⁴³⁰ Untuk menghindari penafsiran yang bias atas hasil penyidikan suatu peristiwa pidana dan pelaku yang terlepas atau bebas dari tuntutan pidana, maka sebaiknya surat dakwaan tidak disusun secara tunggal, melainkan berbentuk alternatif, subsidairitas atau bahkan kumulasi jika ditemukan adanya 'perbarengan perbuatan' (*concursum realis*) atau 'perbarengan peraturan' (*concursum edealis*).

⁴³⁰ M Yahya Harahap, *Op. cit.* hlm. 387.



C. Penelitian Yang Relevan dan Kebaharuan Penelitian

Nama Peneliti	Judul Disertasi / Penelitian	Kajian Penelitian	Kesamaan dan Kebaharuan
Khudzai-fah Dimiyati	Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia: Studi tentang proses terwujudnya pembangunan ilmu hukum di Idonesia	Dimiyati melakukan penelitian perkembangan tipologi pemikiran ahli hukum Indonesia secara periodeisasi : 1) Pada periode 1945 – 1960 menguraikan tipologi pemikiran ahli hukum Indonesia yang berupaya melepaskan dari kungkungan pemikiran barat, melalui penciptaan hukum berdasarkan budaya hukum Indonesia. Namun bersamaan dengan itu argumentasi hukum modern yang berkembang di dunia juga menguasai. 2) Tipologi periode 1960-1970 menguraikan pemikiran yang mulai meneguhkan asas-asas ketat pada format postulat hukum. Adanya upaya mengkonseptualisasikan dan mentransformasikan kerangka pemikiran barat ke dalam kerangka realitas Indonesia, secara normatif dan empiris. 3) Tipologi tahun 1970-1990; mengurai-kan tipologi pemikiran yang bersifat transformatif, yang menyentuh aspek-aspek normatif dan doktrinal, serta upaya mentransformasikan secara kritis fenomena hukum dari aras empiris ke dalam tataran teoritik filosofis	<p>Kesamaan: memaparkan pergeseran pemikiran hukum di Indonesia.</p> <p>Kebaharuan :</p> <ul style="list-style-type: none"> -penelitian penulis berfokus pada paradigma pemikiran hakim pidana dengan mengkaji 44 putusan secara acak sejak tahun 1960 (perkara Macoes Effendi) sampai tahun 2014. - penelitian ini memaparkan kondisi faktual paradigma pemikiran hukum hakim, dan adanya pergeseran paradigma pada beberapa putusan hakim yang tidak terpaku pada positivistic - penelitian penulis lebih menfokuskan pada tataran <i>law in action/in concreto</i> yakni peran hakim dalam pembentukan hukum dalam sistem peradilan di Indonesia. - menguraikan ketidak selarasan pergeseran pemikiran hakim dibandingkan dengan pergeseran tipologi pemikiran para ahli hukum pada umum. - berupaya menemukan solusi dari keterbelengguan hakim dari sikap formalismenya dalam mengadili perkara pidana dengan cara merekonstruksi paradigma pemikiran hakim yang lebih mengutamakan tujuan keadilan.
Lucky Zendar wati	Rekonstruksi Legal Reasoning Hakim (Studi Pertimbangan dalam Pengambilan	-Tipe penelitian socio legal di Pengadilan Negeri Kepanjen dan Malang untuk mengungkap konstruksi hukum atau <i>legal reasoning</i> hakim dalam	<p>Persamaan: membahas penalaran hakim pidana dengan tipe penelitian sosiolegal.</p> <p>Perbedaan:</p> <ul style="list-style-type: none"> -penelitian ini merupakan penelitian ganda doktrinal dan

	Putusan Hakim dalam Perkara Kekerasan Dalam Rumah Tangga)	<p>mengadili perkara KDRT, guna menemukan jawaban mengenai hal: 1) terjadinya perbedaan <i>legal reasoning</i> dalam perkara KDRT, 2) bagaimana metode penggunaan <i>legal reasoning</i> putusan hakim selama ini, dan 3) bagaimana mengkonstruksikan <i>legal reasoning</i> putusan KDRT.</p> <p>-penelitian Lucky melihat implikasi pergeseran pemikiran hakim di negara-negara sistem hukum civil law yang mengandalkan kodifikasi sebagai sumber hukum utama bagi Indonesia yang tidak lagi menganut sistem hukum civil law secara tegas, dan lebih merujuk jiwa bangsa Pancasila</p>	<p>nondoktrinal, dengan bahasan yang lebih luas menemukan faktor-faktor yang mempengaruhi pemikiran hakim saat memeriksa perkara sampai dengan membangun konstruksi hukum</p> <p>-penelitian ini terfokus pada delik umum (bukan delik khusus/KDRT).</p> <p>-tidak membagi alur pemikiran para hakim berdasarkan keluarga sistem hukum, namun memetakan paradigma pemikiran hakim dalam dua kategori: paradigma positivistik dan paradigma nilai-nilai.</p> <p>-berupaya menemukan solusi yang dapat merekonstruksi paradigma pemikiran hukum hakim yang berkeadilan</p>
Kuat Puji Prayitno	Rekonstruksi Pemikiran Hakim Pidana Yang Integral (Studi tentang Penegakan Hukum Pidana In Concreto oleh Hakim Dalam Konteks Sistem Hukum Nasional)	<p>Kuat Puji Prayitno berpendapat bahwa Penelitian Kuat mengkaji kebijakan penegakan hukum pidana sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum dalam arti luas, melalui pilar substansi hukum, aparat hukum dan keilmuan hukum. Dalam pilar keilmuan / pemikiran dirasa perlu untuk ditingkatkan kualitasnya. Kajian yang dikembangkan oleh Kuat Puji Prayitno: 1) menemukan penyebab mengapa konstruksi pemikiran hakim pidana in concreto masih bersifat parsial, 2) mengkaji dan merekonstruksi pemikiran pemikiran hakim pidana in concreto yang integral untuk dapat mewujudkan keadilan substantif, 3) memberi solusi bagi kondisi-kondisi yang</p>	<p>Persamaan: orientasi pada rekonstruksi pemikiran hukum hakim pidana</p> <p>Perbedaan :</p> <p>- penelitian ini meneliti perilaku hakim selama menangani perkara pidana sebagai faktor yang mempengaruhi pemikiran hakim hakim, menggunakan konsep hukum interaksi simbolik (jenis penelitian non doktrinal).</p> <p>-penelitian ini memaparkan adanya faktor-faktor internal-eksternal yang berpengaruh besar pada paradigma pemikiran hakim pidana berdasarkan studi empiris (penerapan etika profesi hakim) dan pendekatan kasus (doctrinal).</p> <p>-Solusi yang ditawarkan terfokus pada cara penataan kembali pemahaman hakim terkait rumusan sifat melawan hukum, pertanggungjawaban dan pembedaan, dan pendekatan</p>

		<p>diperlukan untuk dapat menerapkan konstruksi pemikiran hukum hakim yang integral dalam penegakan hukum pidana.</p> <p>-penelitian ini memfokuskan pendekatan struktur sebagai jalan keluarnya, seperti pendidikan hukum dan rekrutmen hakim, kebijakan formatif dan penegakan etika profesi</p>	<p>struktur difokuskan pada formulasi kebijakan MA/ hakim sebagai <i>law maker</i> dan <i>law enforcer</i>.</p>
<p>Anthon F. Susanto</p>	<p>Ilmu Hukum Non-Sistematik</p>	<p>Penelitian Anthon memaparkan bagaimana hukum menggeliat di tengah hegemoni (pengaruh, dominasi) paradigma Cartesian-Newtonian (positivisme ilmu-positivisme hukum).</p> <p>Anthon F.Susanto mengemukakan wacana ilmu hukum non-sistematik sebagai alternatif bagi kondisi keterpurukan dan pencapaian titik jenuh dari paradigma mapan ilmu hukum positivisme di Indonesia.</p> <p>- Anthon F.Susanto memberikan alternatif “relasi gradasi” untuk melepas paradigma sains yang bermetodologi kaku dan prinsip obyektivitasnya pasti, yakni menggunakan pemahaman yang tidak memiliki pondasi tetap dan pasti, yang bersifat relatif dan polysemic (makna jamak), dan bertumpu pada interpretasi tanpa akhir terhadap realitas dan prinsip. Secara ontologi, Anthon memberikan alternatif lain dari pandangan dualisme (Objek-Subjek) atau pandangan bentuk dan isi idealisme dan</p>	<p>Persamaan: melihat adanya kondisi yang tidak seimbang, <i>chaostik-disorder</i>, dalam sistem hukum yang berlaku di Indonesia.</p> <p>Perbedaan:</p> <p>- penelitian ini memfokuskan pada sistem hukum peradilan pidana, dalam penerapan <i>due process</i>, dan perumusan tindak pidana</p> <p>- Penelitian ini tidak menggunakan pandangan “relasi gradasi” melainkan pendekatan tujuan hukum progresif dan legal pluralisme sebagai jalan keluar pemecahan dari keadaan ketidakseimbangan pemikiran hakim pidana, karena pada tataran aksiologi, pencari keadilan tetap memerlukan ketertiban dan kepastian hukum.</p> <p>- penelitian ini mengkaji aspek atau faktor yang berpengaruh pada paradigma pemikiran hakim, melalui proses pemaknaan (makna-makna simbolik) dan pemahaman atas ketentuan UU baik selama proses beracara maupun dalam membangun argumentasi, dan memberi solusi bagi terbangunnya perubahan paradigma pemikiran yang berkeadilan.</p>

		materialisme dari positivisme hukum.	
Teddy Asmara	Budaya Ekonomi Hakim: Kajian Antropologis tentang Rasionalitas Ekonomik pada penggunaan Kebebasan Hakim Dalam Penanganan Perkara Pidana di Pengadilan Kotawaringin	<p>-Paradigma penelitian yang dipakai adalah konstruktivis, untuk melihat rasionalitas ekonomik dan hukum yg menjadi produknya, yang diangkat dari dan dikonstruksi oleh saksi dan interaksi hakim dalam setting penanganan perkara pidana.</p> <p>-Menelaah untuk memahami (<i>verstehen</i>) dan pencarian makna-makna rasionalitas ekonomik pada komunitas hakim.</p> <p>-menggunakan pendekatan antropologi interaktif yang berhaluan ideasional untuk melihat budaya ekonomi hukum sebagai gagasan dan pengetahuan yang mengarahkan cara hakim bersikap dan bertindak pada penanganan perkara pidana</p>	<p>Persamaan: kajian atas <i>judicial behavior</i>.</p> <p>Perbedaan:</p> <p>-menggunakan konsep hukum <i>judge made law</i> dengan jenis penelitian non doctrinal dan doktrinal yang meliputi juga konsep hukum interaksi simbolik guna menelaah dan memahami pemikiran hakim ketika mengadili perkara pidana.</p> <p>- penelitian ini tidak menggunakan pendekatan antropologi, tapi dengan memakai jenis penelitian ganda (doctrinal dan non doctrinal), yang difokuskan untuk memberi penjelasan paradigma pemikiran hakim atas kasus-kasus yang dipilih secara acak (non doctrinal), dan menunjukkan adanya pengaruh keterkaitan faktor eksternal dan internal pada perilaku dan pemahaman hukum hakim pidana.</p>
PUJI-ONO	Rekonstruksi Sistem Peradilan Pidana Indonesia Dalam Perspektif Kemandirian Kekuasaan Kehakiman	<p>-Menggambarakan secara faktual fungsi dan kedudukan SPP dalam penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka atau mandiri saat ini. Penelitian Pujiono berusaha mendeskripsikan faktor-faktor yang mempengaruhi penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang merdeka atau mandiri dalam kerangka penegakan hukum pidana. Kemudian juga berusaha memaparkan implikasi yang timbul sehubungan dengan kedudukan sub sistem peradilan pidana yang tidak merdeka</p> <p>-Secara konseptual berusaha mengemukakan</p>	<p>Persamaan: membahas sistem peradilan pidana Indonesia.</p> <p>Perbedaan:</p> <p>- materi penelitian penulis lebih menekankan pada faktor-faktor yang menyebabkan terbentuknya pemikiran dan penalaran hakim sebagai agen (bukan Mahkamah agung sebagai struktur) selama memeriksa dan membentuk legal reasoning.</p> <p>-penelitian ini membahas faktor-faktor yang dapat membantu terbangunnya paradigma pemikiran hakim yang mengutamakan keadilan.</p> <p>-penelitian ini lebih menekankan penggunaan metode yuridis normatif dalam pendekatan kasus yang</p>

		<p>konstruksi ideal sistem peradilan terpadu yang selaras dengan konsep kemandirian kekuasaan kehakiman</p> <p>-Model penelitian yang dikembangkan menggunakan metode ganda (multi approach) yakni metode yuridis normatif dan yuridis sosiologis yang dilengkapi dengan pendekatan historis dan pendekatan yuridis komperatif.</p>	<p>dikombinasikan dengan pendekatan konsep dengan menggunakan jenis penelitian doctrinal dan non doktrinal untuk menganalisa penyebab paradigma pemikiran hakim yang masih bersifat formal sekaligus mencari solusi untuk membentuk paradigma pemikiran hakim yang berkeadilan.</p>
Soehar- tono	<p>Membangun Konstruksi Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Penyelesaian Sengketa Tata Usaha Negara</p>	<p>Mengembangkan pemikiran hakim dalam menjatuhkan putusan ketika menangani sengketa, apakah hanya berdasarkan ketentuan UU (produk legislatif) ataupun juga berdasarkan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat. Konstruksi hukum melalui penemuan hukum menjadi analisa untuk menguji apa yang seyogyanya menurut hukum.</p>	<p>Persamaan: membahas tentang pergeseran pemikiran hakim dalam menjatuhkan putusan</p> <p>Perbedaan:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Penelitian ini berfokus pada paradigma yang akan menjadi arah atau tujuan hakim dalam menjatuhkan putusan. - Penelitian ini berfokus pada perkara pidana, bukan perkara administrasi negara atau PTUN. - Penelitian ini membagi character of judging menjadi 3, yakni pemikiran yang hanya undang-undang/ hukum tertulis, yang mendasarkan moralitas/ hukum tertulis tanpa batasan yang jelas, dan yang didasarkan pada moralitas dengan batasan <i>hard case</i>. - Character penerapan moralitas pada <i>hard case</i> akan menjadi pisau analisis

D. Alur Kerangka Berpikir

