

BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang Permasalahan

Kriminalisasi terhadap gratifikasi dengan menggunakan undang-undang larangan melakukan tindak pidana korupsi perlu dilakukan dekriminalisasi. Usaha melakukan dekriminalisasi itu diperlukan karena pada hakikatnya ada persoalan “tabrakan nilai” dalam kriminalisasi terhadap gratifikasi menjadi tindak pidana korupsi. Kriminalisasi terhadap gratifikasi itu selama ini diidentikan dengan suap. Kriminalisasi demikian bukan hanya menciptakan kewajiban namun menjadi bayang-bayang menakutkan bagi Penyelenggara Negara dan Pegawai Negeri.

Kriminalisasi atas gratifikasi itu bahkan menggerakkan Penyelenggara Negara seperti Presiden Joko Widodo (Jokowi), yang ketika masih menjadi sebagai Gubernur DKI Jakarta, pada Mei 2013 harus melaporkan pemberian atau hadiah yang menurutnya adalah gratifikasi kepada dirinya. Pemberian berbentuk suatu gitar bas merk *Ibanez* berwarna coklat milik Robert Trujillo itu karena Jokowi adalah idola dari *group rock* Metallica. Gitar hadiah itu diberikan oleh Jonathan Liu, seorang promotor acara Konser Metalika di Jakarta. Di Gitar tersebut selain tertera tanda tangan, ada juga tulisan yang berisi pesan dari Trujillo: “*Giving back! To Jokowi, Keep playing that cool funky bass!*”.

Setelah menerima Pemberian tersebut, selang beberapa hari kemudian, Jokowi melaporkan hadiah itu ke Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK). Adapun tujuan dari pelaporan yang dilakukan pihak Jokowi, selain memenuhi ketentuan peraturan perundang-undangan, juga dimaksudkan agar pemberian atau hadiah itu dinilai. Penilaian dilakukan untuk mengetahui apakah dia (Jokowi) layak menerima hadiah tersebut. Selain itu, apakah pemberian tersebut dapat dikategorikan sebagai Gratifikasi,² yang merupakan tindak pidana korupsi, suatu kejahatan luar biasa (*extraordinary crime*) yang dilarang di Indonesia.

Tindakan Jokowi sebagaimana dikemukakan di atas, yaitu melaporkan pemberian hadiah dari Jonathan Liu tersebut kepada Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) adalah tindakan hukum yang dibutuhkan. Tindakan hukum itu diatur dalam Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi yang berlaku di Indonesia. Tindakan itu adalah merupakan suatu tindakan yang harus dilakukan setiap Penyelenggara Negara atau Pegawai Negeri yang menerima pemberian atau hadiah sejenis. Dalam kaitan dengan permasalahan penelitian ini, pelaporan yang dilakukan Jokowi itu dapat juga dilihat untuk tujuan, seperti sudah dikemukakan di atas, memastikan bahwa pemberian atau hadiah itu adalah Gratifikasi, atau bukan Gratifikasi. Seperti diketahui, kriminalisasi atas Gratifikasi karena konsep itu seolah diidentikkan Suap sebagai suatu jenis tindak pidana yang

² Toha Andiko, *Sanksi Bagi Pemberi dan Penerima Gratifikasi Perspektif Hukum Pidana Islam*, Jurnal QIYAS, Vol. 1, No. 1, April 2016, h. 117.

dilarang dalam Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi yang berlaku di Indonesia.

Di balik tindakan dari Jokowi tersebut di atas, terlihat adanya persoalan yuridis yang menarik untuk dikaji atau diteliti lebih lanjut dan hasilnya dituangkan dalam suatu karya tulis ilmiah. Persoalan yuridis, yang juga dapat dilihat sebagai latar belakang dari permasalahan dari penelitian ini, yaitu sebagai berikut. Masih ada kurang jelasan pemahaman di kalangan masyarakat awam (*the men in the street*), atau pandangan umum tentang apa yang dimaksudkan dengan konsep Gratifikasi sebagai suatu konsep yuridis. Padahal, Gratifikasi itu dirumuskan (terkonstruksi) atau tergolong sebagai perbuatan pidana (kriminalisasi). Menjadi terlarang dalam UU Larangan Tindak Pidana Korupsi yang berlaku di Indonesia.

Menjadi alasan untuk dilakukan dekriminalisasi atau dalam hal ini disinonimkan dengan rekonstruksi karena sudah menjadi pengetahuan umum, bahwa dalam budaya masyarakat Indonesia, pemberian hadiah di tengah-tengah masyarakat yang dimaksudkan sebagai tanda terima kasih, *tips*, dan sebagainya merupakan hal yang lumrah, jika tidak mau dikatakan sebagai tindakan mulia. Pemberian *tips* yang dilakukan di hotel-hotel, tidak hanya di Indonesia namun di seluruh dunia bukan merupakan pelanggaran norma. Apabila orang naik Taxi di London, semua orang patut menyadari bahwa selain biaya yang tertera di meteran Taxi, ada pula semacam “harapan adat-istiadat”, dari pihak pengemudi untuk

mendapatkan *tips* dari pelanggan atau penumpang Taxinya. Perbuatan “mulia”, yang disebut gratifikasi, memang bukan tindak pidana di Inggris, seperti dikemukakan dalam hasil penelitian perbandingan hukum.

Hanya saja, menurut pakar ekonomi Islam Syafii Antonio, pemberian hadiah, dapat dinilai haram. Hal itu jika kondisi pemberi dan penerima diketahui merupakan hubungan yang bersifat vertikal atau hubungan yang bersifat dari “bawah” ke “atas. Hadiah yang dapat dikategorikan sebagai haram itu dicontohkan oleh pakar ekonomi Islam dimaksud seperti: jika ada pemberian hadiah yang berasal dari seorang bawahan kepada atasannya, atau pemberian hadiah dalam bentuk apa pun dari wajib pajak ke petugas pajak, dari rakyat ke pejabat, dan seterusnya.³

Keharaman atau ketidakpantasan pemberian atau hadiah yang dilakukan oleh mereka yang berada “bawah”, kepada mereka yang berada di “atas”, terletak pada adanya maksud yang tidak dikehendaki. Adapun maksud yang ilegal dimaksud, yaitu untuk memenuhi harapan penerima (pihak yang “di atas”) yang mengharapkan suatu imbalan dari pihak yang “di bawah”. Ada kewajiban memberikan, “imbalan”, baik materi atau non-materi atas pelayanan yang dilakukan pihak yang “di atas”. Selain itu, pemberian atau hadiah dimaksud, juga didasarkan pada motif misalnya, memperlancar kepentingan bisnis, kenaikan pangkat atau jabatan, pemberian wewenang atau keputusan dari atasan, dan semua hal yang berkaitan dalam ruang lingkup “bawahan ke atasan”.

³ *Bentuk Gratifikasi dalam Syariat Islam*, <http://khazanah.republika.co.id/berita/dunia-islam/fatwa/15/11/04/nxa5y5346-bentuk-gratifikasi-dalam-syariat-islam>, diakses tanggal 15 November 2017.

Namun, jika pemberian hadiah dari atas ke bawah atau kepada sesama, hal ini diperbolehkan. Misalnya, dari orang kaya ke orang miskin, dari bos kepada karyawan atau sesama teman. Alasannya, tidak ada “uang di balik batu”, dari pemberian tersebut. Pemberian hadiah didasarkan untuk memupuk persaudaraan, persahabatan, dan kasih-sayang semata.

Anggapan awam, bahwa gratifikasi dilarang dalam hukum bernegara, seolah sama dengan sikap hukum Islam. Rasulullah SAW sangat tegas melarang sahabat-sahabatnya untuk menerima gratifikasi. Riwayat dari Abu Humaid as-Sa’idi dikisahkan, salah seorang dari suku Al-Azdi bernama Ibnu Lutbiah ditugaskan memungut zakat. Setelah ia pulang, ia melaporkan dan menyerahkan zakat hasil pungutannya kepada Baitul Mal. "Ini pembayaran zakat mereka, lalu yang ini adalah untuk saya karena ini pemberian dari wajib zakat kepada saya pribadi," ujar si Ibnu Lutbiah.⁴

Rasulullah SAW pun marah dan memerintahkan Ibnu Lutbiah untuk mengembalikan gratifikasi yang diterimanya. Rasulullah SAW bersabda, “Cobalah dia (Ibnu Lutbiah) duduk saja di rumah ayahnya atau ibunya. Apakah akan ada yang memberikan (gratifikasi) kepadanya?”. Hal itu dikemukakan oleh H. R. Bukhari Muslim.

Rasulullah SAW dalam hadistnya menegaskan, menerima gratifikasi sama halnya dengan mengambil *ghulul*. Adapun yang dimaksudkan dengan *gudhul*, yakni barang curian dari harta rampasan perang. Ancamannya sangat jelas, siapa yang makan harta gratifikasi akan datang di Hari Kiamat

⁴*Ibid.*

dalam kondisi kesusahan. Di lehernya akan dipikulkan unta, sapi, dan kambing yang mengembik, seperti yang diungkapkan pula oleh H. R. Bukhari Muslim.

Tidak dapat dipungkiri, bahwa pejabat berwenang yang menerima gratifikasi berpotensi besar akan terpengaruh. Pejabat itu akan terpengaruh untuk membuat putusan dan kinerja apa yang diwenanginya. Demikian juga pegawai pemerintahan. Ketika pegawai pemerintahan itu meminta atau menerima gratifikasi, diperkirakan hal itu akan berpotensi pula pada kecenderungan pejabat dimaksud melayani pemberi gratifikasi.

Demikian juga seorang hakim pasti akan terpengaruh dengan gratifikasi. Ia akan cenderung membenarkan atau membela orang yang memberi gratifikasi kepadanya. Inilah alasannya Imam Al-Baghawi dalam kitab *Syarhu as-Sunnah* secara keras mengharamkan para pegawai/pejabat pemerintah dan hakim untuk menerima gratifikasi.

Pakar fikih kontemporer, Ahmad Zain An-Najah mengatakan, masuk juga dalam kasus gratifikasi, seorang pegawai yang kongkalikong dengan pihak lain. Misalkan, pegawai pemerintahan yang ditugaskan untuk menyediakan alat-alat multimedia di kantornya. Ketika penganggaran, harga alat-alat multimedia ini di-*markup* lebih tinggi. Kemudian saat pembelian, dia memilih membeli alat-alat tersebut di toko yang mau menawarkan harga lebih murah dari anggaran belanja yang ada. Alasannya, selisih uang pembelanjaan bisa masuk ke kantong pribadinya.⁵

⁵*Ibid.*

Semasa Rasulullah SAW, hadiah-hadiah yang didapat para sahabat dari tugasnya di lapangan selalu dilaporkan secara transparan. Misalkan, Muaz bin Jabal RA yang pulang bertugas dari Yaman dan membawa hadiah budak-budak.

Muaz sempat ditegur Allah SWT melalui mimpi karena belum melaporkan budak-budak tersebut kepada khalifah Abu Bakar RA. Keesokan harinya, Muaz langsung menyerahkan seluruh budak tersebut kepada Abu Bakar RA. Bijaknya Abu Bakar, hadiah budak yang memang diperuntukkan untuk Muaz pun ia perintahkan untuk dikembalikan kepada Muaz.

Konsekuensi hukum bagi penerima gratifikasi dalam *fiqh jinayah* adalah wajib mengembalikan hadiah yang diterima, atau menyerahkan kepada negara, atau memilikinya dengan izin pemerintah. Jika salah satunya tidak dilakukan, maka penerima gratifikasi diancam hukuman/sanksi pidana. Ini konsekuensi hukum yang bersifat duniawi. Pemerintah berhak mengatur bentuk hukuman atau sanksi bagi penerima gratifikasi yang melanggar ketentuan perundang-undangan. Hal ini sesuai prinsip hukum Islam, bahwa bentuk sanksi yang tidak ditetapkan secara langsung dalam Al-Qur'an atau Hadits (ta'zir), ketentuannya diserahkan kepada pihak berwenang (dalam hal ini DPR dan KPK).⁶

Negara Indonesia adalah Negara hukum, hal ini sesuai dengan bunyi Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun

⁶ Salahuddin Wahid, *Islam dan Gratifikasi*, Makalah yang disampaikan pada *Expert Meeting* dengan Direktorat Gratifikasi KPK, 10 Juni 2015.

1945 Amandemen ke-4. Hal ini berarti bahwa negara hukum Indonesia sebagaimana digariskan adalah negara hukum yang demokratis berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 dengan menjunjung tinggi Hak Asasi Manusia dan menjamin kedudukan yang sama dan sederajat bagi setiap warga negara dalam hukum dan pemerintahan, yang mana implementasi dari konsep negara hukum ini tertuang dalam Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 yaitu: “Segala Warga Negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”.

Indonesia sebagai negara hukum seharusnya dapat berperan di segala bidang kehidupan, baik dalam kehidupan bangsa dan negara Republik Indonesia maupun dalam kehidupan warga negaranya. Hal ini bertujuan untuk menciptakan adanya keamanan, dan ketertiban, keadilan dan kesejahteraan dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara serta menghendaki agar hukum ditegakkan artinya hukum harus dihormati dan ditaati oleh siapapun tanpa terkecuali baik oleh seluruh warga masyarakat, penegak hukum maupun oleh penguasa negara, segala tindakannya harus dilandasi oleh hukum.

Proses pembangunan dapat menimbulkan kemajuan dalam kehidupan masyarakat, selain itu dapat juga mengakibatkan perubahan kondisi sosial masyarakat yang memiliki dampak negatif, terutama menyangkut masalah peningkatan tindak pidana yang meresahkan masyarakat. Salah satu tindak pidana yang dikatakan cukup fenomenal

adalah masalah korupsi. Tindak pidana ini tidak hanya merugikan keuangan negara, tetapi juga merupakan pelanggaran terhadap hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat.⁷

Tindak pidana korupsi merupakan suatu fenomena kejahatan yang menggerogoti dan menghambat pelaksanaan pembangunan, sehingga penanggulangan dan pemberantasannya harus benar-benar diprioritaskan. Sumber kejahatan korupsi banyak dijumpai dalam masyarakat modern dewasa ini, sehingga korupsi justru berkembang dengan cepat baik kualitas maupun kuantitasnya. Sekalipun penanggulangan tindak pidana korupsi diprioritaskan, namun diakui bahwa tindak pidana korupsi termasuk jenis perkara yang sulit penanggulangan maupun pemberantasannya.

Istilah korupsi berasal dari bahasa latin *corruptio*, *corruption* dalam bahasa Inggris dan *corruptie* dalam bahasa Belanda. Korupsi disamping dipakai untuk menunjuk keadaan atau perbuatan yang busuk, juga disangkut pautkan kepada ketidak jujuran seseorang dalam bidang keuangan.⁸

Menurut Vito Tanzi korupsi dapat diartikan sebagai “perilaku tidak mematuhi prinsip, dilakukan oleh perorangan disektor swasta atau pejabat publik, dan keputusan dibuat berdasarkan hubungan pribadi atau keluarga, korupsi akan timbul, termasuk juga konflik kepentingan dan nepotisme”.⁹

Permasalahan korupsi sendiri akhir-akhir ini di Indonesia seperti tiada habis-habisnya dan muncul silih berganti, perbincangan mengenai

⁷ Evi Hartanti, *Tindak Pidana Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, h. 2.

⁸ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1996, h.115.

⁹ Hendarman Supandji, *Korupsi dan Penegakan Hukum*, Makalah Seminar Nasional: *Korupsi antara Kausatif dan Simptomatik*, Jakarta, 29 Juni 2006, h. 5.

korupsi selalu menarik perhatian masyarakat. Hendarman Supandji pernah menyampaikan bahwa, “Meski upaya pemberantasan korupsi semakin meningkat, tetapi belum menunjukkan tanda-tanda bahwa *crime rate*-nya menurun. Indonesia masih tetap termasuk dalam peringkat negara-negara terkorup di dunia”.¹⁰

Pengalaman sehari-hari menunjukkan kecenderungan bahwa keberhasilan bangsa Indonesia memberantas korupsi masih sangat terkendala. Kendala itu adalah perilaku masyarakat sendiri. Dikemukakan, bahwa masyarakat memiliki toleransi terlalu tinggi terhadap korupsi. Berkaitan dengan itu, Jeremy Pope mesinyalir: korupsi makin mudah ditemukan di berbagai bidang kehidupan. Pertama, karena melemahnya nilai-nilai sosial. Kepentingan pribadi menjadi lebih utama dibanding kepentingan umum. Kepemilikan benda secara individual menjadi etika pribadi yang melandasi perilaku sosial sebagian besar orang. Kedua, tidak ada transparansi dan tanggung gugat sistem integritas publik.¹¹

Korupsi merupakan masalah serius, tindak pidana ini dapat membahayakan stabilitas dan keamanan masyarakat, membahayakan pembangunan sosial ekonomi dan juga politik, serta dapat merusak nilai-nilai demokrasi dan moral.¹² Tindak pidana korupsi dikategorikan *extra ordinary crime* (kejahatan luar biasa) karena dampak yang ditimbulkannya memang luar biasa, tindak pidana korupsi yang selama ini terjadi secara sistemik dan meluas, tidak hanya merugikan keuangan negara, mengganggu

¹⁰ *Ibid.* h.1

¹¹ *Ibid.*

¹² Evi Hartanti, *Loc.Cit.*

stabilitas dan keamanan masyarakat, serta melemahkan nilai-nilai demokrasi, etika, keadilan dan kepastian hukum sehingga dapat membahayakan kelangsungan pembangunan, tetapi juga telah melanggar hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat secara luas.¹³

Tindak pidana korupsi yang dikategorikan sebagai kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*) memerlukan penanganan yang luar biasa juga (*extra ordinary measure*), maka dari itu sangat diperlukan peran serta dari berbagai komponen baik dari pemerintah maupun dari masyarakat. Hal ini sejalan dengan pernyataan dari Basrief Arief yaitu bahwa meningkatnya aktivitas tindak pidana korupsi yang tidak terkendali tidak saja berdampak terhadap kehidupan nasional, tetapi juga pada kehidupan berbangsa dan bernegara pada umumnya. Oleh karena itu, tindak pidana korupsi tidak lagi dapat digolongkan sebagai kejahatan biasa melainkan telah menjadi suatu kejahatan luar biasa. Metode konvensional yang selama ini digunakan terbukti tidak bisa menyelesaikan permasalahan korupsi yang ada di masyarakat, maka penanganannya pun juga harus menggunakan cara-cara yang luar biasa.¹⁴

Terdapat beberapa tindak pidana khusus yang diatur diluar Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), salah satunya adalah tindak pidana korupsi. Apabila dijabarkan secara menyeluruh, tindak pidana korupsi mempunyai spesifikasi tertentu yang berbeda dengan hukum pidana umum seperti halnya penyimpangan hukum acara dan materi yang diatur

¹³Aziz Syamsuddin, *Tindak Pidana Khusus*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, h. 175-176.

¹⁴Barda Nawawi Arief, *Korupsi dan Upaya Penegakan Hukum (Kapita Selekta)*, Adika Remaja Indonesia, Jakarta, 2007, h. 87.

yang dimaksudkan menekan seminimal mungkin terjadinya kebocoran serta penyimpangan terhadap keuangan dan perekonomian negara.¹⁵

Bukan hanya di Indonesia tetapi juga diseluruh negara yang ada di dunia memproklamirkan perang terhadap tindak pidana korupsi karena dianggap sangat mengancam stabilitas suatu negara. Ini dibuktikan dengan adanya Konvensi Anti Korupsi yang diselenggarakan oleh PBB yang merupakan organisasi dari negara-negara didunia. Di dalam Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) Anti Korupsi tahun 2003 (*United Nations Convention Against Corruptions 2003*) mendeskripsikan masalah korupsi sudah merupakan ancaman serius terhadap stabilitas, keamanan masyarakat nasional dan internasional telah melemahkan institusi, nilai-nilai demokrasi dan keadilan serta membahayakan pembangunan berkelanjutan maupun penegakan hukum.¹⁶

Belakangan ini kasus korupsi yang paling marak dan banyak menjadi sorotan adalah mengenai gratifikasi dan suap. Kecenderungan memberikan sesuatu sebagai wujud penghormatan memang sudah berakar kuat pada budaya Indonesia. Kosakata suap dalam bahasa Indonesia salah satunya adalah upeti, upeti berasal dari kata *utpatti* dalam bahasa Sanskerta yang kurang lebih berarti bukti kesetiaan. Menurut sejarah, upeti adalah suatu bentuk persembahan dari adipati atau raja-raja kecil kepada raja penakluk, dalam budaya birokrasi di Indonesia ketika kebanyakan pemerintahan masih menggunakan sistem kerajaan yang kemudian dimanfaatkan oleh penjajah

¹⁵Lilik Mulyadi, *Pembalikan Beban Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, Alumni, Bandung, 2007, h. 3.

¹⁶*Ibid.*, h. 3.

Belanda, upeti merupakan salah satu bentuk tanda kesetiaan yang dapat dipahami sebagai simbiosis mutualisme. Sistem kekuasaan yang mengambil pola hierarkhis ini ternyata mengalami adaptasi di dalam sistem birokrasi modern di Indonesia.¹⁷

Heather Sutherland menggambarkan betapa sistem upeti yang telah berlangsung selama berabad-abad itu tetap menjadi pola transfer kekuasaan antara rakyat dan penguasa ketika para birokrat di Indonesia sudah harus bekerja dengan sistem administrasi modern. Pola patron-client di mana upeti merupakan alat tukar kekuasaan dianggap sebagai standar yang wajar diantara para birokrat modern atau pamong-praja di Indonesia.¹⁸

Kebiasaan tersebut sudah mengakar dalam budaya birokrasi, maka budaya upeti atau yang dipahami oleh masyarakat sebagai pemberian, sangat sulit diberantas. Banyak orang mengatakan bahwa karena sistem upeti dianggap sebagai sesuatu yang biasa, maka hal ini lama kelamaan mengarah kepada suap sehingga menyebabkan korupsi membudaya diantara bangsa Indonesia. Budaya upeti saat ini memang telah banyak disalahartikan dan sangat berpengaruh terhadap merebaknya penyakit birokrasi di Indonesia. Masyarakat kerap kali gagal dalam membedakan antara pemberian dan suap.¹⁹ Masalah ini sebenarnya dihadapi bukan hanya di negara-negara berkembang tetapi juga di negara maju. Terlebih lagi, situasi seperti ini diperparah oleh budaya dan persepsi masyarakat bahwa imbalan material

¹⁷Wahyudi Kumorotomo, *Budaya Upeti, Suap dan Birokrasi Publik*, Buana Mitra, Jakarta, 2008, h. 2.

¹⁸*Ibid*, h. 3.

¹⁹*Ibid*. h. 5.

yang tidak resmi adalah sesuatu yang sah dan seolah-olah menjadi wajar atau bahkan menjadi prosedur standar, maka, suap menjadi fenomena yang terjadi dan meluas dalam semua tingkatan birokrasi.

Kegiatan memberikan “sesuatu” kepada seseorang dengan dilatar belakangi sebuah maksud apabila tidak dicegah dapat menjadi suatu kebiasaan yang bersifat negatif dan dapat mengarah menjadi potensi perbuatan korupsi di kemudian hari. Potensi korupsi inilah yang berusaha dicegah oleh peraturan undang-undang. Oleh karena itu, berapapun nilai gratifikasi yang diterima seorang Penyelenggara Negara atau Pegawai Negeri, bila pemberian itu patut diduga berkaitan dengan jabatan/kewenangan yang dimiliki, maka sebaiknya Penyelenggara Negara atau Pegawai Negeri tersebut segera melaporkannya.²⁰

Gratifikasi dalam Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi diatur di dalam Pasal 12B. Dirumuskan di sana bahwa; “Setiap gratifikasi kepada pegawai negeri atau penyelenggara negara dianggap pemberian suap, apabila berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajibannya atau tugasnya”.²¹

Selanjutnya secara lebih rinci dijelaskan dalam penjelasan pasal tersebut, yang menyatakan bahwa ”Yang dimaksud dengan "gratifikasi" dalam ayat ini adalah pemberian dalam arti luas, yakni meliputi pemberian

²⁰Baharuddin Lopa, *Kejahatan Korupsi dan Penegakan Hukum*, Buku Kompas, Jakarta, 2001 h. 64.

²¹Pasal 12B ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

uang, barang, rabat (*discount*), komisi, pinjaman tanpa bunga, tiket perjalanan, fasilitas penginapan, perjalanan wisata, pengobatan cuma-cuma, dan fasilitas lainnya.²² Gratifikasi tersebut baik yang diterima di dalam negeri maupun di luar negeri dan yang dilakukan dengan menggunakan sarana elektronik atau tanpa sarana elektronik”.

Kebiasaan yang berlaku umum di masyarakat Indonesia adalah pemberian tanda terima kasih atas jasa yang telah diberikan kepada petugas pelayanan masyarakat atau pejabat, baik dalam bentuk barang atau bahkan uang. Hal ini dapat menjadi suatu kebiasaan yang bersifat negatif dan dapat mengarah menjadi potensi perbuatan korupsi di kemudian hari. Potensi korupsi inilah yang berusaha dicegah oleh peraturan undang-undang.

Oleh sebab itu, berapa pun nilai gratifikasi yang diterima seorang penyelenggara negara atau pegawai negeri, bila pemberian itu patut diduga berkaitan dengan jabatan/kewenangan yang dimiliki, maka sebaiknya penyelenggara negara atau pegawai negeri tersebut segera melaporkannya pada KPK untuk dianalisis lebih lanjut.

Pada prinsipnya gratifikasi bersifat netral dan wajar, namun gratifikasi dapat dianggap sebagai suap bagi pegawai negeri atau penyelenggara negara apabila berhubungan dengan jabatannya dan yang berlawanan dengan kewajiban atau tugasnya.²³

Pada dasarnya gratifikasi bukanlah hal yang negatif dan hal yang salah, namun dasar pembentukan peraturan tentang gratifikasi atau

²²Penjelasan Pasal 12 B ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

²³Toha Andiko, *Op., Cit.* h. 119.

pemberian ini merupakan bentuk kesadaran bahwa gratifikasi dapat mempunyai dampak yang negatif dan dapat disalahgunakan, khususnya dalam rangka penyelenggaraan pelayanan publik sehingga unsur ini diatur dalam perundang-undangan mengenai tindak pidana korupsi.²⁴

Tindakan lain yang memicu adanya penyelewengan terhadap uang negara yang kemungkinan besar bisa dianggap sebagai tindakan gratifikasi yang potensial tak tersentuh hukum ialah *cashback*. *Cashback* adalah sebuah bahasa “kode” yang sebetulnya memiliki maksud yang sama dengan gratifikasi. Namun, tindakan ini masih berada di “*Grey Area*” hukum negara Indonesia. Orang Indonesia memang cukup pintar memainkan fakta memuluskan niat berkorupsi agar tidak tercium oleh hukum. Maka keluarlah istilah yang bernama *cashback*.

Cashback biasanya terjadi ketika seorang pejabat memuluskan proyek yang ditenderkan Pemerintah kepada pemenang tender untuk memberikan dia imbalan berupa uang. Nah, istilah itu dinamakan *cashback*, namun memang hal itu atas dasar kesepakatan antara pelaku korupsi dan pemenang proyek, sehingga istilah tersebut kemudian lebih dikenal dengan uang komisi. Ini adalah tindakan gratifikasi, dan harus dilaporkan.

Hal ini juga sangat merugikan bagi orang lain dan perspektif serta nilai-nilai keadilan dalam hal ini terasa dikesampingkan hanya karena kepentingan seseorang yang tidak taat pada tata cara yang telah ditetapkan.

²⁴ Doni Muhahardiansyah, dkk, *Buku Saku Memahami Gratifikasi*, Komisi Pemberantasan Korupsi Republik Indonesia, Jakarta, 2010, h. 6.

Dengan demikian, secara objektif, perspektif gratifikasi tidak selalu mempunyai arti jelek, namun harus dilihat dari kepentingan gratifikasi.

Di negara-negara maju, pemberian suap bagi kalangan birokrat dilarang keras. Karena suap itu tindak pidana. Hal tersebut dapat mengakibatkan kerugian pada keuangan negara. Selain itu, larangan yang keras atas suap di negara-negara yang sudah maju itu dikarenakan pemberian gratifikasi itu dapat mengakibatkan pembuatan kebijakan ataupun keputusan yang dikeluarkan oleh birokrat menjadi tidak independen. Bahkan dikalangan swasta pun suap dilarang keras dan diberikan sanksi yang tegas bagi pelanggarnya. Sehingga, pelarangan suap dalam ruang lingkup Pelaksanaan Kegiatan Birokrasi Pelayanan Masyarakat pun perlu dilarang dan diberi sanksi yang tegas bagi para pelakunya; namun bukan gratifikasi yang dikriminalisasi menjadi suap. Dengan latarbelakang itu maka penulis tertarik untuk melakukan penelitian lebih lanjut guna penyusunan Disertasi dengan mengambil judul: **“DEKRIMINALISASI TINDAK PIDANA GRATIFIKASI MENJADI SUAP DALAM PERSPEKTIF KEADILAN BERMARTABAT”**.

1.2.Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian tersebut di atas, dapat dirumuskan permasalahan dalam penelitian ini sebagai berikut:

- 1). Mengapa kebijakan kriminalisasi Gratifikasi menjadi Suap belum berbasis nilai Keadilan Bermartabat?

- 2). Bagaimana kelemahan kebijakan kriminalisasi gratifikasi menjadi Suap sebagai suatu bentuk tindak pidana korupsi?
- 3). Bagaimana dekriminalisasi Gratifikasi menjadi bukan tindak pidana Suap dalam perspektif teori Keadilan Bermartabat?

1.3.Tujuan Penelitian

- 1). Mengetahui dan menganalisa mengapa kriminalisasi Gratifikasi menjadi Suap belum berbasis nilai Keadilan Bermartabat.
- 2). Mengetahui dan menganalisa kelemahan kebijakan kriminalisasi gratifikasi menjadi Suap sebagai suatu bentuk tindak pidana korupsi.
- 3). Melakukan dekriminalisasi terhadap Gratifikasi sehingga tidak atau bukan lagi sama dengan Suap dalam perspektif Keadilan Bermartabat.

1.4.Kegunaan Penelitian

Adapun manfaat atau segi kegunaan dari penelitian dan penulisan disertasi ini terdiri dari dua bagian, yaitu: kegunaan teoritis dan kegunaan praktis.

1.4.1. Kegunaan Teoritis

Secara teoritis penelitian ini diharapkan dapat mengembangkan teori hukum baru, yaitu teori Keadilan Bermartabat dalam memberikan penjelasan ilmiah, filosofis untuk pengembangan studi tentang hukum, hukum pidana dan lebih khusus lagi hukum pidana khusus tentang pemberantasan tindak pidana korupsi. Secara teoritis, konsep tentang gratifikasi, khususnya hasil dekriminalisasi atas kebijakan kriminalisasi terhadap Gratifikasi tidak lagi menjadi Suap yang berbasis nilai Keadilan

Bermartabat, diharapkan akan memperkaya konsep-konsep dan pemahaman Gratifikasi dan Suap yang ada sebelumnya. Juga studi ini dapat digunakan dalam rangka melakukan penelitian lebih lanjut yang berkaitan dengan dekriminalisasi atau rekonstruksi kebijakan kriminalisasi terhadap Gratifikasi menjadi Suap berbasis nilai Keadilan Bermartabat.

1.4.2. Kegunaan Praktis

Hasil penelitian ini juga diharapkan dapat mendatangkan manfaat atau kegunaan secara praktis. Maksudnya, berbagai pandangan hasil temuan dalam penelitian ini, sehubungan dengan kebijakan dekriminalisasi Gratifikasi tidak lagi menjadi Suap sebagai suatu bentuk tindak pidana korupsi dapat digunakan sebagai bahan referensi bagi para pembuat kebijakan (*penal policy*) yang lebih jelas dan berkepastian berkenaan dengan pemberantasan tindak pidana korupsi, khususnya dalam hal dekriminalisasi Gratifikasi yang telah dikriminalisasi sebagai Suap. Penelitian ini juga diharapkan dapat melahirkan rekomendasi bagi legislatif, atau *policy makers* atau masyarakat berkaitan dengan kelembagaan atau dekriminalisasi Gratifikasi sehingga tidak lagi dikriminalisasi sebagai Suap yang memang pada hakikatnya Suap itu adalah suatu bentuk tindak pidana korupsi, namun Gratifikasi bukan tindak pidana.

1.5. Kerangka Konseptual dan Kerangka Pemikiran

1.5.1. Kerangka Konseptual

a. Pengertian Mengenai Dekriminalisasi

Dekriminalisasi pada hakikatnya sinonim dengan diskriminalisasi dan depenalisasi. Kedua konsepsi yang sinonim dengan rekonstruksi

pengaturan hukum pidana ini perlu dikemukakan secara singkat di sini. Diartikan dengan diskriminalisasi diartikan sebagai: “kebalikan dari kriminalisasi, yaitu perbuatan yang semua merupakan tindak pidana kemudian karena perkembangan masyarakat dikeluarkan dari hukum pidana”²⁵. Selanjutnya diartikan lebih jauh bahwa dalam diskriminalisasi, perbuatan yang tadinya dianggap jahat menjadi tidak dianggap jahat lagi oleh masyarakat.

Sedangkan depenalisasi diartikan sebagai: “perbuatan yang dulunya diancam dengan pidana, karena perkembangan masyarakat, ia dianggap bukan perbuatan yang perlu diancam dengan pidana lagi, tetapi sifat perbuatannya masih dianggap jahat. Oleh karena itu dalam depenalisasi ini sifat ancaman pidananya dicarikan pada pidana alternatif lainnya, lantaran bobot kejahatannya berkurang”. Bentuk paling konkret dalam depenalisasi adalah gerakan abolisionisme. Paling ekstrim adalah dihapuskannya pidana mati dalam berbagai sistem hukum dunia yang tadinya mengenal hukuman mati.

Diskriminalisasi dan penalisasi dapat dimaknai pula memiliki keterkaitan dengan konsep rekonstruksi. Rekonstruksi dipahami dalam penelitian ini sebagai pengembalian sesuatu ketempatnya yang semula, penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan

²⁵ Teguh Prasetyo, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Cetakan Ketiga, Nusa Media, Bandung, 2013, hlm., 32-33.

disusun kembali sebagaimana adanya atau kembali kepada kejadian semula.²⁶

Ada kemungkinan, *renconstruction* dimaknai penafsiran data psikoanalitis sedemikian rupa, untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.²⁷ Atau, aliran dari filsafat pendidikan radikal, memandang persoalan-persoalan pendidikan dan kebudayaan dilihat jauh ke depan dan bila perlu diusahakan terbentuknya tata peradaban yang baru.²⁸ Secara sederhana, rekonstruksi yang berkenaan dengan konsep gratifikasi sebagai suatu tindak pidana korupsi dilakukan untuk menemukan makna yang tidak menimbulkan kebingungan, seperti yang ada selama 18 tahun berlakunya UU Tipikor.

b. Kerangka Pemikiran tentang Keadilan

Sehubungan dengan penggunaan diskriminalisasi dan depenalisasi serta rekonstruksi itu, maka penting untuk dikemukakan di sini suatu kerangka berpikir tujuan hukum, yaitu keadilan. Keadilan berasal dari kata ‘adil’, yang apabila dilihat dari asal katanya adalah kata serapan dari Bahasa Arab, yaitu *al-‘adl*, yang berarti “tengah” atau “pertengahan”. Kata *al-‘adl* sinonim dengan kata *inshaf*, yang dapat berarti “sadar”, yakni sadar dalam mengambil keputusan/sikap yang tepat.²⁹ Kata *al-‘adl* lawan

²⁶ B. N. Marbun, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1996, h., 469.

²⁷ James P. Chaplin, *Kamus Lengkap Psikologi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, h., 421.

²⁸ Ali Mudhofir, *Kamus Teori dan Aliran dalam Filsafat dan Teologi*, Gajahmada University Press, Yogyakarta, tanpa tahun penerbitan, h. 213.

²⁹ Nurcholish Madjid, *Islam Doktrin dan Peradaban: Sebuah Telaah Kritis Tentang Masalah Keimanan, Kemanusiaan, dan Kemodernan*, Yayasan Wakaf Paramadina, Jakarta, 1992, h. 512.

kata dari zalim (*al-zhulm*) dan kejahatan (*al-jur*).³⁰ Kata *al-'adl* juga berarti ungkapan tentang perkara (perbuatan) yang pertengahan antara dua sisi yang melampaui batas (*al-ifrath*).

Terminologi yang dibuat oleh para ahli Hukum Islam, *al-'adl* dalam pengertian subyek (orang) yang berbuat adil, berarti orang yang menjauhi perbuatan dosa besar dan tidak terus menerus melakukan dosa kecil, namun dominan perbuatan benarnya, serta menjauhi perbuatan yang rendah.³¹ Dalam versi lain kata *al-'adl* berarti *al-adalah*, yakni berdiri tegak dan konsisten, yakni condong kepada kebenaran.

Pengertian syariat adil adalah ungkapan tentang konsistensi pada jalan kebenaran dengan cara menjauhi apa-apa yang dilarang dalam agamanya.³² Jadi secara literal, arti adil dalam bahasa Arab klasik adalah suatu kombinasi dari moral dan nilai-nilai sosial yang menunjukkan arti berbuat baik (*fairness*), keseimbangan (*balance*), kesederhanaan (*temperance*), dan kejujuran (*straightforwardness*).³³

Keadilan dalam Islam sama dengan suatu keyakinan suci, suatu kewajiban (*taklif*) yang dibebankan kepada manusia untuk dilaksanakan dengan sungguh-sungguh dan jujur. Karena itu, keadilan adalah kualitas berlaku adil secara moral dan rahmat dalam memberikan kepada setiap manusia atas haknya. Hal ini dijelaskan dalam Al Qur'an, yakni kata

³⁰ Dar al Masyriq, *Al-Munjid fi al-Lughah wa al-'Alam*, Beirut, 1998, h. 491.

³¹ Ahmad Ali MD, *Keadilan Hukum Bagi Orang Miskin*, Jurnal Mimbar Hukum dan Keadilan, Edisi No. 75, 2012, h. 132.

³² Al-Jurjani, *Al-Ta'rifat*, Dar al Kutub al Ilmiyah, Beirut, 2003, h. 150.

³³ Majid Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, The Johns Hopkins University, USA, 1984, p. 8.

“amanat” sebagai jamak dari “amanah”, terdiri dari segala bentuk amanah yang harus dilaksanakan oleh seseorang, dimana yang paling utama adalah keadilan, dan dalam otoritas manusia tidak boleh menghakimi menurut tingkah laku mereka namun harus secara ketat sesuai dengan firman Allah.³⁴

Keadilan dalam Islam berasal dari jantung penerapan syariat, dan bukan teori yang otonom diluar hukum-hukum syariat.³⁵ Keadilan universal Islam tidaklah temporer dan mengalami perubahan, yang mengalami perubahan dan dinamika sesuai situasi dan kondisi (konteks) ruang dan waktu adalah hukum-hukum yang bersifat cabang (*fur'*).

Karena hukum-hukum semacam ini tidaklah dijadikan tujuan, sebab yang dijadikan tujuan dari hukum-hukum tersebut adalah pencapaian realisasi keadilan syar'i, dan tidak ada nilai penalaran ijtihad jika bukan penalaran yang sah secara syara', yaitu pendapat/putusan hukum yang murni, terhindar dari hawa nafsu (kepentingan) individual dan syahwat yang menafikan tujuan *syara'* yang universal dalam mewujudkan perdamaian dan kebaikan.³⁶

Keadilan memiliki pengertian yang luas dan mencakup semua kebaikan, tetapi agama meminta sesuatu lebih ramah dan lebih manusiawi, melakukan perbuatan-perbuatan baik bahkan dimana mereka tidak dituntut secara pasti oleh keadilan. Keadilan dibangun dengan menghapuskan segala

³⁴ Muhammad Muslehudin, *Philosophy of Islamic Law and the Orientalist; a Comparative Study of Islamic Legal System*, Markazi Makatab Islami, Delhi, 1985, pp. 101-102.

³⁵ Wahbah al Zuhaili, *Al-Fiqh Islam wa Adillatuhu*, Dar al Fikr, Juz IX, Beirut, 2009, h. 411.

³⁶ *Ibid.*, h. 412.

penyebab ketidakadilan.³⁷ Dengan demikian, apabila keadilan dihubungkan dengan kata hukum sehingga menjadi keadilan hukum (*legal justice*), maka berarti keadilan sebuah putusan hukum yang dijatuhkan oleh hakim terhadap pencari keadilan (*justisia belen*), haruslah diambil berdasarkan kebenaran substantif, memberikan sesuatu kepada yang berhak menerimanya.³⁸

Adapun standar keadilan dalam Islam didasarkan pada norma-norma baik dan buruk yang didukung oleh wahyu dan prinsip-prinsip hukum yang fundamental. Keadilan dalam Islam adalah perpaduan yang baik antara hukum dan moralitas. Dengan demikian, yang dimaksud keadilan dalam Islam adalah harmonisasi antara kebebasan individu dan kepentingan masyarakat. Kebebasan individu tidak sama sekali dihancurkan oleh Islam tetapi dikontrol demi kepentingan masyarakat yang terdiri dari individu itu sendiri, dan karenanya juga kepentingannya yang sah dilindungi.

Disinilah hukum memainkan peran yang penting dalam mendamaikan kepentingan pribadi dengan kepentingan masyarakat dan bukan sebaliknya. Individu diperbolehkan mengembangkan hak pribadinya dengan syarat tidak mengganggu kepentingan masyarakat. Dengan begitu, perselisihan dapat diakhiri dan tuntutan keadilan dapat dipenuhi.³⁹ Keseimbangan antara hak dan kewajiban ketika mengimplementasikan keadilan merupakan persoalan mendasar untuk merealisasikan kesetaraan diantara permusuhan dan merealisasikan kemampuan dalam memenuhi kewajiban dan proporsionalitas keputusan hukum, inilah yang dinamakan

³⁷ Muhammad Muslehudin, *Op. Cit.*, h. 102.

³⁸ Ahmad Ali MD, *Op. Cit.*, h. 135.

³⁹ *Ibid.*, h. 106.

berbuat kebaikan dalam keadilan (*al ihsan fi al 'adl*) yang diperintahkan Allah dalam surat al Nahl ayat 90.⁴⁰

Menurut Islam, keadilan yang tertinggi adalah keadilan Ilahi yang mutlak, meskipun mekanisme persidangannya tidak terlalu berbeda dengan prinsip keadilan di dunia. Keadilan Ilahi itu dijelaskan oleh *Al Qur'an*, dibuktikan dengan catatan amal yang diperoleh malaikat Raqib dan Atid. Amal manusia akan ditimbang dan manusia akan disuruh membaca sendiri amal-amalnya, sedangkan mulut manusia dikunci, dan anggota tubuh yang lain menjadi saksi, sehingga tidak ada kebohongan. Demikian pula keadilan di dunia. Alat-alat bukti yang digunakan demi untuk menegakkan keadilan adalah saksi, sumpah, bukti tertulis, dan lain-lain.⁴¹

Keadilan adalah cita-cita sosial dan tujuan hukum, meskipun ide tentang keadilan tidak pernah objektif. Keadilan selalu bersifat subjektif, tidak terkecuali dalam hukum. Karena itulah, putusan hakim berlaku hanya bersifat lahir saja, tidak berlaku secara batin, yakni yang halal di sisi Allah bukanlah putusan yang diputuskan hakim, tetapi putusan yang sesuai dengan kebenaran.⁴²

⁴⁰ Wahbah al Zuhaili, *Op. Cit.*, h. 388. Dalam konteks pemidanaan dikenal suatu pendekatan, yaitu pendekatan interaksi antara “perbuatan-pelaku dan korban” (*crimes, criminal and victims relationship*). Dari pendekatan ini diperoleh dua kesimpulan, yaitu (1) nilai keadilan tidak diperoleh dari tingginya nilai kepastian hukum melainkan dari keseimbangan perlindungan hukum atas korban dan pelaku kejahatan; (2) semakin serius suatu kejahatan, maka semakin besar nilai keadilan yang harus dipertahankan lebih dari nilai kepastian hukum. Lihat dalam Ridwan Mansyur, 2007, *Mengadili dengan Nurani; Perspektif Restoratif Justice pada Persidangan Perkara Kekerasan dalam Rumah Tangga*, dalam *Varia Peradilan*, Majalah Hukum Tahun XXII No. 262 September 2007, h. 44-45.

⁴¹ Hasbi Ash-Shiddiqie dikutip dalam Beni Ahmad Saebani, *Sosiologi Hukum*, Pustaka Setia, Bandung, 2000, h. 198-199.

⁴² Wahbah al Zuhaili, *Op. Cit.*, h. 405.

Upaya mendekati keadilan sesuai dengan keadilan ilahiyah, maka hakim sebagai pihak yang ditugaskan untuk mewujudkan keadilan, haruslah selalu menjaga dirinya untuk senantiasa dekat dengan Allah SWT, sehingga nantinya putusan yang dijatuhkan oleh hakim telah secara transendental didasarkan kepada keadilan *Ilahiyah*.⁴³ Jadi eksistensi keadilan selalu ada di dua tempat, yakni keadilan manusiawi yang sifatnya subyektif dan relatif dan keadilan ilahiyah yang sifatnya obyektif dan mutlak, kebenarannya bukan karena adanya subyek yang membenarkannya, karena ada tidaknya kebenaran obyektif hanya bergantung pada obyeknya dan bukan subyeknya.⁴⁴

Menegakkan keadilan merupakan cita-cita tertinggi dalam hukum, namun menegakkan keadilan bukan terletak pada teks-teks hukum semata, melainkan pada manusia yang menerima amanah sebagai penegak hukum, yaitu polisi, jaksa penuntut umum, advokat, dan hakim. Oleh karenanya, diantara tugas hakim adalah memutus pihak-pihak yang berbuat dzalim dari tindakan mengambil hak orang lain secara tidak sah, dan melampaui batas, serta menolong pihak-pihak yang teraniaya dan menyampaikan hak kepada setiap yang berhak.⁴⁵ Itulah keadilan hukum yang harus ditegakkan, namun keadilan hukum itu menjadi mahal karena tidak ada yang mampu

⁴³ Di Indonesia setiap putusan hakim wajib ada irah-irah (kalimat pembuka), “Demi Keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Dan apabila suatu putusan hakim tidak memuat irah-irah tersebut, maka putusan hakim menjadi batal demi hukum. Ini artinya bahwa putusan hakim haruslah sedapat mungkin mendekati *keadilan ilahiyah*.

⁴⁴ Beni Ahmad Saebani, *Op.Cit.*, h. 166.

⁴⁵ Wahbah al Zuhaili, *Op. Cit.*, h. 402.

membelinya, namun keadilan akan menjadi murah tatkala para penegak hukum tidak lagi berlaku jujur dan amanah dalam menjalankan profesinya.⁴⁶

Penegakkan keadilan harus benar-benar memperhatikan konsep-konsep. Dalam kaitan dengan judul penelitian ini, berikut ini, sebagai kerangka pemikiran, konsep-konsep itu perlu untuk dipahami. Konsep yang terpenting dalam judul, yaitu gratifikasi. Gratifikasi positif adalah pemberian hadiah dilakukan dengan niat yang tulus dari seseorang kepada orang lain tanpa pamrih artinya pemberian dalam bentuk “tanda kasih” tanpa mengharapkan balasan apa pun. Gratifikasi merupakan hal yang wajar. Terutama dalam dunia bisnis, ketika seorang pejabat negara pergi dinas ke luar negeri kemudian diundang makan malam, hal tersebut dapat diartikan sebagai gratifikasi. Akan tetapi, hal tersebut merupakan gratifikasi wajar. Karena itu, kepada pejabat negara agar bisa membedakan antara gratifikasi wajar dan gratifikasi suap.

Berkaitan dengan hal ini, Undang-Undang telah mengatur terkait gratifikasi. Sebab itu, jika memang pemberian dari seseorang tidak melanggar Undang-Undang, merupakan hal yang wajar. Bahwa terdapat 12 jenis gratifikasi yang tidak wajib dilaporkan kepada KPK. Sesuai dengan Surat KPK No. B-143 tahun 2013 tentang Pedoman Pengendalian Gratifikasi. Keduabelas jenis gratifikasi yang tidak wajib dilaporkan kepada KPK adalah: Jika pemberian gratifikasi itu disebabkan karena adanya hubungan keluarga. Sepanjang tidak memiliki konflik kepentingan.

⁴⁶ Al Jurjawi, *Hikmat al Tasyri' wa Falsafatuhu*, Juz II, Dar al Fikr, Beirut, 2007, h. 102-110.

Penerimaan dalam penyelenggaraan pernikahan, kelahiran, *aqiqah*, baptis, khitanan, dan potong gigi, atau upacara adat/agama lain dengan nilai paling banyak Rp. 1.000.000,00. Pemberian yang terkait dengan musibah atau bencana dengan nilai paling banyak Rp. 1.000.000,00. Pemberian dari sesama pegawai pada acara pisah sambut, pensiun, promosi, dan ulang tahun dalam bentuk selain uang paling banyak senilai Rp 300.000,00 dengan total pemberian Rp 1.000.000,00 dalam satu tahun dari pemberi yang sama. Pemberian dari sesama rekan kerja dalam bentuk selain uang dengan nilai paling banyak Rp 200.000,00 dengan total pemberian Rp1.000.000,00 dalam satu tahun dari pemberi yang sama.

Pemberian hidangan atau sajian yang berlaku Umum, juga bukan Gratifikas. Pemberian atas prestasi akademis atau non akademis yang diikuti, dengan menggunakan biaya sendiri seperti kejuaraan, perlombaan atau kompetisi yang tidak terkait kedinasan. Penerimaan keuntungan atau bunga dari penempatan dana, investasi atau kepemilikan saham pribadi yang berlaku umum. Penerimaan manfaat bagi seluruh peserta koperasi atau organisasi pegawai berdasarkan keanggotaan yang berlaku umum. Selanjutnya Gratifikasi yang tidak wajib dilaporkan kepada KPK adalah: Seminar kit yang berbentuk seperangkat modul dan alat tulis serta sertifikat yang diperoleh dari kegiatan resmi kedinasan seperti rapat, seminar, *workshop*, konferensi, pelatihan, atau kegiatan lain sejenis yang berlaku umum. Penerimaan hadiah, beasiswa atau tunjangan baik berupa uang atau barang yang ada kaitannya dengan peningkatan prestasi kerja yang diberikan

oleh Pemerintah atau pihak lain sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Penerimaan yang diperoleh dari kompensasi atas profesi diluar kedinasan, yang tidak terkait dengan tupoksi dari pejabat/pegawai, tidak memiliki konflik kepentingan, dan tidak melanggar aturan atau kode etik internal instansi.

Di luar kedua belas jenis gratifikasi itu maka penerimaan Gratifikasi wajib dilaporkan kepada KPK. Maka untuk memberantas korupsi, perlu dilakukan berbagai upaya secara menyeluruh mulai dari penindakan, pencegahan, pendidikan dan peran serta masyarakat, kelengkapan dan kecukupan hukum, serta komitmen politik dan pimpinan.

Gratifikasi negatif adalah pemberian hadiah dilakukan dengan tujuan pamrih. Pemberian jenis ini yang telah membudaya di kalangan birokrat maupun pengusaha. Karena adanya interaksi kepentingan. Misalnya, dalam mengurus pajak, seseorang memberikan uang tips pada salah satu petugas agar pengurusan pajaknya dapat diurus dengan segera.

Rumusan korupsi pada Pasal 2 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, awalnya termuat dalam Pasal 1 Ayat (1) huruf (a) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971. Perbedaan rumusan terletak pada kata dapat sebelum unsur merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara pada Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999. Sampai saat ini, Pasal ini paling banyak digunakan untuk memidana koruptor.

Pasal 2 Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi *jo.* Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Tindak Pidana Korupsi: Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat empat tahun dan paling lama dua puluh tahun. Apabila tindak pidana korupsi sebagaimana dimaksud dalam ayat dilakukan dalam keadaan tertentu, pidana mati dapat dijatuhkan.

Untuk menyimpulkan apakah suatu perbuatan korupsi menurut Pasal ini, harus memenuhi unsur-unsur: Setiap orang; memperkaya diri sendiri, orang lain, atau suatu korporasi; Dengan cara melawan hukum; Dapat merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara.

Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi *jo.* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Tindak Pidana Korupsi: “Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat satu tahun dan paling lama dua puluh tahun atau denda paling sedikit lima puluh juta rupiah dan paling banyak satu milyar rupiah.

Untuk menyimpulkan apakah suatu perbuatan termasuk korupsi menurut Pasal ini, harus memenuhi unsur-unsur: Setiap orang; Dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi dan denda paling sedikit dua ratus juta rupiah dan paling banyak satu milyar rupiah; Menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana; Yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan; Dapat merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara. Dijelaskan dalam Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, bahwa subjek tindak pidana korupsi terbagi atas dua kelompok. Keduanya jika melakukan perbuatan pidana diancam dengan sanksi.

Subjek hukum tersebut adalah Manusia. Penjelasan Pasal 59 KUHP berisi ketentuan “bahwa suatu tindak pidana hanya dapat diwujudkan oleh manusia, fiksi tentang badan hukum tidak berlaku di bidang hukum pidana“. Selanjutnya korporasi adalah kumpulan orang dan atau kekayaan yang terorganisir dengan baik, merupakan badan hukum maupun bukan badan hukum (Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Tindak Pidana Korupsi). Tidak ketinggalan, dikemukakan mengenai konsep Pegawai negeri, yaitu orang yang bekerja pada pemerintah dan atau orang yang menerima gaji atau upah dari keuangan negara atau daerah dan mempergunakan modal atau fasilitas dari negara atau masyarakat. Dimaksud dengan setiap orang adalah orang perseorangan (individu-individu) atau termasuk korporasi.

Beberapa bentuk/jenis tindak pidana korupsi, yaitu sebagai berikut:⁴⁷ Pungutan liar jenis tindak pidana, yaitu korupsi uang negara, menghindari pajak dan bea cukai, pemerasan dan penyuapan; Pungutan liar jenis pidana yang sulit dibuktikan, yaitu komisi dalam kredit bank, komisi tender proyek, imbalan jasa dalam pemberian izin-izin, kenaikan pangkat, pungutan terhadap uang perjalanan, pungli pada pos-pos pencegahan di jalan, pelabuhan dan sebagainya; Pungutan liar jenis pungutan tidak sah yang dilakukan oleh Pemda, Yaitu pungutan yang dilakukan tanpa ketetapan berdasarkan peraturan daerah, tetapi hanya dengan surat-surat keputusan saja; Penyuapan, yaitu seorang penguasa menawarkan uang atau jasa lain kepada seseorang atau keluarganya untuk suatu jasa bagi pemberi uang; Pemerasan, yaitu orang yang memang kekuasaan menuntut pembayaran uang atau jasa lain sebagai ganti atau timbal balik fasilitas yang diberikan; Pencurian, yaitu orang yang berkuasa menyalahgunakan kekuasaannya dan mencuri harta rakyat, langsung atau tidak langsung; Nepotisme, yaitu orang yang berkuasa memberikan kekuasaan dan fasilitas pada keluarga atau kerabatnya, yang seharusnya orang lain juga dapat atau berhak bila dilakukan secara adil.

Menurut Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi 2003 (disingkat KAK 2003) ada empat macam tipe tindak pidana korupsi sebagai berikut:⁴⁸ Tindak Pidana Korupsi Penyusapan Pejabat-Pejabat Publik

⁴⁷Evi Hartanti, *Op., Cit.*, h.19.

⁴⁸ *Bentuk-Bentuk Tindak Pidana Korupsi*, <http://fayusman-rifai.blogspot.com/2011/02/bentuk-bentuk-tindak-pidana-korupsi.html>, diakses tanggal 15 November 2017.

Nasional (*Bribery of National Public Officials*) Ketentuan tipe tindak pidana korupsi ini diatur dalam ketentuan Bab III tentang kriminalisasi dan penegakan hukum (*Criminalization and Law Enforcement*) dalam Pasal 15, 16, dan 17 KAK 2003.

Pada ketentuan Pasal 15 diatur mengenai penyuapan pejabat-pejabat publik nasional (*Bribery of National Public Officials*) yaitu dengan sengaja melakukan tindakan janji, menawarkan atau memberikan kepada seorang pejabat publik secara langsung atau tidak langsung suatu keuntungan yang tidak pantas (layak), untuk pejabat tersebut atau orang lain atau badan hukum agar pejabat yang bersangkutan bertindak atau menahan diri dari melakukan suatu tindakan dalam melaksanakan tugas resminya. Kemudian, terhadap penyuapan pejabat-pejabat publik asing dan pejabat-pejabat dari organisasi internasional publik (*bribery of foreign public officials and officials of public international organization*) diatur dalam ketentuan Pasal 16 dan penggelapan, penyelewengan atau pengalihan kekayaan dengan cara lain oleh seorang pejabat publik diatur dalam ketentuan Pasa 17 KAK 2003.

Tindak Pidana Korupsi Penyuapan di Sektor Swasta (*Bribery in the private Sector*). Tipe tindak pidana korupsi jenis ini diatur dalam ketentuan Pasal 21, 22 KAK 2003. Ketentuan tersebut menentukan setiap negara peserta konvensi mempertimbangkan kejahatan yang dilakukan dengan sengaja dalam melaksanakan kegiatan-kegiatan ekonomi, keuangan dan perdagangan menjanjikan, menawarkan atau memberikan, secara

langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak semestinya kepada seseorang yang memimpin atau berkerja pada suatu badan di sektor swasta untuk diri sendiri atau orang lain melanggar tugasnya atau secara melawan hukum. Apabila dibandingkan, ada korelasi erat antara tipe tindak pidana korupsi penyuaipan disektor publik maupun swasta.

Tindak Pidana Korupsi Terhadap Perbuatan Memperkaya Secara Tidak Sah (*Ilicit Enrichment*). Pada dasarnya, tindak pidana korupsi perbuatan memperkaya secara tidak sah (*Ilicit Enrichment*) diatur dalam ketentuan Pasal 20 KAK 2003. Ketentuan Pasal 20 KAK 2003 mewajibkan kepada setiap negara peserta konvensi mempertimbangkan dalam prinsip-prinsip dasar sistem hukumnya untuk menetapkan suatu tindak pidana bila dilakukan dengan sengaja, memperkaya secara tidak sah yaitu suatu kenaikan yang berarti dari aset-aset seorang pejabat publik yang tidak dapat dijelaskan secara masuk akal berkaitan dengan pendapatannya yang sah.

Apabila dijabarkan, kriminalisasi perbuatan memperkaya diri sendiri mempunyai implikasi terhadap ketentuan Pasal 2 Undang-Undang No 31 tahun 1999 khususnya unsur kerugian negara yang bukan sebagai anasir esensial dalam Pasal 3 butir 2 KAK 2003. Tindak Pidana Korupsi Terhadap Memperdagangkan Pengaruh (*Trading in Influence*). Tindak pidana korupsi ini diatur dalam ketentuan Pasal 18 KAK 2003. Tipe tindak pidana korupsi baru dengan memperdagangkan pengaruh (*Trading in Influence*) sebagai perbuatan yang dilakukan dengan sengaja menjanjikan, menawarkan atau memberikan kepada seseorang pejabat publik atau orang

lain, secara langsung atau tidak langsung, suatu keuntungan yang tidak semestinya, agar pejabat publik itu menyalahgunakan pengaruhnya yang nyata, atau yang diperkirakan, suatu keuntungan yang tidak semestinya bagi si penghasut asli tindakan tersebut atau untuk orang lain.

Lebih lanjut Syed Husen Alatas menyatakan bahwa korupsi itu dapat dikelompokkan ke dalam beberapa bentuk, sebagai berikut: Korupsi Transaktif. Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang dilakukan atas dasar kesepakatan timbal balik antara pihak pemberi dan pihak penerima dari keuntungan pribadi masing-masing pihak dan kedua pihak sama-sama aktif melakukan usaha untuk mencapai keuntungan tersebut. Korupsi Ekstortif (Memeras). Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi dimana terdapat unsur paksaan, yaitu pihak pemberi dipaksa untuk melakukan penyyuapan guna mencegah terjadinya kerugian bagi dirinya, kepentingannya, orang-orang, atau hal-hal yang penting baginya.

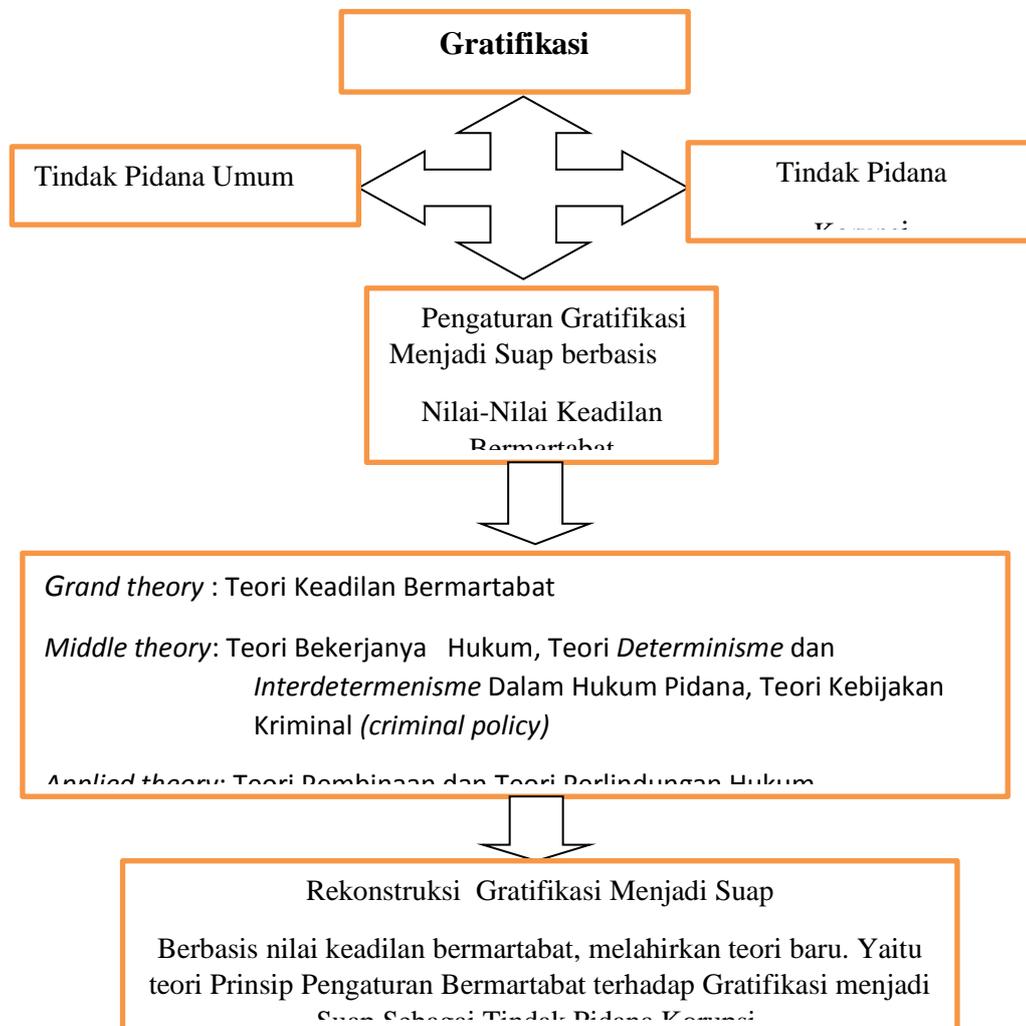
Korupsi Nepotistik (Perkerabatan). Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi dengan melakukan penunjukan secara tidak sah terhadap kawan atau kerabat untuk memegang suatu jabatan publik, atau tindakan yang memberikan perlakuan istimewa dalam bentuk uang atau bentuk lain kepada mereka secara bertentangan dengan norma atau ketentuan yang berlaku. Korupsi Investif. Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang berwujud pemberian barang atau jasa tanpa ada keterkaitan langsung dengan keuntungan tertentu, melainkan mengharapkan suatu keuntungan yang akan diperoleh di masa depan. Korupsi Suportif (Dukungan).

Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang berbetuk upaya penciptaan suasana yang dapat melanggengkan, melindungi dan memperkuat korupsi yang sedang dijalankan. Korupsi Autogenik. Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang dilakukan secara individual untuk mendapatkan keuntungan karena memahami dan mengetahui serta mempunyai peluang terhadap obyek korupsi yang tidak diketahui oleh orang lain. Korupsi Defensif. Korupsi ini adalah suatu bentuk korupsi yang dilakukan oleh korban korupsi dalam rangka mempertahankan diri terhadap upaya pemerasan terhadap dirinya.

Pengaturan mengenai kategorisasi perbuatan korupsi sebagaimana yang diatur dalam Undang-undang No. 20 tahun 2001 tersebut di atas bersifat lebih rinci. Hal itu terutama jika dibandingkan dengan pengaturan yang ada dalam undang-undang yang mengatur tentang tindak pidana korupsi yang ada sebelumnya.

Berdasarkan penafsiran terhadap ketentuan-ketentuan yang ada dalam Undang-undang No. 20 tahun 2001 *jo* Undang-undang No. 31 tahun 1999 maka tindak pidana korupsi dikategorisasikan menjadi dua, yaitu tindak pidana korupsi dan tindak pidana yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi. Kategorisasi pertama tersebut dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 5 sampai dengan 12 Undang-undang No. 20 tahun 2001 *jo* Pasal 13 sampai dengan 16 Undang-Undang No. 31 tahun 1999. Kategorisasi kedua dapat dilihat dalam 21 sampai dengan 24 UU No. 31 tahun 1999.

Bagan 2 Kerangka Pemikiran



Sebagai kerangka teori, penelitian ini menggunakan beberapa teori. Diharapkan teori-teori hukum yang dikemukakan di bawah ini dapat memberikan pedoman atau dapat menavigasi pembahasan dan sekaligus penggambaran dan analisis atas permasalahan penelitian Disertasi ini dan dengan demikian Disertasi ini dapat mencapai tujuannya. Teori-teori yang dikemukakan di bawah ini berasal dari pendapat para ahli hukum. Selain teori-teori, dikemukakan pula beberapa konsep sebagai suatu kerangka

konsep. Umumnya konsep-konsep yang ada diambil dari berbagai peraturan perundangan yang berkenaan dengan pokok permasalahan penelitian ini.

1.5.2. Kerangka Teori

a. *Grand Theory* Keadilan Bermartabat

Teori ini memiliki cakupan luas sebagai analisis bagi hasil-hasil penelitian. Dalam penelitian ini yang digunakan sebagai *Grand Theory* (teori keadilan bermartabat) adalah Teori Negara Kesejahteraan dan Teori Keadilan Bermartabat dilengkapi dengan teori keadilan menurut Hukum Islam, maupun teori keadilan menurut filosofis Barat.

Keadilan bermartabat adalah suatu teori hukum atau apa yang dikenal dalam literatur berbahasa Inggris dengan konsep *legal theory*, *jurisprudence* atau *philosophy of law* dan pengetahuan mengenai hukum substantif dari suatu sistem hukum. Ruang lingkup teori keadilan bermartabat tidak hanya pengungkapan dimensi yang abstrak dari kaidah dan asas-asas hukum yang berlaku.

Lebih jauh daripada itu, teori keadilan bermartabat mengungkap pula semua kaidah dan asas-asas hukum yang berlaku di dalam sistem hukum, dalam hal ini sistem hukum dimaksud sistem hukum positif Indonesia; atau sistem hukum berdasarkan Pancasila. Itu sebabnya, Keadilan Bermartabat, disebut di dalam judul buku ini sebagai suatu teori hukum berdasarkan Pancasila.⁴⁹

⁴⁹ Teguh Prasetyo, 2015, *Keadilan Bermartabat, Perspektif Teori Hukum*, Nusa Media, Bandung, h. 43.

Teori Keadilan Bermartabat tidak hanya menaruh perhatian kepada lapisan fondasi hukum yang tampak di permukaan dari suatu sistem hukum. Teori keadilan bermartabat juga berusaha menelusuri dan mengungkap lapisan fondasi hukum yang berada dibawah permukaan fondasi hukum dari sistem hukum yang tampak itu.

Teori Keadilan Bermartabat, sesuai dengan ciri filosofis lama di bawah permukaan fondasi sistem hukum yang baru yang tampak saat ini, serta mendobrak dari bawah landasan kolonial. Fondasi yang sudah lama ada di dalam jiwa bangsa oleh teori keadilan bermartabat dipandang sebagai *bottom-line* dari suatu sistem hukum dimana seluruh isi bangunan sistem itu diletakkan dan berfungsi mengejar tujuannya yaitu keadilan.

Tidak banyak penulis yang menekuni filsafat hukum menarik batas yang tegas antara konsep teori hukum atau konsep *legal theory* dengan konsep filsafat hukum (*philosophy of law*), konsep *legal philosophy* maupun konsep ilmu hukum atau *jurisprudence* dan ilmu hukum substantif. Bahkan, ada penulis yang menggunakan konsep-konsep besar tersebut secara bergantian dalam satu buku. Dimaksudkan dengan penggunaan secara bergantian di dalam satu buku, baik itu konsep teori hukum, maupun konsep *legal philosophy* dan konsep ilmu hukum (*jurisprudence*) dalam ilmu hukum substantif digunakan secara bersamaan atau menggunakan satu konsep untuk maksud semua konsep-konsep dimaksud ketika membicarakan mengenai filsafat hukum.

Sekalipun konsep-konsep seperti teori hukum, filsafat hukum, atau filsafat legal maupun ilmu hukum dan ilmu hukum substantif itu memiliki pengertian yang dapat dibedakan antara satu konsep dengan konsep yang lainnya, pada intinya semua konsep itu dapat digunakan secara bersamaan dengan maksudnya sama. Maksud yang sama tersebut, menjelaskan suatu sistem hukum. Sistem hukum yang menjadi obyek penggambaran teori keadilan bermartabat sebagai suatu teori hukum dalam buku ini adalah sistem hukum berdasarkan Pancasila.

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum selain kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Hakekat hukum bertumpu pada ide keadilan dan kekuatan moral. Ide keadilan tidak pernah lepas dari kaitannya dengan hukum, sebab membicarakan hukum, secara jelas atau samar-samar senantiasa merupakan pembicaraan tentang keadilan pula.⁵⁰

Konsep adil dapat dirunut dari pengertian asalnya dalam bahasa, karena substansi keadilan memang bermula dari pengertiannya dalam bahasa. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), bahwa keadilan merupakan adjektiva yang menjelaskan nomina atau pronomina yang memiliki tiga arti. Yaitu Adil ialah berarti: 1. tidak berat sebelah; tidak memihak. 2. berpihak kepada yang benar; berpegang pada kebenaran. 3. sepatutnya; tidak sewenang-wenang.⁵¹ Dan keadilan ialah sifat (perbuatan, perlakuan dan sebagainya) yang adil.⁵²

⁵⁰ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1982, h. 45.

⁵¹ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, h. 7.

⁵² *Ibid.*

Keadilan itu mempunyai nama lain, yaitu keadilan sosial sebagaimana yang disebutkan oleh Ahmad Fadlil Sumadi, bahwa⁵³ keadilan sosial merupakan tampilan lain dari keadilan. Selanjutnya Ahmad Fadlil Sumadi menjelaskan, bahwa⁵⁴ substansi keadilan harus diformulasikan pada tiga tingkat, yaitu *Pertama*; pada tingkat *outcome*. *Kedua*; pada tingkat prosedur. *Ketiga*; pada tingkat sistem. Pada tingkat *outcome*, keadilan berhubungan dengan pembagian (*distributive*) dan pertukaran (*comutative*), sehingga keadilan dalam hal ini berhubungan dengan suatu objek yang dalam praktiknya, antara lain, dapat berupa benda atau jasa.

Sementara itu prosedur berhubungan dengan cara penentuan dan sistem yang berhubungan dengan kait-mengait antar-struktur yang berlaku. Dalam keadilan pembagian dan pertukaran, yaitu keadilan pada tingkat pertama yang terkait dengan *outcome*, dalam aras praktiknya sering terjadi *unequal* dalam prosesnya. Dalam keadilan prosedural, yaitu keadilan pada tingkat kedua yang berhubungan dengan cara penentuan, yang terkait dengan proses dan perlakuan terhadap orang-orang yang terlibat di dalamnya, mensyaratkan adanya komponen.

Pertama: sifat aturan dari prosedur yang berlaku adalah formal. Kedua; penjelasan terhadap prosedur dan pengambilan keputusan. Ketiga; perlakuan interpersonal. Secara substansial keadilan prosedural lebih ditentukan oleh komponen kedua dan ketiga, karena berdasarkan kedua komponen tersebut keadilan prosedural mewujudkan keadilan yang dapat

⁵³ Ahmad Fadlil Sumadi, *Hukum dan Keadilan Sosial*, Materi Perkuliahan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung, Tanpa Penerbit, Jakarta, 2012, h. 5.

⁵⁴ *Ibid.*, h. 5-6.

terlihat oleh masyarakat, yang bahkan pada akhirnya menjadikan *looking fair* lebih penting daripada *being fair*.

Keadilan sistem sebagai keadilan pada tingkat ketiga yang berhubungan dengan sistem, yang merupakan tingkat ketiga yang berhubungan dengan sistem, yang merupakan pola yang menjadi dasar prosedur, distribusi dan pertukaran pada dasarnya merupakan kebijakan umum yang direalisasikan sebagai dasar dalam menentukan prosedur dan *outcome*.

Kahar Masyhur menyatakan apa yang disebut adil sebagai berikut:⁵⁵ 1). adil ialah meletakkan sesuatu pada tempatnya; 2). adil ialah menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang; 3). adil ialah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa kurang antara sesama yang berhak, dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggarannya.

Orang dapat menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realitas absolut dan mengasumsikan, bahwa pengetahuan dan pemahaman tentangnya hanya bisa didapatkan secara parsial dan melalui upaya filosofis yang sangat sulit. Atau orang dapat menganggap, bahwa keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama atau filsafat tentang dunia secara umum. Jadi, orang dapat mendefinisikan keadilan dalam satu pengertian atau pengertian lain dari pandangan ini.

⁵⁵ Kahar Masyhur, *Membina Moral dan Akhlaq*, Kalam Mulia, Jakarta, 1985, h. 71.

Teori-teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “*the search for justice*”⁵⁶ Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

Menurut Aristoteles dalam bukunya *nicomachean ethics*, bahwa⁵⁷ hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan. Yang sangat penting dari pandangan Aristoteles ialah, bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun demikian, Aristoteles membuat perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa dipahami, bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya.

Aristoteles memberikan kontribusi yang sangat besar terhadap Filsafat Hukum, yaitu menurut Aristoteles, bahwa keadilan dapat dibedakan menjadi dua macam yaitu: a. keadilan Korektif, keadilan dengan menyamakan antara prestasi dan kontra prestasi. Keadilan ini didasarkan pada transaksi baik yang sukarela maupun yang tidak, misalnya dalam perjanjian tukar menukar; b. keadilan diskriptif, yaitu keadilan yang

⁵⁶ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet. VIII, Kanisius, Yogyakarta, 1995, h. 196.

⁵⁷ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004, h. 24.

membutuhkan distribusi atas penghargaan.⁵⁸ Dengan perkataan lain sebagaimana yang telah disebutkan oleh Moedjono⁵⁹ dalam bukunya yang berjudul “Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia”, tentang pendapat Aristoteles, bahwa keadilan yaitu “memberikan kepada setiap orang, apa yang menjadi haknya”.

Selanjutnya ia membedakan adanya dua macam keadilan, yaitu: 1. keadilan distributif; memberikan kepada setiap orang jatah berdasarkan jasanya. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas keseimbangan; 2. keadilan kumulatif; memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas kesamaan.

Selain konsep-konsep keadilan itu, terdapat pula keadilan korektif ialah berlaku dalam hukum publik, sedangkan keadilan diskriptif atau distributif adalah berlaku dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan diskriptif atau distributif dan keadilan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan diskriptif atau distributif, hal yang penting ialah, bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada keadilan korektif yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.

⁵⁸ Dardji Darmodiharjo dan Sudharto, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995, h. 154.

⁵⁹ Moedjono, *Pengantar Ilmu Hukum dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bagian I, Yayasan penerbitan FKIS-IKIP, Yogyakarta, 1974, h. 9.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah, bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku di kalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebaikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.⁶⁰

Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepatutnya perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Dari uraian ini nampak, bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.⁶¹

Membangun argumennya, Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampuradukkan dengan pembedaan antara

⁶⁰ *Ibid.*, h. 25.

⁶¹ *Ibid.*, h. 25.

hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang dan hukum adat. Karena, berdasarkan pembedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.⁶²

Sifat dasar manusia adalah berkeinginan untuk mempertahankan hidup dan mengejar kehidupan yang lebih baik. Kebahagiaan hidup, akan dapat tercapai apabila didasarkan atas keseimbangan, baik itu antara manusia dengan manusia, manusia dengan alamnya, manusia secara kelompok (bangsa dengan bangsa) dan manusia dengan Tuhannya.

Oleh karena itu, Soejono Koesoemo Sisworo menambahkan tentang teori keadilan, yaitu keadilan ontologis, sebagai berikut:⁶³ keadilan ialah keseimbangan batiniah dan lahiriah yang memberikan kemungkinan dan perlindungan atas kehadiran dan perkembangan kebenaran, yang beriklim toleransi dan kebebasan.

Di samping keadilan ontologis sebagaimana di atas, Soejono Koesoemo Sisworo juga mengemukakan batasan kebenaran ontologis, yaitu kebenaran ialah hubungan persesuaian yang serasi antara proposisi dengan kenyataan yang dipertimbangkan dalam tingkat terakhir dengan hati nurani. Adapun makna dan fungsi kebenaran dan keadilan bagi dan dalam putusan peradilan adalah bercorak *indrovert*, yakni seharusnya menjadi sifat yang

⁶² *Ibid.*, h. 26-27.

⁶³ Soejono Koesoemo Sisworo, tanpa tahun, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, FH UNDIP, Semarang, h. 55.

melekat dalam putusan termaksud dan bercorak *ekstravert*, yaitu merupakan ukuran/kriteria bagi putusan.⁶⁴

Kebenaran dan keadilan adalah nilai-nilai luhur dan mutlak percikan keagungan dari Tuhan Yang Maha Kuasa. Metode ontologis yang proporsional untuk karya hakim lewat putusan logis, rasional, intelektual, etis, irrasional dan divinatoris harus dihayati oleh hakim dan subyek penemu hukum yang lain (jaksa, advokat, notaris hingga aparatur negara) dengan cara: a. tekun *ajeg* melakukan *samadhi*/meditasi, berdoa dan kontemplasi; b. membiasakan tidak mementingkan diri sendiri; c. *eling*, percaya, mituhu; d. rela, ikhlas, *narima*, jujur, sabar, budi luhur.

Kemudian Lily Rasjidi mengemukakan pendapatnya, bahwa⁶⁵ hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak, tetapi mempunyai nilai-nilai yang harus dijujung tinggi dan dihormati, hal ini senada dengan salah satu dari arti hukum, yaitu sebagai jalinan nilai-nilai dari konsepsi-konsepsi yang abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk.

Kemudian tujuan negara Indonesia yang termuat pada alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 adalah: a. melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia; b. mewujudkan kesejahteraan umum; c. mencerdaskan kehidupan bangsa; dan d. ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Berkaitan dengan itu, Muchsin mengemukakan pendapatnya, bahwa identitas negara Indonesia dapat diidentifikasi dalam enam poin pokok sebagai

⁶⁴ *Ibid.*, h. 55-56.

⁶⁵ Lily Rasjidi dan B. Arief Sidharta, *Filsafat Hukum, Madzhab dan Refleksinya*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2004, h. 26.

berikut: a. Indonesia sebagai negara republik; b. Indonesia sebagai negara demokrasi; c. Indonesia sebagai negara kesatuan; d. Indonesia sebagai negara kesejahteraan; e. Indonesia sebagai negara hukum; f. Indonesia sebagai negara Pancasila.⁶⁶

Kemudian Muchsin menjelaskan, bahwa⁶⁷ Pernyataan Indonesia sebagai negara kesejahteraan adalah tercermin dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alinea keempat, bahwa Pemerintah Negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum. demikian pula dalam produk hukumnya juga ditujukan untuk mensejahterakan masyarakat menuju masyarakat yang adil dan makmur.

Muchsin juga menjelaskan bahwa⁶⁸ nilai hukum dapat diartikan sebagai suatu sifat atau kualitas hukum itu sendiri. Faktor-faktor yang mempengaruhi nilai hukum dalam berlakunya di masyarakat adalah: a. Faktor filosofis. Hukum itu harus memuat nilai-nilai tentang kebenaran, kebijaksanaan, dan keadilan. Selain itu hukum harus diarahkan kepada perwujudan masyarakat yang adil dan makmur, memberikan kesejahteraan rakyat baik lahir maupun batin. b. Faktor sosiologis. Hukum itu harus aspiratif terhadap dinamika yang berkembang di masyarakat, menumbuhkan iklim demokrasi, dan sebagai sarana untuk melakukan perubahan sosial masyarakat ke arah lebih baik. c. Faktor yuridis. Hukum itu harus ada kesesuaian dengan hukum yang lebih tinggi dan

⁶⁶ Muchsin, *Nilai-Nilai Hukum dalam Pembangunan Nasional Indonesia*, Tanpa Penerbit, Tanpa Tempat Penerbit, tanpa tahun penerbitan, h. 2.

⁶⁷ *Ibid.*, h. 4.

⁶⁸ *Ibid.*, h. 7.

ada kesesuaian dengan hukum yang sederajat. Konkretnya dalam pembentukan hukum itu harus memperhatikan norma hukum yang lebih tinggi supaya tidak terjadi penyimpangan, dan norma hukum yang sederajat supaya tidak terjadi pertentangan.

Pada hakekatnya hukum merupakan alat atau sarana untuk mengatur dan menjaga ketertiban guna mencapai suatu masyarakat yang berkeadilan dalam menyelenggarakan kesejahteraan sosial yang berupa sanksi bagi yang melanggarnya, baik itu untuk mengatur masyarakat maupun aparat pemerintah sebagai penguasa.⁶⁹ Hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak tetapi mempunyai nilai-nilai yang harus dijunjung tinggi dan dihormati, hal ini senada dengan salah satu dari arti hukum, yaitu sebagai jalinan nilai-jalinan nilai dari konsepsi-konsepsi yang abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk.⁷⁰

Berkaitan dengan itu, sebagai teori dengan basis Pancasila, maka penting untuk dikemukakan di sini keadilan dalam perspektif Pancasila itu. Keadilan menurut Pancasila tercantum pada sila kelima, yakni Keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia. Menghadapi era globalisasi ekonomi, ancaman bahaya laten terorisme, komunisme dan fundamentalisme merupakan sebuah tantangan tersendiri bagi bangsa Indonesia. Disamping itu yang patut diwaspadai adalah pengelompokan suku bangsa di Indonesia yang kini semakin kuat. Ketika bangsa ini kembali dicoba oleh pengaruh

⁶⁹ *Ibid.*, h. 2.

⁷⁰ Lily Rasjidi dan B. Arief Sidharta, *Filsafat Hukum, Madzab dan Refleksinya*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1994, h. 26.

asing untuk dikotak-kotakan tidak saja oleh konflik vertikal tetapi juga oleh pandangan terhadap ke Tuhanan Yang Maha Esa.

Bangsa Indonesia harus benar-benar meresapi nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, tentunya degradasi moral dan kebiadaban masyarakat kita dapat diminimalisir. Kenyataannya sekarang yaitu setelah era reformasi, para reformator alergi dengan semua produk yang berbau orde baru termasuk P4 sehingga terkesan meninggalkannya begitu saja. Belum lagi saat ini jati diri Indonesia mulai goyah ketika sekelompok pihak mulai mementingkan dirinya sendiri untuk kembali menjadikan negara ini sebagai negara berideologi agama tertentu.⁷¹

Guna membuat nilai-nilai ini bisa kembali menjadi pedoman dan pengamalan dalam keseharian, perlu suatu pemerintahan otoriter di Indonesia untuk memprogram ulang otak bangsa kita dengan suatu doktrin nilai-nilai sosial dalam kehidupan berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat di negara Indonesia yang nyata-nyata sangat plural ini. Pemerintahan otoriter sangat diperlukan ketika berhadapan dengan masyarakat yang tak bermoral, tak terkendali, tak mau diatur, dan merasa dirinya adalah kebenaran itu sendiri tanpa sadar bahwa mereka hidup bersama dengan orang lain.

Keadilan adalah kondisi kebenaran ideal secara moral mengenai sesuatu hal, baik menyangkut benda atau orang. Menurut sebagian besar teori, keadilan memiliki tingkat kepentingan yang besar. John Rawls, filsuf

⁷¹ Dani Indra S., 2017, *Keadilan Menurut Pancasila*, <http://radiosmasher.blogspot.com/2011/05/keadilan-menurut-pancasila.html>, diakses pada tanggal 7 Maret 2017, Pukul 18.29 WIB.

Amerika Serikat yang dianggap salah satu filsuf politik terkemuka abad ke-20, menyatakan bahwa “Keadilan adalah kelebihan (*virtue*) pertama dari institusi sosial, sebagaimana halnya kebenaran pada sistem pemikiran”. Tapi, menurut kebanyakan teori juga, keadilan belum lagi tercapai: “Kita tidak hidup di dunia yang adil”. Kebanyakan orang percaya bahwa ketidakadilan harus dilawan dan dihukum, dan banyak gerakan sosial dan politis di seluruh dunia yang berjuang menegakkan keadilan. Tapi, banyaknya jumlah dan variasi teori keadilan memberikan pemikiran bahwa tidak jelas apa yang dituntut dari keadilan dan realita ketidakadilan, karena definisi apakah keadilan itu sendiri tidak jelas. Keadilan intinya adalah meletakkan segala sesuatunya pada tempatnya.

Keadilan sosial adalah sebuah konsep yang membuat para filsuf terkagum-kagum sejak Plato membantah filsuf muda, Thrasymachus, karena ia menyatakan bahwa keadilan adalah apa pun yang ditentukan oleh si terkuat. Dalam Republik, Plato meresmikan alasan bahwa sebuah negara ideal akan bersandar pada empat sifat baik: kebijakan, keberanian, pantangan (atau keprihatinan), dan keadilan. Penambahan kata sosial adalah untuk membedakan keadilan sosial dengan konsep keadilan dalam hukum.

Keadilan sosial juga merupakan salah satu butir dalam Pancasila. 45 butir pengamalan Pancasila seperti yang tertuang dalam P4 (Pedoman Penghayatan dan Pengamalan Pancasila) pada Tap MPR No. I/MPR/2003. Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia adalah sebagai berikut:⁷² a.

⁷² *Ibid.*

mengembangkan perbuatan yang luhur, yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotongroyongan; b. mengembangkan sikap adil terhadap sesama; b. menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban; c. menghormati hak orang lain; d. suka memberi pertolongan kepada orang lain agar dapat berdiri sendiri; e. tidak menggunakan hak milik untuk usaha-usaha yang bersifat pemerasan terhadap orang lain; f. tidak menggunakan hak milik untuk hal-hal yang bersifat pemborosan dan gaya hidup mewah; g. tidak menggunakan hak milik untuk bertentangan dengan atau merugikan kepentingan umum; h. suka bekerja keras; i. suka menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama; j. suka melakukan kegiatan dalam rangka mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

Rawls mengemukakan tujuan teorinya untuk mengartikulasikan sederet prinsip-prinsip umum keadilan yang mendasari dan menerangkan berbagai keputusan moral yang sungguh-sungguh dipertimbangkan dalam keadaan-keadaan khusus. Dimaksud dengan keputusan moral adalah sederet evaluasi moral yang telah kita buat yang menyebabkan tindakan sosial. Keputusan moral yang sungguh-sungguh dipertimbangkan menunjuk pada evaluasi moral yang kita buat secara reflektif.

Teori keadilan versi Rawls diasumsikannya memiliki kemampuannya menjelaskan keputusan moral yang terkait dengan keadilan sosial. Problem utama keadilan menurut John Rawls adalah merumuskan

dan memberikan alasan pada sederetan prinsip-prinsip yang harus dipenuhi oleh sebuah struktur dasar masyarakat yang adil.

Prinsip-prinsip sosial tersebut akan menetapkan bagaimana struktur masyarakat harus mendistribusikan prospek mendapatkan “barang-barang pokok” (yaitu: hak-hak dasar, kebebasan, kekuasaan, kewibawaan, kesempatan, pendapatan, dan kesejahteraan). Dalam struktur dasar masyarakat, prinsip-prinsip keadilan harus mengerjakan dua hal yaitu: Pertama, memberi penilaian yang konkret tentang adil tidaknya institusi-institusi dan praktek-praktek institusional.

Kedua, harus membimbing kita dalam mengembangkan kebijakan-kebijakan dan hukum yang mengoreksi ketidakadilan dalam struktur dasar masyarakat tersebut. Prinsip-prinsip keadilan merupakan solusi bagi problem utama keadilan yaitu: Prinsip kebebasan yang sama besarnya (*principle of greatest equal liberty*). Prinsip ini mencakup kebebasan untuk berperan serta dalam kehidupan politik yaitu hak bersuara dan mencalonkan diri dalam pemilihan. Kebebasan berbicara termasuk kebebasan pers, kebebasan berkeyakinan termasuk kebebasan beragama, kebebasan menjadi diri sendiri, kebebasan dari penangkapan dan penahanan yang sewenang-wenang, kebebasan untuk mempertahankan milik pribadi.

Menurut prinsip-prinsip tersebut tiap-tiap orang mempunyai hak yang sama atas seluruh sistem yang terbangun/tersusun dari kebebasan-kebebasan dan yang cocok dengan kebebasan-kebebasan tersebut. Prinsip perbedaan (*the difference principle*). Inti prinsip ini adalah bahwa perbedaan

sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar kepada mereka yang paling kurang beruntung (yaitu mereka yang kurang memiliki peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan dan otoritas).

Kedua, prinsip persamaan yang adil atas kesempatan (*The principle of fair equality of opportunity*). Inti prinsip ini terumus sebagai berikut bahwa ketidaksamaan sosial ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga membuka jabatan dan kedudukan sosial bagi semua yang ada di bawah kondisi persamaan kesempatan yaitu memberi jaminan bahwa orang-orang dengan keterampilan, kemampuan, dan motivasi yang sama dapat menikmati kesempatan yang sama pula.

Selain itu pandangan Rawls yang penting adalah tentang harga diri (*self respect*) dalam kerangka teorinya, bahwa kebutuhan manusia yang paling pokok barangkali adalah harga diri, karena menurut Rawls struktur dasar masyarakat bukan hanya harus diatur sesuai dengan prinsip-prinsipnya, melainkan juga harus mendukung penghormatan terhadap harga diri seseorang. Hal itu dapat ditempuh dengan prioritas pada komitmen masyarakat untuk menjamin kebebasan yang sama dan kesempatan yang sama bagi setiap orang harus tampak sebagai ekspresi umum penghargaan tak bersyarat pada setiap orang.

Tiga dasar kebenaran bagi prinsip-prinsip keadilan Rawls, dua di antaranya pada daya penilaian moral yang sungguh dipertimbangkan, dan yang ketiga berdasarkan apa yang disebut sebagai interpretasi Kantian

terhadap teorinya. Dasar kebenaran pertama bersandar pada tesis: “jika sebuah prinsip mampu menerangkan penilaian dan keputusan moral kita yang sungguh dipertimbangkan tentang apa itu “adil” dan “tidak adil,” maka prinsip tersebut dapat diterima.”

Menurut dasar kedua kebenaran kedua, “jika menurut keputusan moral kita, sebuah prinsip dipilih di bawah kondisi yang cocok untuk pemilihan, maka prinsip keadilan itu dapat diterima.” Prinsip tersebut akan cocok dengan pertimbangan moral kita. Kedua dasar kebenaran yang cocok dengan pertimbangan moral kita mengacu pada apa yang disebut “adil” dan “tidak adil” serta kondisi-kondisi yang sesuai dengan prinsip keadilan.

Pertimbangan-pertimbangan moral tentang adil atau tidak adil dengan kondisi bagi pemilihan prinsip terdapat penyesuaian timbal balik. Rawls menyebutnya sebagai “keseimbangan reflektif” (*reflektive equilibrium*). Menurut gagasan dasar Rawls, cara mencapai aturan sosial yang adil adalah memulai dengan situasi awal yang ditandai dengan kejujuran atau kesamaan.

Prinsip-prinsip yang disetujui oleh individu-individu yang rasional dalam situasi itu akan merupakan prinsip-prinsip yang adil. Dalam dasar kebenaran ketiga Rawls mengembangkan gagasan Kant tentang “pelaku otonom.” Penekanannya adalah pada sifat otonom yang ditentukan oleh prinsip-prinsip rasional, bukan oleh dorongan-dorongan sementara. Dalam posisi asli manusia melihat dirinya dalam perspektif otonom dan rasional. Jika diterapkan pada fakta, prinsip-prinsip tersebut menurut Rawls

menghasilkan penilaian moral kita tentang apa itu “adil” dan “tidak adil,” serta penilaian tentang keadilan institusi sosial.

Mencari relevansi keadilan sosial menurut teori Rawls di Indonesia, adalah penting untuk melihat sejauh mana teori tersebut dapat diimplementasikan. Namun perlu diingat bahwa teori tadi muncul dalam masyarakat yang berbeda dengan masyarakat di Indonesia. Misalnya sistem ekonomi Kapitalis di Amerika Serikat dan model masyarakat yang liberal. Sedangkan di Indonesia tidak menganut sistem ekonomi kapitalis ataupun masyarakatnya tidak liberal.

Namun harus diakui juga paham-paham seperti kapitalisme, sosialisme, liberalisme telah bercampur dengan tujuan-tujuan mengenai keadilan di Indonesia baik dalam masyarakat, kebudayaan pribumi, nilai-nilai agama dan aliran-aliran kepercayaan di kalangan bangsa Indonesia. Keadilan sosial tidak boleh dipisahkan dengan aspek ke-Tuhan-an, kemanusiaan, kesatuan dan integrasi dari pluralitas dan jiwa musyawarah dan gotong royong.

Sehingga para pendiri bangsa Indonesia, tampaknya tidak mau mempertentangkan keadilan sosial⁷³ dengan hidup keagamaan, dengan

⁷³ Di Barat terlihat ada pertentangan pandangan antara kapitalisme dengan berbagai aliran sosialisme. Sedangkan dalam aliran sosialisme sendiri terdapat pula perbedaan bahkan pertentangan-pertentangannya. Pertentangan yang paling ekstrim adalah pertentangan antara kapitalisme dan komunisme. Komunisme menuduh kapitalisme mengorbankan keadilan untuk mencapai pertumbuhan ekonomi. Sebaliknya kapitalisme menuduh komunisme dengan dalih keadilan sosial telah mengorbankan kemanusiaan dan perkembangan hidup keagamaan. Maka di Indonesia perjuangan mewujudkan keadilan sosial merupakan unsur yang penting dalam perjuangannya.

kemanusiaan dan dengan hubungan yang harmonis yang saling mempengaruhi dengan sila-sila yang ada dalam Pancasila.

Bangsa Indonesia tidak begitu saja mengadakan pilihan-pilihan di antara salah satu sistem atau aliran-aliran yang berlainan dan bertentangan dalam sejarah Barat. Tetapi juga tidak menutup diri dari pengalaman-pengalaman bangsa lain, termasuk pengalaman dunia barat dan pengalaman negara-negara komunis, atau bahkan negara yang berdasarkan agama dan bersifat fundamentalis. Pengalaman itu memberikan unsur pembelajaran dan membentuk suatu kesadaran sejarah⁷⁴ sehingga kita tidak mengulang sebuah kesalahan dalam mewujudkan keadilan sosial. Ada beberapa hal yang bisa disumbangkan dari teori keadilan Rawls yaitu:

Pertama, tentang keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Diakui bahwa keadilan adalah sebagai daya hidup manusia yang substansial bagi kehidupan manusia, sehingga di dalam Dasar dan Ideologi Negara Pancasila, yang dituangkan dalam dua buah sila, yaitu: Sila kedua, Kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila kelima (mewakili mengungkap ciri khas keadilan yang bersifat integralistik secara moral), dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia (mewakili ciri khas keadilan sosial).

Khususnya sila kelima yang merupakan “salah satu tujuan atau cita-cita” yang perlu dicari realisasinya. Jadi bagaimana pelaksanaan keadilan sosial itu dapat dipraktekkan? Bagaimana pembagian pendapatan dan

⁷⁴ Kesadaran sejarah adalah kesadaran diri di mana seseorang tahu menempatkan dirinya dalam hubungan reflektif dengan dirinya dan tradisi. Sehingga seseorang mengerti dirinya oleh atau melalui sejarahnya sendiri. Istilah ini dipopulerkan oleh Hans Georg Gadamer.

keuntungan koperasi, misalnya diatur dalam prinsip-prinsip keadilan? Karena ada kesamaan antara perhatian utama Rawls mengenai koperasi dengan koperasi di Indonesia, barangkali prinsip-prinsip keadilan Rawls dapat berperan sebagai pembatas pembagian yang adil.

Kedua, soal hak milik. Negara Indonesia mengakui adanya hak milik pribadi. Negara berperanan melindunginya, tetapi tidak berarti memaksakan hak-hak milik itu demi tujuan keuntungan yang sebesar-besarnya. Mengacu pada pandangan Rawls yang mengatakan bahwa keadilan dapat dicapai tanpa perubahan ke arah pemilikan umum atas sarana-sarana produksi.

Ketiga, tekanan Rawls pada prinsip kebebasan dan harga diri. Hal ini, mengingatkan kita pada keadilan yang berdasarkan HAM. Di Indonesia bisa disoroti masalah penggusuran tanah atau rumah yang sedang marak terjadi sekarang ini di kota-kota besar. Penggusuran tersebut sering kali dilakukan dengan alasan ketertiban dan keindahan kota, namun tidak dilandaskan pada hak-hak warga yang tergusur dan harga diri mereka yang terlindas oleh kesewenang-wenangan pemerintah dan aparat ketertiban kota.

Keempat, subsidi silang pada sektor pajak penghasilan pada mereka yang berpenghasilan tinggi dan mengalihkannya untuk mendukung peningkatan kesejahteraan golongan ekonomi lemah. Permasalahan di Indonesia, apakah pengelolaan dan pemanfaatan pajak dilakukan secara transparan dan tepat sasaran. Hal ini patut dipertanyakan supaya hasil pajak itu tidak dikorupsi oleh “tikus-tikus berdasi” di birokrasi. Rawls membantu

kita untuk tetap kritis terhadap praktek-praktek ketidakadilan yang timbul dan dialami masyarakat.

Selain Rawls, terdapat pula beberapa pandangan tentang keadilan klasik lainnya seperti yang dikatakan Aristoteles,⁷⁵ dan sebagian sudah dikemukakan secara singkat di atas. Ada beberapa pengertian keadilan, antara lain yakni: Keadilan berbasis persamaan. Keadilan berbasis persamaan didasarkan atas prinsip bahwa hukum mengikat semua orang, sehingga keadilan yang hendak dicapai oleh hukum dipahami dalam konteks kesamaan. Kesamaan yang dimaksudkan disini terdiri dari atas kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik berprinsip kesamaan derajat atas setiap orang di hadapan hukum, sedangkan kesamaan proporsional adalah memberi kepada setiap orang apa yang sudah menjadi haknya.

Selanjutnya, keadilan distributif. Sesungguhnya keadilan distributif ini identik dengan keadilan proporsional, dimana keadilan distributif berpangkal pada pemberian hak sesuai dengan besar kecilnya jasa, sehingga dalam hal ini keadilan didasarkan pada persamaan, melainkan sesuai dengan porsinya masing-masing (proporsional).

⁷⁵ Aristoteles, (384 SM – 322 SM) adalah seorang [filsuf Yunani](#), murid dari [Plato](#) dan guru dari [Alexander yang Agung](#). Ia menulis tentang berbagai subyek yang berbeda, termasuk [fisika](#), [metafisika](#), [puisi](#), [logika](#), [retorika](#), [politik](#), [pemerintahan](#), [etnis](#), [biologi](#) dan [zoologi](#). Bersama dengan [Socrates](#) dan [Plato](#), ia dianggap menjadi seorang di antara tiga orang filsuf yang paling berpengaruh di pemikiran Barat. Filsafat Aristoteles berkembang dalam tiga tahapan yang pertama ketika dia masih belajar di Akademi Plato ketika gagasannya masih dekat dengan gurunya tersebut, kemudian ketika dia mengungsi, dan terakhir pada waktu ia memimpin Lyceum mencakup enam karya tulisnya yang membahas masalah logika, yang dianggap sebagai karya-karyanya yang paling penting, selain kontribusinya di bidang Metafisika, Fisika, Etika, Politik, Ilmu Kedokteran, Ilmu Alam dan karya seni. <http://id.wikipedia.org/wiki/Aristoteles>, diunduh pada tanggal 8 Maret 2017 jam 13.00 WIB.

Keadilan korektif, yaitu keadilan yang pada dasarnya merupakan keadilan yang bertumpu pada pembetulan atas suatu kesalahan, misalnya apabila ada kesalahan orang yang menimbulkan kerugian bagi orang lain, maka orang yang mengakibatkan munculnya kerugian, harus memberikan ganti rugi (kompensasi) kepada pihak yang menerima kerugian untuk memulihkan keadaannya sebagai akibat dari kesalahan yang dilakukan.⁷⁶

Menurut Thomas Aquinas,⁷⁷ keadilan dapat dibagi dua, yaitu keadilan yang bersifat umum dan keadilan yang bersifat khusus. Keadilan yang bersifat umum adalah keadilan yang dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan yang wajib ditaati demi kepentingan umum. Adapun keadilan khusus adalah keadilan yang didasarkan atas persamaan atau proporsionalitas.

Keadilan khusus, dapat dibagi menjadi: 1) keadilan distributif (*justitia distributiva*), yaitu keadilan yang diterapkan pada lapangan hukum publik; 2) keadilan komulatif (*justitia commutativa*), yaitu keadilan yang mempersamakan antara prestasi dan kontra prestasi; 3). keadilan vindikatif

⁷⁶ *Ibid.*, h. 45-46.

⁷⁷ Thomas Aquinas (1225-1274) adalah seorang filsuf dan teolog dari Italia yang sangat berpengaruh pada abad pertengahan. Karya Thomas Aquinas yang terkenal adalah *Summa Theologiae* (1273), yaitu sebuah buku yang merupakan sintesis dari filsafat Aristoteles dan ajaran Gereja Kristen. Pada tahun 1879, ajaran-ajarannya dijadikan sebagai ajaran yang sah dalam Gereja Katolik Roma oleh Paus Leo XIII.¹ Thomas Aquinas juga disebut Thomas dari Aquino (bahasa Italia: Tommaso d'Aquino). Aquinas dilahirkan di Roccasecca dekat Napoli, Italia. Dalam keluarga bangsawan Aquino. Ayahnya ialah Pangeran Landulf dari Aquino dan ibunya bernama Countess Teodora Carracciolo. Kedua orang tuanya adalah orang Kristen Katolik yang saleh. Thomas, pada umur lima tahun diserahkan ke biara Benedictus di Monte Cassino agar dibina untuk menjadi seorang biarawan. Setelah sepuluh tahun Thomas berada di Monte Cassino, ia dipindahkan ke Naples. Di sana ia belajar mengenai kesenian dan filsafat (1239-1244). Selama di sana, ia mulai tertarik pada pekerjaan kerasulan gereja, dan berusaha untuk pindah ke Ordo Dominikan, suatu ordo yang sangat dominan pada abad itu. Keinginannya tidak direstui oleh orang tuanya sehingga ia harus tinggal di Roccasecca setahun lebih lamanya. Namun, karena tekadnya pada tahun 1245, Thomas resmi menjadi anggota Ordo Dominikan. (lihat dalam http://id.wikipedia.org/wiki/Thomas_Aquinas)

(*justitia vindicativa*), yaitu keadilan dalam menjatuhkan hukuman atau ganti rugi dalam tindak pidana.⁷⁸

Sementara itu, teori Keadilan menurut Hans Kelsen yang dijelaskan dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan didalamnya.⁷⁹

Pandangan Hans Kelsen ini pandangan yang bersifat positifisme, nilai-nilai keadilan individu dapat diketahui dengan aturan-aturan hukum yang mengakomodir nilai-nilai umum, namun tetap pemenuhan rasa keadilan dan kebahagiaan diperuntukan tiap individu. Lebih lanjut Hans Kelsen mengemukakan keadilan sebagai pertimbangan nilai yang bersifat subjektif.

Walaupun suatu tatanan yang adil yang beranggapan bahwa suatu tatanan bukan kebahagiaan setiap perorangan, melainkan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu dalam arti kelompok, yakni terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa atau pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan sandang, pangan dan papan.

Tetapi kebutuhan-kebutuhan manusia yang manakah yang patut diutamakan. Hal ini dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional, yang merupakan sebuah pertimbangan nilai, ditentukan oleh faktor-

⁷⁸ Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Op. Cit.*, h. 102

⁷⁹ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, diterjemahkan oleh Rasisul Muttaqien, Nusa Media, Bandung, 2011, h. 7.

faktor emosional dan oleh sebab itu bersifat subjektif.⁸⁰ Sebagai aliran positivisme Hans Kelsen mengakui juga bahwa keadilan mutlak berasal dari alam, yakni lahir dari hakikat suatu benda atau hakikat manusia, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan.

Pemikiran tersebut diesensikan sebagai doktrin yang disebut hukum alam. Doktrin hukum alam beranggapan bahwa ada suatu keteraturan hubungan-hubungan manusia yang berbeda dari hukum positif, yang lebih tinggi dan sepenuhnya sah dan adil, karena berasal dari alam, dari penalaran manusia atau kehendak Tuhan.⁸¹

Kerangka berpikir tentang konsep keadilan Hans Kelsen yang menganut aliran positivisme, mengakui juga kebenaran dari hukum alam. Sehingga pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam. Menurut Hans Kelsen:⁸² “Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato.

Inti dari filsafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda: yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat ditangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak.”

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, h. 14.

Dua hal lagi konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen: pertama tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan.

Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tatanan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan.⁸³

Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan di atas dasar suatu yang kokoh dari suatu tatanan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian “Keadilan” bermaknakan legalitas. Suatu peraturan umum adalah “adil” jika ia benar-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.⁸⁴

Konsep keadilan dan legalitas inilah yang diterapkan dalam hukum nasional bangsa Indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum nasional dapat dijadikan sebagai payung hukum (*law umbrella*) bagi peraturan-peraturan hukum nasional lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu memiliki daya ikat terhadap materi-materi yang dimuat (materi muatan) dalam peraturan hukum tersebut.⁸⁵

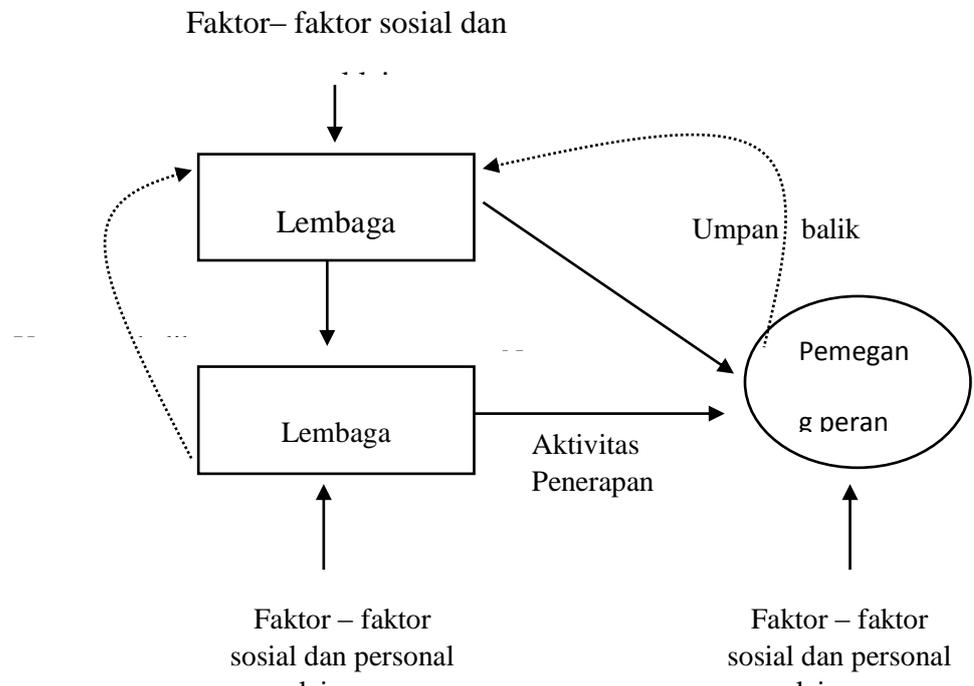
⁸³ *Ibid.*, h. 16.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Undang-undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundangan-Undangan.

Bagan 1.

Skema Faktor Sosial



b. Middle Range Theory (Teori Tengah)

Middle Theory atau teori tengah adalah teori yang memiliki cakupan lebih sempit dari *Grand Theory* (Teori Utama), digunakan dalam penelitian ini yaitu teori Bekerjanya Hukum, teori determinisme dan indeterminisme, teori modern dan politik kriminal.

Bekerjanya hukum berarti mempelajari kondisi-kondisi sosial, ekonomi, politik, budaya (termasuk hukumnya) yang “mempengaruhi” dalam arti yang luas yakni mempelajari aspek struktur, kultur dan

substansinya.⁸⁶ Satjipto Rahardjo menggambarkan dalam bagan sebagaimana telah dikemukakan di atas.

Komponen utama pendukung bekerjanya hukum dalam masyarakat ada tiga. Meliputi (1) Lembaga pembuat peraturan; (2) Lembaga penerap peraturan; dan (3) Pemegang peran. Mengenai pembuat peraturan, Robert B. Seidman mengaitkan dengan setiap peraturan hukum. Dikemukakan, pembuat peraturan itu pemegang peran yang diharapkan bertindak. Pemegang peran itu akan bertindak sebagai suatu respon, dan terbentuk peraturan hukum yang berujung pembuatan dan penerapan sanksi-sanksinya. Dalam pembuatan peraturan itu terdapat banyak aktivitas dari lembaga pelaksana serta keseluruhan kompleks sosial, politik dan lain-lain. Keseluruhan kompleks kekuatan sosial, politik dan lain-lainnya memberi umpan-umpan balik kepada pemegang peran. Pembuat undang-undang membuat peraturan-peraturan, termasuk yang mengatur tingkah laku.⁸⁷

Menurut Siedman bagaimana suatu lembaga penegak hukum itu akan bekerja merupakan respon juga terhadap peraturan-peraturan hukum. Sehingga merupakan fungsi dari peraturan, sanksi-sanksinya, keseluruhan kompleks dari kekuatan-kekuatan sosial, politik dan lain-lainnya yang bekerja atasnya, umpan-umpan balik yang datang dari para pemegang peran (*role occupant*)”.⁸⁸ Soerjono Soekanto mengemukakan bahwa secara konsepsional, ada kaitan pembuatan dengan penegakan hukum. Ada

⁸⁶ Ade Maman Suherman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, h. 19.

⁸⁷ Satjipto Rahardjo, *Masalah Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Sinar Baru, Bandung, tanpa tahun penerbitan, h. 27.

⁸⁸ *Ibid.*, h. 28.

hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan meneghantah dan sikap tindak untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.⁸⁹

Menurut Chambliss & Seidman,⁹⁰ bekerjanya hukum dalam masyarakat melibatkan lembaga Pembuat Hukum (*Law Making Institutions*), Lembaga Penerap Sanksi, Pemegang Peran (*Role Occupant*) serta Kekuatan Sosial Personal (*Societal Personal Force*), Budaya Hukum serta unsur-unsur Umpan Balik (*feed back*) dari proses bekerjanya hukum yang sedang berjalan.

Bagi Lundberg dan Lansing, juga Hans Kelsen, Robert B. Seidman dan William J. Chambliss bekerjanya Hukum di dalam Masyarakat menentukan keberhasilan pelaksanaan suatu peraturan perundang-undangan yang sangat tergantung banyak faktor. Bekerjanya hukum dalam masyarakat ditentukan keseluruhan komponen sistem hukum, yaitu faktor substansial, faktor struktural dan faktor kultural.

Teori Keadilan Bermartabat memegang postulat, bahwa Hukum modern yang digunakan di Indonesia berasal dari bumi Indonesia sendiri bukan diimpor dari negara lain, seperti misalnya Eropa. Pertumbuhan hukum di Eropa berjalan seiring dengan perkembangan masyarakatnya. Peraturan perundang-undangan (*legislation*) merupakan bagian dari hukum yang dibuat secara sengaja oleh institusi negara. Dalam konteks demikian

⁸⁹ Soerjono Soekanto, *Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, h. 3.

⁹⁰ MI Dani Putra, Teori Chambliss & Seidman, <http://daniputralaw.blogspot.com/2012/10/teori-chambliss-seidman.html?m=1>, diakses pada 7 Maret 2017, Pukul 16.59 WIB.

peraturan perundang-undangan tidak mungkin muncul secara tiba-tiba pula. Peraturan perundang-undangan dibuat dengan tujuan dan alasan tertentu. Pembuatan peraturan perundang-undangan (*law making*) sebagai bagian dari politik hukum (tahap formulasi), merupakan “keputusan politik” atau kebijakan publik yang mengalokasikan kekuasaan, menentukan peruntukan berbagai sumber daya, hubungan antar manusia, prosedur yang harus ditempuh, pengenaan sanksi, dan sebagainya.

Bekerjanya hukum dalam masyarakat melibatkan beberapa unsur atau aspek yang saling memiliki keterkaitan sebagai suatu sistem. Beberapa aspek tersebut yaitu: Lembaga Pembuat Hukum (*Law Making Institutions*), Lembaga Penerap Sanksi (*Sanction Activity Institutions*), Pemegang Peran (*Role Occupant*) serta Kekuatan Sosial Personal (*Societal Personal Force*), Budaya Hukum (*Legal Culture*) serta unsur-unsur Umpan Balik (*Feed Back*) dari proses bekerjanya hukum yang sedang berjalan.

Menurut Chambliss dan Seidman terdapat hubungan antara hukum dan kekuasaan, di mana kekuatan sosial dan pribadi yang terdapat di masyarakat keberadaannya menekan lembaga pembuat hukum secara langsung sebagai lembaga yang membuat hukum dan secara tidak langsung menekan lembaga penegak hukum, sedangkan lembaga penegak hukum juga mengalami tekanan secara langsung dari kekuatan sosial dan pribadi. Lembaga pembuat hukum bekerja dengan membuat peraturan yang ditujukan untuk mengatur masyarakat, demikian pula dengan lembaga

penegak hukum yang bekerja untuk melakukan *law enforcement* untuk ditegakkan di masyarakat.

Masyarakat adalah tujuan akhir dari bekerjanya hukum. Jadi dapat dikatakan bahwa hukum yang dibuat oleh pembuat hukum yang sudah mengalami tekanan dari kekuatan sosial dan pribadi di tegakkan oleh penegak hukum yang juga mengalami tekanan dari kekuatan sosial dan pribadi ke masyarakat, sehingga hukum yang sampai ke masyarakat adalah hukum yang bercorak kekuasaan.

Realitas ini semakin nyata ketika hukum positif menjadi satu-satunya sandaran dalam hukum modern. Dapat dikemukakan beberapa faktor tersebut yang dapat mempengaruhi bekerjanya hukum dalam masyarakat. Faktor-faktor tersebut yaitu: (a) Bersifat yuridis normatif (menyangkut pembuatan peraturan perundang undangannya); (b) Penegakannya (para pihak dan peranan pemerintah); (c) faktor yang bersifat yuridis sosiologis (menyangkut pertimbangan ekonomis sosiologis serta kultur hukum dari *role occupant*); (d) Konsistensi dan harmonisasi antara politik hukum dalam konstitusi dengan produk hukum di bawahnya.

Selanjutnya perlu digambarkan mengenai teori (*indeterminisme*) dan (*determinisme*).⁹¹ Kata "*determiner*" dalam bahasa Prancis bahkan berarti "menentukan". *Determinisme* adalah bahwa kekuatan menentukan dari luar itu adalah termasuk tabiat atau watak dari seorang dan alasan yang mendorong orang itu untuk pada akhirnya mempunyai kehendak

⁹¹ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2003, h. 24.

tertentu itu. Kekuatan itu didorong oleh keadaan dalam masyarakat tempat orang itu hidup. Jadi kehendak melakukan perbuatan pidana menurut determinisme dikarenakan kehendak itu selalu ditentukan oleh kekuatan itu.

Sedangkan dalam *indeterminisme* seseorang melakukan suatu kejahatan, dianggap mempunyai kehendak untuk itu, tanpa dipengaruhi kekuatan-kekuatan luar tersebut di atas.⁹² Pandangan indeterminisme, setiap perbuatan manusia selalu ditentukan oleh kehendak bebasnya. Karena itu tiap perbuatan manusia harus dapat dipertanggungjawabkan kepadanya.⁹³ Kriminologi menggugat hal ini, mendasarkan penyelidikan ilmiahnya dari hasil-hasil psikologi dan psikiater. Tidak setiap perbuatan manusia dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. Misalnya: orang gila tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatan-perbuatan yang dilakukannya, karena ia sebenarnya tidak dapat menyadari arti dan akibat perbuatan-perbuatannya itu.

Determinisme berpendapat bahwa manusia sama sekali tidak dapat menentukan kehendaknya secara bebas, oleh karena telah dahulu dipengaruhi oleh beberapa faktor, yang terpenting adalah faktor milieu atau lingkungan dan pribadi orang yang bersangkutan. Dalam menentukan kehendaknya manusia tunduk beberapa hal yang sebelumnya telah terjadi karena beberapa faktor yang tidak dapat dikuasai manusia.⁹⁴

⁹² <http://donxsaturniev.blogspot.co.id/2010/08/aliran-dalam-hukum-pidana-3-aliran.html>
diunduh pada tanggal 17 Maret 2017 jam 09.30 WIB.

⁹³ Wiryono, *Op. Cit.*, h. 27.

⁹⁴ *Ibid.*

Sebaliknya indeterminisme berpendapat bahwa manusia dapat menentukan kehendaknya secara bebas, meskipun ada faktor-faktor milieu atau lingkungan dan pribadi orang yang bersangkutan yang dapat mempengaruhi penentuan kehendak manusia itu. Lahir dualisme diterapkan dalam hukum pidana. Dikatakan bahwa seseorang melakukan kejahatan, menurut faham determinisme tidak dapat bersalah/bertanggungjawab dan tidak dapat dipidana atas perbuatannya itu, karena sama sekali tidak mempunyai kebebasan untuk menentukan kehendaknya.

Pelanggar-pelanggar hukum hanyalah diambil tindakan agar tunduk pada tata tertib hukum atau masyarakat. Sedangkan menurut faham indeterminisme seorang penjahat itu dapat bersalah/bertanggungjawab dan dapat dipidana atas perbuatannya itu, karena mempunyai kebebasan untuk menentukan kehendaknya. Pertentangan antara determinisme dan indeterminisme diakhiri dengan kompromis, melahirkan “teori modern” yang mengambil jalan tengah.

Toeri modern berpangkal pada suatu determinisme, yaitu mengakui dalam beberapa hal manusia dipengaruhi oleh faktor-faktor milieu atau lingkungan dan pribadinya. Yaitu faktor-faktor milieu atau lingkungan dan pribadinya, yaitu faktor-faktor yang tidak dapat dikuasai oleh manusia. Akan tetapi masih menerima pula adanya kesalahan sebagai dasar untuk dapat dipidana pelaku kejahatan.

Selain dari pada teori modern untuk mencapai suatu kompromis itu dikenal juga teori lain, yang disebut dengan teori neodeterminisme. Teori

ini berpangkal pada determinisme, tetapi tidak berpegangan pada pendapat bahwa manusia tidak bebas untuk menentukan kehendaknya, melainkan manusia itu sebagai anggota masyarakat, sehingga harus menginsyafi bahwa perbuatannya dapat menimbulkan bahaya bagi orang lain, maka dengan dasar inilah manusia dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana.⁹⁵

Berkenaan dengan persoalan di atas, perlu pula dikemukakan pengertian dan ruang Lingkup Politik Kriminal. Untuk memahami tentang pengertian kebijakan kriminal baik dalam arti yang sempit maupun dalam arti luas bahkan dalam arti yang lebih luas, berikut ini pendapat mengenai kebijakan kriminal dimaksud dikemukakan oleh Sudarto yang menyatakan sebagai berikut bahwa pengertian kebijakan kriminal/politik kriminal mengandung tiga pengertian.

Arti sempit, ialah keseluruhan asas dan metode menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana; Dalam arti luas, ialah keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi; Dalam arti paling luas (Sudarto mengutip pendapat dari Jorgen Jepsen) ialah keseluruhan kebijakan yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakan norma-norma sentral dari masyarakat.⁹⁶

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cipta Adiyta Bakti, Bandung, 1996, h. 1.

Berkaitan dengan kebijakan kriminal sebagaimana telah dikemukakan di atas, dalam kesempatan lain Sudarto, mengemukakan definisi secara singkat, bahwa politik kriminal merupakan “suatu usaha rasional dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan”. Definisi ini diambil dari definisi Marc Ancel yang merumuskan sebagai “*the rational organization of the control of crime by society*”. Bertolak dari pengertian yang dikemukakan Marc Ancel tersebut, G. Peter Hoefnagels mengemukakan bahwa “*Criminal policy is the rational organization of the pasal reaction to crime*”.

Berikut adalah beberapa definisi lainnya tentang *criminal policy* (politik kriminal) yang dikemukakan G. Peter Hoefnagels ialah: a. *Criminal policy is the science of responses*; b. *Criminal policy is the science of crime prevention*; c. *Criminal policy is a policy of designating human behavior as crime*; d. *Criminal policy is rational total of the responses to crime*.⁹⁷

Berkenaan dengan hubungan politik kriminal dengan politik sosial, dapat dijelaskan bahwa kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan pada hakikatnya merupakan bagian *integral* dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). Oleh karena itu dapat dikatakan, bahwa tujuan akhir atau tujuan utama dari politik kriminal ialah “perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat”.

⁹⁷ *Ibid.*, h. 2.

Upaya melakukan kebijakan penanggulangan kejahatan untuk mencapai kesejahteraan masyarakat menurut pendapat G.P. Hoefnagels diperlukan adanya sarana yang dapat digunakan dalam upaya melakukan kebijakan penanggulangan kejahatan tersebut yaitu dapat ditempuh dengan menggunakan sarana hukum pidana (*criminal law application*), maupun sarana di luar hukum pidana (*prevention without punishment*) ataupun menggunakan media massa untuk mempengaruhi pandangan-pandangan masyarakat tentang kejahatan dan pemidanaan (*influencing view of society on crime and punishment*).⁹⁸

Kemudian secara singkat *criminal policy* oleh G. P. Hoefnagels diartikan sebagai: suatu usaha yang rasional dari reaksi-reaksi sosial terhadap kejahatan. Dari definisi yang demikian Soerjono Soekanto berpendapat bahwa *criminal policy* memiliki dua aspek pengertian: yaitu: Pertama: Politik Kriminal sebagai pengetahuan yaitu pengetahuan mengenai pencegahan/penanggulangan kejahatan yang juga meliputi usaha untuk mencari jalan dalam mempengaruhi manusia dan masyarakat dalam hal melakukan penanggulangan kejahatan, dengan menggunakan hasil-hasil penelitian kriminologi.

Sebagai pengetahuan, maka politik kriminal berupaya melakukan studi untuk menemukan metode-metode penanggulangan kejahatan yang efektif dan efisien, yang disusun berdasarkan hasil-hasil penelitian dari

⁹⁸ *Ibid.*, h. 48.

disiplin-disiplin ilmu pengetahuan (*disciplines*) kriminologi maupun ilmu pengetahuan sejenis (*allied sciences*) dari kriminologi.

Kedua, Politik kriminal sebagai penerapan, artinya kebijakan yang telah diambil secara konkrit dalam penanggulangan kejahatan.⁹⁹ Berdasarkan penjelasan tentang pengertian dan sarana-sarana yang dapat digunakan dalam melakukan politik kriminal, maka dapat diketahui bahwa hukum pidana merupakan alat atau sarana yang dapat digunakan dalam upaya penanggulangan kejahatan (politik kriminal), yang dalam kepustakaan hukum sering disebut dengan istilah *penal policy* (politik hukum pidana).

Oleh sebab itu dapat dikemukakan pula bahwa apabila hukum pidana dilihat dari aspek politik kriminal, maka hukum pidana pada hakikatnya merupakan salah satu *instrument* yang dijadikan sarana dalam upaya penanggulangan kejahatan politik (politik kriminal). Artinya di dalam melakukan upaya pencegahan dan pemberantasan kejahatan di masyarakat, maka peraturan perundang-undangan hukum pidana digunakan untuk mempengaruhi penjahat baik aktual maupun penjahat potensial agar kejahatan tidak terulangi lagi atau kejahatan tidak terjadi. Sehingga fungsi hukum pidana yang demikian jika ditinjau dari aspek politik kriminal sering disebut pula sebagai “upaya penanggulangan kejahatan melalui hukum

⁹⁹ Soerjono Soekanto, *Kriminologi Suatu Pengantar*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1981, h. 9-10.

pidana”, yang terkenal pula dengan istilah “politik hukum pidana” (*penal policy*).

Terhadap penjelasan tentang pengertian dan sarana-sarana yang dapat digunakan dalam melakukan politik kriminal yang kemudian dapat diketahui bahwa hukum pidana merupakan alat atau sarana yang dapat digunakan dalam upaya penanggulangan kejahatan (politik kriminal). Hal ini sesuai dengan pendapat Barda Nawawi Arief yang menyatakan: “ ... dilihat dari sudut politik kriminal, maka politik hukum pidana identik dengan pengertian kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana”.¹⁰⁰

Barda Nawawi Arief mengemukakan bahwa penggunaan upaya “*penal*” (sanksi/hukum pidana) dalam mengatur masyarakat (lewat perundang-undangan) pada hakikatnya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan (“*policy*”). Mengingat berbagai keterbatasan dan kelamahan hukum pidana, apabila dilihat dari sudut kebijakan, penggunaan atau intervensi “*penal*” seyogyanya dilakukan dengan lebih hati-hati, cermat, hemat, selektif dan limitatif. Dengan kata lain, secara *penal* tidak selalu harus dipanggil/digunakan dalam setiap produk legislatif.¹⁰¹

Hubungannya tentang kebijakan penanggulangan kejahatan menggunakan hukum pidana atau penggunaan sarana *penal* ini, Nigel Walker, sebagaimana di kutip Barda Nawawi Arief, pernah mengingatkan

¹⁰⁰ Barda Nawawi Arief, 1996, *Op. Cit.*, h. 29.

¹⁰¹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan Hukum dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, h. 47.

adanya “prinsip-prinsip pembatas” (*“the limiting principles”*) yang sepatutnya mendapat perhatian antara lain: a). Jangan hukum pidana (HP) digunakan semata-mata untuk tujuan pembalasan; b. Jangan menggunakan hukum pidana untuk memidana perbuatan yang tidak merugikan/membahayakan; c. Jangan menggunakan hukum pidana untuk mencapai suatu tujuan yang dapat dicapai secara lebih efektif dengan sarana-sarana lain yang lebih ringan; d. Jangan menggunakan hukum pidana apabila kerugian/bahaya yang timbul dari pidana lebih besar daripada kerugian/bahaya dari perbuatan/tindak pidana itu sendiri; d. Larangan-larangan hukum pidana jangan mengandung sifat lebih berbahaya dari perbuatan yang akan dicegah; e. angan memuat larangan-larangan yang tidak mendapat dukungan dari publik. Menurut Bentham, pernah menyatakan bahwa janganlah pidana dikenakan/digunakan apabila *“groundless, needless, unprofitable or inefficacious”*. Sementara itu menurut Herbert L. Packer penggunaan sanksi pidana secara sembarangan/tidak pandang bulu/menyamaratakan (*“indiscriminately”*) dan digunakan secara paksa (*“coercively”*) akan menyebabkan sarana pidana itu menjadi suatu “pengancam yang utama” (*“prime threatener”*).¹⁰²

Dua masalah sentral dalam kebijakan kriminal menggunakan sarana *penal* (hukum pidana) ialah masalah penentuan: a. Perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana, dan b. Sanksi apa yang sebaiknya

¹⁰² *Ibid.*, h. 48.

digunakan atau dikenakan kepada si pelanggar.¹⁰³ Penganalisisan terhadap dua masalah sentral ini hemat kami tidak dapat dilepaskan dari konsepsi bahwa kebijakan kriminal merupakan bagian integral dari kebijakan sosial. Ini berarti pemecahan masalah-masalah tersebut di atas harus pula diarahkan untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu dari kebijakan sosial yang telah ditetapkan.

Kebijakan hukum pidana, termasuk pula kebijakan dalam menangani dua masalah sentral di atas harus pula dilakukan dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*). Berdasar pendekatan yang berorientasi pada kebijakan sosial itulah kiranya Sudarto berpendapat bahwa dalam menghadapi masalah sentral yang pertama di atas, yang sering disebut masalah kriminalisasi, harus diperhatikan hal-hal yang pada intinya sebagai berikut:

- a) Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materiil dan spiritual berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat ;
- b) Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan "perbuatan yang tidak dikehendaki" yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan atau spirituil) atas warga masyarakat;
- c) Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip "biaya dan hasil" (*cost-benefit principle*);

¹⁰³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 2005, h. 160.

- d) Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badang penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*).¹⁰⁴

Menurut Bassiouni, keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam faktor, termasuk:

- a) Keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil yang dicari atau yang ingin dicapai ;
(*the proportionality of the means used in relationship to the outcome obtained*);
- b) Analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari;
(*the cost analysis of outcome in relationship to the objective sought*);
- c) Penilaian atau penaksiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia;
(*the appraisal of the objectives sought in relationship to other priorities in the allocation of resources of human power*).
- d) Pengaruh sosial dan kriminalisasi dan dekriminalisasi yang berkenaan dengan (dipandang dari segi) pengaruh-pengaruhnya yang sekunder.
(*the social impact of criminalization and decriminalization in terms of its secondary effects*).¹⁰⁵

Selanjutnya, dikemukakan bahwa problem dari pendekatan yang berorientasi pada kebijakan adalah kecenderungan untuk menjadi pragmatis dan kuantitatif serta tidak memberi kemungkinan untuk masuknya faktor-faktor yang subjektif, misalnya nilai-nilai, ke dalam proses pembuatan keputusan.

Namun demikian, pendekatan yang berorientasi pada kebijakan ini menurut Bassiouni seharusnya dipertimbangkan sebagai

¹⁰⁴ *Ibid.*, h. 161.

¹⁰⁵ *Ibid.*, h. 162.

salah satu "scientific device" dan digunakan sebagai alternatif dari pendekatan yang secara emosional diorientasikan pada pertimbangan nilai (*the emotionally laden value judgment approach*) yang kebanyakan diikuti oleh badan-badan legislatif.¹⁰⁶

Dikemukakan pula bahwa perkembangan "a policy oriented approach" ini lamban datangnya karena proses legislatif belum siap untuk pendekatan yang demikian. Masalahnya, antara lain terletak pada sumber-sumber keuangan untuk melakukan orientasi ilmiah itu. Kelambanan yang demikian ditambah dengan proses kriminalisasi yang berlangsung terus tanpa didasarkan pada penilaian-penilaian yang teruji dan tanpa suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem, mengakibatkan timbulnya: a). Krisis kelebihan kriminalisasi (*the crisis of overcriminalization*); b). Krisis pelampauan batas dari hukum pidana (*the crisis of overreach of the criminal law*). Yang pertama mengenai banyaknya atau melimpahnya jumlah kejahatan dan perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasikan, dan yang kedua mengenai usaha pengendalian perbuatan dengan tidak menggunakan sanksi pidana yang efektif.¹⁰⁷

Pendekatan kebijakan seperti dikemukakan di atas jelas merupakan pendekatan yang rasional, karena karakteristik dari suatu politik kriminil yang rasional tidak lain daripada penerapan metode-metode yang rasional. Menurut G.P. Hoefnagels suatu politik kriminil

¹⁰⁶ Barda Nawawi Arief, *Loc. Cit.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, h. 163.

harus rasional, kalau tidak demikian tidak sesuai dengan definisinya sebagai *"a rational total of the responses to crime"*. Di samping itu, hal ini penting karena konsepsi mengenai kejahatan dan kekuasaan atau proses untuk melakukan kriminalisasi sering ditetapkan secara emosional.¹⁰⁸

Pendekatan yang rasional memang merupakan pendekatan yang seharusnya melekat pada setiap langkah-langkah kebijakan. Hal ini merupakan konsekuensi logis, karena seperti dikatakan oleh Sudarto, "dalam melaksanakan politik, orang mengadakan penilaian dan melakukan pemilihan dari sekian banyak alternatif yang dihadapi. Ini berarti, suatu politik kriminal dengan menggunakan kebijakan hukum pidana harus merupakan suatu usaha atau langkah-langkah yang dibuat dengan sengaja dan sadar.

Pilihan dan penetapan (hukum) pidana sebagai sarana untuk menanggulangi kejahatan harus benar-benar telah memperhitungkan semua faktor yang dapat mendukung berfungsinya atau bekerjanya (hukum) pidana itu dalam kenyataannya. Jadi, diperlukan pula pendekatan yang fungsional; dan ini pun merupakan pendekatan yang melekat (*inherent*) pada setiap kebijakan yang rasional. Pemilihan pada konsepsi perlindungan masyarakat ini pun membawa konsekuensi pada pendekatan yang rasional, seperti dikemukakan oleh J. Andenaes sebagai berikut:

¹⁰⁸ Muladi, *Loc. Cit.*

If one bases the penal law on the concept of social defence, the task will then be to develop it as rationally as possible. The maximum results must be achieved with the minimum of expense to society and the minimum of suffering for the individual. In this task, one must build upon the results of scientific research into the causes of crime and the effectiveness of the various forms of sanction. (Apabila orang mendasarkan hukum pidana pada konsepsi perlindungan masyarakat/*social defence*, maka tugas selanjutnya adalah mengembangkannya serasional mungkin. Hasil-hasil maksimum harus dicapai dengan biaya yang minimum bagi masyarakat dan minimum penderitaan bagi individu. Dalam tugas demikian, orang harus mengandalkan pada hasil-hasil penelitian ilmiah mengenai sebab-sebab kejahatan dan efektivitas dari bermacam-macam sanksi).¹⁰⁹

Pandangan J. Andenaes di atas jelas terlihat bahwa pendekatan kebijakan yang rasional berkaitan erat pula dengan pendekatan ekonomis dalam penggunaan sanksi pidana. Pendekatan ekonomis di sini tidak hanya dimaksudkan untuk mempertimbangkan antara biaya atau beban yang ditanggung masyarakat (dengan dibuat/digunakannya hukum pidana) dengan hasil yang ingin dicapai; tetapi juga dalam arti mempertimbangkan efektivitas dari sanksi pidana itu sendiri.

Sehubungan dengan hal ini, Ted Honderich berpendapat bahwa suatu pidana dapat disebut sebagai alat pencegah yang ekonomis (*economical deterrents*) apabila dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut: a). Pidana itu sungguh-sungguh mencegah; Pidana itu tidak menyebabkan timbulnya keadaan yang lebih berbahaya/merugikan daripada yang akan terjadi apabila pidana itu tidak dikenakan; b). Tidak ada pidana lain yang dapat mencegah secara efektif dengan bahaya/kerugian yang lebih kecil.

¹⁰⁹ *Ibid.*, h. 164-165.

Segi lain yang perlu dikemukakan dari pendekatan kebijakan ialah yang berkaitan dengan nilai-nilai yang ingin dicapai atau dilindungi oleh hukum pidana.¹¹⁰ Menurut Bassiouni, tujuan-tujuan yang ingin dicapai oleh pidana pada umumnya terwujud dalam kepentingan-kepentingan sosial yang mengandung nilai-nilai tertentu yang perlu dilindungi.

Kepentingan-kepentingan sosial tersebut menurut Bassiouni, ialah: a). Pemeliharaan tertib masyarakat; b). Perlindungan warga masyarakat dari kejahatan, kerugian atau bahaya-bahaya yang tidak dapat dibenarkan, yang dilakukan oleh orang lain; c). Memasyarakatkan kembali (resosialisasi) para pelanggar hukum; d). Memelihara atau mempertahankan integritas pandangan-pandangan dasar tertentu mengenai keadilan sosial, martabat kemanusiaan dan keadilan individu.

Ditegaskan selanjutnya bahwa sanksi pidana harus disepadankan dengan kebutuhan untuk melindungi dan mempertahankan kepentingan-kepentingan ini. Pidana hanya dibenarkan apabila ada suatu kebutuhan yang berguna bagi masyarakat; suatu pidana yang tidak diperlukan, tidak dapat dibenarkan dan berbahaya bagi masyarakat. Selain itu, batas-batas sanksi pidana ditetapkan pula berdasar kepentingan-kepentingan ini dan nilai-nilai yang mewujudkannya. Berdasar pandangan yang demikian, maka menurut Bassiouni disiplin hukum pidana bukan hanya pragmatis,

¹¹⁰ Barda Nawawi, *Loc. Cit.*

tetapi juga suatu disiplin yang berdasar dan berorientasi pada nilai (*not only pragmatic but also value-based and value-oriented*).¹¹¹

Uraian di atas, dapatlah disimpulkan bahwa menurut Bassiouni, dalam melakukan kebijakan hukum pidana diperlukan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented*) yang lebih bersifat pragmatis dan juga pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value-judgment approach*). Antara pendekatan-kebijakan dan pendekatan yang berorientasi pada nilai jangan terlalu dilihat sebagai suatu "*dichotomi*", karena dalam pendekatan-kebijakan sudah seharusnya juga dipertimbangkan faktor-faktor nilai.

Kebijakan kriminal tidak dapat dilepaskan sama sekali dari masalah nilai karena seperti dikatakan oleh Christiansen, "*the conception of problem 'crime and punishment' is an essential part of the culture of any society*". Begitu pula menurut W. Clifford, "*the very foundation of any criminal justice system consists of the philosophy behind a given country*".

112

Terlebih bagi Indonesia yang berdasarkan Pancasila dan garis kebijakan pembangunan nasionalnya bertujuan membentuk "Manusia Indonesia Seutuhnya". Apabila pidana akan digunakan sebagai sarana untuk mencapai tujuan tersebut, maka pendekatan humanistis harus pula diperhatikan. Hal ini penting, tidak hanya karena kejahatan itu pada hakikatnya merupakan masalah kemanusiaan (*human problem*), tetapi

¹¹¹ *Ibid.*, h. 166.

¹¹² *Ibid.*, h. 167.

juga karena pada hakikatnya pidana itu sendiri mengandung unsur penderitaan yang dapat menyerang kepentingan atau nilai yang paling berharga bagi kehidupan manusia.

Pendekatan humanistik dalam penggunaan sanksi pidana, tidak hanya berarti bahwa pidana yang dikenakan kepada si pelanggar harus sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan yang beradab; tetapi juga harus dapat membangkitkan kesadaran si pelanggar akan nilai-nilai kemanusiaan dan nilai-nilai pergaulan hidup bermasyarakat.¹¹³

Menurut Marc Ancel, pertanggungjawaban yang didasarkan pada kebebasan individu merupakan kekuatan penggerak yang utama dalam proses penyesuaian sosial (*the main driving force of the process of social readaption*). Diakui olehnya bahwa masalah determinisme dan indeterminisme merupakan problem filosofis yang berada di luar ruang lingkup kebijakan pidana dan hukum pidana. Akan tetapi, ditegaskan bahwa kebijakan pidana yang modern hampir selalu mensyaratkan adanya kebebasan individu. Tujuan utama dari setiap perlakuan readaptasi-sosial harus diarahkan pada perbaikan terhadap penguasaan diri sendiri. Oleh karena itu, masalah pertanggungjawaban seharusnya tidak boleh diabaikan, malahan justru harus diperkenalkan kembali sebagai suatu pertanggungjawaban pribadi.¹¹⁴

Reaksi terhadap perbuatan anti-sosial justru harus dipusatkan pada konsepsi pertanggungjawaban pribadi. Pertanggungjawaban yang

¹¹³ Teguh Prasetyo, 2015, *Loc. Cit.*

¹¹⁴ *Ibid.*, h. 168.

dimaksud oleh Marc Ancel berlainan dengan pandangan klasik yang mengartikannya sebagai "pertanggungjawaban moral secara murni" (*the purely moral responsibility*), dan berbeda pula dengan pandangan positivist yang mengartikannya sebagai "pertanggungjawaban menurut hukum atau pertanggungjawaban objektif" (*legal or objective view of responsibility*).¹¹⁵

Pertanggungjawaban pribadi (*individual responsibility*) menurut Marc Ancel menekankan pada perasaan kewajiban moral pada diri individu dan oleh karena itu mencoba untuk merangsang ide tanggung jawab/ kewajiban sosial terhadap anggota masyarakat yang lain dan juga mendorongnya untuk menyadari moralitas sosial. Pengertian yang demikian merupakan konsekuensi dari pandangan Marc Ancel yang melihat kejahatan sebagai gejala kemanusiaan (*human phenomenon*) yaitu kejahatan merupakan suatu manifestasi dari kepribadian si pelaku.

Perlu kiranya dikemukakan bahwa pendekatan humanistis yang bertolak dari konsepsi kejahatan sebagai "*a personal disease*" atau "*a human or individually pathological phenomenon*" harus pula diseimbangkan dengan pendekatan humanistis yang bertolak dari konsepsi kejahatan sebagai "*a socially disease*" atau sebagai "*a socially pathological phenomenon*".¹¹⁶

Usaha-usaha yang rasional untuk mengendalikan atau menanggulangi kejahatan (politik kriminal) sudah barang tentu tidak hanya

¹¹⁵ Sudharto, *Loc. Cit.*

¹¹⁶ *Ibid.*, h. 169.

dengan menggunakan sarana "*penal*" (hukum pidana), tetapi dapat juga dengan menggunakan sarana-sarana yang "*non-penal*".¹¹⁷

Usaha-usaha *non-penal* ini misalnya penyantunan dan pendidikan sosial dalam rangka mengembangkan tanggung jawab sosial warga masyarakat; penggarapan kesehatan jiwa masyarakat melalui pendidikan moral, agama dan sebagainya; peningkatan usaha-usaha kesejahteraan anak dan remaja; kegiatan patroli dan pengawasan lainnya secara kontinyu oleh polisi dan aparat keamanan lainnya dan sebagainya.

Usaha-usaha *non-penal* ini dapat meliputi bidang yang sangat luas di seluruh sektor kebijakan sosial. Tujuan utama dari usaha-usaha *non-penal* itu adalah memperbaiki kondisi-kondisi tertentu. Namun, secara tidak langsung mempunyai pengaruh *preventif* terhadap kejahatan. Dengan demikian, dilihat dari sudut politik kriminal, keseluruhan kegiatan *preventif* yang *non-penal* itu sebenarnya mempunyai kedudukan yang sangat strategis, memegang posisi kunci yang harus diintensifkan dan diefektifkan.

Kegagalan dalam menggarap posisi strategis ini justru akan berakibat sangat fatal bagi usaha penanggulangan kejahatan. Oleh karena itu, suatu kebijakan kriminal harus dapat mengintegrasikan dan mengharmonisasikan seluruh kegiatan *preventif* yang *non-penal* itu ke dalam suatu sistem kegiatan negara yang teratur dan terpadu.¹¹⁸

¹¹⁷ *Ibid.*, h. 158

¹¹⁸ *Ibid.*, h. 159.

Sehubungan dengan ini Radzinowics, menyatakan: "*Criminal policy combine the various preventive activities and adjust them so as to form a single comprehensive machine and finally coordinate the whole into an organized system of activity*". Dengan demikian, masalah utamanya adalah mengintegrasikan dan mengharmonisasikan kegiatan atau kebijakan *non-penal* dan *penal* itu ke arah penekanan atau pengurangan faktor-faktor potensial untuk tumbuh suburnya kejahatan. Dengan pendekatan kebijakan yang integral inilah diharapkan "*social defence planning*" benar-benar dapat berhasil. Dan demikian, diharapkan pula tercapainya hakikat tujuan kebijakan sosial yang tertuang dalam rencana pembangunan nasional yaitu "kualitas lingkungan hidup yang sehat dan bermakna".¹¹⁹

Upaya yang dilakukan oleh aparat penegak hukum dalam melakukan strategi penanggulangan kejahatan sebagai upaya untuk melindungi masyarakat dilakukan dengan menggunakan tindakan-tindakan *preventif*, *represif* dan *kuratif* dalam rangka penegakan hukum. Penegakan hukum bidangnya luas sekali, tidak hanya bersangkut-paut dengan tindakan-tindakan apabila sudah ada atau ada persangkaan telah terjadi kejahatan, akan tetapi juga menjaga kemungkinan akan terjadinya kejahatan.

Tindakan yang dilakukan aparat penegak hukum dalam masalah penanggulangan kejahatan dengan tindakan *preventif* (pencegahan). Kalau

¹¹⁹ *Ibid.*, h. 160.

tindakan *preventif* diartikan secara luas maka banyak badan atau fihak yang terlibat di dalamnya, ialah pembentuk undang-undang, Polisi, Kejaksaan, Pengadilan, pamong praja dan aparat eksekusi pidana serta orang-orang biasa.

Proses pemberian pidana di mana badan-badan ini masing-masing mempunyai peranannya dapat dipandang sebagai upaya untuk menjaga agar orang yang bersangkutan serta masyarakat pada umumnya tidak melakukan tindak pidana. Badan yang langsung mempunyai wewenang dan kewajiban dalam pencegahan ini adalah Kepolisian.¹²⁰ Aparat penegak hukum dalam melakukan penanggulangan kejahatan adalah dengan tindakan *represif*, adapun yang dimaksud dengan tindakan *represif* ialah segala tindakan yang dilakukan oleh aparat penegak hukum sesudah terjadi kejahatan. Tindakan *represif* juga dapat dipandang sebagai prevensi dalam pengertian yang luas.

Termasuk tindakan *represif* adalah penyidikan, penyidikan lanjutan, penuntutan dan seterusnya sampai dilaksanakannya pidana. Hal ini semua juga merupakan bagian-bagian dari politik kriminal¹²¹. Aparat penegak hukum dalam melakukan penanggulangan kejahatan upaya yang dilakukan selanjutnya adalah dengan tindakan *kuratif*. Tindakan *kuratif* pada hakikatnya juga merupakan usaha *preventif* dalam arti yang seluas-luasnya, ialah dalam usaha penanggulangan kejahatan. Maka untuk mengadakan pembedaan sebenarnya tindakan *kuratif* itu, menurut Sudarto,

¹²⁰ Sudarto, 1986. *Op. Cit.*, h. 113.

¹²¹ *Ibid.*, h. 118.

merupakan segi lain dari tindakan *represif*, dan lebih dititikberatkan kepada tindakan terhadap orang yang melakukan kejahatan.¹²²

c. *Applied Theory* (Teori Terapan)

Teori Aplikasi adalah teori yang memiliki cakupan khusus dan pembahasannya pada tataran praktis. Akan digunakan sebagai *applied theory* (teori aplikasi) dalam penelitian ini adalah Teori Kebijakan Kriminal (*Criminal Policy*) dan Teori Perlindungan Hukum. Selama ini hukum hanya dipahami sebagai aturan-aturan yang kaku dan terlalu menekankan pada aspek *legal system* tanpa melihat kaitan antara ilmu hukum tersebut dengan persoalan-persoalan yang harus ditangani, seperti masalah sosial, politik, ekonomi. Memahami kenyataan itu, ada perspektif ilmu sosial yang harus diperhatikan untuk bekerjanya hukum secara keseluruhan sehingga hukum tidak hanya mengandung unsur pemaksaan dan penindasan.

Saparinah Sadli sebagaimana yang dikutip oleh Barda Nawawi, menyatakan bahwa kejahatan atau tindak kriminal merupakan salah satu bentuk dari “perilaku menyimpang.”¹²³ Dan menurutnya pula bahwa perilaku menyimpang itu merupakan suatu ancaman yang nyata terhadap norma-norma sosial yang mendasari kehidupan atau keteraturan sosial;

¹²² Paulus Hadisuprpta, *Juvenile Delinquency (Pemahaman dan Penanggulangannya)*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, h. 76-77.

¹²³ Saparinah Sadli dalam Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung, Alumni, 1998, h. 148.

dapat menimbulkan ketegangan-ketegangan sosial, dan merupakan ancaman riil atau potensial bagi berlangsungnya ketertiban sosial.¹²⁴

Teori terapan yang penting untuk dikemukakan di sini, yaitu teori Pembinaan. Tujuan diadakan pembedaan diperlukan untuk mengetahui sifat dasar dari hukum pidana. Menurut Franz von List yang dikutip oleh Bambang Purnomo, yang mengajukan problematik sifat pidana yang menyatakan bahwa, “*rechtsguterschutz durch rechtsguterverletzung* yang artinya melindungi kepentingan tetapi dengan menyerang kepentingan”.¹²⁵ Dan menurut Hugo de Groot yang juga dikutip oleh Bambang Purnomo yang menyatakan bahwa, dalam hubungan tersebut “*malum passionis (quod infligitur) propter malum actionis* yang artinya penderitaan jahat menimpa dikarenakan oleh perbuatan jahat”.¹²⁶

Sebagaimana yang telah disebutkan di atas tentang kedua pendapat tersebut, maka dapat dilihat adanya suatu pertentangan mengenai tujuan dari pembedaan. Ada yang berpendapat bahwa pidana sebagai suatu sarana pembalasan atau berdasarkan teori absolut. Dan ada yang berpendapat bahwa pidana mempunyai tujuan positif atau berdasarkan teori tujuan, serta ada juga pendapat yang menggabungkan kedua teori tujuan pembedaan tersebut.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Bambang Purnomo, *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1982, h. 27.

¹²⁶ *Ibid.*

Berbagai pemikiran muncul mengenai manfaat pidana, sehingga muncul beberapa teori dan konsep pemidanaan yang antara lain:¹²⁷ teori Retributif (*Retribution Theory*) atau Teori Pembalasan. Pidana penjara yang dikenal di Indonesia sekarang ini terdapat dalam Pasal 10 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang merupakan wujud dari berbagai teori-teori yang menyakini akan manfaat dari suatu hukuman. Hukuman sebagai suatu derita yang sengaja diberikan kepada pelaku tindak pidana ternyata mempunyai manfaat yang berbeda-beda.¹²⁸

Teori terapan selanjutnya, yaitu teori Pencegahan. Menjatuhkan hukuman sebagai upaya membuat jera guna mencegah terulangnya kembali tindak kejahatan merupakan ide dasar dari *deterrence* (pencegahan kejahatan), maksudnya tujuan hukuman tersebut sebagai sarana pencegahan.

Selanjutnya, di tingkat terapan terdapat teori Rehabilitasi. Dijatuhkannya hukuman kepada pelaku kejahatan, tidak saja dilihat sebagai suatu balasan atas perbuatan yang merugikan atau penjeraan semata, tetapi ada suatu kegunaan tertentu yaitu dalam pelaksanaannya bukan pidana badan, tetapi pidana hilang kemerdekaan, dengan demikian dapat dikatakan bahwa penempatan seseorang di suatu tempat tertentu dengan maksud membatasi kemerdekaan seseorang, maka tujuannya adalah memperbaiki pelaku kejahatan agar dapat berperilaku sewajarnya

¹²⁷ Petrus Irwan Panjaitan dan Samuel Kikilaitety, *Pidana Penjara Mau Kemana*, Indhill Co, Jakarta, 2007, h. 6-27.

¹²⁸ J. E. Sahetapy, *Suatu Studi Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana*, Rajawali, Jakarta, 1982, h. 201.

dan pantas dengan menanamkan norma-norma yang berlaku di masyarakat, atau dapat juga dikatakan dijatuhinya hukuman untuk seseorang pelaku tindak kejahatan bertujuan untuk merehabilitasi perilakunya.

Selain berbagai teori di atas, kebijakan pidana itu juga berkaitan dengan abolisionis. Adanya gerakan abolisionis, yaitu ketidakpuasan terhadap hasil yang dicapai dari adanya sanksi berupa pidana penjara, ternyata mendorong suatu gerakan yang membentuk masyarakat yang bebas, dengan cara menghapuskan pidana penjara sebagai refleksi pemikiran *punitive*.¹²⁹ Sedangkan menurut Gregorius Aryadi, kelompok abolisionis tersebut ingin menghapus hukum pidana, karena tidak layak lagi dipertahankan dalam masyarakat beradab, di samping karena dipandang kurang efektif untuk pencegahan kejahatan dalam masyarakat.¹³⁰

Muladi mengkatagorikan tujuan pembedaan ke dalam empat) tujuan, antara lain:¹³¹ Pencegahan (umum dan khusus), Perlindungan masyarakat, Memelihara solidaritas masyarakat, dan Pidana bersifat pengimbangan/pengimbangan Selain teori-teori yang telah diutarakan tersebut di atas, maka ada juga teori *Restorative Justice* atau teori Keadilan Restoratif. Teori tersebut merupakan pengembangan teori rehabilitasi dalam rangka reintegrasi Narapidana ke pergaulan sosial

¹²⁹ Muladi, *Gerakan Abolisionis Ancaman Non-Represif terhadap Kejahatan*, Makalah Ceramah Ilmiah, Fakultas Hukum Universitas Tujuh Belas Agustus 1945, Semarang, 1988, h. 4.

¹³⁰ Gregorius Aryadi, *Putusan Hakim dalam Perkara Pidana*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 1995, h. 17.

¹³¹ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985, h. 81-86.

masyarakat bebas yang menjadi pilihan utama dalam pembinaan Narapidana di Negara-Negara Asia Pasifik.¹³²

Inti dari teori *Restorative Justice* adalah bahwa penghukuman harus bertujuan untuk memulihkan hubungan pelaku dengan korbannya dan direstui oleh masyarakat.¹³³ Kerugian yang ditimbulkan terhadap korban kejahatan harus diganti atau diberi kompensasi, karena bahwa pelanggaran hukum atau kejahatan akan mengakibatkan rusaknya hubungan antara manusia tetapi juga rusaknya hubungan manusia dengan alam dan dengan Sang Maha Pencipta.¹³⁴ Dibuatlah pengganjaran. Sebelum ada sistem Pemasyarakatan, maka sistem yang dipakai adalah sistem Kepenjaraan. Sistem Kepenjaraan adalah tujuan dari pidana penjara, dan tujuan dari pidana penjara maksudnya adalah untuk melindungi masyarakat dari segala bentuk kejahatan.¹³⁵ Sistem pemasyarakatan juga beranggapan bahwa hakekat perbuatan melanggar hukum oleh Warga Binaan Pemasyarakatan adalah cermin dari adanya keretakan hubungan hidup, kehidupan dan penghidupan antara yang bersangkutan dengan masyarakat sekitarnya.¹³⁶ Pemasyarakatan sebagai tujuan pidana diartikan sebagai pemulihan kesatuan hubungan hidup, kehidupan dan penghidupan yang hakiki, yang terjadi antara individu

¹³² <http://www.nicic.org>. diakses pada tanggal 8 Maret 2017 jam 10.24 WIB..

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ A. Widiada Gunakaya, *Sejarah dan Konsep Pemasyarakatan*, Armico, Bandung, 1988, h. 43.

¹³⁶ Adi Sudjatno, *Op.Cit.*, h. 14.

pelanggar hukum dengan masyarakat serta lingkungannya.¹³⁷ Dengan demikian, Lembaga Pemasyarakatan sebagai ujung tombak pelaksanaan asas pengayoman yang merupakan tempat untuk mencapai tujuan sistem pemasyarakatan melalui pendidikan, rehabilitasi dan reintegrasi.¹³⁸

Pemasyarakatan diatur dalam Pasal 1 ayat (1) No. 12 Tahun 1995 tentang Pemasyarakatan, yaitu kegiatan untuk melakukan pembinaan warga Binaan Pemasyarakatan berdasarkan sistem, kelembagaan dan cara pembinaan yang merupakan bagian akhir dari sistem penindakan dalam tata peradilan pidana. Suatu sistem. Oleh karena itu, maka pembinaan Narapidana mempunyai beberapa komponen yang saling berkaitan dan saling bekerja sama satu sama yang lain untuk mencapai suatu tujuan.¹³⁹

Tujuan pemidanaan dari sistem pemasyarakatan adalah Pembinaan dan Bimbingan, dengan tahap-tahap admisi/orientasi, pembinaan dan asimilasi. Ruang lingkup pembinaan berdasarkan Keputusan Menteri Kehakiman Republik Indonesia Nomor: M.02-PK.04.10 Tahun 1990 tentang Pola Pembinaan Narapidana dapat dibagi ke dalam dua bidang yakni:¹⁴⁰

¹³⁷Farhan Hidayat, *Pemasyarakatan Sebagai Upaya Perlindungan terhadap Masyarakat*, Warta Pemasyarakatan No. 19 Tahun VI, September 2005, Jakarta, 2005, h. 27.

¹³⁸Dwidja Priyatno, 2006, *Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara di Indonesia*, Rafika Aditama, Bandung, 2006, h. 103.

¹³⁹ C. I. Harsono Hs., *Op. Cit.*, h. 5.

¹⁴⁰ Adi Sudjatno, *Op. Cit.*, h. 18-21.

“Hukum diciptakan sebagai suatu sarana atau instrumen untuk mengatur hak-hak dan kewajiban-kewajiban subyek hukum”.¹⁴¹ Di samping itu, hukum juga berfungsi sebagai instrumen perlindungan bagi subyek hukum. Menurut Sudikno Mertokusumo, “hukum berfungsi sebagai perlindungan kepentingan manusia. Agar kepentingan manusia terlindungi, hukum harus dilaksanakan.

Pelaksanaan hukum dapat berlangsung secara normal, damai tetapi dapat terjadi juga karena pelanggaran hukum”.¹⁴² Pelanggaran hukum terjadi ketika subyek hukum tertentu tidak menjalankan kewajiban yang seharusnya dijalankan atau karena melanggar hak-hak subyek hukum lain. Subyek hukum yang dilanggar hak-haknya harus mendapatkan perlindungan hukum.

Fungsi hukum sebagai instrumen pengatur dan instrumen perlindungan ini, di samping fungsi lainnya sebagaimana akan disebutkan di bawah, diarahkan pada suatu tujuan yaitu untuk menciptakan suasana hubungan hukum antar subyek hukum secara harmonis, seimbang, damai, dan adil. Ada pula yang mengatakan bahwa “*Doel van het rechts is een vreedzame ordering van samenleving. Het recht wil de vrede...den vrede onder de mensen bewaart het recht door bepalde menselijke belangen (materiele zowel als ideele), eer, vrijheid, leven, vermogen enz. Tegen benaling te beschermen*” (tujuan hukum adalah mengatur masyarakat secara damai.

¹⁴¹ Ridwan HR, *Hukum Administrasi Negara*, UII Press, Yogyakarta, 2002, h. 210.

¹⁴² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum, Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1996, h. 140.

Hukum menghendaki perdamaian. Perdamaian diantara manusia dipertahankan oleh hukum dengan melindungi kepentingan-kepentingan manusia tertentu (baik material maupun idial), kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta benda dan sebagainya terhadap yang merugikannya). Tujuan-tujuan hukum itu akan tercapai jika masing-masing subyek hukum mendapatkan hak-haknya secara wajar dan menjalankan kewajiban-kewajibannya sesuai dengan aturan hukum yang berlaku.

Perlindungan hukum bagi rakyat merupakan konsep universal, dalam arti dianut dan diterapkan oleh setiap negara yang mengedepankan diri sebagai negara hukum, namun seperti disebutkan Paulus E. Lotulung, “masing-masing negara mempunyai cara dan mekanismenya sendiri tentang bagaimana mewujudkan perlindungan hukum tersebut, dan juga sampai seberapa jauh perlindungan hukum itu diberikan”.¹⁴³

Tindakan hukum pemerintah merupakan tindakan-tindakan yang berdasarkan sifatnya menimbulkan akibat hukum. Karakteristik paling penting dari tindakan hukum yang dilakukan oleh pemerintah adalah keputusan-keputusan dan ketetapan-ketetapan pemerintah yang bersifat sepihak. Dikatakan bersifat sepihak karena dilakukan tidaknya suatu tindakan hukum pemerintahan itu tergantung pada kehendak sepihak dari pemerintah, tidak tergantung pada kehendak pihak lain dan tidak

¹⁴³ Paulus E. Lotulung, *Beberapa Sistem tentang Kontrol Segi Hukum terhadap Pemerintah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, h. 123.

diharuskan ada persesuaian kehendak (*wilsovereenstemming*) dengan pihak lain.¹⁴⁴

Keputusan dan ketetapan sebagai instrumen hukum pemerintah dalam melakukan tindakan hukum sepihak dapat menjadi penyebab terjadinya pelanggaran hukum terhadap warga negara, apalagi dalam negara hukum modern yang memberikan kewenangan yang luas kepada pemerintah untuk mencampuri kehidupan warga negara. Oleh karena itu, diperlukan perlindungan hukum bagi warga negara terhadap tindakan hukum pemerintah.

Menurut Sjachran Basah, perlindungan terhadap warga negara diberikan bila sikap tindak administrasi negara itu menimbulkan kerugian terhadapnya, sedangkan perlindungan terhadap administrasi negara itu sendiri dilakukan terhadap sikap tindaknya dengan baik dan benar menurut hukum baik tertulis maupun tidak tertulis.¹⁴⁵

Hukum administrasi tidak tertulis atau asas umum pemerintahan yang layak, seperti disebutkan pada bab sebelumnya, memang dimaksudkan sebagai *verhoogde rechtsbescherming* atau peningkatan perlindungan hukum bagi rakyat dari tindakan administrasi negara yang menyimpang. Perlindungan hukum berbasis pada keberadaan asas-asas umum pemerintahan yang layak ini memiliki peranan penting sehubungan dengan adanya *terugtrek van de wetgever* atau langkah mundur pembuat undang-undang, yang memberikan kewenangan kepada administrasi

¹⁴⁴ Ridwan HR, *Op. Cit.*, h. 289.

¹⁴⁵ Sjachran Basah, *Perlindungan Hukum atas Sikap Tindak Administrasi Negara*, Alumni, Bandung, 1992, h. 7-8.

negara untuk membuat peraturan perundang-undangan, dan adanya pemberian *freies ermessen* pada pemerintah.

Di satu sisi, pemberian kewenangan legislasi kepada pemerintah untuk kepentingan administrasi ini cukup bermanfaat terutama untuk relaksasi dari kekakuan dan *frigiditas* undang-undang, namun di sisi lain pemberian kewenangan ini dapat menjadi peluang terjadinya pelanggaran kehidupan masyarakat oleh pemerintah, dengan bertopang pada peraturan perundang-undangan.

A. A. H. Struycken menyayangkan adanya *terugfred* ini (*betreuren deze terugfred*) dan menganggap tidak ada gunanya pengawasan hakim yang hanya diberi kewenangan untuk menguji aspek hukumnya saja (*rechtmatigheid*), sementara aspek kebijaksanaan yang mengiringi peraturan perundang-undangan lepas dari perhatian hakim.¹⁴⁶

Ada dua macam perlindungan hukum bagi rakyat, yaitu perlindungan hukum preventif dan represif. Pada perlindungan hukum preventif, rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapat bentuk yang definitif.

Artinya perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, sedangkan sebaliknya perlindungan yang represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Perlindungan hukum yang preventif sangat besar artinya bagi tindakan pemerintahan yang

¹⁴⁶ Ridwan HR, *Op. Cit.*, h. 291.

didasarkan kepada kebebasan bertindak, karena dengan adanya perlindungan hukum yang preventif pemerintah terdorong untuk bersikap hati-hati dalam mengambil keputusan yang didasarkan pada diskresi.

Pembuatan keputusan dan ketetapan yang didasarkan pada kewenangan bebas (*vrijebevoegdheid*) akan membuka peluang terjadinya pelanggaran hak-hak warga negara. Meskipun demikian, bukan berarti kepada pemerintah tidak diberikan perlindungan hukum. Sebagaimana disebutkan Sjachran Basah, perlindungan hukum terhadap administrasi negara itu sendiri dilakukan terhadap sikap tindaknya dengan baik dan benar menurut hukum.

Di Indonesia perlindungan hukum bagi rakyat akibat tindakan hukum pemerintah ada beberapa kemungkinan, tergantung dari instrumen hukum yang digunakan pemerintah ketika melakukan tindakan hukum. Telah disebutkan bahwa instrumen hukum yang lazim digunakan adalah keputusan dan ketetapan. Hal ini dikarenakan, sebagaimana yang telah disebutkan bahwa keputusan yang dikeluarkan oleh pemerintah itu merupakan peraturan perundang-undangan.

1.6. Metode Penelitian

Metode adalah proses, prinsip, dan tata cara memecahkan suatu masalah, sedangkan penelitian merupakan suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis dan konsisten.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1986, h. 42.

1.6.1. Paradigma Penelitian: Positivistik

Adapun paradigma yang digunakan oleh penulis dalam menyusun disertasi ini yaitu paradigma positivistik atau positifisme. Perhatian diarahkan kepada dekriminalisasi rekonstruksi kebijakan kriminalisasi terhadap gratifikasi yang telah disamakan dan oleh sebab itu dijadikan sebagai tindak pidana korupsi sehingga tidak lagi disinonimkan dengan Suap. Dekriminalisasi atas Gratifikasi sehingga tidak lagi masuk dalam golongan yang telah dikriminalisasi sebagai Suap itu dilakukan dengan mempertimbangkan nilai dan norma/hukum Antikorupsi yang berlaku.

Ada beberapa masalah yang masih mengganjal terkait materi Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Undang-Undang PTK). Salah satunya adalah tentang ketentuan pidana gratifikasi yang terkonstruksi sebagai suap. Pada prinsipnya, pengembalian kerugian keuangan negara atau kerugian perekonomian negara sebagaimana diatur dalam Pasal 4 Undang-Undang PTPK tidak menghapuskan pidana ketentuan ini terkait dengan ketentuan pidana dalam Pasal 2 dan 3.

Secara positivistik, yang berlaku saat ini adalah karena gratifikasi itu terkriminalisasi sebagai suap, maka dengan gratifikasi saja sudah dapat dianggap diterimanya suap, atau sudah ada perbuatan yang bertentangan dengan kewajiban atau tugas dari Penyelenggara Negara dan Pegawai Negeri karena penerima diniai berpotensi merugikan negara. Hanya saja, dalam rumusan ketentuan positif, pidana tidak berlaku apabila gratifikasi

yang dianggap suap itu segera dikembalikan oleh penerima dalam rentang waktu 30 hari. Katakanlah si penerima ini dalam rentang waktu 30 hari itu mengendus ada kemungkinan akan diperiksa oleh KPK. Dengan demikian, si penerima ini bebas dari tuntutan pidana; tetapi jika tidak, karena gratifikasi itu adalah suatu pemberian yang dalam masyarakat dinilai mulia, maka pemberi gratifikasi dapat dianggap memberi suap. Terkena Pasal 5 ayat (1) huruf (b) Undang-Undang PTPK. Keadaan ini menjadi ganjil, mengingat di saat yang sama penerima suap bisa bebas melenggang.

Jika gratifikasi yang dianggap suap yang telah diterima bukan termasuk kerugian keuangan negara dan kerugian perekonomian negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 Undang-Undang PTPK, mengapa dalam ketentuan pidana Pasal 5 dan 12 Undang-Undang PTPK yang merupakan induknya ketentuan pidana soal suap, tidak ada mekanisme penghapusan pidana seperti halnya ketentuan gratifikasi ini. Pengaturan atau kebijakan kriminalisasi yang positivistik ini nampak tidak logis.

1.6.2. Pendekatan Penelitian

Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan dan pendekatan konsep. Di sana-sini ada juga beberapa kasus, baik yang bersifat rekayasa, maupun yang diambil dari putusan-putusan pengadilan, mengikuti pandangan dalam teori Keadilan Bermartabat¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Teguh Prasetyo, *Metode Penelitian Hukum dalam Perspektif Teori Keadilan Bermartabat*, Cetakan Pertama, Nusa Media, Bandung, 2019, h. 27.

Tidak kalah penting, mengingat perhatian penelitian ini mula-mula berkenaan dengan kekaburan konsep gratifikasi, maka pendekatan konsep, begitu pula pendekatan yang berkenaan dengan perjalanan perkembangan atau sejarah tas konsep hukum tersebut juga akan digunakan. Pendekatan filosofis, juga dipergunakan untuk memperdalam pemahaman konsep yang ada. Dalam hal ini filsafat yang digunakan adalah filsafat Keadilan Bermartabat (*Dignified Justice Philosophy*).

1.6.3. Spesifikasi Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan gambaran yang bersifat deskriptif analitis. Bersifat deskriptif artinya penelitian ini diharapkan dapat menjelaskan gambaran tentang rekonstruksi kembali pengaturan gratifikasi tindak pidana korupsi berbasis nilai keadilan bermartabat. Bersifat analitis artinya dari hasil penelitian ini diharapkan dapat menguraikan berbagai temuan data baik primer maupun sekunder langsung diolah dan dianalisis dengan tujuan untuk memperjelas data tersebut secara kategori, penyusunan dengan sistematis dan selanjutnya dibahas atau dikaji secara logis.

1.6.4. Sumber Data dan Bahan Hukum

Sumber data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut: a. Data Primer. Data primer dalam penelitian ini diperoleh langsung dari sumbernya. Sedangkan b. Data Sekunder, merupakan data yang secara tidak langsung yang memberikan bahan kajian penelitian dan

bahan hukum yang berupa dokumen, arsip, peraturan perundang-undangan dan berbagai literatur lainnya. Data sekunder ini diperoleh dari:¹⁴⁹

Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang bersifat mengikat yang terdiri dari: Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 134. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 53 Tahun 2010 Tentang Disiplin Pegawai Negeri Sipil. Peraturan Perundang-undangan lainnya yang berhubungan dengan penelitian ini.

Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan-bahan hukum yang memberikan penjelasan dan petunjuk terhadap bahan hukum primer, yang terdiri dari berbagai literatur/buku-buku yang berhubungan dengan materi penelitian. Berbagai hasil seminar, lokakarya, simposium, dan penelitian karya ilmiah dan artikel lain yang berkaitan dengan materi penelitian. Bahan Hukum Tertier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, yang terdiri dari: Kamus Hukum, Kamus Inggris-Indonesia, Kamus Umum Bahasa Indonesia, dan Ensiklopedia.

¹⁴⁹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Pengantar Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, h. 13.

1.6.5. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini semata-mata, karena paradigma penelitian yang positivist, maka tidak dilakukan penelitian lapangan atau wawancara sebagaimana penelitian ilmu sosial lainnya. Penelitian hukum itu sui generis; sebagaimana dikemukakan oleh Teguh Prasetyo dalam bukunya Penelitian Hukum dalam Perspektif Keadilan Bermartabat.

Pengumpulan data, atau lebih tepatnya pengumpulan bahan hukum merupakan tahapan dalam proses penelitian yang penting. Dikatakan sangat penting, mengingat hanya dengan mendapatkan bahan hukum yang tepat maka proses penelitian akan berlangsung sampai peneliti mendapatkan jawaban atas perumusan masalah yang sudah ditetapkan, dan yang berfungsi untuk mengarahkan suatu penelitian. Data primer adalah data yang hanya dapat diperoleh dari sumber asli atau pertama. Sedangkan data sekunder merupakan data yang sudah tersedia karena diambil dari sumber bahan hukum primer.

Penelitian ini mengandalkan bahan hukum primer. Karena itu tidak dibutuhkan wawancara dengan para informan. Untuk pengumpulan data sekunder dilakukan dengan penelitian kepustakaan (*Library Research*). Yaitu, penelitian data melalui studi pustaka yang telah lebih dahulu meneliti sumber-sumber bahan hukum primer, yaitu peraturan perundang-undangan. Diteliti juga dokumen-dokumen atau catatan-catatan yang diperoleh dari kajian atas bahan hukum primer, juga dibaca literatur serta hasil penelitian yang berkaitan dengan masalah penelitian ini.

1.6.6. Teknik Analisis Data

Data atau lebih tepatnya bahan-bahan hukum yang diperoleh dari kegiatan penelitian selanjutnya dianalisis untuk memecahkan suatu masalah hukum yang telah diteliti. Analisis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah analisis data kualitatif. Data yang diperoleh kemudian disusun secara sistematis yang kemudian dianalisis secara kualitatif untuk mencapai kejelasan masalah yang dibahas. Analisis menggunakan metode kualitatif deskripsip.

Tabel 1
Matrix Perbandingan atas Sejumlah Penelitian Mengenai Gratifikasi yang Pernah Dilakukan Sebelumnya

No	Judul Disertasi	Penyusun	Fokus Penelitian	Perbedaan dengan Disertasi Promovendus
1.	Tinjauan Yuridis Tentang Gratifikasi Sebagai Salah Satu Delik Tindak Pidana Korupsi Dalam Perspektif Hukum Pidana	Rionald Sidjabat (Universitas Sebelas Maret)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Gratifikasi sebagai salah satu delik tindak pidana korupsi dalam Hukum Pidana 2. Penanganan Hukum Pidana terhadap gratifikasi, 3. Faktor-faktor penghambat dalam penanganan gratifikasi serta langkah-langkah solusinya. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pengaturan gratifikasi sebagai Suap dalam UU tindak pidana korupsi. 2. Kelemahan pengaturan gratifikasi sebagai Suap dalam Tipikor 3. Rekontruksi dengan berbasis keadilan bermartabat.
2.	Praktik Gratifikasi dalam Pelayanan Nikah di Kantor Urusan Agama (KUA) Kota Surabaya.	Abdul Main (Universitas Airlangga)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Proses terjadinya praktik gratifikasi secara sistemik dalam pelayanan nikah yang dilakukan oleh agency penghulu dan masyarakat di tengah menguatnya kontrol sosial dan struktur hukum anti korupsi 2. Peran dualitas antara agen-struktur tersebut sejauh mana keduanya saling memengaruhi terjadinya (menstrukturasi) praktik gratifikasi pelayanan nikah yang berulang dalam keajegan praktik sosial. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pengaturan gratifikasi dalam undang-undang tindak pidana korupsi. 2. Kelemahan pengaturan gratifikasi dalam tindak pidana korupsi 3. Rekontruksi dengan berbasis keadilan bermartabat.
3.	Penerapan Pembalikan Beban Pembuktian dalam Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi di Indonesia	Akil Mochtar (Universitas Padjajaran)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pendekatan-pendekatan yang seimbang antara kebutuhan untuk menciptakan langkah-langkah yang efektif dalam memerangi korupsi dengan mendapatkan hasil-hasil korupsi 2. Hak-hak dasar dari mereka 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Pengaturan gratifikasi dalam undang-undang tindak pidana korupsi. 2. Kelemahan pengaturan gratifikasi dalam tindak pidana korupsi 3. Rekontruksi dengan berbasis keadilan bermartabat.

			yang terkena implikasi dalam penyelidikan serta penuntutan. Oleh karena itu diberlakukan sistem pembuktian terbalik agar dapat menuntut para pelaku korupsi 3. Mendapatkan kembali atau menyita hasil-hasil korupsi	
4.	Sanksi Pidana Mati Terhadap Pelaku Tindak Pidana Korupsi	Jaja Subagja (Universitas Airlangga)	1. Penerapan sanksi hukuman mati terhadap pelaku tindak pidana korupsi. 2. Praktek penegakan hukum tindak pidana korupsi.	1. Pengaturan gratifikasi dalam undang-undang tindak pidana korupsi. 2. Kelemahan pengaturan gratifikasi dalam tindak pidana korupsi 3. Rekontruksi dengan berbasis keadilan bermartabat.

Sumber: Diolah dari Disertasi-Disertasi yang berkenaan dengan topik yang hampir sama, yang dilakukan sebelumnya.

1.6.7. Orisinilitas Penelitian

Penelitian ini merupakan suatu penelitian yang dapat dikatakan bersifat orisinil. Penelitian ini dapat dikatakan sebagai suatu penelitian yang bersifat orisinil karena pernyataan Promovenda tersebut dapat dibuktikan dengan mengemukakan suatu perbandingan penelitian (*comparative research*). Dimaksudkan oleh Promovenda dengan perbandingan penelitian, yaitu perbandingan penelitian ini terhadap hasil-hasil penelitian atau hasil-hasil studi yang pernah dilakukan sebelumnya. Semua dari penelitian yang pernah dilakukan sebelumnya, dibuat dalam rangka penulisan Disertasi.

Penelitian terhadap penelitisan yang pernah dilakukan sebelumnya, hanya sejauh penelitian-penelitian itu berkenaan dengan topik Gratifikasi menjadi Suap sebagai suatu kategori atau jenis dari tindak pidana korupsi. Gambaran singkat mengenai perbandingan hasil penelitian yang dilakukan oleh Promovenda terhadap hasil-hasil penelitian dari para peneliti terdahulu itu telah dikemukakan dalam matrix perbandingan penelitian di **Tabel 1**, di atas.