

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Hukum sebagai kaidah atau norma sosial, tidak terlepas dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat, bahwa dapat dikatakan bahwa hukum merupakan pencerminan dan konkretisasi dari pada nilai-nilai yang pada suatu saat berlaku dalam masyarakat.¹ Keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga sangat dibutuhkan dalam mengatur kehidupan sehari-hari.

Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyatakan, bahwa Indonesia adalah negara hukum dan sebagai konsekuensi dari negara hukum, apabila terjadi pelanggaran hukum, hukum harus ditegakkan dengan menindak pelaku sesuai dengan ketentuan, dan apabila terjadi sengketa, maka sengketa itu harus diselesaikan secara hukum dimana di Indonesia ketentuan tersebut sudah diatur dalam hukum positif yaitu hukum pidana.

Hukum pidana merupakan bagian dari hukum publik. Hukum pidana terbagi menjadi 2 (dua) bagian, yaitu hukum pidana materiil dan hukum pidana formil. Hukum pidana materiil mengatur tentang penentuan tindak pidana, pelaku tindak pidana, dan pidana (sanksi). Di Indonesia, pengaturan hukum pidana materiil diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Hukum pidana formil mengatur tentang pelaksanaan hukum pidana materiil. Di Indonesia,

¹ Soerjono Soekanto. 2004. *Pokok- Pokok Sosiologi Hukum*. Jakarta : PT.RajaGrafindo Persada, hlm. 16

pengaturan hukum pidana formil telah disahkan dengan UU Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Adanya KUHP dan KUHAP di Indonesia ternyata tidak menjamin penegakan hukum di Indonesia sesuai dengan yang diharapkan masyarakat Indonesia dalam penyelenggaraan negara hukum di Indonesia yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia dan tumpah darah Indonesia.

Bagir Manan menyatakan bahwa penegakan hukum Indonesia dapat dikatakan "*communis opinio doctorum*", yang artinya bahwa penegakan hukum yang sekarang dianggap telah gagal dalam mencapai tujuan yang diisyaratkan oleh Undang-Undang.²

Penegakan hukum pidana saat ini dianggap tidak dapat menyelesaikan permasalahan antara pelaku dan korban. Contohnya pada kasus tindak pidana penipuan, pada kasus penggelapan dan kasus-kasus tindak pidana umum biasanya proses peradilan pidana tidak mengembalikan kerugian korban akibat adanya tindak pidana, yang ada hanya penindakan terhadap pelaku sedangkan korban diabaikan.

Penindakan terhadap pelaku berupa penjatuhan sanksi pidana penjara juga tidak menjamin angka kejahatan menjadi menurun, yang ada permasalahan baru akan timbul dimana adanya kecenderungan pelaku justru mengulangi lagi perbuatannya. Permasalahan lain adanya over kapasitas penghuni Lapas di Indonesia. Permasalahan over kapasitas Lapas di Indonesia yang tidak bisa dipandang lagi menjadi masalah sepele, karena akibat over kapasitas Lapas bisa

² Rudi Rizky (ed), 2008, *Refleksi Dinamika Hukum (Rangkaian Pemikiran dalam Dekade Terakhir)*, Perum Percetakan Negara Indonesia, Jakarta, h. 4

mengakibatkan gangguan keamanan di Lapas dan bila dikaji mendalam Negara harus menanggung beban untuk menghidupi para napi tersebut.

Indonesia memerlukan adanya penyelesaian perkara pidana yang tidak hanya menitikberatkan pada penjatuhan pidana terhadap pelaku tetapi adanya pengembalian keadaan dalam bentuk semula atau pulihnya keseimbangan (*equilibrium*) yang terganggu di masyarakat, karena tindak pidana yang terjadi.

Sistem penegakan hukum di Indonesia membuat aparat penegak hukum yaitu Polisi, Jaksa, dan Hakim terikat dengan suatu sistem yang mengharuskan pelaku tindak pidana harus dijatuhi pidana dan menjalani hukuman di penjara. Hal tersebut berdampak semakin tahun penghuni lembaga pemasyarakatan (lapas) di Indonesia menjadi over kapasitas.

Jumlah narapidana yang melebihi kapasitas dinilai menjadi penyebab utama kerusuhan di lapas. KPK, BNN, PPNS dan Densus 88 memiliki peran besar memberi suplai tahanan di lapas. Selain itu, napi yang sudah ditangkap sulit untuk bebas. Juru Bicara Ditjen PAS Kemenkumham Akbar Hadi mengatakan,³ over kapasitas sangat mempengaruhi kehidupan napi di penjara. Dia mencontohkan, Lapas di Jakarta satu ruang penjara yang seharusnya diisi 5 (lima) orang, akan tetapi harus dihuni 20 (dua puluh) lebih napi. Kondisi lapas sangat tidak kondusif. Selain over kapasitas, menurut Akbar ada alasan lain yang menyebabkan kerusuhan di Lapas. Dia menyebut, selain polisi dan jaksa, banyaknya aparat penegak hukum yang menyeret pelaku kriminal ke penjara menjadi penyebab tingginya jumlah tahanan.

³ <http://news.metrotvnews.com/news/GKdXnJmK-penyebab-lapas-di-indonesia-over-kapasitas>, diakses pada tanggal 17 Desember 2017

Penyelesaian over kapasitas Lapas di Indonesia salah satunya pemerintah harus membangun Lapas, Rutan baru atau memperluas bangunan Lapas yang ada, hal ini bukanlah perkara mudah dibutuhkan anggaran besar dan waktu yang tidak sebentar untuk mewujudkannya, sekalipun hal itu dapat direalisasikan tidak menjamin Lapas dan Rutan di Indonesia bebas dari permasalahan over kapasitas. Karena hukum yang berlaku di Indonesia cenderung bersifat prosedural dan menitikberatkan pada penjatuhan hukuman kepada pelaku, selain daripada itu hukum di Indonesia cenderung meninggalkan korban dalam keadaan menderita.

Bahkan pada kasus-kasus seksual bahkan korban wanita menderita 2 (dua) kali akibat proses pemeriksaan yang terkadang memojokan wanita sebagai korban yang turut berperan. Korban dipaksa menjadi saksi akan tindakan yang menyerang kehormatannya di pengadilan, bahkan tanpa biaya operasional sedikitpun. Korban dipaksa sebagai saksi menceritakan penderitaannya di depan khalayak umum. Alih-alih merehabilitasi keadaan, prosedur hukum pidana justru bukan hanya memberikan penderitaan bagi pelaku, namun juga memberi penderitaan bagi korban dan ketidakadilan. Untuk itu diperlukan suatu sistem yang lebih memperhatikan keadilan baik bagi korban maupun untuk pelaku tindak pidana.

Keadilan adalah tujuan negara Indonesia, sebagaimana pembukaan UUD 1945 dinyatakan bahwa:

Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam

suatu Undang-undang dasar negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada: Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia, dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Selain itu sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia menunjukkan bahwa manusia Indonesia menyadari hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam masyarakat Indonesia. Keadilan sosial memiliki unsur pemerataan, persamaan dan kebebasan yang bersifat komunal.

Sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia mengandung nilai-nilai bahwa setiap peraturan hukum, baik undang-undang maupun putusan pengadilan mencerminkan semangat keadilan. Keadilan yang dimaksudkan adalah semangat keadilan sosial bukan keadilan yang berpusat pada satu individu. Keadilan tersebut haruslah dapat dirasakan oleh sebagian besar masyarakat Indonesia, bukan oleh segelintir golongan tertentu.

Nilai keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia mengandung makna sebagai dasar sekaligus tujuan, yaitu tercapainya masyarakat Indonesia yang adil dan makmur secara lahiriah maupun batiniah. Penegakan hukum dan keadilan ini ialah wujud kesejahteraan manusia lahir dan batin, sosial dan moral. Kesejahteraan rakyat lahir batin, terutama terjaminnya keadilan sosial bagi seluruh rakyat, yaitu sandang, pangan, papan, rasa keamanan dan keadilan, serta kebebasan beragama/kepercayaan. Cita-cita keadilan sosial ini harus diwujudkan berdasarkan UUD dan hukum perundangan yang berlaku dan ditegakkan secara melembaga berdasarkan UUD 1945.

Tujuan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia merupakan salah satu ciri bahwa Indonesia merupakan negara hukum modern karena negara mengurus segala aspek kehidupan masyarakat Indonesia dan mengambil kebijakan dengan mengutamakan masyarakat yang dituangkan dalam hukum positif baik berupa hukum formil maupun hukum materiil, sehingga penegakan hukum di Indonesia haruslah bersumber pada hukum positif.

Satjipto Raharjo menyatakan bahwa, hukum modern memiliki tipe liberal. Dalam tipe liberal, tidak hanya hukum substantif yang penting, melainkan juga prosedur. Prosedur menjadi penting dan memiliki arti tersendiri, oleh karena dibutuhkan untuk menjaga dan mengamankan kebebasan individu. Pemikiran tentang hukum yang kemudian melahirkan positivisme, tak dapat dipisahkan dari kehadiran negara modern.⁴ Positivisme inilah yang selama ini tertanam di benak kebanyakan para sarjana hukum di Indonesia, akibatnya sangat mempengaruhi pola berpikir penegak hukum dalam penanganan perkara pidana yaitu harus sesuai pada hukum positif yang ada.

Menurut Satjipto Raharjo, penyelesaian perkara melalui sistem peradilan yang berujung pada vonis pengadilan merupakan suatu penegakan hukum ke arah jalur lambat. Hal ini karena penegakan hukum itu melalui jarak tempuh yang panjang, melalui berbagai tingkatan mulai dari kepolisian, kejaksaan, pengadilan negeri, pengadilan tinggi bahkan sampai ke Mahkamah Agung. Pada akhirnya

⁴Satjipto Raharjo, "*Rekonstruksi Pemikiran Hukum di Era Reformasi*" (makalah disampaikan dalam Seminar Nasional Menggugat Pemikiran Positivisme di Era Reformasi, ODIH, UNDIP. Semarang, 22 Juli 2000, h.4

berdampak pada penumpukan perkara yang jumlahnya tidak sedikit di pengadilan.⁵

Hukum pidana adalah *ultimum remedium* yang berarti suatu upaya terakhir yang ditempuh bilamana tidak ada upaya lain untuk menyelesaikan perkara. Namun, pada perkembangannya hukum pidana justru digunakan sebagai upaya pertama dalam menyelesaikan suatu masalah antara orang yang satu dengan yang lain. Bahkan ada suatu perkara yang sebenarnya termasuk dalam ranah perdata dipaksakan menjadi pidana.

Menumpuknya perkara pidana sebenarnya tidak lepas dari apa yang dihasilkan oleh pengadilan dan penegakan hukum di daerah. Artinya perkara yang masuk di Mahkamah Agung sebagai institusi tingkat tertinggi, sangat dipengaruhi bagaimana penegakan hukum di daerah. Semakin banyak aparat penegak hukum di daerah melakukan penyidikan, penuntutan dan persidangan maka akan semakin banyak perkara yang menumpuk di Mahkamah Agung. Hal ini dikarenakan adanya ketidakpuasan terhadap putusan hakim, kesalahan dalam memberikan pertimbangan dan upaya mencari keadilan.

Di satu sisi penegakan hukum merupakan hal yang baik, bahkan wajib untuk dilakukan. Namun di sisi lain Satjipto Raharjo menyatakan bahwa:

Betapa kompleks sebenarnya penyelenggaraan keadilan di bidang hukum pidana ini. Dan sebagaimana biasanya proses-proses yang melibatkan badan-badan dalam suatu sistem birokrasi, maka problem utama yang dihadapi adalah : efisiensi kerjanya. Kecaman-kecaman yang biasa dilontarkan dalam hubungannya dengan administrasi yang demikian itu adalah ketidaksamaan perlindungan yang diberikan

⁵Satjipto Rahardjo. 2003, *Sisi-Sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Kompas, Jakarta, h.170

kepada tersangka, sehingga mengalami penderitaan lebih dari yang bisa diterima.⁶

Pada hakekatnya hukum mengandung ide atau konsep. Konsep yang abstrak, sekalipun abstrak tapi dibuat untuk diimplementasikan dalam kehidupan sosial sehari-hari. Oleh sebab itu perlu adanya suatu kegiatan untuk mewujudkan ide-ide tersebut ke dalam masyarakat. Rangkaian kegiatan ini dalam rangka mewujudkan ide-ide tersebut menjadi kenyataan yang merupakan suatu proses penegakkan Hukum.⁷

Ketika hukum yang sarat dengan nilai-nilai itu hendak dilaksanakan, maka hukum harus berhadapan dengan berbagai macam faktor yang mempengaruhi dari lingkungan sosialnya. Penegakkan hukum hendaknya tidak dilihat sebagai sesuatu yang berdiri sendiri melainkan selalu berada diantara berbagai faktor, hubungan hukum dengan faktor-faktor non hukum terutama faktor nilai dan sikap serta pandangan masyarakat, yang selanjutnya disebut dengan kultur hukum. Hukum sebagai sistem yang selalu berorientasi pada suatu tujuan dan sistem itu selalu berinteraksi dengan sistem yang lebih besar yaitu lingkungannya dan bekerjanya sistem itu menciptakan sesuatu yang berharga.⁸

Pemahaman sistem yang demikian itu mengisyaratkan bahwa persoalan hukum yang kita hadapi sangat kompleks. Di satu sisi hukum dipandang sebagai suatu sistem nilai yang secara keseluruhan dipayungi oleh suatu norma dasar yang disebut *grund norm* atau *basic norm*. Norma dasar itulah yang dipakai sebagai dasar sekaligus pembentuk penegakkan hukum. Sebagai sistem nilai, maka *grund*

⁶ Satjipto Rahardjo, 2012, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, h. 196

⁷ Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang, 2005, h. 78

⁸ *Ibid.*, h. 79

norm itu merupakan sumber nilai dan juga sebagai pembatas dalam penerapan Hukum.

Berdasarkan perspektif yang lain, hukum merupakan bagian dari lingkungan sosialnya. Dengan demikian, hukum merupakan salah satu sub sistem diantara sub sistem-sub sistem sosial lain, seperti sosial, budaya, politik dan ekonomi. Itu berarti hukum tidak dapat dipisah-pisahkan dengan masyarakat sebagai basis bekerjanya. Di sini tampak bahwa hukum berada di antara dunia nilai atau dunia ide dengan dunia kenyataan sehari-hari yaitu dunia nilai dan dunia realitas. Faktor kultur hukum memegang peranan yang sangat penting di dalam penegakkan hukum. Kultur hukum berfungsi untuk menjembatani sistem hukum dengan tingkah laku masyarakatnya. Seseorang menggunakan atau tidak menggunakan dan patuh antara tidak patuh terhadap hukum sangat ditentukan oleh nilai-nilai yang dihayati oleh anggota masyarakat.

Hampir setiap bidang kehidupan sekarang ini diatur oleh peraturan-peraturan hukum. Campur tangan hukum yang semakin meluas ke dalam bidang kehidupan masyarakat menyebabkan masalah efektivitas penerapan hukum menjadi semakin penting untuk diperhitungkan artinya hukum harus bisa menjadi institusi yang bekerja secara efektif di dalam masyarakat. Bagi masyarakat yang sedang membangun, hukum selalu dikaitkan dengan usaha-usaha untuk meningkatkan taraf kehidupan masyarakat, ke arah yang lebih baik. Oleh karena itu peranan hukum semakin menjadi penting dalam mewujudkan tujuan itu.

Fungsi hukum tidak cukup hanya sebagai kontrol sosial melainkan fungsi hukum diharapkan untuk melakukan usaha menggerakkan rakyat agar bertingkah

laku sesuai dengan cara-cara baru untuk mencapai suatu tujuan yang dicitakan. Untuk bertingkah laku sesuai dengan ketentuan hukum inilah diperlukan kesadaran hukum dari masyarakat karena faktor tersebut merupakan jembatan yang menghubungkan antara peraturan-peraturan hukum dengan tingkah laku anggota-anggota masyarakat.

Di banyak negara, ketidakpuasan dan frustrasi dengan sistem peradilan formal atau melahirkan kembali kepentingan dalam melestarikan dan memperkuat hukum adat dan praktek peradilan tradisional telah menyebabkan panggilan untuk respon alternatif untuk kejahatan dan gangguan sosial. Banyak alternatif ini memberikan pihak yang terlibat, dan sering juga masyarakat sekitar, kesempatan untuk berpartisipasi dalam menyelesaikan konflik dan mengatasi konsekuensinya. Program keadilan restoratif didasarkan pada keyakinan bahwa pihak yang terlibat konflik harus secara aktif terlibat dalam menyelesaikan dan mengurangi konsekuensi negatif. Mereka juga didasarkan, dalam beberapa kasus, pada kemauan untuk kembali ke bangunan pengambilan keputusan dan masyarakat setempat. Pendekatan-pendekatan ini juga dilihat sebagai sarana untuk mendorong ekspresi damai konflik, untuk mempromosikan toleransi dan inklusivitas, membangun penghargaan atas keragaman dan mempromosikan praktek masyarakat yang bertanggung jawab.⁹

Adanya ketidakpuasan terhadap sistem yang ada sehingga memunculkan suatu keadilan yang dinamakan *Restorative Justice* (keadilan restoratif) sebagai perkembangan penting dalam pemikiran manusia didasarkan pada tradisi keadilan

⁹ E.Y. Kanter dan S.R. Sianturi, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni AHM- PTHM, Jakarta, h. 16

dari Arab kuno, Yunani, Romawi dan peradaban yang diterima pendekatan restoratif bahkan kasus pembunuhan, pendekatan restoratif dari majelis umum (Moots) dari Jermanik masyarakat yang menyapu seluruh Eropa setelah jatuhnya Roma, Hindu India sebagai kuno sebagai Weda Peradaban untuk siapa “dia yang menebus diampuni”, dan Budha kuno, Tao, dan tradisi Konfusianisme yang dilihatnya dicampur dengan pengaruh Barat hari ini di Asia Utara.¹⁰

Konsep teori *restorative justice* menawarkan jawaban atas isu-isu penting dalam penyelesaian perkara pidana, yaitu:

1. Kritik terhadap sistem peradilan pidana yang tidak memberikan kesempatan khususnya bagi korban (*criminal justice system that disempowers individu*);
2. Menghilangkan konflik khususnya antara pelaku dengan korban dan masyarakat (*taking away the conflict from them*);
3. Fakta bahwa perasaan ketidakberdayaan yang dialami sebagai akibat dari tindak pidana harus diatasi untuk mencapai perbaikan (*in order to achieve reparation*).¹¹

“*Diversions*” pertama kali dikemukakan sebagai kosa kata pada laporan pelaksanaan peradilan anak yang disampaikan Presiden Komisi Pidana (*President’s Crime Commission*) Australia di Amerika Serikat pada tahun 1960. Sebelum dikemukakannya istilah diversi praktek pelaksanaan yang berbentuk seperti diversi telah ada sebelum tahun 1960 ditandai dengan berdirinya peradilan anak (*children’s courts*) sebelum abad ke-19 yaitu diversi dari sistem peradilan pidana formal dan formalisasi polisi untuk melakukan peringatan (*police*

¹⁰ E. Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, (Jakarta: Balai Buku Ihtiar, 1962), h. 230

¹¹*Ibid.*, h. 7

cautioning). Prakteknya telah berjalan di negara bagian Victoria Australia pada tahun 1959 diikuti oleh negara bagian Queensland pada tahun 1963.¹²

Di Indonesia proses diversifikasi telah diterapkan dalam perkara anak, dimana diversifikasi merupakan amanat Undang-Undang Nomor 11 tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak, sehingga apabila pelaku anak melakukan tindak pidana dan tindak pidana tersebut memenuhi persyaratan dilakukannya diversifikasi, maka penegak hukum wajib melaksanakan proses diversifikasi.

Menurut Romli Atmasasmita dalam Setya Wahyudi, diversifikasi yaitu kemungkinan hakim menghentikan atau mengalihkan/tidak meneruskan pemeriksaan perkara dan pemeriksaan terhadap anak selama proses pemeriksaan di muka sidang.¹³

Diversifikasi sebagai usaha mengajak masyarakat untuk taat dan menegakan hukum negara, pelaksanaannya tetap mempertimbangkan rasa keadilan sebagai prioritas utama di samping pemberian kesempatan kepada pelaku untuk menempuh jalur non pidana seperti ganti rugi, kerja sosial atau pengawasan negara.¹⁴

Diversifikasi tidak bertujuan mengabaikan hukum dan keadilan sama sekali, akan tetapi berusaha memakai unsur pemaksaan seminimal mungkin untuk membuat orang mentaati hukum. Prinsip keadilan tetap dijunjung tinggi dalam penegakan hukum tidak terkecuali saat penerapan prinsip-prinsip diversifikasi dilaksanakan. Keadilan menempatkan kejujuran dan perlakuan yang sama

¹² 7 Marlina, *Penerapan Konsep Diversifikasi Terhadap Anak Pelaku Tindak Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak*, Jurnal Equality, Vol. 13 No. 1 Februari 2008, h. 97

¹³*Ibid.*, h. 15

¹⁴*Ibid.*, h. 5-6

terhadap semua orang. Petugas dituntut tidak membeda-bedakan orang dengan prinsip tindakan yang berubah dan berbeda oleh karena proses diversi masuk dalam prosedural peradilan pidana sehingga tidak ada penilaian subyektif apakah suatu tindak pidana dapat didiversi ataupun tidak. Pelaksanaan diversi bertujuan mewujudkan keadilan dan penegakan hukum secara benar dengan meminimalkan pemaksaan pidana.

Pasal 55 ayat (1) RUU KUHP 2015 menyatakan bahwa, pembedaan bertujuan:

- a. mencegah dilakukannya tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat;
- b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
- c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
- d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana

Pasal 56 ayat (1) i dan j RUU KUHP menyatakan, bahwa dalam pembedaan wajib dipertimbangkan pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarga korban selain itu juga permintaan dari korban dan/atau keluarganya, oleh karena itu dapat dilihat RUU KUHP telah mengagendakan adanya *restorative justice* dan diversi. Akan tetapi dalam RUU KUHP proses diversi hanya dikenal dalam perkara anak. Diversi pada Pasal 117 ayat (1) RUU KUHP hanya menyatakan bahwa, setiap penyidik, penuntut umum, dan hakim dalam memeriksa anak wajib mengupayakan diversi. Artinya diversi saat ini hanya dikenal dalam tindak pidana yang melibatkan anak.

Dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang sistem peradilan pidana dimana diatur mengenai proses diversi, perkara anak di

Indonesia yang melalui proses persidangan jauh menurun. Dengan mengacu penerapan diversifikasi pada perkara anak, diversifikasi tentunya menjadi ide yang cukup menarik dalam menyelesaikan masalah tindak pidana umum. Karena beberapa tindak pidana umum sebenarnya tidak perlu melalui proses persidangan sehingga melalui diversifikasi atau pengalihan suatu perkara tentunya akan memangkas perkara yang menumpuk di pengadilan, dengan demikian keadilan dapat tercapai dan juga memangkas sistem birokrasi yang terlalu lama.

Hukum haruslah adil dan memberi kepastian hukum, namun hukum juga seharusnya luwes dalam menghadapi menumpuknya berkas di pengadilan. Oleh karena itu lahirlah *restorative justice* yang mengharuskan untuk adanya upaya memulihkan/mengembalikan kerugian atau akibat yang ditimbulkan oleh tindak pidana, dan pelaku dalam hal ini diberi kesempatan untuk dilibatkan dalam upaya pemulihan tersebut, semua itu dalam rangka memelihara ketertiban masyarakat dan memelihara perdamaian yang adil.

Diversifikasi adalah salah satu bentuk *restorative justice*. Kata diversifikasi berasal dari bahasa Inggris *diversion* yang berarti “pengalihan”. Berdasarkan pedoman umum bahasa Indonesia yang disempurnakan dan pedoman umum pembentukan istilah, disesuaikan dalam bahasa Indonesia menjadi diversifikasi.¹⁵

Diversifikasi merupakan wewenang dari aparat penegak hukum yang menangani kasus tindak pidana untuk mengambil tindakan meneruskan perkara atau menghentikan perkara, mengambil tindakan tertentu sesuai dengan

¹⁵ Setya wahyudi, 2011, *Implementasi Ide Diversifikasi Dalam Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak Di Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, h.14

kebijakan yang dimilikinya.¹⁶ Berdasarkan hal tersebut terdapat suatu kebijakan apakah perkara tersebut diteruskan atau dihentikan. Apabila perkara tersebut diteruskan, maka kita akan berhadapan dengan sistem pidana dan akan terdapat sanksi pidana yang harus dijalankan.

Penerapan diversifikasi dapat berbenturan dengan asas legalitas dan tujuan kepastian hukum. Berbenturan dengan asas legalitas karena secara hukum positif adanya suatu perbuatan pidana harus diproses sesuai dengan hukum materiil yang berlaku. Akan tetapi dengan diterapkan diversifikasi pada perkara tersebut dengan tidak diproses karena adanya kesepakatan dengan korban, maka akan berbenturan dengan tujuan kepastian hukum. Walaupun ada kesepakatan antara pelaku dengan korban, akan tetapi karena hukum positif di Indonesia tidak diatur baik dalam hukum formil maupun hukum materiil, maka tidak menjamin kesepakatan tersebut dapat dilaksanakan.

Pada tahapan Penyidikan, sebagaimana dalam pengaturan Pasal 109 Undang Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang Undang Hukum Acara Pidana terdapat banyak kelemahan apabila akan menerapkan diversifikasi terhadap tindak pidana umum. Polisi harus memiliki kewenangan baik untuk mengalihkan perkara keluar sistem peradilan pidana untuk ditangani subsistem lain di luar sistem peradilan pidana melalui mekanisme diversifikasi atau bertindak sebagai mediator untuk mendamaikan pelaku dan korban melalui mekanisme mediasi penal.

¹⁶ Marlina, 2010, *Pengantar Konsep Diversifikasi dan Restorative Justice dalam Hukum Pidana*, USU Press, Medan, h. 1

Dalam praktek di lapangan polisi ternyata telah mencoba menerapkan pendekatan keadilan restoratif meskipun belum memiliki payung hukum. Hal itu dilakukan dengan mengambil kebijaksanaan untuk tidak melanjutkan proses suatu perkara pidana semata-mata dengan pertimbangan kemanusiaan seperti jenis tindak pidana yang dianggap ringan dengan pertimbangan ancaman pidana di bawah lima tahun dan kesalahan berupa kelalaian, kondisi ekonomi kedua belah pihak (pelaku dan korban) mengingat untuk melanjutkan perkara ke tahap-tahap berikutnya memerlukan dana yang tidak sedikit.

Baik diversifikasi maupun mediasi penal ini terkait erat dengan kewenangan diskresi dan penghentian penyidikan oleh polisi. Alasan penghentian penyidikan Ketentuan Pasal 109 ayat 2 Kitab Undang Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) menyebutkan hal-hal yang dapat digunakan sebagai alasan untuk menghentikan penyidikan adalah tidak terdapat cukup bukti, peristiwa tersebut ternyata bukan merupakan tindak pidana atau penyidikan dihentikan demi hukum.

Begitu juga pada tahapan Penuntutan, bahwa dalam pengaturan Undang Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang Undang Hukum Acara Pidana, sebagaimana dalam Pasal 140, yang menyebutkan bahwa alasan penghentian penuntutan Ketentuan Pasal 140 ayat 2 KUHAP menyebutkan hal-hal yang dapat digunakan sebagai alasan untuk menghentikan penuntutan adalah tidak terdapat cukup bukti, peristiwa tersebut ternyata bukan merupakan tindak pidana.

Selanjutnya dalam tahapan persidangan, bahwa dalam pengaturan Pasal 75 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, menyebutkan bahwa Orang yang

mengajukan pengaduan, berhak menarik kembali dalam waktu tiga bulan setelah pengaduan diajukan.

Mahkamah Agung telah berargumen bahwa salah satu tujuan hukum pidana adalah memulihkan keseimbangan yang terjadi disebabkan adanya tindak pidana. Walaupun pencabutan tersebut telah melewati waktu yang disyaratkan dalam Pasal 75 KUHP, akan tetapi Mahkamah Agung telah menilai bahwa pencabutan perkara dapat memulihkan ketidakseimbangan yang terganggu.

Hakim memang sudah selayaknya mengadaptasi nilai-nilai sosial yang hidup. Meskipun *restorative justice* hendak dikedepankan, pelaku seharusnya tetap dikenai kewajiban membayar ganti rugi.

Pada dasarnya penerapan pendekatan keadilan restoratif ini sangat mungkin diterapkan dalam berbagai jenis tindak pidana yang sifatnya umum dan bukan merupakan perbuatan yang pelaku dan korbannya tidak dapat teridentifikasi secara jelas, bersifat politis dan mengancam keselamatan masyarakat secara luas.

Tujuan hukum dan penegakan hukum sekedar untuk kepastian hukum itu sendiri. Penegakan hukum yang normatif dan prosedural tidak memberikan ruang penyelesaian alternatif konstruktif sebagaimana penyelesaian perkara pidana di luar sistem peradilan pidana. Penegakan hukum yang normatif dan prosedural dalam sistem peradilan pidana tersebut belum berorientasi kepada keadilan.

Berdasarkan uraian tersebut, mendorong peneliti untuk mengkaji lebih jauh penelitian disertasi yang berjudul “**REKONSTRUKSI PENERAPAN**

DIVERSI DALAM PENANGANAN TINDAK PIDANA UMUM BERBASIS NILAI KEADILAN”.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian di atas, maka penulis merumuskan suatu permasalahan sebagai berikut :

1. Bagaimanakah efektifitas penanganan tindak pidana umum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia?
2. Apakah faktor penghambat penanganan tindak pidana umum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia?
3. Bagaimanakah model rekonstruksi penerapan diversifikasi dalam penanganan tindak pidana umum berbasis nilai keadilan?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui dan menganalisis efektifitas penanganan tindak pidana umum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia.
2. Untuk mengetahui dan menganalisis faktor penghambat penanganan tindak pidana umum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia.
3. Untuk menganalisis dan menemukan model rekonstruksi penerapan diversifikasi dalam penanganan tindak pidana umum berbasis nilai keadilan.

D. Kegunaan Penelitian

1. Kegunaan Teoritis
 - a. Hasil penelitian ini dapat bermanfaat pada pengembangan teori dalam hukum acara pidana khususnya sistem peradilan pidana.

- b. Hasil penelitian ini dapat dipergunakan sebagai bahan pengajaran menambah materi perkuliahan khususnya dalam Mata Kuliah Hukum Acara Pidana.
2. Kegunaan Praktis
 - a. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan acuan deskripsi mengenai Pengaturan sistem peradilan pidana terhadap tindak pidana umum dalam Hukum Acara Pidana di masa yang akan datang.
 - b. Hasil penelitian ini diharapkan dapat berguna untuk sebagai masukan DPR RI dan Pemerintah Eksekutif dalam menyusun Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana.

E. Kerangka Konseptual

1. Rekonstruksi

Rekonstruksi hukum berawal dari dua kata yang tergabung yaitu rekonstruksi dan hukum. Masing masing kata mewakili maknanya, bahkan sebelum mengerti apa itu rekonstruksi, maka perlu dikaji kata dasar rekonstruksi yaitu konstruksi. Menurut Sarwiji yang dimaksud dengan makna konstruksi (*construction meaning*) adalah makna yang terdapat dalam konstruksi kebahasaan. Jadi, makna konstruksi dapat diartikan sebagai makna yang berhubungan dengan kalimat atau kelompok kata yang ada didalam sebuah kata dalam kajian kebahasaan. Konstruksi dapat juga

didefinisikan sebagai susunan (model, tata letak) suatu bangunan (jembatan, rumah, dan lain sebagainya).¹⁷

Makna rekonstruksi dapat dipahami dengan pembaharuan atau reaktualisasi. Dan ini memiliki tiga kandungan makna, yaitu: (1) Merekonstruksi atau memperbaharui dengan hal yang sudah pernah ada sebelumnya (menghidupkan kembali); (2) Merekonstruksi atau memperbaharui sesuatu yang sudah kadaluarsa (tambal sulam); (3) Merekonstruksi atau memperbaharui dengan bentuk yang baru sama sekali/kreasi-inovatif.¹⁸ Kontruksi kemudian mendapatkan awalan *re* yang berarti kembali sama halnya seperti kata kata *reuni* yang bermakna kembali bersatu, *reformasi* yang bermakna merombak bentuk kembali, atau *reaktualisasi* yang berarti aktualisasi kembali. Hal ini sama seperti makna rekonstruksi yang berarti membangun kembali suatu bangunan, konsep, struktur serta kerangka.

Rekonstruksi kemudian dikaitkan dengan hukum sebagai satu istilah, oleh karena itu perlu terlebih dahulu diketahui makna hukum itu sendiri. Terdapat beberapa definisi hukum yang disebutkan beberapa para pakar dan ahli hukum sebagai berikut:

1. Ceorg Frenzel yang berpaham sosiologi, “hukum hanya merupakan suatu *rechtgewohnheiten*
2. Holmes yang berpaham realis, hukum adalah apa yang diramalkan akan diputuskan oleh pengadilan.
3. Paul Bohannon yang berpaham antropologis, hukum merupakan himpunan kewajiban yang telah di lembagakan dalam pranata hukum.

¹⁷ Suwandi, Sarwiji. 2008. Semantik Pengantar Kajian Makna. Yogyakarta: Media Perkasa

¹⁸ Abu Husain Ahmad bin Faris bin Zakaria, Mu’jam Maqayis al-Lughah, 1979, Beirut: Dar al-Fikr li alThaba’ah wa al-Nasyr, Vol. 1., h. 306

4. Karl Von Savigni yang berpaham Historis, keseluruhan hukum sungguh-sungguh terbentuk melalui kebiasaan dan perasaan kerakyatan yaitu melalui pengoperasian kekuasaan secara diam-diam.
5. Emmanuel Kant yang berpaham hukum alam, hukum adalah keseluruhan kondisi-kondisi dimana terjadi kombinasi antara keinginan pribadi
6. seseorang dengan keinginan pribadi orang lain sesuai dengan hukum umum tentang kemerdekaan.
7. Hans Kelsen yang berpaham positivis, hukum adalah suatu perintah memaksa terhadap tingkah laku manusia.¹⁹

Hukum diartikan oleh Aristoteles adalah *Particular Law is that which each community lays down and applies to its own member. Universal law is the law of nature.* Sedangkan Grotius mengartikan hukum sebagai *law of moral action obliging to that which is right.*²⁰ Cukup berbeda E.M Meyer dalam bukunya *DE Algemene begrippen van het burgerlijke recht* mengartikan hukum sebagai semua aturan yang mengandung pertimbangan kesusilaan, ditujukan kepada tingkah laku manusia dalam masyarakat dan yang menjadi pedoman bagi penguasa negara dalam melakukan tugasnya.²¹

Hukum harus dilihat dan dipelajari sebagai lembaga sosial. Hukum sebagai suatu bentuk pengendalian sosial yang khusus mengatur manusia agar terhindar dari perbuatan-perbuatan anti sosial. Intinya terletak pada teori kepentingan yang pada pokoknya menyatakan bahwa hukum berfungsi untuk memenuhi tujuan-tujuan sosial, jadi dalam artian sosialnya hukum merupakan suatu produk sosial yang sekaligus merupakan kekuatan sosial.²²

¹⁹ Riduan Syahrani, 2009, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, h. 18

²⁰*Ibid*, h.35

²¹*Ibid*, h.36

²²Soerjono Soekanto, 1982. *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, CV. Rajawali, Jakarta. h.69.

Menurut Mochtar Kusumaatmaja, bahwa hukum bukan saja merupakan gejala normatif, melainkan juga gejala sosial atau empiris, hukum itu tidak saja merupakan keseluruhan azas-azas dan kaidah-kaidah yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat melainkan meliputi lembaga-lembaga (*institution*) dan proses-proses yang mewujudkan berlakunya kaidah-kaidah itu dalam kenyataan.²³ Selanjutnya menurut Mochtar Kusumaatmaja, bahwa hukum sebagai kaidah sosial, tidak terlepas dari nilai (*Values*) yang berlaku di suatu masyarakat, bahkan dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dari pada nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat.²⁴

Pada kajian-kajian sebelumnya, yang mengkaji permasalahan rekonstruksi hukum, istilah rekonstruksi hukum tidak terlalu banyak dijelaskan. Misalnya pada kajian doktoral yang ditulis Yudi Kristiana dalam judul *Rekonstruksi Birokrasi Kejaksaan Dengan Pendekatan Hukum Progresif*. Rekonstruksi birokrasi kejaksaan dengan menggunakan pendekatan hukum progresif, dilakukan dengan spirit pembebasan terhadap: pertama, tipe, cara berpikir, asas dan teori yang selama ini dipakai birokrasi kejaksaan; dan kedua, pembebasan terhadap kultur penegakan hukum (*administration of justice*) yang selama ini berkuasa dan dirasa menghambat penanganan perkara. Untuk menjamin keberlangsungannya, maka mau tidak

²³Otje Salman, 1993. *Kesadaran Hukum Masyarakat Terhadap Hukum Waris*, Alumni, Bandung. H.35-36.

²⁴*Ibid*, h.36.

mau kejaksanaan harus direkonstruksi terhadap tiga komponen secara sekaligus yaitu kelembagaan, kultur dan substansi hukum.²⁵

Pada penelitian doktoral Kingkin Wahyuningdiah dengan judul *Rekonstruksi Hukum Surat Berharga Dalam Pembangunan Sistem Hukum Nasional* dijelaskan, bahwa kata rekonstruksi dalam Bahasa Inggris *reconstruction* artinya pembangunan kembali. Keadaan membangun kembali ini memiliki makna bahwa sebenarnya bangunan itu semula sudah ada, dan kemudian dengan adanya perubahan sosial yang menyebabkan porak porandanya bangunan tersebut menyebabkan perlunya pembangunan kembali tersebut. Rekonstruksi di bidang Hukum Surat Berharga diperlukan dalam pembangunan sistem hukum nasional. Artinya, membangun kembali Hukum Surat Berharga merupakan upaya untuk membangun sistem hukum nasional secara keseluruhan.²⁶

Pada kajian program doktoral Unissula, Ahmad Syafiq pada tulisannya yang berjudul *Rekonstruksi Pidana Dalam Hukum Pidana Islam (Perspektif Filsafat Hukum)* mengartikan rekonstruksi sebagai pembaharuan hukum melalui metode tertentu.

Menurutnya, hukum Pidana Islam adalah merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia, dan agar Hukum Pidana Islam dapat berlaku atau mewarnai dalam kancah hukum pidana di Indonesia, maka

²⁵Yudi Kristiana, *Rekonstruksi Birokrasi Kejaksanaan Dengan Pendekatan Hukum Progresif* <http://mitrahukum.org/wp-content/uploads/2012/09/Rekonstruksi-Birokrasi-Kejaksanaan-dgn-Pendekatan-Hukum-Progresif-by-Yudi-Kristiana.pdf>

²⁶ Kingkin Wahyuningdiah, *Rekonstruksi Hukum Surat Berharga Dalam Pembangunan Sistem Hukum Nasional* Fiat Justisia Jurnal Ilmu Hukum Volume 5 No.3, Universitas Lampung, September – Desember 2011, h. 335

perlu adanya suatu rekonstruksi terhadap Hukum Pidana Islam khususnya dalam hal pembedanaannya. Rekonstruksi pembedanaan dalam Hukum Pidana Islam dalam perspektif filsafat hukum dapat dilakukan dengan jalan melakukan desakralisasi (melakukan tafsir ulang terhadap sumber hukum tekstual) Hukum Pidana Islam dan membawanya sesuai dengan alur sejarah manusia itu sendiri, bukan malah melepaskannya dari dimensi ruang dan waktu sejarah peradaban umat manusia, untuk mewujudkan cita Hukum Islam yang secara filsafati terkandung dalam *maqasid al syariah* yakni kemaslahatan atau rahmat bagi alam semesta (*rahmatan lil 'alamin*).²⁷

Berdasarkan uraian di atas maka rekonstruksi merupakan pembangunan konsep hukum kembali, atau memperbaiki hukum dengan membongkar konsep lama, menuju konsep hukum yang baru sehingga dihasilkan solusi yang tepat. Rekonstruksi hukum yang dimaksud adalah membangun hukum dengan menganalisis dan mengevaluasi hukum yang berjalan (*ius constitutum*), dengan serangkaian strategi menuju hukum yang dicita-citakan (*ius constituendum*).

2. Konsep Tindak Pidana Umum

Tindak pidana umum adalah semua tindak pidana yang dimuat dalam KUHP sebagai kodifikasi hukum pidana materil (Buku II dan III). Laporan Tahunan Mahkamah Agung Tahun 2013 dan Kejaksaan, sebagaimana terdapat dalam PERJA Nomor PER-036/A/JA/09/2011 tentang SOP Penanganan Perkara Tindak Pidana Umum dan PERJA Nomor

²⁷ Ahmad Syafiq, *Rekonstruksi Pembedanaan dalam Hukum Pidana Islam (Perspektif Filsafat Hukum)*, Jurnal Pembaharuan Hukum Volume I No. 2 Mei – Agustus 2014, Unisulla Semarang, h. 178

PERJA039/A/JA/10/2010 tentang Tata Kelola Administrasi dan Teknis Penanganan Perkara Tindak Pidana Khusus antara lain sebagai berikut:

Tabel 1.1.
SOP Penanganan Perkara Tindak Pidana Umum dan PERJA Nomor PERJA039/A/JA/10/2010 tentang Tata Kelola Administrasi dan Teknis Penanganan Perkara Tindak Pidana Khusus

Klasifikasi	Mahkamah Agung	Kejaksaan
Tindak Pidana Umum	1. Kekerasan 2. Penipuan 3. Penggelapan 4. Pencurian 5. Nyawa dan Tubuh Orang 6. Pengrusakan 7. Akta Palsu 8. Kealpaan 9. Pemalsuan 10. Perbuatan Tidak Menyenangkan 11. Perjudian 12. Perzinahan 13. Keterangan Palsu 14. Penyerobotan 15. Perampasan 16. Pemerksaan 17. Penghinaan 18. Penadahan 19. Pemerasan dan Pengancaman 20. Fitnah 21. Pencemaran Nama Baik 22. Poligami Liar 23. Ketertiban Umum 24. Lain-Lain	Tindakan Pidana terhadap Orang dan Harta Benda a. Kejahatan Terhadap AsalUsul Perkawinan b. Meninggalkan Orang Yang Perlu Ditolong c. Penghinaan d. Kejahatan Terhadap Kemerdekaan Orang e. Kejahatan Terhadap Nyawa f. Penganiayaan g. Menyebabkan Mati Atau Luka Karena Kealpaan h. Pencurian i. Pemeriksaan dan Pengancaman j. Penggelapan k. Perbuatan Curang l. Perbuatan Merugikan Pemiutang Atau Orang Yang Mempunyai Hak m. Penghancuran Atau Perusakan Barang n. Penadahan, Penerbitan, dan Percetakan o. Pelanggaran Mengenai Asal-

		<p>Usul Perkawinan</p> <p>p. Pelanggaran Terhadap Orang Yang Memerlukan Pertolongan</p> <p>q. Pelanggaran</p>
		<p>Tindak Pidana terhadap Orang dan Harta Benda</p> <p>a. Kejahatan Terhadap Keamanan Negara</p> <p>b. Kejahatan Terhadap Martabat Presiden dan Wakil Presiden</p> <p>c. Kejahatan Terhadap Negara Sahabat dan Terhadap Kepala Negara Sahabat Serta Wakilnya</p> <p>d. Kejahatan Melakukan Kewajiban Umum dan Hak Kenegaraan</p> <p>e. Kejahatan Terhadap Ketertiban Umum</p> <p>f. Perkelaian Tanding</p> <p>g. Kejahatan Yang Membahayakan Keamanan Umum Bagi Orang Atau Barang</p> <p>h. Kejahatan Terhadap Penguasa Umum</p> <p>i. Sumpah Palsu Atau Keterangan Palsu</p> <p>i. Pemalsuan Mata Uang dan Uang Kertas</p> <p>j. Pemalsuan Materai dan Merk</p> <p>k. Pemalsuan Surat</p> <p>m. Kejahatan Terhadap Kesusilaan</p> <p>l. Kejahatan Rahasia</p> <p>m. Kejahatan Jabatan</p> <p>n. Kejahatan</p>

		<p>Pelayaran</p> <p>o. Kejahatan Penerbangan dan Kejahatan Terhadap Sarana Atau Prasarana Penerbangan</p> <p>p. Pelanggaran Keamanan Umum Bagi Orang Atau Barang Dan Kesehatan</p> <p>q. Pelanggaran Ketertiban Umum</p> <p>r. Pelanggaran Penguasa Umum</p> <p>s. Pelanggaran Kesusilaan</p> <p>t. Pelanggaran Jabatan</p> <p>u. Pelanggaran Pelayaran</p>
Tindak Pidana Khusus	<ol style="list-style-type: none"> 1. Korupsi 2. Narkotika dan Psikotropika 3. Perlindungan Anak 4. Kekerasan Dalam Rumah Tangga (KDRT) 5. Kehutanan 6. Migas 7. Kepabeanan 8. HAKI 9. Perikanan 10. Perbankan 11. Perumahan 12. Lingkungan Hidup 13. Perdagangan Orang 14. Kesehatan 15. Senjata Api 15. Perlindungan Konsumen 16. Pencucian Uang 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Perkara tindak pidana korupsi, tindak pidana perikanan, dan perkara tindak pidana ekonomi (kepabeanan dan cukai) 2. Perkara pelanggaran HAM yang berat yang penanganannya hanya di Kejaksaan Agung 3. Perkara tindak pidana khusus lainnya

	17. Ketenagakerjaan 18. Pornografi 19. Perpajakan 20. Terorisme 21. Lain-Lain	
--	---	--

3. Konsep Diversi

Di Indonesia pengaturan Diversi terdapat dalam UU Sistem Peradilan Pidana Anak, yaitu suatu pengalihan penyelesaian perkara Anak dari proses peradilan pidana anak ke proses di luar sistem peradilan pidana anak. Dalam Pasal 1 angka 7 UU SPPA disebutkan Diversi adalah pengalihan penyelesaian perkara Anak dari proses peradilan pidana ke proses di luar peradilan pidana.

UU SPPA telah mengatur tentang Diversi yang berfungsi agar anak yang berhadapan dengan hukum tidak terstigmatisasi akibat proses peradilan yang harus dijalaninya. Penggunaan mekanisme diversi tersebut diberikan kepada para penegak hukum (polisi, jaksa, hakim, lembaga lainnya) dalam menangani pelanggar-pelanggar hukum yang melibatkan anak tanpa menggunakan pengadilan formal. Penerapan Diversi tersebut dimaksudkan untuk mengurangi dampak negatif keterlibatan anak dalam suatu proses peradilan.

Tujuan dari Diversi yang disebutkan dalam pasal 6 UU SPPA yaitu :

- a. Mencapai perdamaian antara korban dan Anak;
- b. Menyelesaikan perkara Anak di luar proses peradilan;
- c. Menghindarkan Anak dari perampasan kemerdekaan;

- d. Mendorong masyarakat untuk berpartisipasi; dan
- e. Menanamkan rasa tanggung jawab kepada Anak.

Pada dasarnya Diversi mempunyai relevansi dengan tujuan pemidanaan anak, yang mana nampak dari hal-hal sebagai berikut :

- a. Diversi sebagai proses pengalihan dari proses yustisial ke proses non yustisial, bertujuan menghindarkan anak dari penerapan hukum pidana yang seringkali menimbulkan pengalaman yang pahit berupa stigmatisasi (cap negatif) berkepanjangan, dehumanisasi (pengasingan dari masyarakat) dan menghindarkan anak dari kemungkinan terjadinya prisionisasi yang menjadi sarana transfer kejahatan terhadap anak.
- b. Perampasan kemerdekaan terhadap anak baik dalam bentuk pidana penjara maupun dalam bentuk perampasan yang lain melalui meknisme peradilan pidana, memberi pengalaman traumatis terhadap anak, sehingga anak terganggu perkembangan dan pertumbuhan jiwanya. Pengalaman pahit bersentuhan dengan dunia peradilan akan menjadi bayang-bayang gelap kehidupan anak yang tiak mudah dilupakan.
- c. Dengan Diversi tersebut maka anak terhindar dari penerapan hukum pidana yang dalam banyak teori telah didalilkan sebagai salah satu faktor kriminogen, berarti juga menghindarkan anak dari kemungkinan menjadi jahat kembali (*residive*), menghindarkan masyarakat dari kemungkinan menjadi korban akibat kejahatan.
- d. Dengan Diversi akan memberikan 2 (dua) keuntungan sekaligus terhadap individu anak. Pertama; anak tetap dapat berkomunikasi dengan lingkungannya sehingga tidak perlu beradaptasi sosial pasca terjadinya kejahatan. Kedua; anak terhindar dari dampak negatif prisionisasi yang seringkali merupakan sarana transfer kejahatan.²⁸

Pelaksanaan Diversi juga harus dengan persetujuan anak sebagai pelaku kejahatan, orang tua atau walinya serta memerlukan kerja sama dan peran masyarakat sehubungan dengan adanya program seperti: pengawasan, bimbingan, pemulihan, serta ganti rugi kepada korban. Proses Diversi wajib memperhatikan: kepentingan korban; kesejahteraan dan tanggung jawab

²⁸ Kusno Adi, 2009, *Diversi Sebagai Upaya Alternatif Penanggulangan Tindak Pidana Narkotika Oleh Anak*, UMM Press, Malang, h.129

Anak; penghindaran stigma negatif; penghindaran pembalasan; keharmonisan masyarakat; dan kepatutan, kesusilaan, dan ketertiban umum.

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak (selanjutnya disingkat UU SPPA) yang merupakan pergantian terhadap Undang-undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak²⁹ telah mengatur secara tegas mengenai Keadilan Restoratif dan Diversi yang dimaksudkan untuk menghindari dan menjauhkan anak dari proses peradilan sehingga dapat menghindari stigma terhadap anak yang berhadapan dengan hukum dan si anak dapat kembali ke dalam lingkungan sosial secara wajar. Oleh karena itu sangat diperlukan peran serta semua pihak dalam mewujudkan hal tersebut.

F. Kerangka Teori

Pokok bahasan yang Penulis ketengahkan selanjutnya yang berkaitan dengan pemahaman teoritik tentang Rekonstruksi Penerapan Diversi Dalam Penanganan Tindak Pidana Umum Berbasis Nilai Keadilan. Pentingnya pemahaman tentang teoritik ini yang dilakukan sebagai sarana untuk menjelaskan dan mendeskripsikan, serta memahami masalah secara lebih baik. Dengan begitu akan sangat membantu dalam memahami segala sesuatu yang diketahui pada tahap pertama secara intuitif.

²⁹ Berdasarkan ketentuan Pasal 108 UU tersebut baru akan diberlakukan 2 (dua) tahun sejak diundangkan tanggal 30 Juli 2012, berarti UU SPPA akan berlaku pada tanggal 30 Juli 2014.

Menurut Satjipto Rahardjo,³⁰ bahwa dalam dunia ilmu, teori menempati kedudukan yang penting. Ia memberikan sarana kepada kita untuk bisa merangkum serta memahami masalah yang kita bicarakan secara lebih baik. Hal-hal yang semula tampak tersebar dan berdiri sendiri bisa disatukan dan ditunjukkan kaitannya satu sama lain secara bermakna. Teori, dengan demikian, memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakannya.

Menurut Gijssels,³¹ bahwa kata teori dalam teori hukum dapat diartikan sebagai suatu kesatuan pandang, pendapat dan pengertian-pengertian yang berhubungan dengan kenyataan yang dirumuskan sedemikian, sehingga memungkinkan menjabarkan hipotesis-hipotesis yang dapat dikaji. Setiap teori, sebagai produk ilmu, tujuannya adalah untuk memecahkan masalah dan membentuk sistem. Demikian pula Ilmu Hukum sebagai teori tujuannya adalah untuk menyelesaikan masalah-masalah hukum.³²

Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, bahwa teori adalah suatu konstruksi di alam cita atau ide manusia, yang dibangun dengan maksud menggambarkan secara reflektif fenomena yang dijumpai di alam pengalaman, yaitu alam yang tersimak bersaranakan indra manusia.

³⁰Satjipto Rahardjo, 1991, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 253. Lihat juga Soerjono Soekanto dan Ratih Lestarini, 1988, *Fungsionalisme dan Teori Konflik Dalam Perkembangan Sosiologi*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 10.

³¹ Gijssels, Jan dan Mark van Hoecke, 1982, *Wat is rechtstheorie?*, Kluwer rewwetenschappen, Antwerpen, hlm.134.

³²Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm 5.

Menurut Paul Edward, teori adalah “*something assumed as a starting point for scientific investigation*”³³ (asumsi dasar untuk membuktikan penelitian ilmiah). Teori dijadikan prinsip umum yang tingkat kebenarannya menjadi rujukan dan diakui di kalangan ilmuan.³⁴

Menurut Sudikno Mertokusumo,³⁵ bahwa kata teori berasal dari kata *theoria* yang artinya pandangan atau wawasan. Kata teori mempunyai pelbagai arti. Pada umumnya, teori diartikan sebagai pengetahuan yang hanya ada dalam alam pikiran tanpa dihubungkan dengan kegiatan-kegiatan yang bersifat praktis untuk melakukan sesuatu.

Membicarakan tentang teori, seseorang akan dihadapkan pada 2 (dua) macam realitas, yaitu: *Pertama*, Realitas *in abstracto* yang ada di alam ide imajinatif; *Kedua*, Padanannya yang berupa realita *in concreto* yang berada dalam pengalaman indriawi.³⁶

Teori berasal dari kata *theoria* (bahasa Latin) yang berarti perenungan, yang pada gilirannya berasal dari kata *thea* (bahasa Yunani) yang secara hakiki menyiratkan sesuatu yang disebut realitas. Para ahli menggunakan kata teori sebagai bangunan berpikir yang tersusun secara sistematis, logis (rasional), empiris (sesuai kenyataan), juga simbolis.³⁷

³³ Paul Edward dan Lewis Mulford Adams, 1965, *Webster World Universiti Dictionari*, Publister Company inc, Washington DC, hlm. 1037.

³⁴ Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan I, CV. Pustaka Setia, Bandung, hlm. 1

³⁵ Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 4.

³⁶ Soetandyo Wignyosoebroto, “*Teori, Apakah itu*”, Makalah Kuliah Program Doktor UNDIP Semarang 2003.

³⁷ Otje Salaman & Anton F.S., 2005, *Teori Hukum*, Refika Atima, Bandung, hlm. 19.

Pemahaman teori terkait tentang Rekonstruksi Penerapan Diversi Dalam Penanganan Tindak Pidana Umum Berbasis Nilai Keadilan yang mencerminkan nilai-nilai keadilan adalah menempati posisi yang sangat strategis dalam studi ini untuk mendeskripsikan dan menjelaskan kebenaran ilmiah,³⁸ karena pada dasarnya teori merupakan sistem yang bertujuan untuk menjelaskan suatu fenomena dengan cara memerinci konstruk-konstruk (yang membentuk fenomena itu), beserta hukum atau aturan yang mengatur keterkaitan antara satu konstruk dengan lainnya.³⁹

Agar pemahaman teoritik dapat dipahami, maka dapat dikemukakan disini beberapa pengertian secara lebih luas:⁴⁰

- a. Pemahaman tentang hal-hal dalam hubungannya yang universal dan ideal antara satu sama lain. Berlawanan dengan eksistensi faktual dan/ atau praktik.
- b. Prinsip abstrak atau umum yang di dalam tubuh pengetahuan yang menyajikan suatu pandangan yang jelas dan sistematis tentang beberapa materi pokoknya, sebagaimana dalam teori seni dan teori atom.
- c. Model atau prinsip umum, abstrak dan ideal yang digunakan untuk menjelaskan gejala-gejala, sebagaimana dalam "teori seleksi alam".
- d. Hipotesis, suposisi atau bangun yang dianggap betul dan yang berlandaskan atasnya gejala-gejala dapat diperkirakan dan/atau dijelaskan dan darinya dideduksikan pengetahuan lebih lanjut.

³⁸ Prasetya Irawan, *Logika dan Prosedur Penelitian, Op.Cit.*, hlm. 41.

³⁹ Walter L. Wallace, 1994, *Metoda Logika Ilmu Sosial*, Bumi Aksara, Jakarta, hlm. 76-88.

⁴⁰ Pandangan ini disarikan dari pendapat Loren Bagus, 1996, dalam *Kamus Filsafat*, Gramedia, Jakarta, hlm. 1097-1098.

e. Dalam filsafat ilmu pengetahuan, bahwa teori berpijak pada penemuan fakta-fakta maupun pada hipotesis. Dalam bidang ilmu alam, suatu deskripsi dan penjelasan fakta yang didasarkan atas hukum-hukum dan sebab-sebab, niscaya mengikuti konfirmasi fakta-fakta itu dengan pengalaman dan percobaan (*eksperimen*). Deskripsi ini sifatnya pasti, non kontradiktoris, dan matematis (jika mungkin). Bagaimanapun juga, sejauh penjelasan semacam itu mungkin, tetapi sesungguhnya tidak meniadakan penjelasan lainnya, dan tetap merupakan hipotesis yang kurang lebih probable. Hanya bila bukti dikemukakan sedemikian rupa sehingga penjelasan tertentu merupakan satu-satunya penjelasan yang sepadan dengan fakta-fakta, maka penjelasan itu sungguh-sungguh mencapai tingkat teori.

Teori merupakan pendapat yang dikemukakan oleh seseorang mengenai suatu asas umum yang menjadi dasar atau pedoman suatu ilmu pengetahuan, kemudian hukum adalah semua aturan-aturan, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis yang dibuat maupun diakui oleh negara sebagai pedoman tingkah laku masyarakat yang memiliki sanksi yang tegas dan nyata bagi yang melanggarnya.⁴¹

Penegasan Maria SW. Soemardjo, bahwa antara teori dan penelitian dihubungkan 2 (dua) metode logika yaitu metode deduktif dan induktif.⁴² Perkembangan ilmu hukum tidak terlepas dari teori hukum sebagai landasan dan

⁴¹ Muchsin, 2006, *Ikhtisar Filsafat Hukum*, Iblam, Jakarta, hlm. 29, dalam Huda Lukoni, *Filsafat Hukum dan Perannya dalam Pembentukan Hukum di Indonesia*, Makalah, Prodi Magister Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas 17 Agustus 1945, Surabaya, hlm. 16.

⁴² Tampil Anshari Siregar, 2005, *Metodologi Penelitian Hukum*, Pustaka Bangsa Press, Medan, hlm. 15.

tugas teori hukum adalah untuk menjelaskan nilai-nilai hukum dan postulat-postulatnya hingga dasar-dasar filsafatnya yang paling dalam.⁴³

Kerangka teori merupakan alat untuk menganalisis permasalahan yang muncul dalam prinsip-prinsip kebebasan berkontrak. Kerangka teori digunakan sebagai pisau analisis terhadap pemecahan permasalahan yang diteliti. Di sini pendapat para sarjana hukum yang digunakan untuk mengkaji permasalahan hukum yang timbul saat ini. Dengan demikian kerangka teori merupakan uraian sistematis tentang kumpulan teori yang relevan terhadap fakta hukum dan hasil penelitian sebelumnya yang bersumber dari pustaka terlengkap yang memuat teori, konsep atau pendekatan terbaru yang berhubungan dengan penelitian yang dilakukan.⁴⁴ Dalam konteks filsafat ilmu, suatu teori merupakan sesuatu yang paling tinggi yang dapat dicapai oleh suatu disiplin ilmu.⁴⁵

Dalam kerangka penelitian (*research*) pembahasan (*analysis*), dan penyusunan laporan-laporan akademis (*academic report*), sering dikemukakan perihal:

1. *Grand theory*,
2. *Medium theory* atau *middle range theory*
3. *Supporting theory* atau *applied theory*⁴⁶

⁴³ W. Friedman, 1999, *Teori dan Filsafat Umum*, Raja Grafindo, Jakarta, hlm. 2.

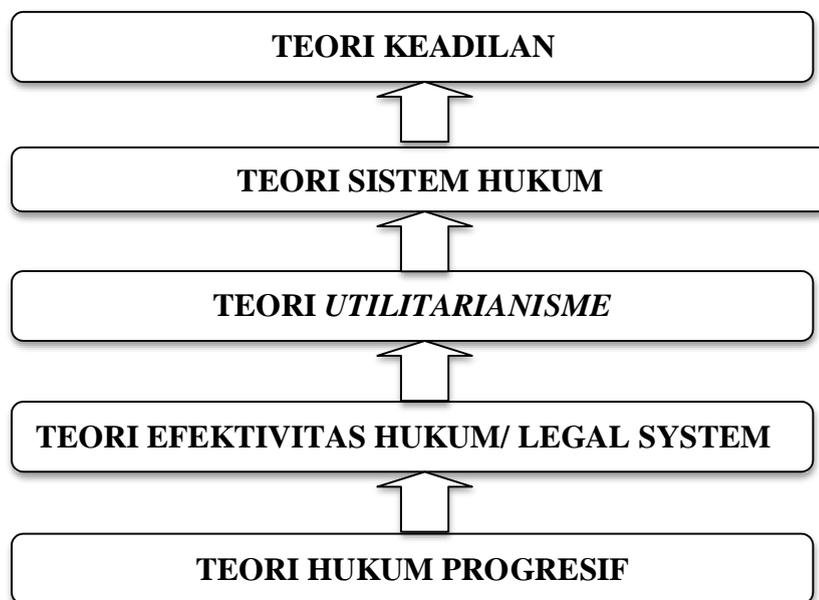
⁴⁴ Johny Ibrahim, 2006, *Theory & Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia, Malang hal. 293.

⁴⁵ Lili Rasjidi, Ira Thania Rasjidi, 2007, *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 11.

⁴⁶ M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*., Ad. 1. *Grand theory* merupakan induk teori atau kerangka teori yang prima dengan sifat dan karakter yang genaral (umum), yang dalam penggunaannya akan berlanjut kepada “*medium theory (teori tengah)* dan *Supporting theory (teori pendukung)*”. Penentuan yang mana yang akan menjadi *Grand theory* tergantung pada fokus kasus dan problem yang sedang dihadapi. ad. 2. *Medium theory* atau *middle range theory* adalah teori tengah pada tataran ini yang dianggap sebagai derivat (jabaran, turunan, implementasi) dari tataran

Penelitian hukum dalam tatanan teori ini ingin mengembangkan suatu kajian di bidang hukum tertentu. Hal ini dilakukan untuk meningkatkan dan memperkaya pengetahuannya dalam penerapan aturan hukum. Dengan melakukan telaah mengenai konsep-konsep hukum, para ahli hukum akan lebih meningkatkan daya interpretasi dan juga mampu menggali teori-teori yang ada di belakang ketentuan hukum tersebut.⁴⁷

Teori yang dipergunakan dalam bentuk skema sebagai berikut:



1. **Teori Keadilan sebagai *Grand Theory* (Teori Utama)**

Teori keadilan ini merupakan *grand theory* yang akan digunakan untuk menganalisa bahan-bahan hukum dan fakta-fakta hukum guna mendiskripsikan penyelesaian perkara pidana melalui mediasi. Selain itu

pertama tadi lebih mengintensifkan analisisnya. ad. 3. *Supporting theory* atau *applied theory* adalah teori pendukung untuk mendukung *grand theory* dan *medium theory*., *Op. Cit.*, hlm. 112-113.

⁴⁷ Peter Mahmud Marzuki, 2006, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm.73.

teori ini juga akan digunakan sebagai dasar analisa bagi rekonstruksi ide diversi dalam penanganan tindak pidana umum berbasis nilai keadilan.

Keadilan adalah hakekat dari hukum. Gustav Radbruch dalam buku Hyronimus Rhiti menyatakan bahwa :

Keadilan sebagai keutamaan atau kebajikan (*Gerechtigkeit als Tugend*), yaitu keadilan sebagai sifat atau kualitas pribadi (misalnya bagi seorang hakim). Di sini ada keadilan subjektif, dan keadilan sebagai sifat atau kualitas hubungan antar manusia (misalnya harga yang adil). Keadilan subjektif adalah pendirian atau sikap, pandangan dan keyakinan yang diarahkan kepada terwujudnya keadilan objektif sebagai keadilan yang primer. Sementara keadilan subjektif adalah sekunder. Apa itu keadilan objektif, kurang begitu jelas. Barangkali dalam pandangan Radbruch, keadilan objektif itu adalah keadilan dalam hubungan antar manusia. Keadilan menurut ukuran hukum positif dan keadilan menurut Cita Hukum (*Rechtsidee*), atau hukum positif dan cita hukum adalah sumber keadilan. Inti dari keadilan adalah kesamaan (*Gleichheit*). Di sini Radbruch mengikuti pandangan Aristoteles tentang keadilan, yaitu keadilan komutatif (misalnya antara prestasi dan kontraprestasi) dan keadilan distributif (di bidang privat dan publik. Privat: gaji dibayar sesuai prestasi kerja, publik: jabatan berdasarkan kualifikasi).⁴⁸

Hukum sebagai suatu kenyataan dalam masyarakat karena mengatur perilaku dalam kehidupan masyarakat yang dibuat oleh lembaga yang berwenang, untuk itu melalui proses tertentu dan merupakan keputusan pejabat yang berwenang serta berisi jalinan nilai-nilai yang ada dalam kehidupan masyarakat.

Hukum pada dasarnya mempunyai banyak fungsi dalam usahanya mencapai tujuan-tujuan yang telah ditetapkan. Pada masyarakat sederhana yang masih kecil jumlahnya, dimana pola hubungan antara para anggota masyarakat terjalin sangat erat berdasarkan azas kekerabatan, selain itu

⁴⁸ Hyronimus Rhiti, 2011, *Filsafat Hukum*, Universitas Atmadjaya, Yogyakarta, h. 245.

sentimentil dan kepercayaan yang sama dan mempunyai lingkungan yang relatif stabil maka penyelenggara keadilan lebih nampak mudah.

Munir Fuady, mengutip pendapat H. L. A. Hart dalam bukunya *Concept of Law* mengemukakan keadilan mengarah kepada aspek hukumnya yaitu, "Nilai kebajikan yang paling legal", dalam bahasa Inggrisnya, "*The most legal of virtues*", atau dengan meminjam istilah Cicero, menyebutkan tentang keadilan adalah *habitus animi* yakni merupakan atribut pribadi (*personal attribute*).⁴⁹

Keadilan menurut Aristoteles terbagi tiga yakni keadilan komutatif, keadilan distributif, dan keadilan hukum (*legal justice*). Keadilan komutatif adalah suatu kebijakan untuk memberikan kepada setiap orang haknya atau sedekat mungkin dengan haknya (*to give each one his due*). Mengusahakan keadilan komutatif ini adalah pekerjaannya para Hakim. Misalnya menjatuhkan hukuman sesuai dengan kesalahannya atau memberikan ganti rugi sesuai kerugian yang dideritanya, sehingga tidak ada orang yang mendapatkan keuntungan atas penderitaan orang lain, atau tidak ada orang yang menari-nari di atas duka lara orang lain.⁵⁰ Keadilan sesungguhnya hanya punya satu arti, yaitu keadilan komutatif yang menyangkut kesetaraan, keseimbangan, keharmonisan hubungan antara satu orang atau pihak dengan orang atau pihak yang lain. Keadilan sesungguhnya mengungkapkan kesetaraan dan keharmonisan hubungan di antara manusia.

⁴⁹Munir Fuady, 2007, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, h. 92.

⁵⁰*Ibid*, h. 111-112.

Keadilan distributif adalah sebagai suatu tindakan memberikan setiap orang apa yang patut didapatnya atau yang sesuai dengan prestasinya seperti jasa baik (*merits*) dan kecurangan/ketercelaan (*demerits*), yang merupakan pekerjaan yang lebih banyak dilakukan oleh badan legislatif. Misalnya, hak-hak politik masyarakat atau kedudukan di dalam parlemen, dapat didistribusikan kepada yang berhak sesuai dengan keadilan distributif itu.⁵¹

Keadilan Hukum (*legal justice*) adalah; Keadilan yang telah dirumuskan oleh hukum dalam bentuk hak dan kewajiban, dimana pelanggaran terhadap keadilan ini akan ditegakkan melalui poses hukum, umumnya di pengadilan. Pada keadilan legal, sesungguhnya sudah terkandung dalam keadilan komutatif. Dalam hal ini, bahwa salah satu tujuan negara demi menegakkan keadilan komutatif maka negara harus bersikap netral dan memperlakukan semua pihak secara sama tanpa terkecuali. Sebab hanya dengan prinsip perlakuan yang sama inilah keadilan komutatif dapat ditegakkan. Dengan demikian jelas bahwa prinsip yang sama. atau keadilan legal merupakan konsekuensi logis dari pelaksanaan prinsip keadilan komutatif.

John Rawls mengemukakan mengenai keadilan yang menurutnya merupakan campuran dari unsur-unsur keadilan yang disebutkan oleh Aristoteles dan mengistilahkannya dengan keadilan yang mesti dikembalikan oleh hukum. Menurut John Rawls, “Keadilan akan diperoleh jika dilakukan maksimum penggunaan barang secara merata dengan

⁵¹ *Ibid*, h. 111-112.

memperhatikan kepribadian masing-masing (*justice fairness*)". Prinsip keadilan menurut John Rawls dapat dirinci sebagai berikut:

- a. Terpenuhi hak yang sama terhadap dasar (*aqual liberties*);
- b. Perbedaan ekonomi dan sosial harus diatur sehingga akan terjadi kondisi yang positif yaitu;
 - 1) Terciptanya keuntungan maksimum yang *reasonable* untuk setiap orang termasuk bagi setiap yang lemah (*maximum minimorum*); dan
 - 2) Terciptanya kesempatan bagi semua orang. ⁵²

John Rawls merumuskan konsepsi khusus keadilan ke dalam dua prinsip keadilan sosial. Rumusan tersebut sebagai berikut:

Prinsip Pertama:

Setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang.

Prinsip Kedua:

Ketimpangan sosial dan ekonomi ditata sedemikian hingga mereka (a) memberi keuntungan terbesar pada kelompok yang paling lemah, dan (b) semua posisi dan jabatan terbuka bagi semua orang dalam kondisi kesetaraan peluang yang fair. ⁵³

Sebagai dasar filsafat Negara, Pancasila tidak hanya merupakan sumber dari peraturan PerUndang-Undangan, melainkan juga merupakan sumber moralitas terutama dalam pelaksanaan dan penyelenggaraan Negara. Sila ke-2 yang berbunyi "Kemanusiaan yang adil dan beradab" merupakan sumber nilai moral bagi kehidupan kebangsaan dan kenegaraan. Nilai-nilai Pancasila juga bersifat obyektif karena sesuai dengan kenyataan dan bersifat umum. Sedangkan sifat subyektif karena hasil pemikiran bangsa Indonesia.

Nilai Pancasila secara obyektif antara lain: bahwa inti sila-sila Pancasila akan tetap ada sepanjang masa dalam kehidupan manusia baik

⁵²*Ibid.*, h. 94.

⁵³ John Rawls, 2006, *Teori Keadilan: Dasar-Dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan dalam Negara*, terj. Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, h. 72

dalam adapt kebiasaan, kebudayaan, maupun kehidupan keagamaan. Nilai Pancasila secara subyektif antara lain : nilai Pancasila timbul dari hasil penilaian dan pemikiran filsafat dari bangsa Indonesia sendiri, nilai Pancasila yang merupakan filsafat hidup/pandangan hidup/pedoman hidup/pegangan hidup/petunjuk hidup sangat sesuai dengan bangsa Indonesia.

Pancasila adalah sebagai *philosopgische grondslag* daripada Indonesia Merdeka, dan *philosophische grondslag* itulah fundamental falsafah, pikiran yang sedalam-dalamnya untuk di atasnya didirikan gedung “Indonesia Merdeka yang kekal dan abadi”.⁵⁴

Kata keadilan itu sendiri digunakan berulang-ulang dalam konteks dan makna yang berbeda-beda dalam UUD 1945. Seperti dikemukakan di atas, keadilan sosial dirumuskan sebagai sila kelima dalam Pancasila. Tetapi kandungan maknanya menjadi lebih terasa apabila kita langsung membacanya dari rumusan Alinea IV (Preambule) Pembukaan UUD 1945. Dalam Alinea IV Pembukaan UUD 1945 itu, sila pertama, kedua, ketiga, dan keempat dirumuskan secara statis sebagai objek dasar negara. Tetapi keadilan sosial dirumuskan dengan kalimat aktif. Pada Alinea IV Pembukaan UUD 1945 itu tertulis, “.... *susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan*

⁵⁴C.S.T. Kansil, 2002, *Pancasila dan UUD 1945 Dasar Falsafah Negara*, Pradnya Pertama, Yogyakarta, h. 55.

sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Dari rumusan ini kita dapat mengetahui, *Pertama*, keadilan sosial itu dirumuskan sebagai “suatu” yang sifatnya konkrit, bukan hanya abstrak-filosofis yang tidak sekedar dijadikan jargon politik tanpa makna; *Kedua*, keadilan social itu bukan hanya sebagai subjek dasar negara yang bersifat final dan statis, tetapi merupakan sesuatu yang harus diwujudkan secara dinamis dalam suatu bentuk keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Dalam Pembukaan UUD 1945, amanah keadilan sosial ini jelas tergambar pula dalam banyak rumusan lain. Dalam Alinea I dinyatakan adanya prinsip “*perikemanusiaan dan perikeadilan*” yang dijadikan alasan mengapa penjajahan di atas dunia harus dihapuskan. Pada Alinea II digambarkan bahwa bangsa kita telah berhasil mencapai pintu gerbang “*Negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil, dan makmur*”. Pada Pasal (28H) ayat (2) UUD 1945, diatur pula bahwa “*Setiap orang berhak mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan*”. Tidak sebatas itu idealitas keadilan sosial dalam konstitusi. idialitas tersebut juga ditegaskan dalam Bab XIV PEREKONOMIAN NASIONAL DAN KESEJAHTERAAN SOSIAL, Pasal (33) sebanyak 5 (lima) ayat, yang itu dijelaskan dalam ayat (3) mengisyaratkan bahwa “*Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat*”.

Cita-cita untuk menjadi bangsa atau masyarakat yang penuh kebahagiaan bukan hal yang baru bagi masyarakat dan bangsa Indonesia. Ide tentang adanya masyarakat yang penuh bahagia tersebut kadang-kadang masih berupa utopia dengan bentuk seperti *rathu adil, thatha thenthrem gemah ripah kartha raharja*. Namun demikian tidaklah berarti bahwa keadilan sosial belum terdapat dalam keadilan sehari-hari.⁵⁵

Pemikiran Islam tentang keadilan dimulai dari diskursus tentang keadilan Ilahiyah, dengan sebuah perenungan dan pemikiran apakah logika dan daya nalar orang mampu mengetahui dan memahami dengan benar antara mana yang baik dan mana yang jelek atau buruk, untuk mewujudkan keadilan dalam kehidupan di mampu mengetahui kebaikan dan kejelekan atau keburukan hanya melalui Wahyu Allah. Allah berfirman dalam Al-Quran: “Sesungguhnya Allah menyuruh Kamu berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pengajaran“. (QS: An-Nah: 90). Surat tersebut di atas memberikan bukti dan dasar yang kuat bahwa Islam menjalankan keadilan dan menegakkan keadilan karena ada rujukan Wahyu Ilahi sebagai landasan yang fundamental.⁵⁶

Filosofis keadilan dalam perspektif Islam adalah kemaslahatan universal dan komprehensif. Universal harus dimaknai bahwa Islam diperuntukkan bagi seluruh umat Jagat Raya, tidak terikat oleh periodisasi

⁵⁵ Sunoto, 2001, *Mengenal Filsafat Pancasila*, UII, Yogyakarta, h. 68

⁵⁶ Baidhawiy, Zakiyuddin, *Rekonstruksi Keadilan, Etika Sosial, Ekonomi Islam Untuk Kesejahteraan Universal*, STAIN Salatiga Press, Salatiga, 2007, Hal.47.

waktu dan pembagian zona wilayah, serta dari yang lalu, sekarang sampai akhir jaman. Komprehensif artinya bahwa Islam memiliki ajaran yang lengkap dan sempurna yang menyangkut segala pengaturan kehidupan dunia dan akherati.⁵⁷

Islam melihat substansi keadilan adalah kebenaran yang bersumber dari Ketuhanan yang mendapat dukungan dari umat manusia, baik individu maupun kelompok dan memperoleh juga dukungan dari negara. Dalam pandangan ini ada beberapa cara untuk dapat memperoleh keadilan yaitu: *Pertama*: harus adanya kesesuaian dengan kumpulan wahyu sebagai sumber kebenaran mutlak; *Kedua*: harus mampu memainkan peran *syari'ah Islamiyah* dalam menawarkan berbagai konsep distributif; *Ketiga*: harus mampu mempertimbangan tentang mana yang baik dan mana yang jelek atau yang buruk atas dasar rasional; *Keempat*: harus ada kekuatan yang dapat digerakkan atau digunakan untuk menegakkan keadilan. Keadilan harus berjalan dan berproses terus guna mencapai bentuknya yang sempurna dan ideal, oleh karena itu keadilan harus terus berjalan secara *countinue* yaitu berkesinambungan dan berkelanjutan sampai saatnya mampu mewujudkan dan menciptakan *Al-Falah baik duniawi maupun ukhrawi*.⁵⁸

Esensi ajaran Islam terhadap aspek keadilan dalam ranah keadilan sosial, ekonomi dan hukum adalah sebuah kewajiban yang harus dilaksanakan oleh umat manusia. Hal ini dikarenakan Islam berpandangan

⁵⁷ Nuruddin Amiur, *Keadilan Dalam Al-Qur'an*, Hujri Pustaka Utama, Jakarta, 2008, Hal. 132.

⁵⁸ *Ibid*, Hal. 129.

bahwa setiap manusia mempunyai kewajiban dan tanggung-jawab yang harus mampu menata masing-masing kehidupannya. Keadilan menurut Islam adalah mutlak sebagai kewajiban dan keharusan yang mutlak diwujudkan dalam kehidupan manusia. Keadilan sosial, ekonomi dan hukum menurut pemikiran Islam memiliki nilai transendental terhadap Allah sebagai Ibadah, sebagaimana dapat kita cermati Firman Allah SWT sebagai berikut : “ Sesungguhnya Saya telah menempatkan Kamu Sekalian di muka bumi ini dan Saya adakan Bagimu di muka bumi itu (sumber) penghidupan, amat sedikitlah Kamu bersyukur .”(QS.Al-A’raf:10).

Ibadah berdasarkan ajaran Islam bersumber dari dua kutub. Kutub yang pertama yaitu kutub vertikal yaitu hubungan antara Manusia dengan Allah. Kutub yang kedua yaitu kutub horizontal yaitu kutub yang menyangkut hubungan antar sesama manusia. Kesimpulannya bahwa esensi ajaran Islam tentang keadilan sosial, ekonomi dan hukum ada pada posisi dua kutub tersebut di atas. Bila dilakukan perhitungan dominasinya berada pada posisi interaksi antar sesama manusia.

Menurut ajaran Islam, semua kegiatan manusia yang berorientasi pada sektor sosial, ekonomi dan hukum, harus berlandaskan Tauhid. Setiap ikatan, perjanjian, hubungan, kontak sosial dan interaksi antara seseorang dengan orang lain dan penghasilannya yang tidak sesuai dengan ajaran Tauhid adalah sebuah ikatan atau hubungan yang tidak Islami.

Di dalam Islam ada dua prinsip utama dalam keadilan yaitu:
Pertama: tidak boleh ada orang yang melakukan eksploitasi sesama orang

lain; *Kedua*: Tidak boleh orang memisahkan diri dari orang lain dengan tujuan untuk membatasi kegiatan sosial, ekonomi dan hukum di lingkungan orang-orang kelompok mereka atau orang-orang terdekat mereka. Hal ini dikarenakan bahwa ajaran Islam memandang bahwa manusia sebagai satu keluarga, oleh karena itu di mata Allah setiap manusia adalah sama derajatnya dan sama pula di depan hukum yang diwahyukan-Nya.

Keadilan dalam Islam dikatakan Universal karena memang tidak mengenal batasan bangsa, negara, pemerintahan, suku, etnis, bahasa, warna kulit, jenis kelamin, status sosial, dan bahkan keadilan menurut Islam melampaui lintas batas agama.

Keadilan dalam Agama Islam menempati posisi yang sangat urgen. Bahkan keadilan dipandang sebagai persoalan utama yang dirasakan dan disadari manusia semenjak ia mulai berfikir. Ketenteraman dalam kehidupan akan bisa dirasakan jika terdapat rasa keadilan. Sebaliknya, resah gelisah dan tidak aman akan kalau sekelilingnya diliputi oleh kezaliman. Sedemikian pentingnya keadilan dalam Islam hingga al-Qur'an menyatakan bahwa setiap Rasul diutus untuk membimbing umat manusia, tugas utamanya adalah menegakkan keadilan dan menyingkirkan segala bentuk kezaliman.

Keadilan juga merupakan nilai moral yang sangat ditekankan dalam al Quran, sampai-sampai keadilan juga menjadi Asma Allah sebagai Allah Tuhan Yang Maha Adil (*al-'Adl*).⁵⁹ Pesan dan komitmen Islam tentang

⁵⁹ Departemen Agama, *Al Qur'an Dan Terjemahannya*, Alwah, Semarang, 1989.

keadilan sangatlah nyata. Tuhan dalam Islam menciptakan alam semesta (makrokosmos) ini dalam tatanan keadilan, begitu juga manusia (mikrokosmos) juga diciptakan secara adil. Allah menciptakan Rasul dan manusia sebagai khalifah juga untuk menegakkan keadilan di muka bumi. Islam menilai keadilan mencakup semua sendi kehidupan manusia. Harus terealisasi dalam kehidupan individu, sosial, hukum, ekonomi, politik dan budaya. Bahkan menekankan pada kehidupan pribadi, baik lahir maupun batin harus terbangun dan menjadi nyata, sampai pada berbangsa dan bernegara sekalipun. Dalam kerangka itulah, Tuhan memerintahkan untuk berlaku adil dan berbuat kebajikan, menyantuni kaum kerabat, melarang berbuat keji, kemungkaran dan permusuhan. Semua apa yang dilakukan manusia akan dipertanggung-jawabkan, maka berbuat adil merupakan konsekuensi logis dari ajaran Tauhid dalam Islam.

Secara garis besar makna inti dari keadilan adalah senantiasa mengambil sikap tengah (*al-wasath*), seimbang (*'adâlah*) dan menjauhi segala bentuk yang berlebihan (*al-ifrâd*). Sikap tengah atau moderat merupakan pesan esensial Al-Qur'an tentang keadilan. Oleh karena itulah Umat Islam disebut sebagai "umat tengah" (*ummatan wasathan*). Dengan demikian selalu mampu memposisikan sebagai umat yang terbaik (*khairul ummah*), yang bertugas menyuruh melakukan segala sesuatu kepada yang ma'ruf dan mencegah dari yang munkar. Maka semangat keadilan merupakan nilai fitrah, objektif dan universal yang memiliki andil kuat dalam menciptakan keseimbangan hukum mikro dan makro kosmos. Sebagai nilai

yang objektif dan universal, maka keadilan juga bisa dikatakan sebagai hukum Allah (*sunnatullah*) yang berlaku abadi dalam kehidupan ekonomi, dan terlebih-lebih kehidupan sosial. Betapapun hebat sebuah agama atau komunitas tanpa menegakkan keadilan dalam kehidupan, maka hanya akan menjadi Institusi Simbol yang tanpa makna dan esensi.

Dengan demikian maka implikasi keadilan terhadap tanggung-jawab moral perlu untuk ditegakkan.⁶⁰ Pesan al-Qur'an terkait dengan penegakan keadilan hukum, sosial dan ekonomi sejatinya tidak terlepas dari proses bertahap (*al-tadrîj fi al-tasyrî*'), berangsur-angsur (*taqlîl al-taklîf*) dan tidak memberatkan (*'adam al-haraj*). Hal tersebut memberikan makna bahwa keadilan dalam Islam pada hakekatnya berintegrasi dengan kondisi riil kehidupan yang berlangsung dalam masyarakat. Justru itu, nilai-nilai keadilan berupaya memperbaiki kecenderungan yang penuh kezaliman. Proses ini harus terus dipelihara dan berlangsung terus-menerus, sampai ruh dan semangat keadilan terwujud untuk, menciptakan kemaslahatan dalam kehidupan manusia.

Satu dari sekian cara untuk melahirkan teorisasi keadilan adalah menelusuri makna kebahasaan atas terminologi ini, hingga membuat formulasi pengetahuan ilmiah yang dapat disistematisir sekaligus dapat dikaji ulang, Makna keadilan merupakan domain semantik yang sangat kaya untuk dieksplorasi. Keadilah dalam Bahasa Arab adalah *al-'adl*, ia memiliki muatan makna yang sangat komprehensif, dibanding dengan beberapa kata

⁶⁰ Khadduri, Majid, *Teologi Keadilan Perspektif Islam*, dalam Mochtar Zoerni dan Joko S. Kahhar, Risalah Gusti, Surabaya, 1999, Hal. 123.

yang memiliki kesepadanan kata dengannya, seperti: *qisth, qashd, mîzân, wasath, qawwâm,* dan *hishsh,* sedangkan antitesis keadilan yang paling representatif adalah *zhulm, dhalâl* dan *inhirâf* yang dapat dimaknai secara bebas sebagai dholim atau zalim.⁶¹

Selanjutnya akan dipaparkan beberapa Tokoh Ilmuwan Islam dan Ahli Filsafat Hukum Islam, yang berbicara tentang “Keadilan Berdasarkan Konsep Islami Dan Berlandaskan Filsafat Hukum Islam”. Perbuatan zalim merupakan antagonisme terhadap keadilan yang akan mengantarkan pelaku pada kesesatan dan berpaling dari jalan yang benar. Mempertahankan sistem kezaliman, bukan hanya melakukan kejahatan pada individu semata, akan tetapi sama halnya melakukan kejahatan masal, berdampak universal. Dengan demikian, maka jawaban atas permasalahan kriminalitas atau kejahatan, terletak pada konsep dan tindakan keadilan secara nyata dalam sistem kehidupan manusia dan lingkungan hidup.

Berkaitan dengan yang telah dipaparkan di atas, memberikan pemahaman bahwa ruang lingkup keadilan adalah 1) keadilan kuantitatif yang berhubungan dengan segala hal yang dapat diukur secara indrawi, seperti menimbang dan lainnya; 2) keadilan kualitatif sebagai pola untuk mendesain pembagian hak dan kewajiban, hukum, undang-undang dan kepemilikan. Dengan demikian maka, keadilan akan tidak memiliki makna utuh bila tidak dikaitkan dengan konteks dan jika tidak dihubungkan dengan proses pelebagaan. Keadilan dapat diwujudkan dalam wadah atau konteks

⁶¹ *Ibid*, Hal.131.

yang antara lain terkait minimal dengan empat perangkat penting: 1) nilai-nilai keadilan dalam kehidupan (*moral value*) 2) kewajiban/ kebajikan agama (*religious obligations/ virtues*), 3) sistem manajemen sosial-ekonomi (*socio-economic management*) 4) sistem politik (*political sistem*). Maka tidak heran kalau Islam merupakan kombinasi antara keyakinan Allah sebagai Tuhan dan sistem kehidupan atas dasar pasrah total kepadaNya. Allah menciptakan kehidupan dengan tujuan yang jelas, maka Allahpun turut campur tangan dalam kehidupan ini melalui misi diutusNya Nabi dan Rasul, bahkan kalau perlu melalui kekuasaan (*al-hadîd*) sistem aturan, guna mencapai masyarakat adil (*'adl*) pada akhirnya mencapai sejahtera (*falâh*).

Dalam Islam, upaya membentuk keadilan sosial, pada akhir titik puncaknya (*untimate goal*) adalah bertujuan untuk mencapai kesejahteraan (*falâh*) pada sosial masyarakat itu sendiri. Titik kuncinya adalah mewujudkan (*falâh*) (kesejahteraan). *Falâh* disebutkan sebanyak 41 kali dalam al-Qur'an. Asal dari kata *falâh* memiliki arti abadi (*baqâ'*), bahagia (*al-fawz*), kemenangan (*al-zhafar*) dan keberhasilan (*najâh*) dalam kenikmatan dan kebaikan. Lebih rinci Raghîb Al-Asfahani membagi *falâh* menjadi *falâh* duniawi dan *falâh* ukhrawi. Untuk *falâh* duniawi memiliki tiga indikator, yaitu *baqâ'*, *al-ghinâ'* dan *al-'izz*. Sedangkan yang *falâh* ukhrawi meliputi *baqâ' bilâ fanâ'*, *ghinâ bilâ faqr*, *'izz bilâ dhull*, dan *'ilm bilâ jahl*.⁶²

⁶² Qutb, Sayyid, *Al-'Adalah Al-Ijtima'iyah*, terj. Afif Mohammad, *Keadilan Sosial Dalam Islam*, Pustaka, Bandung, 1984.

Tujuan kehidupan manusia paling akhir adalah mencapai *falâh ukhrawi*. Sedangkan kehidupan akhirat merupakan kesinambungan dari realitas duniawi. Akhirat merupakan balasan dan akibat dari dunia. Maka *falâh* duniawi mampu menghantarkan pada *falâh* ukhrawi. Mewujudkan keadilan dalam konteks dunia ini adalah keharusan untuk mencapai *falâh* (kesejahteraan) baik secara individu maupun secara kemasyarakatan sosial-kolektif, terlebih guna mendapat kesejahteraan ukhrawi. Ada tiga indikator penting menurut Zakiyuddin Baidhawiy, terkait terwujudnya kesejahteraan baik individu maupun social kemasyarakatan, yaitu:

- a) *Al-Baqâ'*: ketahanan (*survival*) dan keberlangsungan hidup (*sustainable*);
- b) *Al-Ghinâ'*: kerja dan kelayakan hidup;
- c) *Al-'Izz*: kemuliaan dan harga diri.

Keadilan sosial akan terbentuk, apabila manusia mampu menciptakan ketahanan dan keberlangsungan hidup. Ada beberapa takaran atau ukuran yang dipakai sebagai indikatornya adalah: 1) bekerja secara professional dan beraktivitas produktif; 2) mencari profit dari barang/jasa dan memperolehnya dengan cara yang halal; 3) memiliki kesadaran ekologis yang menciptakan lingkungan sehat.

Secara arti bahasa kata *ghinâ'* meliputi kekayaan, kehidupan, dan kekekalan. Dengan demikian maka yang dimaksud *ghinâ'* dalam Al-Qur'an adalah berkecukupan dalam harta atau rizki. Hampir bisa dipastikan bahwa manusia yang berkecukupan secara material akan dapat bertahan hidup,

sebaliknya kemiskinan akan membawa pada kebinasaan dan memunculkan tindak kriminalitas yang dapat mengganggu keadilan sosial. Pada hal semua manusia dalam peradaban di muka Jagad Raya ingin mewujudkan dan membentuk keadilan. Indikator kelayakan hidup adalah berkehidupan yang cukup, terbebas dari kemiskinan dan mampu bekerja tidak tergantung pada orang lain serta tidak menjadi beban pihak manapun, sehingga mandiri untuk mempertankan dan memperkuat diri.

Harga diri (*al-'izz*) merupakan aspek penentu untuk mewujudkan keadilan sosial dan kesejahteraan. *Al-'izz* memiliki arti kekuasaan (*qawiya*) dan kemuliaan (*'azhuma*). Secara maknawi dapat dikatakan bahwa harga diri seseorang adalah apabila tidak melakukan meminta-minta dan tidak terjerat hutang.⁶³

Islam memposisikan sebagai ajaran yang membawa rahmat untuk semesta alam, hal itu tidaklah mungkin terwujud apabila dilepaskan dari nilai keadilan. Oleh sebab itu penting kiranya melacak pengalaman-pengalaman Islam tentang keadilan dan bagaimana standar keadilan itu diterminologikan dan didefinisikan serta kemudian diimplementasikan sesuai dengan suatu tatanan sosial dan nilai-nilai yang ada. Proses ini akan berjalan panjang dan terus berjalan berkesinambungan, yang pada akhirnya akan menentukan kesadaran publik bahwa keadilan adalah sebuah kebutuhan nyata yang harus dapat dirasakan oleh semua orang. Allah sebagai Sang Pencipta Jagad Raya beserta isinya sudah memberikan

⁶³ Departemen Agama, *Op Cit*, Hal.98.

perintah, landasan dan dasar hukum yang hakiki tentang keadilan dan perintah keadilan sebagaimana Allah berfirman dalam Al-Quran: "Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang menegakan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap satu kaum, mendorong untuk kamu berbuat tidak adil. Berlaku adillah karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertaqwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah mengetahui apa yang kamu kerjakan"(Al-Maidah : 8).

Kalau kita dalam Ayat Al-Quran di atas, betapa Allah memerintahkan semua umatnya untuk berbuat adil, sekalipun itu terhadap orang yang menjadi musuh atau yang sangat dibenci. Allah telah mengajarkan kearifan dan kebesaran hati melalui Firmannya tersebut di atas, agar umatnya senantiasa berbuat adil kepada siapapun.

Keadilan adalah ketetapan Allah bagi kosmos atau alam raya ciptaan-Nya, karena menurut ajaran Islam keadilan adalah prinsip yang merupakan hukum seluruh jagad raya. Oleh karena itu siapapun yang melanggar keadilan adalah melanggar hukum kosmos. Siapapun yang bertindak tidak adil maka ia sama dengan telah melakukan dosa ketidakadilan dan akan mempunyai dampak kehancuran serta merusak tatanan masyarakat manusia.⁶⁴

Kita dapat memperoleh contoh sebagai gambaran dari keadilan Rasulullah SAW, tentang apa yang telah dilakukan sendiri dan diterapkan

⁶⁴ *Ibid*, Hal.243.

secara nyata dalam kehidupan Rasulullah bahwa, kalau beliau ingin pergi jauh beliau undi antara Istri-Isterinya. Siapa yang kena undian maka itulah yang dibawanya. Cara dan teknik dengan undian dimaksudkan bahwa biarlah Allah yang menentukan tanpa secara subyektif Rasulullah mengajakdan menunjuk satu orang Istri yang dikehendaki, dan inilah cara Rasulullah menerapkan cara, teknik dan metode untuk mewujudkan keadilan.

Sebagai Kepala Negara dan Hakim, Rasulullah selalu menerapkan keadilan dengan betul, sampai kemudian Rasulullah pernah mengatakan : "Jika sekiranya Fatimah binti Muhammad mencuri, niscaya Aku potong tangannya". (HR. Bukhori).

Kita dapat melakukan usaha-usaha dan upaya-upaya untuk menunjang tercapainya keadilan, diantaranya:

Pertama : Tentang di dalam mengambil keputusan, tidak boleh dilandasi rasa dan nafsu buruk, angkara murka atau karena kecintaan subyektif dengan seseorang atau kelompok tertentu , dan tidak boleh berat sebelah dalam tindakan karena pengaruh hawa nafsu, angkara murka ataupun karena kecintaan kepada seseorang atau kelompok tertentu. Rasulullah saw dalam salah satu sabdanya mengingatkan agar janganlah seorang Hakim memutuskan perkara dalam keadaan marah, sebab bila seseorang dalam kondisi yang marah maka, emosinya akan tidak stabil, yang biasanya mendorong seseorang berlaku dan bersikap tidak adil dalam mengambil putusan.

Kedua : Memperluas pandangan dan melihat persoalannya secara obyektif. Jangan pernah mengambil sikap atau keputusan yang didasarkan informasi atau masukan dari orang lain yang informasinya tersebut salah, mengandung kesesatan dan mengandung maksud-maksud jahat. Mengambil keputusan harus di dasarkan dari mengumpulkan data dan fakta, sehingga diperoleh keputusan yang seadil-adilnya yang dapat dirasakan oleh siapapun yang menerimanya.

Jika adil adalah sifat dan sikap Fadlilah (utama) maka sebagai kebalikannya adalah sikap zalim. Zalim berarti menganeaya, tidak adil dalam memutuskan perkara, berarti berat sebelah dalam tindakan, mengambil hak orang lain lebih dari batasnya atau memberikan hak orang lain kurang dari semestinya. Sikap zalim itu diancam Allah dalam Firmannya: "Tidakkah bagi orang zalim itu sahabat karib atau pembela yang dapat ditakuti". (Al-mu`min : 18). Dalam Ayat yang lain Allah berfirman lagi: "Dan tidak ada bagi orang-orang yang zalim seorang penolongpun". (Ali Imran : 192).

Tentang hal kezaliman, para Ahli akhlak mengemukakan hal-hal yang mendorong seseorang berlaku zalim yaitu mengenai masalah :

- a) Cinta dan benci. Barang siapa yang mencintai seseorang, biasanya ia berlaku berat sebelah kepadanya. Kita dapat mengambil contoh misalnya orang tua yang karena cinta kepada anak-anaknya, maka sekalipun anaknya salah, anak itu dibelanya atau Suami yang terlalu mencintai Istrinya, maka

takaran obyektif untuk bersikap sontak menjadi subyektif, sehingga walaupun salah, maka oleh Sang Suami Istri tersebut tetap dikatakan benar. Kita juga sering karena menaruh rasa kebencian kepada seseorang, lalu kita berlaku dan mengambil sikap yang tidak lagi melihat kebaikan orang itu, tetapi hanya menonjolkan kesalahannya.

- b) Kepentingan diri sendiri. Sering Kita terdorong oleh perasaan egois dan individualis, maka hanya memikirkan dan mementingkan diri sendiri saja serta hanya berorientasi untuk keuntungan pribadi sehingga menyebabkan seseorang bersikap dan berlaku berat sebelah, curang dan culas.
- c) Pengaruh luar. Adanya pandangan yang menyenangkan, keindahan pakaian, kewibawaan, kefasihan pembicaraan dan sebagainya dapat mempengaruhi dan membuat seseorang berat sebelah dalam tindakannya. Pengaruh-pengaruh tersebut dapat menyilaukan perasaan sehingga langkahnya tidak obyektif. Oleh karena itulah, dapat disimpulkan bahwa keadilan dan keadilan bisa muncul karena adanya beberapa faktor, diantaranya: kondisi orang tersebut pada saat itu dan luas atau sempitnya pengetahuan yang dimiliki, latar belakang cinta atau benci serta terdorong oleh kepentingan sendiri atau golongan dan adanya pengaruh dari luar yang memang memicu serta merangsang seseorang untuk berlaku zalim.

Al-Qur'an, setidaknya menggunakan tiga tema untuk menyebut keadilan, yaitu al-'adl, al-qisth dan al-mîzân. al-'Adl, berarti "sama", memberi kesan adanya dua pihak atau lebih; karena jika hanya satu pihak, tidak akan terjadi "persamaan". Kata al-Qisth, berarti "bagian" (yang wajar dan patut). Ini tidak harus mengantarkan adanya "persamaan". al-Qisth lebih umum dari al-'adl. Karena itu, ketika al-Qur'ân menuntut seseorang berlaku adil terhadap dirinya, kata al-qisth yang digunakan. Allah SWT berfirman: Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu penegak al-qisth (keadilan), menjadi saksi karena Allah, walaupun terhadap dirimu sendiri... (Surah al-Nisa'/4: 135). Sedangkan kata al-Mîzân, berasal dari akar kata wazn (timbangan). al-Mîzân dapat berarti "keadilan". Al-Qur'an menegaskan Alam Raya ini ditegakkan atas dasar keadilan. Allah SWT berfirman: Dan langit ditegakkan dan Dia menetapkan al-mizan (neraca kesetimbangan). (Surah al-Rahman/55: 7).

Ada berbagai macam makna Keadilan yang dapat kita cermati antara lain:

Pertama, adil berarti "sama", sama berarti tidak membedakan seseorang dengan yang lain. Persamaan yang dimaksud dalam konteks ini adalah persamaan hak. Allah SWT berfirman: "Apabila kamu memutuskan perkara di antara manusia, maka hendaklah engkau memutuskannya dengan adil..." (Surah al-Nisa'/4:58)." Manusia memang tidak boleh dibedakan satu dengan yang lainnya berdasarkan latar belakang apapun seperti misalnya, kaya atau miskin, perbedaan jenis kelamin, penguasa atau rakyat

biasa , dan sebagainya, harus senantiasa diposisikan secara seimbang dan setara ,tanpa melihat apa, mengapa dan siapa .

Kedua, perkataan atau kata adil mempunyai arti “seimbang” Allah SWT berfirman: “Wahai manusia, apakah yang memperdayakan kamu (berbuat durhaka) terhadap Tuhanmu Yang Maha Pemurah? Yang menciptakan kamu lalu menyempurnakan kejadianmu, dan mengadilkan kamu (menjadikan susunan tubuhmu seimbang). (Surat al-Infithar/82: 6-7).” Seandainya ada salah satu anggota tubuh kita berlebih atau berkurang dari kadar atau syarat yang seharusnya, pasti tidak akan terjadi harmonisasi dan keseimbangan atau tidak akan dapat terwujud suatu keadilan.

Ketiga, adil berarti “perhatian terhadap hak-hak individu dan memberikan hak-hak itu pada setiap pemiliknya”. “Adil” dalam hal ini bisa didefinisikan sebagai *wadh al-syai’ fi mahallihi* (menempatkan sesuatu pada tempatnya). Lawannya adalah “zalim”, yaitu *wadh’ al-syai’ fi ghairi mahallihi* (menempatkan sesuatu tidak pada tempatnya). Pengertian keadilan seperti ini akan melahirkan keadilan sosial.

Keempat, adil yang dinisbatkan pada Ilahi. Semua wujud tidak memiliki hak atas Allah SWT. Keadilan Ilahi merupakan Rahmat dan kebaikan-Nya. Keadilan-Nya mengandung konsekuensi bahwa Rahmat Allah SWT tidak tertahan untuk diperoleh sejauh makhluk itu dapat meraihnya. Allah disebut *qaiman bilqisth* (yang menegakkan keadilan) (Surah Ali ‘Imram/3: 18). Allah SWT berfirman: “Dan Tuhanmu tidak berlaku aniaya kepada hamba-hamba-Nya (Surah Fushshilat/41: 46).

Banyak sekali Ayat Al-Qur'an yang memerintah kita berbuat adil. Misalnya, Allah SWT berfirman: "Berlaku adillah! Karena adil itu lebih dekat kepada takwa. (Surah al-Ma'idah/5: 8)." Dijelaskan ayat ini, keadilan itu sangat dekat dengan ketakwaan. Orang yang berbuat adil berarti orang yang bertakwa. Orang yang tidak berbuat adil alias zalim berarti orang yang tidak bertakwa. Dan, hanya orang adil-lah (berarti orang yang bertakwa) yang bisa mensejahterakan diri dan lingkungan serta masyarakatnya.

Dalam ayat lain, Allah SWT berfirman: Katakanlah, "Tuhanku memerintahkan menjalankan al-qisth (keadilan)" (Surah al-A'raf/7: 29). Sesungguhnya Allah memerintahkan berlaku adil dan berbuat ihsan (kebajikan) (Surah al-Nahl/16: 90). Sesungguhnya Allah telah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya dan (menyuruh kamu apabila menetapkan hukum diantara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil). Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-sebaiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah adalah Maha Mendengar lagi Maha Melihat. (Surah al-Nisa/4:58)".

"Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang-orang yang benar-benar menegakkan Keadilan, menjadi saksi karena Allah, biarpun terhadap dirimu sendiri ataupun ibu bapakmu dan keluargamu. Jika ia kaya ataupun miskin, Allah lebih mengetahui keadaan keduanya, maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu, sehingga kamu tidak berlaku adil. Jika kamu memutar balikkan, atau enggan menjadi saksi, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan. (Surah al-Nisa'/4:135)". "Dan

kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! Tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. Kalau dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil. (Surah al-Hujurat/49:9).”⁶⁵

Ada beberapa bidang keadilan yang wajib ditegakkan, diantaranya:

Pertama, bentuk keadilan yang menyangkut aspek keadilan hukum: Ayat-ayat yang telah disebutkan di atas, itulah ayat-ayat yang memerintahkan untuk menegakkan keadilan hukum, kendati pada diri dan keluarga kita sendiri. Ketegasan tanpa pandang bulu inilah yang juga diteladankan Nabi Muhammad SAW. Diriwayatkan, pada masa beliau, seorang perempuan dari keluarga Bangsawan dan terpandang Suku al-Makhzumiyah bernama Fatimah al-Makhzumiyah ketahuan mencuri bokor emas. Pencurian ini membuat jajaran pembesar Suku al-Makhzumiyah gempar dan sangat malu. Apalagi, jerat hukum saat itu mustahil dihindarkan, karena Nabi Muhammad Saw sendiri yang menjadi Hakimnya. Bayang-bayang Fatimah al-Makhzumiyah akan menerima hukum potong (Surah al-Ma'idah/5: 38) tangan, terus menghantui mereka. Mereka berpikir seandainya hukuman potongan tangan ini benar-benar diterapkan, mereka akan menanggung aib maha dahsyat, karena dalam pandangan

⁶⁵ Bachtiar Surin, *Terjemahan Dan Tafsir Al-Quran Huruf Arab Dan Latin*, Fa.Sumatra, Bandung, 1978, Hal. 200-289.

mereka seorang keluarga bangsawan tidak layak memiliki cacat fisik. Lobi-lobi politis digalakkan supaya hukum potong tangan itu dapat diringankan atau bahkan diloloskan sama sekali dari Fatimah al-Makhzumiyah. Akhirnya, Usamah bin Zaid, cucu Nabi Muhammad Saw dari anak angkatnya yang bernama Zaid bin Haritsah, lantas dinobatkan sebagai pelobi oleh Suku al-Makzumiyah. Usamah dipilih untuk melakukan lobi karena Usamah adalah Cucu yang sangat disayangi Nabi. Melalui orang kesayangan Nabi ini, diharapkan lobi itu akan menemui jalan mulus tanpa rintangan apapun, sehingga upaya meloloskan Fatimah dari jerat hukun dapat tercapai sesuai harapan. Upaya lobi Usamah bin Zaid, itu justru mengundang protes keras dari Nabi Muhammad SAW. Beliau , bukannya simpati tetapi Beliau justru antipati . Ketegasan Nabi dalam menetapkan hukuman tak dapat ditawar sedikitpun, walau yang melakukan lobi orang yang sangat disayangi. Bahkan selanjutnya, Nabi lantas berkata lantang: “Rusaknya orang-orang terdahulu, itu karena ketika yang mencuri adalah orang terhormat, maka Mereka melepaskannya dari jerat hukum. Tapi ketika yang mencuri orang lemah, maka Mereka menjeratnya dengan hukuman. Saksikanlah! Andai Fatimah bint Muhammad mencuri, niscaya aku sendiri yang akan memotong tangannya.” Itulah ketegasan Nabi dalam menegakkan hukum dan keadilan untuk semua orang tidak pandang bulu, sekalipun kepada orang yang paling disayanginya .

Kedua, yaitu bentuk keadilan yang menyangkut ekonomi: Islam tidak menghendaki adanya ketimpangan ekonomi antara satu orang

dengan yang lainnya. Islam tidak membolehkan adanya monopoli (al-ihthakar) atau apapun istilahnya, sama sekali tidak bisa dibenarkan. Nabi Muhammad SAW misalnya bersabda: “Tidak menimbun barang kecuali orang-orang yang berdosa. (HR. Muslim)” . “Orang yang bekerja itu diberi rizki, sedang orang yang menimbun itu diberi laknat. (HR. Ibnu Majah) ”. Siapa saja yang menyembunyikan (gandum atau barang-barang keperluan lainnya dengan mengurangi takaran dan menaikkan harganya), maka dia termasuk orang-orang yang zalim dan tidak adil. Larangan demikian juga ditemukan dalam Al-Qur’an, Allah SWT berfirman: Apa saja harta rampasan (fay’) yang diberikan Allah kepada Rasul-Nya yang berasal dari penduduk kota-kota maka adalah untuk Allah, Rasul, kerabat Rasul, anak-anak yatim , dan orang-orang miskin serta orang-orang yang dalam perjalanan, supaya harta itu jangan hanya beredar di antara orang-orang kaya di antara kalian saja. Apa saja yang Rasul berikan kepada kalian, terimalah. Apa saja yang Dia larang atas kalian, tinggalkanlah. Bertakwalah kalian kepada Allah. Sesungguhnya Allah sangat keras hukuman-Nya. (Surat al-Hasyr/59: 7). Umar bin al-Khattab (khalifah Islam ke-2) pernah mengumumkan pada seluruh kawulanya, bahwa menimbun barang dagangan itu tidak sah dan haram. Menurut riwayat Ibnu Majah, Umar berkata, “Orang yang membawa hasil panen ke kota Kita akan dilimpahkan kekayaan yang berlimpah dan orang yang menimbunnya akan dilaknat. Jika ada orang yang menimbun hasil panen atau barang-barang kebutuhan lainnya sementara makhluk Tuhan (manusia)

memerlukannya, maka pemerintah dapat menjual hasil panennya itu secara paksa demi menjaga keadilan”. Dalam kaca mata Umar, pemerintah wajib turun tangan untuk menegakkan keadilan ekonomi. Sehingga ketika ada oknum-oknum tertentu melakukan monopoli, tentu banyak pihak yang terugikan secara ekonomi, pemerintah tidak bisa tinggal diam apalagi malah ikut menjadi bagian di dalamnya. Siapapun yang membiarkan dan atau menyetujui perbuatan mereka sama halnya berbuat kezaliman itu sendiri dan menjauhkan keadilan.

Ketiga, yaitu bentuk keadilan di bidang politik: Nabi Muhammad SAW bersabda: “Ada tujuh golongan yang bakal dinaungi oleh Allah di bawah naungan-Nya pada hari yang tidak ada naungan kecuali naungan-Nya, yaitu : Pemimpin yang adil (imamun adil), pemuda yang tumbuh dengan ibadah kepada Allah (selalu beribadah), seseorang yang hatinya bergantung kepada masjid (selalu melakukan shalat berjamaah di dalamnya), dua orang yang saling mengasihi di jalan Allah, keduanya berkumpul dan berpisah karena Allah, seseorang yang diajak perempuan berkedudukan dan cantik (untuk berzina), tapi ia mengatakan: "Aku takut kepada Allah", seseorang yang diberikan sedekah kemudian merahasiakannya sampai tangan kirinya tidak tahu apa yang dikeluarkan tangan kanannya, dan seseorang yang berdzikir (mengingat) Allah dalam kesendirian, lalu meneteskan air mata dari kedua matanya. (HR Bukhari)”. Pemerintah atau pemimpin yang adil akan memberi hak pada yang berhak, yang komitmen bertanggungjawab pada warganya. Tidak mudah menjadi

pemimpin adil. Karena itu, kita tidak seharusnya berebut menjadi pemimpin. Inilah sebabnya Umar bin al-Khattab menolak usul pencalonan anaknya, Abdullah bin Umar, sebagai penggantinya. Namun prinsipnya, Islam memandang siapapun berhak menjadi pemimpin tanpa melihat siapa dan bagaimana latar belakangnya.

Keempat, yaitu keadilan yang menyangkut berteologi atau beragama atau pula berkeyakinan: Islam memberikan kebebasan penuh bagi siapapun untuk menjalankan keyakinan yang dianutnya. Hal ini termasuk keyakinan yang berbeda dengan Islam sekalipun. Konsekuensinya, kebebasan mereka ini tidak boleh diganggu-gugat. Bahkan Muhammad Syahrûr menyatakan, percaya pada kebebasan manusia adalah satu dasar akidah Islam yang pelakunya dapat dipercayai beriman pada Allah SWT. Bukti kebebasan ini, antara lain: Allah SWT berfirman: “ Allah lebih tahu siapa yang tersesat dari jalan-Nya dan Dia lebih tahu siapa yang mendapat petunjuk. (Surah al-Nahl/16: 125)’. “ Dan katakanlah: kebenaran itu datangya dari Tuhanmu. Maka siapa yang ingin beriman, hendaklah ia beriman, dan siapa yang ingin kafir, biarlah ia kafir.... (Sûrah al-Kahf/18: 29) “. Tidak ada paksaan untuk memasuki Agama. Sesungguhnya telah jelas-jelas jalan yang benar dari jalan yang sesat. Oleh karena itu, siapa yang ingkar kepada taghut dan yang beriman kepada Allah, maka sesungguhnya ia telah berpegang kepada buhul tali yang amat kuat yang tidak akan putus. Dan Allah Maha Mendengar lagi Maha Mengetahui. (Sûrah al-Baqarah/2: 256).

Yang penting diperhatikan, adalah bahwa pilihan kepercayaan apapun yang Kita anut, semua memiliki konsekuensinya masing-masing. Kesadaran untuk memilih keyakinan harus pula dibarengi oleh kesadaran akan konsekuensinya. Sehingga, pilihan kita betul-betul sebagai “pilihan yang bertanggungjawab” dan pilihan tersebut juga bebar-benar dapat“dapat dipertanggungjawabkan.”

Kelima, yaitu bentuk keadilan dalam bidang kesehatan : Abu Hurairah meriwayatkan, Nabi Muhammad SAW bersabda: “Sesungguhnya Allah SWT berfirman pada hari kiamat: Wahai bani Adam, Aku sakit dan kamu tidak menjenguk-Ku. Bani Adam bertanya: Wahai Rabbku, bagaimana bisa aku menjenguk-Mu sedang Engkau adalah Tuhan sekalian Alam? Allah menjawab: Tidakkah kamu melihat seorang hamba-Ku sedang sakit dan kamu tidak menjenguknya? Tidakkah kamu mengetahui, andaikata Kamu menjenguknya, Kamu tentu akan mendapati-Ku di sisinya? (HR. Imam Muslim)”. Hadis kudsi di atas menunjukkan, jika Kita “menjenguk” – dalam pengertiannya yang luas – tetangga kita yang sakit, maka kita akan menemukan Allah SWT di sana. Tidak “menjenguk”nya berarti tidak menemukan-Nya. Apa maknanya? Kita dapat merenungkannya masing-masing, yang jelas, dalam hal ini siapapun juga wajib “menjenguk” orang lain yang sakit. Siapapun dia dan apapun latar belakangnya.

Keenam, yaitu bentuk keadilan dalam bidang pendidikan : Allah SWT berfirman: “ Allah akan meninggikan orang-orang yang

beriman di antaramu dan orang-orang yang diberi ilmu pengetahuan beberapa derajat. Dan Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan. (Surah al-Mujaadilah: 11) “. Nabi Muhammad SAW bersabda: “Tholabul ilmi farîdhotun 'alâ kulli muslim” (HR. Ibnu Majah) “. Paling tidak dua argumen ini, memberikan pengertian bahwa menuntut ilmu atau mendapatkan pendidikan, adalah hak bagi siapapun tanpa pandang latar belakang, dan ini termasuk bentuk keadilan.⁶⁶

Dari uraian di atas Kita dapat memahami bahwa keadilan dalam Islam itu universal dan tidak mengenal boundaries (batas-batas), baik batas nasionalitas, kesukuan, etnik, bahasa, warna kulit, status (sosial, ekonomi, politik), dan bahkan batas agama sekalipun. Pada orang yang berbeda keyakinan dan bahkan hewan sekalipun, Kita wajib hukumnya untuk menegakkan keadilan harus ditegakkan. Allah SWT berfirman: “Dan apabila kamu berkata, maka hendaklah kamu berlaku adil, kendatipun ia adalah kerabat(mu), dan penuhilah janji Allah. Yang demikian itu diperintahkan Allah kepadamu agar kamu ingat. (Surah al-An'am/6: 152). Sesungguhnya Kami telah mengutus Rasul-Rasul, dengan membawa bukti-bukti nyata, dan telah Kami turunkan bersama mereka Al-Kitab dan neraca (keadilan) agar manusia dapat melaksanakan keadilan. (Surah al-Hadid/57: 25). “Hai orang-orang yang beriman, jadilah kamu penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah, biar pun terhadap dirimu sendiri atau Ibu Bapak dan kerabatmu. Jika ia (yang tergugat atau terdakwa) kaya atau miskin,

⁶⁶ Khadduri, Majid, *Teologi Keadilan Perspektif Islam*, Risalah Gusti, Surabaya, 1999, Hal.435-546.

maka Allah lebih utama dari keduanya... (Surah al-Nisa'/14: 135)". "Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu menjadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil dan janganlah sekali-kali kebencian kamu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk tidak berlaku adil. Berlakulah adil, karena adil itu lebih dekat kepada taqwa.

Islam hanya menekankan prinsip keadilan dan pentingnya keadilan bagi semua. Perihal bagaimana cara mendapatkan keadilan, itu sepenuhnya diserahkan pada umatnya. Termasuk bagaimana membangun negara yang akan menjadi sarana tercapainya keadilan, itu juga tidak diatur oleh Islam. Mau berasas Islam, sekuler, demokrasi, teokrasi, teodemokrasi, dan apapun namanya, yang penting ditekankan adalah KEADILAN. Yang jelas, siapapun kita, baik sebagai individu maupun pemerintah, harus menjadi martir penegakan keadilan sesuai jangkauan wilayah kita. "Kalian semua adalah pemimpin, dan kalian semua akan dimintai pertanggungjawaban atas kepemimpinan kalian/kullukum ra'in wa kullukum mas'ulun 'an ra'iyatih," pesan Nabi Muhammad SAW. Keadilan, dalam hal apapun, akan membuahkan kedamaian dan kesejahteraan. Inilah inti kemaslahatan bagi umat. Dan ini lebih mungkin dilaksanakan oleh para pemimpin atau pemerintah. Untuk itu, tasharruf imam ala al-ra'iyah manuthun bi al-maslahah (kebijakan pemimpin bagi warganya harus diorientasikan untuk kemaslahatan mereka). Sayyidul qaum khadimuhum (pempimpin umat adalah pelayan bagi mereka). Pemimpin harus melayani umatnya untuk

mendapatkan keadilan ini. Karena itu, keadilan yang berujung pada kedamaian dan kesejahteraan harus dikejar terlebih dahulu ketimbang urusan pribadi ataupun golongan. Ada kisah, khalifah Harun al-Rasyid pernah disindir sufi-pembanyol Nasruddin Hoja. “Kamu pilih keadilan atau harta?” tanya khalifah. “Harta!,” jawab Nasruddin. Khalifah marah bukan kepalang. “Harusnya yang kamu pilih keadilan. Itu juga yang saya pilih,” kata khalifah berang. “Orang memang akan menginginkan apa yang tidak dimilikinya,” jawab Nasruddin ringan. Nasruddin punya keadilan, tapi tak punya harta, makanya ia menginginkan harta. Khalifah punya harta, tapi tak punya keadilan, makanya ia menginginkan keadilan.⁶⁷

2. *Middle Theory* (Teori Tengah): Teori Sistem Hukum.

Pada hakikatnya, sebuah sistem adalah sebuah unit yang beroperasi dengan batas-batas tertentu. Sistem bisa bersifat mekanis, organis, atau sosial. Tubuh manusia, sebuah mesin *pinball*, dan gereja Katolik Roma semuanya adalah sistem. David Easton telah mendefinisikan sistem politik sebagai kumpulan interaksi dengan mempertahankan batas-batas tertentu yang bersifat bawaan dan dikelilingi oleh sistem-sistem sosial lainnya yang terus-menerus menimpakan pengaruh padanya.

Definisi yang agak mendalam ini berpijak pada konsep fundamental tertentu. Sistem politik adalah “sekumpulan interaksi”, sebuah sistem sosial dengan kata lain bukan sebuah struktur atau mesin, melainkan perilaku dan perilaku yang saling berelasi dengan perilaku lainnya. Sistem memiliki

⁶⁷ *Ibid*, Hal.675-705.

batas-batas, artinya seorang pengamat yang teliti bisa melihat dari mana awal dan ujungnya. Ia bisa menandai perbedaannya dari sistem-sistem lainnya. Kumpulan interaksi apapun bisa disebut sebagai sistem, jika seorang pengamat bisa menjelaskannya, dengan menemukan batas-batas riilnya atau mendefinisikan sebagiannya.

Namun apa yang menjadi batas-batas sistem hukum (*legal system*)? Bisakah kita membedakan sistem hukum dari sistem-sistem sosial lainnya? Bisakah kita mengatakan, dengan kata lain, dari mana awal dan akhirnya? Istilah *legal* berarti terkait dengan hukum, karena itu untuk mendefinisikan suatu sistem hukum kita memerlukan semacam definisi-definisi kerja mengenainya.

Suatu sistem hukum dalam operasi aktualnya merupakan sebuah organisme kompleks dimana struktur, substansi dan kultur berinteraksi. Untuk menjelaskan latar belakang dan efek dari setiap bagiannya diperlukan peranan dari banyak elemen sistem tersebut. Yang pertama, hal itu bergantung pada ketentuan hukum yang berlaku. Di sini struktur dan substansi merupakan ciri-ciri kukuh yang terbentuk pelan-pelan oleh kekuatan-kekuatan sosial dalam jangka panjang. Semua itu memodifikasi tuntutan-tuntutan yang berlangsung dan pada dirinya merupakan endapan jangka panjang dari tuntutan-tuntutan sosial lainnya.

Teori sistem hukum, yang dikembangkan oleh Friedmann, menguraikan bahwa hukum sebagai suatu sistem, dalam operasinya memiliki 3 (tiga) komponen yang saling berinteraksi, yaitu struktur

(*structure*), substansi (*substance*) dan kultur (*culture*). Struktur hukum adalah kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum.⁶⁸

Selanjutnya, substansi hukum terdiri atas peraturan hukum substantif dan peraturan hukum tentang bagaimanakah seharusnya lembaga-lembaga yang diciptakan oleh peraturan hukum substantif berperilaku, yang berdasarkan pendapat HLA Hart, suatu substansi sistem hukum adalah kesatuan dari peraturan hukum primer (*primary rules*), yaitu norma-norma tentang perilaku dan peraturan hukum sekunder (*secondary rules*), yaitu norma-norma tentang norma-norma perilaku, misalnya bagaimana menentukan validitas norma-norma tentang perilaku, bagaimana menegakkan (*enforce*) norma-norma tentang perilaku dan sebagainya.

Menurut Hart, ada dua kondisi minimum sebagai syarat bagi eksistensi sistem hukum, yaitu pertama, adanya dasar pengakuan yang didukung oleh peraturan hukum sekunder yang diterima sebagai mengikat oleh aparatur hukum yang bertugas menciptakan, mengubah, menerapkan, menegakkan, atau mengevaluasi peraturan hukum primer; kedua, tiap-tiap warga negara mematuhi peraturan hukum primer, paling tidak dikarenakan ketakutan akan hukuman.⁶⁹

Syarat kedua bagi eksistensi sistem hukum menurut Hart tersebut memiliki relevansi teoritis dengan komponen ketiga dari sistem hukum menurut Friedman, yaitu kultur hukum, yang dipahaminya sebagai dukungan sosial atas hukum, seperti kebiasaan, pandangan, cara berperilaku

⁶⁸ *Ibid*, h.17

⁶⁹ HLA Hart, *The Concept of Law*, The English Language Book Society and Oxford University Press, London, h.49-60

dan berpikir, yang menggerakkan dukungan masyarakat untuk mematuhi atau tidak mematuhi aturan.⁷⁰

Menurut Friedman, sistem hukum mempunyai fungsi merespon harapan masyarakat terhadap sistem hukum, dengan cara antara lain mendistribusikan dan memelihara nilai-nilai yang dipandang benar oleh masyarakat, dengan merujuk kepada keadilan. Jadi keadilan menurut Friedman, adalah tujuan akhir dari sistem hukum.⁷¹

Kata sistem dalam pengertian sederhana dapat diartikan sebagai susunan, kesatuan dari bagian-bagian yang saling bergantung. Menurut R. Subekti, Sistem adalah suatu susunan atau catatan yang teratur, suatu keseluruhan yang terdiri dari bagian-bagian yang berkaitan satu sama lain tersusun menurut suatu rencana atau pola hasil dari suatu pemikiran untuk mencapai suatu tujuan. Dalam suatu sistem yang baik, tidak boleh terjadi suatu duplikasi atau tumpang tindih (*overlapping*) di antara bagian-bagian itu. Sistem merupakan satu kesatuan yang utuh yang terdiri atas berbagai bagian atau sub-sistem. Sub-sistem ini saling berkaitan yang tidak boleh bertentangan, dan apabila memang terjadi pertentangan, maka selalu ada jalan untuk menyelesaikannya. Begitu juga dengan sistem hukum haruslah tersusun dari sejumlah bagian-bagian yang dinamakan sub-sistem hukum secara bersama-sama mewujudkan kesatuan yang utuh. Sistem hukum bukan sekedar kumpulan peraturan hukum, tetapi setiap peraturan itu saling

⁷⁰ Lawrence M. Friedman, 1975, *Op. Cit.*, h.14

⁷¹ *Ibid.*, h.17-18

berkaitan satu dengan yang lainnya, serta tidak boleh terjadi konflik atau kontradiksi di antara sub-sistem yang ada di dalamnya.

Lili Rasyidi, dan I.B. Wyasa Putra, menyatakan bahwa sistem hukum merupakan suatu kesatuan sistem yang tersusun atas integritas sebagai komponen sistem hukum, yang masing-masing memiliki fungsi tersendiri dan terikat dalam suatu kesatuan hubungan yang saling terkait, bergantung, mempengaruhi, bergerak dalam kesatuan proses, yakni proses sistem hukum untuk mewujudkan tujuan hukum. Oleh karena itu dapat dipahami bahwasanya sistem hukum merupakan keseluruhan aspek dan elemen yang tersusun sebagai satu kesatuan terpadu tentang hukum.

Dalam studi ilmu hukum, kebanyakan orang terutama para sarjana hukum di Indonesia sangat dipengaruhi oleh pandangan Lawrence Friedman tentang sistem hukum. Menurut Laurence M. Friedman, sistem hukum mencakup 3 (tiga) komponen atau sub-sistem, yaitu komponen struktur, substansi hukum, dan budaya hukum. Secara sederhana, teori Friedman itu memang sulit dibantah kebenarannya. Namun, kurang disadari bahwa teori Friedman tersebut sebenarnya didasarkan atas perspektifnya yang bersifat sosiologis (*sociological jurisprudence*), yaitu dengan teori ,struktur, substansi, dan kultur hukum itu tidak lain adalah bahwa basis semua aspek dalam sistem hukum itu adalah budaya hukum.

Lawrence M. Friedman mengemukakan bahwa efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum tergantung tiga unsur sistem hukum, yakni struktur hukum (*struktur of law*), substansi hukum (*substance of the law*)

dan budaya hukum (*legal culture*). Struktur hukum menyangkut aparat penegak hukum, substansi hukum meliputi perangkat perundang-undangan dan budaya hukum merupakan hukum yang hidup (*living law*) yang dianut dalam suatu masyarakat.⁷²

Tentang struktur hukum Friedman menjelaskan (Lawrence M. Friedman, 1984 : 5-6): "*To begin with, the legal system has the structure of a legal system consist of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction ...Strukture also means how the legislature is organized ...what procedures the police department follow, and so on. Strukture, in way, is a kind of cross section of the legal system...a kind of still photograph, with freezes the action.*" Struktur dari sistem hukum terdiri atas unsur berikut ini, jumlah dan ukuran pengadilan, yurisdiksinya (termasuk jenis kasus yang berwenang mereka periksa), dan tata cara naik banding dari pengadilan ke pengadilan lainnya. Struktur juga berarti bagaimana badan legislative ditata, apa yang boleh dan tidak boleh dilakukan oleh presiden, prosedur ada yang diikuti oleh kepolisian dan sebagainya. Jadi struktur (*legal struktur*) terdiri dari lembaga hukum yang ada dimaksudkan untuk menjalankan perangkat hukum yang ada.

Asas dalam negara hukum dalam perundangan yaitu kepastian hukum dapat dipahami dari 2 (dua) pengertian, yaitu *pertama*, kepastian hukum dari penyelenggaraan negara, berdasarkan asas legalitas, kepastian dan keadilan.

⁷² Lawrence M.Friedman,*The Legal System A Social SciencePerspective*,Russel Sage Foundation,New York,1975,Page 307.

kedua, kepastian hukum dalam suatu aturan (kepastian norma) agar tidak menimbulkan kabur (tidak jelas) atau konflik norma.

Kepastian hukum merupakan wujud asas legalitas (*legaliteit*) dimaknai oleh Sudargo Gautama dari 2 (dua) sisi, yakni:⁷³

1. dari sisi warga negara, sebagai kelanjutan dari prinsip pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan adalah pelanggaran terhadap hak-hak individual itu hanya dapat dilakukan apabila diperbolehkan dan berdasarkan peraturan-peraturan hukum.
2. dari sisi negara, yaitu tiap tindakan negara harus berdasarkan hukum. Peraturan perundang-undangan yang diadakan terlebih dahulu merupakan batas kekuasaan bertindak negara.

Hukum di negara berkembang ada 2 (dua) pengertian tentang kepastian hukum menurut *Gustav Radburch* yaitu kepastian oleh karena hukum, dan kepastian dalam atau dari hukum. Menjamin *kepastian oleh karena hukum* menjadi tugas dari hukum. Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian dalam hubungan-hubungan kemasyarakatan adalah hukum yang berguna. Sedangkan *kepastian dalam atau dari hukum* tercapai apabila hukum itu sebanyak-banyaknya hukum undang-undang, dalam undang-undang tersebut tidak ada ketentuan yang saling bertentangan (Undang-undang berdasarkan pada sistem logis dan pasti). Undang-undang tersebut dibuat berdasarkan kenyataan hukum (*rechtswerkelijkheid*) dan undang-undang tersebut tidak ada istilah-istilah hukum yang dapat ditafsirkan secara berlain-lainan.⁷⁴

⁷³ Sudargo Gautama, 1973, *Pengertian tentang Negara Hukum*, Liberty, Yogyakarta, h. 9

⁷⁴ E. Utrecht, 1959, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Cetakan keenam, PT.Penerbit Balai Buku Ichtiar, Jakarta, h. 26

Selain itu disebutkan, bahwa kepastian mempunyai arti bahwa dalam hal kongkrit kedua pihak berselisih dapat menentukan kedudukan mereka. Dalam pengertian ini bermakna keamanan hukum yakni mengandung perlindungan bagi kedua belah pihak yang berselisih terhadap tindakan hakim yang sewenang-wenang. Sedangkan kepastian oleh karena hukum dimaksudkan, bahwa hukum menjamin kepastian pada pihak yang satu dengan pihak yang lain.⁷⁵ Tugas hukum menjamin kepastian hukum dalam hubungan-hubungan yang kedapatan dalam pergaulan kemasyarakatan.

Pembatasan dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan mengedepankan peraturan perundang-undangan sebagai rujukannya, merupakan makna dari kepastian hukum sebagaimana pengertian tersebut diatas. Dalam pendapat lain, Soedikno Mertokusumo menyatakan kepastian hukum merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum, selebihnya dikatakan bahwa *perlindungan yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.⁷⁶

Pendapat dari Indroharto, bahwa kepastian hukum mengharuskan hukum objektif yang berlaku untuk setiap orang tersebut harus jelas dan ditaati. Disini ditekankan bahwa kepastian hukum juga menyangkut kepastian norma hukum. Kepastian norma hukum ini harus diciptakan oleh pembentuk peraturan perundang-undangan dengan berdasarkan asas legalitas,

⁷⁵ *Ibid*, h. 25

⁷⁶ E. Fernando M Manulang, *Op. Cit.*, h. 92

kepatutan, dan keadilan.⁷⁷ Kepastian hukum dalam perundang-undangan mengandung pengertian dalam hal substansi hukum dan dalam norma hukum agar perundang-undangan yang dibuat berkeadilan dan bermanfaat.

Dikemukakan beberapa pandangan ahli tentang pengertian norma hukum atau kaedah hukum sebagai berikut:

1. Menurut *Hans Kelsen*, norma hukum adalah aturan, pola atau standar yang perlu diikuti, kemudian dijelaskan bahwa fungsi norma hukum adalah:⁷⁸
 - a. memerintah (*Gebeiten*);
 - b. melarang (*Verbeiten*);
 - c. menguasai (*Ermachtigen*);
 - d. membolehkan (*Erlauben*); dan
 - e. menyimpang dari ketentuan (*Derogoereen*).

Norma hukum pada hakekatnya juga merupakan unsur pokok dalam peraturan perundang-undangan. Dalam kepustakaan Eropa Kontinental, mengenai apa yang dimaksud dengan peraturan perundangan atau *wet in materiele zin*, *Gezets in materiellen Sinne*, mengandung 3 (tiga) unsur pokok, yaitu: *Pertama*, norma hukum (*rechtsnormen*); *Kedua*, berlaku keluar (*naar buiten werken*); dan *Ketiga*, bersifat umum dalam arti luas (*algemeenheid in ruime zin*).

Sifat-sifat norma hukum dalam peraturan perundang-undangan dapat

⁷⁷ Indroharto, *Rangkuman Asas-asas Umum Tata Usaha Negara*, Jakarta, 1984, hlm. 212-213

⁷⁸ A Hamid S. Attamimi, 1990, *Disertasi : Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Universitas Indonesia, Jakarta, h. 302.

berupa: perintah (*gebod*), larangan (*verbod*), pengizinan (*toestemming*), pembebasan (*vrijstelling*).⁷⁹

2. Menurut Sudikno Mertokusumo, bahwa "kaedah hukum lazimnya diartikan sebagai peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia itu seyogyanya berperilaku, bersikap di dalam masyarakat agar kepentingannya dan kepentingan orang lain terlindungi atau dalam arti sempit kaedah hukum adalah nilai yang terdapat dalam peraturan kongkrit. Diuraikan lebih lanjut, dilihat dari fungsi maka kaedah hukum pada hakekatnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia atau kelompok manusia. sedangkan tujuan kaedah hukum tidak lain adalah ketertiban masyarakat.⁸⁰
3. Menurut Maria Farida Indrati Soeprapto, dalam kaitan dengan norma hukum menjelaskan, ada beberapa katagori norma hukum dengan melihat pada berbagai bentuk dan sifat :
 - a. Norma hukum umum dan norma hukum individu, kalau dilihat dari alamat yang dituju (*addressat*);
 - b. Norma hukum abstrak dan norma hukum kongkrit, kalau dilihat dari hal yang diatur;
 - c. Norma hukum yang *einmahlig* dan norma hukum yang *dauerhaftig*, dilihat dari segi daya berlakunya;
 - d. Norma hukum tunggal dan norma hukum berpasangan, dilihat dari wujudnya.⁸¹

Pemahaman tentang asas hukum dan norma hukum atau kaidah hukum, dapat dijelaskan bahwa asas hukum bukanlah merupakan aturan yang bersifat

⁷⁹ *Ibid*, h. 314

⁸⁰ Sudikno Mertokusumo, 2006, *Penemuan Hukum (sebuah Pengantar)*, Liberty, Edisi Kedua (Cetakan Kedua), Yogyakarta, h. 11

⁸¹ Maria Farida Indrati Soeprapto, 1998, *Ilmu Perundang-undangan (Dasar-dasar dan Pembentukannya)*, Kanisius, Yogyakarta, h. 11-18.

konkrit sebagaimana halnya norma atau kaedah hukum, yang menjadi isi dari setiap undang-undang, tetapi asas hukum harus memberikan pedoman dalam merumuskan norma hukum yang konkrit dalam pembuatan undang-undang. Dalam bentuk lain, sebagaimana dijelaskan oleh Sudikno Mertokusumo, jika asas hukum merupakan pikiran dasar yang bersifat abstrak, maka kaedah hukum dalam arti sempit merupakan nilai yang bersifat yang lebih konkrit dari pada asas hukum. Kemudian juga ditambahkan bahwa asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkrit atau pasal-pasal. Misalnya, adagium bahwa “Setiap orang dianggap tahu akan undang-undang” (*Een ieder wordt geacht de wet te kennen*).⁸²

Penulis sependapat dengan Sudikno Mertokusumo yang menyatakan bahwa pada dasarnya apa yang disebut dengan asas hukum adalah dasar-dasar umum yang terkandung dalam peraturan hukum, dan dasar-dasar umum tersebut adalah merupakan sesuatu yang mengandung nilai-nilai etis yang berkeadilan. Pandangan para ahli di atas, dalam membentuk undang-undang suatu aturan harus jelas dalam norma atau norma hukum berdasarkan atas kepastian hukum, berpedoman pada asas legalitas, kepatutan, dan keadilan, serta ditekankan agar setiap aturan hukum tidak bermasalah baik dalam konteks norma kabur ataupun konflik norma.

Uraian di atas, memberikan kejelasan tentang pemahaman kepastian hukum yang mengharuskan adanya pemerintahan menurut undang-undang,

⁸² Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit*, h. 11

setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan kepada undang-undang artinya suatu ketentuan yang dipergunakan harus pasti dan dibuat secara demokratis, yang menjamin keadilan dan kemanfaatan bagi kesejahteraan rakyat, serta memberikan perlindungan kepada rakyat melalui peradilan yang bebas dan tidak memihak, sehingga pemerintah bertindak tidak sewenang-wenang selalu berdasarkan atas peraturan yang mengaturnya. *Van Apeldorn* mengemukakan 2 (dua) pengertian tentang kepastian hukum, seperti berikut :

1. kepastian hukum berarti dapat ditentukan hukum apa yang berlaku untuk masalah- masalah kongkrit. Dengan dapat ditentukan masalah-masalah kongkrit, pihak-pihak yang berperkara sudah dapat mengetahui sejak awal ketentuan-ketentuan apakah yang akan dipergunakan dalam sengketa tersebut.
2. kepastian hukum berarti perlindungan hukum, dalam hal ini pihak yang bersengketa dapat dihindari dari kesewenang-wenangan penghakiman.⁸³

Peraturan perundang-undangan yang dibuat untuk mengatur dan melaksanakannya sesuai dengan konstitusi dan kewenangan yang ada dalam negara hukum, pada hakekat dari negara hukum memiliki empat elemen hukum, yakni: (a) pemerintahan menurut hukum, (b) jaminan terhadap hak-hak asasi keberadaan manusia, (c) pembagian kekuasaan, dan (d) pengawasan yustisia terhadap pemerintah. Keempat elemen tersebut

⁸³ Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, h. 59-60

berfungsi untuk mengontrol perundang-undangan hingga memenuhi syarat baik.⁸⁴ Secara yuridis elemen tersebut menjiwai:

1. bahwa setiap peraturan perundang-undangan harus berdasar pada peraturan yang lebih tinggi dan atau yang menjadi sumber aslinya;
2. bahwa setiap perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan prinsip-prinsip dasar hukum positif yang mengatur hak-hak asasi manusia termasuk hak warga negara dan masyarakat;
3. bahwa setiap perundang-undangan dibuat harus berdasarkan hukum positif yang mendasarinya;
4. bahwa setiap perundang-undangan memberikan kesempatan untuk dilakukan yudisial review oleh lembaga peradilan kehakiman (Mahkamah Agung) yang berwenang untuk itu.

Peraturan perundang-undangan yang dibuat secara tertulis memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Kepastian norma hukum adalah keabsahan norma hukum supaya norma hukum bersangkutan mempunyai kekuatan hukum mengikat. Secara teoritik, pada dasarnya ada 3 (tiga) aspek yang mesti dipenuhi supaya norma hukum itu absah, yakni filosofi, sosiologis, dan yuridis, yang masing-masing berkaitan dengan nilai-nilai dasar hukum yakni, keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, selain itu ada yang menambahkan dengan landasan politis.

⁸⁴ A. Hamid S Attamimi, *Op. Cit.*, h. 311

Landasan keabsahan norma hukum peraturan perundang-undangan dari *filosofi, sosiologis, dan yuridis* mendapatkan perhatian bahasan dari para sarjana Indonesia, dan dapat dirangkum, sebagai berikut:

1. *Landasan Filosofi*, mencerminkan nilai-nilai filosofi atau nilai yang terdapat dalam cita hukum (*rechtsidee*), diperlukan sebagai sarana untuk menjamin keadilan.
2. *Landasan Sosiologis*, mencerminkan tuntutan atau kebutuhan masyarakat yang memerlukan penyelesaian, diperlukan sebagai sarana untuk menjamin kemanfaatan.
3. *Landasan Yuridis*, konsistensi ketentuan hukum, baik menyangkut dasar kewenangan dan prosedur pembentukan, maupun jenis dan materi muatan, serta tidak adanya kontradiksi antar ketentuan hukum yang sederajat dan dengan yang lebih tinggi, diperlukan sebagai sarana menjamin kepastian hukum.

Norma hukum tersebut, menjadikan bagian dari pembentuk undang-undang didalam pembuatan peraturan perundang-undangan sebagai landasan atau dasar pikiran. Dalam dasar atau landasan pembentukan itu (filosofi, sosiologis dan yuridis), untuk menjadi dasar sebagai bagian dari kebangsaan diperlukan landasan *idiologis*, artinya bahwa pembuat undang-undang untuk tetap menjadikan Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945 sebagai bagian dari Negara Kesatuan Republik Indonesia yakni bertanah air, berbangsa, dan berbahasa satu Indonesia.

Asas dalam negara hukum dalam perundangan yaitu kepastian hukum dapat dipahami dari 2 (dua) pengertian, yaitu *pertama*, kepastian hukum dari penyelenggaraan negara, berdasarkan asas legalitas, kepatutan dan keadilan. *kedua*, kepastian hukum dalam suatu aturan (kepastian norma) agar tidak menimbulkan kabur (tidak jelas) atau konflik norma.

Kepastian hukum merupakan wujud asas legalitas (*legaliteit*) dimaknai oleh Sudargo Gautama dari 2 (dua) sisi, yakni:⁸⁵

1. dari sisi warga negara, sebagai kelanjutan dari prinsip pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan adalah pelanggaran terhadap hak-hak individual itu hanya dapat dilakukan apabila diperbolehkan dan berdasarkan peraturan-peraturan hukum.
2. dari sisi negara, yaitu tiap tindakan negara harus berdasarkan hukum. Peraturan perundang-undangan yang diadakan terlebih dahulu merupakan batas kekuasaan bertindak negara.

Hukum di negara berkembang ada dua pengertian tentang kepastian hukum menurut *Gustav Radburch* yaitu kepastian oleh karena hukum, dan kepastian dalam atau dari hukum. Menjamin *kepastian oleh karena hukum* menjadi tugas dari hukum. Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian dalam hubungan-hubungan kemasyarakatan adalah hukum yang berguna. Sedangkan *kepastian dalam atau dari hukum* tercapai apabila hukum itu sebanyak-banyaknya hukum undang-undang, dalam undang-undang tersebut tidak ada ketentuan yang saling bertentangan (Undang-undang berdasarkan pada sistem logis dan pasti). Undang-undang tersebut dibuat berdasarkan kenyataan hukum (*rechtswerkelijkheid*) dan undang-

⁸⁵ Sudargo Gautama, 1973, *Pengertian tentang Negara Hukum*, Liberty, Yogyakarta, h. 9

undang tersebut tidak ada istilah-istilah hukum yang dapat ditafsirkan secara berlain-lainan.⁸⁶

Selain itu disebutkan, bahwa kepastian mempunyai arti bahwa dalam hal kongkrit kedua pihak berselisih dapat menentukan kedudukan mereka. Dalam pengertian ini bermakna keamanan hukum yakni mengandung perlindungan bagi kedua belah pihak yang berselisih terhadap tindakan hakim yang sewenang-wenang. Sedangkan kepastian oleh karena hukum dimaksudkan, bahwa hukum menjamin kepastian pada pihak yang satu dengan pihak yang lain.⁸⁷ Tugas hukum menjamin kepastian hukum dalam hubungan-hubungan yang kedapatan dalam pergaulan kemasyarakatan.

Pembatasan dalam penyelenggaraan pemerintahan dengan mengedepankan peraturan perundang-undangan sebagai rujukannya, merupakan makna dari kepastian hukum sebagaimana pengertian tersebut diatas. Dalam pendapat lain, Soedikno Mertokusumo menyatakan kepastian hukum merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum, selebihnya dikatakan bahwa *perlindungan yustisiabel* terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.⁸⁸

Pendapat dari Indroharto, bahwa kepastian hukum mengharuskan hukum objektif yang berlaku untuk setiap orang tersebut harus jelas dan ditaati. Disini ditekankan bahwa kepastian hukum juga menyangkut kepastian

⁸⁶ E. Utrecht, 1959, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Cetakan keenam, PT.Penerbit Balai Buku Ichtiar, Jakarta, h. 26

⁸⁷ *Ibid*, h. 25

⁸⁸ E. Fernando M Manulang, *Op. Cit.*, h. 92

norma hukum. Kepastian norma hukum ini harus diciptakan oleh pembentuk peraturan perundang-undangan dengan berdasarkan asas legalitas, kepatutan, dan keadilan.⁸⁹ Kepastian hukum dalam perundang-undangan mengandung pengertian dalam hal substansi hukum dan dalam norma hukum agar perundang-undangan yang dibuat berkeadilan dan bermanfaat.

Dikemukakan beberapa pandangan ahli tentang pengertian norma hukum atau kaedah hukum sebagai berikut:

1. Menurut *Hans Kelsen*, norma hukum adalah aturan, pola atau standar yang perlu diikuti, kemudian dijelaskan bahwa fungsi norma hukum adalah:⁹⁰
 - a. memerintah (*Gebeiten*);
 - b. melarang (*Verbeiten*);
 - c. menguasai (*Ermachtigen*);
 - d. membolehkan (*Erlauben*); dan
 - e. menyimpang dari ketentuan (*Derogoereen*).

Norma hukum pada hakekatnya juga merupakan unsur pokok dalam peraturan perundang-undangan. Dalam kepustakaan Eropa Kontinental, mengenai apa yang dimaksud dengan peraturan perundangan atau *wet in materiele zin*, *Gezets in materiellen Sinne*, mengandung 3 (tiga) unsur pokok, yaitu: *Pertama*, norma hukum (*rechtsnormen*); *Kedua*, berlaku keluar (*naar buiten werken*); dan *Ketiga*, bersifat umum dalam arti luas (*algemeenheid in ruimme zin*).

Sifat-sifat norma hukum dalam peraturan perundang-undangan dapat

⁸⁹ Indroharto, *Rangkuman Asas-asas Umum Tata Usaha Negara*, Jakarta, 1984, hlm. 212-213

⁹⁰ A Hamid S. Attamimi, 1990, *Disertasi : Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara*, Universitas Indonesia, Jakarta, h. 302.

berupa: perintah (*gebod*), larangan (*verbod*), pengizinan (*toestemming*), pembebasan (*vrijstelling*).⁹¹

2. Menurut Sudikno Mertokusumo, bahwa "kaedah hukum lazimnya diartikan sebagai peraturan hidup yang menentukan bagaimana manusia itu seyogyanya berperilaku, bersikap di dalam masyarakat agar kepentingannya dan kepentingan orang lain terlindungi atau dalam arti sempit kaedah hukum adalah nilai yang terdapat dalam peraturan kongkrit. Diuraikan lebih lanjut, dilihat dari fungsi maka kaedah hukum pada hakekatnya adalah untuk melindungi kepentingan manusia atau kelompok manusia. sedangkan tujuan kaedah hukum tidak lain adalah ketertiban masyarakat."⁹²
3. Menurut Maria Farida Indrati Soeprapto, dalam kaitan dengan norma hukum menjelaskan, ada beberapa katagori norma hukum dengan melihat pada berbagai bentuk dan sifat :
 - a. Norma hukum umum dan norma hukum individu, kalau dilihat dari alamat yang dituju (*addressat*);
 - b. Norma hukum abstrak dan norma hukum kongkrit, kalau dilihat dari hal yang diatur;
 - c. Norma hukum yang *einmahlig* dan norma hukum yang *dauerhaftig*, dilihat dari segi daya berlakunya;
 - d. Norma hukum tunggal dan norma hukum berpasangan, dilihat dari wujudnya.⁹³

Pemahaman tentang asas hukum dan norma hukum atau kaidah hukum, dapat dijelaskan bahwa asas hukum bukanlah merupakan aturan

⁹¹ *Ibid*, h. 314

⁹² Sudikno Mertokusumo, 2006, *Penemuan Hukum (sebuah Pengantar)*, Liberty, Edisi Kedua (Cetakan Kedua), Yogyakarta, h. 11

⁹³ Maria Farida Indrati Soeprapto, 1998, *Ilmu Perundang-undangan (Dasar-dasar dan Pembentukannya)*, Kanisius, Yogyakarta, h. 11-18.

yang bersifat konkrit sebagaimana halnya norma atau kaedah hukum, yang menjadi isi dari setiap undang-undang, tetapi asas hukum harus memberikan pedoman dalam merumuskan norma hukum yang konkrit dalam pembuatan undang-undang. Dalam bentuk lain, sebagaimana dijelaskan oleh Sudikno Mertokusumo, jika asas hukum merupakan pikiran dasar yang bersifat abstrak, maka kaedah hukum dalam arti sempit merupakan nilai yang bersifat yang lebih konkrit dari pada asas hukum. Kemudian juga ditambahkan bahwa asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkrit atau pasal-pasal. Misalnya, adagium bahwa “Setiap orang dianggap tahu akan undang-undang” (*Een ieder wordt geacht de wet te kennen*).⁹⁴

Penulis sependapat dengan Sudikno Mertokusumo yang menyatakan bahwa pada dasarnya apa yang disebut dengan asas hukum adalah dasar-dasar umum yang terkandung dalam peraturan hukum, dan dasar-dasar umum tersebut adalah merupakan sesuatu yang mengandung nilai-nilai etis yang berkeadilan. Pandangan para ahli di atas, dalam membentuk undang-undang suatu aturan harus jelas dalam norma atau norma hukum berdasarkan atas kepastian hukum, berpedoman pada asas legalitas, kepatutan, dan keadilan, serta ditekankan agar setiap aturan hukum tidak bermasalah baik dalam konteks norma kabur ataupun konflik norma.

⁹⁴ Sudikno Mertokusumo, *Op. Cit*, h. 11

Uraian di atas, memberikan kejelasan tentang pemahaman kepastian hukum yang mengharuskan adanya pemerintahan menurut undang-undang, setiap tindakan pemerintah harus berdasarkan kepada undang-undang artinya suatu ketentuan yang dipergunakan harus pasti dan dibuat secara demokratis, yang menjamin keadilan dan kemanfaatan bagi kesejahteraan rakyat, serta memberikan perlindungan kepada rakyat melalui peradilan yang bebas dan tidak memihak, sehingga pemerintah bertindak tidak sewenang-wenang selalu berdasarkan atas peraturan yang mengaturnya. *Van Apeldorn* mengemukakan 2 (dua) pengertian tentang kepastian hukum, seperti berikut :

3. kepastian hukum berarti dapat ditentukan hukum apa yang berlaku untuk masalah- masalah kongkrit. Dengan dapat ditentukan masalah-masalah kongkrit, pihak-pihak yang berperkara sudah dapat mengetahui sejak awal ketentuan-ketentuan apakah yang akan dipergunakan dalam sengketa tersebut.
4. kepastian hukum berarti perlindungan hukum, dalam hal ini pihak yang bersengketa dapat dihindari dari kesewenang-wenangan penghakiman.⁹⁵

Peraturan perundang-undangan yang dibuat untuk mengatur dan melaksanakannya sesuai dengan konstitusi dan kewenangan yang ada dalam negara hukum, pada hakekat dari negara hukum memiliki empat elemen hukum, yakni: (a) pemerintahan menurut hukum, (b) jaminan

⁹⁵ Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, h. 59-60

terhadap hak-hak asasi keberadaan manusia, (c) pembagian kekuasaan, dan (d) pengawasan yustisia terhadap pemerintah. Keempat elemen tersebut berfungsi untuk mengontrol perundang-undangan hingga memenuhi syarat baik.⁹⁶ Secara yuridis elemen tersebut menjiwai:

1. bahwa setiap peraturan perundang-undangan harus berdasar pada peraturan yang lebih tinggi dan atau yang menjadi sumber aslinya;
2. bahwa setiap perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan prinsip-prinsip dasar hukum positip yang mengatur hak-hak asasi manusia termasuk hak warga negara dan masyarakat;
3. bahwa setiap perundang-undangan dibuat harus berdasarkan hukum positip yang mendasarinya;
4. bahwa setiap perundang-undangan memberikan kesempatan untuk dilakukan yudisial review oleh lembaga peradilan kehakiman (Mahkamah Agung) yang berwenang untuk itu.

Peraturan perundang-undangan yang dibuat secara tertulis memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Kepastian norma hukum adalah keabsahan norma hukum supaya norma hukum bersangkutan mempunyai kekuatan hukum mengikat. Secara teoritik, pada dasarnya ada 3 (tiga) aspek yang mesti dipenuhi supaya norma hukum itu absah, yakni filosofi, sosiologis, dan yuridis, yang masing-masing berkaitan dengan nilai-

⁹⁶ A. Hamid S Attamimi, *Op. Cit.*, h. 311

nilai dasar hukum yakni, keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, selain itu ada yang menambahkan dengan landasan politis.

Landasan keabsahan norma hukum peraturan perundang-undangan dari *filosofi, sosiologis, dan yuridis* mendapatkan perhatian bahasan dari para sarjana Indonesia, dan dapat dirangkum, sebagai berikut:

1. *Landasan Filosofi*, mencerminkan nilai-nilai filosofi atau nilai yang terdapat dalam cita hukum (*rechtsidee*), diperlukan sebagai sarana untuk menjamin keadilan.
2. *Landasan Sosiologis*, mencerminkan tuntutan atau kebutuhan masyarakat yang memerlukan penyelesaian, diperlukan sebagai sarana untuk menjamin kemanfaatan.
3. *Landasan Yuridis*, konsistensi ketentuan hukum, baik menyangkut dasar kewenangan dan prosedur pembentukan, maupun jenis dan materi muatan, serta tidak adanya kontradiksi antar ketentuan hukum yang sederajat dan dengan yang lebih tinggi, diperlukan sebagai sarana menjamin kepastian hukum.

Norma hukum tersebut, menjadikan bagian dari pembentuk undang-undang didalam pembuatan peraturan perundang-undangan sebagai landasan atau dasar pikiran. Dalam dasar atau landasan pembentukan itu (filosofi, sosiologis dan yuridis), untuk menjadi dasar sebagai bagian dari kebangsaan diperlukan landasan *idiologis*, artinya bahwa pembuat undang-undang untuk tetap menjadikan Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945 sebagai bagian dari

Negara Kesatuan Republik Indonesia yakni bertanah air, berbangsa, dan berbahasa satu Indonesia.

Bekerjanya suatu hukum tak lepas adanya bangunan hukum. Sebagai bangunan sistematis, ia memiliki beberapa hal penting sebagai penunjang yakni struktur, kategori, konsep. Ketiga elemen itu menempati substansi mendasar dalam mana hukum bekerja untuk kemudian berperan. Baik struktur maupun katagori yang berada dalam suatu sistem sendiri dalam rangka menjadi hukum itu tetap hidup dalam suatu lingkungan masyarakat dan sekaligus menyatukan masyarakat itu sendiri untuk tetap berada dalam sistem. Adanya struktur dan katagori membuktikan adanya suatu kesatuan yang berpola. Teori *Stufenbau* dari Hans Kelsen dapat dipergunakan untuk membenarkan hal ini dengan asumsi adanya suatu *Grundnorm* yang berada pada posisi teratas dari tingkatan-tingkatan atau katagori yang ada di bawahnya. *Grundnorm* ibarat bahan bakar yang menggerakkan seluruh sistem⁹⁷, dan berakibat satu sama lain saling mengikat dan melengkapi. Oleh Satjipto Rahardjo, berdasarkan teori *Stufenbau* Hans Kelsen, maka semakin tinggi posisi dalam orde normatif, akan semakin kaya dengan kandungan moral atau asas-asas umum dan semakin rendah posisi itu, menjadi semakin konkret dan makin tipis kandungan moralnya⁹⁸.

Atas teori dasarnya Hans Kelsen, yang dalam implementasinya dapat dipergunakan untuk mengukur taraf sinkronisasi dari produk hukum yang

⁹⁷Achmad Ali, 2002, *Menguak tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Gunung Agung, Jakarta, hlm. 273.

⁹⁸Satjipto Rahardjo, 2009, *Mendudukan Undang-Undang Dasar*, Penerbit Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 26.

tersebar dan berkaitan langsung dengan inisiasi suatu rancangan perundang-undangan. Secara teoretis sesuai ajaran “*Stufenbau des Rechts*” dari Kelsen, sebagaimana juga Hans Nawiasky menyebut dengan istilah “*Die Stufenordnung der Rechtsnormen*” mengatakan bahwa perundang-undangan itu mempunyai jenjang urutan yang tersusun, mulai dari atas sampai ke bawah yang terdiri dari 4 (empat) kelompok, yaitu:²⁶

Kelompok I	<i>Staats fundamentalnorm</i> (norma fundamental negara)
Kelompok II	<i>Staats grundgesetz</i> (aturan dasar/aturan pokok negara)
Kelompok III	<i>Formell Gesetz</i> (Undang-Undang Formal)
Kelompok IV	<i>Verordnung & Autonome Satzung</i> (aturan pelaksana & aturan otonom)

Kekuatan mengikat masing-masing peraturan menurut jenjangnya, berlakulah asas hukum *lex superior derogat legi inferiori*. Artinya ketentuan yang lebih tinggi jenjangnya mempunyai kekuatan yang lebih tinggi jika dibandingkan dengan ketentuan yang lebih rendah jenjangnya. Dapat pula diartikan manakala terjadi ketentuan yang lebih rendah jenjangnya tidak sesuai, bertentangan atau tidak senafas dengan ketentuan yang lebih tinggi jenjangnya maka ketentuan yang lebih rendah senafas dengan ketentuan yang

²⁶Jazim Hamidi, menegaskan bahwa norma fundamental negara merupakan norma yang tertinggi di suatu negara yang tidak dibentuk oleh norma lain. Norma ini ditetapkan lebih dahulu oleh masyarakat; Aturan dasar/aturan pokok negara merupakan aturan yang bersifat pokok, masih umum dan masih dalam garis besar dan masih norma tunggal yang belum disertai norma sekunder; Undang-undang formal merupakan norma yang kongkrit, terperinci dan langsung berlaku bagi masyarakat dan tidak lagi berisi norma tunggal. selain itu disamping berisi norma primer dapat pula dibuat dengan norma sanksi dan sementara peraturan pelaksana berfungsi menyelenggarakan ketentuan-ketentuan Undang-Undang, Jazim Hamidi, 2006, ***Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan dalam Sorotan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004***, Tata Nusa, Jakarta, hlm. 4-5.

lebih tinggi jenjangnya maka ketentuan yang lebih rendah tidak mempunyai kekuatan mengikat karena tidak taat asas.

Pernyataan Paul Scholten bahwa hukum diciptakan untuk dijalankan, sedangkan hukum yang tidak pernah dijalankan pada hakekatnya telah berhenti sebagai hukum. Ungkapan tersebut menampakkan kedudukan hukum sebagai suatu fenomena yang harus dijalankan di dalam kehidupan masyarakat. Hanya persoalannya hukum bukanlah suatu produk yang begitu dihasilkan langsung akan dapat berfungsi/bekerja. Akan tetapi ukuran bekerjanya hukum di dalam masyarakat memerlukan beberapa tahapan-tahapan setelah hukum itu diciptakan. Pentahapan itu antara lain adalah: Pertama, harus ada pejabat yang ditetapkan dalam peraturan hukum; Kedua, harus ada orang-orang yang melaksanakan hukum itu, Ketiga, orang-orang tersebut mengetahui adanya peraturan hukum, dan Keempat, adanya kemauan dari orang-orang tersebut untuk berbuat. Dengan perkataan lain, bahwa bekerjanya hukum dalam masyarakat hanya akan dapat berjalan melalui sentuhan-sentuhan tangan dan pikiran manusia.

Terdapat beragam makna hukum, dan secara filosofis pertanyaan mengenai “apakah hukum itu” adalah sangat sulit untuk dijawab secara tuntas. Dalam pandangan positivis, hukum tidak lain adalah dari arti legislasi dan kebijakan, yaitu sebagai hukum positif. Hukum dalam arti hukum positif, dapat didekati berdasarkan beberapa ciri objektif hukum positif,⁹⁹ yaitu:

⁹⁹Disarikan dari B. Arief Sidharta, 2008, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*. (Alih bahasa Bab XV, XVI, dan XVII buku: Van Apeldoorns, *Inleideng tot de studi van het Nederlans recht*, edisi 18 tahun 1985, Refika Aditama, Bandung, hlm. 35-37.

- a. Hukum itu untuk bagian terbanyak ditetapkan oleh kekuasaan atau kewibawaan yang berwenang;
- b. Hukum itu bersifat lugas dan objektif, artinya secara jelas dapat dikenali dan tidak tergantung pada kehendak bebas yang subjektif;
- c. Hukum itu berkaitan dengan tindakan-tindakan dan perilaku manusia;
- d. Hukum itu memiliki keberlakuan dari aspek moral, aspek sosial, dan aspek yuridik;
- e. Hukum itu memiliki suatu bentuk tertentu atau struktur formal yang dapat dibedakan antara kaidah-kaidah hukum, figur-figur hukum, dan lembaga-lembaga hukum (pranata hukum); dan
- f. Objek dan isi hukum itu memiliki pretense untuk mewujudkan atau mengabdikan tujuan tertentu.

Dalam pandangan R. Wietholter, hukum itu selalu merupakan resultan (produk) dari proses politik.¹⁰⁰ Konsepsi hukum menurut R. Wietholter tersebut paralel dengan ciri hukum pada sub a dan e, bahwa hukum itu untuk bagian terbanyak ditetapkan oleh kekuasaan atau kewibawaan yang berwenang, memiliki bentuk tertentu (struktur formal) yang dapat dibedakan antara kaidah-kaidah hukum, figur-figur hukum, dan lembaga-lembaga hukum.

Terdapat suatu pendirian yang mengatakan, bahwa kelahiran hukum harus dipahami dari sudut legal formal, yang menekankan bahwa formalitas prosedural pembentukan hukum menjadi unsur fundamental dalam menilai

¹⁰⁰*Ibid.*, hlm. 34.

legalitas hukum. Berdasarkan tesis tersebut, hukum hanya diakui ada dalam peraturan perundang-undangan formal yang dibuat oleh lembaga yang melaksanakan fungsi legislatif.

Berseberangan dengan pandangan positivis, aliran *sociological jurisprudence* yang berpendirian, bahwa hukum harus dipahami sebagai hukum yang lahir dan berkembang seiring dengan tahap perkembangan, kecerdasan, kemajuan, dan kebudayaan masyarakat yang telah diterima, dan terpelihara dalam tatanan kehidupan masyarakat. Sesungguhnya, hukum itu lahir dan dibidani serta dibesarkan oleh masyarakat itu sendiri, *law is an invention of people*. Oleh karena itu, eksistensi hukum tidak boleh terikat dan tidak boleh terbatas pada rumusan-rumusan yang “gersang” dari nilai-nilai keadilan yang hidup dan berkembang di tengah-tengah masyarakat.

Beranjak dari pendirian positivis dan *sociological jurisprudence* tersebut, dalam tataran praktek di lapangan dapat diadakan “kompromi” di antara keduanya, sehingga dapat melahirkan wacana yang disebut “harmonisasi” hukum. Cara pemaknaan dan penggunaan hukum demikian, sejalan dengan semangat hukum progresif, bahwa dalam kasus-kasus tertentu, hukum dapat menerima perubahan-perubahan yang secara kasat mata. Dikatakan oleh Paul Scholten hukum memang ada dalam undang-undang, tetapi masih harus ditemukan. Dalam konsepsi ide hukum responsif dari Nonet-Selznick, ditegaskan bahwa : “...in this perspective good law should offer something more than procedural justice. It should be competent as well

*as fair; it should help define the public interest and be committed to the achievement of substantive justice”.*¹⁰¹

Hukum yang baik, seharusnya menawarkan sesuatu yang lebih, daripada sekedar keadilan prosedural, melainkan mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen bagi terciptanya keadilan substantif. Lebih jauh menurut Nonet-Selznick, solusi pencapai keadilan substantif adalah melalui cara penggunaan atau penerapan hukum yang responsif. *A distinctive feature of responsive law is the search for implicit values in rules and policies.*¹⁰² Ciri khas hukum responsif adalah mencari nilai-nilai tersirat yang terkandung dalam peraturan dan kebijakan.

Pesan dan komitmen dari hukum progresif atau responsif tersebut tadi, mensyaratkan bahwa cara berhukum yang baik tidaklah cukup memadai hanya disibukkan pada pemikiran-pemikiran yang semata-mata menggunakan logika prosedural, melainkan harus dilandasi perasaan yang kontekstual. Dengan demikian, seperti yang dikatakan oleh Satjipto Rahardjo: “Berpikir dengan perasaan mempertimbangkan lingkungan atau habitat, sehingga tidak semata-mata menggunakan logika. Berpikir menjadi tidak lagi sesederhana seperti berpikir logis, tetapi menjadi lebih kompleks karena mempertimbangkan faktor konteks. ...model berfikir yang memasuki dimensi kedalaman, yaitu mencari makna dan nilai tersembunyi dalam obyek yang sedang ditelaah. Ini disebut berpikir spiritual atau kecerdasan spiritual”.¹⁰³

¹⁰¹ Philippe Nonet dan Phillip Selznick, 1978, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, Harper & Colophon Book, Publishers, Inc, hlm. 73-74.

¹⁰² *Ibid.*, hlm. 79.

¹⁰³ Satjipto Rahardjo, 2007, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta, hlm. 19.

Sebenarnya hukum itu merupakan aturan-aturan tingkah laku yang bersifat abstrak. Konsep abstrak itu berarti tidak bisa dilihat dan diraba, akan tetapi ada dalam kenyataannya. Dalam hukum yang bentuknya tertulis, seperti undang-undang dan Peraturan Pemerintah, rumusan abstrak tersebut dapat dilihat dan dibaca. Akan tetapi dalam bentuk hukum yang tidak tertulis, rumusan-rumusan abstrak tersebut berada dalam alam pikiran warga masyarakat yang bersangkutan. Dengan sifatnya yang bersifat abstrak tersebut, hukum baik tertulis maupun tidak tertulis, berada dalam keadaan statis dan tidak berdaya tanpa adanya tindakan manusia. Hukum tampak nyata dalam kehidupan karena digerakkan oleh tingkah laku manusia karena hukum itu sendiri tidak dapat bertingkah laku.¹⁰⁴

Teori Sistem Hukum yang dikemukakan oleh Lawrence Friedman menyatakan bahwa suatu sistem hukum dari sistem kemasyarakatan maka hukum mencakup tiga komponen yaitu substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structure*), budaya hukum (*legal culture*).¹⁰⁵

¹⁰⁴Von Benda-Beckmann, F, 1986, *Some Comparative Generalizations About The Differential Use of State and Folk Institutions of Dispute Settlement In People's Law and State Law*, (Eds. Allot, A.N & Woodman, G), Foris, Dordrecht, hlm. 91.

¹⁰⁵ Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Sosial Science Perspektif*, Russel Soge Foundation, New York, 1969, hlm. 1. Substansi hukum (*legal substance*); merupakan aturan-aturan, norma-norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu termasuk produk yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam sistem hukum itu, mencakup keputusan yang mereka keluarkan atau aturan baru yang mereka susun. 2. Struktur hukum (*Legal structure*); merupakan kerangka, bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberikan semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan instansi-instansi penegak hukum. Di Indonesia yang merupakan struktur dari sistem hukum antara lain; institusi atau penegak hukum seperti, wilayahul hisbah, advokat, polisi, jaksa dan hakim. 3, Budaya hukum (*legal culture*); merupakan suasana pikiran sistem dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum itu digunakan, dihindari atau disalahgunakan oleh masyarakat.

Friedman,¹⁰⁶ mengatakan untuk dapat mengikuti bekerjanya sistem hukum sebagai suatu proses terdapat tiga komponen sistem hukum yang harus diketahui, yaitu :

- a. Komponen Struktur (*Structure of Legal System*), terdiri dari institusi pembuat undang-undang, institusi pengadilan dengan strukturnya, institusi kejaksaan dengan strukturnya dan badan kepolisian negara yang berfungsi sebagai aparat penegak hukum.
- b. Komponen Substansial (*Substance of Legal System*), berupa peraturan-peraturan hukum dan keputusan yang dihasilkan pengadilan, yang dihasilkan oleh pembentuk undang-undang serta pemerintah.
- c. Komponen Kultur (*Culture of Legal System*), terdiri dari seperangkat nilai-nilai dan sikap-sikap yang berkaitan dengan hukum. *Legal culture* oleh Friedman dimaksudkan sebagai sikap orang terhadap hukum dan sistem hukum, yaitu menyangkut kepercayaan akan nilai, pikiran atau ide dan harapan mereka (*people's attitudes toward law and the legal system, their beliefs, values, ideas and expectations*).

Dari ketiga komponen dalam sistem tersebut saling mempengaruhi satu sama lainnya, maka dapat dikaji bagaimana bekerjanya hukum dalam praktek

¹⁰⁶Menurut Lawrence M. Friedman, “*legal substance is what we call the actual rules or norms used by institution (or as the case may be) the real, observable behavior patterns of actor within the sistem., legal structure is the body, the framework, the longlasting shape of the sistem, the way courts of police department are organized, the line of jurisdiction, the tabel of organization., Legal culture refers, then to those parts of general-customs, opinions, way or away of doing and thingking-that bend social forces towards or away from the law and in particular ways.*” Lihat L.M. Friedman, 1975, *The Legal System : A Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, New York, hlm. 6-15.

sehari-hari. Hukum merupakan budaya masyarakat, oleh karena itu tidak mungkin mengkaji hukum secara satu atau dua sistem hukum saja, tanpa memperhatikan kekuatan sistem yang ada dalam masyarakat. Dengan demikian teori sistem hukum ini menganalisa masalah penerapan substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum.

Komponen struktur dari suatu sistem hukum mencakup berbagai institusi (lembaga) yang diciptakan sistem hukum tersebut dengan berbagai macam fungsi dalam mendukung bekerjanya sistem hukum. Salah satu diantara institusi adalah peradilan dengan berbagai perlengkapannya. Mengenai hal ini Friedman menulis, "*.....structure is the body, the framework, the longlasting shape of the system; the way courts of police depatements are organized, the lines of jurisdiction, the table of organization*".¹⁰⁷ (Struktur adalah bodi atau kerangka, bentuk sistem yang bermotif, cara pengorganisasian pengaturan Departemen Kepolisian, garis-garis yurisdiksi, bagan organisasi). Komponen struktur hukum dalam hal ini mencakup berbagai institusi yang diciptakan oleh sistem hukum dengan berbagai macam fungsinya dalam rangka mendukung bekerjanya sistem hukum tersebut.

Substansi hukum meliputi aturan-aturan hukum, norma-norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu termasuk produk yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam sistem hukum itu, mencakup keputusan-keputusan yang mereka keluarkan atau aturan baru yang mereka susun. Mengenai hal ini Lawrence M.Friedman, menyatakan sebagai berikut

¹⁰⁷ *Ibid.*

*“Substance is what we call the actual rules or norms used by institutions,(or as the case may be) the real observable behavior patterns of actors within the system.”*¹⁰⁸ (Subtansi adalah apa yang kita kenal dengan peraturan atau norma aktual yang digunakan oleh institusi, (atau sebagai kans mungkin) pola-pola tingkah laku yang dapat observasi secara nyata di dalam sistem).

Lawrence M.Friedman juga membedakan budaya hukum ini meliputi dua, yaitu: 1) budaya hukum eksternal (*Eksternal Legal Culture*); 2)budaya hukum internal (*Internal Legal Culture*). Mengenai hal ini Lawrence M. Friedman menyatakan sebagai berikut : *We can distinguish between an external and an internal legal culture. The external legal culture is the legal culture of those members of society who perform specialized legal tasks. Every society has a legal culture but only societies with legal specialists have an internal legal culture”*.¹⁰⁹

Friedman mengemukakan 4 (empat) fungsi sistem hukum, pertama, sebagai bagian dari sistem kontrol sosial (*social control*) yang mengatur perilaku manusia. Kedua, sebagai sarana untuk menyelesaikan sengketa (*dispute settlement*). Dalam hal ini, sistem hukum dilihat sebagai agen penyelesaian konflik atau sengketa. Ketiga, sistem hukum memiliki fungsi sebagai *social engineering function*. Dalam fungsi ketiga ini, hukum menjadi bagian dari perencanaan sosial dalam kebijakan publik. Keempat, hukum sebagai *social maintenance*, yaitu fungsi yang menekankan peranan hukum sebagai pemelihara “*status quo*” yang tidak menginginkan perubahan.

¹⁰⁸ *Ibid*, hlm. 17

¹⁰⁹ *Ibid*, hlm. 225.

Friedman berpendapat bahwa setiap masyarakat, setiap negara, setiap himpunan memiliki struktur dan substansi hukum sendiri, yang menentukan apakah substansi dan struktur hukum tersebut ditaati atau sebaliknya juga dilanggar adalah sikap dan perilaku sosial masyarakatnya, dan karena itu untuk memahami apakah hukum itu menjadi efektif atau tidak sangat tergantung pada kebiasaan-kebiasaan (*customs*), kultur (*culture*), tradisi-tradisi (*traditions*), dan norma-norma informal (*informal norms*) yang diciptakan dan dioperasionalkan dalam masyarakat yang bersangkutan. Hal ini tentu saja tidak berarti bahwa setiap orang memberikan pemikiran yang sama. Selain itu, dalam suatu masyarakat terdapat beberapa subkultur, seperti orang kulit hitam dan orang kulit putih, orang tua dan anak muda, Katolik, Protestan, Yahudi, kaya dan miskin, orang timur dan orang barat, penjahat dan polisi, pengacara, dokter, bankir. Friedman juga menyebutkan apa yang disebut dengan subkultur “*insider*” yaitu kelompok subkultur yang bekerja dalam sistem hukum seperti hakim dan pengacara. Budaya hukum mengalami proses adaptasi.¹¹⁰

Dengan mengkaji komponen struktur hukum, substansi hukum, dan kultur hukum sebagai suatu sistem hukum, maka dapat dicermati bagaimana suatu sistem hukum bekerja dalam masyarakat, atau bagaimana sistem-sistem hukum dalam konteks pluralisme hukum saling berinteraksi dalam suatu bidang kehidupan sosial (*social field*) tertentu. Kultur hukum menjadi bagian dari kekuatan sosial yang menentukan efektif atau tidaknya hukum dalam

¹¹⁰Jerod S. Auerbach, 1983, *Law and Acculturation: Immigrant Experiences*, dalam *Justice Without Law*, Oxford University Press, New York, hlm. 35.

kehidupan masyarakat, kultur hukum menjadi motor penggerak dan memberi masukan-masukan kepada struktur dan substansi hukum dalam memperkuat sistem hukum.

Kekuatan sosial secara terus menerus mempengaruhi kinerja sistem hukum, yang kadangkala dapat merusak, memperbaharui, memperkuat, atau memilih lebih menampilkan segi-segi tertentu, sehingga dengan mengkaji komponen substansi, struktur, dan budaya hukum berpengaruh terhadap kinerja penegakan hukum, maka dapat dipahami suatu situasi bagaimana hukum bekerja sebagai suatu sistem dalam masyarakat.¹¹¹

Robert B. Seidman mengemukakan bahwa bekerjanya hukum dalam masyarakat ditentukan oleh beberapa faktor, yaitu lembaga pembuat undang-undang, lembaga pelaksana dan pemegang peran. Tindakan apapun yang diambil mereka, selalu berada dalam lingkup kompleksitas kekuatan-kekuatan sosial, budaya, ekonomi dan politik. Semua kekuatan sosial itu selalu ikut bekerja dalam setiap upaya untuk memfungsikan peraturan-peraturan yang berlaku, menerapkan sanksi-sanksinya dan dalam seluruh aktivitas lembaga-lembaga pelaksanaannya,¹¹² sehingga setiap undang-undang akan berubah; baik melalui perubahan normal maupun melalui cara-cara yang ditempuh birokrasi ketika bertindak dalam bidang politik, ekonomi, sosial dan sebagainya.¹¹³

¹¹¹ Lawrence M Friedman, 1984, *American Law*, W.W. Norton & Company, New York, hlm. 12.

¹¹² Robert B. Seidman, dalam Esmi Warassih, 2005, *Pranata Hukum, Sebuah Telaah Sosiologis*, Suryandaru Utama, Semarang, hlm. 11.

¹¹³ Esmi Warassih, 2005, *Ibid.*, hlm. 4.

Budaya hukum sebagai bagian dari sistem hukum dikemukakan pertama kali oleh Lawrence M. Friedman dan dikembangkan oleh Daniel S. Lev dalam bukunya *Culture and Politics in Indonesia*, dan Satjipto Rahardjo yang mencetuskan Studi Hukum dan Masyarakat. Budaya hukum merupakan kekuatan dalam masyarakat yang berakar pada tradisi, sistem nilai yang dianut, dan akan menentukan bagaimana hukum itu diterima dan dilaksanakan.¹¹⁴ Hal senada juga dikemukakan oleh Hilman Hadikusuma,¹¹⁵ bahwa budaya hukum tidak terlepas dari keadaan masyarakat, sistem dan susunan masyarakat yang mengandung budaya hukum itu.

Blankenburg and Bruinsma, dua orang ahli sosiologi hukum menuliskan bahwa : “*they define the concept of legal culture as including four components : law on the books, law in action as channeled by the institutional infrastructure, patterns of legally relevant behavior, and legal consciousness, particularly, a distinctive attitude toward the law among legal professionals.*” Menurut Blankenburg and Bruinsma, bahwa budaya hukum meliputi 4 (empat) komponen, yaitu *law in the books* (hukum yang tertulis), *law in action* (hukum dalam praktek sehari-hari), pola perilaku yang relevan menurut hukum, dan kesadaran hukum, terutama suatu sikap yang membedakan hukum di antara profesi hukum.¹¹⁶

¹¹⁴Satjipto Rahardjo, *Peningkatan Wibawa Hukum Melalui Pembinaan Budaya Hukum*, Majalah Hukum Nasional No. 1/1999, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman, hlm. 45.

¹¹⁵Hilman Hadikusuma, 1986, *Budaya Hukum dan Masyarakat, (dalam Antropologi Hukum Indonesia)*, Penerbit Alumni, Bandung, hlm. 51-78.

¹¹⁶C. Neal Tate: *Dutch Legal Culture*, by Erhard Blankenburg and Freek Bruinsma, 1994, Book Review Vol. 6 No. 9. (August, 1996), hlm. 122-123.

Daniel S. Lev mengemukakan bahwa budaya hukum terdiri dari 2 (dua) bagian yang berhubungan, yaitu *procedural legal values* (nilai-nilai hukum prosedural, yang berhubungan dengan sarana pengaturan sosial dan penanganan konflik) dan *substantive legal values* (nilai-nilai hukum substantif, yang merupakan anggapan dasar tentang distribusi dan penggunaan sumber daya dalam masyarakat). Masyarakat berubah dari waktu ke waktu, sehingga konsep budaya hukum substantif memerlukan unsur yang dinamis.¹¹⁷

Sedangkan Lawrence M. Friedman mendefinisikan budaya hukum sebagai berikut :

The legal culture is the element of social attitude and value. Legal culture refers, then, to those parts of general culture customs, opinions, ways of doing and thinking-that bend social forces toward or away from the law and in particular ways.

Budaya hukum seseorang akan menentukan perilaku seseorang, menerima atau menolak hukum. Penerimaan dan penggunaan hukum oleh masyarakat ditentukan oleh budaya hukumnya.¹¹⁸

Friedman lebih lanjut membedakan budaya hukum eksternal dan budaya hukum internal :¹¹⁹

The external legal culture is the legal culture of the general population; the internal legal culture is the legal culture of those members of society

¹¹⁷Daniel S. Lev, 1972, *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia*, (dalam *Culture and Politics in Indonesia*), Cornell University Press, Ithaca and London, hlm. 247.

¹¹⁸Lawrence M. Friedman, 1975, *Op.Cit.*

¹¹⁹*Ibid.*, hlm. 223.

who perform specialized legal tasks. Every society has a legal culture, but only societies with legal specialists have an internal legal culture.

Perbedaan pendidikan, jenis kelamin, suku, kebangsaan, pendapatan, merupakan faktor yang dapat mempengaruhi budaya hukum seseorang. Budaya hukum merupakan kunci untuk memahami perbedaan-perbedaan yang terdapat di dalam sistem hukum yang satu dengan yang lain.

Secara lugas Friedman juga menyatakan: “*Not that any particular country has a single, unified legal culture. Usually there are many cultures in a country, because societies are complex, and are made up of all sorts of group, classes and strata.*” Tidak ada negara yang memiliki *unified legal culture*, karena masyarakat bersifat kompleks dan terdiri dari berbagai jenis golongan, strata. Demikian pula tidak ada dua orang laki-laki atau perempuan yang memiliki budaya hukum yang sama.

Di era modernitas saat ini dikenal sebuah teori hukum yang menjawab dunia globalisasi yaitu *Triangular Concept of Legal Pluralism* (konsep segitiga pluralisme hukum). Teori ini diperkenalkan sejak tahun 2000 kemudian dimodifikasi pada tahun 2006 oleh Werner Menski, seorang profesor hukum dari *University of London*, pakar hukum di bidang Hukum Bangsa-bangsa Asia dan Afrika, yang menonjolkan karakter plural kultur dan hukum. Teori *Triangular Concept of Legal Pluralism* dari Menski ini memperkuat konsep Lawrence M. Friedman tentang unsur sistem hukum yang ke tiga, yaitu *legal culture* (kultur hukum) yang sebelumnya tidak dikenal, sebelum Friedman memperkenalkannya di tahun 1970-an. Justru

eksistensi kultur hukum yang sifatnya sangat pluralistik, melahirkan kebutuhan adanya sebuah teori hukum yang mampu menjelaskan fenomena pluralisme hukum, yang merupakan suatu realitas.

Selanjutnya menurut Soekanto,¹²⁰ faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum adalah :

1. Faktor hukumnya sendiri, yang dibatasi oleh undang-undang saja;
2. Faktor Penegak hukum, yakni pihak-pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum;
3. Faktor sarana dan fasilitas yang mendukung penegakan hukum;
4. Faktor masyarakat, yakni lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan;
5. Faktor kebudayaan, yakni sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan pada karsa manusia di dalam pergaulan hidup.

Kelima faktor seperti yang tersebut di atas saling berkaitan satu sama lainnya, karena kelima komponen tersebut merupakan esensi dari penegakan serta merupakan tolok ukur efektifitas penegakan hukum.

3. ***Applied Theory (Teori Terapan): Teori Utilitarianisme***

Utilitarianisme" berasal dari kata Latin *utilis*, yang berarti berguna, bermanfaat, berfaedah, atau menguntungkan. Istilah ini juga sering disebut sebagai teori kebahagiaan terbesar (*the greatest happiness theory*). Utilitarianisme sebagai teori sistematis pertama kali dipaparkan oleh Jeremy Bentham dan muridnya, John Stuart Mill. Utilitarianisme merupakan suatu

¹²⁰Soerjono Soekanto, 1986, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali, Jakarta, hlm. 5.

paham etis yang berpendapat bahwa yang baik adalah yang berguna, berfaedah, dan menguntungkan. Sebaliknya, yang jahat atau buruk adalah yang tak bermanfaat, tak berfaedah, dan merugikan.) Oleh Karena itu, baik buruknya perilaku dan perbuatan ditetapkan dari segi berguna, berfaedah, dan menguntungkan atau tidak. Dari prinsip ini, tersusunlah teori tujuan perbuatan.

Teori Utilitarianisme pertama kali dikembangkan oleh Jeremy Bentham dan muridnya Jhon Stuart Mill pada abad ke 19. Utilitarianisme disebut sebagai teori kebahagiaan terbesar (the gretest happines theory). Dalam konsep Bentham kebahagiaan tersebut menjadi landasan utama kaum utilitarianisme, kemudian prinsip bentham direkonstruksi oleh Mill bukan hanya menjadi kebahagiaan bagi pelaku saja, melainkan demi kebahagiaan orang lain juga. Utilitarianisme berasal dari bahasa latin “utilis” yang berarti useful, bermanfaat, berfaedah dan menguntungkan. Jadi paham ini menilai baik atau tidaknya sesuatu dilihat dari segi kegunaan atau faedah yang didatangkannya (Salma, 1997 : 76). Secara terminologi utilitarianisme merupakan suatu paham etis yang baik adalah yang berguna, berfaedah, dan menguntungkan. sebaliknya yang jahat atau buruk adalah yang tidak bermanfaat, berfaedah, dan merugikan. Baik buruknya perilaku dan perbuatan dilihat dari segi berguna, berfaedah, dan bermanfaat atau tidak. Prinsip utilitarian mengatakan bahwa tindakan yang benar dalam suatu situasi adalah tindakan yang mengandung utilitas yang lebih besar dibandingkan kemungkinan tindakan lainnya, tapi ini bukan berarti tindakan

yang benar adalah tindakan yang menghasilkan utilitas paling besar bagi semua orang yang terpengaruh dalam tindakan tersebut (termasuk orang yang melakukan tindakan). Teori utilitarian yang mengatakan bahwa suatu kegiatan harus bisa memberikan manfaat bagi masyarakat. Utilitarianisme adalah suatu teori dari segi etika normatif yang menyatakan bahwa suatu tindakan yang patut adalah yang memaksimalkan penggunaan (*utility*), biasanya didefinisikan sebagai memaksimalkan kebahagiaan dan mengurangi penderitaan.

Persoalan yang di hadapi oleh Bentham pada zaman itu adalah bagaimana menilai baik buruknya suatu kebijakan social politik, ekonomi, dan legal secara moral. Dengan kata lain bagaimana menilai suatu kebijakan public yang mempunyai dampak kepada banyak orang secara moral. Berpijak dari tesis tersebut, Bentham menemukan bahwa dasar yang paling objektif adalah dengan melihat apakah suatu kebijakan atau tindakan tertentu membawa manfaat atau hasil yang berguna atau, sebaliknya kerugian bagi orang-orang yang terkait.¹²¹

Bila dikaitkan apa yang dinyatakan Bentham pada hukum (baca Kebijakan), maka baik buruknya hukum harus diukur dari baik buruknya akibat yang dihasilkan oleh penerapan hukum itu. Suatu ketentuan hukum baru bisa di nilai baik, jika akibat-akibat yang dihasilkan dari penerapannya adalah kebaikan, kebahagiaan sebesar-besarnya, dan berkurangnya penderitaan. Dan sebaliknya dinilai buruk jika penerapannya menghasilkan

¹²¹ Sonny Keraf, 1998, *Etika Bisnis Tuntunan dan Relevansinya*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 93-94

akibat-akibat yang tidak adil, kerugian, dan hanya memperbesar penderitaan. Sehingga tidak salah tidak ada para ahli menyatakan bahwa teori kemanfaatan ini sebagai dasar-dasar ekonomi bagi pemikiran hukum. Prinsip utama dari teori ini adalah mengenai tujuan dan evaluasi hukum. Tujuan hukum adalah kesejahteraan yang sebesar-besarnya bagi sebagian terbesar rakyat atau bagi seluruh rakyat, dan evaluasi hukum dilakukan berdasarkan akibat-akibat yang dihasilkan dari proses penerapan hukum. Berdasarkan orientasi itu, maka isi hukum adalah ketentuan tentang pengaturan penciptaan kesejahteraan Negara.¹²²

Menurut Kaum Utilitarianisme, tujuan perbuatan sekurang-kurangnya menghindari atau mengurangi kerugian yang diakibatkan oleh perbuatan yang dilakukan, baik bagi diri sendiri ataupun orang lain. Adapun maksimalnya adalah dengan memperbesar kegunaan, manfaat, dan keuntungan yang dihasilkan oleh perbuatan yang akan dilakukan. Perbuatan harus diusahakan agar mendatangkan kebahagiaan daripada penderitaan, manfaat daripada kesia-siaan, keuntungan daripada kerugian, bagi sebagian besar orang. Dengan demikian, perbuatan manusia baik secara etis dan membawa dampak sebaik-baiknya bagi diri sendiri dan orang lain. Kriteria penilaian moral mendapatkan dasar pada ketaatan terhadap perilaku moral umum. Tindakan moral yang dibenarkan adalah tindakan yang didasarkan pada peraturan moral yang menghasilkan akibat-akibat yang lebih baik.¹²³

¹²² Lili Rasjidi dan I.B Wyasa Putra, 1993, *Hukum sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rosdakarya, Bandung, hlm. 79-80.

¹²³ John Rawls, *Op Cit*, Hal.369.

Utilitarisme berasal dari kata Latin *utilis* yang berarti “bermanfaat”. Menurut teori ini, suatu perbuatan adalah baik jika membawa manfaat, berfaedah atau berguna, tapi menfaat itu harus menyangkut bukan saja satu dua orang melainkan masyarakat sebagai keseluruhan. Aliran ini memberikan suatu norma bahwa baik buruknya suatu tindakan oleh akibat perbuatan itu sendiri. Tingkah laku yang baik adalah yang menghasilkan akibat-akibat baik sebanyak mungkin dibandingkan dengan akibat-akibat buruknya. Setiap tindakan manusia harus selalu dipikirkan, apa akibat dari tindakannya tersebut bagi dirinya maupun orang lain dan masyarakat. Utilitarisme mempunyai tanggung jawab kepada orang yang melakukan suatu tindakan, apakah tindakan tersebut baik atau buruk. Menurut suatu perumusan terkenal, dalam rangka pemikiran utilitarisme (*utilitarianism*) kriteria untuk menentukan baik buruknya suatu perbuatan adalah *the greatest happiness of the greatest number*, kebahagiaan terbesar dari jumlah orang terbesar.

Menurut Jeremy Bentham (Teori Utilitis). Hukum bertujuan untuk mencapai kemanfaatan. Artinya hukum menjamin kebahagiaan bagi sebanyak banyaknya orang atau masyarakat. Menurut Prof. Subekti S.H, Tujuan hukum adalah menyelenggarakan keadilan dan ketertiban sebagai syarat untuk mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan. Menurut Purnadi dan Soerjono Soekanto, Tujuan hukum adalah kedamaian hidup manusia yang meliputi ketertiban ekstern antar pribadi dan ketenangan intern pribadi.

1. Mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan bagi masyarakat.
2. Menciptakan keadilan dan ketertiban.
3. Menciptakan pergaulan hidup antar anggota masyarakat.
4. Memberi petunjuk dalam pergaulan masyarakat

Studi hukum mengajarkan bahwa tujuan hukum adalah untuk mewujudkan keadilan, kepastian, dan kemanfaatan yang sebesar-besarnya bagi masyarakat yang diatur oleh hukum itu. Tujuan hukum itu dapat diwujudkan dalam kehidupan masyarakat ketika dalam merumuskan kaidah-kaidah hukum yang ada di dalam peraturan perundang-undangan dilandasi oleh aspek filosofis, yuridis dan sosiologis yang merupakan unsur-unsur dari *validity of law*.

Indonesia yang memiliki ragam etnik, ragam budaya, dan tentu saja ragam keinginan harus dapat meminimalisir sekat perbedaan di antara ragam keinginan individu tersebut. Proses meminimalisir sekat tersebut dilakukan dengan keberadaan peraturan perundang-undangan yang dapat memberikan keadilan sosial bagi seluruh warga negara dengan tidak meninggalkan/ mengabaikan nilai budaya yang ada. Hal ini dapat berlaku apabila hukum juga dapat memberikan kemanfaatan bagi semua masyarakat.

Menurut teori utilistis (*eudaemonistis*), hukum ingin menjamin kebahagiaan yang terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-banyaknya (*the greatest good of the greatest numbers*). Pada hakekatnya menurut teori ini adalah manfaat dalam menghasilkan kesenangan atau

kebahagiaan yang terbesar bagi jumlah orang yang terbanyak.¹²⁴ Berbagai konflik sosial yang terjadi di Indonesia membuktikan bahwa kemanfaatan orang terbanyak tidak bisa serta merta memberikan keadilan sosial bagi seluruh warga negara. Konflik kaum minoritas selalu terjadi diberbagai daerah utamanya ketika menyangkut permasalahan ekonomi.

Menurut teori campuran, ada beberapa pendapat yang menjelaskan teori ini. Dalam pandangan Mochtar Kusumaatmadja, tujuan pokok dan pertama dari hukum adalah ketertiban. Kebutuhan akan ketertiban ini syarat pokok (fundamental) bagi adanya suatu masyarakat manusia yang teratur. Di samping ketertiban, tujuan lain dari hukum adalah tercapainya keadilan yang berbeda-beda isi dan ukurannya menurut masyarakat dan zamannya.¹²⁵

Teori campuran merupakan model yang paling cocok dari ketiga model yang ada dalam memberikan tujuan hukum. Bahwa hukum selayaknya memberikan keadilan bagi warga negara, di mana keadilan tersebut diwujudkan dengan memberikan kemanfaatan dalam sebuah situasi yang tertib dan aman dan sebaliknya.

Indonesia yang memiliki ragam etnik, ragam budaya, dan tentu saja ragam keinginan harus dapat meminimalisir sekat perbedaan di antara ragam keinginan individu tersebut. Proses meminimalisir sekat tersebut dilakukan dengan keberadaan peraturan perundang-undangan yang dapat memberikan keadilan sosial bagi seluruh warga negara dengan tidak meninggalkan/mengabaikan nilai budaya yang ada. Hal ini dapat berlaku

¹²⁴ Sudikno Mertokusumo (I), *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Cetakan Kedua, Liberty, Yogyakarta, 2005, hlm. 80

¹²⁵ *Ibid.*, hlm. 80-81

apabila hukum juga dapat memberikan kemanfaatan bagi semua masyarakat.

Kondisi ini sesungguhnya selaras dengan tujuan negara Indonesia sebagaimana diamanatkan dalam pembukaan UUD NRI Tahun 1945. Unsur melindungi semua warga negara dan tumpah darah Indonesia, unsur menjaga ketertiban umum, serta mewujudkan keadilan sosial merupakan kumpulan unsur yang tidak bisa dipisahkan antara satu dengan yang lain. Artinya, dalam bingkai negara kesatuan, hukum di Indonesia hendaknya mencantumkan unsur tersebut, kesejahteraan, ketertiban, dan keadilan sosial, oleh karena itu para *founding fathers* membuat sebuah dasar negara yakni Pancasila sebagai *grundnorm* bagi pembentukan hukum di Indonesia. Karena Pancasila mengandung kesemua unsur kehidupan yang dapat diterima disemua kalangan masyarakat Indonesia yang majemuk ini.

Secara etimologi, kata "kemanfaatan" berasal dari kata dasar "manfaat", yang menurut Kamus Bahasa Indonesia, berarti faedah atau guna. Masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. hukum adalah untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau ditegakkan timbul keresahan di dalam masyarakat.¹²⁶

Pada dasarnya peraturan hukum yang mendatangkan kemanfaatan atau kegunaan hukum ialah untuk terciptanya ketertiban dan ketentraman

¹²⁶Artidjo Alkostar, "Fenomena-fenomena Paradigmatik Dunia Pengadilan Di Indonesia (Telaah Kritis Terhadap Putusan Sengketa Konsumen)", Jurnal Hukum Ius Quia Iustum, Vol. 26 No. 11 (Mei 2004), FH UII, Yogyakarta, hlm. 130-131

dalam kehidupan masyarakat karena hukum merupakan urat nadi dalam kehidupan suatu bangsa untuk mencapai cita-cita masyarakat yang adil dan makmur.¹²⁷

Di dalam tujuan hukum Islam pada prinsipnya bagaimana mewujudkan "kemanfaatan" kepada seluruh umat manusia, yang mencakupi "kemanfaatan" dalam kehidupan di dunia dan di akherat. Tujuan mewujudkan "kemanfaatan" ini sesuai dengan prinsip umum Al-Qur'an:¹²⁸

- a) *Al-Asl fi al-manafi al-hall wa fi al-mudar al man'u* (segala yang bermanfaat dibolehkan, dan segala yang mudarat dilarang).
- b) *La darara wala dirar* (jangan menimbulkan kemudaratan dan jangan menjadi korban kemudaratan)
- c) *Darar yuzal* (bahaya harus dihilangkan)

Menurut Sudikno Mertokusumo bahwa masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum itu untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakkan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau ditegakkan malah akan timbul keresahan di dalam masyarakat itu sendiri.¹²⁹

Sedangkan menurut Jeremy Betham tujuan hukum adalah memberikan kemanfaatan dan kebahagiaan sebanyak-banyaknya kepada

¹²⁷ teori kemanfaatan (kegunaan) hukum bisa dilihat sebagai perlengkapan masyarakat untuk menciptakan ketertiban dan keteraturan. Oleh karena itu ia bekerja dengan memberikan petunjuk tentang tingkah laku dan berupa norma (aturan-aturan hukum. Lihat Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum Cet. Ke-3*, Alumni, Bandung, 1991, hlm.13

¹²⁸ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 216-217.

¹²⁹ Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit.*, hlm.161.

warga masyarakat yang didasari oleh falsafah sosial yang mengungkapkan bahwa setiap warga negara mendambakan kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya.¹³⁰ Menurutnya hakikat kebahagiaan adalah kenikmatan dan kehidupan yang bebas dari kesengsaraan. Bentham menyebutkan bahwa “*The aim of law is The Greatest Happiness for the greatest number*”.¹³¹

Dengan kata-kata Bentham sendiri, inti filsafat dapat disimpulkan adalah alam telah menempatkan manusia di bawah kekuasaan, kesenangan dan kesusahan. Karena kesenangan dan kesusahan itu kita mempunyai gagasan-gagasan, semua pendapat dan semua ketentuan dalam hidup kita dipengaruhi. Siapa yang berniat untuk membebaskan diri dari kekuasaan ini, tidak mengetahui apa yang ia katakan. Tujuannya hanya untuk mencari kesenangan dan menghindari kesusahan, perasaan-perasaan yang selalu ada dan tak tertahankan ini seharusnya menjadi pokok studi para moralis dan pembuat undang-undang. Prinsip kegunaan menempatkan tiap sesuatu di bawah kekuasaan 2 (dua) hal tersebut.¹³²

Sejalan dengan Jeremy Bentham adalah John Stuart Mill, menyatakan bahwa suatu perbuatan hendaknya bertujuan untuk mencapai sebanyak mungkin kebahagiaan. Menurut Mill, keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh

¹³⁰ Darji Darmodihardjo dalam Hyronimus Rheti, *Filsafat Hukum ; Edisi lengkap (Dari Klasik sampai Postmoderenisme)*, Universitas Atma Jaya Press, Yogyakarta, 2011, hlm 159

¹³¹ H.R Otje Salman, S, *Filsafat Hukum (Perkembangan & Dinamika Masalah)*, Refika Aditama, Bandung, 2010, hlm 44.

¹³² W. Friedman, 1990, *Teori dan Filsafat Hukum ; Idealisme Filosofis dan Problema Keadilan*, diterjemahkan dari buku aslinya *Legal Theory* oleh Muhamad Arifin, disunting oleh Achmad Nasir Budiman dan Suleman Saqib, Rajawali, Jakarta, hlm. 112

diri sendiri maupun oleh siapa saja yang mendapatkan simpati dari kita, sehingga hakikat keadilan mencakup semua persyaratan moral yang hakiki bagi kesejahteraan umat manusia.¹³³ Suatu tindakan hendaklah ditujukan kepada pencapaian kebahagiaan, sebaliknya suatu tindakan adalah salah apabila menghasilkan sesuatu yang merupakan kebalikan dari kebahagiaan, standar keadilan hendaknya didasarkan pada kegunaannya, akan tetapi bahwa asal-usul kesadaran akan keadilan itu tidak diketemukan pada kegunaan, melainkan pada 2 (dua) hal, yaitu rangsangan untuk mempertahankan diri dan perasaan simpati.

Menurut Mill keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh diri sendiri maupun oleh siapa saja yang mendapat simpati dari kita. Perasaan keadilan akan memberontak terhadap kerusakan, penderitaan, tidak hanya atas dasar kepentingan individual, melainkan lebih luas dari itu sampai kepada orang lain yang kita samakan dengan diri kita sendiri, sehingga hakikat keadilan mencakup semua persyaratan moral yang sangat hakiki bagi kesejahteraan umat manusia.¹³⁴ Namun Mill juga sedikit pandangan dengan Bentham, Pertama, bahwa kesenangan dan kebahagiaan harus diukur secara kuantitatif. Mill berpendapat bahwa kualitas kebahagiaan harus dipertimbangkan juga, karena ada kesenangan yang lebih tinggi mutunya dan ada yang rendah. Kedua, bahwa kebahagiaan bagi semua orang yang terlibat dalam suatu kejadian, bukan kebahagiaan satu orang saja yang

¹³³ H.R. Otje Salman, S, *Loc. Cit.*, hlm. 44.

¹³⁴ Bodenheimer dalam Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, Hlm 277

bertindak sebagai pelaku utama, kebahagiaan satu orang tidak boleh dianggap lebih penting daripada kebahagiaan orang lain.¹³⁵

Mill juga menghubungkan keadilan dengan kegunaan umum yang mempunyai pendekatan yang berbeda dengan Bentham. Tekanannya berubah yakni atas kepentingan individu ke tekanan atas kepentingan umum dan kenyataannya ialah bahwa kewajiban lebih baik daripada hak, atau mencari sendiri kepentingan atau kesenangan yang melandasi konsep hukumnya.

Tetapi pertentangan antara kepentingan sendiri dan kepentingan bersama ditiadakan dalam teorinya dengan mengadu domba naluri intelektual dengan naluri non-intelektual dalam sifat manusia. Kepedulian pada kepentingan umum menunjuk pada naluri intelektual, sedangkan pengagungan kepentingan sendiri menunjuk pada naluri non-intelektual sehingga menghasilkan kesimpulan yang sama dan menakjubkan dalam meniadakan dualisme antara kepentingan individu dan kepentingan sosial dan perasaan keadilannya.¹³⁶

Menurut Jeremy Bentham (Teori Utilitis), hukum bertujuan untuk mencapai kemanfaatan, artinya hukum menjamin kebahagiaan bagi sebanyak banyaknya orang atau masyarakat. Menurut Prof. Subekti, tujuan hukum adalah menyelenggarakan keadilan dan ketertiban sebagai syarat untuk mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan. Menurut Purnadi dan

¹³⁵ Muh. Erwin, *Filsafat Hukum ; Refleksi Kritis Terhadap Hukum*, Rajawali Press, Jakarta, 2011, hlm. 183-184

¹³⁶ W. Friedman, *Op Cit*, hlm. 121

Soerjono Soekanto, tujuan hukum adalah kedamaian hidup manusia yang meliputi ketertiban ekstern antar pribadi dan ketenangan intern pribadi.

1. Mendatangkan kemakmuran dan kebahagiaan bagi masyarakat.
2. Menciptakan keadilan dan ketertiban.
3. Menciptakan pergaulan hidup antar anggota masyarakat.
4. Memberi petunjuk dalam pergaulan masyarakat

Studi hukum mengajarkan bahwa tujuan hukum adalah untuk mewujudkan keadilan, kepastian, dan kemanfaatan yang sebesar-besarnya bagi masyarakat yang diatur oleh hukum itu. Tujuan hukum itu dapat diwujudkan dalam kehidupan masyarakat ketika dalam merumuskan kaidah-kaidah hukum yang ada di dalam peraturan perundang-undangan dilandasi oleh aspek filosofis, yuridis dan sosiologis yang merupakan unsur-unsur dari *validity of law*.

Indonesia yang memiliki ragam etnik, ragam budaya, dan tentu saja ragam keinginan harus dapat meminimalisir sekat perbedaan di antara ragam keinginan individu tersebut. Proses meminimalisir sekat tersebut dilakukan dengan keberadaan peraturan perundang-undangan yang dapat memberikan keadilan sosial bagi seluruh warga negara dengan tidak meninggalkan/mengabaikan nilai budaya yang ada. Hal ini dapat berlaku apabila hukum juga dapat memberikan kemanfaatan bagi semua masyarakat.

Menurut teori utilistis (*eudaemonistis*), hukum ingin menjamin kebahagiaan yang terbesar bagi manusia dalam jumlah yang sebanyak-

banyaknya (*the greatest good of the greatest numbers*). Pada hakekatnya menurut teori ini adalah manfaat dalam menghasilkan kesenangan atau kebahagiaan yang terbesar bagi jumlah orang yang terbanyak.¹³⁷ Berbagai konflik sosial yang terjadi di Indonesia membuktikan bahwa kemanfaatan orang terbanyak tidak bisa serta merta memberikan keadilan sosial bagi seluruh warga negara. Konflik kaum minoritas selalu terjadi diberbagai daerah utamanya ketika menyangkut permasalahan ekonomi.

Menurut teori campuran, ada beberapa pendapat yang menjelaskan teori ini. Dalam pandangan Mochtar Kusumaatmadja, tujuan pokok dan pertama dari hukum adalah ketertiban. Kebutuhan akan ketertiban ini syarat pokok (fundamental) bagi adanya suatu masyarakat manusia yang teratur. Di samping ketertiban, tujuan lain dari hukum adalah tercapainya keadilan yang berbeda-beda isi dan ukurannya menurut masyarakat dan zamannya.¹³⁸

Teori campuran merupakan model yang paling cocok dari ketiga model yang ada dalam memberikan tujuan hukum. Bahwa hukum selayaknya memberikan keadilan bagi warga negara, di mana keadilan tersebut diwujudkan dengan memberikan kemanfaatan dalam sebuah situasi yang tertib dan aman dan sebaliknya. Tujuan hukum adalah untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia. Demikian juga hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia.

¹³⁷ Sudikno Mertokusumo (I), 2005, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Cetakan Kedua, Liberty, Yogyakarta, hlm. 80

¹³⁸ *Ibid.*, hlm. 80-81

Kata kemaslahatan berasal dari bahasa Arab *maslahah*. Kata *maslahah* yang dalam bahasa Indonesia dikenal dengan *maslahat*, berasal dari bahasa Arab, yaitu *maslahah*. Kata *maslahah* secara etimologi sebagaimana menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, bahwa kata *maslahah* berarti sesuatu yang mendatangkan kebaikan (keselamatan dan lain sebagainya); faedah; guna. Adapun Kemaslahatan ialah berarti kegunaan; kebaikan; manfaat; kepentingan.¹³⁹ *Maslahah* merupakan bentuk *masdar(adverd)* dari *fi'il (verb) salaha*. Dengan demikian, maka terlihat, bahwa kata *maslahah* dan kata manfaat yang juga berasal dari bahasa Arab mempunyai makna atau arti yang sama. Menurut Imam Al-Ghazali (450-505H.), bahwa pada dasarnya (secara bahasa atau *'urf*), kata *al-maslahah* menunjuk pengertian meraih manfaat atau menghindarkan kedadharatan (bahaya).¹⁴⁰

Muhammad Mustafa Syalabi menjelaskan, bahwa *al-maslahah* adalah sesuatu yang bentuknya yang sempurna, ditinjau dari segi peruntukan sesuatu tersebut. Misalnya, keadaan *maslahah* pada pena adalah untuk menulis. Di samping itu, akibat dari suatu perbuatan yang melahirkan *maslahah* juga disebut dengan *maslahah*. Dalam hal ini, pemakaian kata *al-maslahah* dalam perbuatan tersebut bersifat *majaz*.¹⁴¹

¹³⁹ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Op.Cit.*, hlm. 634.

¹⁴⁰ Redaksinya adalah "*am ma mashlahatu fi 'ibaratin fil ashli 'an jalb manfaat au daf'i*". Abu Hamid Muhammad Ibn Muhammad Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Mustasfa min 'ilmi al ushul*, Juz I, Al-Kutub Al-Ilmiyah, Beirut, hlm 286.

¹⁴¹ Muhammad Mustafa Syalabi, 1981, *Ta'lil al-Ahkam*, Dar Al-Nahdah Al-Arabiyah, Beirut, hlm. 278.

Secara terminologi, para ulama mendefinisikan *al-maslahah* sebagai berikut, bahwa : Menurut Imam Al-Ghazali,¹⁴² bahwa pada dasarnya *al-maslahah* adalah suatu gambaran meraih manfaat atau menghindarkan kemadharatan. Akan tetapi, bukan itu yang dimaksudkan beliau, sebab meraih manfaat dan menghindarkan kemadharatan adalah tujuan dari kemaslahatan manusia dalam mencapai maksudnya. Yang dimaksudkan oleh beliau, bahwa *al-maslahah* adalah memelihara tujuan-tujuan syara'.

Uraian Imam Al-Ghazali tersebut dapat dipahami, bahwa *al-maslahah* dalam pengertian *syar'i* ialah meraih manfaat dan menolak kemadharatan dalam rangka memelihara tujuan *syara'*, yaitu memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan, dan memelihara harta. Menggunakan perkataan lain, bahwa upaya meraih manfaat atau menolak kemadharatan yang semata-mata demi kepentingan duniawi tanpa mempertimbangkan tujuan *syara'*. Apabila bertentangan dengannya, maka tidak dapat disebut dengan *al-maslahah*, tetapi merupakan *mafsadah*. Imam Al-Ghazali berkata, bahwa “semua yang mengandung pemeliharaan tujuan *syara'* yang lima ini merupakan *al-maslahah* dan semua yang mengabaikan tujuan ini merupakan *mafsadah*”. Adapun menolak yang mengabaikannya itu justru merupakan *al-maslahah*.¹⁴³ Salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filsafat hukum Islam adalah konsep *maqasidut tasyri'* atau *maqasidusy syariah* yang menegaskan,

¹⁴² Imam Al-Ghazali, *Op.Cit.*, Juz I, hlm. 286.

¹⁴³ Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan ke I, Pustaka Setia, Bandung, hlm. 155.

bahwa hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia.

Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, yaitu "Di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah."¹⁴⁴ Teori masalah di sini menurut Masdar F. Mas'udi sama dengan teori keadilan sosial dalam istilah filsafat hukum.¹⁴⁵ Seorang pemikir Islam yang bernama Imam Asy-Syatiby banyak menjelaskan tentang teori *al-mashlahah* (kemaslahatan) dalam karyanya *Al-muwafaqat* melalui konsep *maqasyidusy syari'ah* (tujuan hukum syara'). Syari'at Islam bertujuan untuk mewujudkan kemaslahatan umum (*mashlahah al-'ammah*) dengan cara menjadikan aturan hukum syari'ah yang paling utama dan sekaligus menjadi *shalihah li kulli zaman wa makan* (*kompatibel* dengan kebutuhan ruang dan waktunya) untuk sebuah kehidupan manusia yang adil, bermartabat dan bermaslahat.

Indonesia yang memiliki ragam etnik, ragam budaya, dan tentu saja ragam keinginan harus dapat meminimalisir sekat perbedaan di antara ragam keinginan individu tersebut. Proses meminimalisir sekat tersebut dilakukan dengan keberadaan peraturan perundang-undangan yang dapat memberikan keadilan sosial bagi seluruh warga negara dengan tidak meninggalkan/mengabaikan nilai budaya yang ada. Hal ini dapat berlaku

¹⁴⁴ Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, 1977, *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*, Mu'assasah ar-Risalah, Beirut, hlm.12.

¹⁴⁵ Masdar F. Mas'udi, "Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah", *Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an*, No.3, Vol. VI Th. 1995, hlm. 97.

apabila hukum juga dapat memberikan kemanfaatan bagi semua masyarakat.

Kondisi ini sesungguhnya selaras dengan tujuan negara Indonesia sebagaimana diamanatkan dalam pembukaan UUD RI Tahun 1945. Unsur melindungi semua warga negara dan tumpah darah Indonesia, unsur menjaga ketertiban umum, serta mewujudkan keadilan sosial merupakan kumpulan unsur yang tidak bisa dipisahkan antara satu dengan yang lain. Artinya, dalam bingkai negara kesatuan, hukum di Indonesia hendaknya mencantumkan unsur tersebut, kesejahteraan, ketertiban, dan keadilan sosial, oleh karena itu para *founding fathers* membuat sebuah dasar negara yakni Pancasila sebagai *grundnorm* bagi pembentukan hukum di Indonesia. Karena Pancasila mengandung ke semua unsur kehidupan yang dapat diterima di semua kalangan masyarakat Indonesia yang majemuk ini.

4. *Applied Theory* (Teori Terapan): Teori Hukum Progresif

Teori ini lahir tidak lepas dari gagasan Satjipto Raharjo yang galau dengan keadaan cara penyelenggaraan hukum di Indonesia, dimana hampir sama sekali tidak ada terobosan yang cerdas menghadapi masa transisi Orde Baru dan yang lebih memprihatinkan lagi hukum tidak saja dijalankan sebagai rutinitas belaka (*bussiness as usual*), tetapi tetapi juga dipermainkan seperti barang dagangan.

Satjipto Rahardjo, atau Prof. Tjip panggilan akrab beliau yaitu seseorang yang dijuluki Begawan sosiologi hukum Indonesia yang pertama

kali mencetuskan gagasan hukum progresif.¹⁴⁶ Gagasan ini kemudian mencuat kepermukaan dan menjadi kajian yang sangat menarik ditelaah lebih lanjut. Apa yang digagas oleh Prof. Tjip ini menawarkan perspektif, spirit, dan cara baru mengatasi “kelumpuhan hukum di Indonesia. Progresif berasal dari kata progress yang berarti kemajuan. Hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani kepentingan masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.¹⁴⁷

Dalam buku tersebut, Satjipto Raharjo yang menyatakan pemikiran hukum perlu kembali pada filosofis dasarnya, yaitu hukum untuk manusia. Dengan filosofis tersebut, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum itu bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Mutu hukum ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada kesejahteraan manusia. Ini menyebabkan hukum progresif menganut “ideologi” : Hukum yang pro-keadilan dan Hukum yang Pro-rakyat.

Dilihat dari kemunculannya, hukum progresif bukanlah sesuatu yang kebetulan, bukan sesuatu yang lahir tanpa sebab, dan juga bukan sesuatu yang jatuh dari langit. Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif-yang dapat

¹⁴⁶ Gagasan dimaksud pertama kali dilontarkan pada tahun 2002 lewat sebuah artikel yang ditulis di Harian Kompas dengan judul “*Indonesia Butuhkan Penegakan Hukum Progresif*”, Kompas, 15 juni 2002.

¹⁴⁷ Satjipto Rahardjo, 2006, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, Jakarta, h. ix.

dipandang sebagai yang sedang mencari jati diri—bertolak dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum di masyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum dalam setting Indonesia akhir abad ke-20. Dalam proses pencariannya itu, Prof. Tjip kemudian berkesimpulan bahwa salah satu penyebab menurunnya kinerja dan kualitas penegak hukum di Indonesia adalah dominasi paradigma positivisme dengan sifat formalitasnya yang melekat.¹⁴⁸

Dalam kaitannya dengan pembangunan ekonomi Dunia Ketiga khususnya di Indonesia, kegagalan pembangunan ekonomi yang hanya disandarkan pada liberalisasi ekonomi dan itu dibuktikan dengan arus globalisasi ekonomi memaksa Indonesia harus masuk kedalam poros mekanisme pasar dan perdagangan Internasional. Akibatnya dibawah pemerintahan Susilo Bambang Yudhoyono (SBY) dengan tekanan dinamika ekonomi internasional tidak aneh ketika pemerintah sekarang menaikkan harga bahan bakar minyak (BBM) sampai Jilid II, hal ini dilakukan dengan dalih menyesuaikan harga minyak dunia yang melonjak naik secara drastis. Sehingga pemerintah melakukan pengurangan alokasi subsidi BBM untuk menyelamatkan APBN nasional.

Alasan-alasan diatas secara teknis ekonomis cukup bisa dimaklumi. Persoalannya kebijakan menaikkan harga BBM harus realistis terhadap kondisi rakyat saat ini. Untuk sampai pada keyakinan bahwa dampak kenaikan harga BBM secara simultan tak berdampak besar terhadap inflasi

¹⁴⁸ *Ibid.*, h. 10-11, Lihat juga Satjipto Rahardjo, 2003, *Sisi-sisi lain dari Hukum di Indonesia*, Kompas, Jakarta, h. 22-25.

dan daya beli masyarakat, agaknya perlu terlebih dahulu mengetahui secara seksama kondisi daya tahan masyarakat. Artinya pemerintah terlebih dahulu melakukan general check up atas daya tahan ekonomi masyarakat. Dalam pandangan hukum progresif hal inilah yang disebut kebijakan yang tidak memberikan kemanfaatan sosial bagi masyarakat, dan seakan-akan ilmu ekonomi hanya tombol kematian bagi kepentingan masyarakat secara umum. Karena pilihan mainstream ekonomi Indonesia yang cenderung positivistik terhadap kepentingan neo liberalisme belaka.¹⁴⁹ Sehingga tak heran agenda untuk menjalankan sistem ekonomi seperti ini, yang pertama adalah melakukan globalisasi hukum yang disesuaikan dengan kepentingan pragmatis yaitu akumulasi modal. Artinya mekanisme hukum yang diciptakan bertitik sentral pada mazhab sistem pembangunan ekonomi neo liberalisme sampai masuk ke dalam ranah positivisme hukum.

Paradigma hukum progresif sangat menolak mainstream seperti ini yang berpusat pada aturan/mekanisme hukum positivistik, dan hukum progresif membalik paham ini. Kejujuran dan ketulusan menjadi mahkota penegakan hukum. Empati, kepedulian, dan dedikasi menghadirkan keadilan, menjadi roh penyelenggara hukum. Kepentingan manusia

¹⁴⁹ Apa yang menjadi pendirian neo-liberalisme dicirikan sebagai berikut: kebijakan pasar bebas yang mendorong perusahaan-perusahaan swasta dan pilihan konsumen, penghargaan atas tanggung jawab personal dan inisiatif kewiraswastaan, serta menyingkirkan birokrasi dan “parasit” pemerintah. Aturan dasar kaum neo-liberalis adalah, “liberalisasikan perdagangan dan finansial, biarkan pasar menentukan harga, akhiri inflasi, (stabilitas ekonomi-makro dan privatisasi) kebijakan pemerintah haruslah “menyingkirkan dari penghalang jalan”. Paham inilah yang saat ini oleh para aktor globalisasi dipaksakan untuk diterima semua bangsa-bangsa di seluruh dunia, khususnya juga terjadi di Indonesia.

(kesejahteraan dan kebahagiaannya) menjadi titik orientasi dan tujuan akhir dari hukum. Para penegak hukum menjadi ujung tombak perubahan.¹⁵⁰

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

Dalam logika inilah revitalisasi hukum dilakukan. Perubahan tak lagi pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasi hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Aksi perubahan pun bisa segera dilakukan tanpa harus menunggu perubahan peraturan, karena pelaku hukum progresif dapat melakukan pemaknaan yang progresif terhadap peraturan yang ada. Menghadapi suatu aturan, meskipun aturan itu tidak aspiratif misalnya, aparat penegak hukum yang progresif tidak harus menepis keberadaan aturan itu. Ia setiap kali bisa melakukan

¹⁵⁰ Sudjiono Sastroatmojo, *Konfigurasi Hukum Progresif*, Artikel dalam Jurnal Ilmu Hukum, Vol.8 No 2 September 2005, h. 186.

interpretasi¹⁵¹ secara baru terhadap aturan tersebut untuk memberi keadilan dan kebahagiaan pada pencari keadilan.¹⁵²

Berdasarkan uraian diatas, hukum progresif, sebagaimana hukum yang lain seperti positivisme, realisme, dan hukum murni, memiliki karakteristik yang membedakannya dengan yang lain, sebagaimana akan diuraikan dibawah ini.¹⁵³

Pertama, paradigma dalam hukum progresif adalah, bahwa “hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia”. Artinya paradigma hukum progresif mengatakan bahwa hukum adalah untuk manusia. Pegangan, optik atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral dalam ber hukum, melainkan manusialah yang berada di titik pusat perputaran hukum. Hukum itu berputar di sekitar manusia sebagai pusatnya. Hukum ada untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Apabila kita berpegangan pada keyakinan bahwa manusia itu adalah untuk hukum, maka manusia itu akan selalu diusahakan, mungkin juga dipaksakan, untuk bisa masuk ke dalam skema-skema yang telah dibuat oleh hukum. Sama halnya, ketika situasi tersebut di analogkan kepada undang-undang penanaman modal yang saat ini cenderung hanya mengedepankan kepentingan investasi belaka, tanpa melihat aspek keadilan dan keseimbangan sosial masyarakat. Sewajarnya bahwa undang-undang

¹⁵¹ Satjipto Rahardjo, 2006, *Mengagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, h. 3-4.

¹⁵² Sudjiono Sastroatmojo, *Konfigurasi...Op,Cit.*

¹⁵³ Satjipto Rahardjo, 2007, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, Jakarta, h. 139-147.

penanaman modal sebagai regulasi yang pada kaitannya juga dengan pembangunan ekonomi di Indonesia diciptakan untuk pemenuhan hak dasar masyarakat. Bukan dengan tujuan sebaliknya, masyarakat menjadivictim akibat dari aturan tersebut.

Kedua, hukum progresif menolak untuk mempertahankan status quo dalam ber hukum. Mempertahankan status quo memberikan efek yang sama, seperti pada waktu orang berpendapat, bahwa hukum adalah tolak ukur semuanya, dan manusia adalah untuk hukum. Cara ber hukum yang demikian itu sejalan dengan cara positivistik, normative dan legalistik. Sekali undang-undang mengatakan atau merumuskan seperti itu, kita tidak bias berbuat banyak, kecuali hukumnya dirubah lebih dulu. Dalam hubungan dengan ini, ada hal lain yang berhubungan dengan penolakan terhadap cara ber hukum yang pro status quotersebut, yaitu berkaitan dengan perumusan-perumusan masalah kedalam perundang-undangan. Subtansi undang-undang itu berangkat dari gagasan tertentu dalam masyarakat yang kemudian bergulir masuk ke lembaga atau badan legislatife.

Terakhir adalah, hukum progresif memberikan perhatian besar terhadap peranan perilaku manusia dalam hukum. Ini bertentangan dengan diametral dengan paham, bahwa hukum itu hanya urusan peraturan. Peranan manusia disini merupakan konsekuensi terhadap pengakuan, bahwa sebaiknya kita tidak berpegangan secara mutlak kepada teks formal suatu peraturan.

Di atas telah dijelaskan betapa besar risiko dan akibat yang akan dihadapi apabila kita “menyerah bulat-bulat” kepada peraturan. Cara ber hukum yang penting untuk mengatasi kemandegan atau stagnasi adalah dengan membebaskan diri dari dominasi yang membuta kepada teks undang-undang. Cara seperti ini bias dilakukan, apabila kita melibatkan unsur manusia atau perbuatan manusia dalam ber hukum. Karena pada dasarnya *the live of law has not been logis, but experience.*¹⁵⁴

Apa yang menjadi kegalauan Prof. Satjipto Rahardjo terbukti antara lain susah nya penyelesaian kasus Lumpur Lapindo, tertangkap nya Jaksa Urip dalam dugaan suap kasus BLBI, dugaan penyusunan Anggota Dewan yang mengubah peruntukan lahan tertentu (lihat penangkapan anggota dewan al amin) dan masih banyak lagi kasus hukum yang tidak dapat ditegakkan karena hukum kita tidak menjangkau karena hebat nya teknologi dan komunikasi sehingga perbuatan hukum tersebut tidak bisa dijerat dengan ketentuan yang ada atau prasarana hukum nya tidak memadai.

Sehubungan dengan teori progresif tersebut, seharusnya atas kondisi tersebut jangan dibiarkan saja dan hal ini akan membuat pelaku kecurangan dan pelanggaran terhadap hukum akan terus terjadi karena lemah nya penegakan hukum khususnya. Untuk itu perlunya ada langkah progresif dari Pemerintah yang memberikan penyelenggaraan hukum di Indonesia diberikan dirinya kewenangan untuk melakukan investigasi judicial dan terobosan-terbosan yang progresif sesuai dengan teori yang digagaskan oleh

¹⁵⁴ Penjelasan bahwa hukum itu adalah perilaku, bukan aturan, lihat Satjipto Rahardjo, *Hukum Itu Perilaku Kita Sendiri*, artikel pada Harian Kompas, 23 September 2002.

Prof. Satjito Rahardjo. Alasan kewenangan judicial tersebut adalah karena saat ini banyak modus kejahatan dan kecurangan dengan cara yang canggih dan memerlukan keahlian khusus untuk dapat menyeret pelakunya ke pengadilan. Dalam rangka meminimalisasikan kemungkinan kejahatan dan kecurangan, dalam penegakan hukum penyelenggaraan hukum yang progresif atas investegasi, pengenaan sanksi yang ketat dan tegas bagi siapa melakukan tindak pelanggaran atau kejahatan tersebut terutama bagi siapa saja yang terlibat dalam aktifitas rekayasa hukum tersebut. Selain itu perlunya ada sikap bersama dari penyelenggaraan hukum untuk menanggulangi masalah tersebut dan perlunya peningkatan mutu dari Sumber Daya Manusianya penyelenggara hukum di Indonesia.

Gagasan hukum progresif dan karakteristik yang membedakannya dengan yang lain sebagaimana uraian di atas, memberi warna dan cara pandang baru di dalam memahami hukum sebagai regulasi pembangunan ekonomi. Gagasan tersebut paling tidak merupakan pertimbangan pada aspek mekanisme yang dijalankan pada roda pembangunan ekonomi Indonesia, walaupun kita tahu bersama bahwa paradigma hukum progresif bukanlah sesuatu ilmu ekonomi murni. Berkaitan dengan hal itu, muncul pertanyaan, bagaimana jika gagasan hukum progresif ini secara mekanistik dapat diterapkan dalam alternatif pembangunan ekonomi Dunia Ketiga, yang pada khususnya dalam konteks Indonesia. Uraian di bawah ini akan menjelaskan persoalan tersebut.

Secara teoritik hukum dibagi menjadi dua, hukum bermakna obyektif dan hukum bermakna subyektif. Hukum obyektif ialah peraturan-peraturan yang mengatur hubungan antara sesama bermasyarakat, sedangkan hukum subyektif ialah kewenangan atau hak yang diperoleh seseorang berdasarkan hukum obyektif.¹⁵⁵ Sedangkan progresif bermakna maju, berhasrat maju dan selalu maju.¹⁵⁶ Dari dua term tersebut dapat dikatakan bahwa hukum progresif ialah peraturan-peraturan yang mengatur hubungan antara sesama masyarakat yang dibuat oleh seseorang atau kelompok yang mempunyai kewenangan membuat hukum dengan landasan keinginan untuk terus maju.

Satjipto Rahardjo memaknai hukum progresif dengan kalimat, pertama, hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Hukum tidak ada untuk dirinya melainkan untuk sesuatu yang luas, yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia.¹⁵⁷ Kedua, hukum bukan merupakan institusi yang mutlak serta final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a procces, law in making*).¹⁵⁸

Hukum adalah untuk rakyat bukan sebaliknya. Bila rakyat adalah untuk hukum, apapun yang dipikirkan dan dirasakan rakyat akan ditepis karena yang dibaca adalah kata-kata Undang-Undang. Seorang hakim bukan hanya teknisi Undang-Undang tetapi juga makhluk sosial. Pekerjaan hakim

¹⁵⁵ J. B. Daliyo, dkk, 1996, *Pengantar Ilmu Hukum*, Buku Panduang Mahasiswa, Gramedia Pustaka Utma, Jakarta, h. 21-32

¹⁵⁶ Sulchan Yasyin (Ed), 1995, **Kamus Pintar Bahasa Indonesia**, Penerbit Amanah, Surabaya, h. 183

¹⁵⁷ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum ... Op. Cit.*, h. 188.

¹⁵⁸ Satjipto Rahardjo, *Indonesia Inginkan Penegakan Hukum Progresif*, Kompas 15 Juli 2002

sungguh mulia, karena ia bukan hanya memeras otak tapi juga nuraninya. Sehingga eksistensi hukum progresif bertolak dari dua komponen basis dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (rules and behavior). Hukum ditempatkan sebagai aspek perilaku namun juga sekaligus sebagai peraturan. Peraturan akan membangun suatu sistem hukum positif, sedangkan perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah (akan) terbangun.¹⁵⁹

Hukum progresif sebagaimana telah diungkap di atas, menghendaki kembalinya pemikiran hukum pada falsafah dasarnya yaitu hukum untuk manusia. Manusia menjadi penentu dan titik orientasi dari keberadaan hukum. Karena itu, hukum tidak boleh menjadi institusi yang lepas dari kepentingan pengabdian untuk mensejahterakan manusia. Para pelaku hukum dituntut untuk mengedepankan kejujuran dan ketulusan dalam penegakan hukum. Mereka harus memiliki empati dan kepedulian pada penderitaan yang dialami oleh rakyat dan bangsanya. Kepentingan rakyat baik kesejahteraan dan kebahagiaannya harus menjadi titik orientasi dan tujuan akhir dari penyelenggaraan hukum. Dalam konteks ini, term hukum progresif nyata menganut ideologi hukum yang pro keadilan dan hukum yang pro rakyat.¹⁶⁰

Idealitas hukum sebagaimana Satjipto katakan bahwa seorang hakim yang semestinya juga sosiolog dan keluar dari gedung pengadilan demi mendengar suara hiruk pikuk masyarakat, tidak terpenjara teks-teks hukum,

¹⁵⁹ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum ... Op. Cit.*, h. 265

¹⁶⁰ Bernard L. Tanya, dkk, *Teori Hukum : Strategi Tertib... Op. Cit.*, h. 212

penegakan hukum yang bukan suatu tindakan yang pasti, hukum adalah pantulan masyarakatnya, hukum untuk rakyat bukan untuk hukum sendiri, hukum untuk manusia dan tidak sebaliknya dan beberapa lainnya merupakan nalar hukum empiris dan faktual. Bagi kaum positivis pemikiran Satjipto Rahardjo jelas bukan pemikiran hukum yang bisa diterapkan dalam sistem hukum tapi pemikiran hukum yang sekedar memberi masukan secara sosiologis dan antropologis saja. Kebenaran teorinya bukan kebenaran teori hukum tapi kebenaran teori sosial.

Mudzakkir mengatakan setiap ilmu mempunyai tiga ciri pokoknya masing-masing, yaitu ciri ontologis yang menjelaskan satu obyek ilmu, epistemologis yang menjelaskan metodologi dan metode pengkajian satu ilmu dan aksiologisnya yang menjelaskan tujuan satu ilmu. Dari pokok ciri-ciri ilmu tersebut maka setiap obyek ilmu akan menghasilkan kesimpulannya yang berbeda-beda tergantung obyek ilmu yang diteliti. Maka kajian terhadap permasalahan hukum bisa diterapkan dengan dua pendekatan yaitu memakai yuridis (teori hukum) dan pendekatan non yuridis (teori non hukum). Pendekatan yuridis akan menghasilkan pemikiran yang yuridis, sedangkan pendekatan ilmu non yuridis akan menghasilkan kesimpulan non yuridis pula.¹⁶¹

Mudzakkir juga menambahkan, ilmu hukum merupakan bagian dari ilmu yang non empirik yang mempunyai ciri-ciri, pertama, order of logic. Kedua, landasan kebenarannya teori koherensi yang berarti adanya

¹⁶¹ Makalah kuliah Magister Hukum UII pada 8 Januari 2011

kesesuaian dan saling topang antara satu idea dengan idea yang lain. Ketiga, kebenarannya ditentukan secara internal. Keempat, tujuannya memahami obyek sedalam-dalamnya. Kelima, memakai nalar deduksi (induksi) atas dasar aksioma, nilai/asas, atau kebenaran yang abstrak untuk memberi penilaian kepada obyek tertentu yang kongkrit dan empirik. Keenam, memakai metode interpretasi, konstruksi dan sistematisasi. Ketujuh, melakukan preskripsi. Kedelapan, demi kepentingan pengambilan keputusan (problem solving). Kesembilan, tidak bebas nilai karena berdasarkan aksioma.¹⁶²

Pandangan Mudzakkir menolak anasir-anasir pemikiran sosial yang basis kebenarannya memakai standar korespondensi, yaitu adanya kemiripan antara idelita dengan realita, antara gagasan dengan fakta-fakta sosial yang empirik. Letak problematik pemikiran hukum progresif Satjipto Rahardjo kalau mengacu pada pemikiran Mudzakkir karena Satjipto terlampau menggunakan ukuran fakta-fakta sosial sebagai basis pengukuran kebenaran. Hukum dalam pikiran Satjipto Rahardjo sangatlah empiris dan hidup dalam masyarakat (living law). Padahal hukum sebagaimana Mudzakkir katakan merupakan bangunan yang sistemik dan berbentuk piramida, mulai dari nilai-nilai, asas-asas hukum, peraturan hukum formal dan kemudian masyarakat hukum Indonesia.¹⁶³

Kritik serupa juga diungkap oleh Hans Kalsen. Menurutnya, tata hukum merupakan satu sistem norma. Landasan validitas dari suatu norma

¹⁶² Makalah kuliah Magister Hukum UU pada 22 April 2011

¹⁶³ *Ibid*

seperti uji kebenaran dari pernyataan tentang “kenyataan”, konfirmasinya bukanlah dengan realita. Dasar validitas dari sebuah norma ialah selalu berupa norma, bukan pada fakta. Pencarian landasan validitas dari norma menuntun kita bukan kepada realita melainkan kepada norma lain yang menjadi sumber lahir norma tersebut yaitu norma yang lebih tinggi yang disebut sebagai norma dasar. Semua norma yang validitasnya dapat ditelusuri kepada satu norma dasar yang sama membentuk suatu sistem norma atau suatu tata normatif. Bahwa suatu norma termasuk ke dalam sistem norma tertentu, ke dalam suatu tata normatif tertentu dapat diuji hanya dengan mengkonfirmasi bahwa norma dasar tersebut mendapatkan validitasnya dari norma dasar.¹⁶⁴

Menurut Kalsen, validitas suatu norma hukum tidak dapat dipertanyakan atas dasar bahwa bahwa isi-isinya tidak sesuai dengan suatu nilai moral atau politik. Suatu norma ialah norma hukum yang valid atas dasar fakta bahwa norma tersebut telah dibuat menurut suatu aturan tertentu dan hanya atas dasar peraturan itu saja.¹⁶⁵ Terdapat perbedaan antara pernyataan ilmu hukum normatif dengan ilmu hukum sosiologis. Ilmu hukum normatif menjelaskan tentang keharusan dan menegaskan validitas suatu norma yang wajib ditaati dan diterapkan. Sedangkan ilmu hukum sosiologis sekedar mendeskripsikan hukum yaitu pernyataan tentang kenyataan dan berbeda makna keharusan.¹⁶⁶ Kalsen juga menegaskan bahwa

¹⁶⁴ Hans Kalsen, *Teori Hukum Murni : Dasar-Dasar ... Op. Cit.*, h. 112-113.

¹⁶⁵ *Ibid.*, h. 115

¹⁶⁶ *Ibid.*, h. 173-174

hukum merupakan kesatuan sistem¹⁶⁷ yang diciptakan oleh satu negara dan merupakan personifikasi dari tata hukum nasionalnya.¹⁶⁸

Sesuai kerangka pemikiran Hans Kelsen, kita juga akan mengenal di dunia akademik tentang sumber-sumber, asas-asas hukum dan hierarki perundang-undangan. Dalam buku Pengantar Ilmu Hukum disebutkan bahwa sumber hukum formil ialah sumber hukum dengan bentuk tertentu yang merupakan dasar berlakunya hukum secara formal. Sumber hukum formal merupakan dasar kekuatan mengikatnya peraturan-peraturan agar ditaati oleh masyarakat maupun oleh para penegak hukum. Hukum formal merupakan *causa efficiens* daripada hukum yang meliputi, pertama, Undang-Undang. Kedua, kebiasaan. Ketiga, Yurisprudensi. Keempat, traktat (perjanjian antar negara). Kelima, perjanjian. Keenam, Doktrin. Dari sumber hukum formal tersebut akan berlaku asas-asas hukum, yaitu :¹⁶⁹

1. “*Lex Superiori Derogat Legi Inferiori*” yang berarti Undang-Undang yang dibuat oleh penguasa yang tinggi mempunyai derajat yang lebih tinggi, sehingga apabila ada dua Undang-Undang yang tidak sederajat bertentangan maka hakim harus menerapkan Undang-Undang yang lebih tinggi dan menyatakan bahwa Undang-Undang yang lebih rendah tidak mengikat.
2. “*Lex Specialis Derogat Legi Generali*” yang berarti bahwa Undang-Undang yang khusus mengesampingkan Undang-Undang yang bersifat umum. Jika ada dua macam ketentuan dari peraturan perundang-

¹⁶⁷ *Ibid.*, h. 1

¹⁶⁸ *Ibid.*, h. 183-184

¹⁶⁹ J.B Daliyo, dkk, *Pengantar Ilmu Op. Cit*, h. 53-56.

undangan yang setingkat dan berlaku bersamaan serta saling bertentangan, hakim harus menerapkan yang khusus dan mengesampingkan yang umum.

3. "*Lex Posterior Derogat Legi Priori*" yang berarti bahwa Undang-Undang yang berlaku kemudian membatalkan Undang-Undang yang terdahulu, sejauh Undang-Undang itu mengatur obyek yang sama.
4. Undang-Undang tidak dapat diganggu gugat. Undang-Undang tidak berlaku apabila, pertama, jangka waktu berlakunya Undang-Undang telah habis. Kedua, obyek yang diatur oleh Undang-Undang telah tidak ada. Ketiga, Undang itu telah dicabut oleh pembentuknya atau oleh instansi yang lebih tinggi. Keempat, telah dikeluarkan undang-undang yang baru yang isinya bertentangan dengan isi Undang-Undang terdahulu.

Untuk mempertegas landasan hukum hierarkis dan sistemik di atas, pada Pasal 7 (1) UU No. 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan juga dinyatakan tentang hirarkhi perundang-undangan yang meliputi, pertama, Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Kedua, Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang. Ketiga, Peraturan Pemerintah. Keempat, Peraturan Presiden. Kelima, Peraturan Daerah. Dalam kajian ilmu perundang-undangan keberadaan hirarkhi perundangan-undangan tersebut menjadi norma-norma yang harus dipatuhi dan saling mengalahkan antara satu dengan lainnya. Norma-norma tersebut menjadi ukuran atau pedoman bagi

seseorang dalam bertindak dalam kehidupan masyarakat. Norma-norma tertulis itu harus dipatuhi.¹⁷⁰

Keberadaan hierarki merupakan basis teoritik yang mendasar dari penganut positivisme dan mazhab hukum murni karena hukum merupakan satu sistem yang logis dan tidak empirical. Untuk menjaga kesatuan hukum yang berlaku di masyarakat maka positivisasi hierarki dan sentralisme hukum (legal centralism) merupakan satu keharusan. Maka, ukuran kebenaran suatu hukum dalam konteks ini bukan lagi sejauhmana mana hukum sesuai dengan kepentingan *sosial empiric*, tetapi sejauhmana hukum tersebut bersesuaian dengan norma-norma di atasnya. Hukum yang hidup di masyarakat (living law) dalam konteks hukum yang hierarkis, sistemis dan sentralistik mengalami kematiannya, terutama bagi hukum adat dan masyarakat adat.

Soetandyo Wignjosebroto mengatakan hukum negara yang tertulis di kitab-kitab dan dokumen-dokumen yang dulu disebut sebagai hukum kolonial dan yang kini disebut hukum nasional, itu tidak selamanya mencerminkan hukum rakyat yang hidup dan dianut oleh rakyat setempat dalam kehidupan sehari-harinya. Tidak dipahaminya hukum negara oleh rakyat yang berbagai-bagai itu terkadang bukan pula disebabkan oleh ketidaksadarannya melainkan juga sering karena ketidaksediannya. Kenyataan ini merupakan mencerminkan terjadinya cultural gaps bahkan juga cultural conflict. Isi kaidah yang terkandung dalam hukum negara dan

¹⁷⁰ Budiman N.P.D Sinaga, 2004, *Ilmu Pengetahuan Perundang-Undangan*, UII Press, Yogyakarta, h. 7-8.

yang terkandung dalam hukum yang dianut rakyat tidak hanya bersesuaian satu sama lain melainkan juga acap bertentangan.¹⁷¹

Soetando menambahkan, sesungguhnya insitusi negara nasional berikut hukum nasionalnya itu merupakan invensi dan sekaligus bagian dari pengalaman sejarah bangsa-bangsa Eropa. Pengalaman itu terpelajari dan kemudian tertiru tatkala bangsa-bangsa Eropa itu tidak bertindak sebagai penjajah melainkan juga menampilkan diri sebagai guru-guru berbagai bangsa di tanah jajahannya. Konsep negara bangsa yang tak hanya bersifat trans lokal akan tetapi juga teritorial dengan sarana penertibnya yang disebut hukum nasional yang diunifikasi dan dikodifikasikan dan serta merta menjadi tertiru setelah merdeka.¹⁷² Masalah yang dihadapi pemerintah Indonesia dewasa ini amat berbeda dengan apa yang dihadapi para sarjana yang bersemangat nasionalisme pada zaman pemerintahan Hindia Belanda. Para sarjana itu serempak menjadi penganjur dipertahankannya hukum adat yang berarti juga mempertahankan kemajemukan untuk menghadapi hukum Belanda pada saat itu.¹⁷³

Polemik hukum di atas memperlihatkan betapa paradigma hukum progresif satu sisi “termarjinal dan terbunuh” akibat hegemoni paradigma hukum positivistik, hierarkis dan sistemik dalam sistem hukum di Indonesia, tetapi pada sisi yang lain paradigma hukum progresif tertantang untuk

¹⁷¹ Soetandyo Wignjosoebroto, *Masalah Pluralisme Dalam Pemikiran dan Kebijakan Perkembangan Hukum Nasional (Pengalaman Indonesia)*, Makalah pada Seminar Nasional “*Pluralisme Hukum : Perkembangan di Beberapa Negara, Sejarah Pemikiran di Indonesia dan Pergulatannya Dalam Gerakan Pembaharuan Hukum*”, pada 21 November 2006 di Universitas Al-Azhar, Jakarta, h. 3

¹⁷² *Ibid.*, h. 2

¹⁷³ *Ibid.*, h. 5

mewujudkan cita-citanya yaitu menghadirkan hukum untuk manusia, menghadirkan hukum untuk rakyat, demi kebahagiaan, kesejahteraan dan martabatnya sebagai manusia yang multikultural. Suntikan moral untuk bangkitnya kekuatan hukum progresif juga menggema ditengah banyaknya masyarakat yang menderita akibat hukum hierarkis yang terlihat suci (transden) hari ini.

Untuk itu agar hukum dirasakan manfaatnya, maka dibutuhkan jasa pelaku hukum yang kreatif menterjemahkan hukum itu dalam kepentingan-kepentingan sosial yang memang harus dilayaninya.

Berdasarkan teori ini keadilan tidak bisa secara langsung ditemukan lewat proses logis-formal. Keadilan justru diperoleh lewat institusi, karenanya, argument-argumen logis formal “dicari” asesudah keadilan ditemukan untuk membingkai secara yuridis – formal keputusan yang diyakini adil tersebut. Oleh karma itu konsep hukum progresif, hukum tidak mengabdikan bagi dirinya sendiri, melainkan untuk tujuan yang berada di luar dirinya.

Hukum progresif¹⁷⁴ pada prinsipnya bertolak dari 2 (dua) komponen basis dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (*rule and behavior*).

Landasan hukum progresif didasarkan pada dua asumsi pokok, yaitu:

- a. Hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Berangkat dari asumsi ini, maka kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri,

¹⁷⁴ Penyebaran gagasan hukum progresif diawali oleh Satjipto Rahardjo, Satjipto Rahardjo, seorang guru besar Emiritus pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang. Rahardjo, Satjipto. “*Menuju Produk Hukum Progresif*”, (Makalah Diskusi Terbatas pada Fakultas Hukum UNDIP, Semarang), 24 Juni 2004, hlm. 8.

melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki bukan manusianya yang dipaksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum.

- b. Hukum bukan institusi yang mutlak serta final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan di sini bisa direfleksi ke dalam faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah yang oleh Satjipto Rahardjo dikatakan ‘hakikat hukum yang selalu dalam proses menjadi’ (*law as a process, in the law making*).¹⁷⁵

Menurut teori hukum progresif, manusia berada di atas hukum. Hukum hanya menjadi sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Hukum tidak lagi dipandang sebagai suatu dokumen yang absolut dan ada secara otonom. Hukum progresif membawa konsekuensi pentingnya kreativitas. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain dimaksudkan untuk mengatasi ketertinggalan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum, bila perlu melakukan *rule breaking*. Terobosan-terobosan ini diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yaitu hukum

¹⁷⁵ Rahardjo, Satjipto. “*Hukum Progresif. Hukum yang Membebaskan*”, *Jurnal Hukum Progresif*, Vol. 1, No. 1, April 2005, PDIH UNDIP, Semarang, hlm 5-14.

yang membuat bahagia. Untuk kepentingan analisis teoritik berikut ini disajikan identifikasi Gerakan Hukum Progresif,¹⁷⁶ sebagai berikut:

Tabel 1.3
Identifikasi Hukum Progresif

	Identifikasi	Ciri-Ciri Hukum Progresif
1	Asumsi	1. Hukum untuk manusia bukan sebaliknya. 2. Hukum bukan merupakan institusi yang mutlak dan final tetapi selalu dalam proses menjadi (<i>law as a process law in the making</i>).
2	Tujuan	Kesejahteraan dan kebahagiaan manusia.
3	Spirit	1. Pembebasan terhadap tipe, cara berpikir, asas, dan teori yang selama ini dipakai (mendominasi). 2. Pembebasan terhadap kultur penegakkan hukum (<i>administration of Justice</i>) yang selama ini berkuasa dan dirasakan menghambat hukum dalam menyelesaikan persoalan.
4	Karakter Progresifitas	1. Bertujuan untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia dan oleh karenanya memandang hukum selalu dalam proses menjadi (<i>law in the making</i>) 2. Peka terhadap perubahan yang terjadi di masyarakat, baik lokal, nasional maupun global. 3. Menolak status quo manakala menimbulkan dekadensi, suasana korup dan sangat merugikan kepentingan rakyat, sehingga menimbulkan perlawanan dan pemberontakan yang berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum.
5	Wajah	1. Kajian hukum progresif berusaha mengalihkan titik berat kajian hukum yang semula menggunakan optik hukum berupa <i>rules</i> menuju ke perilaku. 2. Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat, meminjam istilah Nonet & Selznick bertipe responsif. 3. Hukum Progresif berbagai faham dengan <i>legal realism</i> karena hukum tidak dipandang dari kaca mata hukum sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosialnya & akibat yang timbul dari bekerjanya hukum. 4. Hukum Progresif memiliki kedekatan dengan <i>sociological Jurisprudent</i> dari Roscou Pound yang mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan tetapi keluar dan melihat dari hukum dan bekerjanya hukum.

¹⁷⁶ Diadaptasi dari Suteki, “*The non Enforcement of Law: Strategi Menembus Kebuntuan Legalitas Formal Melalui Partial dan Sporadic Enforcement*”, (Makalah Universitas Diponegoro, Semarang, 2010), hlm. 28.

		<p>5. Hukum progresif mempunyai kedekatan dengan teori hukum alam, karena peduli terhadap hal-hal yang <i>meta-juridical</i>".</p> <p>6. Hukum Progresif memiliki kedekatan dengan <i>Critical Legal Studies</i> namun cakupannya lebih luas.</p>
--	--	---

Hukum adalah bagian dari pranata untuk hidup secara tertib. Secara alamiah, manusia mempunyai hasrat untuk hidup dalam dunia yang penuh suasana ketertiban. Hukum adalah untuk manusia bukan sebaliknya, karena manusia menghendaki dan membutuhkan hukum akan berubah. Hukum sebagai kaidah sosial, tidak lepas dari nilai (*values*) yang berlaku dalam masyarakat bahkan dapat dikatakan hukum itu merupakan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat. Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan *the living law* dalam masyarakat.¹⁷⁷

5. ***Applied Theory* (Teori Terapan): Teori Efektivitas Hukum**

Efektivitas mengandung arti keefektifan pengaruh efek keberhasilan atau kemandirian/kemujaraban, membicarakan keefektifan hukum tentu

¹⁷⁷ Perubahan atau pembaharuan hukum perlu dilakukan secara komprehensif, meliputi seluruh komponen dalam sistem hukum, yaitu komponen substansial, komponen struktural dan komponen kultural. Komponen substansial dibangun harus berdasarkan komponen kultural. Hal ini sejalan dengan dalil yang dikemukakan oleh Robert B. Seidman tentang "*The law of non transferability of law*", yakni sebuah dalil yang menyatakan bahwa hukum suatu bangsa tidak dapat begitu saja dapat dialihkan kepada bangsa lain. Hal ini disebabkan karena struktur sosial, budaya tempat persemaian hukum itu tidaklah sama. Perubahan hukum dirasakan perlu dimulai sejak adanya kesenjangan antara keadaan-keadaan, peristiwa-peristiwa, serta hubungan-hubungan dalam masyarakat dengan hukum yang mengaturnya. Kaidah hukum tidak mungkin dilepaskan dari hal-hal yang diaturnya, sehingga hal-hal yang seyogyanya diatur tadi telah berubah sedemikian rupa, tentu saja dituntut perubahan hukum untuk menyesuaikan diri agar hukum masih efektif. Hukum selalu dalam proses terus menerus melakukan perubahan dan pembaharuan agar dapat selalu menyesuaikan diri dengan masyarakat. Jadi hukum itu akan eksis dilaksanakan oleh masyarakat apabila hukum tersebut sesuai dengan harapan, struktur sosial dan budaya masyarakat. Lihat Rahadjo, Satjipto. *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*, Banyumedia Publishing, Malang, 2009, hlm. 74.

tidak terlepas dari penganalisisan terhadap karakteristik dua variable terkait yaitu: karakteristik/dimensi dari obyek sasaran yang dipergunakan.¹⁷⁸

Ketika berbicara sejauh mana efektivitas hukum maka kita pertamanya harus dapat mengukur sejauh mana aturan hukum itu ditaati atau tidak ditaati. jika suatu aturan hukum ditaati oleh sebagian besar target yang menjadi sasaran ketaatannya maka akan dikatakan aturan hukum yang bersangkutan adalah efektif.¹⁷⁹

Derajat dari efektivitas hukum menurut Soerjono Soekanto, ditentukan oleh taraf kepatuhan masyarakat terhadap hukum, termasuk para penegak hukumnya, sehingga dikenal asumsi bahwa, "taraf kepatuhan yang tinggi adalah indikator suatu berfungsinya suatu sistem hukum. Dan berfungsinya hukum merupakan pertanda hukum tersebut mencapai tujuan hukum yaitu berusaha untuk mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup."¹⁸⁰

Beberapa pendapat mengemukakan tentang teori efektivitas seperti Bronislaw Malinoswki, Clarence J Dias, Allot dan Murmer. Bronislaw Malinoswki mengemukakan bahwa teori efektivitas pengendalian sosial atau hukum, hukum dalam masyarakat dianalisa dan dibedakan menjadi dua yaitu: (1) masyarakat modern, (2) masyarakat primitif, masyarakat modern merupakan masyarakat yang perekonomiannya berdasarkan pasar yang

¹⁷⁸ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, ctk Ketiga, Citra Aditya Bandung, 2013, h. 67

¹⁷⁹ Salim, H.S dan Erlis Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Tesis dan Disertasi*, Edsis Pertama, ctk Kesatu, Rajawali Press, Jakarta, 2013, h.375

¹⁸⁰ Soerjono Soekanto, *Efektivitas Hukum dan Peranan Saksi*, Remaja Karya Bandung, 1985, h. 7.

sangat luas, spesialisasi di bidang industri dan pemakaian teknologi canggih, didalam masyarakat modern hukum yang di buat dan ditegakan oleh pejabat yang berwenang.¹⁸¹

Pandangan lain tentang efektivitas hukum oleh Clerence J Dias mengatakan bahwa:

An effective legal sytem may be describe as one in which there exists a high degree of congruence between legal rule and human conduct. Thus anda effective kegal sytem will be characterized by minimal dispartiti between the formal legal system and the operative legal system is secured by:

1. *The intelligibility of it legal system.*
2. *High level public knowlege of the conten of the legal rules*
3. *Efficient and effective mobilization of legal rules:*
 - a. *A commited administration and.*
 - b. *Citizen involvement and participation in the mobilization process*
4. *Dispute sattelment mechanisms that are both easily accessible to the public and effective in their resolution of disputes and.*
5. *A widely shere perception by individuals of the effectiveness of the legal rules and institutions.*¹⁸²

Pendapat tersebut dijelaskan Clerence J Dias dalam Marcus Priyo Guntarto¹⁸³ sebagai berikut, terdapat 5 (lima) syarat bagi efektif tidaknya satu sistem hukum meliputi:

1. Mudah atau tidaknya makna isi aturan-aturan itu ditangkap.
2. Luas tidaknya kalangan didalam masyarakat yang mengetahui isi aturan- aturan yang bersangkutan.
3. Efisien dan efektif tidaknya mobilisasi aturan-aturan hukum dicapai dengan bantuan aparat administrasi yang menyadari melibatkan dirinya kedalam usaha mobilisasi yang demikian,

¹⁸¹ Salim H.S dan Erlies Septiani, *Op.Cit.*, h. 308

¹⁸² Clerence J. Dias, *Research on Legal Service And Poverty: its Relevance to the Design of Legal Service Program in Developing Countries*, Wash, U.L, Q 147, 1975, p. 150

¹⁸³ *Ibid.*

dan para warga masyarakat yang terlibat dan merasa harus berpartisipasi dalam proses mobilisasi hukum.

4. Adanya mekanisme penyelesaian sengketa yang tidak hanya harus mudah dihubungi dan dimasukan oleh setiap warga masyarakat, akan tetapi harus cukup efektif menyelesaikan sengketa.
5. Adanya anggapan dan pengakuan yang cukup merata di kalangan warga masyarakat yang beranggapan bahwa aturan-aturan dan pranata-pranata hukum itu memang sesungguhnya berdaya mampu efektif.

Dalam bukunya achmad ali yang dikutip oleh Marcus Priyo Guntarto yang mengemukakan tentang keberlakuan hukum dapat efektif, apabila:

1. Relevansi aturan hukum dengan kebutuhan orang yang menjadi target
2. Kejelasan dari rumusan substansi aturan hukum, sehingga mudah dipahami oleh orang yang menjadi target hukum
3. Sosialisasi yang optimal kepada semua orang yang menjadi target hukum.
4. Undang-undang sebaiknya bersifat melarang, bukan bersifat mengharuskan. Pada umumnya hukum prohibitor lebih mudah dilaksanakan daripada hukum mandatur.
5. Sanksi yang akan diancam dalam undang-undang harus dipadankan dengan sifat undang-undang yang dilanggar, suatu sanksi yang tepat untuk tujuan tertentu, mungkin saja tidak tepat untuk tujuan lain. Berat sanksi yang diancam harus proporsional dan memungkinkan untuk dilaksanakan.¹⁸⁴

Soerjono Soekanto menjelaskan bahwa dalam sosiologi hukum masalah kepatuhan atau ketaatan hukum terhadap kaidah-kaidah hukum pada umumnya telah menjadi faktor yang pokok dalam mengukur efektif tidaknya sesuatu yang ditetapkan dalam hukum ini.¹⁸⁵

Efektivitas Hukum yang dikemukakan oleh Anthoni Allot sebagaimana dikutip Felik adalah sebagai berikut:

¹⁸⁴ Marcus Priyo Gunarto, *Kriminalisasi dan Penalisasi Dalam Rangka Fungsionalisasi Perda dan Retribusi*, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 2011, h. 71-71, dikutip Salim H.S dan Erlies Septiana Nurbaini, *Op.Cit.*, h. 308.

¹⁸⁵ Soerjono Soekanto, *Sosiologi Suatu pengantar*, Rajawali Pers, Bandung, 1996, h. 20.

Hukum akan menjadi efektif jika tujuan keberadaan dan penerapannya dapat mencegah perbuatan-perbuatan yang tidak diinginkan dapat menghilangkan kekacauan. Hukum yang efektif secara umum dapat membuat apa yang dirancang dapat diwujudkan. Jika suatu kegelapan maka kemungkinan terjadi pembetulan secara gampang jika terjadi keharusan untuk melaksanakan atau menerapkan hukum dalam suasana baru yang berbeda, hukum akan sanggup menyelesaikan.¹⁸⁶

Keberlakuan hukum berarti bahwa orang bertindak sebagaimana seharusnya sebagai bentuk kepatuhan dan pelaksana norma jika validitas adalah kualitas hukum, maka keberlakuan adalah kualitas perbuatan manusia sebenarnya bukan tentang hukum itu sendiri.¹⁸⁷ Selain itu William Chambliss dan Robert B Seidman mengungkapkan bahwa bekerjanya hukum dimasyarakat dipengaruhi oleh *all other societal personal force* (semua ketakutan dari individu masyarakat) yang melingkupi seluruh proses.¹⁸⁸

Studi efektivitas hukum merupakan suatu kegiatan yang memperlihatkan suatu strategi perumusan masalah yang bersifat umum, yaitu suatu perbandingan antara realitas hukum dan ideal hukum, secara khusus terlihat jenjang antara hukum dalam tindakan (*law in action*) dengan hukum dalam teori (*law in theory*) atau dengan kata lain kegiatan ini akan memperlihatkan kaitannya antara *law in the book* dan *law in action*.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Salim H.S dan Erlis Septiana Nurbani, *Op.Cit*, h. 303.

¹⁸⁷ Hans Kelsen, *General Teory of Law and State*, Translete by Anders Wedberg, New York: Russel and Russel, 1991, dikutip dari Jimly Ashidiqqie dan M ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, ctk. Kedua, Konstitusi Press, Jakarta, 2012, h. 39-40

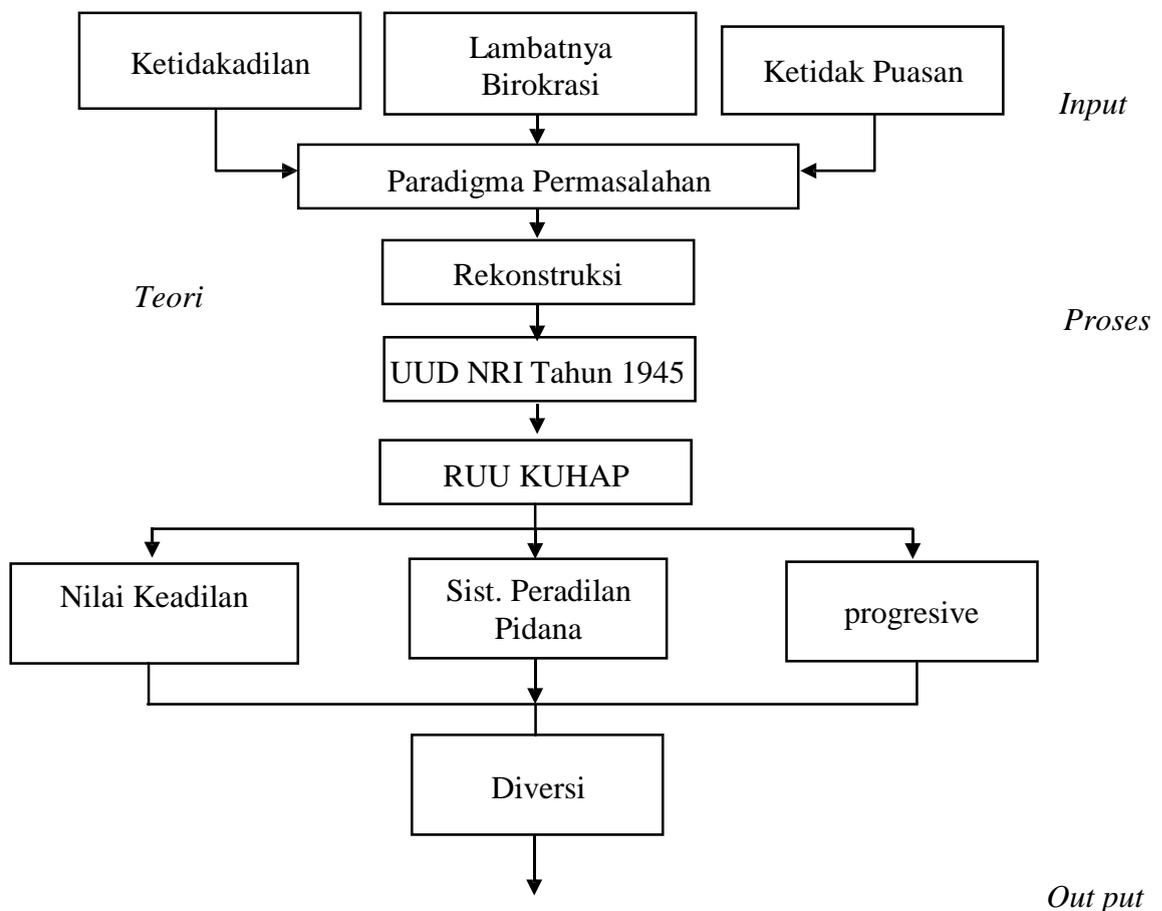
¹⁸⁸ Robert B Seidman, *Law order and Power*, Adition Publishing Company Wesley Reading Massachusett, 1972, h. 9-13.

¹⁸⁹ Soleman B Taneko, *Pokok-Pokok Studi Hukum dalam Masyarakat*, Rajawali Press, Jakarta, 1993, h. 47-48.

Bustanul Arifin yang dikutip oleh Raida L Tobing dkk, mengatakan bahwa dalam negara yang berdasarkan hukum, berlaku efektifnya sebuah hukum apabila didukung oleh tiga pilar, yaitu:

1. Lembaga atau penegak hukum yang berwibawa dapat diandalkan
2. Peraturan hukum yang jelas sistematis.
3. Kesadaran hukum masyarakat tinggi.¹⁹⁰

G. Kerangka Pemikiran Disertasi



REKONSTRUKSI IDE DIVERSI DALAM PENANGANAN TINDAK PIDANA UMUM BERBASIS NILAI KEADILAN

¹⁹⁰ Raida L Tobing, dkk, (Hasil Penelitian), *Efektivitas Undang-Undang Monrey Loundering*, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan HAM RI, Jakarta, 2011, h. 11

H. Metode Penelitian

1. Paradigma Penelitian

Paradigma penulis berangkat dari dimensi ontologis, yaitu hakikat apa itu hukum, keadilan dan keseimbangan. Kemudian penulis mencoba merefleksikan mengapa kondisi sistem peradilan pidana saat ini belum memberikan rasa keseimbangan dan keadilan bagi penegakan hukum di Indonesia. Paradigma ini memandang bahwa kenyataan itu hasil konstruksi atau bentukan dari manusia itu sendiri. Kenyataan itu bersifat ganda, dapat dibentuk, dan merupakan satu keutuhan. Kenyataan ada sebagai hasil bentukan dari kemampuan berpikir seseorang. Pengetahuan hasil bentukan manusia itu tidak bersifat tetap tetapi berkembang terus. Penelitian kualitatif berlandaskan paradigma konstruktivisme yang berpandangan bahwa pengetahuan itu bukan hanya merupakan hasil pengalaman terhadap fakta, tetapi juga merupakan hasil konstruksi pemikiran subjek yang diteliti. Pengenalan manusia terhadap realitas sosial berpusat pada subjek dan bukan pada objek, hal ini berarti bahwa ilmu pengetahuan bukan hasil pengalaman semata, tetapi merupakan juga hasil konstruksi oleh pemikiran.¹⁹¹

Konstruksi model sistem adversarial yang ideal diterapkan dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia di masa yang akan datang berdasarkan nilai keadilan dapat dilihat dalam tabel berikut:

¹⁹¹Zainal Arifin, 2012, *Penelitian Pendidikan Metode dan Paradigma Baru*. Rosdakarya, Bandung, h. 140

No	Perihal	Uraian
1	Dasar Rekonstruksi	Memadukan dan menggali sila ke 5 Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia
2.	Paradigma Rekonstruksi	Merekonstruksi kondisi sistem peradilan pidana saat ini belum memberikan rasa keseimbangan dan keadilan bagi penegakan hukum di Indonesia.
3.	Subjek Rekonstruksi	Polisi, Jaksa, Hakim.
4.	Tujuan Rekonstruksi	Mengembangkan ide diversifikasi dalam penanganan tindak pidana umum berbasis nilai keadilan
5.	Substansi Rekonstruksi	KUHP KUHP

2. Jenis Penelitian

Soetandyo Wignjosoebroto membedakan 2 (dua) pandangan tersebut sebagai penelitian doktrinal dan penelitian non-doktrinal.¹⁹² Penelitian hukum doktrinal menjadikan kaidah-kaidah hukum abstrak sebagai ukuran kebenaran dalam studi hukum. Objek dan rujukan yang diacu dalam penelitian doktrinal adalah kaidah-kaidah dari norma, konsep dan doktrin yang berkembang dalam pemikiran hukum.

Metode penelitian yang dipakai adalah penelitian doktrinal dengan pendekatan yuridis normatif yaitu penelitian yang menggunakan *legis positivis*, yang menyatakan bahwa hukum identik dengan norma-norma tertulis yang dibuat dan diundangkan oleh lembaga atau pejabat yang berwenang. Selain itu konsepsi ini memandang hukum sebagai suatu sistem normatif yang bersifat otonom, tertutup dan terlepas dari kehidupan masyarakat.¹⁹³

¹⁹²Soetandyo Wignjosoebroto, 2002, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*. Perkumpulan HuMa dan ELSAM, Jakarta, h. 121.

¹⁹³ Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, h. 37.

Konsep diversifikasi dalam penanganan tindak pidana umum dalam RUU KUHAP di Indonesia pada dasarnya merupakan suatu konsep yang belum diterapkan atau masuk dalam kategori *Ius Constituendum*. Oleh karena itu penulis juga menggunakan beberapa pendekatan lain yaitu *statute approach*, *comparative approach* dan *conceptual approach*. Peter Mahmud Marzuki menyatakan bahwa, *statute approach* atau pendekatan perundang-undangan adalah pendekatan dengan menggunakan legislasi dan regulasi.¹⁹⁴ Teknik *statute approach* menggunakan hierarki perundang-undangan, azas perundang-undangan dan juga interpretasi hukum. Dalam hal ini penulis mencoba menginterpretasikan hukum baik secara futuristik ataupun makna historis dalam suatu RUU KUHAP.

Comparative approach atau pendekatan perbandingan merupakan kegiatan untuk membandingkan hukum suatu negara dengan negara lain atau hukum di waktu tertentu dengan hukum dari waktu yang lain.¹⁹⁵ Melalui pendekatan perbandingan dilakukan perbandingan *sistem adversarial* di beberapa negara. Peter Mahmud Marzuki menyatakan bahwa, pendekatan konseptual atau *conceptual approach* dilakukan manakala peneliti tidak beranjak dari peraturan yang ada, dimana hukum yang mengatur tidak jelas.¹⁹⁶ Penelitian ini pada dasarnya ditujukan untuk membangun suatu konsep *sistem adversarial* di masa yang akan datang.

¹⁹⁴*Ibid.*, h. 97

¹⁹⁵*Ibid.*, h. 133

¹⁹⁶*Ibid.*, h. 137

3. Sifat Penelitian

Sifat penelitian mengenai diversifikasi dalam penanganan tindak pidana umum adalah penelitian *deskriptif*. Penelitian deskriptif mempelajari masalah-masalah dalam masyarakat, serta tata cara yang berlaku dalam masyarakat serta situasi-situasi tertentu, termasuk tentang hubungan kegiatan, sikap, pandangan, serta proses-proses yang sedang berlangsung dan pengaruh dari suatu fenomena. *Penelitian deskriptif adalah metode penelitian yang berusaha menggambarkan objek atau subjek yang diteliti sesuai dengan apa adanya.*¹⁹⁷

4. Jenis dan Sumber Data

Jenis dan Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data primer dan sekunder.

a. Data Primer

Data primer merupakan bahan penelitian yang berupa fakta-fakta empiris sebagai perilaku maupun hasil perilaku manusia. Baik dalam bentuk perilaku verbal (perilaku nyata), maupun perilaku yang terdokumentasi dalam berbagai hasil perilaku atau catatan-catatan (arsip).¹⁹⁸

b. Data Sekunder

Data sekunder merupakan bahan hukum dalam penelitian yang diambil dari studi kepustakaan yang terdiri dari bahan hukum primer,

¹⁹⁷ Sukardi, 2012, *Metodologi Penelitian; Kompetensi dan Praktiknya*, Sinar Grafika Offset, Jakarta, h. 157

¹⁹⁸ Mukti Fajar ND, Dkk, 2010, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, h. 280

bahan hukum sekunder dan bahan non hukum.¹⁹⁹ Data yang bersifat kepustakaan yang terbagi atas beberapa jenis yaitu :

- 1) Bahan Hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat *autoritatif* artinya memiliki suatu otoritas, mutlak dan mengikat. Bahan hukum primer terdiri dari peraturan dasar, peraturan perundang-undangan, catatan resmi, lembar negara penjelasan, risalah, dan yurisprudensi.²⁰⁰ Bahan hukum primer yang digunakan antara lain KUHP, KUHPA dan RUU KUHP.
- 2) Bahan Hukum Sekunder, yaitu bahan-bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, berupa hasil karya dari kalangan hukum dalam bentuk buku-buku atau artikel. Bahan hukum sekunder digunakan dengan pertimbangan bahwa data primer tidak dapat menjelaskan realitas secara lengkap sehingga diperlukan bahan hukum primer dan sekunder sebagai data sekunder untuk melengkapi deskripsi suatu realitas.
- 3) Bahan Hukum Tersier yakni bahan-bahan yang memberi petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus, ensiklopedia, indeks dan sebagainya.²⁰¹

5. Teknik Pengumpulan Data

Pengumpulan data dilakukan dengan metode kepustakaan, studi dokumen dan inventarisasi terhadap bahan hukum primer dan sekunder

¹⁹⁹*Ibid.* hal 280

²⁰⁰*Ibid.*, h. 113.

²⁰¹*Ibid.*, h. 114

yang berhubungan dengan obyek penelitian, kemudian dikaji sebagai satu kesatuan yang utuh. Selain itu dilakukan pula wawancara guna menunjang dan menjelaskan data sekunder. Wawancara yakni melakukan tanya jawab secara langsung antara peneliti dengan responden atau narasumber atau informan untuk mendapatkan informasi.²⁰²

6. Analisis Data

Data yang diperoleh penulis akan dianalisa secara normatif, yaitu membandingkan data yang diperoleh dengan aturan hukum. Setelah keseluruhan data yang diperoleh sesuai dengan bahasannya masing-masing. Selanjutnya, tindakan yang dilakukan adalah menganalisis data. Metode yang digunakan dalam analisis data adalah analisis kualitatif, yaitu menguraikan data secara bermutu dalam bentuk kalimat yang teratur, runtun, logis, tidak tumpang tindih, dan efektif, sehingga memudahkan interpretasi data dan analisis.²⁰³

I. Orisinalitas Penelitian

Penelitian yang dikaji penulis, adalah murni pemikiran penulis, hal ini dapat dilihat dari beberapa perbandingan tulisan, karya disertasi sebagai berikut:

1. Muhammad Taufiq, dengan judul *Model Penyelesaian Perkara Pidana Yang Berkeadilan Substansial*. Merupakan disertasi Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya Tahun 2013.

Penelitian ini menggambarkan sebuah model penyelesaian perkara pidana

²⁰²*Ibid.* h. 161

²⁰³ Abdulkadir Muhammad, 2004, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Aditya Bakti, Bandung, h.127.

yang lebih menekankan pada tercapainya keadilan substansial. Model penyelesaian perkara pidana yang ditawarkan penulis meluruskan kembali tujuan dari proses pidana. Tujuan akhir tersebut ialah mewujudkan keadilan substansial bagi para pihak baik pelaku maupun korban. Model penyelesaian tersebut mengedepankan asas keadilan dibanding kepastian hukum. Keadilan substansial yang terwujud ini merupakan pencerminan dari nilai-nilai Pancasila, yaitu demi mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Keadilan substansial merupakan tujuan akhir dari sistem peradilan pidana. Tidak tercapainya keadilan substansial dalam sistem peradilan pidana menyebabkan ketidakpuasan dalam masyarakat. Sistem peradilan pidana di Indonesia sendiri belum sepenuhnya mampu mewujudkan keadilan substansial. Hal ini karena selama ini pelaksanaan hukum pidana materiil oleh aparat penegak hukum terikat dengan hukum acara pidana yang diatur dalam KUHP, padahal seiring perkembangan hukum, maka dalam KUHP mengandung kelemahan dalam pelaksanaannya. Ketika perkara telah ditangani oleh aparat penegak hukum (polisi, jaksa, hakim), maka tertutup sudah kewenangan dari korban untuk menentukan penyelesaian perkara yang adil. Dalam pemeriksaan di pengadilan hakim sangat dominan bahkan absolut. Hasil akhir dari sistem peradilan pidana sering menimbulkan ketidakpuasan, karena penanganan oleh penegak hukum tidak memperhatikan sisi kerugian yang diderita oleh korban. Penegak hukum terlalu kaku dalam menjalankan sistem peradilan pidana.

Berbeda dengan disertasi yang akan dibahas oleh penulis, karena memiliki dasar yang berbeda. Sistem peradilan yang saat ini berlangsung memiliki bobot yang tidak seimbang dalam penegakan hukum. Tujuan penelitian yang dilakukan penulis adalah menganalisis sebab kondisi sistem peradilan pidana saat ini belum memberikan rasa keseimbangan dan keadilan bagi penegakan hukum di Indonesia, mengetahui ide dasar dianutnya sistem adversarial dalam RUU KUHAP di Indonesia, serta menemukan model sistem adversarial yang ideal diterapkan dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia di masa yang akan datang.

2. Mohamad Dofir, Sistem Peradilan Pidana Dalam Rangka Menanggulangi Penyalah Guna Narkotika, Program Studi Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya tahun 2015. Penyalahgunaan narkotika saat ini telah menempatkan Indonesia dalam keadaan bahaya yang mengancam generasi muda dan stabilitas ekonomi, politik dan keamanan negara Indonesia. Berbagai upaya telah dilakukan untuk mencegah dan memberantas tindak pidana penyalahgunaan narkotika akan tetapi belum mampu untuk menekan atau mengurangi penyalahgunaan narkotika. Adanya kebijakan hukum dalam menempatkan penyalah guna narkotika sebagai pelaku tindak pidana tidak disertai dengan upaya untuk memulihkan penyalah guna narkotika yang sekaligus menjadi korban dalam tindak pidananya. Penulisan disertasi ini bertujuan untuk mencari landasan filosofi pengaturan rehabilitasi bagi penyalah guna narkotika dengan pendekatan viktimologi yang tetap mendukung adanya

kriminalisasi serta menemukan sistem peradilan pidana yang tepat bagi penyalah guna narkoba.

Berbeda dengan disertasi yang akan dibahas oleh penulis, karena memiliki dasar yang berbeda. Sistem peradilan yang saat ini berlangsung memiliki bobot yang tidak seimbang dalam penegakan hukum. Penegakan hukum seakan sudah tidak seimbang sejak awal dilakukan, sehingga sangat akan sulit menyentuh rasa keadilan. Oleh karena itu penulis mencoba mengkaji sistem adversarial dalam RUU KUHAP di Indonesia sebagai alternatif sistem yang lebih seimbang.

J. Sistematika Penulisan Disertasi

Disertasi terdiri dari 6 (enam) bab, yaitu:

Bab I Pendahuluan, berisi latar belakang permasalahan, permasalahan, kerangka teori, kerangka pemikiran, tujuan penelitian, kegunaan penelitian dan metode penelitian. Bab ini berisi Latar Belakang Permasalahan, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka Teori, Kerangka Konseptual Disertasi, Orisinalitas Penelitian, Kerangka Pemikiran, Metode Penelitian, dan Sistematika Penulisan Disertasi.

Bab II Tinjauan Pustaka berisi kajian teori mengenai Rekonstruksi Hukum, Klasifikasi Tindak Pidana, Tindak pidana Tertentu, Sistem Peradilan Pidana, Pembaharuan Hukum Acara Pidana dan Nilai Keadilan.

Bab III berisi efektifitas penanganan tindak pidana umum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia. Selanjutnya Promovendus

menganalisis kondisi sistem peradilan pidana saat ini belum memberikan rasa keseimbangan dan keadilan bagi penegakan hukum di Indonesia.

Bab IV, dalam penelitian ini promovendus menganalisis faktor-faktor penghambat menggunakan teori sistem hukum Laurence M. Friedman sebagai kelemahan dalam penanganan tindak pidana umum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, yaitu mencakup 3 (tiga) komponen atau sub-sistem kelemahan, yaitu kelemahan struktur hukum, kelemahan substansi hukum, dan kelemahan budaya hukum.

Bab V berisi Model ide diversifikasi dalam penanganan tindak pidana umum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia yang berbasis nilai keadilan.

Bab VI Penutup, berisi Simpulan, Implikasi Kajian Disertasi dan Saran-Saran.