

## BAB I

### PENDAHULUAN

#### A. Latar Belakang Masalah

Dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (UUD NRI Tahun 1945), Indonesia secara tegas menyatakan bahwa: Negara Indonesia adalah Negara Hukum.<sup>1</sup> Sebagai negara hukum, diharapkan seluruh sikap tindakan pemerintah dalam melaksanakan pemerintahan di semua sektor kehidupan bermasyarakat, termasuk menangani pelanggaran hukum anak, harus didasarkan pada ketentuan hukum yang berlaku, mengacu pada hak asasi manusia, yang menurut dasar negara Pancasila tercermin dalam sila kedua : Kemanusiaan yang adil dan beradab.

Berdasarkan Pasal 28B UUD NRI Tahun 1945 menyatakan: Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Sebagai anggota Perserikatan Bangsa Bangsa (PBB), Pemerintah Indonesia telah meratifikasi Konvensi Hak Anak (KHA) dengan mengeluarkan Keputusan Presiden (Kepres) Nomor 36 Tanggal 25 Agustus 1990.

---

<sup>1</sup> Sebagai negara hukum minimal harus mempunyai ciri-ciri khas ataupun unsur yang terdiri dari:

1. Pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajiban harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan;
2. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara);
3. Adanya pembagian kekuasaan (*distribution of power*) dalam negara;
4. Adanya pengawasan dari badan-badan peradilan.

Sri Sumantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 2003, halaman 4, sebagaimana dikutip oleh Mien Rukmini, *Perlindungan Hak Asasi Manusia Melalui Asas Praduga Tak Bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 2005, halaman 37.

Dalam mukadimah KHA antara lain disebutkan anak berhak atas perawatan dan bantuan khusus, karena ketidakmatangan fisik dan mentalnya, membutuhkan perlindungan dan perawatan khusus, termasuk perlindungan hukum yang layak, sebelum dan sesudah kelahiran. Pada bagian lain dalam konvensi ini disebutkan akan ketentuan-ketentuan baku minimum PBB untuk penyelenggaraan peradilan remaja.<sup>2</sup>

Instrumen hukum internasional yang mengatur secara khusus mengenai perlindungan terhadap anak yang berhadapan dengan hukum antara lain :

1. *The UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines)*;
2. *The UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules)*; dan
3. *The UN Rules for the Protection of Juvenile Deprived of Their Liberty*.

*Riyadh Guidelines* merupakan pedoman pencegahan *juvenile delinquency* dan *youth crimes*. Ketentuan dalam instrumen ini antara lain : pencegahan delinkuensi anak adalah bagian penting pencegahan kejahatan di masyarakat.

Pendayagunaan sarana perundangan, aktivitas sosial yang bermanfaat, melakukan pendekatan manusiawi terhadap segala aspek kehidupan kemasyarakatan serta memperhatikan kehidupan anak, akan bermanfaat dalam mengembangkan sikap *non kriminogen*. Prinsip yang perlu diingat adalah anak yang melakukan pelanggaran ringan tidak harus diselesaikan dengan pengkriminalisasian atau penghukuman atas perbuatannya.<sup>3</sup>

*Beijing Rules* secara umum berisi tentang perlunya kebijakan sosial yang komprehensif sebagai suatu mandat kepada setiap negara peserta PBB termasuk Indonesia mendukung tercapainya sebesar mungkin kesejahteraan anak, yang pada gilirannya akan mengurangi campur tangan sistem peradilan anak. Dengan

---

<sup>2</sup> Hadi Supeno, *Kriminalisasi Anak Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pemidanaan*, Gramedia, Jakarta, 2010, halaman 33

<sup>3</sup> Maidin Gultom, *Perlindungan Terhadap Anak Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2008, halaman 51.

berkurangnya campur tangan sistem ini, kerugian pada diri anak dapat dicegah; bahwa pengadilan anak sebagai bagian dari upaya perwujudan kesejahteraan anak dilaksanakan atas dasar asas proporsionalitas.<sup>4</sup> *Beijing Rules* mengemukakan 6 (enam) asas perlindungan anak, yaitu:<sup>5</sup>

1. Pengutamakan terhadap kesejahteraan anak dan keluarga;
2. Perlakuan terhadap anak *delinkuen* yang proporsional dengan anak dan perbuatannya;
3. Perlindungan atas privasi anak;
4. Upaya diversifikasi;
5. Perampasan kemerdekaan sebagai tindakan akhir; dan
6. Tekanan pada berbagai bentuk pembinaan di luar lembaga.

*UN Rules for The Protection of Juvenile Deprived of Their Liberty*, dalam konvensi ini menegaskan perampasan kemerdekaan atas diri anak hanya mungkin sebagai usaha terakhir, itupun hanya dalam jangka waktu minimal, dan untuk kasus-kasus tertentu saja.<sup>6</sup>

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak merupakan bentuk perlindungan terhadap anak yang berkonflik dengan hukum. Undang-undang ini mengatur secara tegas mengenai keadilan restoratif (*restoratif justice*) dan diversifikasi<sup>7</sup>, yaitu dimaksudkan menghindari dan menjauhkan anak dari proses peradilan sehingga dapat menghindari stigmatisasi anak yang berhadapan dengan hukum dan diharapkan anak dapat kembali ke dalam lingkungan sosial secara wajar. Oleh karena itu sangat diperlukan peran serta

---

<sup>4</sup> *Ibid*, halaman 52.

<sup>5</sup> *Ibid*.

<sup>6</sup> *Ibid*, halaman 54.

<sup>7</sup> Keadilan Restoratif menurut Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 adalah Penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang adil dengan menekankan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan. Diversi menurut Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012 adalah pengalihan penyelesaian perkara Anak dari proses peradilan pidana ke proses di luar peradilan pidana.

semua pihak dalam mewujudkan tujuan tersebut yang pada akhirnya dapat menciptakan keadilan restoratif baik bagi anak.

Secara konseptual, diversi adalah suatu mekanisme yang memungkinkan anak dialihkan dari proses peradilan menuju proses pelayanan sosial, selain itu diversi juga bermakna suatu upaya untuk mengalihkan anak dari proses yustisial menuju proses non yustisial. Upaya untuk mengalihkan proses peradilan (pidana) anak menuju proses non peradilan didasarkan atas pertimbangan, bahwa keterlibatan anak dalam proses peradilan pada dasarnya telah melahirkan stigmatisasi.<sup>8</sup>

Penerapan prinsip *restorative justice* dan diversi dalam menangani tindak pidana oleh anak walaupun secara yuridis formil telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012, namun muncul permasalahan terkait waktu berlakunya yang pada Pasal 108 disebutkan : Undang-undang ini mulai berlaku setelah 2 (dua) tahun terhitung sejak tanggal diundangkan, yang berarti undang-undang tersebut baru berlaku pada bulan Juli tahun 2014.

Hal ini tentu akan memunculkan permasalahan bagi penyelesaian tindak pidana yang melibatkan anak, di samping itu kesiapan bagi seluruh aparatur penegak hukum, pemahaman masyarakat, dan sarana serta prasarana menjadi faktor pendukung yang tidak dapat dikesampingkan dalam menunjang berlakunya undang-undang tersebut. Ketika faktor pendukung tersebut tidak memadai, maka akan menimbulkan permasalahan kembali dan tentunya akan berimbas bagi anak baik langsung maupun tidak langsung.

Penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan termasuk penanggulangan penyalah guna narkoba mendapat sorotan tajam sekaligus topik perdebatan konseptual yang panjang. Meski perdebatan konseptual

---

<sup>8</sup> Paulus Hadisuprpto, *Juvenile Delinquency: Pemahaman dan Penanggulangan*, UNDIP, Semarang, 1996, halaman 111.

masih melahirkan pro dan kontra terhadap penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan, namun dalam penelitian disertasi ini, upaya untuk mencari alternatif di luar sistem peradilan pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan juga patut mendapatkan perhatian.

Adanya pandangan penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan<sup>9</sup> tidak dapat dinisbikan dengan pengertian penggunaannya tetap harus bersifat subsider. Artinya, sepanjang penggunaan sarana di luar sistem peradilan pidana dipandang lebih efektif, maka penggunaan peradilan pidana sedapat mungkin dihindarkan. Selain itu, apabila (hukum) pidana akan digunakan sebagai sarana mencapai manusia Indonesia seutuhnya, maka pendekatan humanistik harus pula diperhatikan.

Penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan penyalah guna narkoba oleh anak hakikatnya merupakan pilihan dilematis. Mengingat peradilan pidana seringkali menampilkan dirinya hanya sebagai mesin hukum yang hanya akan menghasilkan keadilan prosedural (*procedural justice*). Sehingga hasilnya seringkali tidak memuaskan dan mengabaikan kepentingan kesejahteraan anak. Berkaitan penanganan anak penyalah guna narkoba, permasalahan dari proses peradilan pidana anak atau putusan pidana adalah *stigma* yang melekat setelah selesai proses peradilan pidana. Kecenderungan meningkatnya penyalah guna

---

<sup>9</sup> Hal ini penting tidak hanya karena kejahatan itu pada hakikatnya merupakan masalah kemanusiaan, tetapi juga karena pada hakikatnya hukum pidana itu sendiri mengandung unsur penderitaan yang dapat menyerang kepentingan atau nilai yang paling berharga bagi kehidupan manusia. Karenanya penggunaan hukum pidana sebagai sarana penanggulangan kejahatan tidak dapat dinisbikan, bahkan penggunaannya harus diintegrasikan dengan instrument/sarana di luar sistem peradilan pidana. Barda Nawal Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1994, halaman 41.

narkotika oleh anak, mendorong upaya penanganan secara khusus dalam bidang hukum pidana anak baik secara formil maupun materiil.

Dalam perspektif kebijakan pidana, penanggulangan kejahatan hakikatnya merupakan suatu usaha rasional dalam menanggulangi kejahatan.<sup>10</sup> Sebagai usaha yang rasional termasuk penanggulangan penyalah guna narkotika, harus bertolak dari *diagnosa* yang tepat dalam penanggulangannya. Secara konseptual, penanggulangan kejahatan dapat dilakukan baik menggunakan peradilan pidana (yustisial) maupun di luar peradilan pidana (non yustisial). Upaya mengalihkan dari proses yustisial menuju proses non yustisial dalam penanggulangan penyalah guna narkotika oleh anak, pada dasarnya merupakan upaya menghindarkan anak dari penerapan hukum pidana.

Anak penyalah guna narkotika tidak dapat dilihat semata-mata sebagai pelaku tindak pidana, tetapi juga harus dilihat sebagai korban. Pendekatan paradigmatik ini pada hakikatnya bertolak dari pemikiran bahwa (kejahatan) penyalah guna narkotika dapat dikualifikasi sebagai *crime without victim*. Korban kejahatan penyalah guna narkotika adalah pelaku itu sendiri, bukan orang lain. Oleh karenanya, tidak pada tempatnya apabila dalam hal terjadi penyalah guna narkotika yang bersangkutan hanya dilihat sebagai pelaku dan tidak dilihat sebagai korban. Penegasan terhadap persoalan ini dipandang sangat *urgen* berkaitan upaya yang harus ditempuh dalam penanggulangannya.

Perlakuan terhadap pelaku tindak pidana dengan perlakuan terhadap korban adalah tidak sama. Memahami posisi anak dalam tindak pidana merupakan

---

<sup>10</sup> Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1982, halaman 38.

ukuran melihat tingkat akurasi perlakuan yang diberikan kepadanya. Penegasan persoalan ini penting untuk menentukan obat yang harus diberikan. Apakah harus dipidana, oleh karena hanya dipandang sebagai pelaku atau justru mendapatkan rehabilitasi karena dipandang sebagai korban. Dengan ketepatan diagnosa, maka obat yang harus diberikan kepadanya juga akan tepat dan efektif.

Penanggulangan penyalah guna narkotika oleh anak dengan sarana hukum pidana dirasa tidak pada tempatnya dengan alasan sebagai berikut: *Pertama*, sebagai sarana penanggulangan kejahatan, hukum pidana merupakan obat yang hanya diorientasikan pada penanggulangan setelah terjadinya kejahatan. Jadi, penggunaan hukum pidana hanya bersifat korektif dan represif. Pendekatan demikian dapat ditoleransi manakala hanya diorientasikan pada pelaku tindak pidana. Padahal, anak penyalah guna narkotika tidak hanya sebagai pelaku tindak pidana, tetapi juga korban. *Kedua*, bertolak dari pemikiran, anak penyalah guna narkotika adalah korban, maka upaya perlindungan anak juga menjadi prioritas.

Penanganan anak penyalah guna narkotika sebaiknya digunakan upaya alternatif penghukuman dengan prinsip *restorative justice*. Prinsip ini memposisikan proses pemidanaan anak bertujuan agar anak dapat melepaskan diri atau menyembuhkan anak dari ketergantungan narkotika dengan menerapkan asas kepentingan terbaik bagi si anak (*the best interest of the child*) ketika dirinya berhadapan dengan hokum. Bahwa pemidanaan terhadap anak penyalah guna narkotikan bukanlah merupakan alat satu-satunya guna memperbaiki keadaan dalam penanganan anak penyalah guna narkotika yaitu melalui tindakan rehabilitas medis.

Pemidanaan berupa rehabilitasi dalam Pasal 103 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika menyatakan bahwa: Hakim yang memeriksa perkara pecandu narkotika dapat memutuskan untuk memerintahkan yang bersangkutan menjalani pengobatan dan/atau perawatan melalui rehabilitasi jika pecandu narkotika tersebut terbukti bersalah melakukan tindak pidana narkotika, dan hakim dapat menetapkan untuk memerintahkan yang bersangkutan menjalani pengobatan dan/atau perawatan melalui rehabilitasi jika pecandu narkotika tersebut tidak terbukti bersalah melakukan tindak pidana narkotika. Sedangkan masa menjalani pengobatan dan/atau perawatan bagi pecandu narkotika yang diputus bersalah melakukan tindak pidana narkotika tersebut diperhitungkan sebagai masa menjalani hukuman.

Seorang pecandu yang perkaranya diperiksa pada sidang pengadilan, maka menjadi kewenangan hakim untuk tidak memenjarakan pecandu tersebut bila ia terbukti melakukan tindak pidana melainkan diputus untuk menjalani rehabilitasi.

Dalam mengambil suatu putusan, hakim pada dasarnya telah diberikan kebebasan untuk memutuskan tanpa adanya intervensi dari pihak manapun. Hal tersebut karena suatu putusan hakim merupakan refleksi dari penegakan hukum dan keadilan. Namun janganlah kebebasan hakim diartikan sebagai kebebasan sekehendak hati karena tentu kebebasan diberikan dengan tujuan untuk menegakkan prinsip keadilan dan kebenaran.<sup>11</sup>

Pemberian kewenangan pada hakim yang memungkinkan rehabilitasi kepada pecandu yang menggunakan atau menyalah guna narkotika dan dalam keadaan ketergantungan pada narkotika, baik secara fisik maupun psikis merupakan hal yang tepat yang telah dirumuskan oleh Undang-Undang Nomor 35

---

<sup>11</sup> Wahyu Afandi, *Hakim dan Penegakan Hukum*, Penerbit Alumni, Bandung, 1991, halaman. 76.



Tahun 2009. Karena pada dasarnya seorang pecandu adalah mereka yang mengalami ketergantungan terhadap narkoba, mereka yang sedang sakit karena kecanduan dan membutuhkan perawatan fisik maupun psikologis serta dukungan masyarakat,<sup>12</sup> sehingga hukuman penjara bagi mereka hanya akan mengakibatkan inkompetensi atau ketidakmampuan mereka untuk menjalankan pidana tersebut.

Ketentuan ini masih menyisakan pertanyaan sejauhmana kewenangan hakim untuk dapat memberikan rehabilitasi bagi seorang pecandu, apakah terhadap semua pelaku tindak pidana asalkan ia dapat membuktikan ia adalah pecandu maka dapat diputus ppidanaan berupa rehabilitasi terkait dengan adanya kewajiban pecandu narkoba dan korban penyalah guna untuk menjalani rehabilitasi medis dan rehabilitasi sosial, ataukah ada klasifikasi tertentu bagi seorang pecandu sehingga dapat diputus rehabilitasi.

## **B. Rumusan Masalah**

Masalah adalah keadaan menimbulkan pertanyaan, yang tidak puas hanya melihat saja, melainkan ingin mengetahui lebih dalam.<sup>13</sup> Rumusan masalah dalam penelitian disertasi ini adalah:

1. Bagaimana konstruksi hukum mengenai ppidanaan terhadap anak pelaku penyalah guna narkoba ?

---

<sup>12</sup> A R Sujono dan Bony Daniel, *Komentar dan Pembahasan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkoba*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, halaman 121. Pemberian kewenangan kepada hakim untuk dapat memberikan rehabilitasi bagi para pecandu narkoba bagi merupakan hal yang patut diapresiasi karena menempatkan seorang pecandu sebagai seorang korban bukan pelaku kriminal. sebagaimana selama ini pecandu narkoba yang ditempatkan sebagai pelaku kriminal kehilangan haknya sebagai korban untuk mendapatkan pemulihan.

<sup>13</sup> Mohammad Hatta, *Pengantar ke Jalan Ilmu Pengetahuan*, Mutiara, Jakarta, 1990, halaman 14.

2. Bagaimana praktek pemidanaan terhadap anak pelaku penyalah guna narkotika ?
3. Bagaimana rekonstruksi hukum pemidanaan terhadap anak pelaku penyalah guna narkotika berbasis hukum progresif ?

### **C. Tujuan Penelitian**

Berdasarkan rumusan masalah, tujuan penelitian<sup>14</sup> ini adalah:

1. Untuk mengetahui konstruksi hukum mengenai pemidanaan terhadap anak pelaku penyalah guna narkotika.
2. Untuk mengetahui praktek pemidanaan terhadap anak pelaku penyalah guna narkotika.
3. Untuk merumuskan rekonstruksi hukum pemidanaan terhadap anak pelaku penyalah guna narkotika berbasis hukum progresif.

### **D. Kegunaan Penelitian**

Secara teoritis, penelitian ini dapat dijadikan sebagai sarana pengembangan ilmu pengetahuan hukum, khususnya hukum perlindungan anak dan menjadi bahan penelitian lebih lanjut. Secara praktis penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran kepada pihak terkait dalam pemidanaan terhadap anak pelaku penyalah guna narkotika dalam hal ini penegak hukum, serta masyarakat dan pihak lainnya.

---

<sup>14</sup> Tujuan penelitian adalah rumusan kalimat yang menunjukkan adanya sesuatu hal yang diperoleh setelah penelitian selesai. Suharsimi Arikunto, *Metode Penelitian*, Angkasa, Jakarta, 1998, halaman 52.

## E. Kerangka Teori

Teori<sup>15</sup> dalam teori hukum dapat diartikan sebagai suatu kesatuan pandang, pendapat, dan pengertian yang berhubungan dengan kenyataan yang dirumuskan, sehingga memungkinkan menyebarkan hipotesis yang dapat dikaji.<sup>16</sup> Kerangka teori memberikan gambaran atau batasan tentang teori yang digunakan sebagai landasan penelitian terhadap pengujian teori yang menggunakan teknik pengumpulan data maupun alternatif terhadap timbulnya teori baru melalui observasi maupun partisipasi aktif dalam prosesnya.<sup>17</sup>

Kerangka teori merupakan pendukung, berupa penjelasan permasalahan yang dianalisis. Teori memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah.<sup>18</sup> Menurut M. Solly Lubis kerangka teori merupakan pemikiran, atau butir pendapat, teori, tesis mengenai suatu kasus atau permasalahan yang dapat menjadi bahan perbandingan dan pegangan teoritis. Hal ini dapat menjadi masukan eksternal bagi penulis.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Menurut Fred N. Kerlinger sebagaimana dikutip oleh Maria S. W. Sumardjono, menyatakan bahwa teori mengandung 3 (tiga) hal pokok, yaitu: Seperangkat proposisi yang berisi konstruksi (*construct*) atau konsep yang sudah didefinisikan dan saling berhubungan; Teori menjelaskan hubungan antar variabel sehingga menghasilkan pandangan sistematis dari fenomena yang digambarkan oleh variabel, dan Teori menjelaskan fenomena dengan menghubungkan variabel dengan variabel lain dan menunjukkan bagaimana hubungan antar variabel. Maria S. W. Sumardjono, *Pedoman Pembuatan Usulan Penelitian Sebuah Panduan Dasar*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, halaman 19. Suatu teori umumnya mengandung 3 (tiga) elemen, yaitu: Penjelasan tentang hubungan antara unsur dalam suatu teori; Teori menganut sistem deduktif, yaitu sesuatu yang bertolak dari suatu yang umum (abstrak) menuju suatu yang khusus dan nyata; dan Teori memberikan penjelasan atas gejala yang dikemukakan dengan kebutuhan penelitian, maka teori mempunyai maksud/tujuan memberikan pengarahan kepada penelitian yang akan dilakukan. M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, Mandar Maju, Bandung, 1994, halaman 31.

<sup>16</sup> Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *Wat is rechtsstherie?*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1982, halaman.134.

<sup>17</sup> Derek Layder, *New Strategic In Social Policy*, Padstow Ltd, Corn Wall, 1993, halaman 2

<sup>18</sup> Satjipto Rahardjo, *Mengejar Keteraturan Menemukan Ketidakteraturan*, (*Teaching Order Finding Disorder*), Pidato mengakhiri Masa Jabatan sebagai Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 15 Desember 2000, halaman 8.

<sup>19</sup> M. Solly Lubis, *Op, Cit*, halaman 80.

Dalam menyusun kerangka teori, bagian teori harus menampilkan bagian yang bulat yang disajikan secara holistik, tetapi juga bukan sekedar penyajian konsep yang terpilah dan terpecah, sehingga konsep tersebut akan lebih menarik untuk dikaji. Selanjutnya menurut Radbruch, tugas teori hukum adalah membuat jelas nilai hukum dan postulat hingga dasar filsafatnya yang paling dalam.<sup>20</sup> Sehingga teori tentang ilmu merupakan suatu penjelasan rasional yang sesuai dengan objek penelitian yang dijelaskan untuk mendapat verifikasi, maka harus didukung oleh data empiris yang membantu mengungkapkan kebenaran.<sup>21</sup> Fungsi teori mempunyai maksud dan tujuan memberikan pengarahan kepada penelitian.<sup>22</sup> Teori juga berfungsi untuk memberikan petunjuk atas gejala yang timbul dalam dalam penelitian dan desain penelitian serta langkah penelitian yang berhubungan dengan kepustakaan, isu kebijakan maupun nara sumber penting lainnya.<sup>23</sup>

Teori adalah suatu konstruksi di alam cita atau ide manusia, dibangun untuk menggambarkan yang dijumpai di alam pengalaman (alam yang tersimak bersarankan indera manusia) sehingga berbicara tentang teori seseorang akan dihadapkan kepada kedua macam realitas, yang pertama adalah realitas *in abstracto* yang ada di alam ide imajinatif, dan kedua adalah padanannya yang berupa realitas *in concreto* yang berada dalam pengalaman indrawi.<sup>24</sup>

Berkaitan penelitian disertasi ini yang berjudul Rekonstruksi Pidana Anak Pelaku Penyalah Guna Narkotika Yang Berbasis Hukum Progresif, beberapa teori akan digunakan sebagai pisau analisis dalam disertasi ini yaitu:

---

<sup>20</sup> Laurence M Friedmam, *Legal Theory*, Columbia University Press, New York, 1967, halaman 3.

<sup>21</sup> M. Solly Lubis, *Op, Cit*, halaman 27.

<sup>22</sup> Duanne R Monette Thomas and J. Sullivan Cornell R. Dejons, *Applied Social Research*, Halt Reinhart and Winston Inc, Chicago, 1989, halaman 31

<sup>23</sup> Robert K Yin, *Application of Case Study Research*, Sage Publication International Educational and Professional Publisher New Bury Park, New Delhi, 1993, halaman 4.

<sup>24</sup> Soetandyo Wignjosobroto, *Hukum: Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, ELSAM-HUMA, Jakarta, 2002, halaman 184.

## 1. *Grand Theory* : Teori Keadilan

Keadilan adalah salah satu topik dalam filsafat yang paling banyak dikaji. Teori hukum alam mengutamakan *the search for justice* sejak Socrates hingga Francois Geny tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum.<sup>25</sup> Masalah keadilan menarik ditelaah karena banyak hal terkait di dalamnya, baik moralitas, sistem kenegaraan, dan kehidupan bermasyarakat. Keadilan menjadi pokok pembicaraan sejak filsafat Yunani. Dalam Islam, mendapat porsi kajian penting.<sup>26</sup> Persoalan keadilan juga masuk dalam ranah teologi, terutama keadilan Ilahiyah dan tanggung jawab manusia.

Gustav Radbruch, sebagaimana dikutip Achmad Ali menyimpulkan adanya 3 (tiga) tujuan ideal hukum, yaitu: keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.<sup>27</sup> Salah satu tujuan hukum adalah memberi kemanfaatan. Putusan hakim yang memberi efek jera kepada pelaku tindak pidana narkoba akan dapat menurunkan tingkat kriminal. Untuk itulah peranan

---

<sup>25</sup> Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, halaman 196.

<sup>26</sup> Islam sebagai agama diharapkan perannya menegakkan dan mengembangkan etika keadilan. Hal yang sama terjadi dalam perdebatan diantara pemikir Islam, seperti yang terlihat dalam teori maslaha yang selalu menjadi topik yang tidak hentinya dikaji oleh para ahli filsafat dan agamawan terutama pada saat membahas tentang persoalan *maqasid tasyir* atau *maqasid syari'ah*. Musa Asya'rie, *Agama, Kebudayaan dan Pembangunan Menyongsong Era Industrialisasi*, IAIN Sunan Kalijaga Press, Yogyakarta, 1994, halaman 99.

<sup>27</sup> Tetapi tidak mudah mewujudkan ketiga tujuan tersebut sekaligus. Kerap kali terjadi kontradiktif, kepastian hukum berbenturan dengan kemanfaatan dan keadilan ataupun sebaliknya. Karena itu diperlukan asas prioritas untuk mengeliminirnya, yang kemudian oleh Achmad Ali, dilengkapi menjadi asas prioritas yang kasuistis. Bahwa terhadap kasus A mungkin prioritasnya pada kemanfaatan, kasus B kepastian hukum dan kasus C keadilan hukum. Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996, halaman 95. Bismar Siregar mengatakan hakim tidak boleh kaku melaksanakan peraturan hukum demi kepastian hukum, tetapi wajib arif dan bijaksana, wajib memperhatikan nilai-nilai keadilan yang terdapat dalam masyarakat dan Bismar Siregar menghimbau para hakim untuk tidak menumpukan kepada kepastian hukum. Tegas urutan menjalankan peradilan yaitu yang pertama keadilan, kebenaran, ketertiban dan kepastian hukum. Lihat Bismar Siregar, *Keadilan Hukum Dalam Dalam Berbagai Aspek Hukum Nasional*, Rajawali, Jakarta, 1986, halaman 158.

hukum sebagai *a tool of social engineering* seperti dikemukakan Roscoe Pound mengenai bagaimana hukum berfungsi dalam masyarakat.

Tindak pidana narkoba antara lain berupa perbuatan seperti memproduksi, mengedarkan, maupun penyalah guna narkoba, merupakan perbuatan merugikan masyarakat dan negara.<sup>28</sup> Tindak pidana narkoba merupakan kejahatan.<sup>29</sup> Sanksi hukum berupa pidana, diancamkan kepada pelaku kejahatan. Sanksi pidana umumnya adalah alat pemaksa agar seseorang mentaati norma yang berlaku, dimana tiap norma mempunyai sanksi dan pada tujuan akhirnya diharapkan upaya pembinaan.<sup>30</sup>

Berkaitan dengan prinsip keadilan, John Rawl menyebutkan: *The procedure for determining the just result must actually be carried out: for in these cases there is no independent criterions by reference to which a definite outcome can be know to be just. Clearly we cannot say that a particular state of affairs is just because it could have been reached by following a fair procedure. This would permit far too much and would lead to absurdly consequences.*<sup>31</sup>

Prosedur atau cara menuju adil haruslah dijalankan sebab tidak ada kriteria independen acuan agar hasil nyata bisa adil. John Rawls juga menyatakan tidak bisa mengatakan kondisi tertentu adalah adil karena ia bisa

---

<sup>28</sup> Gatot Supramono, *Hukum Narkoba Indonesia*, Djambatan, Jakarta, 2004, halaman 64.

<sup>29</sup> Muhammad Taufik Makarao, *Tindak Pidana Narkoba*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2007, halaman 43.

<sup>30</sup> *Ibid*, halaman 46. Harus ada tujuan lebih jauh dari hanya pidana saja, teori ini mengharapkan hukuman dapat memperbaiki pelaku kejahatan. Teori ini menekankan pemidanaan itu masih lebih baik dari pada tidak menjatuhkan pidana. Manfaat pidana untuk sarana pencegahan atau pengurangan dari sesuatu yang lebih jahat. Teori utilitarian hendak mencari keseimbangan akan perlunya hukuman. Jika efek penjeraan dari hukuman itu tidak ada, maka hukuman itu tidak perlu lebih jauh. Pemahaman teori ini mengatakan bahwa tidak mutlak suatu kejahatan itu harus diikuti dengan suatu pidana melainkan harus dipersoalkan manfaat dari suatu pidana bagi si penjahat itu sendiri maupun bagi masyarakat. Sehingga teori inipun mengarahkan agar dikemudian hari kejahatan yang dilakukan oleh seseorang tidak diulangi kembali baik oleh si pelaku maupun oleh orang lain. Andi Hamzah, *Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2003, halaman 26.

<sup>31</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1972, halaman 86.

dicapai dengan mengikuti prosedur yang *fair*. Hal ini akan terlampaui banyak membiarkan dan mengarah pada konsekuensi yang tidak adil. Keadilan pada hakikatnya memperlakukan seseorang sesuai haknya. Hak setiap orang diakui dan diperlakukan sesuai harkat dan martabatnya, sama derajatnya, dan sama hak dan kewajiban, tanpa membedakan suku, keturunan, dan agama.

Plato membagi keadilan menjadi keadilan individual dan keadilan bernegara.<sup>32</sup> Menurut Aristoteles keadilan dibagi dalam lima bentuk, yaitu 1) keadilan komutatif, yaitu perlakuan terhadap seseorang tanpa melihat jasa yang dilakukannya, 2) keadilan distributif, yaitu perlakuan terhadap seseorang sesuai dengan jasa yang telah dibuatnya, 3) keadilan kodrat alam, yaitu memberi sesuatu sesuai dengan yang diberikan orang lain kepada kita, 4) keadilan konvensional, yaitu seseorang yang telah mentaati segala peraturan perundang-undangan yang telah diwajibkan, 5) keadilan menurut teori perbaikan adalah seseorang yang telah berusaha memulihkan nama baik orang lain yang telah tercemar.

Thomas Aquinas (filsuf hukum alam) membedakan keadilan dalam dua kelompok, yaitu keadilan umum atau keadilan menurut kehendak undang-undang demi kepentingan umum dan keadilan khusus yang didasarkan kesamaan atau proporsionalitas.

Pada umumnya keadilan dan kata adil digunakan dalam empat hal: keseimbangan, persamaan dan non diskriminasi, pemberian hak kepada yang berhak, dan pelimpahan wujud berdasarkan tingkat dan kelayakan.

---

<sup>32</sup> Jan Hendrik Raper, *Filsafat Politik Plato*, Rajawali, Jakarta, 1991, halaman 81.

a. Keadilan Sebagai Keseimbangan

Adil adalah keadaan seimbang. Apabila melihat suatu sistem atau himpunan yang memiliki beragam bagian tujuan tertentu, maka mesti ada sejumlah syarat, ukuran yang tepat tiap bagian dan pola kaitan antar bagian tersebut. Dengan terhimpunnya semua syarat, himpunan ini bisa bertahan, memberikan pengaruh, dan memenuhi tugas yang diletakkan untuknya.

Setiap masyarakat melakukan aktivitas ekonomi, politik, pendidikan, hukum, dan kebudayaan, serta didistribusikan di antara anggota masyarakat dan dimanfaatkan secara proporsional. Keseimbangan sosial mengharuskan memperhatikan neraca kebutuhan. Keadaan tercipta secara seimbang, objek dan partikelnya diletakkan dalam ukuran semestinya.

b. Keadilan Dalam Persamaan

Keadilan adalah persamaan dan penahan diskriminasi dalam bentuk apapun. Ketika dikatakan berbuat adil, orang itu memandang semua individu sama, setara, tanpa melakukan pembedaan dan pengutamaan. Keadilan sama dengan persamaan.

c. Keadilan Dalam Memberikan Hak

Keadilan ialah pemeliharaan hak individu dan pemberian hak kepada yang layak menerimanya. Kezaliman adalah pelenyapan dan pelanggaran hak pihak lain. Keadilan harus dihormati dalam hukum, setiap individu berjuang menegakkannya. Keadilan bersandar pada dua hal:

*Pertama*, hak dan prioritas, yaitu adanya berbagai hak dan prioritas sebagai individu bila dibandingkan dengan sebagian lain. Apabila



seseorang mengerjakan sesuatu yang membutuhkan hasil, misalnya, ia memiliki prioritas atas buah pekerjaannya. Penyebab timbulnya prioritas dan preferensi itu adalah pekerjaan dan aktivitasnya sendiri. Demikian pula halnya dengan bayi, ketika dilahirkan oleh ibunya, ia memiliki klaim prioritas atas air susu ibunya. Sumber prioritas itu adalah rencana penciptaan dalam bentuk sistem keluarnya air susu ibu untuk bayi tersebut.

*Kedua*, karakter khas manusia, yang tercipta dalam bentuk yang dengannya manusia menggunakan ide atau metode agar bisa mencapai tujuan. Ringkasnya, agar tiap individu masyarakat bisa meraih kebahagiaan yang terpelihara. Pengertian keadilan manusia seperti itu diakui oleh kesadaran semua orang. Sedangkan titiknya yang berseberangan adalah kezaliman yang ditolak oleh kesadaran semua orang. Pengertian keadilan dan kezaliman ini pada satu sisi bersandar pada asas prioritas dan presedensi, dan pada sisi lain bersandar pada asas watak manusia yang menggunakan sejumlah konvensi untuk merancang apa yang seharusnya, dan tidak seharusnya serta mereka-reka baik dan buruk.

#### d. Pelimpahan Wujud

Pengertian keadilan yang dimaksud ialah tindakan memelihara kelayakan dalam pelimpahan wujud, dan tidak mencegah limpahan dan rahmat pada saat kemungkinan untuk mewujudkan dan menyempurnakan pada itu telah tersedia. Semua *maujud*, pada tingkatan wujud yang mana pun, memiliki keletakan khas terkait kemampuannya menerima emanasi tersebut. Mengingat zat Ilahi adalah kesempurnaan mutlak dan kebaikan

mutlak yang senantiasa memberi emanasi, maka Dia pasti akan memberikan wujud atau kesempurnaan wujud kepada setiap *maujud* sesuai dengan yang mungkin diterimanya.

Dalam posisi lain, aliran yang dikenal rasional dalam mengatakan dasar Mu'tazilah adalah bahwa manusia, sebagai yang bebas, bertanggung jawab dihadapan Allah yang adil. Selanjutnya, baik dan buruk merupakan kategori rasional yang dapat diketahui melalui nalar, tak bergantung pada wahyu. Allah telah menciptakan akal manusia sedemikian rupa sehingga mampu melihat yang baik dan buruk secara objektif.

Ini merupakan akibat wajar dari tesis pokok mereka bahwa keadilan Allah tergantung pada pengetahuan objektif tentang baik dan buruk, sebagaimana ditetapkan oleh nalar, apakah sang pembuat hukum menyatakannya atau tidak. Golongan Mu'tazilah menyatakan kemujaraban nalar naluri sebagai sumber pengetahuan etika dan spiritual, dengan menegakkan bentuk objektivisme rasionalis.<sup>33</sup>

Untuk mengetahui bagaimana teori keadilan yang dikemukakan oleh John Rawls, filsof kenamaan dari Amerika, penulis akan mencoba mengeksplorasinya guna mendapatkan pemahaman yang jelas mengenai gagasannya tentang teori kontrak sosial konvensional yang pernah digagas oleh John Locke, J. J. Rousseau, dan Immanuel Kant.

Keadilan menurut John Rawls adalah ukuran yang harus diberikan untuk mencapai keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama. Menurutnya ada tiga prinsip keadilan yaitu: (1) kebebasan yang sama yang sebesar-besarnya, (2) perbedaan, (3) persamaan yang adil atas kesempatan. Pada kenyataannya, ketiga prinsip itu tidak dapat diwujudkan secara bersama-sama karena dapat terjadi prinsip yang satu berbenturan dengan prinsip yang lain.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Mumtaz Ahmad, *Masalah-Masalah Teori Politik Islam*, Mizan, Bandung, 1994, halaman 154.

<sup>34</sup> John Rawls, *Op, Cit*, halaman 61.

John Rawls memprioritaskan prinsip kebebasan yang sama secara leksikal berlaku terlebih dahulu dari pada prinsip kedua dan ketiga.

*A Theory of Justice* dianggap sebagai karya besarnya tentang etika yang membahas tentang keadilan sosial. Buku ini, sejak terbit pertama tahun 1971 sampai 1997, telah cetak ulang sebanyak lebih dari 22 kali. Dalam kata pengantarnya, John Rawls mengemukakan tujuan tentang penulisan buku tersebut dengan menjelaskan posisi sosio etikanya dan sebuah pembelaan mengenai pandangan dan ruang lingkup moral bagi individu dalam masyarakat. Rawls mengemukakan idenya bahwa institusi-institusi sosio politik merupakan target yang sesuai bagi penilaian moral. Teori yang dibangunnya menawarkan sebuah metode yang cocok untuk memecahkan sebuah problem yang berkaitan dengan moralitas.<sup>35</sup>

Rawls bagi kaum liberal adalah *the founding father*, Amartya Sen, seorang pemenang Nobel bidang ekonomi mengatakan Rawls adalah tokoh besar filsafat politik di era sekarang.

Kritik Rawls terhadap utilitarianisme klasik dan intuisiisme merupakan salah satu titik berangkat utamanya dalam menyusun sebuah teori keadilan secara menyeluruh. Keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.<sup>36</sup>

John Rawls mengambil sebagian konsep filsafat dari ketiga gurunya: John Locke, J. J. Rousseau, dan Immanuel Kant. Teori moral pada hak dan hukum alamiah ia kutip dari John Locke, teori kontrak sosial ia kutip dari J. J. Rousseau, dari Immanuel Kant, John Rawls mengambil sesuatu yang menghasilkan transformasi moral bagi peserta yang melakukan kontrak serta imperatif kategori. John Rawls mengemukakan gagasannya dengan tujuan mengemukakan konsepsi keadilan yang menggeneralisir dan membawa pada

---

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004, halaman 239.

tingkat abstraksi yang lebih tinggi mengenai teori kontrak sosial yang telah digagas oleh pendahulunya.

Untuk mewujudkan gagasannya John Rawls menganjurkan agar dapat memikirkan posisi asal (*original position*), sebagai kontrak untuk ke dalam sebuah masyarakat khusus atau membangun sebuah bentuk pemerintahan tertentu.

Prinsip itulah yang diperhatikan oleh orang yang bebas dan rasional untuk kepentingan mereka, Prinsip ini untuk mengatur kesepakatan selanjutnya, prinsip tersebut menentukan jenis kerja sama sosial apa yang bisa dimasuki dan bentuk pemerintahan yang bisa dibangun. Cara yang berkaitan dengan ini oleh John Rawls disebut dengan *justice as fairness*.<sup>37</sup>

Menurut John Rawls terdapat dua prinsip keadilan yang akan dipilih pada posisi awal, yaitu :

Pertama, setiap orang mempunyai hak yang sama terhadap kebebasan dasar yang paling luas sesuai dengan kebebasan sejenis yang dimiliki orang lain. Kedua, perbedaan sosio religius dan ekonomi harus diatur agar perbedaan menjadi keuntungan bagi setiap orang dan posisi, kedudukan, status, ruang yang terbuka bagi setiap orang dapat diwujudkan. John Rawls lebih menekankan pada keadilan sosial, hal ini terkait munculnya pertentangan antara kepentingan individu dan negara pada saat itu. Rawls melihat kepentingan utama keadilan adalah jaminan stabilitas hidup manusia dan keseimbangan kehidupan pribadi dan kehidupan bersama.<sup>38</sup>

Rawls berpendapat yang menyebabkan ketidakadilan adalah situasi sosial sehingga perlu diperiksa kembali mana prinsip keadilan yang dapat digunakan untuk membentuk situasi masyarakat yang baik. Paling tidak ada tiga syarat supaya manusia dapat sampai pada posisi asli, yaitu:

---

<sup>37</sup> Frank N Mc Gill, *Masterpiece of World Philosophy*, Harper CP, New York, 1990, halaman 679.

<sup>38</sup> Rawls percaya bahwa struktur masyarakat ideal yang adil adalah struktur dasar masyarakat yang asli, yang hak dasar, kebebasan, kekuasaan, kewibawaan, kesempatan, pendapatan, dan kesejahteraan terpenuhi. Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, International Law Book Review, Kuala Lumpur, 1994, halaman 278.

Pertama, diandaikan tidak diketahui, manakah posisi yang akan diraih seorang di kemudian hari. Tidak diketahui manakah bakatnya, intelegensinya, kesehatannya, kekayaannya, dan aspek sosial yang lain, kedua, diandaikan prinsip keadilan dipilih secara konsisten untuk memegang pilihannya, dan ketiga, diandaikan tiap orang suka mengejar kepentingan individu dan kemudian kepentingan umum. Yang terakhir ini adalah kecenderungan alami manusia yang harus diperhatikan dalam menemukan prinsip keadilan.<sup>39</sup>

Dalam Islam, unsur keadilan dipengaruhi semangat ilahiyah, karena Allah dalam al-Qur'an menyuruh manusia berbuat adil dalam kondisi apapun.<sup>40</sup> Dalam Islam keadilan selalu seiring dengan ketidakadilan. Masalah ketidakadilan sejalan dengan kemajuan, khususnya kemajuan material, yang sering dicapai justru dengan tata sosial yang mengandung unsur kezaliman,<sup>41</sup> tapi justru untuk kebaikan bersama (*maslaha*). Teori *maslaha* menurut Masdar F Masudi sama dengan teori keadilan sosial dalam filsafat hukum.<sup>42</sup>

Teori keadilan akan menjawab masalah pemidanaan terhadap anak pelaku penyalah guna narkoba dapat berorientasi pada nilai keadilan sehingga memenuhi apa yang menjadi tujuan pemidanaan.

## 2. *Middle Theory* : Teori Penegakan Hukum

Penegakan hukum merupakan usaha mewujudkan ide dan konsep menjadi kenyataan. Pembicaraan proses penegakan hukum ini menjangkau pula

---

<sup>39</sup> Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1995, halaman 146.

<sup>40</sup> al-Qur'an menyebut istilah keadilan dengan *al-adl* dan *al Qist* yang berarti suatu yang benar, tidak memihak, penjagaan hak seseorang dan cara yang tepat dalam mengambil keputusan dalam jumlah yang cukup banyak. Budhy Munawar Rahma, *Kontekstualisasi Dokrin Islam Dalam Sejarah*, Yayasan Paramadina, Jakarta, 1994, halaman 99. Pengertian ini terdapat pada surat an-Nisa': 58-59, al-Maidah: 8, 42, al-An'am: 152, al-'A'raf: 29, al-Anbiya': 112, al-Hujarat: 9, dan al-Mumtahanah: 8. Karena itu, Al-Qur'an memberikan pengertian yang beragam dan sarat makna terhadap keadilan, yang orientasinya tercipta keseimbangan hidup manusia tanpa membedakan status atau golongan. M Dawam Raharjo, *Ensiklopedia Al Quran*, Yayasan Paramadina, Jakarta, 1997, halaman 373.

<sup>41</sup> M Dawam Raharjo, *Zalim*, Jurnal Ulumul Qur'an, Nomor 4 Volume V, 1994, halaman 23.

<sup>42</sup> Masdar F Mas'udi, *Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah*, Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an Nomor 3 Volume VI Tahun 1995, halaman. 97.

sampai kepada pembuatan hukum. Perumusan pikiran pembuat undang-undang (hukum) yang dituangkan dalam peraturan hukum akan turut menentukan bagaimana penegakan hukum itu dijalankan.<sup>43</sup>

Teori sistem hukum<sup>44</sup> yang dikemukakan Friedman menyatakan hukum mencakup tiga komponen yaitu substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structure*), budaya hukum (*legal culture*).<sup>45</sup>

Komponen struktur dari suatu sistem hukum mencakup berbagai institusi (lembaga) yang diciptakan oleh sistem hukum dengan berbagai

---

<sup>43</sup> Satjipto Rahardjo. *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, halaman 154. Inti dan arti penegakan hukum terletak pada kegiatan menyerasikan hubungan nilai yang dijabarkan dalam kaedah dan mengejawantah dan sikap tindak sebagai rangkuman penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup. Penegakan hukum sebagai suatu proses yang pada hakekatnya merupakan diskresi menyangkut pembuatan keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaedah hukum, akan tetapi mempunyai unsur penilaian pribadi dan pada hakekat diskresi berada diantara hukum dan moral. Dalam arti luas penegakan hukum melibat semua subjek hukum dalam setiap hubungan hukum, sesuatu dengan mendasar pada aturan norma hukum, berarti menegakkan aturan hukum. Dalam arti sempit, dari segi subjeknya itu, penegakan hukum sebagai upaya aparaturnya penegakan hukum menjamin dan memastikan hukum berjalan seharusnya dengan menggunakan daya paksa. Soerjono Soekanto. *Faktor-faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum, Op, Cit*, halaman 7.

<sup>44</sup> Sistem hukum merupakan kesatuan menyeluruh dari tatanan-tatanan yang terdiri dari bagian-bagian atau unsur-unsur yang satu sama lain saling berhubungan dan berkaitan secara erat atau dengan kata lain saling terintegrasi dalam suatu sistem. Untuk mencapai suatu tujuan sistem tersebut perlu kerja sama antar bagian-bagian atau unsur-unsur tersebut menurut rencana dan pola tertentu. Dalam sistem hukum yang baik tidak boleh terjadi pertentangan- pertentangan atau tumpang tindih antara bagian-bagian yang ada. Jika pertentangan atau kontradiksi tersebut terjadi, sistem itu sendiri yang menyelesaikan hingga tidak berlarut. Hukum yang merupakan sistem tersusun atas sejumlah bagian yang masing-masing juga merupakan sistem yang dinamakan subsistem. Kesemuanya itu bersama-sama merupakan satu kesatuan yang utuh. J. B. Daliyo, *Pengantar Hukum Indonesia*. Prenhalindo, Jakarta, 1997, halaman 35.

<sup>45</sup> Lawrence M Friedman, *The Legal System: A Sosial Science Perspective*, Russel Soge Foundation, New York, 1969, halaman 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. Ketiga komponen tersebut saling mempengaruhi satu sama lainnya, maka dapat dikaji bagaimana bekerjanya hukum dalam praktek 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. Teori sistem hukum ini menganalisa masalah penerapan substansi hukum, struktur hukum dan budaya hukum.

macam fungsi dalam mendukung bekerjanya sistem hukum tersebut. Salah satu diantara institusi tersebut adalah peradilan. 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.*<sup>46</sup> (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 hukum, norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem termasuk produk yang dihasilkan, mencakup keputusan yang mereka keluarkan atau aturan baru yang mereka susun. Mengenai hal ini Friedman, menyatakan *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.*<sup>47</sup> (Subtansi adalah apa yang kita kenal dengan peraturan atau norma aktual yang digunakan oleh institusi, (atau sebagai kans mungkin) pola tingkah laku yang dapat observasi secara nyata di dalam sistem).

Friedman membedakan budaya hukum ini meliputi dua, yaitu: 1) budaya hukum eksternal (*eksternal legal culture*); 2) budaya hukum internal (*internal legal culture*). Mengenai hal ini Friedman menyatakan *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*

---

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid*, halaman 17.

*specialized legal tasks. Every society has a legal culture but only societies with legal specialists have an internal legal culture.*<sup>48</sup>

Efektivitas hukum diartikan sebagai keberhasilangunaan hukum, berkenaan dengan keberhasilan pelaksanaan hukum. Pendekatan tentang makna efektivitas sebuah hukum beragam, bergantung pada sudut pandang yang dibidiknya. Menurut Soerjono Soekanto berbicara mengenai derajat efektivitas suatu hukum ditentukan antara lain:

Oleh taraf kepatuhan warga masyarakat terhadap hukum, termasuk para penegak hukumnya. Sehingga dikenal suatu asumsi, bahwa taraf kepatuhan hukum yang tinggi merupakan suatu indikator berfungsinya suatu sistem hukum, serta berfungsinya hukum merupakan pertanda bahwa hukum tersebut telah mencapai tujuan hukum, yaitu berusaha mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup.<sup>49</sup>

Teori efektivitas hukum merupakan teori yang mengkaji dan menganalisis, kegagalan dan faktor yang mempengaruhi dalam pelaksanaan dan penerapan hukum.<sup>50</sup> Teori efektivitas hukum antara lain dikemukakan oleh Bronislaw Malinowski, Lawrence M. Friedman, Soerjono Soekanto, Clarence J. Dias, Howard, Mummers, Satjipto Rahardjo dan Tan Kamelo. Ada tiga fokus kajian teori efektivitas hukum, yang meliputi : Keberhasilan dalam pelaksanaan hukum; kegagalan di dalam pelaksanaannya; dan faktor yang mempengaruhi.<sup>51</sup>

Keberhasilan hukum apabila norma hukum itu ditaati dan dilaksanakan oleh masyarakat maupun penegak hukum, maka pelaksanaan hukum itu

---

<sup>48</sup> *Ibid*, halaman 225.

<sup>49</sup> Soerjono Soekanto, *Sosiologi: Suatu Pengantar*, Rajawali Pres, Bandung, 1996, halaman 62.

<sup>50</sup> Salim H S dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013, halaman 3.

<sup>51</sup> *Ibid*.



dikatakan efektif atau berhasil di dalam implementasi. Kegagalan pelaksanaan hukum adalah ketentuan hukum yang ditetapkan tidak mencapai maksudnya atau tidak berhasil dalam implementasinya. Faktor yang mempengaruhi hal yang ikut menyebabkan atau mempengaruhi di dalam pelaksanaan dan penerapan hukum tersebut. Faktor yang mempengaruhi dapat dikaji dari aspek keberhasilannya; dan aspek kegagalannya.

Faktor yang mempengaruhi keberhasilan itu, meliputi substansi hukum, struktur hukum, kultur, dan fasilitasnya. Norma hukum dikatakan berhasil apabila ditaati dan dilaksanakan oleh masyarakat maupun penegak hukum.<sup>52</sup> Faktor yang mempengaruhi kegagalan hukum adalah norma hukum yang kabur, penegak hukum yang korup, atau masyarakat tidak taat dan fasilitas yang minim.<sup>53</sup> Masalah kepatuhan atau ketaatan hukum telah menjadi faktor dalam menakar efektif tidaknya sesuatu yang ditetapkan.<sup>54</sup> Ada 5 (lima) faktor berpengaruh dalam penegakan hukum, yaitu:<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> *Ibid*, halaman 4

<sup>53</sup> *Ibid*. Derajat efektivitas suatu hukum ditentukan antara lain oleh taraf kepatuhan masyarakat terhadap hukum, termasuk penegak hukum. Sehingga dikenal asumsi bahwa taraf kepatuhan hukum yang tinggi merupakan suatu indikator berfungsinya sistem hukum. Berfungsinya hukum merupakan pertanda bahwa hukum telah mencapai tujuan hukum, yaitu berusaha mempertahankan dan melindungi masyarakat dalam pergaulan hidup. Soerjono Soekanto, *Op, Cit*, halaman 19

<sup>54</sup> *Ibid*, halaman 20. Soerjono Soekanto mengungkapkan efektivitas hukum adalah segala upaya yang dilakukan agar hukum yang ada dalam masyarakat benar-benar hidup dalam masyarakat, dan agar kaidah hukum atau sebuah peraturan berfungsi bahkan hidup dalam tatanan kehidupan masyarakat. kaidah hukum atau peraturan tersebut haruslah memenuhi tiga unsur sebagai berikut: Hukum berlaku secara yuridis apabila penentuannya didasarkan pada kaidah yang lebih tinggi tingkatannya (Hans Kelsen), atau bila terbentuk menurut cara yang telah ditentukan atau ditetapkan (W. Zevenberger), atau apabila menunjukkan hubungan keharusan antara suatu kondisi dan akibatnya (J. H. A. Logeman); Hukum berlaku secara sosiologis, apabila kaidah tersebut efektif, artinya kaidah tersebut dapat dipaksakan berlakunya oleh penguasa (teori kekuasaan), atau diterima dan diakui oleh masyarakat (teori pengakuan); dan Hukum tersebut berlaku secara filosofis; artinya sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif tertinggi. *Ibid*, halaman 57.

<sup>55</sup> Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993, halaman 1.

- a. Faktor hukum, yaitu peraturan perundang-undangan.  
Suatu peraturan yang baik, dapat berlaku secara yuridis, sosiologis, dan filosofis. Suatu peraturan hukum dikatakan berlaku secara yuridis adalah peraturan hukum yang berlaku secara piramida. Hukum membentangkan proses yang bertahap, dari norma yang paling tinggi, yang paling abstrak dan makin ke bawah semakin konkrit. Suatu peraturan hukum berlaku secara sosiologis bilamana peraturan hukum tersebut diakui oleh masyarakat, kepada siapa peraturan hukum tersebut ditujukan atau diperlakukan. Suatu peraturan berlaku secara filosofis apabila peraturan hukum tersebut sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi. Apabila peraturan hukum tidak memiliki ketiga unsur keberlakuan itu, bisa menjadi peraturan hukum yang mati, atau dirasakan sebagai tirani karena tidak berakar.
- b. Faktor penegak hukum yang membentuk maupun menerapkan hukum.  
Penegak hukum mencakup segala elemen yang secara langsung atau tidak langsung berkecimpung di bidang penegakan hukum, adalah mereka yang mempunyai peranan yang sangat menentukan keberhasilan usaha penegakan hukum dalam masyarakat, seperti polisi, jaksa, hakim, pengacara dan lain-lain.
- c. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum.  
Sarana atau fasilitas sangat menentukan dalam penegakan hukum, tanpa sarana atau fasilitas yang memadai, penegakan hukum tidak akan lancar, penegakan hukum tidak akan baik dalam menjalankan peranannya. Sarana atau fasilitas tersebut antara lain tenaga manusia yang berpendidikan dan profesional, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup dan sebagainya.
- d. Faktor masyarakat, yaitu lingkungan dimana hukum berlaku.  
Salah satu faktor yang mempengaruhi proses penegakan hukum adalah kesadaran hukum masyarakat, semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin memungkinkan penegakan hukum yang baik, sebaliknya semakin rendah tingkat kesadaran hukum masyarakat, akan semakin sukar melaksanakan penegakan hukum.
- e. Faktor kebudayaan, yaitu sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan prakarsa didalam pergaulan hidup masyarakat.

Bekerjanya hukum tidak serta merta terjadi begitu saja, karena bukanlah hasil karya pabrik yang langsung dapat bekerja, melainkan memerlukan langkah yang memungkinkan hukum bekerja.<sup>56</sup> Ada empat langkah mengupayakan hukum dapat bekerja dan berfungsi (secara efektif) yaitu:<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, halaman 70.

<sup>57</sup> *Ibid*, halaman 72.

- a. Adanya pejabat/aparat penegak hukum;
- b. Adanya orang (individu/masyarakat) yang melakukan perbuatan hukum, baik yang mematuhi atau melanggar hukum;
- c. Orang tersebut mengetahui adanya peraturan;
- d. Orang tersebut sebagai subjek maupun objek hukum bersedia untuk berbuat sesuai hukum.

Tan Kamello, memperkenalkan model pembentukan hukum. Masalah kepatuhan atau ketaatan hukum menjadi faktor pokok menakar efektif tidaknya hukum.<sup>58</sup> Efektivitas adalah segala upaya yang dilakukan agar hukum yang ada dalam masyarakat benar-benar hidup dalam masyarakat, artinya hukum tersebut berlaku secara yuridis, sosiologis dan filosofis.

Dalam kehidupan masyarakat terdapat interaksi sosial. Ada suatu aturan sebagai pedoman yang mengatur hubungan atau pergaulan unsur sosial dalam struktur masyarakat dengan bertujuan mencapai kedamaian hidup antar pribadi, meliputi ketertiban, keserasian dan ketentraman hidup. Warga masyarakat tidak akan mungkin hidup teratur tanpa hukum untuk memenuhi kebutuhan manusia akan keteraturan dan ketentraman.<sup>59</sup>

Terkait dengan efektivitas hukum dalam masyarakat, bahwa efektif tidaknya suatu sistem hukum ditentukan oleh 5 (lima) syarat, yaitu:<sup>60</sup>

- a. Mudah-tidaknya makna atau isi aturan hukum itu dipahami;

---

<sup>58</sup> Tan Kamello, *Memperkenalkan Model Sistem Pembangunan Hukum di Indonesia*, Universitas Sumatera Utara, Medan, 2012, halaman 95, Sistem hukum Indonesia harus dibangun dengan model yang memperhatikan unsur-unsur yang terkait satu sama lain sebagai berikut :

1. Pembentukan kesadaran publik (*Public awareness*);
2. Mempersiapkan rancangan hukum (*Draft of law*);
3. Menciptakan undang-undang atau substansi hukum (*Substantive of law*);
4. Melakukan sosialisasi hukum (*Socialization of law*);
5. Mempersiapkan struktur hukum (*Structure of law*);
6. Menyediakan fasilitas hukum (*Facility of law*);
7. Menegakkan hukum (*Law Enforcement*);
8. Membentuk kultur hukum (*Culture of law*);
9. Melakukan kontrol hukum (*Control of law*);
10. Menghasilkan kristalisasi hukum (*Crystalization of Law*);
11. Melahirkan nilai hukum (*Value of law*).

<sup>59</sup> Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Perihal Kaedah Hukum*, Alumni, Bandung, 1986, halaman 86.

<sup>60</sup> Ronny Hanitjo Soemitro, *Studi Hukum dan Kemiskinan*, Penerbit Tugu Muda, Semarang, 1989, halaman 46.

- b. Luas-tidaknya kalangan dalam masyarakat yang mengetahui isi aturan hukum yang bersangkutan;
- c. Efisien dan efektif-tidaknya mobilisasi aturan hukum yang dicapai dengan bantuan aparat administrasi dan warga masyarakat yang harus berpartisipasi dalam memobilisasi hukum;
- d. Tersedianya mekanisme penyelesaian sengketa yang mudah dihubungi dan dimasuki warga masyarakat serta efektif;
- e. Adanya anggapan dan pengakuan di anggota masyarakat bahwa aturan dan pranata hukum memang memiliki daya kemampuan yang efektif.

Teori tersebut relevan dengan pembahasan masalah disertasi ini yang mengarah kepada cita hukum bangsa Indonesia<sup>61</sup> yang berakar Pancasila sebagai landasan kefilosofan dalam menata kerangka dan struktur negara sebagaimana dirumuskan dalam UUD NRI Tahun 1945.

### 3. *Middle Theory* : Teori Pidana

Pidana bisa diartikan sebagai tahap penetapan sanksi dan juga tahap pemberian sanksi dalam hukum pidana<sup>62</sup>. Kata pidana pada umumnya diartikan sebagai hukum, sedangkan pidana diartikan penghukuman.

Pidana itu sama sekali bukan dimaksudkan sebagai upaya balas dendam melainkan sebagai upaya pembinaan bagi seorang pelaku kejahatan sekaligus sebagai upaya preventif terhadap terjadinya kejahatan serupa. Pemberian pidana atau pidana dapat benar-benar terwujud apabila melihat beberapa tahap perencanaan sebagai berikut:

- a. Pemberian pidana oleh pembuat undang-undang;

---

<sup>61</sup> Cita hukum adalah gagasan, karsa, cipta dan pikiran berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum, yang dalam intinya terdiri atas tiga unsur: keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan. Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2009, halaman 181

<sup>62</sup> Pidana sebagai suatu tindakan terhadap seorang penjahat, dapat dibenarkan secara normal bukan terutama karena pidana mengandung konsekuensi positif bagi si terpidana, korban, dan juga masyarakat. Karena itu teori ini disebut juga teori konsekuensialisme. Pidana dijatuhkan bukan karena telah berbuat jahat tetapi agar pelaku kejahatan tidak lagi berbuat jahat dan orang lain takut melakukan kejahatan serupa.

- b. Pemberian pidana oleh badan yang berwenang;
- c. Pemberian pidana oleh instansi pelaksana yang berwenang.

Dalam masalah pemidanaan dikenal dua sistem atau cara yang biasa diterapkan mulai dari jaman WvS sampai dengan sekarang dalam KUHP :

1. Bahwa orang yang dipidana harus menjalani pidana dalam tembok penjara. Ia harus diasingkan dari masyarakat ramai terpisah dari kebiasaan hidup sebagaimana layaknya mereka bebas.
2. Bahwa selain dipidana, mereka harus dibina untuk kembali bermasyarakat atau rehabilitasi/resosialisasi.

Ada beberapa teori yang telah dirumuskan para ahli untuk menjelaskan mengenai pemidanaan dan tujuan sebenarnya pemidanaan dijatuhkan. Teori pemidanaan dapat dikelompokkan dalam 3 golongan besar, yaitu :

- a. Teori absolut atau teori pembalasan (*vergeldings theorien*)

Aliran ini yang menganggap sebagai dasar dari hukum pidana adalah alam pikiran untuk pembalasan (*vergelding* atau *vergeltung*). Teori ini dikenal pada akhir abad 18 yang mempunyai pengikut seperti Immanuel Kant, Hegel, Herbart, Stahl, dan Leo polak.

Kant mengemukakan pembalasan atas suatu perbuatan melawan hukum adalah suatu syarat mutlak menurut hukum dan keadilan, hukuman mati terhadap penjahat yang melakukan pembunuhan berencana mutlak dijatuhkan.<sup>63</sup> Stahl mengemukakan hukum adalah suatu aturan yang bersumber pada aturan Tuhan, diturunkan melalui pemerintahan negara

---

<sup>63</sup> Ahmad Nindra Ferry, *Efektifitas Sanksi Pidana Dalam Penanggulangan Kejahatan Psicotropika di Kota Makassar*, Unhas, Makassar, 2002, halaman 23.

sebagai abdi atau wakil Tuhan di dunia ini, karena itu negara wajib memelihara dan melaksanakan hukum dengan cara setiap pelanggaran hukum wajib dibalas setimpal dengan pidana terhadap pelanggarnya.<sup>64</sup>

Hegel berpendapat hukum atau keadilan merupakan suatu kenyataan (sebagai *these*). Jika seseorang melakukan kejahatan atau penyerangan terhadap keadilan, berarti ia mengingkari kenyataan adanya hukum (*anti these*), oleh karena itu harus diikuti oleh suatu pidana berupa ketidakadilan bagi pelakunya (*synthese*) atau mengembalikan suatu keadilan atau kembali tegaknya hukum (*these*).<sup>65</sup>

Menurut Herbart, apabila kejahatan tidak dibalas maka akan menimbulkan ketidakpuasan terhadap masyarakat. Agar kepuasan masyarakat dapat dicapai atau dipulihkan, maka dari sudut aesthetica harus dibalas penjatuhan pidana setimpal pada pelakunya.<sup>66</sup>

#### b. Teori Relatif atau Teori Tujuan (*Doel Theorien*)

Teori ini yang memberikan dasar pikiran bahwa dasar hukum dari pidana adalah terletak pada tujuan pidana itu sendiri. Oleh karena pidana itu mempunyai tujuan tertentu, maka disamping tujuan lainnya terdapat pula tujuan pokok berupa mempertahankan ketertiban masyarakat (*de handhaving der maatshappelijke orde*).

Teori yang dimaksudkan dalam teori prevensi umum adalah seperti yang ditulis oleh P A F Lamintang sebagai berikut:<sup>67</sup>

- 1) Teori yang mampu membuat orang jera, yang bertujuan untuk membuat orang jera semua warga masyarakat agar mereka tidak melakukan kejahatan ataupun pelanggaran terhadap kaedah hukum pidana.
- 2) Ajaran mengenai pemaksaan secara psikologis yang telah diperkenalkan oleh Anslm Fuerbach. Menurutya ancaman hukuman

---

<sup>64</sup> Adami Chazawi, *Op, Cit*, halaman 155.

<sup>65</sup> *Ibid.* halaman 156.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Ahmad Nindra Ferry. *Op, Cit*, halaman 25.

itu harus dapat mencegah niat orang untuk melakukan tindak pidana, dalam arti apabila bahwa orang melakukan kejahatan mereka pasti dikenakan sanksi pidana, maka mereka pasti akan mengurungkan niat mereka untuk melakukan kejahatan.

Menurut Van Hamel, teori pencegahan umum ini ialah pidana yang ditujukan agar orang (umum) menjadi takut untuk berbuat jahat.<sup>68</sup> Van Hamel membuat suatu gambaran tentang pembedaan yang bersifat pencegahan khusus, yakni:<sup>69</sup>

- 1) Pidana adalah senantiasa untuk pencegahan khusus, yaitu untuk menakut-nakuti orang-orang yang cukup dapat dicegah dengan cara menakut-nakutinya melalui pencegahan pidana itu agar ia tidak melakukan niatnya.
- 2) Akan tetapi bila ia tidak dapat lagi ditakut-takuti dengan cara menjatuhkan pidana, maka penjatuhan pidana harus bersifat memperbaiki dirinya (*reclasing*).
- 3) Apabila bagi penjahat tersebut tidak dapat lagi diperbaiki, maka penjatuhan pidana harus bersifat membinasakan atau membuat mereka tidak berdaya.
- 4) Tujuan satu-satunya dari pidana adalah mempertahankan tata tertib hukum di dalam masyarakat.

c. Teori Gabungan (*verenigingstheorien*)

Disamping teori absolut dan teori relatif tentang pembedaan, muncul teori ketiga yang di satu pihak mengakui adanya unsur pembalasan dalam hukum pidana, akan tetapi di pihak lain juga mengakui pula unsur prevensi dan unsur memperbaiki penjahat yang melekat pada tiap pidana. Teori ketiga ini muncul karena terdapat kelemahan dalam teori absolut dan teori relatif, kelemahan kedua teori tersebut adalah:<sup>70</sup>

- 1) Kelemahan teori absolut adalah :
  - a) Dapat menimbulkan ketidakadilan. Misalnya pada pembunuhan

---

<sup>68</sup> Adami Chazawi, *Op, Cit*, halaman 158.

<sup>69</sup> *Ibid*, halaman 162.

<sup>70</sup> Hermien Hadiati Koeswadji, *Perkembangan Macam-Macam Pidana Dalam Rangka Pembangunan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995, halaman 11.

- tidak semua pelaku pembunuhan dijatuhi pidana mati, melainkan harus dipertimbangkan berdasarkan alat-alat bukti yang ada.
- b) Apabila yang menjadi dasar teori ini adalah untuk pembalasan, maka mengapa hanya negara saja yang memberikan pidana.
- 2) Kelemahan teori relatif adalah :
- a) Dapat menimbulkan ketidakadilan pula. Misalnya untuk mencegah kejahatan itu dengan jalan menakut-nakuti, maka mungkin pelaku kejahatan yang ringan dijatuhi pidana yang berat sekadar untuk menakut-nakuti saja, sehingga menjadi tidak seimbang. Hal mana bertentangan dengan keadilan.
  - b) Kepuasan masyarakat diabaikan. Misalnya jika tujuan itu semata-mata untuk memperbaiki sipenjahat, masyarakat yang membutuhkan kepuasan dengan demikian diabaikan.
  - c) Sulit untuk dilaksanakan dalam praktik. Bahwa tujuan mencegah kejahatan dengan jalan menakut-nakuti itu dalam praktik sulit dilaksanakan. Misalnya terhadap *residive*.

Munculnya teori gabungan ini, maka terdapat perbedaan pendapat dikalangan ahli (hukum pidana), ada yang menitik beratkan pembalasan, ada pula yang ingin unsur pembalasan dan prevensi seimbang.

Orang tidak menutup mata pada pembalasan. Memang, pidana dapat dibedakan dengan sanksi lain, tetapi tetap ada ciri-cirinya, dan tidak dapat dikecilkan artinya bahwa pidana adalah suatu sanksi, dan dengan demikian terikat dengan tujuan sanksi itu. Dan karena hanya akan diterapkan jika menguntungkan pemenuhan kaidah dan berguna bagi kepentingan umum.<sup>71</sup>

Grotius mengembangkan teori gabungan yang menitikberatkan keadilan mutlak yang diwujudkan dalam pembalasan, tetapi yang berguna bagi masyarakat. Teori yang dikemukakan oleh Grotius dilanjutkan oleh Rossi dan kemudian Zenvenbergen, yang mengatakan bahwa makna tiap-tiap pidana ialah pembalasan tetapi maksud tiap-tiap pidana melindungi tata hukum.

---

<sup>71</sup> Andi Hamzah., *Op. Cit.*, halaman 36. Van Bemmelen pun menganut teori gabungan menyatakan: Pidana bertujuan membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat. Sementara tindakan bermaksud mengamankan dan memelihara tujuan. Jadi pidana dan tindakan, keduanya bertujuan mempersiapkan untuk mengembalikan terpidana kedalam kehidupan masyarakat.



Teori gabungan yang kedua yaitu menitikberatkan pertahanan tata tertib masyarakat. Teori ini tidak boleh lebih berat daripada yang ditimbulkannya dan gunanya juga tidak boleh lebih besar dari pada yang seharusnya.

Menurut Vos, pidana berfungsi sebagai prevensi umum, bukan yang khusus kepada terpidana, karena jika ia sudah pernah masuk penjara ia tidak terlalu takut lagi, karena sudah berpengalaman. Teori gabungan ketiga, yaitu yang memandang pembalasan dan pertahanan tata tertib masyarakat. Menurut E. Utrecht teori ini kurang dibahas para sarjana.<sup>72</sup>

Hukum pidana bukan bertujuan pada diri sendiri, tetapi ditujukan juga untuk tertib hukum, melindungi masyarakat hukum. Penjagaan tertib sosial untuk sebagian besar sangat tergantung pada paksaan. Dalam literatur berbahasa inggris tujuan pidana biasa disingkat dengan istilah 3R dan 1D, yakni *Reformation*<sup>73</sup>, *Restraint*<sup>74</sup>, dan *Retribution*<sup>75</sup>, dan *deterrence*<sup>76</sup>.

Selain Rummelink, Ted Honderich mengemukakan pendapat mengenai

---

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Reformation*, berarti memperbaiki atau merehabilitasi penjahat menjadi orang baik dan berguna bagi masyarakat. Masyarakat akan memperoleh keuntungan dan tiada seorangpun yang merugi jika penjahat menjadi baik. Reformasi perlu digabung dengan dengan tujuan yang lain seperti pencegahan. A. Zainal Abidin dan Andi Hamzah. *Pengantar Dalam Hukum Pidana di Indonesia*, Yarsif Watampone, Jakarta, 2010, halaman 76.

<sup>74</sup> *Restraint* berarti mengasingkan pelanggar dari masyarakat. Dengan tersingkirnya pelanggar hukum dari masyarakat berarti masyarakat itu akan menjadi lebih aman. Jadi ada juga kaitannya dengan sistem reformasi, jika dipertanyakan berapa lama terpidana harus diperbaiki dalam penjara yang bersamaan dengan itu ia tidak berada di tengah-tengah masyarakat. Masyarakat memerlukan perlindungan fisik dari perampok bersenjata dan pendorong dari pada orang yang melakukan penggelapan. Bagi terpidana seumur hidup dan pidana mati, berarti ia harus disingkirkan dari masyarakat selamanya. *Ibid.*

<sup>75</sup> *Retribution*, yakni pembalasan karena telah melakukan kejahatan. Sekarang ini banyak dikritik sebagai sistem yang bersifat barbar dan tidak sesuai dengan masyarakat yang beradab. Namun bagi yang pro pembalasan ini mengatakan, bahwa orang yang menciptakan sistem yang lebih lunak kepada penjahat seperti reformasi itu membuat magna carta bagi penjahat (*magna charta for law breaker*). Sifat primitif hukum pidana, memang sulit dihilangkan, berbeda dengan bidang hukum lain. *Ibid.*

<sup>76</sup> *Deterrence*, yakni menjera atau mencegah sehingga baik terdakwa sebagai individual maupun orang lain yang potensial menjadi penjahat akan jera atau takut untuk melakukan kejahatan, melihat pidana yang dijatuhkan kepada terdakwa, bagi yang mengkritik teori ini mengatakan bahwa sangat kurang adil jika untuk tujuan mencegah orang lain melakukan kejahatan terpidana dikorbankan untuk menerima pidana itu. *Ibid.*

tujuan pemidanaan harus memuat 3 (tiga) unsur, yakni:<sup>77</sup>

- a. Pemidanaan harus mengandung semacam kehilangan (*deprivation*) atau kesengsaraan (*distress*) yang biasanya secara wajar dirumuskan sebagai sasaran dari tindakan pemidanaan. Unsur pertama ini pada dasarnya merupakan kerugian atau kejahatan yang diderita oleh subjek yang menjadi korban sebagai akibat dari tindakan sadar subjek lain.
- b. Setiap pemidanaan harus datang dari institusi yang berwenang secara hukum. Pemidanaan tidak merupakan konsekuensi alamiah suatu tindakan, melainkan hasil keputusan pelaku personal suatu lembaga yang berkuasa. Karenanya, pemidanaan bukan merupakan tindakan balas dendam dari korban terhadap pelanggar hukum yang mengakibatkan penderitaan.
- c. Penguasa yang berwenang berhak untuk menjatuhkan pemidanaan hanya kepada subjek yang telah terbukti secara sengaja melanggar hukum atau peraturan yang berlaku dalam masyarakatnya. Unsur ketiga ini memang mengundang pertanyaan tentang hukum kolektif, misalnya embargo ekonomi yang dirasakan juga oleh orang-orang yang tidak bersalah. Meskipun demikian, secara umum pemidanaan dapat dirumuskan terbuka sebagai denda (*penalty*) yang diberikan oleh instansi yang berwenang kepada pelanggar hukum atau peraturan.

#### 4. *Applied Theori* : Teori Hukum Responsif dan Progresif

Pandangan positivisme muncul akibat perkembangan masyarakat modern yang ditandai majunya tingkat sosial ekonomi akibat industrialisasi. Cara berfikir masyarakat zaman modern pada umumnya bersifat rasionalistis dan individualistis.<sup>78</sup>

Berkaitan dengan persoalan hukum di atas, Philippe Nonet dan Philip Selznick (Nonet-Selznick) dalam teorinya yang dikenal dengan teori

---

<sup>77</sup> Sholehuddin, *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana Ide Dasar Double Track Sistem dan Implementasinya*. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, halaman 70.

<sup>78</sup> Theo Huijbers, *Op, Cit*, halaman 67. Bahwa masyarakat, terutama masyarakat modern, sangat membutuhkan adanya kepastian dalam berinteraksi dan tugas itu diletakkan di pundak hukum. Kepastian hukum menjadi semacam ideologi dalam kehidupan ber hukum, sehingga diperlukan suatu pemahaman yang kritis mengenai kata tersebut. Dengan menjadi ideologi, terjadi kecenderungan untuk mencampuradukkan antara pernyataan dan kebenarannya. Kepastian hukum (*rechtssicherheit/security/rechtszekerheid*) adalah sesuatu yang baru, yaitu sejak hukum itu dituliskan, dipositifkan, dan menjadi publik. Kepastian hukum menyangkut masalah *law being written down*, bukan tentang keadilan dan kemanfaatan. Kepastian hukum adalah *sicherheit des rechts selbst* (kepastian tentang hukum itu sendiri), sehingga terlihat bahwa hukum hadir bukan lagi untuk melayani masyarakat dan mendatangkan kesejahteraan bagi manusia, melainkan hadir demi dirinya sendiri. Lihat: Satjipto Rahardjo, *Hukum Dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006, halaman 133.

hukum responsif, menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan sosial dan aspirasi publik. Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka hukum mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan dan emansipasi publik.<sup>79</sup>

Teori hukum responsif yang dikemukakan Nonet-Selznick, bahwa hukum dituntut menjadi sistem yang terbuka dalam perkembangan yang ada dengan mengandalkan keutamaan tujuan (*the sovereignty of purpose*), yaitu tujuan sosial yang ingin dicapainya serta akibat yang timbul dari bekerjanya hukum itu.<sup>80</sup> Atas dasar itu maka dalam doktrinnya Nonet-Selznick mengemukakan, *pertama*, hukum harus fungsional, pragmatik, bertujuan dan rasional. *Kedua*, kompetensi menjadi patokan evaluasi terhadap semua pelaksanaan hukum.<sup>81</sup> Karena kompetensi sebagai tujuan berfungsi sebagai norma kritik, maka tatanan hukum responsif menekankan:<sup>82</sup>

- a. Keadilan substantif sebagai dasar legitimasi hukum.
- b. Peraturan merupakan sub-ordinasi dari prinsip dan kebijakan.
- c. Pertimbangan hukum harus berorientasi pada tujuan dan akibat bagi kemaslahatan masyarakat.
- d. Penggunaan diskresi sangat dianjurkan dalam pengambilan keputusan hukum dengan tetap berorientasi pada tujuan.
- e. Memupuk sistem kewajiban sebagai ganti sistem paksaan.
- f. Moralitas kerjasama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum.
- g. Kekuasaan didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat.
- h. Penolakan terhadap hukum harus dilihat sebagai gugatan terhadap legitimasi hukum.
- i. Akses partisipasi publik dibuka lebar dalam rangka integrasi advokasi hukum dan sosial.

---

<sup>79</sup> Bernard, *Teori Hukum; Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, halaman 239.

<sup>80</sup> Hukum seperti ini yang dibutuhkan dalam masa transisi. Artinya, ketika suatu aturan hukum yang telah ada tidak lagi bisa menjawab permasalahan yang timbul akibat perkembangan yang tidak terjangkau oleh aturan hukum tersebut, maka hukum harus peka mengakomodasi perkembangan yang ada itu demi mencapai keadilan dalam masyarakat. *Ibid*, halaman 240.

<sup>81</sup> Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif* terjemahan, Nusa Media, Bandung, 2010, halaman 84.

<sup>82</sup> *Ibid*.

Dengan menarik teori hukum responsif, dalam hal suatu keputusan hukum berorientasi pada mencari keadilan atau kemanfaatan, seperti putusan putusan rehabilitasi, di bawah pidana minimum dan di luar dakwaan, meskipun dalam aturan hukum hakim diharuskan memutus sebagaimana dakwaan jaksa penuntut umum, maka menurut teori hukum responsif sudah selayaknya hukum merespons perkembangan dengan memberi pertimbangan hukum yang berorientasi pada tujuan kemanfaatan bagi masyarakat dalam perkataan lain hukum yang baik seharusnya menawarkan sesuatu yang lebih daripada sekedar keadilan prosedural. Hukum yang baik harus berkompeten dan juga adil hukum yang seperti itu seharusnya mampu mengenali keinginan publik dan punya komitmen terciptanya keadilan substantif.

Progresif berasal dari kata *progress* yang berarti kemajuan. Hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab problematika yang berkembang dalam masyarakat, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya aparat penegak hukum sendiri.<sup>83</sup>

Gagasan hukum progresif bertolak dari pandangan bahwa hukum harus dilihat sebagai ilmu, hukum tidak hanya dianggap selesai setelah tersusun sebagai peraturan perundangan dengan kalimat tertata rapi dan sistematis, akan tetapi harus mengalami proses pemaknaan sebagai pendewasaan atau pematangan, sehingga hukum dapat menunjukkan jati dirinya sebagai sebuah ilmu, yaitu selalu berproses untuk mencari kebenaran.<sup>84</sup>

Tokoh yang melahirkan teori hukum progresif adalah Satjipto Rahardjo, teori ini berawal dari keprihatinan terhadap keterpurukan hukum di

---

<sup>83</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2008, halaman ix.

<sup>84</sup> Ari Wibowo, *Mewujudkan Keadilan Melalui Penerapan Hukum Progresif*, Aswaja Pressindo, Yogyakarta, 2013, halaman 7.

Indonesia, beberapa kritik dilontarkan baik berupa wacana lisan maupun tulisan antara lain dikatakan hukum itu sudah cacat sejak dilahirkan, hal ini sejatinya sebuah tragedi hukum. Masyarakat diatur hukum yang penuh cacat, karena ketidakmampuannya merumuskan secara tepat hal yang ada dalam masyarakat.<sup>85</sup>

Hukum harus dilihat secara utuh menyeluruh yang menekankan pada sifat substantif dan transedental dengan mendasarkan pada fakta sosial yang tidak lepas dari nilai agama, etik dan moral, dan tidak hanya dalam wujud norma yang tertulis saja.<sup>86</sup>

Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran yang tidak pernah berhenti, yang 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 pencarian itu Satjipto Rahardjo berkesimpulan bahwa salah satu penyebab menurunnya kinerja dan kualitas penegak hukum di Indonesia adalah dominasi paradigma positivisme dengan sifat formalitasnya yang melekat.<sup>87</sup>

Dalam kaitannya dengan sistem peradilan pidana, kegagalan dalam penegakan hukum dan pemberdayaan hukum ditengarai oleh sikap *submissive* terhadap kelengkapan hukum yang ada, seperti prosedur, doktrin dan asas hukum Indonesia, selain itu juga disebabkan ketidakmampuan *criminal justice system* dalam mengemban tugasnya. Sehingga muncul pertanyaan tentang sejauhmana efisiensi lembaga peradilan sebagai institusi tempat mencari keadilan, serta lembaga penegak hukum lainnya yang berakibat pada ketidakpuasan terhadap eksistensi lembaga peradilan itu sendiri.

Di sisi lain penegakan hukum adalah suatu proses untuk mewujudkan keinginan hukum menjadi kenyataan. Keinginan hukum adalah pikiran

---

<sup>85</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, Op, Cit, halaman iv.

<sup>86</sup> Turiman, *Memahami Hukum Progresif Prof. Satjipto Rahardjo Dalam Paradigma Thawaf (Sebuah Kontemplasi Bagaimana Mewujudkan Teori Hukum yang Membumi/Grounded Theory Meng-Indonesia)* dalam <http://eprint.undip.ac.id>.

<sup>87</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Op, Cit, halaman 22.

badan pembuat undang-undang yang dirumuskan dalam peraturan hukum. Perumusan pikiran pembuat hukum yang dituangkan dalam peraturan hukum akan turut menentukan bagaimana penegakan hukum itu dijalankan, dimana proses penegakan hukum itu akan berpuncak pada pelaksanaannya oleh para pejabat penegak hukum.<sup>88</sup>

Dalam kaitannya antara peranan peraturan perundang-undangan dengan pelaksanaannya oleh para penegak hukum, Satjipto Rahardjo mengemukakan:

Keberhasilan atau kegagalan penegak hukum dalam melaksanakan tugasnya sudah dimulai sejak peraturan hukum dibuat. Misalnya, badan legislatif membuat peraturan yang sulit dilaksanakan dalam masyarakat, maka sejak saat itu badan tersebut telah menjadi arsitek kegagalan para penegak hukum dalam menerapkan peraturan tersebut. Hal ini, misalnya dapat terjadi karena peraturan tersebut memerintahkan dilakukannya sesuatu yang tidak didukung oleh sarana yang mencukupi. Akibatnya, tentu saja peraturan tersebut gagal dijalankan oleh penegak hukum.<sup>89</sup>

Pada bagian lain, dalam kaitannya dengan fungsi hukum dan lembaga hukum dalam masyarakat, Satjipto Rahardjo mengemukakan bahwa:

Pengkajian terhadap hukum dari sudut studi hukum dan masyarakat, selalu ingin menegaskan *fungsi* apa yang sesungguhnya dijalankan oleh hukum atau lembaga hukum dalam masyarakat. Penegasan fungsi ini tidak hanya dilihat dari sudut ketentuan hukum yang mengaturnya, melainkan juga dari apa yang ditentukan oleh masyarakat sendiri mengenainya.<sup>90</sup>

Hukum merupakan mekanisme yang mengintegrasikan kekuatan dan proses dalam masyarakat, pengadilan merupakan lembaga pendukung mekanisme itu, dalam lembaga ini sengketa diselesaikan.<sup>91</sup> Sistem hukum akan bekerja jika terdapat kekuatan sosial (*social forces*)<sup>92</sup> yang menggerakkan hukum. Kekuatan sosial terdiri dari elemen nilai dan sikap

---

<sup>88</sup> Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis, Op, Cit*, halaman 24.

<sup>89</sup> *Ibid*, halaman 25.

<sup>90</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum, Masyarakat dan Pembangunan*, Alumni, Bandung, 1980, halaman 105.

<sup>91</sup> *Ibid*, halaman 106.

<sup>92</sup> *Social forces* merupakan abstraksi yang tidak secara langsung menggerakkan sistem hukum, tetapi perlu diubah menjadi tuntutan formal untuk menggerakkan bekerjanya sistem hukum di pengadilan. Lawrence M Friedmam, *Legal Theory, Op, Cit*, halaman 15. Lihat pula Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Op, Cit*, halaman 154.

sosial yang dinamakan budaya hukum (*legal culture*).<sup>93</sup> Istilah budaya hukum juga digunakan oleh Daniel S. Lev dalam tulisannya berjudul *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia* (Lembaga-lembaga Peradilan dan Budaya Hukum Indonesia),<sup>94</sup>

Ia menerapkan konsep budaya hukum untuk menganalisis pola perubahan sistem hukum Indonesia sejak revolusi, uraian Lev berkisar pada dua konsep, yaitu konsep sistem hukum dan konsep budaya hukum. Menurut Lev suatu sistem hukum itu terdiri atas proses formal yang membentuk lembaga formal bersama dengan proses informal yang mengelilinginya, sedangkan budaya hukum sebagai nilai yang terkait dengan hukum dan proses hukum, dimana budaya hukum mencakup dua komponen pokok yang sangat berkaitan, yaitu nilai hukum substantif dan keacaraan.<sup>95</sup>

Nilai hukum keacaraan mencakup sarana pengaturan sosial maupun pengelolaan konflik dalam masyarakat. Nilai ini merupakan landasan budaya sistem hukum dan membantu menentukan ruang sistem yang diberikan kepada lembaga hukum, politik, agama dan lainnya di masyarakat.<sup>96</sup>

Gagasan hukum progresif menekankan pada kualitas aparat penegak hukum, bahwa hukum tidak akan berjalan baik jika tidak didukung oleh faktor lain seperti sarana, dana, kebijakan instansi dan yang terpenting aparat penegaknya. Aturan sebaik apapun tanpa diikuti kualitas intelektual dan integritas yang baik, maka keadilan sulit untuk diwujudkan. Justru meskipun hukumnya jelek tetapi kualitas aparatnya baik maka keadilan akan terwujud.

Hukum progresif menjadikan ketulusan dan kejujuran sebagai mahkota penegakan hukum. Keadilan menjadi tujuan akhir dari proses penegakan hukum. Oleh karena itu ajaran hukum progresif ini mengutamakan sikap empati, kepedulian dan dedikasi dari para aparat penegak hukum untuk

---

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Daniel S Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia, Kesenambungan dan Perubahan*, Terjemahan Nirwono dan A E Priyono, LP3ES, Jakarta, 1990, halaman 118.

<sup>95</sup> *Ibid.*, halaman 119.

<sup>96</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1980, halaman 87.

tegaknya keadilan, karena aparat penegak hukumlah sebagai ujung tombak penegak keadilan dimaksud.<sup>97</sup>

Penegakan hukum terhadap kejahatan luar biasa, menuntut pula agar ada tindakan atau penanganan luar biasa pula. Bahwa salah satu penyebab kegagalan penegakan hukum dan pemberdayaan hukum dalam sistem peradilan pidana antara lain disebabkan oleh sikap patuh atau tunduk serta menerima apa adanya kelengkapan hukum yang ada, baik berupa prosedur, doktrin ataupun asas hukum yang ada.

Teori hukum responsif dan progresif ini termasuk dalam kelompok *applied theory*, dijadikan dasar analisa mendeskripsi jawaban permasalahan pertama, kedua, serta permasalahan yang ketiga, yaitu tentang konsep kewenangan yang harus diberikan kepada hakim dalam pemidanaan anak penyalah guna narkoba yang berbasis nilai keadilan.

Hakim sebagai aparatur penegak hukum, mempunyai peran dalam menegakan hukum dengan menjunjung tinggi keadilan. Mengingat suatu negara hukum seperti negara Indonesia maka hakim dalam menegakan hukum dan keadilan merupakan salah satu sendi dasar yang pokok dan utama.

##### **5. *Applied Theori* : Teori Perlindungan Anak**

Untuk menjamin pemenuhan hak anak yang berhadapan dengan hukum, pemerintah berupaya memberikan perlindungan hukum terhadap anak-anak Indonesia dengan menerbitkan berbagai peraturan perundang-undangan yang merumuskan perlindungan hukum terhadap anak yang berhadapan dengan

---

<sup>97</sup> Mahrus Ali, *Sistem Peradilan Pidana Progresif: Alternatif dalam Penegakkan Hukum Pidana*, Jurnal Hukum, Volume 14 Nomor 2 Edisi April 2007, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, halaman 215.



hukum seperti Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 serta perubahannya dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014.

Hak dasar diperkuat dengan ketentuan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 yaitu: Perlindungan anak bertujuan untuk menjamin terpenuhinya hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang berkualitas, berahlak mulia, dan sejahtera.

Perlindungan kemerdekaan individu dan pemenuhan kebutuhan sosial merupakan nilai dasar yang penting dalam suatu konstitusi yang mengintegrasikan hak sipil dan politik serta hak ekonomi, sosial dan budaya. Dasar pelaksanaan perlindungan anak adalah:

#### 1. Dasar filosofis

Pancasila sebagai dasar kegiatan dalam berbagai bidang kehidupan keluarga, bermasyarakat, bernegara, dan berbangsa, serta dasar filosofis pelaksanaan perlindungan anak;

#### 2. Dasar Etis

Pelaksanaan perlindungan anak harus sesuai dengan etika profesi yang berkaitan, untuk mencegah perilaku menyimpang dalam pelaksanaan kewenangan, kekuasaan, dan kekuatan dalam perlindungan anak;

#### 3. Dasar Yuridis

Pelaksanaan perlindungan anak harus didasarkan pada UUD NRI Tahun

1945 dan berbagai peraturan perundang-undangan lainnya yang berlaku. Penerapan dasar yuridis ini harus secara interaktif yaitu penerapan terpadu menyangkut peraturan perundang-undangan dari berbagai bidang hukum yang berkaitan.

Hukum merupakan jaminan bagi kegiatan perlindungan anak. Arif Gosita mengemukakan bahwa kepastian hukum perlu diusahakan demi kelangsungan kegiatan perlindungan anak dan mencegah penyelewengan yang membawa akibat negatif yang tidak diinginkan dalam pelaksanaan perlindungan anak.<sup>98</sup> Irma Setyowati menyebutkan ruang lingkup perlindungan anak dapat dikelompokkan dalam 2 (dua) pengertian, yaitu:<sup>99</sup>

- a. Perlindungan bersifat yuridis, meliputi:
  - 1) Bidang hukum publik;
  - 2) Bidang hukum keperdataan.
- b. Perlindungan bersifat non yuridis, meliputi:
  - 1) Bidang sosial;
  - 2) Bidang kesehatan;
  - 3) Bidang pendidikan.

Keberadaan suatu peradilan khusus bagi anak adalah sangat penting, mengingat anak adalah masa depan bangsa. Nilai sosial dan moral yang menjadi pegangan masyarakat dan bangsa diteruskan melalui anak sebagai generasi penerus. Perlindungan anak adalah suatu usaha yang mengadakan kondisi dimana setiap anak dapat melaksanakan hak dan kewajibannya. Adapun perlindungan anak merupakan perwujudan adanya keadilan dalam suatu masyarakat.

---

<sup>98</sup> Irma Setyowati, *Aspek Hukum Perlindungan Anak*, Bumi Aksara, Jakarta, 1990, halaman 13.

<sup>99</sup> Arif Gosita, *Masalah Perlindungan Anak*, Akademi Pressindo, Jakarta, 1999, halaman 19.

Menurut Lili Rasjidi dan I.B Wyasa Putra berpendapat bahwa hukum dapat difungsikan untuk mewujudkan perlindungan yang sifatnya tidak sekedar adaptif dan flexible, melainkan juga prediktif dan antisipatif.<sup>100</sup> Sunaryati Hartono mengatakan bahwa hukum dibutuhkan untuk mereka yang lemah dan belum kuat secara sosial, ekonomi dan politik untuk memperoleh keadilan sosial.<sup>101</sup> Menurut pendapat Philipus M. Hadjon, perlindungan hukum bagi rakyat sebagai tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan represif.<sup>102</sup>

Suatu negara yang berdasarkan atas hukum harus menjamin persamaan (*equality*) setiap individu, termasuk kemerdekaan individu untuk menggunakan hak asasinya.

Hal ini merupakan *conditio sine quanon*, mengingat bahwa negara hukum lahir sebagai perjuangan individu untuk melepaskan dirinya dari keterikatan serta tindakan sewenang-wenang penguasa. Penguasa tidak boleh bertindak sewenang-wenang terhadap individu dan kekuasaannya pun harus dibatasi.<sup>103</sup>

Sudargo Gautama juga menjelaskan mengenai kedudukan dan hubungan individu dengan negara menurut teori negara hukum yaitu: dalam suatu negara hukum, terdapat pembatasan kekuasaan negara terhadap perseorangan. Negara tidak maha kuasa, negara tidak dapat bertindak

---

<sup>100</sup> Lili Rasjidi dan I. B Wyasa Putra, 1993, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*. Remaja Rusda karya, Bandung, 1993, halaman 118

<sup>101</sup> Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*. Alumni, Bandung, 1991, halaman 55.

<sup>102</sup> Perlindungan hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa yang mengarahkan tindakan pemerintah bersikap hati-hati dalam pengambilan keputusan berdasarkan diskresi, dan perlindungan yang represif bertujuan untuk menyelesaikan terjadinya sengketa, termasuk penangannya di lembaga peradilan. Philipus M Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, halaman 2.

<sup>103</sup> Sudargo Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*. Alumni, Bandung, 1993, halaman 3.

sewenang-wenang. Tindakan-tindakan negara terhadap warganya dibatasi oleh hukum.<sup>104</sup> Demikian pula dalam suatu negara hukum selain terdapat persamaan (*equality*) juga pembatasan (*restriction*).

Batasan-batasan ini juga berubah-ubah bergantung kepada keadaan. Namun, sarana yang dipergunakan untuk membatasi kedua kepentingan itu adalah hukum. Baik negara maupun individu adalah subyek hukum yang memiliki hak dan kewajiban. Oleh karena itu, dalam suatu negara hukum, kedudukan dan hubungan individu dengan negara senantiasa dalam suasana keseimbangan. Kedua-duanya mempunyai hak dan kewajiban yang dilindungi hukum.<sup>105</sup>

Yang harus diperhatikan ialah jangan sampai pembatasan tersebut mengenyampingkan hak asasi manusia individu maupun hak negara. Artinya, karena negara mempunyai tujuan dan fungsi yang harus dicapai, pembatasan tersebut jangan sampai sedemikian rupa sehingga negara tidak dapat melaksanakan fungsinya dan mencapai tujuannya. Demikian pula terhadap individu, keterlibatan individu dalam negara untuk mencapai tujuan dan menjalankan fungsinya itu harus lebih terjamin mengingat bahwa partisipasi individu tersebut merupakan pengejawantahan hak asasinya.

Perlindungan hukum bagi anak tidak dapat dilepaskan dari tujuan dasar peradilan pidana anak yaitu mewujudkan kesejahteraan anak dengan mendahulukan atau mengutamakan kepentingan anak.

Perlunya perlindungan hukum bagi anak dalam perkara pidana didasari oleh prinsip kedua dari Deklarasi Hak-Hak Anak (*Declaration of the Rights of the Child*), yang lengkapnya berbunyi: *The child enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and other means, to*

---

<sup>104</sup> *Ibid*

<sup>105</sup> *Ibid*

*enable him to develop physically, morally, spiritually, and socially in a healthy and normal manner in conditions freedom and dignity. In the enactment of the laws for this purpose the best interest of the child shall be the paramount consideration.*<sup>106</sup> (Anak berhak memperoleh perlindungan khusus dan harus memperoleh kesempatan yang dijamin oleh hukum dan sarana lain, agar menjadikannya mampu untuk mengembangkan diri secara fisik, kejiwaan, moral, spiritual dan kemasyarakatan dalam situasi yang sehat, normal sesuai kebebasan harkatnya. Penuangan tujuan itu ke dalam hukum, kepentingan terbaik atas diri anak harus merupakan pertimbangan utama).

Secara sederhana dapat dikatakan bahwa hak asasi manusia adalah sebagai hak dasar yang dimiliki oleh setiap manusia, yang merupakan anugrah langsung dari Tuhan Yang Maha Kuasa. Pernyataan ini sesuai dengan apa yang dikatakan oleh Franz Magnis Suseno, yang mengatakan bahwa hak asasi manusia ada, bukan karena diberikan oleh masyarakat dan kebaikan dari negara, melainkan berdasarkan martabatnya sebagai manusia.<sup>107</sup>

Tujuan dan dasar pemikiran untuk mengutamakan kesejahteraan anak ditegaskan pula dalam Peraturan Minimum Standar PBB mengenai Administrasi Peradilan bagi Anak (*Beijing Rules*) yang disahkan melalui Resolusi Majelis PBB Nomor 40/33 tanggal 29 Nopember 1985. Dalam *commentary* yang terdapat di bawah *Rule 5.1 Beijing Rules* disebutkan bahwa *Rule 5.1* menunjuk pada tujuan atau sasaran yang sangat penting, yaitu:<sup>108</sup>

- a. Memajukan kesejahteraan anak (*the promotion of the well being of the juvenile*); dan

---

<sup>106</sup> Muladi dan BardaNawawi Arif, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, halaman 109

<sup>107</sup> Franz Magnis Suseno, *Etika Politik, Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, halaman 121.

<sup>108</sup> *Ibid*, halaman 112.

b. Prinsip proporsionalitas (*the principle of proportionality*).

Memajukan kesejahteraan anak merupakan fokus utama dalam sistem hukum yang menangani pelanggaran anak; khususnya di dalam sistem hukum yang mengikuti model peradilan pidana harus lebih menekankan atau mengutamakan kesejahteraan anak. Prinsip tersebut berarti menunjang prinsip untuk menghindari penggunaan sanksi yang semata-mata bersifat pidana atau semata-mata bersifat menghukum (*the avoidance of merely punitive sanctions*). Sedangkan prinsip proporsionalitas merupakan alat untuk mengekang penggunaan sanksi yang bersifat menghukum dalam arti membalas semata-mata (*just desert*).<sup>109</sup>

Pendekatan kesejahteraan dijadikan sebagai dasar filosofi penanganan terhadap pelaku pelanggaran hukum usia anak, antara lain disebabkan karena dua faktor, yaitu:<sup>110</sup>

- a. Anak-anak dianggap belum mengerti benar akan kesalahan yang telah ia perbuat, sehingga sudah sepantasnya mereka diberikan/diberlakukan pengurangan hukuman, serta pembedaan pemberian hukuman bagi anak-anak dengan orang dewasa.
- b. Bila dibandingkan dengan orang dewasa, anak-anak diyakini lebih mudah dibina, disadarkan akan kesalahan yang sepatutnya tidak ia lakukan. Dengan demikian, tidak sepantasnya penanganan bagi anak-anak berpedoman pada mazhab retributif (sebagaimana penanganan terhadap pelanggar hukum dewasa), tetapi lebih tepat menggunakan mazhab rehabilitatif.

Dapat juga dilakukan melalui kebijakan hukum pidana yang pada hakikatnya bukanlah semata-mata pekerjaan teknik perundang-undangan yang dapat dilakukan secara yuridis normatif dan sistematis dogmatik. Dimana pendekatan yuridis normatif, kebijakan hukum pidana juga memerlukan pendekatan yuridis faktual, yang dapat berupa pendekatan sosiologis, historis dan komperatif, bahkan memerlukan pula pendekatan komprehensif dari berbagai disiplin sosial lainnya dan pendekatan integral

---

<sup>109</sup> *Ibid*, halaman 113.

<sup>110</sup> Purnianti, Mamik Sri Supatmi dan Ni Made Martini Tinduk, *Analisa Situasi Sistem Peradilan Pidana Anak (Juvenile Justice Sistem) di Indonesia*, Unicef, Jakarta, 2004, halaman .72.

dengan kebijakan sosial serta pembangunan nasional pada umumnya.

Kebijakan hukum pidana dapat pula disebut dengan istilah politik hukum pidana, yaitu usaha untuk membuat peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada saat tertentu.

Bahwa melaksanakan politik hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Dalam pelaksanaan politik hukum pidana berarti: usaha peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.<sup>111</sup>

Melalui pendekatan tersebut, para pelanggar usia anak sebisa mungkin dijauhkan dari proses penghukuman oleh sistem peradilan pidana, serta segala tindakan yang akan diambil oleh negara berkaitan dengan pelanggaran yang dilakukan oleh anak tersebut sedapat mungkin mengedepankan kepentingan terbaik bagi anak.<sup>112</sup>

Konvensi PBB tentang Hak-hak Anak (1989) yang dikutip dari Purnianti, menyatakan: bahwa tindakan hukum yang dilakukan terhadap mereka yang berusia di bawah 18 tahun harus mempertimbangkan kepentingan terbaik anak. Ini didasari asumsi bahwa mereka yang berada dalam usia anak tidak dapat melakukan kejahatan atau *doli incapar* dan tidak dapat secara penuh bertanggung jawab atas tindakannya.<sup>113</sup>

Pendekatan khusus bagi anak dalam masalah hukum dan peradilan diperlukan dalam rangka mewujudkan tujuan dan pemikiran mengutamakan kesejahteraan anak. Pendekatan khusus dalam menangani masalah hukum dan peradilan anak terungkap di dalam berbagai pernyataan, antara lain:<sup>114</sup>

a. Anak yang melakukan tindak pidana/kejahatan (*juvenile offender*)

---

<sup>111</sup> *Ibid*, halaman 22.

<sup>112</sup> *Ibid*.

<sup>113</sup> *Ibid*, halaman 73.

<sup>114</sup> Muladi dan Barda Nawawi Arif, *Bungan Rampai Hukum Pidana, Op.Cit*, halaman

janganlah dipandang sebagai seseorang penjahat (*criminal*), tetapi harus dilihat sebagai orang yang memerlukan bantuan, pengertian dan kasih sayang;

- b. Pendekatan yuridis terhadap anak hendaknya lebih mengutamakan pendekatan persuasif edukatif dan pendekatan kejiwaan (psikologis) yang berarti sejauh mungkin menghindari proses hukum yang semata-mata bersifat menghukum, yang bersifat degradasi mental dan penurunan semangat (*discouragement*) serta menghindari proses stigmatisasi yang dapat menghambat proses perkembangan kematangan dan kemandirian anak dalam arti yang wajar.

Pendekatan-pendekatan khusus yang dinyatakan di atas, maka proses peradilan anak harus dapat memberi jaminan khusus bagi anak di bidang hukum, salah satunya dalam masalah penahanan sementara menunggu proses pemeriksaan pengadilan. Pada dasarnya penahanan dilakukan untuk kepentingan pemeriksaan, namun penahanan terhadap anak harus pula memperhatikan kepentingan pertumbuhan dan perkembangan anak, baik fisik, mental maupun sosial anak dan kepentingan masyarakat.

Perintah penahanan yang diberikan bagi pelaku pidana yang masih di bawah umur sangat diharapkan agar hati dan perasaan para penegak hukum tergugah untuk lebih memperhatikan dan mempertimbangkan kepentingan serta perlindungan anak. Sehingga penahanan hanya merupakan upaya terakhir dalam menyelesaikan suatu perkara setelah sebelumnya diselesaikan dengan cara lain tidak mendapat jalan keluarnya.<sup>115</sup>

Penahanan harus menjadi upaya terakhir karena setiap anak yang ditahan dan diadili akan berakhir di penjara. Untuk menangani anak yang melakukan tindak pidana hendaknya digunakan *soft law* yang mendorong perlakuan hukum yang berbeda dari kriminal dewasa, mulai dari pemeriksaan, penahanan, pengadilan, sampai penjara.

Pilihan proses hukum berada di tangan polisi, untuk menahan dan

---

<sup>115</sup> Wagianti Soetodjo, *Hukum Pidana Anak*, Refika Aditama, Bandung, 2006, halaman 42.



menjalankan proses hukum formal atau menjalankan alternatif yang lebih berguna bagi perkembangan anak.<sup>116</sup> Sudarto menyebutkan adapun cara bagaimana hukum itu ditegakkan, itu merupakan masalah pemilihan sarana apa yang dipandang paling efektif dan bermanfaat untuk mencapai tujuan.<sup>117</sup>

Proses peradilan anak juga memerlukan tindakan diskresi. Dalam peradilan pidana, adanya tindakan diskresi adalah tidak dapat dihindari dan Sue Titus Reid menyebutkan sebagai *A second important characteristic of criminal justice sistem that many authorities within the sistem have been given wide discretion.*<sup>118</sup> (Karakteristik penting kedua sistem peradilan pidana bahwa banyak otoritas dalam sistem telah diberi keleluasaan luas). Adanya pemikiran bahwa diskresi tidak dapat dihindari disebabkan oleh keterbatasan-keterbatasan baik dalam kualitas perundang-undangan, sarana dan prasarana, kualitas penegak hukum maupun partisipasi masyarakat.

Penanganan anak yang berhadapan dengan hukum adalah bagian dari kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan karena tujuan utamanya adalah perlindungan anak dan mensejahterakan anak dimana anak merupakan bagian dari masyarakat. Kebijakan atau upaya penanggulangan kejahatan pada hakikatnya merupakan bagian integral upaya perlindungan masyarakat dan mencapai kesejahteraan masyarakat.<sup>119</sup>

Usaha rasional mengendalikan atau menanggulangi kejahatan (politik kriminal) sudah tentu tidak hanya menggunakan sarana penal (hukum pidana), tetapi juga dengan menggunakan sarana non penal.<sup>120</sup> Kebijakan penanggulangan

---

<sup>116</sup> Harkristuti Harkrisnowo, *Pemerintah Harap Terapkan Alternatif Peradilan Anak*. Refika Aditama, Bandung, 2003, halaman 24.

<sup>117</sup> Sudarto, *Op, Cit*, halaman 106.

<sup>118</sup> G. Peter Hoefhagels, *The Other Side Of Criminology (An Inversion Of The Concept Of Crime)*. Kluwer-Deventer, Holland, 1973, halaman 8.

<sup>119</sup> Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Op, Cit*, halaman 2.

<sup>120</sup> Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, halaman 158.

kejahatan dengan sarana penal menitikberatkan pada sifat represif yaitu tindakan sesudah terjadi kejahatan. Sedangkan dengan sarana *nonpenal* (preventif) yakni tindakan pencegahan sebelum kejahatan terjadi. Sasaran utamanya adalah menangani masalah atau kondisi sosial yang dapat menimbulkan kejahatan.

Kebijakan hukum pidana dalam arti luas mencakup ruang lingkup kebijakan hukum pidana material, di bidang hukum formal dan pelaksanaan hukum pidana. Kebijakan penegakan hukum pidana merupakan serangkaian proses yang terdiri dari tiga tahap kebijakan, yaitu: Tahap kebijakan legislatif; tahap kebijakan yudikatif; dan Tahap kebijakan eksekutif.<sup>121</sup>

Kebijakan penegakan hukum pidana sarannya tidak hanya mengatur perbuatan warga masyarakat pada umumnya, tetapi juga mengatur perbuatan dalam arti kewenangan/kekuasaan/aparat penegak hukum karena berkaitan dengan proses penegakan hukum pidana secara menyeluruh. Sebagai suatu proses mekanisme penegakan hukum pidana, maka ketiga tahapan tersebut merupakan suatu jalinan mata rantai yang saling berkaitan satu dengan yang lainnya.

Kebijakan hukum pidana dapat pula disebut politik hukum pidana, yaitu usaha untuk membuat peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat. Melaksanakan politik hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Beliau juga menambahkan bahwa dalam pelaksanaan politik hukum pidana berarti: usaha peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan pada suatu waktu dan untuk masa yang akan datang.<sup>122</sup>

Hukum responsif adalah merupakan profil hukum yang dibutuhkan dalam

---

<sup>121</sup> Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Op, Cit, halaman 30. Bahwa dalam ketiga tahap kebijakan penegakan hukum pidana itu terkandung di dalamnya tiga kekuasaan/kewenangan, yaitu kekuasaan legislatif/formulatif dalam menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan; kekuasaan yudikatif/aplikatif dalam penerapan hukum pidana; dan kekuasaan eksekutif/administratif dalam melaksanakan hukum pidana. Kebijakan legislatif/formulatif pada dasarnya merupakan tahap awal yang paling strategis dari keseluruhan tahap kebijakan hukum pidana. Tahap ini merupakan tahap formulasi yang menjadi landasan dan pedoman bagi tahap-tahap berikutnya yaitu tahap yudikatif/aplikatif dan tahap eksekutif/ administratif.

<sup>122</sup> Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, halaman 22.

masa transisi, oleh karena harus peka terhadap situasi transisi disekitarnya. Oleh karena itu, hukum responsif tidak saja harus bersifat terbuka, tetapi juga harus mengandalkan keutamaan tujuan, yaitu tujuan sosial yang ingin dicapainya beserta akibat-akibat yang ditimbulkan dan bekerjanya hukum itu. Mediasi pidana yang dikembangkan bertolak belakang dari ide dan prinsip kerja sebagai berikut.<sup>123</sup>

1. Penanganan konflik. Mediator adalah membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide bahwa kejahatan telah menimbulkan konflik interpersonal. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi.
2. Berorientasi pada proses. *restorative justice* lebih berorientasi pada kualitas proses dari pada hasil, yaitu menyadarkan pelaku tindak pidana akan kesalahannya, kebutuhan-kebutuhan konflik terpecahkan, ketenangan korban dari rasa takut.
3. Proses informal. *restorative justice* merupakan suatu proses yang informal, tidak bersifat birokratis, menghindarkan prosedur hukum yang ketat.
4. Ada partisipasi aktif dan otonom para pihak. Para pihak (pelaku dan korban) tidak dilihat sebagai objek tetapi subjek yang mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan berbuat, atas kehendak sendiri.

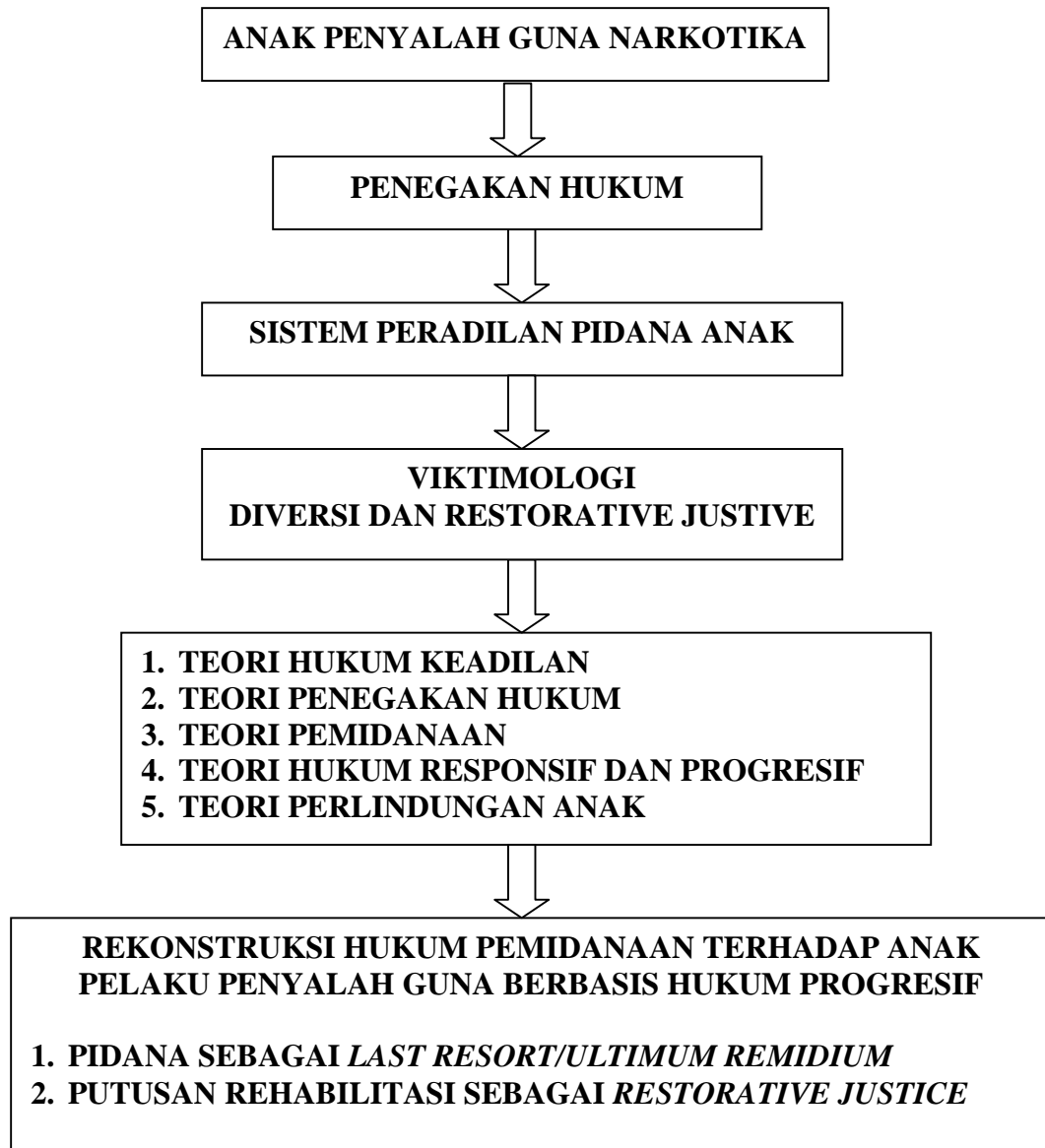
Tatanan hukum responsif merupakan institusi sosial, karena itu, hukum jangan dilihat sekedar peraturan, melainkan hukum menjalankan fungsi sosial dalam masyarakat. Hukum dalam kerangka yang luas, yaitu melibatkan berbagai proses dan kekuatan dalam masyarakat. Sehingga hukum responsif merupakan suatu upaya menjawab tantangan melakukan sintesis antara ilmu hukum dan ilmu sosial.<sup>124</sup> Konsep keadilan restoratif memandang proses penangkapan, penahanan, pemidanaan dan pengeblosan ke dalam penjara dianggap sesuatu yang sia-sia bahkan bentuk penyiksaan legal terhadap anak.

---

<sup>123</sup> *Ibid*, halaman 174.

<sup>124</sup> Barda Nawawi Arief, Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan, Op, Cit*, halaman 5

## F. Kerangka Pemikiran



## G. Orisinalitas Penelitian

Berdasarkan penelitian dan penelusuran kepustakaan, bahwa dari penelitian yang telah dilakukan oleh peneliti terdahulu terdapat beberapa penelitian yang membahas dan menganalisa mengenai tindak pidana narkoba, yaitu:

No	Nama dan Peneliti	Fokus Penelitian
1	Suprpto Penjatuhan Pidana Mati Terhadap Pelaku Tindak Narkotika dan Psikotropika di Indonesia Perspektif Hak Asasi Manusia Berdasarkan UUD NRI Tahun 1945 (Disertasi)	Penjatuhan pidana mati terhadap pelaku tindak pidana narkotika dan psikotropika tidak melanggar hak asasi manusia karena tidak bertentangan dengan ketentuan Pasal 28 A, Pasal 28 I ayat (1) dan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 dan tidak melanggar kewajiban hukum Internasional Indonesia yang lahir dari perjanjian internasional tentang pemberantasan peredaran gelap narkotika dan psikotropika sehingga penegakan hukumnya perlu ditingkatkan.
2	Dahlan Rekonstruksi Hukum Dalam Penerapan Pidana Penyalah Guna Narkotika Untuk Dirinya Sendiri Berbasis Nilai Keadilan (Disertasi)	Untuk dapat terjadinya kesamaan persepsi dalam penerapan pidana penyalahguna narkotika untuk dirinya sendiri oleh aparat penegak hukum perlu direkonstruksi Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 pada Pasal 132 ayat (1) menjadi: Percobaan atau permufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana narkotika dan prekursor narkotika sebagaimana dimaksud dalam Pasal 111, Pasal 112, Pasal 113, Pasal 114, Pasal 115, Pasal 116, Pasal 117, Pasal 118, Pasal 119, Pasal 120, Pasal 121, Pasal 122, Pasal 123, Pasal 124, Pasal 125, Pasal 126, 127, dan Pasal 129, pelakunya dipidana dengan pidana penjara yang sama sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal-Pasal tersebut
3	Romli Atmasamita Tindak Pidana Narkotika Transnasional Dalam Sistem Hukum Pidana Indonesia (Disertasi)	Perluasan asas berlakunya hukum pidana terhadap tindak pidana narkotika transnasional

Berdasarkan uraian di atas, maka penelitian disertasi mengenai **Rekonstruksi Hukum Pidana Terhadap Anak Pelaku Penyalah Guna Berbasis Hukum Progresif** memiliki perbedaan dengan penelitian yang telah dilakukan oleh peneliti sebelumnya, oleh karena itu orisinalitas penelitian ini dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.

## H. Metode Penelitian

Dalam penyusunan suatu karya ilmiah, penelitian merupakan suatu hak yang penting dan merupakan sarana yang sangat menunjang untuk menguatkan hal yang termaksud dalam karya ilmiah tersebut.

Penelitian merupakan salah satu cara memecahkan masalah. Penelitian juga digunakan untuk menemukan, mengembangkan dan menguji kebenaran. Dilaksanakan untuk mengumpulkan data guna memperoleh mendapatkan jawaban atas rumusan masalah, sehingga diperlukan rencana yang sistematis, metodologi merupakan suatu logika yang menjadi dasar suatu penelitian ilmiah. Oleh karenanya pada saat melakukan penelitian seseorang harus memperhatikan ilmu pengetahuan yang menjadi induknya.<sup>125</sup>

Penelitian pada dasarnya adalah suatu kegiatan yang terencana, dilakukan dengan metode ilmiah yang bertujuan mendapatkan data baru guna membuktikan kebenaran atau ketidakbenaran dari suatu gejala atau hipotesa yang ada. Penelitian adalah suatu kegiatan ilmiah, yang didasarkan pada metode<sup>126</sup>, sistematika, dan pemikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum dan masyarakat, dengan jalan menganalisisnya.<sup>127</sup> Agar suatu penelitian

---

<sup>125</sup> Ronny Hanintjo Soemitro, *Metode Penelitian Hukum dan Jurumetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1998, halaman 9.

<sup>126</sup> Istilah metodologi berasal dari kata metode yang berarti jalan ke. Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 1986, halaman 5. Menurut Sunaryati Hartono, metode penelitian adalah cara atau jalan atau proses pemeriksaan atau penyelidikan yang menggunakan cara penalaran dan berfikir yang logis-analitis (logika), berdasarkan dalil-dalil, rumus-rumus dan teori-teori suatu ilmu (atau beberapa cabang ilmu) tertentu, untuk menguji kebenaran (atau mengadakan verifikasi) suatu hipotesis atau teori tentang gejala-gejala atau peristiwa alamiah, peristiwa sosial atau peristiwa hukum yang tertentu. Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad ke- 20*, Alumni, Bandung, 1994, halaman 105. Berdasar pada *Webster Dictionary*, *Scientific method* adalah *principles and procedures for the systematic pursuit of knowledge involving the recognition and formulation of a problem, the collection of data through observation and experiment and testing of hypotheses*. Lihat Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2009, halaman 26. Penelitian merupakan sarana pengembangan pengetahuan maupun teknologi yang bertujuan mengungkapkan kebenaran secara sistematis. Proses penelitian dilakukan analisa dan konstruksi terhadap data yang dikumpulkan dan diolah. Metodologi penelitian harus senantiasa disesuaikan dengan ilmu pengetahuan yang menjadi induknya dan hal ini tidaklah selalu berarti metodologi yang dipergunakan berbagai ilmu pengetahuan pasti akan berbeda secara utuh.

<sup>127</sup> Soerdjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum, Op, Cit*, halaman 7.

ilmiah dapat berjalan dengan baik maka perlu menggunakan suatu metode penelitian yang baik dan tepat. Metodologi merupakan suatu unsur yang mutlak harus ada di dalam penelitian dan pengembangan ilmu pengetahuan.<sup>128</sup>

Dalam penulisan disertasi ini menggunakan metode penelitian yang merupakan suatu yang mutlak dalam proses penelitian. Metode penelitian dapat diartikan sebagai ilmu untuk mengungkapkan dan menerangkan gejala alam atau gejala sosial dalam kehidupan manusia, dengan mempergunakan prosedur kerja yang sistematis, teratur dan dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah<sup>129</sup>.

Metode penelitian secara umum dapat dikatakan sebagai suatu pendekatan umum ke arah fenomena yang dipilih oleh peneliti untuk diselidiki atau suatu pedoman untuk mengarahkan penelitian. Hakikat penelitian itu pun merupakan suatu penemuan informasi lewat prosedur tertentu atau lewat prosedur terstandar. Dengan prosedur tertentu itu diharapkan orang lain dapat mengikuti, mengulangi atau menguji kesahihan (validitas) dan keterandalan (reliabilitas informasi yang diteliti).<sup>130</sup> Validitas menurut Sunaryati Hartono, menyangkut masalah apakah suatu alat ukur sudah mengukur dengan tepat data yang relevan bagi masalah penelitian yang bersangkutan.<sup>131</sup>

Soerjono Soekanto dan Sri Mahmudji mengatakan penelitian dalam pelaksanaannya diperlukan dan ditentukan alat-alatnya, jangka waktu yang diperlukan untuk proses penulisan, cara-cara yang dapat ditempuh apabila

---

<sup>128</sup> *Ibid*, halaman 7.

<sup>129</sup> Pertanggungjawaban ilmiah berarti penelitian dilakukan untuk mengungkapkan dan menerangkan sesuatu yang ada dan mungkin sebagai suatu kebenaran dengan dibentengi bukti-bukti empiris atau yang dapat diterima oleh akal sehat manusia. Hadari Nawawi, *Penelitian Terapan*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2006, halaman 9.

<sup>130</sup> Sunaryati Hartono, *Op, Cit*, halaman 110.

<sup>131</sup> *Ibid*, halaman 113.

menemui kesulitan dalam proses penelitian.<sup>132</sup> Penyusunan disertasi ini diawali dengan suatu penelitian yang dimaksudkan untuk mendapatkan data yang digunakan sebagai bahan pembahasan dan analisis sehingga dapat dipercaya dan dapat dipertanggungjawabkan. Adapun metode pendekatan dan analisis yang penulis gunakan dalam penulisan disertasi ini adalah sebagai berikut:

### **1. Metode Pendekatan**

Penelitian ini bertitik tolak dari paradigma konstruktivisme yakni paradigma dimana kebenaran suatu realitas sosial dilihat sebagai hasil konstruksi sosial, dan kebenaran suatu realitas sosial bersifat relatif. Tipe penelitian ini adalah *juridis sosiologis* yakni merupakan gabungan penelitian hukum nonnatif atau penelitian hukum dogmatik (*dogmatic law research*) atau penelitian doktrinal dengan penelitian hukum empiris.

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode pendekatan secara perundangan-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*analytical and conceptual approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan persepsional (*perceptional approach*), serta pendekatan kebijakan.

### **2. Spesifikasi Penelitian**

Penelitian ini bersifat deskriptif analitis, yakni bertujuan memberikan data yang seteliti mungkin tentang sesuatu keadaan atau gejala lainnya. Dikatakan deskriptif karena penelitian ini diharapkan mampu memberikan gambaran secara rinei, sistematis dan menyeluruh mengenai segala hal yang

---

<sup>132</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mahmudji, *Penelitian Hukum Normatif*, Radja Grafindo Persada, Jakarta, 2001, halaman 22.



berhubungan dengan perkembangan mengenai penerapan pidana terhadap anak pelaku penyalah guna narkoba bagi diri sendiri. Sedangkan istilah analisis mengandung makna mengelompokkan, menghubungkan, membandingkan dan member makna aspek sanksi pidana terhadap anak pelaku tindak pidana penyalahguna narkoba bagi diri sendiri dari segi teori.

Penelitian ini menggunakan yuridis normatif, yaitu metode yang menggambarkan atau memaparkan suatu fakta secara sistematis kemudian analisisnya dilakukan secara yuridis dengan mengaitkan antara data dan fakta yang diperoleh dengan doktrin hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

### **3. Metode Pengumpulan Data**

Dalam penelitian hukum normatif ini memperoleh data dari bahan-bahan pustaka yang lazimnya disebut dengan data sekunder, yang mencakup bahan hukum primer, sekunder, dan tertier. Penelusuran bahan kepustakaan ini akan meliputi:

- a. Bahan hukum primer berupa peraturan perundangan seperti UUD NRI Tahun 1945, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2012, Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009, KUHAP, putusan pengadilan, dan sebagainya.
- b. Bahan hukum sekunder yang akan memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer antara lain rancangan undang-undang, tulisan ilmiah kalangan hukum, hasil penelitian dan sebagainya.
- c. Bahan hukum tersier, yakni bahan yang memberikan petunjuk maupun

penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder antara lain berupa kamus, ensiklopedia dan lain sebagainya.

#### 4. Metode Analisis Data

Analisa dirumuskan sebagai menguraikan atau menguraikan hal yang akan diteliti ke dalam unsur yang lebih kecil dan sederhana.<sup>133</sup> Bertolak dari pengertian ini maka erat kaitannya antara metode analisa dengan pendekatan masalah. Analisis data adalah proses pengorganisasian dan pengurutan data dalam pola, kategori, dan uraian dasar, sehingga akan dapat ditemukan tema dan dapat dirumuskan hipotesis kerja seperti disarankan oleh data.<sup>134</sup>

Teknik analisis data adalah suatu uraian tentang cara analisis, yaitu dengan kegiatan mengumpulkan data kemudian diadakan pengeditan terlebih dahulu, untuk selanjutnya dimanfaatkan sebagai bahan analisis yang sifatnya kualitatif. Penganalisisan data merupakan tahap yang paling penting dalam penelitian hukum. Pengolahan data pada hakekatnya merupakan kegiatan untuk mengadakan sistematisasi bahan hukum.<sup>135</sup>

Menurut Soerjono Soekanto, analisa data dapat dilakukan secara kualitatif maupun kuantitatif.<sup>136</sup> Penguraian sistematis terhadap gejala dan data yang diperoleh dalam penelitian ini, pertama-tama disajikan sejauh mungkin dikemukakan secara kuantitatif. Data yang diperoleh itu kemudian dianalisa secara kualitatif normatif. Teknik analisis data yang digunakan adalah teknik kualitatif yang didasarkan pada asumsi tentang realitas atau

---

<sup>133</sup> *Ibid*, halaman 106.

<sup>134</sup> Lexy J Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 2000, halaman 183.

<sup>135</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum, Op, Cit*, halaman 251.

<sup>136</sup> Soerdjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum, Op, Cit*, halaman 68. Analisa kualitatif ini dilakukan secara deskriptif dan preskriptif, karena penelitian ini tidak hanya bermaksud mengungkapkan atau melukiskan realitas kebijakan perundang-undangan (legislatif) sebagaimana yang diharapkan. Dalam melakukan analisa kualitatif yang bersifat deskriptif dan preskriptif ini pun bertitik tolak dari analisa yuridis sistematis yang untuk pendalamannya dikaitkan atau dilengkapi dengan analisa yuridis komparatif dan preskriptif.

fenomena yang bersifat kompleks. Di mana terdapat regularitas pada pola tertentu dengan penuh keragaman.<sup>137</sup> Analisis data dilakukan terhadap data primer, sekunder dan tertier.

Setelah semua data terkumpul kemudian dilanjutkan dengan menganalisis data tersebut hingga hasilnya akan disajikan secara deskriptif analisis dengan diolah secara kualitatif. Teknik analisis kualitatif dilakukan dengan cara menganalisa bahan hukum berdasarkan konsep, teori, peraturan perundang-undangan, pandangan pakar sebagai dasar interpretasi penulis untuk mengambil kesimpulan dari masalah penelitian.

## **I. Sistematika Penulisan**

Disertasi ini terdiri dari 6 (enam) Bab yang dibagi kedalam beberapa sub bab, dengan sistematika pembahasan sebagai berikut:

Bab pertama, merupakan Pendahuluan yang berisikan Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Tinjauan Pustaka, Kerangka Teori, Kerangka Pemikiran, Orisinalitas Penelitian, Metode Penelitian, dan diakhiri dengan Sistematika Penulisan.

Bab kedua merupakan bab mengenai Tinjauan Pustaka, Dalam bab ini diuraikan Pengertian, Batas Usia dan Hak Anak, Kenakalan Anak, Perlindungan Hukum Terhadap Anak, Penyalahgunaan Narkotika, Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Putusan Hakim Terhadap Pemidanaan, serta Viktomologi

---

<sup>137</sup> Burhan Bungin, *Analisis Data Penelitian Kualitatif, Pemahaman Filosofis dan Metodologis Kearifan Penguasaan Aplikasi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, halaman 53.

Bab ketiga tentang permasalahan pertama yaitu Konstruksi Hukum Mengenai Pidanaan Terhadap Anak Pelaku Penyalah Guna Narkotika, terdiri dari: Pengaturan Perlindungan Hukum Terhadap Anak, Pelaku Penyalah Guna Narkotika, Pengaturan Hukum Tindak Pidana Narkotika, Pecandu, Penyalahguna dan Korban Penyalahgunaan Narkotika, Ketentuan Pidana Terhadap Penyalah Guna Narkotika, Sistem Pertanggungjawaban Pidana Penyalah Guna Narkotika, Rehabilitasi Terhadap Penyalah Guna Narkotika, serta *Double Track System* Dalam Perumusan Sanksi terhadap Tindak Pidana Penyalah Guna Narkotika

Bab keempat, menguraikan permasalahan kedua yaitu Pidanaan Terhadap Anak Pelaku Penyalah Guna Narkotika, dalam bab ini akan dikaji ke dalam sub bab kajian, yaitu Anak Yang Berkonflik Dengan Hukum, Penyebab Penyalahgunaan Narkotika oleh Anak, Kekuasaan Kehakiman dan Kewenangan Hakim Dalam Mengadili Perkara Pidana, Sistem Peradilan Pidana Anak, Perlindungan Hukum Terhadap Anak Yang Berkonflik Dengan Hukum, SEMA sebagai Pedoman Pidanaan Penyalah Guna Narkotika, serta Penerapan *Double Track System* Dalam Pidanaan Anak Pelaku Penyalah Guna Narkotika.

Bab kelima, membahas tentang permasalahan ketiga yaitu: Rekonstruksi Hukum Pidanaan Terhadap Anak pelaku Penyalah Guna Narkotika Berbasis Hukum Progresif. Dalam bab ini diuraikan: Perspektif Keadilan Menurut Hukum Progresif, Penegakan Hukum Yang Berbasis Nilai Keadilan, Pendekatan Hukum Progresif Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak, Anak Sebagai Korban Penyalahgunaan Narkotika, Perbandingan Pidanaan Terhadap Anak di Berbagai Negara, *Diversi* dan *Restorative Justice* Sebagai Perlindungan Terhadap

Anak Yang Berkonflik Dengan Hukum Dalam Peradilan Anak, Rekonstruksi Pasal 127 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 Penjatuhan Putusan Rehabilitasi terhadap Penyalah Guna Narkotika Sebagai Pemidanaan Yang Berbasis Hukum Progresif.

Bab keenam, merupakan bab penutup yang akan menyimpulkan hasil penelitian, yang kemudian akan diikuti dengan pemberian saran-saran atau rekomendasi terhadap hasil-hasil penemuan penelitian disertasi ini.