

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Fenomena pemberitaan korupsi di negara Indonesia telah menjadi isu sentral, bahkan pada saat ini sangat populer melebihi isu apapun yang muncul di Indonesia. Perbuatan korupsi telah membudaya sehingga sudah merusak sendi-sendi kehidupan dan menghambat pencapaian kesejahteraan masyarakat.¹ Korupsi di Indonesia terjadi secara sistematis dan meluas sehingga tidak hanya merugikan kerugian negara, tetapi juga telah melanggar hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat secara luas, sehingga dapat dikatakan korupsi merupakan suatu yang biasa dan seakan-akan telah membudaya dalam masyarakat Indonesia.

Negara Indonesia adalah negara yang sedang berkembang untuk itu dalam rangka mewujudkan masyarakat yang adil, makmur, dan sejahtera berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pemberantasan tindak pidana korupsi yang terjadi saat ini dapat dikatakan belum dilakukan secara optimal, oleh karena itu pemberantasan tindak pidana korupsi perlu ditingkatkan secara profesional, intensif, dan berkesinambungan karena korupsi telah merugikan keuangan negara, perekonomian negara, serta dapat menghambat pembangunan nasional.

Apabila kita cermati saat ini, berbagai upaya dan strategi pemberantasan tindak pidana korupsi yang dilakukan oleh pemerintah terus

¹ Bambang Poernomo, *Pertumbuhan Hukum Penyimpangan di Luar Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1984, hlm. 34.

dilakukan, namun perbuatan korupsi ternyata masih tetap meluas di berbagai sektor kehidupan, salah satunya adalah korupsi pada proyek pekerjaan reklamasi yang saat ini sedang diperbincangkan, fenomena tersebut telah menggambarkan bahwa korupsi tidak hanya dilakukan oleh birokrasi atau pemerintahan, tetapi juga sudah merambah ke korporasi termasuk pihak swasta.

Penegakan hukum sangat terkait dengan peraturan hukum dan institusi penegak hukum, pertama menyangkut peraturan perundang-undangannya, sedangkan yang kedua menyangkut institusi penggerakannya, seperti Kepolisian Negara Republik Indonesia, Kejaksaan Republik Indonesia, Pengadilan dan Lembaga Pemasyarakatan, dalam hal ini termasuk juga Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK). “ Penegakan hukum merupakan bagian tak terpisahkan dari pembangunan hukum, sedangkan pembangunan hukum itu sendiri adalah komponen integral dari pembangunan nasional “. Korupsi sebagai suatu gejala sosial yang sangat merugikan keuangan dan perekonomian negara. Sejarah tentang pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia memang merupakan sejarah panjang dengan sederetan perundang-undangan yang dilengkapi dengan berbagai tim atau komisi, khusus untuk menunjang pemberantasan tindak pidana korupsi tersebut. Namun hingga kini korupsi masih merajalela dan masif. Sebagai akibat tindak pidana korupsi yang terus berlangsung, rakyat kehilangan hak-hak dasar untuk hidup sejahtera.² Dewasa ini permasalahan korupsi sudah bukan merupakan permasalahan (nasional) suatu bangsa saja, tetapi sudah menjadi

² Michael Levi, *Tracing and Recovering the Proceeds of Crime*, Cardiff University, Wales, UK, Tbilisi, Georgia, 2004, hlm. 17.

permasalahan internasional.³ Korupsi sudah memasuki lintas batas negara. Hal ini dinyatakan dalam alinea ke empat Mukadimah *United Nations Convention Against Corruption* 2003 (UNCAC):⁴

“Convinced that corruption is no longer a local matter but a transnational phenomenon that affects all societies and economies, making international cooperation to prevent and control it essential.”

Bahwa masyarakat dunia, baik di negara berkembang maupun negara maju, semakin frustrasi dan menderita akibat ketidakadilan dan kemiskinan yang diakibatkan tindak pidana korupsi. Masyarakat dunia menjadi pasrah dan sinis ketika menemukan bahwa aset hasil tindak pidana korupsi, termasuk yang dimiliki oleh para pejabat negara, tidak dapat dikembalikan karena telah ditransfer dan ditempatkan di luar negeri melalui pencucian uang yang dalam praktik dilakukan dengan maksud untuk menghilangkan jejak.⁵

Aset hasil tindak pidana korupsi yang diambil oleh para koruptor banyak yang dilarikan serta disembunyikan di luar negeri. Hasil korupsi disembunyikan di rekening bank di luar negeri melalui mekanisme pencucian uang sehingga upaya dalam melacak serta mengembalikan aset tersebut menjadi sulit. Tidak jarang teknik pencucian uang ini disempurnakan oleh akuntan, pengacara, dan bankir yang disewa oleh koruptor. Dalam melakukan

³ Korupsi adalah merupakan *Transnational Crime* terhitung sejak tanggal 1 Oktober 2003 dimana 107 negara peserta Konferensi *Ad Hoc Committee for the Negotiation of the United Nations Conventions against Corruption*, termasuk Indonesia telah menyetujui mengadopsi *Convention Against Corruption* yang telah diselenggarakan di Wina.

⁴ UNCAC di adopsi oleh Majelis Umum PBB berdasarkan resolusi 58/ 4 tanggal 31 Oktober 2003; UNCAC telah diratifikasi oleh Pemerintah Republik Indonesia berdasarkan Undang-undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2006 *tentang Pengesahan (Konvensi Perserikatan Bangsa-bangsa Anti Korupsi, 2003)* pada tanggal 18 April 2006. Untuk penyebutan Konvensi ini, Penulis menggunakan UNCAC.

⁵ Dimitri Vlassis, *The United Nations Convention Against Corruption, Overview of Its Contents and Future Action*, Resource Material Series No. 66, hlm. 118.

proses pengembalian aset hasil tindak pidana korupsi ini, negara-negara di dunia saling melakukan kerja sama internasional dalam rangka mempermudah proses pengembalian aset ini. Tetapi dalam pelaksanaannya terdapat kendala-kendala yang disebabkan antara lain: sistem hukum yang berbeda, sistem perbankan dan finansial yang ketat dari negara di mana aset berada, praktek dalam menjalankan hukum, dan perlawanan dari pihak yang hendak diambil asetnya oleh pemerintah.

Tiga tahun adalah waktu yang dibutuhkan Pemerintah Indonesia untuk mengikatkan diri secara resmi pada *United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC). Konvensi ini dirumuskan pertama kali di Merida, Meksiko pada tanggal 9-11 Desember 2003. Tepat pada 18 April 2006, Presiden Susilo Bambang Yudhoyono menandatangani UU No. 7 Tahun 2006 sebagai tanda ratifikasi UNCAC. Terbitnya *beleid* itu semakin menegaskan bahwa Indonesia adalah bagian dari gerakan global melawan korupsi. Namun, UNCAC tidak diterima secara utuh oleh Indonesia. Pasal 1 ayat (1) UU No 7 Tahun 2006 menyatakan “*Mengesahkan United Nations Convention Against Corruption, 2003 (Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa Anti Korupsi, 2003) dengan Reservation (Pensyaratan) terhadap Pasal 66 ayat (2) tentang Penyelesaian Sengketa*”.

Tindak pidana korupsi adalah *extra ordinary crime* (kejahatan luar biasa), sehingga pemberantasannya memerlukan proses yang luar biasa. Oleh karena itu bangsa-bangsa di dunia telah sepakat untuk secara bahu-membahu memberantas korupsi yang bersifat transnasional. Indonesia adalah termasuk negara yang ikut menandatangani UNCAC (*United Nations Convention*

Against Corruption) atau Konvensi PBB Menentang Korupsi dan Indonesia telah meratifikasi UNCAC melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006, dengan demikian Indonesia telah terikat secara moral, politis, dan yuridis untuk melaksanakan UNCAC. Hasil *review* implementasi UNCAC nantinya dijadikan sebuah rencana aksi bagi Indonesia untuk melakukan perbaikan di beberapa sektor, khususnya regulasi. Misalnya, melalui peraturan perundang-undangan di sektor keuangan dan perbankan, dapat dimasukkan klausul pencegahan tindak pidana korupsi. “Paling tidak kita punya potret yang *legal* karena ini (*review, red*) dilakukan oleh PBB,”.

Salah satu aspek yang penting dalam pemberantasan tindak pidana korupsi adalah proses penegakan hukum. Proses penegakan hukum dalam memberantas tindak pidana korupsi harus dilakukan secara teliti, cermat, dan komprehensif dengan memperhatikan fakta yuridis dan fakta empirik, sehingga putusan yang diberikan hakim dapat mencerminkan penegakan hukum yang berkeadilan, berkepastian hukum, dan bermanfaat bagi bangsa dan negara.

Sebuah keputusan akan mendekati keadilan apabila diambil melalui proses interpretasi hukum. Seorang hakim, misalnya pada setiap pembacaan yang menetapkan sesuatu mendekati keadilan apabila menjaga undang-undang sekaligus menghancurkan atau menghapus undang-undang, karena itu, setiap momen pada hakikatnya unik. Interpretasi hukum (yang selalu baru) harus dilakukan secara terus-menerus agar sebuah keputusan yang mendekati keadilan dapat diambil, tanpa hal tersebut, sebuah keputusan tidak dapat dianggap adil, meskipun keputusan ini sah. Momen pengambilan

keputusan adalah kontinum di mana orang mempertahankan rentetan waktu, tetapi sebuah keputusan yang adil harus merobek waktu dan membangkang terhadap berbagai dialektika.⁶ Dalam kenyataannya banyak pelaku tindak pidana korupsi yang diberikan hukuman yang relatif ringan, bahkan belakangan ini banyak kasus yang diputus bebas oleh pengadilan tindak pidana korupsi (Tipikor) di daerah. Dengan adanya kenyataan tersebut telah menimbulkan disparitas secara horizontal antara sesama putusan pengadilan tipikor tingkat pertama, antara sesama putusan pengadilan tingkat banding, dan antara sesama putusan tingkat kasasi. Di samping itu telah menimbulkan pula disparitas secara vertikal, yaitu antara putusan pengadilan tipikor tingkat pertama dengan putusan pengadilan tingkat selanjutnya.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, disparitas adalah, perbedaan atau jarak.⁷ Menurut Black's Law Dictionary, *disparity is inequality or a difference in quantity or quality between two or more things.*⁸ Terjemahan bebasnya, disparitas adalah ketidaksetaraan atau perbedaan kuantitas atau kualitas antara dua atau lebih dari sesuatu.

Disparitas adalah penerapan pidana (*disparity of sentencing*) dalam hal ini adalah penerapan pidana yang tidak sama (*same offence*) atau terhadap tindak pidana yang sifat berbahayanya dapat diperbandingkan tanpa dasar pemberian yang jelas.⁹ Menurut Harkristuti Harkrisnowo, disparitas pidana

⁶ Azhar Susanto. 2013. *Sistem Informasi Akuntansi*. Bandung: Lingga Jaya, hlm 289

⁷ Alwi Hasan, dkk, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Departemen Pendidikan Nasional Balai Pustaka, 2002, hlm 270.

⁸ A. Garner, Bryan (ed), 1999, *Black's Law Dictionary seventh Edition*, St. Paul Minn, New York, 482.

⁹ Muladi, dan Barda Nawawi Arief, 2005, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 52.

sering dipersepsi publik sebagai bukti ketiadaan keadilan (*societal justice*). Kondisi ini tidak dapat dianggap telah melanggar hukum karena putusan pengadilan masih berada dalam batasan ancaman pidana.¹⁰

Disparitas pidana membawa problematika tersendiri dalam penegakan hukum di Indonesia. Di satu sisi pembedaan yang berbeda atau disparitas pidana merupakan bentuk dari diskresi hakim dalam menjatuhkan putusan, tetapi di sisi lain pembedaan yang berbeda atau disparitas pidana ini pun membawa ketidakpuasan bagi terpidana bahkan masyarakat pada umumnya. Muncul pula kecemburuan sosial dan juga pandangan negatif oleh masyarakat pada institusi peradilan, yang kemudian diwujudkan dalam bentuk ketidakpedulian pada penegakan hukum dalam masyarakat. Kepercayaan masyarakat pun semakin lama semakin menurun pada peradilan, sehingga terjadilah kondisi dimana peradilan tidak lagi dipercaya atau dianggap sebagai rumah keadilan bagi mereka atau dengan kata lain terjadi kegagalan dari system peradilan pidana. Main hakim sendiri pun menjadi sesuatu yang lebih baik dan lebih memenuhi rasa keadilan daripada mengajukan perkara mereka ke pengadilan. Keadaan ini tentu menimbulkan inkonsistensi putusan peradilan dan juga bertentangan dengan konsep rule of law yang dianut oleh Negara kita, dimana pemerintahan diselenggarakan berdasarkan hukum dan didukung dengan adanya lembaga yudikatif yakni institusi peradilan untuk menegakkan hukum.

¹⁰ Harkristuti Harkrsnowo, 2003, *Rekonstruksi Konsep Pidana: Suatu Gugatan terhadap Proses Legislasi dan Pidana di Indonesia*”, dalam majalah KHN Newsletter, Edisi April, Jakarta, hal. 28.

Di Belanda, disparitas pemidanaan ini juga merupakan masalah yang cukup serius. Tak hanya di Belanda, di banyak negara lain hal ini juga menjadi perhatian yang cukup besar. Adanya problem disparitas pemidanaan di Indonesia sangat mungkin terjadi. Potensi ini sangat besar mengingat sistem pengaturan sanksi pidana yang dianut Indonesia berasal dari Belanda melalui penerapan KUHP, dimana dalam sistem pengaturan sanksi pidana tersebut rumusan sanksi/ ancaman pidana dirumuskan dalam bentuk ancaman maksimum.¹¹ Dengan model rumusan demikian maka hakim diberikan kebebasan yang cukup besar untuk menentukan besaran hukuman dalam masing-masing perkara sepanjang tidak melebihi ancaman maksimum tersebut.

Disparitas pidana terkait dengan masalah pemidanaan (*sentencecing* atau *strafstoemaeting*) yang merupakan bagian penting dari hukum pidana karena segala peraturan mengenai hukum pidana pada akhirnya akan berpuncak pada pemidanaan.¹² Pergeseran filsafat pemidanaan dari pembalasan menjadi usaha rehabilitasi dengan mempertimbangkan sejumlah factor individu pelaku kejahatan seringkali menimbulkan permasalahan disparitas pidana dimana belum ditentukan standart atau ukuran penjatuhan pidana dalam hal berat ringannya pidana.

Tindak pidana Korupsi, Kolusi dan Nepotisme tidak hanya dilakukan oleh Penyelenggara Negara, antar Penyelenggara Negara, melainkan juga

¹¹ Peter Jp, Sentencing and Punishment in The Netherlands” dalam Michael Tonry & Richard S Frace, ed. *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford University Press: 2001, hal. 175.

¹² H. Eddy Djunaidi Karnasudirdja, 1983, *Beberapa Pedoman Pemidanaan dan Pengamatan Narapidana*, Jakarta, hlm. 1.

Penyelenggara Negara dengan pihak lain seperti keluarga, kroni dan para pengusaha, sehingga merusak sendi-sendi kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, serta membahayakan eksistensi negara.¹³

Maka ada beberapa hal yang menjadi catatan penting yaitu terkait dengan penerapan sanksi pidana minimum khusus pada perkara tindak pidana korupsi. Hakim dalam menjatuhkan sanksi pidana minimum khusus kepada terdakwa korupsi dengan berbagai pertimbangan dan alat bukti di persidangan tentunya sesuai dengan keyakinan hakim. Permasalahannya adalah keyakinan setiap hakim tidak ada tolak ukur yang jelas dan selain itu tidak adanya pola pidanaan yang jelas juga bagi para hakim untuk menjatuhkan sanksi pidana minimum khusus terhadap terdakwa dalam perkara tindak pidana korupsi. Dalam penerapan sanksi pidana minimum khusus terhadap terdakwa korupsi masih sering tumpang tindih terkait lamanya hukuman maupun besaran denda yang dijatuhkan. Selain itu dari aspek perlindungan hukum masih terdapat ketidakadilan (diskriminasi).

Perbedaan penjatuhan sanksi pidana juga menjadi persoalan hukum dan kebijakan kriminal yang dinilai oleh sejumlah kalangan dapat menghambat upaya pemberantasan tindak pidana korupsi sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana yang diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Untuk lebih menjamin pelaksanaan pemerintahan yang bersih dan bebas korupsi, kolusi, dan nepotisme maka, dibentuknya Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana yang diperbaharui

¹³ Nyoman Serikat Putra Jaya , 2005, *Tindak Pidana Korupsi, Kolusi dan Nepotisme di Indonesia*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, hlm. 2.

dengan Undang- Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 sebagai upaya yang bersifat represif pemeberantasan tindak pidana korupsi. Tindak pidana korupsi merupakan perbuatan yang bukan saja dapat merugikan keuangan negara akan tetapi juga dapat menimbulkan kerugian pada perekonomian rakyat sehingga korupsi dipandang sebagai musuh bersama oleh masyarakat Indonesia.

Bahwa untuk penjatuhan pidana pada delik-delik tertentu, manakah yang harus lebih diprioritaskan antara kepentingan kepastian hukum di satu pihak ataukah kepentingan keadilan di lain pihak. demikian juga, manakah yang harus diprioritaskan antara kepentingan perlindungan masyarakat di satu pihak, dengan kepentingan pembinaan individu pelaku tindak pidana di lain pihak. Hal ini merupakan reaksi dan sikap kritis terhadap beragamnya kasus pidana yang sudah diputuskan oleh lembaga peradilan terhadap perkara-perkara tindak pidana. Tampak luar dari persoalan tersebut adalah munculnya wacana disparitas pidana (*disparity of sentencing*) di antara delik-delik tersebut.

Adanya fakta penjatuhan pembedaan pidana yang sangat mencolok untuk delik-delik yang secara hakiki tidak berbeda kualitasnya, dan adanya keinginan untuk memenuhi tuntutan masyarakat yang menghendaki adanya standar minimal objektif untuk delik-delik tertentu yang sangat dicela dan merugikan atau membahayakan masyarakat dan negara, serta demi untuk lebih mengefektifkan pengaruh prevensi umum (*general prevention*) terhadap delik-delik tertentu yang dipandang membahayakan dan meresahkan

masyarakat, maka lembaga undang-undang kemudian menentukan, bahwa untuk delik-delik tertentu tersebut, di samping ada pidana maksimum khususnya, juga sekaligus ditentukan pidana minimum khususnya. Selanjutnya, Barda Nawawi Arif mengemukakan:

“Apabila dilihat dari sudut sistem pemidanaan, pencantuman jumlah sanksi atau ancaman pidana minimum dalam rumusan delik (aturan khusus) hanya merupakan salah satu sub sistem dari sistem pemidanaan. Oleh karena itu, pidana minimum khusus ini tidak dapat begitu saja ditetapkan atau dioprasionalkan dalam rumusan delik. Untuk dapat ditetapkan, harus ada sub sistem lain yang mengaturnya, yaitu harus ada aturan atau pedoman pemidanaanya”.¹⁴

Mencermati perundang-undangan pidana di luar KUHP yang mencantumkan pidana minimum khusus di dalam rumusan deliknya, maka hanya sedikit yang menyertainya dengan aturan atau pedoman pemidanaan untuk operasionalisasi pidana minimum khusus tersebut. Jumlah yang sedikit tersebut diantaranya adalah Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi. Pasal 12A menyatakan, bahwa pidana minimum khusus tidak dapat diberlakukan untuk tindak pidana korupsi yang nilainya kurang dari Rp 5.000.000,- (lima juta rupiah).

Pidana yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 diatur batas hukuman minimal dan batas hukuman pidana maksimalnya, sehingga mencegah hakim menjatuhkan putusan aneh, yang dirasa tidak adil. Dalam pemberantasan tindak pidana korupsi di Indonesia sangat banyak

¹⁴ Barda Nawawi Arif, 2003, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bakti, hal 134

terjadi ketidakadilan terhadap hukuman yang dijatuhkan kepada terdakwa tindak pidana korupsi. Hal ini disebabkan karena adanya perumusan aturan hukuman minimum yang bilamana dipikir-pikir sangatlah tidak adil. Dalam rumusan Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 yang sudah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, walaupun sudah terjadi perubahan dalam Undang-Undang ini, namun dalam hal pengaturan hukuman minimalnya (*straf minimum rule*) tetap pada rumusan dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999.

Pasal 2 ayat (1):

“Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana penjara dengan penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp. 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah)”.

Pasal 3 berbunyi:

“Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan atau denda paling sedikit Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah)”.

Berdasarkan isi Pasal 2 ayat (1) maupun Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi seperti tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa kedua pasal tersebut memuat unsur delik yang sama, yakni unsur yang dapat merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara dan mengatur ancaman pidana maksimal

umum yang sama yakni pidana penjara seumur hidup dan paling lama 20 (dua Puluh) tahun serta pidana denda maksimal khusus yang sama yakni paling banyak Rp.1.000.000.000,-(satu milyar rupiah). Sedangkan perbedaan unsur delik Pasal 2 ayat (1) dengan unsur delik Pasal 3 Undang-Undang Nomor .31 Tahun 1999 yang dirubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dapat disimpulkan sebagai berikut:

Pasal 2 ayat (1) memuat unsur delik:

- a. Yang secara melawan hukum;
- b. Melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi;

Pasal 3 memuat unsur delik:

- a. Yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi;
- b. Menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan.

Pidana dalam kedua pasal tersebut berbeda dengan prinsip-prinsip yang umum yang terdapat dalam ketentuan-ketentuan pidana umum yang sudah berlaku di Indonesia. Dalam isi Pasal 2 ayat (1), Undang–Undang tersebut adalah adanya larangan bagi setiap orang dengan tidak memandang apakah ia dalam posisi menduduki suatu jabatan tertentu, atau sedang memiliki suatu kewenangan tertentu jika ia terbukti melakukan perbuatan memperkaya kaya diri sendiri atau orang lain, atau koorporasi yang dapat merugikan keuangan Negara maka ia dapat dipidana, dengan Pidana Penjara sekurang-kurangnya 4 (empat) tahun. Sementara itu, dalam isi Pasal 3 yang memuat adanya unsur

menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan, hanya dipidana dengan Pidana Penjara sekurang-kurangnya selama 1 (satu) Tahun.

Perbedaan unsur delik melawan hukum (vide Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi), dengan unsur delik menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan (vide Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 jo. UU No. 29 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi), seperti tersebut di atas dapat diuraikan sebagai berikut : Dalam Hukum pidana delik itu dibagi dua, yaitu “perbuatan dan pertanggung jawaban”.¹⁵

Pada perumusan delik di atas perbuatan adalah memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi dan akibatnya adalah merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara yang untuk unsur delik Pasal 2 ayat (1) didahului dengan “ melawan hukum “ yang dapat diartikan dalam unsur delik ini sebagai tanpa hak untuk menikmati hasil korupsi tersebut selaras dengan putusan HR tanggal 30 Januari 1911, yang mengartikan “Melawan hukum itu tidak mempunyai hak untuk menikmati keuntungan dalam delik penipuan (vide Pasal 378 KUHP)”.

Dalam perundang-undangan unsur melawan hukum disebut dengan bermacam-macam istilah, seperti yang dijelaskan oleh Jonkers (1987-105) bahwa unsur sifat melawan hukum biasanya disebut dengan perkataan “Melawan hukum“ (*Wederechtigke*), tetapi di sana sini Undang-Undang

¹⁵ Evi Hartanti, *Tindak Pidana Korupsi Edisi kedua*, Sinar Grafika, Jakarta tahun 2005, h.17

mempergunakan istilah-istilah lain, seperti dengan tidak berhak, tanpa izin, dengan melampaui kekuasaannya, tanpa memperhatikan cara yang ditentukan dalam undang-undang umum. Mengenai sifat melawan hukum, yaitu bahwa dalam ilmu hukum dikenal dua macam sifat melawan hukum (*Wederrechtelijkeheid*), yaitu sifat melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijkeheid*), dan sifat melawan hukum formal (*formale wederrechtelijkeheid*).¹⁶

Sifat melawan hukum materiil (*materiele wederrechtelijkeheid*) adalah merupakan sifat melawan hukum yang luas, yaitu melawan hukum itu sebagai suatu unsur yang tidak hanya melawan hukum tertulis saja, tetapi juga hukum yang tidak tertulis (dasar-dasar hukum pada umumnya). Jadi walaupun Undang-Undang tidak menyebutkannya, maka melawan hukum adalah tetap merupakan unsur delik dari tiap tindak pidana. Sedangkan sifat melawan hukum formal (*formale wederrechtelijkeheid*) adalah merupakan unsur dari hukum positif yang tertulis saja sehingga ia baru merupakan unsur delik dari pada tindak pidana apabila dengan tegas disebutkan dalam rumusan tindak pidana. Menganut ajaran melawan hukum formil bahwa suatu tindak pidana hanyalah dapat dianggap tidak berlawanan dengan hukum dan oleh karenanya dapat dilepaskan dari sanksinya, apabila di dalam Undang-Undang tersedia dasar-dasarnya yang dapat melepaskan yang berbuat itu dari sanksi dalam perbuatannya.¹⁷

¹⁶ Bassar, M. Sudrajat. 1986. *Tindak-tindak Pidana Tertentu Dalam Kitab Undangundang Hukum Pidana*. Bandung: Remadja Karya CV.

¹⁷ Ibid, hlm.11.

Jika tidak terdapat pengecualian-pengecualian di dalam Undang-Undang terhadap berlakunya sanksi atas tindak pidana itu, maka menurut Simon, Hakim tidak boleh tidak harus mengukum orang itu. Pengertian sifat melawan hukum yang materiil itu perlu dibedakan dalam:

“Fungsinya yang negatif, ajaran ini mengakui kemungkinan adanya hal-hal yang ada diluar undang-undang menghapus sifat melawan hukumnya perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang. Dan fungsinya yang positif, ajaran ini menganggap sesuatu perbuatan tetap sebagai suatu delik, meskipun tidak nyata diancam dengan pidana dalam undang-undang, apabila bertentangan dengan hukum atau ukuran lain diluar undang-undang.¹⁸

Berdasarkan uraian para ahli hukum seperti tersebut di atas, mengenai persoalan melawan hukumnya perbuatan dapat kiranya disimpulkan, bahwa apabila suatu perbuatan itu memenuhi rumusan delik, maka itu merupakan indikasi bahwa perbuatan itu bersifat melawan hukum. Akan tetapi sifat itu hapus apabila diterobos dengan adanya alasan pembenar. Bagi mereka yang menganut ajaran sifat melawan hukum formil alasan pembenar itu hanya boleh diambil dari hukum positif yang tertulis sedang penganut sifat melawan hukum materiil alasan itu boleh diambil dari luar hukum yang tertulis. Hukum pidana Indonesia sendiri menganut pendirian sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif, maka kalau unsur melawan hukum disebut dalam unsur delik, maka suatu konsekuensinya adalah melawan hukum itu haruslah dibuktikan. Hal ini adalah sebagai konsekuensi dari asas legalitas. Berkaitan dengan asas legalitas, Oemar Seno Adji mengemukakan bahwa:

“Asas legalitas, sebagai salah satu ciri khas negara hukum yang telah menjadi sumber hukum positif merupakan suatu *palladium* dari

¹⁸ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni Bandung, tahun 1990, h.73

kepastian hukum. Ia tidak mempunyai sifat retroaktif dan mempunyai kekuatan untuk waktu sesudah perbuatan itu dilakukan, mempunyai kekuatan temporal, memperkenalkan adanya interpretasi ekstensif dan melarang analogi itu, dirumuskan oleh ilmu hukum sebagai “*Nullum delictum, nulla poena sine previa legal poenali*” yang terkenal.”¹⁹

Melawan hukum menurut penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, diartikan sebagai perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana (sifat melawan hukum formil dan materiil dalam fungsi positif), namun penjelasan tersebut telah dianggap tidak berlaku lagi dengan dikeluarkannya putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006 yang memutuskan:

“ Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2001 Nomor 134, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4150) sepanjang frasa yang berbunyi, “Yang dimaksud dengan secara melawan hukum dalam pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam

¹⁹ Oemar Seno Adji, *Korupsi dan Hukum Pidana, Kantor Pengacara & Konsultan Hukum . Oemar seno Adji dan Rekan*, Cetakan ke 2 tahun 1985, h. 23.

peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak Sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan social dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana”bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”.

Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 1999 sepanjang frasa yang berbunyi , yang dimaksud dengan secara melawan hukum dalam pasal ini mencakup perbuatan melawan hukum dalam arti formil maupun dalam arti materiil, yakni meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat, maka perbuatan tersebut dapat dipidana” tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.²⁰

Unsur delik Pasal 3 “Menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan”, R. Wiyono memberikan pengertian “Menggunakan kewenangan, kesempatan, atau sarana yang melekat pada jabatan atau kedudukan yang dijabat atau yang diduduki oleh pelaku tindak pidana korupsi, untuk tujuan lain dari maksud diberikannya kewenangan, kesempatan atau sarana tersebut”.²¹ Adami Chazzawi memberikan definisi tentang “Menyalahgunakan kewenangan sebagai perbuatan yang dilakukan oleh orang yang sebenarnya berhak untuk melakukannya tetapi dilakukan secara salah dan bertentangan dengan hukum

²⁰ Putusan Judicial Review Mahkamah Konstitusi Nomor. 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006.

²¹ Wiyono, R. *Pembahasan Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta, 1999, h.43.

atau kebiasaan”.²² Sedangkan Leden Marpaung, “Menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan, dimaksudkan bahwa, yang bersangkutan melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hak dan Kewajibannya “.²³

Berdasarkan uraian pengertian menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan, dari para ahli hukum tersebut, kiranya dapat ditarik kesimpulan bahwa perbuatan menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan, merupakan bagian dari perbuatan melawan hukum, atau dengan kata lain menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan, adalah perbuatan melawan hukum juga. Pengertian memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi (vide unsur delik Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001) tidak diberikan penjelasan atas unsur delik pasal tersebut, demikian juga pengertian menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi (vide unsur delik Pasal 3 UU No. 31 Tahun 1999 jo. UU No. 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi). Memperkaya diri dengan dua sudut pandangan, yakni:

“Secara teoritis, unsur memperkaya diri diartikan bertambah kekayaannya atau pelaku berpola hidup mewah tanpa hak di dalam menikmati hasil korupsinya dalam kehidupan sehari-harinya, tetapi dalam praktek setiap tindakan dari subyek hukum yang menimbulkan kerugian negara, baik itu karena tanda tangan, pemindahan buku, mengambil, menyerahkan, menyimpan diluar prosedur yang berlaku, maka perbuatan tersebut dapat

²² Adami Chazzawi, *Hukum Pidana Materiil dan Formil Korupsi di Indonesia*, Bayumedia Publishing, Jakarta, 2001, h. 14.

²³ Leden Marpaung, *Tindak Pidana Korupsi*, Djambatan Jakarta, h. 3.

dipandang sebagai perbuatan memperkaya diri. Sedangkan untuk menguntungkan diri atau orang lain atau suatu korporasi, diartikan pelaku memperoleh fasilitas atau kemudahan sebagai akibat dari perbuatan menyalahgunakan wewenang atau prosedur.”²⁴

Perbedaan unsur delik melawan hukum (vide Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 jo. Undang-Undang nomor 20 Th 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, dengan unsur delik menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan (vide Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi).

Kiranya dapat penulis simpulkan bahwa unsur delik menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan (vide Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi) telah termuat dalam unsur melawan hukum (vide Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi), demikian juga terhadap perbedaan unsur delik memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi (vide Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang nomor 31 tahun 1999 jo. Undang-Undang nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi), dengan unsur delik menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi (vide Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi), maka kiranya dapat disimpulkan bahwa unsur delik Pasal 3

²⁴ Marwan Effendy.loc.cid.

tentang menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, adalah identik dengan unsur Pasal 2 tentang memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi.

Sebagaimana telah diterangkan sebelumnya, bahwa menurut penjelasan umum Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, ancaman pidana minimum khusus dan pidana denda minimum khusus merupakan salah satu bentuk pemberatan ancaman pidana terhadap pelaku tindak pidana korupsi. Ancaman pidana minimum khusus Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 31 Th 1999 jo. Undang-Undang No. 20 Th 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi adalah pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan pidana denda minimum khusus paling sedikit Rp. 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah), sedangkan ancaman pidana minimum khusus Pasal 3 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 jo. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 adalah pidana penjara paling singkat 1 (satu) tahun dan pidana denda minimum khusus paling sedikit Rp. 50.000.000,- (lima puluh juta rupiah).

Penjatuhan pidana Pasal 2, hakim tidak bisa menjatuhkan pidana kurang dari ancaman pidana minimal khusus yakni paling singkat 4 (empat) tahun, dan terhadap penjatuhan pidana Pasal 3 hakim tidak bisa menjatuhkan pidana kurang dari ancaman pidana minimal khusus yakni paling singkat 1 (satu) tahun, sedangkan terhadap ancaman pidana maksimal khusus terhadap Pasal 2 dengan Pasal 3 adalah sama yakni pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling banyak Rp. 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah).

Beberapa uraian perbedaan ancaman pidana minimal khusus yang diatur dalam Pasal 2 dengan Pasal 3 dan persamaan ancaman pidana maksimal khusus yang sama, maka jelas penjatuhan pidananya akan menjadi lebih berat dalam Pasal 2 karena batasan hakim untuk menjatuhkan pidana adalah antara 4 (empat) tahun sampai dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun, sedangkan Pasal 3 batasan hakim untuk menjatuhkan pidana adalah antara 1 (satu) tahun sampai dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling lama 20 (dua puluh) tahun. Dengan Kenyataan yang demikian memberikan keleluasaan bagi aparat penegak hukum khususnya jaksa dan hakim untuk membuktikan dan menjatuhkan pidana terhadap pelaku tindak pidana korupsi berdasarkan Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 3 yang notabene ancaman pidana minimum khusus dan denda minimum khusus yang berbeda dalam satu perbuatan yang rumusan unsur deliknya sejenis, sehingga keadaan yang demikian telah menimbulkan disparitas pidana. Sepintas terlihat bahwa disparitas pidana merupakan bentuk dari ketidakadilan yang dilakukan oleh jaksa dan hakim kepada para pencari keadilan.

Dalam perkara tindak pidana korupsi, dapat kita jumpai perkaranya sama namun putusannya berbeda, yaitu dalam perkara pidana Nomor:14/Pid.Sus/2012/PN.Tipikor.Smg dengan terdakwa atas nama Yanuelva Etliana, S.E Binti Abu Hanifah dan Perkara Nomor:22/Pid.Sus/2012/PN.Tipikor.Smg terdakwa atas nama AHMADUN, S.E. Bin Abdul Rosyid, terhadap terdakwa atas nama Yanuelva Etliana, S.E Binti Abu Hanifa telah dinyatakan bersalah melakukan tindak pidana korupsi

sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang 20 Tahun 2001 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, dengan pidana penjara selama 15 tahun, denda sebesar Rp. 500.000.000 (lima ratus juta rupiah).²⁵ Sedangkan untuk terdakwa AHMADUN, S.E. Bin Abdul Rosyid dijatuhi pidana penjara sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 3 Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang 20 Tahun 2001 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, dengan pidana penjara selama 5 tahun, denda sebesar Rp.50.000.000 (lima puluh juta rupiah).²⁶

Jika melihat fenomena tersebut diatas, masyarakat tentunya akan membandingkan putusan hakim secara general dan menemukan bahwa terhadap pelaksanaan ataupun penerapan pidana telah terjadi perbedaan dalam penegakan hukum di Indonesia, dan perbedaan pidana ini pun membawa problematika tersendiri dalam penegakan hukum di Indonesia. Di satu sisi penjatuhan pidanaan merupakan bentuk dari diskresi hakim dalam menjatuhkan putusan, tapi di sisi lain penjatuhan pidana yang berbeda dalam perkara yang sifat dan bentuk kejahatannya sama ini pun membawa ketidakpuasan bagi terpidana bahkan masyarakat pada umumnya.

Muncul pula kecemburuan sosial dan juga pandangan negatif oleh masyarakat pada institusi peradilan, yang kemudian diwujudkan dalam

²⁵ Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Semarang dalam Perkara No.14/Pid.Sus/2012/PN.Tipikor.Smg, tanggal 01 Nopember 2012, hal. 420.

²⁶ Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Semarang dalam Perkara No.22/Pid.Sus/2012/PN.Tipikor.Smg, tanggal 04 Juli 2012, hal. 180.

bentuk ketidak pedulian pada penegakan hukum dalam masyarakat. Kepercayaan masyarakat pun semakin lama semakin menurun pada peradilan, sehingga terjadilah kondisi di mana peradilan tidak lagi dipercaya atau dianggap sebagai rumah keadilan bagi mereka atau dengan kata lain terjadi kegagalan dari sistem peradilan pidana.

Keadaan tersebut diatas tentu menimbulkan inkonsistensi putusan peradilan dan juga bertentangan dengan konsep *rule of law* yang dianut oleh negara kita, di mana pemerintahan diselenggarakan berdasarkan hukum dan didukung dengan adanya lembaga yudikatif yakni institusi peradilan untuk menegakkan hukum, apa jadinya jika masyarakat tidak lagi percaya pada penegakan hukum di Indonesia. Tidak sampai di situ saja, konsep *equality before the law* yang menjadi salah satu ciri negara hukum pun masih perlu dipertanyakan terkait dengan realita yang ada, dimana perbedaan putusan penjatuhan pidana tampak begitu nyata dalam penegakan hukum. Fakta tersebut merupakan bentuk dari perlakuan peradilan yang tidak sama terhadap sesama pelaku tindak pidana sejenis yang kemudian diberikan hukuman yang berbeda.

Keberhasilan suatu penegakan hukum dalam perkara tindak pidana korupsi, semata-mata bukan dari banyaknya kasus korupsi yang diajukan ke persidangan, atau bukan dari lamanya koruptor di pidana penjara, melainkan hal yang paling penting adalah berapa besar kerugian negara yang dapat dikembalikan kepada negara. Dalam hukum positif Indonesia juga juga tersirat melalui Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 jo Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang pemberantasan tindak pidana korupsi. Aspek

substansial nuansa hukum perdata tersebut eksis dalam rangka pengembalian kerugian keuangan negara dari pelaku tindak pidana korupsi.

Dalam praktiknya pengembalian kerugian negara yang telah dilakukan oleh terdakwa dapat masuk dalam pertimbangan hakim pada hal-hal yang meringankan terdakwa, kadang kala juga dapat memperingan hukuman terdakwa, namun belum dapat dijadikan acuan ataupun dasar oleh hakim untuk menjatuhkan pidana dibawah minimal khusus sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang No. 31 tahun 1999 jo Undang-Undang No. 20 tahun 2001 tentang pemberantasan tindak pidana korupsi. Contohnya dalam perkara tindak pidana korupsi Nomor: 140/Pid.Sus-Tpk/ 2016/Pn. Smg, tanggal 29 Maret 2017, terdakwa atas nama Hj. Utami, terdakwa telah mengembalikan kerugian negara dan kemudian telah diputus selama 1 (satu) tahun penjara.²⁷ Perkara Nomor: 89/Pid.Sus-Tpk/ 2015/Pn. Smg, tanggal 18 November 2015, terdakwa atas nama Azka Najib, terdakwa telah mengembalikan kerugian negara dan kemudian telah diputus selama 1 (satu) tahun 6 (enam) bulan penjara.²⁸

Berdasarkan uraian tersebut, penulis tertarik untuk melakukan penelitian yang berjudul **“REKONSTRUKSI KEBIJAKAN FORMULASI ANCAMAN PIDANA MINIMAL KHUSUS SEBAGAI UPAYA PENANGGULANGAN TINDAK PIDANA KORUPSI.**

²⁷ Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Semarang dalam Perkara No.140/Pid.Sus-Tpk/2016/PN.Smg.Smg, tanggal 29 Maret 2017.

²⁸ Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Semarang dalam Perkara No.89/Pid.Sus-Tpk/2015/PN.Smg.Smg, tanggal 18 November 2015.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang yang ada, maka permasalahan yang diangkat dalam disertasi ini adalah sebagai berikut :

1. Bagaimana kebijakan formulasi ancaman minimal khusus sebagai upaya penanggulangan tindak pidana korupsi dalam hukum positif saat ini?
2. Bagaimana kebijakan aplikasi ancaman minimal khusus dalam proses peradilan di pengadilan tindak pidana korupsi saat ini?
3. Bagaimana rekonstruksi kebijakan formulasi ancaman pidana minimal khusus sebagai upaya penanggulangan tindak pidana korupsi yang akan datang?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan permasalahan yang telah dikemukakan diatas, maka tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah:

1. Untuk menganalisis kebijakan formulasi ancaman minimal khusus sebagai upaya penanggulangan tindak pidana korupsi dalam hukum positif saat ini.
2. Untuk menganalisis kebijakan aplikasi ancaman minimal khusus dalam proses peradilan di pengadilan tindak pidana korupsi saat ini.
3. Untuk melakukan rekonstruksi kebijakan formulasi ancaman pidana minimal khusus sebagai upaya penanggulangan tindak pidana korupsi yang akan datang.

D. Manfaat Penelitian

Adapun hasil penelitian ini di hararapkan dapat berguna baik secara teoritis maupun secara praktis:

1. Secara teoritis hasil penelitian ini diharapkan memberikan teori baru ataupun konsep baru dalam pelaksanaan penerapan pidana minimal khusus dalam perkara tindak pidana korupsi.
2. Secara praktis, manfaat penelitian ini adalah diharapkan dapat membantu dan memberikan masukan kepada DPR RI, Presiden Republik Indonesia serta kepada Mahkamah Agung guna membuat suatu peraturan presiden atau surat edaran mahkamah agung ataupun melakukan perubahan Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi serta sebagai sumbangan pemikiran bagi aparat penegak hukum khususnya bagi hakim dalam penjatuhan pidana perkara tindak pidana korupsi.

E. Kerangka Konseptual

1. Pengertian Rekonstruksi

Pembaharuan atau rekonstruksi secara terminologi memiliki berbagai macam pengertian, dalam perencanaan pembangunan nasional sering dikenal dengan istilah *rekonstruksi*. Rekonstruksi memiliki arti bahwa “*re*” berarti pembaharuan sedangkan, *konstruksi*” sebagaimana penjelasan diatas memiliki arti suatu system atau bentuk. Beberapa pakar mendefinisikan rekontruksi dalam berbagai interpretasi B.N Marbun

mendefinisikan secara sederhana penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula²⁹, sedangkan menurut James P. Chaplin *Reconstruction* merupakan penafsiran data psikoanalitis sedemikian rupa, untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.³⁰

Merekonstruksi adalah membentuk kembali, membangun kembali dapat berupa fakta-fakta ataupun ide-ide atau melakukan *remodel*. Rekonstruksi berasal dari kata *reconstruction* yang diberi pengertian tentang penyusunan kembali, pembangunan kembali atau menata ulang dan dapat juga diberikan reorganisasi. Pengertian rekonstruksi (*reconstruction*) adalah sebagai “*the act or process of building recreating, reorganizing something*”.³¹

Rekonstruksi ialah kegiatan pemugaran untuk membangun kembali dan memperbaiki seakurat mungkin bangunan dan lingkungan yang hancur akibat bencana alam, bencana lainnya, rusak akibat terbengkalai atau keharusan pindah lokasi karena salah satu sebab yang darurat, dengan menggunakan bahan yang tersisa atau terselamatkan dengan penambahan bahan bangunan baru dan menjadikan bangunan tersebut layak fungsi dan memenuhi persyaratan teknis.³²

²⁹ B.N. Marbun, 1996, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm.469.

³⁰ James P. Chaplin, 1997, *Kamus Lengkap Psikologi*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm.421.

³¹ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Publising Co, Edisi ke-enam, Minnessotta, 1990, hlm. 1272.

³² UNESCO, PP, 2005, hlm 36.

Salah satunya seperti yang disebutkan rekonstruksi itu mencakup tiga poin penting, yaitu pertama, memelihara inti bangunan asal dengan tetap menjaga watak dan karakteristiknya. Kedua, memperbaiki hal-hal yang telah runtuh dan memperkuat kembali sendi-sendi yang telah lemah. Ketiga, memasukkan beberapa pembaharuan tanpa mengubah watak dan karakteristik aslinya. Dari sini dapat dipahami bahwa pembaharuan bukanlah menampilkan sesuatu yang benar-benar baru, Namun demikian lebih tepatnya merekonstruksi kembali kemudian menerapkannya dengan realita saat ini.³³

Berdasarkan uraian di atas maka dapat peneliti simpulkan maksud rekonstruksi dalam penelitian ini adalah pembaharuan system atau bentuk. Berhubungan dengan *rekonstruksi* perencanaan program legislasi daerah maka yang perlu dibaharui adalah system perencanaan yang lama digantikan dengan aturan main yang baru. Rekonstruksi tersebut inilah yang nantinya akan menjadi pedoman atau panduan dalam perencanaan pembuatan rancangan peraturan daerah.

2. Kebijakan Formulasi Hukum Pidana

Dalam bukunya *ilmu hukum*, Satjipto Rahardjo berpendapat, bahwa dalam menjalankan fungsinya sebagai pengatur kehidupan bersama manusia, hukum harus menjalani suatu proses yang panjang dan melibatkan berbagai aktifitas dengan kualitas yang berbeda-beda. Dalam garis besarnya aktifitas tersebut berupa pembuatan hukum dan penegakan

³³ Yusuf Qardhawi dalam *Problematika Rekonstruksi Ushul Fiqih*, 2014 Al-Fiqh Al-Islâmî bayn Al-Ashâlah wa At-Tajdîd, Tasikmalaya.

hukum.³⁴ Seiring dengan berkembangnya waktu, dalam menjembatani berbagai kepentingan yang semakin dinamis dan semakin kompleks. Hukum tertulis akan terus berubah sesuai dengan perkembangan zaman dan perkembangan manusia. Dikatakan Sudarto, bahwa sumber hukum pidana ada yang tertulis dan ada yang tidak tertulis (hukum pidana adat). Agar supaya orang dapat mengetahui bagaimana hukumnya tentang suatu persoalan, maka aturan hukum itu harus dirumuskan.³⁵

Proses perumusan suatu tingkah laku menjadi katagori kejahatan dalam hukum tampaknya sederhana, demikian Muhammad Mustofa berpendapat, selanjutnya dinyatakan pula bahwa dalam kenyataannya proses tersebut berjalan penuh dinamika, terjadi tarik ulur antara pihak yang berkepentingan untuk merumuskan suatu tingkah laku sebagai tindakan kejahatan. Dinamika tersebut merupakan proses politik, yang di Indonesia menurut Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, perumusan suatu pelanggaran nilai dan norma kedalam rumusan hukum merupakan tugas dari lembaga legislatif (DPR dan DPD) bekerja sama dengan lembaga eksekutif (Pemerintah). Meskipun secara teoritis suatu hukum yang dirumuskan oleh suatu negara merupakan pencerminan aspirasi warga negaranya, dalam praktik perumusan tersebut sangat dipengaruhi oleh kepentingan kelompok-kelompok yang terlibat dalam

³⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 175-176.

³⁵ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto d/a Fakultas Hukum Undip, Semarang, 1990, hlm.50.

proses pembuatan hukum, yaitu partai-partai politik dan kelompok-kelompok kepentingannya.³⁶

Keseluruhan tahap kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana menurut Barda Nawawi Arief, bahwa tahap kebijakan formulasi merupakan tahap kebijakan yang paling strategis. Pada tahap formulasi inilah disusun semua “perencanaan” (*planning*) penanggulangan kejahatan dengan sistem hukum pidana. Keseluruhan sistem hukum pidana yang dirancang itu, pada intinya mencakup pada tiga masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu masalah perumusan tindak pidana (kriminalisasi), pertanggung-jawaban pidana, aturan pidana dan pemidanaan.³⁷

Pembaharuan hukum pidana menurut Barda Nawawi Arief pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Secara singkat bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*), dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value-oriented approach*).³⁸

³⁶ Muhammad Mustofa, *Kriminologi Kajian Sosiologi Terhadap Kriminalitas, Perilaku Menyimpang dan Pelanggaran Hukum*, Fisip UI Press, 2007, hlm.23.

³⁷ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, hlm. 223.

³⁸ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, 2011, halm. 29.

3. Pengertian Tindak Pidana

Secara sosiologis masyarakat pada umumnya menaati ketentuan hukum pidana hanya sebagian kecil saja yang melanggarnya sering disebut sebagai tersangka atau pembuat. Besar kecilnya pelanggaran itu ditentukan oleh ruang, waktu dan tempat orangnya.

Hukum pidana itu sendiri meliputi pidana materiil dan pidana formil atau hukum acara pidana. Hukum pidana materiil merupakan isi atau substansi dari hukum pidana itu. Disini hukum pidana bermakna abstrak atau dalam keadaan diam. Sedangkan hukum pidana formil atau hukum acara pidana bersifat nyata atau konkrit. Disini hukum pidana formil dalam keadaan bergerak atau dijalankan atau berada dalam suatu proses. Oleh karena itu, hukum pidana formil disebut juga hukum acara pidana.³⁹

Istilah hukuman adalah istilah ilmu untuk segala macam sanksi baik perdata, administratif, disiplin, dan pidana. Secara sempit istilah pidana diartikan sebagai yang berkaitan dengan hukum pidana. Dalam gugatan perdata pada umumnya, pertanyaan timbul mengenai berapa besar tergugat telah merugikan penggugat dan kemudian pemilihan apa jika ada yang sepadan untuk mengganti kerugian penggugat. Dalam perkara pidana berlaku sebaliknya, seberapa jauh terdakwa merugikan masyarakat dan pidana apa yang perlu dijatuhkan kepada terdakwa karena telah melanggar hukum pidana.⁴⁰

³⁹ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta, Rineka Cipta, 1994, hlm. 2.

⁴⁰ Andi Hamzah, *Ibid*, hlm. 16.

Nullum delictum nulla poena sine preevia legi poenali. Tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya. *Nullum crimen sine lege stricta,* Tidak ada delik tanpa ada ketentuan yang tegas. Dari pernyataan tersebut dapat disimpulkan bahwa:

- a. Jika sesuatu perbuatan yang dilarang atau pengabaian sesuatu yang diharuskan dan diancam dengan pidana, maka perbuatan atau pengabaian tersebut harus tercantum dalam undang-undang pidana.
- b. Ketentuan tersebut tidak boleh berlaku surut, dengan satu pengecualian yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (2) KHUPidana.⁴¹

Sehingga sangatlah jelas, bahwa aturan hukum pidana itu harus diterapkan sesuai dengan peraturan yang ada. Moeljatno menyebutkan bahwa asas legalitas harus diterapkan dalam setiap pengambilan keputusan pidana.⁴²

Hukum pidana Belanda memakai istilah *strafbaar feit* atau terkadang juga *delict* yang berasal dari bahasa Latin *delictum*. Hukum pidana negara Anglo-Saxon memakai istilah *offense* atau *criminal act* untuk maksud yang sama. Oleh karena itu KUHPidana Indonesia bersumber pada WS Belanda, maka istilah aslinya pun sama yaitu *strafbaar feit*, itu masuk ke dalam bahasa Indonesia. Dalam kepustakaan

⁴¹ Pasal 1 ayat (2) KUHPidana berbunyi: Bilamana ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkannya.

⁴² Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Dalam Hukum Pidana* (Yogyakarta: Yayasan Penerbit Gajah Mada, 1959), hlm. 25.

hukum pidana Indonesia, istilah tindak pidana merupakan terjemahan dari istilah Bahasa Belanda *strafbaar feit*.⁴³

Dalam bahasa Belanda, *strafbaar feit* mempunyai dua unsur pembentukan kata, yaitu *strafbaar* dan *feit*. Kata *feit* dalam bahasa Belanda berarti “sebagian dari kenyataan”, sedangkan *strafbaar* berarti “dapat hukuman”. Secara harfiah, perkataan *strafbaar feit* adalah sebagian dari kenyataan yang dapat dihukum. Oleh karena itu, kelak akan diketahui bahwa yang dapat dihukum adalah manusia sebagai pribadi bukan kenyataan, perbuatan atau tindakan.

Menurut E. Utrecht, pengertian *strafbaar feit* adalah “Suatu peristiwa pidana berupa delik, karena peristiwa itu suatu perbuatan handelen atau doen-positif atau suatu melalaikan nalaten-negative, maupun akibatnya (keadaan yang ditimbulkan karena perbuatan atau melalaikan itu). Peristiwa pidana merupakan suatu peristiwa hukum (*rechtsfeit*), yaitu peristiwa kemasyarakatan yang membawa akibat yang diatur oleh hukum.”⁴⁴

Pompe mengartikan *strafbaar feit* adalah “Suatu pelanggaran norma atau gangguan terhadap tertib hukum yang dengan sengaja atau tidak sengaja telah dilakukan oleh seseorang pelaku, dimana penjatuhan hukuman terhadap pelaku itu adalah penting demi terpeliharanya tertib hukum dan terjaminnya kepentingan umum”.⁴⁵

⁴³ Hermein Hadiati Koeswadji, *Pengantar Hukum Pidana* (Malang: UMM Press, 2004), hlm. 31.

⁴⁴ Utrecht, *Hukum Pidana II* (Bandung: Universitas, 1965), hlm. 15.

⁴⁵ Pompe, WJP, “*Hanboek Van Het Nederlands Strafrecht*” dalam Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta, Bima Aksara, 1987, hlm. 23.

Menurut Sudarto, pemakaian istilah *strafbaar feit* adalah bermacam-macam, dan hal tersebut tidak menjadi soal, asal diketahui apa yang dimaksud dengan istilah tersebut dan apa isi dari pengertian itu. Penggunaan istilah dari tindak pidana yang dipakai oleh Sudarto dalam menterjemahkan *strafbaar feit* adalah didasarkan atas pertimbangan yang bersifat sosiologis.⁴⁶ Dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum. Jadi, meskipun perbuatannya memenuhi rumusan delik (an objective of penal provision), namun hal tersebut belum memenuhi syarat untuk penjatuhan pidana, maka tidak dapat dijatuhi pidana, serta untuk pidana masih perlu adanya syarat bahwa orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (*subjective built*), disini berlaku “tiada pidana tanpa kesalahan”.

Lebih jauh Moeljatno⁴⁷ memberikan batasan *strafbaar feit* adalah “perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan yang mana disertai sanksi berupa pidana tertentu bagi barang siapa yang melanggar aturan tersebut. Dapat juga dikatakan bahwa perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang hukum dan diancam pidana asal saja dalam hal itu diingat bahwa larangan ditujukan pada perbuatan (yaitu kejadian atau keadaan yang ditimbulkan oleh kelakuan orang), sedangkan ancaman pidananya ditunjukkan pada orang yang menimbulkan kejahatan.

⁴⁶ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung, Alumni, 1983, hlm. 30.

⁴⁷ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana Indonesia* (Jakarta; Bina Aksara, 1987) hlm. 28.

4. Pengertian Korupsi

Menurut asal katanya, korupsi berasal dari bahasa latin, yaitu “*corruption*” yang dalam bahasa inggris menjadi *corruption* yang diterjemahkan dalam bahasa Indonesia menjadi Korupsi. Secara harfiah korupsi mengandung arti jahat, busuk atau kecurangan.⁴⁸ Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 jo Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang perubahan atas Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 menyebutkan tentang definisi korupsi sebagai berikut:

- a. Setiap orang yang secara melawan hukum melakukan perbuatan yang memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.
- b. Setiap orang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara.

Menurut kamus bahasa besar Indonesia pengertian korupsi adalah sebagai berikut “penyelewengan atau penggelapan (uang Negara atau perusahaan) dan sebagainya untuk kepentingan pribadi atau orang lain.⁴⁹ Muhammad Ali dalam kamus lengkapnya mendefinisikan korupsi sebagai berikut” Korupsi adalah suatu perbuatan busuk yang suka menerima uang/

⁴⁸ John M Echolas dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia* (Jakarta; Gramedia Pustaka Utama, 1995), hlm. 149.

⁴⁹ *Kamus Besar Bahasa Indonesia* (Jakarta; Balai Pustaka, 1989), hlm.783.

sogok, memakai kekuasaan untuk kepentingan sendiri, sedangkan Koruptor adalah orang yang melakukan korupsi tersebut.⁵⁰

5. Pengertian Keadilan

Adil disini berarti keadaan yang seimbang, sedangkan menurut Kahar Masyhur:

- a. Adil adalah meletakkan sesuatu pada tempatnya
- b. Adil adalah menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang
- c. Adil adalah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak, dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggarannya.⁵¹

Keadilan adalah pemenuhan keinginan individu dalam suatu tingkat tertentu. Keadilan yang paling besar adalah pemenuhan keinginan sebanyak-banyaknya orang.⁵² John Rawls mengemukakan bahwa pada awalnya terdapat 2 (dua) prinsip keadilan sebagai berikut:

- (i) *pertama*: prinsip yang mensyaratkan adanya kesamaan dalam hak-hak dan kewajiban-kewajiban dasar/asasi; dan

⁵⁰ Muhammad Ali, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia Modern* (Jakarta; Pustaka Amani, 1989), hlm. 510.

⁵¹ Kahar Masyhur, *Membina Moral dan Ahlak, Kalam Mulia*, Jakarta, 1985, hlm. 71.

⁵² Jimly Asshiddiqie, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum, Konstitusi Press (konpres)*, Jakarta, 2012, h, 17.

- (ii) *kedua*: prinsip yang mengakui bahwa perbedaan sosial dan ekonomi masih merupakan sesuatu yang adil sepanjang perbedaan tersebut memberikan keuntungan bagi setiap orang.⁵³

Keadilan menurut hukum islam adalah kata jadian dari kata “adil” yang di ambil dari bahasa arab ‘adl, kamus-kamus bahasa arab menginformasikan bahwa kata ini pada mulanya berarti “sama” atau persamaan.” yang merupakan makna asal kata “adil” itulah yang menjadikan pelakunya”tidak berpihak” dan pada dasarnya pula seorang yang adil “berpihak kepada yang benar”, karena baik yang benar maupun yang salah sama-sama harus memperoleh haknya, dengan demikian ia melakukan sesuatu yang patut lagi tidak sewenang-wenang.⁵⁴

F. Kerangka Teori Disertasi

Kerangka teori dalam penelitian hukum sangat diperlukan untuk membuat jelas nilai-nilai oleh postulat-postulat hukum sampai kepada landasan filosofisnya yang tertinggi⁵⁵. Teori hukum sendiri boleh disebut sebagai kelanjutan dari mempelajari hukum positif, setidak-tidaknya dalam urutan yang demikianlah itulah kita merekonstruksikan kehadiran teori hukum secara jelas⁵⁶. Berdasarkan hal tersebut, maka kerangka teori dapat diartikan sebagai kerangka pemikiran atau butir-butir pendapat, teori, disertasi si penulis mengenai sesuatu kasus ataupun permasalahan (*problem*),

⁵³ John Rawls, “A Theory of Justice (1972)” dalam *Materi Kuliah Program Sarjana Hukum Filsafat Hukum Jilid 1*, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008, h, 466.

⁵⁴ M. Quraish Shihab, *Wawasan Al Qur’an, Tafsir Maudhu’I atas berbagai persoalan umat*, Cet. XII, Bandung, Mizan, 2001, hlm. 111.

⁵⁵ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, hlm. 254.

⁵⁶ *Ibid*, hlm. 253.

yang menjadi bahan perbandingan, pegangan yang mungkin disetujui atau tidak disetujui⁵⁷, yang merupakan masukan eksternal dalam penelitian ini.

Oleh sebab itu, kerangka teoritis bagi suatu penelitian mempunyai beberapa kegunaan sebagai berikut⁵⁸ :

1. Teori tersebut berguna untuk lebih mempertajam atau lebih mengkhhususkan fakta yang hendak diselidiki atau diuji kebenarannya.
2. Teori sangat berguna dalam mengembangkan sistem klasifikasi fakta, membina struktur-struktur konsep-konsep serta memperkembangkan defenisi-defenisi.
3. Teori biasanya merupakan suatu ikhtisar dari pada hal-hal yang telah diketahui serta diuji kebenarannya yang menyangkut objek yang diteliti.
4. Teori memberikan kemungkinan pada prediksi fakta mendatang, oleh karena telah diketahui sebab-sebab terjadinya fakta tersebut dan mungkin faktor-faktor tersebut akan timbul lagi pada masa-masa mendatang.

1. Teori Keadilan Sebagai Grand Theory

a. Teori Keadilan Secara Umum

Keadilan merupakan salah satu tujuan selain kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Hakekat hukum bertumpu pada ide keadilan dan kekuatan moral. Ide keadilan tidak pernah lepas dari kaitannya

⁵⁷ M. Solly Lubis, *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1994, h, 80.

⁵⁸ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1986, h, 121.

dengan hukum, sebab membicarakan hukum secara jelas atau samar-samar senantiasa merupakan pembicaraan tentang keadilan pula.⁵⁹

Konsep hukum membuktikan bahwa (1) konsep hukum tidak statis (2) konsep hukum bersifat relatif dan seirama dengan tingkat peradaban masyarakat (3) konsep hukum tidak bebas nilai bahkan dipengaruhi faktor-faktor non hukum seperti faktor politik, faktor ekonomi dan aspirasi masyarakat (4) konsep hukum berintikan nilai-nilai (values) mengenai baik dan buruk, adil dan tidak adil, pasti dan tidak pasti, serta bermanfaat dan tidak bermanfaat.⁶⁰

Menurut **Plato** keadilan harus dijalankan atas dasar norma-norma tertulis, Para Penguasa menjadi hamba hukum yang tidak membeda-bedakan orang.⁶¹ Keadilan merupakan besaran-besaran atau aset-aset (virtues) tertentu yang akan membuat kondisi kemasyarakatan menjadi selaras (mengharmonikan) dan seimbang. Keadilan yang dimaksud adalah besaran yang bersumber dari dalam jika tiap-tiap masyarakat manusia itu sendiri, yang pada dirinya tidak dapat dipahami (dikriteriakan) atau tidak dapat dieskplisitkan dijabarkan melalui argumentasi-argumentasi (dirasionalkan).⁶²

Tujuan hukum mengatur pergaulan hidup secara damai. Perdamaian diantara manusia dipertahankan oleh hukum dengan

⁵⁹Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung, Alumni, 1982 h, 45.

⁶⁰Romli Asmasasmita, *Teori Hukum Integratif Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum dan Teori Hukum Progresif*, Yogyakarta, Genta Publishing, 2012, h, 29.

⁶¹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, 2000, h, 257

⁶² Plato dalam Herman Bakir, *Filsafat Hukum Desain dan Arsitektur Kesejarahan*, Jakarta, Refika Aditama, 2009 h, 177.

melindungi kepentingan-kepentingan manusia yang tertentu, kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta benda dan sebagainya terhadap yang merugikannya.

Kepentingan dari perseorangan dan kepentingan golongan-golongan manusia selalu bertentangan satu sama lain. Pertentangan kepentingan ini selalu akan menyebabkan pertikaian, bahkan peperangan antara semua orang melawan semua orang, jika hukum tidak berindak sebagai perantara untuk mempertahankan perdamaian. Dan hukum mempertahankan secara teliti dan mengadakan keseimbangan di antaranya, karena hukum hanya dapat mencapai tujuan (mengatur pergaulan hidup secara damai) jika ia menuju peraturan yang *adil*, artinya peraturan pada mana terdapat keseimbangan antara kepentingan-kepentingan yang dilindungi, pada mana setiap orang memperoleh sebanyak mungkin yang menjadi bagiannya. **Aristoteles** membedakan keadilan terdiri dari keadilan distributif dan keadilan komutatif. Keadilan distributif ialah keadilan yang memberikan kepada tiap orang jatah menurut jasanya. Keadilan komutatif ialah keadilan yang memberikan pada setiap orang sama banyaknya dengan tidak mengingat jasa-jasa perseorangan. Dalam tulisannya "*Rhetorica*", Aristoteles membedakan dua macam keadilan, yaitu keadilan distributif dan keadilan komutatif. Keadilan distributif adalah keadilan yang memberikan kepada setiap orang jatah menurut jasanya (pembagian menurut haknya masing-masing). Ia tidak menuntut supaya tiap-tiap orang mendapat bagian yang sama

banyaknya, bukan persamaan, melainkan kesebandingan. Sedangkan keadilan komutatif ialah keadilan yang memberikan pada setiap orang sama banyaknya dengan tidak mengingat jasa-jasa perseorangan. Ia memegang peranan dalam tukar menukar, pada pertukaran barang-barang dan jasa, dalam mana sebanyak mungkin harus terdapat persamaan antara apa yang dipertukarkan. Keadilan komutatif lebih menguasai hubungan antara perseorangan khusus, sedangkan keadilan distributif terutama menguasai hubungan antara masyarakat (khususnya negara) dengan perseorangan khusus.⁶³

Ada teori yang mengajarkan, bahwa hukum semata-mata menghendaki keadilan. Teori-teori yang mengajarkan hal tersebut, disebut teori-teori yang etis karena menurut teori-teori itu, isi hukum semata-mata harus ditentukan oleh kesadaran etis kita mengenai apa yang adil dan apa yang tidak adil.⁶⁴ Definisi tentang keadilan **Aristoteles** menyebutkan *Justice is a political virtue, by the rules of it the state is regulated and these rule the criterion of what is right.* **Justinianus** menyebutkan keadilan *The virtue which result in each person receiving his due.*

Dari dua definisi tersebut diatas terlihat beraneka ragam yang dimaksud dengan keadilan, ada yang mengkaitkan keadilan dengan peraturan politik Negara, sehingga karena itu ukuran tentang apa yang menjadi hak atau bukan senantiasa didasarkan pada ukuran yang telah ditentukan oleh Negara.

⁶³ Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1986, h. 42.

⁶⁴ Mr. L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta, Prdnya Paramita, 2008, h. 11-12.

Ada pula yang melihat keadilan itu berwujud kemauan yang sifatnya tetap dan terus menerus untuk memberikan bagi setiap orang apa yang menjadi haknya.⁶⁵ Menurut Kahar Mansyur apa yang dinamakan adil adalah:

1. Meletakkan sesuatu pada tempatnya
2. Menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang
3. Memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak, dalam keadaan yang sama dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum sesuai dengan kesalahannya dan pelanggarannya.⁶⁶

b. Konsep Hukum dan Ide Keadilan menurut Hans Kelsen

Upaya untuk membebaskan konsep hukum dari ide keadilan bukanlah persoalan mudah, sebab kedua konsep tersebut selalu dicampuradukkan di dalam pemikiran politik yang tidak ilmiah dan juga di dalam pembicaraan umum, dan karena pencampuradukan kedua konsep ini berkaitan dengan kecenderungan ideologis untuk membuat hukum positif tampak adil. Jika hukum dan keadilan disamakan, jika hanya tatanan yang adil saja yang disebut hukum, maka tatanan sosial yang disebut hukum dalam waktu yang sama juga akan disebut adil dan itu berarti bahwa tatanan sosial ini dibenarkan secara moral. Kecenderungan untuk menyamakan hukum dan keadilan merupakan kecenderungan untuk membenarkan tatanan sosial

⁶⁵Achmad Ali, *opcit*, h, 74.

⁶⁶Kahar Mansyur, *Membina Moral dan Akhlak*, Kalam Mulia, Jakarta, 1985, h, 71.

tertentu. Ini suatu kecenderungan politik, bukan kecenderungan ilmiah. Dikarenakan adanya kecenderungan ini, usaha untuk memperlakukan hukum dan keadilan sebagai dua persoalan yang berbeda dikhawatirkan akan mengesampingkan seluruh persyaratan bahwa hukum positif harus adil. Persyaratan ini sangatlah jelas, namun apa arti sesungguhnya dari persyaratan ini adalah masalah lain. Bagaimanapun juga, teori hukum murni sama sekali tidak menolak persyaratan bagi hukum yang adil dengan menyatakan bahwa teori itu sendiri tidak berkompeten untuk menjawab pertanyaan tentang adil atau tidaknya hukum tertentu, dan di mana letak unsur terpenting dari keadilan tersebut. Teori hukum murni-sebagai ilmu tidak dapat menjawab pertanyaan semacam ini karena pertanyaan tersebut sama sekali tidak dapat dijawab secara ilmiah.⁶⁷

Apa arti sesungguhnya dari pernyataan bahwa tatanan sosial tertentu merupakan sebuah tatanan yang adil? Pernyataan ini berarti bahwa tatanan tersebut mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan bagi semua orang sehingga mereka semua menernukan kebahagiaan di dalamnya. Kerinduan akan keadilan merupakan kerinduan abadi manusia akan kebahagiaan. Kebahagiaan inilah yang tidak dapat ditemukan oleh manusia sebagai seorang individu terisolasi dan oleh sebab itu ia berusaha mencarinya di dalam masyarakat. Keadilan adalah kebahagiaan sosial.

⁶⁷ Hans Kelsen *Teori Hukum tentang Hukum dan Negara*, (terjemahan Raisul Muttaqien, buku Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York: Russel and Russel, 1971), Nusa Media, cetakan IX Bandung, 2014, h. 7.

c. Keadilan Sebagai Pertimbangan Nilai Yang Bersifat Subjektif

Jelaslah bahwa tidak mungkin ada tatanan yang “adil” yakni tatanan yang memberikan kebahagiaan kepada setiap orang, bila kita mendefinisikan konsep kebahagiaan menurut pengertian aslinya yang sempit tentang kebahagiaan perseorangan, mengartikan kebahagiaan seseorang sebagai apa yang menurutnya memang demikian. Karena itu, kemudian tidak dipungkiri bahwa kebahagiaan seseorang, pada suatu saat, akan bertentangan secara langsung dengan kebahagiaan orang lain. Jadi, tidak mungkin pula adanya suatu tatanan yang adil meskipun atas dasar anggapan bahwa tatanan ini berusaha menciptakan bukan kebahagiaan setiap orang perorangan, melainkan kebahagiaan sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin individu. Kebahagiaan yang dapat dijarnin oleh suatu tatanan sosial hanya bisa berupa kebahagiaan dalam arti kelompok, yakni, terpenuhinya kebutuhan-kebutuhan tertentu, yang oleh penguasa masyarakat, yakni pembuat hukum, dianggap sebagai kebutuhan-kebutuhan yang patut dipenuhi, seperti kebutuhan pangan, sandang, dan papan. Tetapi kebutuhan-kebutuhan manusia yang manakah yang patut untuk dipenuhi dan terutama, bagaimanakah tata urutan pemenuhannya yang tepat?

Pertanyaan-pertanyaan ini tidak dapat dijawab dengan menggunakan pengetahuan rasional. Jawaban atas pertanyaan ini merupakan sebuah pertimbangan dan karena, ditentukan oleh faktor-

faktor emosional, dan oleh sebab itu bersifat subjektif, hanya syah bagi orang yang membuat pertimbangan dan karenanya hanya bersifat relative. Jawaban atas pertanyaan ini akan berbeda-beda bergantung pada apakah pertanyaan itu dijawab oleh orang yang beriman, yang yakin bahwa kebaikan jiwanya di hari akhir lebih penting dari kebaikan duniawi, atau oleh seorang materialis yang tidak percaya terhadap kehidupan akhirat dan jawaban atas pertanyaan ini juga akan berbeda-beda, bergantung pada apakah jawaban itu dibuat oleh orang yang memandang kebebasan pribadi sebagai kebaikan tertinggi, yakni oleh liberalisme, atau oleh orang yang menempatkan persamaan dari semua orang lebih tinggi dari kebebasan, yakni oleh sosialisme.⁶⁸

Pertanyaan manakah yang menunjukkan nilai tertinggi, pemilikan spiritual atautkah material, kebebasan atautkah persamaan, tidak dapat dijawab secara rasional. Namun, pertimbangan nilai subjektif dan karena itu relatif sebagai jawaban atas pertanyaan ini biasanya diberikan sebagai penegasan terhadap suatu nilai obyektif dan absolut, yakni suatu norma yang pada umumnya syah. Keikhlasan pada diri manusia ialah bahwa dirinya mempunyai kebutuhan mendalam untuk membenarkan perbuatannya, ungkapan emosinya, harapan dan keinginannya, melalui fungsi intelek, pemikiran dan pengetahuannya.

Pembenaran ini dimungkinkan, paling tidak pada prinsipnya, bila hasrat dan keinginannya itu berkaitan dengan sarana untuk

⁶⁸ *Ibid*, h. 8.

mencapai tujuan yang satu atau yang lain, karena hubungan antara sarana dan tujuan merupakan hubungan sebab dan akibat dan hubungan ini dapat ditentukan atas dasar pengalaman, yakni secara rasional. Tentu saja pembenaran ini pun seringkali tidak mungkin mengingat keadaan ilmu sosial saat ini, karena pada umumnya kita tidak memiliki pengalaman memadai yang memungkinkan untuk menentukan bagaimanakah tujuan-tujuan sosial tertentu dapat dicapai dengan baik. Oleh sebab itu, persoalan tentang sarana yang tepat untuk mencapai tujuan ini seringkali lebih banyak ditentukan oleh pertimbangan nilai subjektif daripada oleh pemahaman obyektif terhadap hubungan antara sarana dan tujuan, antara sebab dan akibat dan oleh karena itu, paling tidak untuk sementara ini, masalah keadilan, sekalipun dibatasi pada persoalan sarana yang tepat bagi suatu tujuan yang diakui secara umum, tidak selalu dapat dijawab secara rasional. Persoalan antara liberalisme dan sosialisme, misalnya, sebagian besar bukan persoalan tentang tujuan masyarakat, melainkan lebih merupakan persoalan tentang cara yang tepat untuk mencapai suatu tujuan yang sekurang-kurangnya telah disepakati oleh orang-orang dan persoalan ini tidak dapat ditentukan secara ilmiah paling tidak untuk saat ini.

Pertimbangan yang menyatakan sesuatu sebagai cara yang tepat untuk mencapai sesuatu yang dianggap sebagai tujuan bukanlah pertimbangan nilai yang sebenarnya; ini-sebagaimana yang telah dikemukakan—merupakan pertimbangan tentang hubungan antara

sebab dan akibat, dan yang demikian itu merupakan pertimbangan tentang realitas. Pertimbangan nilai merupakan pernyataan tentang suatu tujuan akhir yang dengan sendirinya bukan merupakan sarana untuk mencapai tujuan selanjutnya. Pertimbangan yang demikian selalu ditentukan oleh faktor-faktor emosional.⁶⁹

Meski begitu, pembenaran atas fungsi emosional oleh fungsi rasional pada prinsipnya ditiadakan bila menyangkut persoalan tujuan akhir yang dengan sendirinya bukan merupakan sarana untuk mencapai tujuan berikutnya.

Jika penegasan tentang tujuan akhir itu mewujudkan dalam bentuk postulat-postulat atau norma-norma keadilan, maka tujuan tersebut selalu bersandar pada pertimbangan nilai subjektif dan dengan demikian relatif. Tidak disangsikan lagi bahwa ada sangat banyak pertimbangan nilai subjektif yang demikian, yang satu sama lain berbeda dan bahkan tidak dapat didamaikan. Tentu saja, itu tidak berarti bahwa setiap individu memiliki sistem nilainya sendiri. Dalam kenyataannya, sangat banyak individu yang memiliki kesamaan pertimbangan nilai. Sistem nilai positif bukanlah ciptaan dari orang perseorangan yang bersifat sembarang, melainkan selalu merupakan hasil dari pengaruh timbal balik yang dilakukan antar individu di dalam suatu kelompok tertentu, baik itu keluarga, suku, kelas, kasta, maupun kelompok profesi. Setiap sistem nilai, terutamanya sistem moral dan ide pokoknya tentang keadilan, merupakan fenomena sosial,

⁶⁹ *Ibid*, h. 9.

produk masyarakat, dan oleh sebab itu berbeda-beda sesuai dengan masyarakat tempat lahirnya ide tersebut. Fakta bahwa ada nilai-nilai tertentu yang diterima umum di dalam suatu masyarakat tertentu sama sekali tidak bertentangan dengan karakter subjektif dan relatif dari pertimbangan nilai ini.

Banyaknya individu yang memiliki kesamaan pertimbangan nilai bukanlah bukti bahwa pertimbangan itu benar. Persis sebagaimana fakta bahwa sebagian besar orang percaya, atau biasa mempercayai, bahwa matahari mengelilingi bumi, juga bukan merupakan bukti kebenaran dari gagasan ini. Kriteria keadilan, seperti kriteria kebenaran, tidak bergantung pada banyaknya pertimbangan tentang realitas atau pertimbangan nilai yang dibuat. Karena umat manusia terbagi ke dalam banyak bangsa, golongan, agama, profesi dan sebagainya, yang seringkali berbeda-beda satu sama lainnya, maka begitu banyak gagasan tentang keadilan; terlalu banyak bagi kita untuk sekadar berbicara tentang “keadilan”.⁷⁰

d. Keadilan dan Perdamaian

Keadilan adalah suatu cita-cita yang irasional. Keadilan ini bukanlah sasaran pengetahuan, meskipun mungkin sangat diperlukan bagi kemauan dan tindakan manusia. Dilihat dari sudut pengetahuan rasional, yang tampak hanyalah kepentingan dan dengan demikian berbagai konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan

⁷⁰ *Ibid*, h. 10.

tersebut dapat dicapai melalui suatu tatanan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan lain, atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi di antara kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan. Pernyataan bahwa hanya satu dari dua macam tatanan yang “adil” tidaklah dapat didukung oleh pengetahuan rasional. Pengetahuan semacam itu hanya dapat menangkap suatu tatanan positif yang dibuktikan melalui tindakan-tindakan yang dapat ditentukan secara objektif. Tatanan ini adalah hukum positif. Hanya tatanan hukum positif inilah yang dapat menjadi objek ilmu pengetahuan; hanya tatanan inilah yang merupakan objek dari teori hukum murni, yang merupakan ilmu hukum, bukan metafisika hukum. Tatanan hukum positif ini merupakan hukum sebagaimana adanya, tanpa mempertahankannya dengan menyebutnya adil, atau menghujatnya dengan menyebutnya tidak adil. Tatanan hukum positif ini berusaha menghadirkan hukum yang nyata dan mungkin, bukan hukum yang benar. Menurut pengertian ini tatanan hukum positif adalah suatu teori yang benar-benar realistik dan empiris. Teori hukum ini menolak untuk mengevaluasi hukum Positif.⁷¹

Meski demikian, satu pernyataan yang dapat dibuat oleh suatu teori atas dasar pengalaman adalah: yang memiliki harapan hidup relatif lama hanyalah tatanan hukum yang bukan untuk memuaskan kepentingan satu pihak dengan mengorbankan pihak lainnya, tetapi

⁷¹ *Ibid*, h. 16.

yang menghasilkan suatu kompromi di antara kepentingan-kepentingan yang bertentangan untuk memperkecil kemungkinan terjadinya friksi. Hanya tatanan hukum seperti itulah yang akan memungkinkan untuk menjamin perdamaian sosial bagi para subjeknya atas suatu dasar yang relatif permanen. Cita-cita keadilan dalam pengertian aslinya seperti dikembangkan di sini merupakan sesuatu yang memang sangat berbeda dari cita-cita perdamaian, tetapi ada suatu kecenderungan yang pasti untuk menyamakan kedua cita-cita tersebut, atau tidak untuk menggantikan cita-cita keadilan dengan cita-cita perdamaian.

e. Keadilan dan Legalitas

Perubahan makna konsep keadilan ini berjalan seiring dengan kecenderungan untuk menarik masalah keadilan dari wilayah pertimbangan nilai subjektif yang tidak terjamin, dan untuk menegakkannya di atas dasar yang kokoh dari suatu tatanan sosial tertentu. “Keadilan” dalam pengertian ini bermakna legalitas; suatu peraturan umum adalah “adil” jika ia benar-benar diterapkan kepada semua kasus yang menurut isinya, peraturan ini harus diterapkan. Suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan pada satu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa. Dan ini tampak “tidak adil” tanpa memperhatikan nilai dari peraturan umum itu sendiri, yang penerapannya sedang dipertimbangkan. Keadilan, dalam arti legalitas, adalah suatu kualitas yang berhubungan bukan

dengan isi dari suatu tatanan hukum positif, melainkan dengan penerapannya.

Keadilan dalam pengertian ini sesuai dengan, dan diharuskan oleh, setiap hukum positif baik itu tatanan hukum kapitalistik maupun komunistik, demokratik maupun otokratik. “Keadilan” berarti pemeliharaan atas tatanan hukum positif melalui penerapannya yang benar-benar sesuai dengan jiwa dari tatanan hukum positif tersebut. Keadilan ini adalah keadilan “berdasarkan hukum”. Pernyataan bahwa perbuatan seseorang adalah “adil” atau “tidak adil” dalam arti “berdasarkan hukum” atau “tidak berdasarkan hukum”, berarti bahwa perbuatan tersebut sesuai atau tidak sesuai dengan suatu norma hukum yang dianggap absah oleh subjek yang menilainya karena norma ini termasuk dalam tatanan hukum positif.

Pernyataan tersebut secara logis memiliki karakter yang sama dengan pernyataan yang kita gunakan untuk memasukkan suatu fenomena konkret ke dalam suatu konsep abstrak. Jika pernyataan bahwa perbuatan tertentu sesuai atau tidak sesuai dengan suatu norma hukum disebut suatu pertimbangan nilai, maka pertimbangan nilai obyektiflah yang harus dibedakan secara jelas dari pertimbangan nilai obyektif yang menyatakan suatu kehendak dan perasaan dari subjeknya. Pernyataan bahwa perbuatan tertentu berdasarkan hukum atau tidak berdasarkan hukum itu terlepas dari keinginan dan perasaan dari orang yang memberi pertimbangan tersebut pernyataan tersebut dapat diverifikasi menurut suatu cara yang obyektif. Hanya dalam

pengertian legalitas inilah konsep keadilan bisa masuk ke dalam ilmu hukum.⁷²

Keadilan adalah pemenuhan keinginan individu dalam suatu tingkat tertentu. Keadilan yang paling besar adalah pemenuhan keinginan sebanyak-banyaknya orang.⁷³ John Rawls mengemukakan bahwa pada awalnya terdapat 2 (dua) prinsip keadilan sebagai berikut:

(iii) *pertama*: prinsip yang mensyaratkan adanya kesamaan dalam hak-hak dan kewajiban-kewajiban dasar/asasi; dan

(iv) *kedua*: prinsip yang mengakui bahwa perbedaan sosial dan ekonomi masih merupakan sesuatu yang adil sepanjang perbedaan tersebut memberikan keuntungan bagi setiap orang.⁷⁴

Dalam memilih prinsip keadilan yang digunakan, Rawls mengemukakan teori “posisi asli” (*original position*), yang mana “posisi asli” merupakan suatu situasi awal yang wajar dimana dapat dipastikan bahwa segala kesepakatan-kesepakatan mendasar yang dicapai dalam komunitas tersebut adalah adil.⁷⁵ Penulis dalam hal ini mengartikan bahwa kesepakatan-kesepakatan mendasar yang dimaksud di atas adalah persetujuan-persetujuan awal mengenai prinsip-prinsip keadilan yang diberlakukan dalam komunitas yang bersangkutan. Sehingga dengan memperhatikan pengertian dari

⁷² *Ibid.*, h. 18.

⁷³ Jimly Asshiddiqie, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum, Konstitusi Press (konpres)*, Jakarta, 2012, h, 17.

⁷⁴ John Rawls, “A Theory of Justice (1972)” dalam *Materi Kuliah Program Sarjana Hukum Filsafat Hukum Jilid 1*, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008, h, 466.

⁷⁵ *Ibid.*, h. 467.

“posisi asli” tersebut, maka dapat diduga bahwa pihak-pihak dalam “posisi asli” adalah sama, yaitu setiap pihak mempunyai hak yang sama dalam memilih prinsip-prinsip keadilan, memberikan usulan-usulan mengenai prinsip-prinsip keadilan, mengajukan alasan-alasan mengenai kesepakatan mereka atas prinsip-prinsip keadilan dan lain-lainnya.⁷⁶

Sebagaimana telah diungkapkan di atas, Rawls menyakini adanya 2 (dua) prinsip keadilan dalam ”posisi asli”, namun lebih lanjut dikembangkan menjadi sebagai berikut :

1. *Prinsip pertama*: setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan mendasar yang harmonis dengan kebebasan yang sama yang dimiliki oleh orang lain.
2. *Prinsip kedua*: perbedaan-perbedaan sosial dan ekonomi akan dikelola sedemikian rupa sehingga (i) perbedaan-perbedaan tersebut diharapkan dengan alasan yang wajar dapat memberikan keuntungan bagi setiap orang dan (ii) perbedaan-perbedaan tersebut dapat dipantau dari posisi-posisi dan jabatan-jabatan yang terbuka untuk umum.⁷⁷

Prinsip keadilan yang pertama di atas mensyaratkan kebebasan yang sama pada setiap warga negaranya, seperti: kebebasan politik (hak memberikan suara dan hak atas jabatan publik), kebebasan berpendapat, kebebasan berpikir, kebebasan atas hak kepemilikan, dan

⁷⁶*Ibid.*, hlm. 468.

⁷⁷*Ibid.*, hlm.468

kebebasan atas penyitaan. Setiap warna negara dalam suatu komunitas yang adil mempunyai hak-hak asasi yang sama.⁷⁸

Namun penulis melihat bahwa meskipun dalam prinsip keadilan yang pertama ini setiap warga negara mempunyai kebebasan dan hak-hak asasi yang sama, pelaksanaan/perwujudan dari kebebasan dan hak-hak asasi setiap orang tersebut mensyaratkan harmonisasi dengan pelaksanaan/perwujudan dari kebebasan dan hak-hak asasi orang lainnya. Bila harmonisasi tersebut tercapai, maka di saat itulah dapat dikatakan keadilan terwujud. Sedangkan prinsip keadilan yang kedua di atas berlaku (i) terhadap pendistribusian pendapatan dan kekayaan serta (ii) terhadap bentuk-bentuk organisasi yang membuat perbedaan-perbedaan dalam kewenangan dan tanggung jawab atau rangkaian perintah. Ketika distribusi kekayaan dan pendapatan tidak sama, maka hal ini harus diperuntukkan demi keuntungan setiap orang dan, pada saat yang bersamaan, segala posisi yang mempunyai kewenangan dan jabatan-jabatan yang dapat memberikan perintah, harus terbuka untuk umum.⁷⁹

Dalam hal ini penulis mencoba mengartikan bahwa setiap orang di dalam komunitas yang memberlakukan prinsip keadilan yang kedua ini dapat mempunyai akses langsung kepada posisi-posisi dan jabatan-jabatan yang mempunyai kewenangan atau dapat memberikan perintah agar distribusi kekayaan dan pendapatan berbeda satu dengan

⁷⁸*Ibid.*, hlm. 469.

⁷⁹*Ibid.* hlm.470.

lainnya, sehingga dengan akses tersebut setiap orang dapat memastikan apakah perbedaan tersebut diperuntukan bagi keuntungan setiap orang atau tidak.

Tidak adanya ajaran/doktrin mengenai religius, filosofis atau moral yang diakui oleh seluruh warga negara, maka konsep/dasar mengenai keadilan yang diakui dalam suatu komunitas masyarakat yang demokrasi haruslah merupakan suatu konsep yang disebut “konsep keadilan secara politis”.⁸⁰ Rawls mengasumsikan bahwa pandangan warga negara mengenai konsep keadilan dalam suatu komunitas terdiri dari 2 (dua) bagian, yaitu:

- (a) satu bagian dapat dilihat sebagai konsep/dasar mengenai keadilan secara politis yang dikenal secara umum; dan
- (b) bagian lain yang merupakan ajaran/doktrin lengkap mengenai keadilan.⁸¹

Sehubungan dengan asumsi di atas, Rawls menegaskan bahwa masing-masing warga negara akan menentukan sendiri bagaimana cara mengkaitkan antara konsep/dasar mengenai keadilan secara politis yang dikenal secara umum dengan cara pandang mereka masing-masing atas ajaran/doktrin lengkap mengenai keadilan.⁸² Namun penulis memahami bahwa di sisi lain Rawls juga menegaskan bahwa suatu komunitas dapat saja teratur secara baik hanya dengan

⁸⁰ John Rawls, “Political Liberalism (1993)” dalam *Materi Kuliah Program Sarjana Hukum Filsafat Hukum Jilid 1*, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008, h. 477.

⁸¹*Ibid.* h.477

⁸²*Ibid.*, h.478

konsep/dasar mengenai keadilan secara politis (tanpa terikat pada ajaran/doktrin lengkap mengenai keadilan), dengan syarat :

- (i) *pertama*, warga negara-warga negara yang mengakui adanya ajaran/doktrin lengkap tersebut, mempunyai kesepakatan (*overlapping consensus*) untuk tetap mendukung adanya konsep/dasar mengenai keadilan yang mempengaruhi keputusan politik mereka yang mendasar dalam komunitas tersebut; dan
- (ii) *kedua*, ajaran/doktrin lengkap tersebut tidak dapat menggali asas-asas keadilan dalam komunitas tersebut.⁸³

Dari pernyataan di atas, penulis menyimpulkan bahwa kondisi ini memungkinkan suatu komunitas hanya mengakui adanya konsep/dasar yang sama atas keadilan yang berlaku umum, tanpa harus mengakui ajaran/doktrin lengkap mengenai keadilan. Sehubungan dengan “kesepakatan (*overlapping consensus*)” yang terkandung dalam syarat pertama di atas, Rawls menjelaskan bahwa “kesepakatan (*overlapping consensus*)” tersebut mempunyai 3 (tiga) aspek, yaitu :

1. *Aspek Pertama*: objek dari kesepakatan tersebut adalah konsep keadilan secara politis, yang mana konsep tersebut merupakan konsep moral. Sehingga penulis berpendapat bahwa konsep keadilan bukanlah aturan-aturan positif yang diciptakan.
2. *Aspek Kedua*: kesepakatan ini diakui pada tataran/tingkatan moral, yang mencakup konsep mengenai (i) komunitas dan

⁸³*Ibid.*, h. 477 dan 478.

warga negara sebagai subjek, serta (ii) prinsip-prinsip keadilan dan nilai dari suatu kebijakan, yang mana melalui nilai-nilai itulah prinsip-prinsip keadilan tersebut diwujudkan dalam karakter manusia dan dinyatakan dalam kehidupan umum. Oleh karenanya “kesepakatan (*overlapping consensus*)” tersebut tidak sama dengan kesepakatan untuk menerima kewenangan tertentu atau kesepakatan untuk memenuhi aturan-aturan kelembagaan, yang mempertemukan kepentingan-kepentingan pribadi atau golongan. Penulis dalam hal ini mencoba memahami aspek kedua yang dinyatakan oleh Rawls ini dengan menyimpulkan bahwa konsep keadilan adalah bukan untuk mempertemukan kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan. Namun apabila merujuk kepada prinsip keadilan yang juga dikemukakan oleh John Rawls dalam sub-bagian sebelumnya di atas, yaitu: setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan mendasar yang harmonis dengan kebebasan yang sama yang dimiliki oleh orang lain, maka sebaliknya prinsip ini mengisyaratkan adanya pertemuan atau harmonisasi antara kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan antara satu orang dengan orang lainnya dalam konsep keadilan.

3. *Aspek Ketiga*: stabilitas, yaitu: segala yang mengakui adanya pandangan-pandangan yang beraneka ragam yang mendukung konsep keadilan secara politis tidak akan membatalkan

dukungan mereka apabila daya relatifitas (ketidak-pastian) dalam pandangan mereka bertambah atau bahkan dominan.⁸⁴

Pengaruh ide-ide liberalisasi atas konsep keadilan terhadap hukum yang berlaku dalam masyarakat berjalan dalam 2 (dua) tahapan, yaitu :

1. *Tahapan Pertama*: memperluas keberlakuan hukum masyarakat di dalam komunitas liberal yang teratur secara baik;
2. *Tahapan Kedua*: menggambarkan bentuk komunitas selain komunitas liberal, yaitu komunitas hirarkis, dan selanjutnya menguraikan kapan komunitas hirarkis ini dapat teratur secara baik.⁸⁵

Rawls menegaskan bahwa tujuan dari tahapan-tahapan ini adalah untuk memperluas keberlakuan hukum masyarakat ke arah komunitas hirarkis yang teratur secara baik dan untuk menunjukkan bahwa komunitas hirarkis menerima hukum masyarakat yang sama halnya dengan komunitas liberal.⁸⁶ Syarat agar komunitas hirarkis dapat teratur secara baik, adalah :

- (a) Komunitas tersebut harus damai dan meraih tujuan-tujuannya yang sah melalui langkah-langkah diplomasi, perdagangan dan langkah lainnya secara damai;
- (b) Sistem hukum dalam komunitas hirarkis harus diarahkan dengan konsep umum yang baik mengenai keadilan, dengan

⁸⁴*Ibid.*, h. 479.

⁸⁵ John Rawls, "The Law of Peoples (1993)" dalam *Materi Kuliah Program Sarjana Hukum Filsafat Hukum Jilid 1*, Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008, h. 485.

⁸⁶*Ibid.*

memperhatikan kepentingan-kepentingan dasar masyarakatnya (dimana kepentingan beberapa pihak tidak boleh diutamakan dibanding kepentingan yang lainnya) dan memberlakukan segala kewajiban dan tugas moral kepada seluruh orang dalam wilayah yang bersangkutan, meskipun pelaksanaan kewajiban dan tugas moral tersebut disesuaikan dengan hirarki orang yang bersangkutan;

- (c) Komunitas hirarkis, termasuk hakim dan aparat, harus menghormati perbedaan pendapat dan hak-hak asasi manusia.⁸⁷

Terciptanya komunitas hirarkis yang teratur secara baik, akan lebih menjamin penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia. Dalam kaitannya dengan hal tersebut, hak-hak asasi manusia memberikan standar minimal kepada seluruh masyarakat yang memiliki komunitas politik yang adil.⁸⁸ Dengan kata lain, hak-hak asasi manusia merupakan kondisi penting atas keabsahan penguasa dalam suatu komunitas masyarakat dan aspek susila dari hukum yang diciptakan penguasa tersebut.⁸⁹

Dengan memperhatikan uraian di atas dimana komunitas hirarkis menerima hukum masyarakat yang sama halnya dengan komunitas liberal, maka Penulis dalam hal ini melihat bahwa prinsip-prinsip dan konsep-konsep keadilan diterapkan dengan cara yang sama baik dalam

⁸⁷*Ibid.*, h. 485 - 486.

⁸⁸*Ibid.*, h. 489.

⁸⁹*Ibid.*, h. 490.

komunitas internasional maupun dalam komunitas domestik dalam rangka penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia.

Keadilan menurut hukum Islam adalah kata jadian dari kata “adil” yang di ambil dari bahasa Arab ‘*adl*. Kamus-kamus bahasa Arab menginformasikan bahwa kata ini pada mulanya berarti “sama” atau “persamaan.” Persamaan yang merupakan makna asal kata “adil” itulah yang menjadikan pelakunya “tidak berpihak,” dan pada dasarnya pula seorang yang adil “berpihak kepada yang benar,” karena baik yang benar mau pun yang salah sama-sama harus memperoleh haknya. Dengan demikian, ia melakukan sesuatu “yang patut” lagi “tidak sewenang-wenang.”⁹⁰Keadilan diungkapkan oleh Al-Qur’an antara lain dengan kata-kata *al-‘adl*, *al-qisth*, *al-mizan*, dan dengan menafikan kezaliman, walaupun pengertian keadilan tidak selalu menjadi antonim kezaliman. ‘*Adl*, yang berarti “sama”, memberi kesan adanya dua pihak atau lebih; karena jika hanya satu pihak tidak akan terjadi persamaan.

Menurut **Harun Nasution**, *al-‘adl* berarti keadaan yang terdapat dalam jiwa seseorang yang membuatnya menjadi lurus. Orang yang adil adalah orang yang tidak dipengaruhi hawa nafsunya, sehingga ia tidak menyimpang dari jalan lurus dan dengan demikian bersikap adil. Jadi, kata *al-‘adl* mengandung arti menentukan hukum dengan benar dan adil.⁹¹

⁹⁰ M. Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur’an: Tafsir Maudhu’i atas Pelbagai Persoalan Umat* (Cet. XII; Bandung: Mizan, 2001), hlm. 111.

⁹¹ Harun Nasution, *Islam Rasional*, hlm. 61.

Kata kerja *'adala* berarti meluruskan seperti letaknya perkakas rumah. Kata *'adala* selanjutnya mengandung arti menyelesaikan masalah misalnya, menyelesaikan permusuhan antara dua orang yang bertikai. Kata ini juga berarti menyamakan sesuatu dengan yang lain.

Mencermati arti aslinya itu, tidak mengherankan kalau kata *al-'adl* dihubungkan dengan timbangan yang lurus secara horisontal, yaitu timbangan yang daunnya tidak berat sebelah. Kata *al-'adl* lebih lanjut berarti serupa atau yang sama, dan juga berarti seimbang. Untuk meluruskan hal yang tidak lurus perlu diadakan sesuatu yang membuatnya lurus, dan dengan demikian *al-'adl* berarti tebusan.⁹²Dari kata *al-'adl* diambil pengertian keadaan menengah di antara dua keadaan yang ekstrem.⁹³

Keadilan diungkapkan oleh Alquran antara lain dengan kata-kata *al-'adl*, *al-qist*, *al-mizan*, dan dengan menafikan kezaliman, walau pun pengertiannya tidak selalu menjadi antonim kezaliman. *'Adl* yang berarti “sama,” memberi kesan adanya dua pihak atau lebih, karena jika hanya satu pihak, tidak akan terjadi “persamaan.”

Qist arti asalnya adalah “bagian” (yang wajar dan patut). Ini tidak harus mengantarkan adanya “persamaan.” Bukankah “bagian” dapat

⁹² Ibid.

⁹³ Ali bin Muhammad al-Syarif al-Jurjani, *Kitab al-Ta'rifat* (Beirut: Maktabah Lubnan, 1969), h. 152. Dalam makna bahwa adil juga dapat berarti mempersamakan sesuatu dengan yang lain, baik dari segi nilai mau pun dari segi ukuran, sehingga sesuatu itu tidak menjadi berat sebelah dan tidak berbeda satu sama lain. Abdul Azis Dahlan, *et al.*, *Ensklopedi Hukum Islam*, Jilid I (Cet. I; Jakarta: Ichtiar Baru van Hoeve, 1996), h. 25.

saja diperoleh oleh satu pihak? Karena itu kata *qist* lebih umum daripada kata '*adl*, dan karena itu pula ketika Alquran menuntut seseorang untuk berlaku adil terhadap dirinya sendiri, kata *qist* itulah yang digunakannya⁹⁴ seperti terungkap dalam QS. Al-Nisa (4): 135 عَالَىٰ وَلَوْ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ قَوَّامِينَ كُونُوا ءَامِنُوا الَّذِينَ آيَاتِهِ أَنْفُسِكُمْ ('Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu penegak *al-qist* (keadilan), menjadi saksi karena Allah, walau pun terhadap dirimu sendiri').

Mizan berasal dari akar kata *wazn* yang berarti timbangan. Karena itu, *mizan*, adalah alat untuk menimbang. Namun dapat juga berarti keadilan, karena bahasa seringkali menyebut "alat" untuk makna "hasil penggunaan alat itu."⁹⁵

Dengan demikian keadilan yang dibicarakan dan dituntut oleh Alquran amat beragam, tidak hanya pada proses penetapan hukum atau terhadap pihak yang bertikai, tetapi Alquran juga menuntut keadilan terhadap diri sendiri. Hal yang sama juga ketika Alquran menunjuk Zat Allah yang memiliki sifat adil, kata yang digunakannya hanya *al-qist*. (QS Ali Imran: 18).

Kata '*adl* yang dalam berbagai bentuknya terulang 28 kali dalam Alquran, tidak satu pun yang dinisbatkan kepada Allah menjadi sifat-Nya. Di sisi lain, beragam aspek dan bojek keadilan telah dibicarakan

⁹⁴ M. Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur'an.*, h. 111.

⁹⁵ *Ibid.*, h. 112.

oleh Alquran, pelakunya pun demikian. Keragaman itu mengakibatkan keragaman makna keadilan. Dalam hal ini ada empat makna keadilan yang diungkapkan Alquran:

(1) Adil dalam arti sama atau persamaan yaitu persamaan dalam hak, seperti yang diungkapkan dalam QS al-Nisa: 58 **بَيْنَ حَكْمَتُمْ وَإِذَا بِالْعَدْلِ تَحْكُمُوا أَنَّ النَّاسِ** ('apabila kamu memutuskan perkara di antara manusia, maka hendaklah engkau memutuskannya dengan adil...'). Kata adil dalam ayat ini- bila diartikan "sama"- hanya mencakup sikap dan perlakuan hakim pada saat proses pengambilan keputusan. Ayat ini menuntun sang hakim untuk menempatkan pihak-pihak yang bertikai di dalam posisi yang sama, dan bukan mempersamakan apa yang mereka terima dari keputusan hakim.

(2) Adil dari arti seimbang. Keseimbangan ditemukan pada suatu kelompok yang di dalamnya terdapat beragam bagian yang menuju satu tujuan tertentu, selama syarat dan kadar tertentu terpenuhi oleh setiap bagian. Dengan terhimpunnya syarat itu, kelompok itu dapat bertahan dan berjalan memenuhi tujuan kehadirannya, seperti diisyaratkan QS al-Infithar (82): 6-7 **أَيُّهَا يَا فَعَدَلَكَ فَسَوَّاكَ خَلَقَكَ الَّذِي (6) الْكَرِيمِ بِرَبِّكَ غَرَّكَ مَا الْإِنْسَانُ**

(7) ('wahai manusia, apakah yang memperdayakan kamu berbuat durhaka terhadap Tuhanmu yang Maha Pemurah? Yang menciptakan kamu lalu menyempurnakan kejadianmu, dan mengadilkan kamu (menjadikan susunan tubuhmu seimbang)).

Seandainya ada salah satu anggota tubuh manusia berlebih atau kurang dari kadar atau syarat yang seharusnya, maka pasti akan terjadi kesetimbangan (keadilan).

- (3) Adil adalah perhatian terhadap hak-hak individu dan memberikan hak-hak itu kepada setiap pemiliknya. Pengertian inilah yang didefinisikan dengan “menempatkan sesuatu pada tempatnya” atau “memberi pihak lain haknya melalui jalan yang terdekat.”
- (4) Adil yang dinisbatkan kepada ilahi. Adil di sini berarti memelihara kewajaran atas berlanjutnya eksistensi, tidak mencegah kelanjutan eksistensi dan perolehan rahmat sewaktu terdapat banyak kemungkinan untuk itu.⁹⁶

Dari urian di atas dapat dikemukakan, bahwa konsep hukum dalam Alquran bertumpu pada prinsip keadilan. Keadilan tersebut bersumber dari Tuhan yang Maha Adil. Karena pada hakekatnya Allahlah yang menegakkan keadilan (*qaiman bi al-qist*), sehingga harus diyakini bahwa Allah tidak berlaku aniaya (zalim) kepada hamba-hambanya. Karena itu, setiap perbuatan manusia akan dipertanggung jawabkan kepada Allah pada hari keadilan. Adil dalam pengertian persamaan (*equality*), yaitu persamaan dalam hak, tanpa membedakan siapa, dan dari mana orang yang diserakan menegakkan keadilan⁹⁷

⁹⁶ Ibid, hlm. 114 - 116

⁹⁷Hasbi Hasan, “Respon Islam Terhadap Konsep Keadilan,” dalam *Suara Uldilag*, Vol. II, No. 5, September 2004, h. 122.

Dalam konteks keadilan hukum yang diamanatkan Alquran, nabi Muhammad saw menegaskan adanya persamaan mutlak (egalitarisme absolut/*al-muawah al-mutlaqah*) di hadapan hukum syariat sebagaimana sabdanya:

عَلَىٰ لِعَرَبِيٍّ فَضْلًا لَا آلَا وَاحِدٌ أَبَاكُمْ وَإِنَّ وَاحِدٌ رَبُّكُمْ إِنَّ آلَا النَّاسُ أَثْبَاهَا يَا
بِالتَّقْوَىٰ إِلَّا ... عَرَبِيٍّ عَلَىٰ عَجَمِيٍّ وَلَا أَعْجَمِيٍّ⁹⁸

Artinya :

“Wahai manusia ketahuilah, sesungguhnya tuhan kalian adalah satu, bapak kalian pun satu. Ketahuilah, tidak ada kelebihan dari orang Arab atas non Arab, orang non Arab atas orang Arab, kecuali karena ketakwaannya.”

Keadilan dalam hal ini tidak membedakan status sosial seseorang, apakah ia kaya atau miskin, pejabat atau rakyat jelata, dan tidak juga karena perbedaan warna kulit serta perbedaan bangsa dan agama, karena di hadapan hukum semuanya sama.

Konsep persamaan yang terkandung dalam keadilan tidak pula menutup kemungkinan adanya pengakuan tentang kelebihan dalam beberapa aspek, yang dapat melebihkan seseorang karena prestasi yang dimilikinya. Tetapi kelebihan itu tidak akan menimbulkan perbedaan perlakuan hukum terhadap dirinya. Pengakuan adanya persamaan dinyatakan dalam Alquran sebagai “pemberian” Allah

⁹⁸Ahmad bin Hanbal, *Musnad Ahmad*, Juz V (Beirut: Dar al-Fikr, [t.th.]), h. 411.

yang berimplikasi terhadap tingkah laku manusia, adalah sifat kemuliaan manusia (*al-karamah al-insaniah*).

Martabat dan hajat manusia dalam pandangan Alquran adalah sebagai anugerah Allah. Karena itu tidak ada satu kekuatan apa pun yang dapat merusak dan menghancurkannya, kecuali dengan ketentuan hukum yang telah ditetapkan Allah juga. Pengakuan tentang harkat dan kehormatan ini sekaligus memperkuat adanya kewajiban dalam hukum terhadap kejahatan atau pelanggaran, hukuman seimbang atau setimpal dengan kejahatan atau pelanggaran yang dilakukan.⁹⁹

Dalam kaitan ini, orang yang terbukti secara sah dan meyakinkan suatu pelanggaran hukum, adalah adil jika yang bersangkutan dihukum. Pencuri adil kalau dihukum potong tangan, pezina yang belum menikah adil kalau dihukum cambuk 100 kali, dan sebagainya. Sebaliknya, keadilan hukum tidak dapat ditegakkan jika mereka yang terbukti melakukan pelanggaran hukum tidak dihukum.

Keadilan hukum dalam Alquran tidak menyamakan hukum di antara orang kuat dan orang lemah, tetapi memiliki persepsi lain yang

⁹⁹ Hasbi Hasan, *op. cit.*, h. 124

belum pernah ada sebelumnya, dan tidak dapat disamakan dengan sistem hukum mana pun.¹⁰⁰

Dalam kaitannya dengan keadilan hukum dalam Alquran ini, konstitusi Islam mengatur hak dan kewajiban berdasarkan keadilan. Di antara konsep keadilan itu, antara lain:

- 1) Setiap orang berhak mendapatkan perlindungan bagi kebebasan pribadinya;
- 2) Setiap orang berhak memperoleh makanan, perumahan, perkawinan, pendidikan, dan perawatan medis;
- 3) Setiap orang berhak mempunyai pikiran, mengemukakan pendapat dan kepercayaan selama ia masih berada dalam batas-batas yang ditetapkan hukum;
- 4) Semua orang sama kedudukannya dalam Islam;
- 5) Semua orang dengan kemampuan yang sama berhak atas kesempatan yang sama, dan penghasilan yang sama, tanpa membedakan agama, etnis, asal usul dan sebagainya;
- 6) Setiap orang yang dianggap tidak bersalah sampai akhirnya dinyatakan bersalah oleh pengadilan, dan beberapa hak dan kewajiban yang menyambut beberapa aspek sosial, politik, ekonomi, pertahanan, keamanan dan sebagainya¹⁰¹

¹⁰⁰ Muhammad Abu Zahrah, *Tanzim al-Islam li al-Mujtama'*. Diterjemahkan oleh Shadiq Nur Rahmat (Jakarta: Pustaka Firdaus, 1994), h. 29.

¹⁰¹Ziauddin Sardar, *Islamic Futures: The Shape of Ideas to Come*. Diterjemahkan Rahman Astuti dengan judul *Masa Depan Islam* (Bandung: Pustaka, 1987), hlm. 385-386.

Mengenai keadilan hukum berimbang dalam hukum pidana asas keadilan berimbang terlihat pada sanksi yang diberikan, semakin tinggi status sosial dan kedudukan seseorang dalam masyarakat, semakin berat hukuman yang akan dijatuhkan. Sedangkan dalam bidang hukum perdata juga berlaku prinsip keadilan berimbang. Perbandingan dan perbedaan porsi bagi ahli waris sebagaimana yang telah ditentukan Alquran adalah disesuaikan dengan perimbangan tanggung jawab yang dibebankan antara laki-laki dan wanita. Dalam hal ini, keadilan diterapkan dalam upaya menempatkans esuatu pada tempat yang semestinya. Termasuk keadilan dalam hukum, adalah pengenaan denda atau hukuman terhadap orang-orang yang melanggar ketentuan-ketentuan agama, seperti suami yang men*zihar* isterinya atau suami istri yang melakukan hubungan biologis pada siang hari bulan Ramadan. Mereka dikenakan *kifarat* yaitu memberi makan 60 orang miskin, sedangkan orang yang mengambil haji *tamattu*, dikenakan denda, memotong sesekor kambing sebagai *dam*.

Konsep hukum dalam Alquran tidak saja berorientasi pada keadaan hukum, tetapi juga memperhatikan faktor kemanusiaan, baik melindungi hak-hak korban, mau pun penjerahan (penyadaran) pelaku sendiri dari pelanggaran hukum. Hal ini didasarkan kepada asumsi bahwa manusia merupakan khalifah Allah di muka bumi sehingga harus diperlakukan secara manusiawi dan sebagai subyek, bukan hanya sebagai alat semata. Karena manusia adalah makhluk termulia

yang diciptakan Tuhan dan menjadi objek pembahasan utama dalam Al – Qur'an¹⁰²

Jelasnya, bahwa konsep hukum dalam Alquran yang disertai sanksi, baik berupa sanksi duniawi mau pun sanksi ukrawi (neraka), adalah bertujuan untuk membatasi ambisi dan hawa nafsu manusia, sehingga hak-hak manusia lain dan kemanusiaan terpelihara, yaitu mencegah kerusakan bagi manusia, dan mendatangkan kemaslahatan, pengendalian dunia dengan kebenaran, keadilan dan kebajikan.¹⁰³ Jadi, larangan mengikuti hawa nafsu pada hakikatnya adalah upaya memelihara martabat kemanusiaan.¹⁰⁴

Kemaslahatan manusia dalam kehidupan ada yang bersifat *daruriah* yang terfokus pada lima hal, yaitu (a) memelihara agama, (b) memelihara jiwa, (c) memelihara akal, (d) memelihara keturunan, dan (e) memelihara harta. Untuk memelihara agama, maka dilarang murtad dari Islam atau mempermaikan agama. Untuk memelihara jiwa, maka dilarang membunuh atau menganiaya orang lain tanpa alasan sah. Untuk memelihara akal, maka dilarang meminum khamar dan yang sejenisnya. Untuk memelihara keturunan, maka dilarang berzina. Untuk memelihara harta, maka dilarang mencuri.

¹⁰²Abdur Rahman I. Doi, *op. cit.*, hlm. 12.

¹⁰³ Minhajuddin, *Sistematikan Filsafat Hukum Islami* (Cet. I; Ujung Pandang: Ahkam, 1996), hlm. 38.

¹⁰⁴ Abdul Muin Salim, *Fiqh Siyasah Konsep Kekuasaan Politik dalam Al Qur'an* (Cet. III; Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002), hlm. 115.

Walau pun dari segi keadilan hukum, orang yang menganiaya atau membunuh harus dihukum *qisas* (dibunuh atau dihukum setimpal dengan penganiayaannya), namun hukuman itu tidak boleh melampaui batas, yang bertentangan dengan kemanusiaan. Karena itulah ada kemungkinan pelaku pembunuhan dan penganiayaan dimaafkan keluarga korban dan korban penganiayaan itu dari hukuman fisik, baik dengan tetap membayar *diat* (denda), mau pun tanpa *diat* sama sekali.

Orang yang belum menikah jika berzina, maka hukuman yang adil baginya adalah dicambuk 100 kali. Tetapi akan bertentangan dengan kemanusiaannya jika dihukum lebih dari 100 kali. Begitu pula pencuri, adil jika dipotong tangannya. Tetapi demi kemanusiaan, pencuri tidak dipotong tangannya jika mencuri di musim kelaparan, sebagaimana yang pernah dilakukan khalifah Umar bin Khattab.

Berpijak pada prinsip kemanusiaan ini, maka konsep hukum dalam Al-qur'an, di samping berupa ketentuan hukum '*azimah*, juga disertai hukum *rukhsah* yang diberlakukan kepada orang-orang tertentu dan dalam kondisi tertentu pula. Dengan adanya hukum *rukhsah*, maka orang yang mengalami hambatan melakukan hukum '*azimah* akan tetap melaksanakan ketentuan hukum Tuhan dalam Al-qu'ran. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa *elan* dasar (*basic elan*) Alquran mempunyai penekanan pada keadilan dan persamaan esensial manusia.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Ghufron A. Mas'adi, *Pemikiran Fazlur Rahman tentang Metodologi Pembaharuan Hukum Islam* (Cet. III; Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1998), hlm. 125.

Bertolak dari uraian di atas, maka pandangan bahwa berbuat baik dengan jalan mengorbankan kepentingan diri sendiri untuk kepentingan pihak lain atau membalas kejahatan dengan kebaikan, lebih tinggi nilainya daripada keadilan, hanyalah benar dalam hubungan antar individu, namun keliru jika diterapkan dalam kehidupan bermasyarakat. Karena salah satu asas kehidupan bermasyarakat adalah keadilan, sedangkan sikap berbuat baik yang melebihi keadilan- seperti berbuat baik terhadap mereka yang bersalah (melakukan pelanggaran hukum) akan menggoyahkan sendi-sendi kehidupan bermasyarakat.¹⁰⁶

Menurut M. Quraishy Syihab, Paling tidak, ada empat makna keadilan yang dikemukakan oleh pakar agama, yaitu: *Pertama*, adil dalam arti “sama”. surat Al-Nisa’ (4): 58¹⁰⁷ dinyatakan bahwa,

وإذ حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل

Kata “*adil*” dalam ayat ini bila diartikan ‘sama’ hanya mencakup sikap dan perlakuan hakim pada saat proses pengambilan keputusan. *Kedua*, adil dalam arti “seimbang”. Keseimbangan¹⁰⁸ ditemukan pada suatu kelompok yang didalamnya terdapat beragam

¹⁰⁶ M. Quraish Shihab, *Lentera Hati: Kisah dan Hikmah Kehidupan* (Cet. XVIII; Bandung: Mizan, 1999), hlm. 346-347.

¹⁰⁷Artinya: Apabila kamu memutuskan perkara di antara manusia, maka hendaklah engkau memutuskannya dengan adil

¹⁰⁸Seandainya ada salah satu anggota tubuh manusia berlebih atau berkurang dari kadar atau syarat yang seharusnya, maka pasti tidak akan terjadi ketidak seimbangan (keadilan). Contoh lain tentang keseimbangan adalah alam raya bersama ekosistemnya, Al-Qur’an menyatakan bahwa:

الذى خلق سبع سموت طباقا ماتي في خلق الرحمن من نفوت فارجع البصر هل ترى من قطور

Artinya: Yang telah menciptakan tujuh langit berlapis-lapis, kamu sekali-kali tidak melihat pada ciptaan Tuhan Yang Maha Pemurah sesuatu yang tidakseimbang. Maka lihatlah berulang-ulang, adakah kamu lihat sesuatu yang tidak seimbang?

bagian yang menuju satu tujuan tertentu. Selama syarat dan kadar tertentu terpenuhi oleh setiap bagian surat al-Infithar ayat 6-7:¹⁰⁹

يا ايها الانسن ماغرك بربك الكريم؛ الذى جلقك فسوك فعدلك

Dari sini, keadilan identik dengan kesesuaian (keproporsionalan), bukan lawan kata “kezaliman”. *Ketiga*, adil adalah “pengertian terhadap hak-hak individu dan memberi hak-hak itu kepada setiap pemiliknya”. *Keempat*, adil yang dinisbatkan kepada Ilahi. *Adil* di sini berarti “memelihara kewajaran atas berlanjutnya eksistensi, tidak mencegah kelanjutan eksistensi dan perolehan rahmat sewaktu terdapat banyak kemungkinan untuk itu.” Semua wujud tidak memiliki hak atas Allah. Keadilan Ilahi pada dasarnya merupakan rahmat dan kebaikan-Nya. Keadilan-Nya mengandung konsekuensi bahwa rahmat Allah tidak tertahan untuk diperoleh sejauh makhluk itu dapat meraihnya.

Al-Qur’an¹¹⁰ mengisahkan dua orang berperkara yang datang kepada Nabi Daud a.s. untuk mencari keadilan. Orang pertama memiliki sembilan puluh sembilan ekor kambing betina, sedangkan orang kedua hanya memiliki seekor. Pemilik kambing yang banyak mendesak agar diberi pula yang seekor itu agar genap seratus. Nabi Daud tidak memutuskan perkara itu dengan membagikan kambing-kambing itu dengan jumlah yang sama, melainkan menyatakan bahwa

¹⁰⁹Artinya: Wahai manusia, apakah yang memperdayakan kamu (berbuat durhaka) terhadap Tuhan-mu Yang Maha Pemurah? Yang menciptakan kamu lalu menyempurnakan kejadianmu, dan menjadikan kamu (menjadikan susunan tubuhmu seimbang).

¹¹⁰Al-Qur’an Surat Shad ayat 21-24

pemilik sembilan puluh sembilan kambing itu telah berlaku aniaya atas permintaannya itu (Q.S Shad (38): 23).

Menurut Muhammad Mutawalli Sya'rawi, "Ayat di atas menyiratkan bahwa Nabi Daud agaknya telah terpengaruh oleh kondisi tertentu ketika memutuskan sebuah kasus persengketaan. Beliau terpengaruh dengan banyaknya jumlah kambing sehingga ia tidak rela melihat orang memiliki 99 kambing betina merampas seekor milik orang lain. Padahal penyebutan jumlah yang banyak bukan suatu alasan tergugat telah bersalah. Bahkan boleh jadi yang tidak memiliki sesuatu apapun atau yang memiliki sesuatu yang lebih sedikit adalah pihak yang bersalah. Oleh karena itu, banyaknya kuantitas sesuatu semestinya dijadikan alasan dalam menjustifikasi sebuah keputusan".¹¹¹

Akan tetapi perasaan dan emosi Nabi Daud agaknya cenderung membela orang miskin yang hanya memiliki seekor kambing betina. Oleh karena itu ketika beliau diminta untuk memutuskan persengketaan di antara kedua orang tersebut, beliau tidak sukses dalam mengadili kasus tersebut, malah beliau mengatakan: "*Sesungguhnya dia telah berbuat aniaya kepadamu dengan meminta kambingmu itu untuk ditambahkan kepada kambingnya*".

Kesimpulannya, dalam Al-Qur'an dapat ditemukan pembicaraan tentang keadilan, dari *tawhid* sampai keyakinan mengenai hari kebangkitan, dari *nubuwwah* (kenabian) hingga kepemimpinan, dan

¹¹¹Muhammad Mutawalli Sya'rawi, *Adalatullah: Keadilan*, h. 25-26

dari individu hingga masyarakat. Keadilan adalah syarat bagi terciptanya kesempurnaan pribadi, standar kesejahteraan masyarakat, dan sekaligus jalan terdekat menuju kebahagiaan ukhrawi. Kebahagiaan duniawi dan ukhrawi akan dapat dicapai bila penguasa dengan sungguh-sungguh melaksanakan dan menegakkan keadilan.

Keadilan harus ditegakkan, kalau perlu dengan tindakan tegas. Alquran menggandengkan “timbangan” (alat ukur yang adil) dengan “besi” yang digunakan sebagai senjata, mengisyaratkan bahwa senjata adalah salah satu cara atau alat untuk menegakkan keadilan. (QS. Al-Hadid: 25).

Karena itu jika terjadi pertentangan antara keadilan dan kemanusiaan dalam suatu penegakan hukum, maka pertimbangan keadilan hukumlah yang diunggulkan demi untuk melindungi harkat dan martabat kemanusiaan yang lebih luas. Dalam hal ini memang sepiantas terkesan ketegasan keadilan hukum telah bertentangan bahkan mengesampingkan kemanusiaan. Namun perlu dipahami bahwa dalam penegakan keadilan hukum yang tegas, maka fungsi hukum sebagai *social control* dapat terealisasi secara berdaya guna dan berhasil guna. Orang-orang yang merencanakan kejahatan akan mengurungkan niatnya jahatnya. Orang yang telah dijatuhi hukuman pun diharapkan akan jera (sadar) dan tidak mengulangi kesalahannya lagi.

Di samping itu konsep hukum dalam Alquran dalam hal-hal tertentu memang bertujuan untuk kemanusiaan, seperti kewajiban tolong-menolong, zakat, infak, wakaf dan sekdekah.¹¹²

Begitu pula ketentuan hukum dalam Alquran berupa sanksi *kafarat* dalam bentuk pembebasan budak bagi orang yang membunuh tanpa sengaja. Atau memberi makan orang miskin bagi yang menzihar isterinya atau bersumpah atau berhubungan biologis siang hari di bulan Ramadan pada hakekatnya bertujuan untuk mengangkat harkat dan martabat kemanusiaan. Tegasnya konsep hukum tersebut secara substansial bertujuan agar perbudakan dapat dihilangkan dan kemiskinan dapat dieliminir dalam kehidupan manusia. Pembebasan budak sama artinya menghidupkannya dari kematian, yakni kembali hidup dalam kebebasan dari kematian hak asasinya. Bahkan menurut Mahmud Syaltut, pembebasan budak dalam kasus pembunuhan tanpa sengaja secara maknawi merupakan upaya menghidupkan kembali jiwa orang lain,¹¹³ menggantikan jiwa yang telah meninggal akibat pembunuhan tanpa sengaja itu. Dengan demikian penegakan keadilan hukum akan mengangkat harkat dan martabat kemanusiaan bukan saja masyarakat umum tetapi juga orang yang telah melanggar hukum itu sendiri. Karena itu konsep hukum dalam Alquran dapat dipahami sebagai konsep hukum yang memadukan antara keadilan dan

¹¹² Ismail Muhammad Syah, "*Tujuan dan Ciri Hukum Islam*," dalam Zaini Dahlan, dkk., *Filsafat Hukum Islam* (Cet. II; Jakarta: Bumi Aksara, 1992), h. 118.

¹¹³ Mahmud Syaltut, *Al-Fatawa* (Cet. III; Kairo: Dar al-Qalam, [t.th.]), h. 150.

kemanusiaan. Dengan penegakan keadilan hukum yang tegas, kemanusiaan akan terlindungi secara selaras dan seimbang. Bahkan dapat dikatakan, hukum Islam -yang bersumber dari Alquran- adalah hukum kemanusiaan, yang memberi perhatian penuh kepada manusia dalam berbagai segi.¹¹⁴ Sehingga sangatlah tepat pendapat **Erwin I. J. Rosenthal**, bahwa keadilan dan kemanusiaan mempunyai sumber pembenaran dalam Alquran¹¹⁵

Murtadha Muthahhari menggunakan kata adil dalam 4 (empat) hal, *pertama*, yang dimaksud dengan adil adalah keadaan yang seimbang; *kedua*, persamaan dan penafian (peniadaan) terhadap perbedaan apa pun; *ketiga*, memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya.¹¹⁶

Menurut **Nurcholish Madjid** "*Keadilan*", "merupakan inti tugas suci (risalah) para Nabi"¹¹⁷ Lebih lanjut dijelaskannya, bahwa di dalam Al-Qur'ān , masalah keadilan disebutkan dalam berbagai konteks. Kata *adil* mempunyai beragam terminologi dalam bahasa Arab, seperti *adl*, *qist*, dan *al-misl* (sama bagian atau semisal) ; juga kata *mīzān* yang padanannya dalam bahasa Inggris ialah, *just* atau *justice*. Sedangkan pengertian *adil* dalam kacamata Nurcholish Madjid,

¹¹⁴ Teungku Muhammad Hasbi Ash Shiddieqy, *Falsafah Hukum Islam* (Cet. I; Semarang: Pustaka Rizki Putra, 2001), h. 142-143.

¹¹⁵ Erwin I. J. Rosenthal, *Political Thought in Medical Islam* (Philadelphia: Temple University Press, 1991), h. 55.

¹¹⁶ Murtadha Muthahhari, *Keadilan Ilahi: Asas Pandangan Dunia Islam*, Terj. Agus Efendi, Mizan anggota IKAPI, Bandung, 1981, hlm. 53 – 56.

¹¹⁷ Nurcholish Madjid, "*Konsep Keadilan dalam Al-Qur'ān dan Kemungkinan Perwujudannya dalam Konteks Zaman Modern*", (Serie KKA Paramadina, No. 35/Tahun. III/1997), hlm. 4

"tengah" atau "pertengahan". Namun diakuinya bahwa membahas keadilan tidak cukup lewat penjelasan-penjelasan etimologis belaka. Sebab, "konsep keadilan memiliki bentangan makna yang jauh lebih luas dan rumit"¹¹⁸

Menurut **Ahmad Azhar Basyir**, keadilan adalah meletakkan sesuatu pada tempat yang sebenarnya atau menempatkan sesuatu pada proporsinya yang tepat dan memberikan kepada seseorang sesuatu yang menjadi haknya¹¹⁹

Al-Qur'an memerintahkan perbuatan adil dan kebajikan seperti bunyi firman-Nya, yang artinya: "Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan" (QS Al-Nahl [16]: 90).¹²⁰

Keadilan dalam pelaksanaannya tergantung dari struktur-struktur kekuasaan dalam masyarakat, struktur-struktur mana terdapat dalam bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, dan ideologi. Maka membangun keadilan berarti menciptakan struktur-struktur yang memungkinkan pelaksanaan Keadilan.¹²¹

Islam perintah berlaku adil ditujukan kepada setiap orang tanpa pandang bulu. Perkataan yang benar harus disampaikan apa adanya walaupun perkataan itu akan merugikan kerabat sendiri. Keharusan berlaku adil pun harus ditegakkan dalam keluarga dan masyarakat

¹¹⁸ Nurcholish Madjid, *"Konsep Keadilan..."*, h. 9-10

¹¹⁹ Ahmad Azhar Basyir, *Negara dan Pemerintahan dalam Islam*, UII Pres, Yogyakarta, 2000, hlm. 30.

¹²⁰ Yayasan Penyelenggara Penterjemah/Pentafsir al-Qur'an, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Departemen Agama 1986, hlm. 415

¹²¹ Franz Magnis Suseno, *Kuasa dan Moral*, Gramedia, Jakarta, 1988, h. 45

muslim itu sendiri, bahkan kepada orang kafir pun umat islam diperintahkan berlaku adil. Untuk keadilan sosial harus ditegakkan tanpa membedakan karena kaya miskin, pejabat atau rakyat jelata, wanita atau pria, mereka harus diperlakukan sama dan mendapat kesempatan yang sama¹²². Senada dengan itu, Sayyid Qutb menegaskan bahwa Islam tidak mengakui adanya perbedaan-perbedaan yang digantungkan kepada tingkatan dan kedudukan.¹²³

Salah satu sumbangan terbesar Islam kepada umat manusia adalah prinsip keadilan sosial dan pelaksanaannya dalam setiap aspek kehidupan manusia. Islam memberikan suatu aturan yang dapat dilaksanakan oleh semua orang yang beriman. Setiap anggota masyarakat didorong untuk memperbaiki kehidupan material masyarakat tanpa membedakan bentuk, keturunan dan jenis orangnya. Setiap orang dipandang sama untuk diberi kesempatan dalam mengembangkan seluruh potensi hidupnya¹²⁴.

Dalam kaitannya dengan aspek hukum, bahwa keadilan hukum Islam bersumber dari Tuhan yang Maha Adil, karena pada hakikatnya Allah-lah yang menegakkan keadilan (*quiman bilqisth*), maka harus diyakini bahwa Allah tidak berlaku aniaya (zalim) kepada hamba-hamba-Nya (Q.S. 10/Yunus: 449). Oleh karena itu setiap perbuatan manusia akan dipertanggungjawabkan kepada-Nya pada hari keadilan

¹²² Juhaya S.Praja, *Filsafat Hukum Islam*, Pusat Penerbitan Universitas LPPM UNISBA, Bandung, 1995, h. 73.

¹²³ Sayyid Qutb, "*Keadilan Sosial dalam Islam*", dalam John J. Donohue dan John L. Esposito, *Islam dan Pembaharuan*, Terj. Machnun Husein, CV Rajawali, Jakarta, 1984, h.224

¹²⁴ Afzalur Rahman, *Doktrin Ekonomi Islam*, jilid 1, Terj. Soeroyo, Nastangin, Dana Bhakti Wakaf, Yogyakarta, 1995, h. 74.

(Q.S. 4/al-Nisa:110). Adil dalam pengertian persamaan (*Equality*), yaitu persamaan dalam hak, tanpa membedakan siapa; dari mana orang yang akan diberikan sesuatu keputusan oleh orang yang diserahkan menegakkan keadilan, sebagaimana dimaksud firman Allah Q.S. 4/al-Nisaa': 58: yang artinya: Dan Apabila kamu memutuskan perkara di antara manusia, maka hendaklah engkau putuskan dengan adil.

2. Teori Kebijakan Formulasi sebagai Middle Theory

Istilah kebijakan diambil dari istilah *policy* (Inggris) atau *politiek* (Belanda). Kebijakan formulasi dapat diidentikkan dengan kebijakan dalam merumuskan peraturan perundang-undangan. Kebijakan formulasi dalam hukum pidana berarti kebijakan dalam merumuskan norma-norma hukum pidana oleh pihak legislatif. Peranan legislatif meliputi kebijakan dasar yang tidak hanya mengenai pidana yang tepat untuk tiap-tiap tindak pidana, tetapi juga mengenai tipe pidana yang disediakan untuk kekuasaan pidana lainnya di tingkat bawah (*the other sentencing authorities*) dan kadar yang diberikan kepada mereka dalam menetapkan pidana yang tepat untuk seorang pelanggar tertentu.¹²⁵

Menurut penulis, kebijakan legislatif dalam hukum pidana tidak hanya fokus pada masalah perumusan (formulasi) jenis tindak pidana, tetapi juga merumuskan tentang jenis sanksi (*strafsoort*) dan lamanya

¹²⁵ Barda Nawawi Arief, 1994. *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Universitas Diponegoro, Semarang, hlm. 56. (Selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief 1.)

masa pidana (*strafmaat*) yang tepat bagi setiap pelaku tindak pidana sesuai dengan jenis tindak pidana yang dilakukan serta menyangkut aspek penerapan sanksi dan pelaksanaan pidananya (*strafmodus*) dalam mewujudkan tujuan pemidanaan. Kebijakan hukum pidana merupakan bagian dari kebijakan legislatif yang lebih spesifik. Istilah kebijakan hukum pidana dapat pula disebut dengan istilah politik hukum pidana atau dengan istilah yang lain yaitu *penal policy* atau *criminal law policy* atau *strafrechtspolitik*.¹²⁶

Dalam konteks kebijakan hukum pidana (*penal policy*) menurut Marc Ancel, *penal policy* adalah : "*Both a science and art, of which the practical purposes ultimately are to enable the positive rules better formulated and to guide not only the legislator who has to draft criminal statutes, but the court by which they are applied and the prison administration which gives practical effect to the court' decision.*"¹²⁷ (Suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada Undang-Undang dan kepada penyelenggara atau pelaksana keputusan pengadilan yang menerapkan undang-undang dan kepada penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan). Menurut A. Murder *strafrechtspolitik*, adalah garis kebijakan untuk menentukan:

¹²⁶ Barda Nawawi Arief, 2011. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, Cet. 3, Kencana Prenada Group, Jakarta, hlm. 26. (Selanjutnya disebut Barda Nawawi Arief 2.)

¹²⁷ Marc Ancel, 1965. *Social Defence A Modern Approach Problem*, Roulledge & Kegan Paul, London, p. 209, dalam I Gede Artha 1, *Op.Cit.*, hlm. 33.

- a) Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah dan diperbaharui.
- b) Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana.
- c) Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

Sejalan dengan pandangan Marc Ancel dan A. Mulder, menurut Sudarto *penal policy* dapat diartikan sebagai usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.²³ Sudarto juga menyatakan "bahwa menjalankan politik (kebijakan) hukum pidana juga berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Esensi teori kebijakan pidana yang dikemukakan Marc Ancel, A. Mulder dan Sudarto menunjukkan bahwa betapa luasnya ruang lingkup dari kebijakan hukum pidana (*penal policy*), yang secara sistematis meliputi tahapan kebijakan legislatif (formulasi), kebijakan yudikatif (aplikasi) dan kebijakan eksekutif (eksekusi).

Melakukan pencegahan tindak pidana adalah jauh lebih baik dari pada memberantas. Mencegah atau tindakan preventif, dalam *Webster's New American Dictionary* disebutkan *prevent to stop from being done or coming to pass; to hinder, obstruct*; selanjutnya *prevention the act of hindering or obstruction*. Artinya, perbuatan merintang atau mencegah/menghalangi. Dengan demikian arti kata atau makna

pencegahan atau prevensi adalah membuat rintangan, untuk itu diperlukan penahan yang saksama terhadap faktor-faktor yang mengakibatkan timbulnya kejahatan atau hal-hal yang mendukung atau mempengaruhi terjadinya kejahatan.¹²⁸

Kebijakan untuk melakukan pencegahan dan penanggulangan kejahatan Tindak pidana korupsi, termasuk bidang kebijakan kriminal (*criminal policy*). Kebijakan kriminal ini pun tidak terlepas dari kebijakan yang lebih luas yaitu kebijakan sosial (*social policy*) yang terdiri dari kebijakan/upaya-upaya untuk kesejahteraan sosial (*social-welfare policy*) bagaimana meningkatkan kesejahteraan dan kebijakan/upaya-upaya untuk perlindungan masyarakat (*social defence policy*). Dengan demikian, sekiranya kebijakan penanggulangan kejahatan (politik kriminal) dilakukan dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) maka kebijakan hukum pidana (*penal policy*), khususnya pada kebijakan yudikatif/ aplikatif (penegakan hukum pidana *in concreto*) harus memperhatikan dan mengarah pada tercapainya tujuan dari kebijakan itu, berupa *social welfare* dan *social-defence*.

Kebijakan dalam upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan tersebut di atas, dapat pula dimanfaatkan sebagai kebijakan upaya pencegahan dan pemberantasan tindak korupsi di masa mendatang yaitu baik dengan menggunakan sarana penal dan non penal. Oleh karena korupsi merupakan kejahatan yang sangat terselubung sehingga upaya penanggulangannya harus melibatkan masyarakat luas seperti apa yang

¹²⁸ Leden Marpaung, 2001. *Tindak Pidana Korupsi, Pemberantasan dan Pencegahan*, Djambatan, Jakarta, hlm. 74.

dikemukakan oleh Soerjono Soekanto bahwa upaya penanggulangan korupsi dalam praktek harus mengajak seluruh lapisan masyarakat karena korupsi telah menjadi fenomena sosial, dan dalam sosiologi hukum dikonsepsikan sebagai suatu gejala *normative otonom*, sebab permasalahan korupsi menimbulkan pengaruh-pengaruh dan akibat-akibat pada berbagai aspek kehidupan sosial.

Menggunakan sarana media massa dalam upaya mencegah tindak pidana korupsi juga tidak kalah pentingnya karena melalui media massa akan dapat di sosialisasikan kebijakan-kebijakan dalam pencegahan dan Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, agar masyarakat luas dapat mengetahui upaya yang dilakukan oleh aparat penegak hukum dalam menangani kasus-kasus korupsi sehingga mereka yang ingin melakukan tindak pidana korupsi harus berhati-hati karena akibatnya sangat fatal.

Pencegahan dan pemberantasan kejahatan khususnya dalam hal ini tindak pidana korupsi harus juga ditempuh dengan kebijakan yang integral dan sistemik artinya ada keterpaduan antara pencegahan dan penanggulangan kejahatan dengan keseluruhan kebijakan pembangunan dalam sistem politik sosial dan budaya. Ada keterpaduan antara *"treatment of offender* dan *treatment of society*, seluruh masyarakat harus dibangun sedemikian rupa agar sehat dari faktor-faktor kriminogen; ada keterpaduan antara penyembuhan/ pengobatan simtomatik dan penyembuhan/ pengobatan kausatif ada keterpaduan antara sarana penal dan non penal; ada keterpaduan sarana formal dan informal atau

tradisional: keterpaduan antara *legal system* dan *extra legal system* dan lain-lain.

Sehubungan dengan itu maka harus dilakukan peninjauan kembali terhadap kebijakan pidana yang dilaksanakan selama ini karena meningkatnya kejahatan dapat dilihat juga sebagai suatu petunjuk kurang sesuai lagi kebijakan hukum pidana yang berlaku, sebagaimana dikemukakan oleh W. Clifford, bahwa "meningkatnya kejahatan telah cukup menarik perhatian bahwa tidak efisiennya struktur peradilan pidana yang sekarang ada sebagai suatu mekanisme pencegahan kejahatan.¹²⁹ Demikian pula halnya pendapat dari Manuel Lopes Rey dalam ceramahnya yang berjudul *crime and the penal system* di depan Kongres PBB ke IV yang bertema *Prevention of crime and the Treatment of Offenders* menyampaikan bahwa kondisi suatu sistem pidana yang tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat merupakan faktor yang mendukung meningkatnya kejahatan. Selanjutnya terhadap hukum pidana di Indonesia, ia menilai bahwa sudah saatnya dilakukan perubahan atau evaluasi kembali karena sistem pidana saat ini sudah tidak cocok dengan perkembangan masyarakat apalagi masa yang akan datang karena pada umumnya telah usang dan tidak adil serta tidak efektif, semua itu merupakan faktor penunjang meningkatnya kejahatan.

J.E. Sahetapy menyatakan bahwa kurang baiknya kondisi undang-undang dapat memicu timbulnya perilaku korup. Selain itu ada faktor lain yang sangat berpengaruh yaitu pelaksanaan undang-undang yang

¹²⁹ W. Clifford , *Reform in Criminal Justice in Asia and Far East* (terjemahan, tanpa penerbit, tahun dan tempat), hlm. 10 dalam I Kt Rai Setiabudhi, *Ibid.*, hlm. 106.

tidak konsekwen dan sikap atau tindak tanduk dari aparat penegak hukum.

Mengacu pada beragam pendapat diatas dikaitkan dengan permasalahan disertasi ini, maka upaya reformulasi sanksi pidana pembayaran uang pengganti dalam UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagai upaya pengembalian kerugian keuangan negara harus segera dilakukan oleh pihak legislatif dan pihak eksekutif dalam menunjang upaya Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi di Indonesia.

Teori kebijakan formulasi akan digunakan untuk mengkaji dan mengevaluasi rumusan masalah pertama dan masalah kedua sekaligus juga digunakan untuk merekonstruksi/ memformulasi sanksi pidana pembayaran uang pengganti dari perspektif *ius constituendum*.

3. Teori Pidanaan sebagai Applied Theory

a. Teori Pidanaan

Pembahasan tentang teori-teori pidanaan sangat erat kaitannya dengan tujuan dari hukum pidana. Oleh karena itu penulis terlebih dahulu akan mengemukakan beberapa pendapat tentang tujuan hukum pidana kemudian akan dilanjutkan dengan uraian tentang teori-teori pidanaan.

Tugas dari hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan hukum yang digolongkan ke dalam perlindungan terhadap nyawa, badan, kehormatan, kebebasan, dan kekayaan.¹³⁰ Wujud dari

¹³⁰ Zamhri Abidin, 1986. *Pengertian dan Asas Hukum Pidana Dalam Bagan dan Catatan Singkat*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 4.

perlindungan tersebut adalah melalui sanksi pidana. Wirjono Prodjodikoro menyatakan bahwa, tujuan hukum pidana ialah untuk memenuhi rasa keadilan. Ada beberapa tujuan hukum pidana yaitu:¹³¹

- a) Untuk menakut-nakuti orang jangan sampai melakukan kejahatan, baik secara menakuti-nakuti orang banyak (*generale preventie*), maupun secara menakutinakuti orang tertentu yang sudah menjalankan kejahatan, agar dikemudian hari tidak melakukan kejahatan lagi (*speciale preventie*), atau
- b) Untuk mendidik, atau memperbaiki orang-orang yang sudah menandakan suka melakukan kejahatan, agar menjadi orang yang baik tabiatnya, sehingga bermanfaat bagi masyarakat.

Bassiouni berpendapat, bahwa tujuan-tujuan yang ingin dicapai oleh hukum pidana pada umumnya terwujud dalam kepentingan-kepentingan sosial yang patut dilindungi seperti: ¹³²

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

Merujuk pendapat kedua pakar di atas, dapat penulis simpulkan bahwa tujuan hukum pidana pada umumnya adalah untuk menjaga ketertiban dan keamanan dalam masyarakat dan secara khusus untuk melindungi kepentingan individu dari berbagai jenis perbuatan jahat serta memberi efek jera kepada pelanggar hukum agar tidak mengulangi melakukan kejahatan.

¹³¹ Wirjono Prodjodikoro, 1981. *Asas Asas Hukum Pidana*, Eresco, Bandung, hlm.16

¹³² Bassiouni dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1984. *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 43

Pemidanaan mempunyai beberapa tujuan yang bisa diklasifikasikan berdasarkan teori-teori tentang pemidanaan. Teori tentang tujuan pemidanaan yang berkisar pada perbedaan hakekat ide dasar tentang pemidanaan dapat dilihat dari beberapa pandangan berikut. Herbert L. Packer menyatakan bahwa ada dua teori tujuan pemidanaan yang berbeda satu sama lain yaitu teori retributif (*retributive theory*) dan teori *utilitarian* (*utilitarian theory*). Teori retributif mengandaikan pemidanaan sebagai ganjaran negatif terhadap perilaku menyimpang yang dilakukan oleh warga masyarakat sehingga pandangan ini melihat pemidanaan hanya sebagai pembalasan terhadap kesalahan yang dilakukan atas dasar tanggung jawab moralnya masing-masing. Pandangan ini dikatakan bersifat melihat ke belakang (*backward-looking*). Sedangkan teori *utilitarian* melihat pemidanaan dari segi manfaat atau kegunaannya, di mana yang dilihat adalah situasi atau keadaan yang ingin dihasilkan dengan dijatuhkannya pidana itu. Di satu pihak, pemidanaan dimaksudkan untuk memperbaiki sikap atau tingkah laku terpidana dan di pihak lain pemidanaan itu juga dimaksudkan untuk mencegah orang lain dari kemungkinan melakukan perbuatan yang serupa. Pandangan ini dikatakan berorientasi ke depan (*forward-looking*) dan mempunyai sifat pencegahan (*deterrence*).¹³³

Teori tujuan pemidanaan dapat dibagi menjadi 3 kelompok sebagai berikut:¹³⁴

¹³³ Herbert L. Packer, 1968. *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, p. 9-10.

¹³⁴ Muladi, 2002. *Lembaga Pidana Bersyarat*, Penerbit Alumni, Bandung, hlm. 49-51.

- 1) Teori absolut (*retributif*) memandang bahwa pemidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang telah dilakukan sehingga berorientasi pada perbuatan dan terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori ini mengedepankan bahwa sanksi dalam hukum pidana dijatuhkan semata-mata karena orang telah melakukan sesuatu kejahatan yang merupakan akibat mutlak yang harus ada sebagai suatu pembalasan kepada orang yang melakukan kejahatan sehingga sanksi bertujuan untuk memuaskan tuntutan keadilan.
- 2) Teori teleologis (tujuan) memandang bahwa pemidanaan bukan sebagai pembalasan atas kesalahan pelaku tetapi sarana mencapai tujuan yang bermanfaat untuk melindungi masyarakat menuju kesejahteraan masyarakat. Sanksi ditekankan pada tujuannya, yakni untuk mencegah agar orang tidak melakukan kejahatan, maka bukan bertujuan untuk memuaskan absolut atas keadilan.
- 3) Teori retributif-teleologis (teori integratif) memandang bahwa tujuan pemidanaan bersifat plural. Hal itu karena teori ini menggabungkan antara prinsip-prinsip teleologis (tujuan) dan retributif sebagai satu kesatuan. Teori ini bercorak ganda, di mana pemidanaan mengandung karakter retributif sejauh pemidanaan dilihat sebagai suatu kritik moral dalam menjawab tindakan yang salah. Sedangkan karakter teleologisnya terletak pada ide bahwa tujuan kritik moral tersebut ialah suatu reformasi atau perubahan perilaku terpidana dikemudian hari. Pandangan teori ini menganjurkan adanya kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori pemidanaan yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus *retribution* yang bersifat *utilitarian*, dimana pencegahan dan sekaligus rehabilitasi yang kesemuanya dilihat sebagai sasaran yang harus dicapai oleh suatu rencana pemidanaan. Karena tujuannya bersifat integratif, maka perangkat tujuan pemidanaan adalah pencegahan umum dan khusus, perlindungan masyarakat, memelihara solidaritas masyarakat, dan pengimbangan / pengimbangan.

Dalam perkembangannya, teori pemidanaan yang bertujuan rehabilitasi telah dikritik karena didasarkan pada keyakinan bahwa tujuan rehabilitasi tidak dapat berjalan. Pada tahun 1970-an telah terdengar tekanan-tekanan bahwa *treatment* terhadap rehabilitasi tidak berhasil serta *indeterminate sentence* tidak diberikan dengan tepat tanpa garis-garis pedoman.¹³⁵

¹³⁵ Sholehuddin, 2003. *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana, Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya*, Raja Grafindo Persada, hlm. 61.

Terhadap tekanan atas tujuan rehabilitasi tersebut, lalu lahir “Model Keadilan” sebagai justifikasi modern untuk pemidanaan yang dikemukakan oleh Sue Titus Reid. Model keadilan dikenal juga dengan pendekatan keadilan atau model ganjaran setimpal (*just desert model*) yang didasarkan pada dua teori tentang tujuan pemidanaan yaitu pencegahan (*prevention*) dan retribusi (*retribution*). Dasar retribusi dalam *just desert model* menganggap bahwa pelanggar akan dinilai dengan sanksi yang patut diterima oleh mereka mengingat kejahatan-kejahatan yang telah dilakukannya, sanksi yang tepat akan mencegah para kriminal melakukan tindakan-tindakan kejahatan lagi dan mencegah orang-orang lain melakukan kejahatan.¹³⁶

Sesuai skema *just desert*, pelaku dengan kejahatan yang sama akan menerima penghukuman yang sama, dan pelaku kejahatan yang lebih serius akan mendapatkan hukuman yang lebih keras daripada pelaku kejahatan yang lebih ringan. Akan tetapi, terdapat dua hal yang menjadi kritik dari teori *just desert* ini yaitu:

1. *Desert theories* menekankan pada keterkaitan antara hukuman yang layak dengan tingkat kejahatan. Berdasarkan kepentingan memperlakukan kasus seperti itu, teori ini mengabaikan perbedaan-perbedaan relevan lain antara para pelaku, seperti latar belakang pribadi pelaku dan dampak penghukuman kepada pelaku dan keluarganya. Oleh karena itu, seringkali terdapat perlakuan kasus yang tidak sama dengan cara yang sama.

¹³⁶ Sue Titus Reid, 1987. *Criminal Justice, Procedur and Issues*, West Publising Company, New York, p. 352. Dalam *Sholehuddin, Ibid.*, hlm. 62.

2. Secara keseluruhan tapi eksklusif, menekankan pada pedoman-pedoman pembeda dari kejahatan dan catatan kejahatan mempengaruhi psikologi dari penghukuman dan pihak yang menghukum.¹³⁷

Ada 3 teori pembedaan sebagaimana yang dinyatakan oleh Muladi, yakni teori pembalasan (*absolute theorien*), teori tujuan (*relatieve theorien*) dan teori gabungan atau (*verenigings theorien*).¹³⁸

Hal yang sama dikemukakan oleh Andi Hamzah bahwa ada 3 (tiga) teori yang membenarkan penjatuhan pidana yakni :

1. Teori Absolut atau Teori Pembalasan (*Vergeldings Theorien*).
2. Teori Relatif atau Teori Tujuan (*Doeltheoien*).
3. Teori Gabungan (*Verenigingstheorien*)¹³⁹

Studi hubungan antara konfigurasi politik dan karakter produk hukum menghasilkan disertasi bahwa setiap produk hukum merupakan pencerminan dari konfigurasi politik yang melahirkannya. Artinya setiap muatan produk hukum akan sangat ditentukan oleh visi kelompok dominan (Penguasa). Oleh karena itu, setiap upaya melahirkan hukum-hukum yang berkarakter responsive / populistik harus dimulai dari upaya demokratisasi dalam kehidupan politik.¹⁴⁰ Kehadiran hukum progresif bukanlah sesuatu yang kebetulan, bukan sesuatu yang lahir tanpa sebab, dan juga bukan sesuatu yang jatuh dari langit. Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran

¹³⁷ Michael Tonry, 1996. *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York, p. 15.

¹³⁸ Bambang Poernomo, 1985. *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, hlm. 27.

¹³⁹ Andi Hamzah, 1986. *Sistem Pidana dan Pidanaan dari Retribusi ke Reformasi*, Pradnja Paramita, Jakarta, hlm. 17.

¹⁴⁰ *Op. Cit.*, Mahfud MD, h. 368

(*searching for the truth*) yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif yang dapat dipandang sebagai konsep yang sedang mencari jati diri, bertolak dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum dimasyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum dalam *setting* Indonesia pada akhir abad yang ke-20.

Agenda besar gagasan hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan mengenai hukum. Dengan kebijaksanaan hukum progresif mengajak untuk memperhatikan faktor perilaku manusia. Oleh karena itu, hukum progresif menempatkan perpaduan antara faktor peraturan dan perilaku penegak hukum didalam masyarakat. Disinilah arti penting pemahaman gagasan hukum progresif, bahwa konsep “hukum terbaik” mesti diletakkan dalam konteks keterpaduan yang bersifat utuh (*holistik*) dalam memahami problem-problem kemanusiaan. Dengan demikian, gagasan hukum progresif tidak semata-mata hanya memahami sistem hukum pada sifat yang dogmatik, selain itu juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik. Sehingga diharapkan melihat problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantive.

Hukum progresif menolak segala anggapan bahwa institusi hukum sebagai institusi yang final dan mutlak, sebaliknya hukum progresif percaya bahwa institusi hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*). Anggapan ini dijelaskan oleh **Satjipto Rahardjo** sebagai berikut :

Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak secara final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran yang demikian itu, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan disini bisa diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakikat “hukum yang selalu dalam proses (*law as a process, law in the making*).¹⁴¹

Dalam konteks yang demikian itu, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya hal ini akan mempengaruhi pada cara berhukum kita, yang tidak akan sekedar terjebak dalam ritme “kepastian hukum”, *status quo* dan hukum sebagai skema yang final, melainkan suatu kehidupan hukum yang selalu mengalir dan dinamis baik itu melalui perubahan-undang maupun pada kultur hukumnya. Pada saat kita menerima hukum sebagai sebuah skema yang final, maka hukum tidak lagi tampil sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, melainkan manusialah yang dipaksa untuk memenuhi kepentingan kepastian hukum.

Dasar filosofi dari hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera

¹⁴¹*Ibid*, h. 72

dan membuat manusia bahagia.¹⁴² Hukum progresif berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Berdasarkan hal itu, maka kelahiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu; untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan didalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum.

Pernyataan bahwa hukum adalah untuk manusia, dalam artian hukum hanyalah sebagai “alat” untuk mencapai kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia, bagi manusia. Oleh karena itu menurut hukum progresif, hukum bukanlah tujuan dari manusia, melainkan hukum hanyalah alat. Sehingga keadilan substantif yang harus lebih didahulukan ketimbang keadilan prosedural, hal ini semata-mata agar dapat menampilkan hukum menjadi solusi bagi problem-problem kemanusiaan.

Orientasi hukum progresif bertumpu pada aspek peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Peraturan akan membangun sistem hukum positif yang logis dan rasional. Sedangkan aspek perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah terbangun itu. Karena asumsi yang dibangun disini, bahwa hukum bisa dilihat dari perilaku sosial penegak hukum dan masyarakatnya. Dengan menempatkan aspek perilaku berada diatas aspek peraturan, dengan

¹⁴² Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif; Terapi Paradigmatik Atas Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, Antony Lib bekerjasama LSHP, Yogyakarta, 2009, h. 31

demikian faktor manusia dan kemanusiaan inilah yang mempunyai unsur *greget* seperti *compassion* (perasaan baru), *empathy*, *sincerety* (ketulusan), *edication*, *commitment* (tanggung jawab), *dare* (keberanian) dan *determination* (kebulatan tekad). **Satjipto Rahardjo** mengutip ucapan **Taverne**:

“Berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk sekalipun saya bisa membuat putusan yang baik”.

Mengutamakan perilaku (manusia) daripada peraturan perundang-undangan sebagai titik tolak paradigma penegakan hukum, akan membawa kita untuk memahami hukum sebagai proses dan proyek kemanusiaan.¹⁴³ Mengutamakan faktor perilaku (manusia) dan kemanusiaan diatas faktor peraturan, berarti melakukan pergeseran pola pikir, sikap dan perilaku dari aras legalistik-positivistik ke aras kemanusiaan secara utuh (*holistik*), yaitu manusia sebagai pribadi (individu) dan makhluk sosial. Dalam konteks demikian, maka setiap manusia mempunyai tanggung jawab individu dan tanggung jawab sosial untuk memberikan keadilan kepada siapapun.

Hukum progresif menempatkan diri sebagai kekuatan “pembebasan” yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berpikir, asas dan teori hukum yang legalistik-positivistik. Dengan ciri ini “pembebasan” itu, hukum progresif lebih mengutamakan “tujuan” dari pada “prosedur”. Dalam konteks ini, untuk melakukan penegakan hukum,

¹⁴³*Ibid*, h.74

maka diperlukan langkah-langkah kreatif, inovatif dan bila perlu melakukan “mobilisasi hukum” maupun “*rule breaking*”.

Paradigma “pembebasan” yang dimaksud disini bukan berarti menjurus kepada tindakan anarkhi, sebab apapun yang dilakukan harus tetap didasarkan pada “logika kepatutan sosial” dan “logika keadilan” serta tidak semata-mata berdasarkan “logika peraturan” saja. Di sinilah hukum progresif itu menjunjung tinggi moralitas. Karena hati nurani ditempatkan sebagai penggerak, pendorong sekaligus pengendali “paradigma pembebasan” itu. Dengan begitu, paradigma hukum progresif bahwa “hukum untuk manusia, dan bukan sebaliknya” akan membuat hukum progresif merasa bebas untuk mencari dan menemukan format, pikiran, asas serta aksi yang tepat untuk mewujudkannya.

Menurut **Satjipto Rahardjo**, sejak hukum modern semakin bertumpu pada dimensi bentuk yang menjadikannya formal dan procedural, maka sejak itu pula muncul perbedaan antara keadilan formal atau keadilan menurut hukum disatu pihak dan keadilan sejati atau keadilan substansial di pihak lain. Dengan adanya dua macam dimensi keadilan tersebut, maka kita dapat melihat bahwa dalam praktiknya hukum itu ternyata dapat digunakan untuk menyimpangi keadilan substansial. Penggunaan hukum yang demikian itu tidak berarti melakukan pelanggaran hukum, melainkan semata-mata menunjukkan bahwa hukum itu dapat digunakan untuk tujuan lain selain mencapai keadilan. Menurut **Satjipto Rahardjo**, progresivisme

bertolak dari pandangan kemanusiaan, bahwa manusia dasarnya adalah baik, memiliki kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama sebagai modal penting bagi membangun kehidupan ber hukum dalam masyarakat. Namun apabila dramaturgi hukum menjadi buruk seperti selama ini terjadi di negara kita, yang menjadi sasaran adalah para aparat penegak hukumnya, yakni polisi, jaksa, hakim dan advokat. Meskipun, apabila kita berfikir jernih dan berkesinambungan, tidak sepenuhnya mereka dipersalahkan dan didudukan sebagai satu-satunya terdakwa atas rusaknya wibawa hukum di Indonesia.¹⁴⁴

Memang sangat menyedihkan hati, ketika melihat kondisi hukum di Indonesia dengan segala bentuk praktisnya. Penggunaan hukum yang serba formal-prosedural dan teknikal , pada dasarnya telah banyak melupakan sisi kebenaran materiil, keadilan substansial dan kemanusiaan. Praktis-praktis hukum yang diterapkan dinegara kita, hingga kini belum mampu memberi garansi untuk mencapai harkat kemanusiaan yang berkeyakinan, kebenaran materiil dan keadilan substansial. Kepedulian terhadap hukum yang menjanjikan kebenaran, kemanusiaan dan keadilan menurut **Satjipto Raharjo**, baru dapat dicapai jika kita mau keluar dari tawan-tawanan undang-undang yang serba formal procedural. Manakala menginginkan dan mempercayai hukum beserta praktiknya masih dapat dijadikan media pencerah bangsa, maka harus berani mencari agenda alternative yang sifatnya progresif.

¹⁴⁴ Diakses dari http://cahwatuaji.blogspot.com/keterpurukan_hukum_di_Indonesia pada tanggal 26 Agustus 2013.

Berfikir secara progresif, menurut **Satjipto Raharjo** berarti harus berani keluar dari mainstream pemikiran absolutisme hukum, kemudian menempatkan hukum dalam posisi yang relative. Dalam hal ini, hukum harus diletakkan dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan. Bekerja berdasarkan pola pikir yang determinan hukum memang perlu, namun itu bukanlah suatu yang mutlak dilakukan manakala para ahli hukum berhadapan dengan suatu masalah yang jika menggunakan logika hukum modern akan menciderai posisi kemanusiaan dan kebenaran. Bekerja berdasarkan pola pikir hukum yang progresif (paradigma hukum progresif), barang tentu berbeda dengan paradigma hukum positivistic-praktis yang selama ini diajarkan di perguruan tinggi. Paradigma hukum progresif melihat faktor utama dalam hukum adalah manusia itu sendiri. Sebaliknya paradigma hukum positivistic meyakini kebenaran hukum di atas manusia. Manusia boleh dimarjinalkan asal hukum tetap tegak. Sebaliknya paradigma hukum progresif berfikir bahwa justru hukum bolehlah dimarjinalkan untuk mendukung eksistensialitas kemanusiaan, kebenaran dan keadilan.¹⁴⁵

Agenda utama paradigma hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan tentang hukum. Penerimaan faktor manusia di pusat pembicaraan hukum tersebut membawa kita untuk mempedulikan faktor perilaku (behavior, experience) manusia. Dalam bahasa **Oliver W. Holmes**, logika

¹⁴⁵ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia, Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, Semarang. 2006. h. 9

peraturan disempurnakan dengan logika pengalaman. Jika dalam filosofi paradigma hukum praktis posisi manusia adalah untuk hukum dan logika hukum, sehingga manusia dipaksa untuk dimasukkan ke dalam hukum, maka sebaliknya filosofi dalam paradigma hukum progresif adalah hukum untuk manusia. Apabila faktor kemanusiaan yang ada didalamnya termasuk juga kebenaran dan keadilan telah menjadi titik pembahasan hukum, maka faktor etika dan moralitas dengan sendirinya akan ikut terseret masuk ke dalamnya. Membicarakan kebenaran, keadilan dan kemanusiaan tidak bisa dilepaskan dari membicarakan etika dan moralitas. Jadi, dengan tegas paradigma hukum progresif menolak pendapat yang memisahkan hukum dari faktor kemanusiaan dan moralitas. Disinilah letak pembebasan dan pencerahan yang dilakukan oleh paradigma hukum progresif.

Hukum progresif mengingatkan, bahwa dinamika hukum tidak kunjung berhenti, oleh karena hukum terus menerus berada pada status membangun diri, dengan demikian terjadinya perubahan social dengan didukung oleh *social engineering by law* yang terencana akan mewujudkan apa yang menjadi tujuan hukum progresif yaitu kesejahteraan dan kebahagiaan manusia. Untuk itu, perlu mendapatkan kehidupan hukum yang berada. Dalam hal ini, menurut Muladi, dibutuhkan predisposisi sebagai berikut :

1. Menegakkan Rule of Law. Untuk menegakkan Rule of Law, ada empat hal yang harus dipenuhi yaitu :*Government is under the*

law, adanya independence of jurisdiction, access to the court of law dan general acquial in certain application and same meaning.

2. Democracy, Prinsip-prinsip dasar demokrasi yaitu ;*constitutional, chek and balance, freedom of media, judicial independence of precedent, control to civil to military, protection to minority.*

Kedua hal ini, adalah menjadi bagian dari prinsip-prinsip dari hukum progresif, dimana hukum bukan sebagai raja, tetapi alat untuk menjabarkan kemanusiaan yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia, hukum bukan sebagai tehnologi yang tak bernurani melainkan suatu institusi yang bermoral kemanusiaan.

4. Teori Hukum Progresif Sebagai Applied Theory

Sistem liberal melihat bahwa konsep kesamaan (*equality*) didasarkan kepada individu sebagai unit (*individual equality*), maka hukum progresif adalah kebalikan dari sistem hukum liberal, dimana hukum progresif menawarkan konsep kesamaan didasarkan kepada kolektiva atau kebersamaan (*group-related equality*). Dengan kata lain hukum progresif bertujuan untuk menggunakan hukum bagi kepentingan rakyat di atas kepentingan individu. Di dalam pandangan hukum progresif hukum dilihat sebagai instrumen untuk melayani kepentingan rakyat, maka apabila rakyat menghadapi persoalan hukum yang berdimensi struktural, bukan rakyat yang dipersalahkan, melainkan kita harus mengkaji asas, doktrin ataupun peraturan perundang-undangan yang berlaku.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta : Penerbit Buku Kompas, 2008), hlm.13-15

Di era transisi ini banyak melahirkan masalah-masalah dan problem sosial sehingga angka kejahatan maupun konflik tumbuh dengan cepat dalam masyarakat termasuk masalah pencatatan perkawinan beda agama. Belum lagi sengketa-sengketa kepentingan antar individu atau kelompok, ataupun masyarakat dengan Negara/pemodal. Lantas bagaimana perspektif hukum progresif harus mengatasinya ditengah teori-teori hukum (baca hukum liberal) yang cukup rumit ini. Dalam pandangan Hukum progresif secara sederhana dapat diuraikan bahawa apabila suatu hukum/peraturan justru tidak menguntungkan kolektif didalam masyarakat, maka hukum tersebut harus diterabas atau dengan kata lain hukum tersebut harus segera dilakukan perubahan baik dari segi asas, doktrin maupun aturannya, sedangkan apabila hukum tersebut menguntungkan sebagian besar mayoritas masyarakat, maka hukum tersebut dipakai sebagai legitimasi untuk menegakkan hak-hak dan kedaulatan masyarakat tersebut.

Barangkali muncul pertanyaan apakah relevan hukum progresif ini diterapkan? Adakah teori-teori hukumnya yang spesifik (atau hanya jargon belaka)? Tentunya dari pertanyaan ini akan melahirkan perdebatan yang sengit di antara para pemikir-pemikir/intelektual hukum. Namun demikian demikian bagi para pekerja hukum yang sehari-harinya selalu bersentuhan dengan masyarakat marginal cukup menjelaskan bahwa hukum progresif adalah kunci pembebasan, dimana hukum progresif menolak klaim para intelektual liberal yang merasa

hanya dirinya yang memiliki otoritas membuat teori-teori hukum/doktrin dimana masyarakat dipaksa dimasukkan dalam skema teori hukum yang berlaku, sehingga hukum haruslah mutlak dilaksanakan, walaupun mengindahkan rasa keadilan dalam masyarakat.¹⁴⁷

Hukum progresif berpendapat bahwa setiap pikiran, pendapat, doktrin, asas hukum sangat terbuka untuk ditinjau, untuk itu setiap pekerja hukum juga merupakan seorang intelektual hukum progresif, yang harus menteorikan segala sesuatu yang menjadi polemik hukum dalam masyarakat menjadi sesuatu yang mudah dicerna dan diaplikasikan. Namun demikian demikian sekelumit dari uraian tersebut di atas, bertitik tolak dari belum beralihnya orde hukum yang dianut Negara ke arah responsive, hanya ada satu pertanyaan yang muncul, yakni “apakah kita mau dan berani mengaktualisasikan diri kita dengan menggunakan paradigma hukum progresif untuk melakukan pembebasan di tengah penindasan dan diskriminasi antar sesama manusia?” dan perbedaan pencatatan perkawinan beda agama merupakan salah satu bentuk diskriminasi antar sesama manusia.

Menurut pendapat A. G. Peters,¹⁴⁸ Hukum sebagai lembaga yang bekerja di dalam masyarakat minimal memiliki 3 (tiga) perspektif dari fungsinya (fungsi hukum), yaitu:

¹⁴⁷ Satjipto Rahardjo, *Loc. It*

¹⁴⁸ A. G. Peters dalam Ronny Hanitijo Soemitro, *Study Hukum dan Masyarakat*, (Bandung: Alumni, 1985), hlm. 10

Pertama, sebagai kontrol sosial dari hukum yang merupakan salah satu dari konsep-konsep yang biasanya, paling banyak digunakan dalam studi-studi kemasyarakatan. Dalam perspektif ini fungsi utama suatu sistem hukum bersifat integratif karena dimaksudkan untuk mengatur dan memelihara regulasi sosial dalam suatu sistem sosial. Oleh sebab itu dikatakan Peter L. Bergers¹⁴⁹ bahwa tidak ada masyarakat yang bisa hidup langgeng tanpa kontrol sosial dari hukum sebagai sarananya. Selanjutnya agar hukum dapat mengemban fungsi kontrol tersebut, mengemukakan ada 4 (empat) prasyarat fungsional dari suatu sistem hukum, yaitu:¹⁵⁰

- a. masalah dasar legitimasi, yakni menyangkut ideologi yang menjadi dasar penataan aturan hukum;
- b. masalah hak dan kewajiban masyarakat yang menjadi sasaran regulasi hukum proses hukumnya;
- c. masalah sanksi dan lembaga yang menerapkan sanksi tersebut, dan
- d. masalah kewenangan penegakan aturan hukum.

Kedua sebagai *social engineering* yang merupakan tinjauan yang paling banyak digunakan oleh pejabat (*the official perspective of the law*) untuk menggali sumber-sumber kekuasaan apa yang dapat dimobilisasikan dengan menggunakan hukum sebagai mekanismenya. Mengikuti pandangan penganjur *perspective social engineering by the law*, oleh Satjipto Rahardjo¹⁵¹ dikemukakan adanya 4 (empat) syarat

¹⁴⁹ Peter L. Berger, *Invitation to Sociology: A Humanistic Prospective*, (alih bahasa Daniel Dhakidae), (Jakarta : Inti Sarana Aksara, 1992), hlm. 98

¹⁵⁰ Tom Campbell, *Tujuh Teori Sosial (Sketsa, Penilaian dan Perbandingan)*, (Yogyakarta : Kanisius, 1994), hlm. 220-230

¹⁵¹ Satjipto Rahardjo. *Pemanfaatan Ilmu Sosial Bagi Pengembangan Ilmu Hukum*, (Bandung : Alumni, 1977), hlm. 66

utama yang harus dipenuhi agar suatu aturan hukum dapat mengarahkan suatu masyarakat, yaitu dengan cara:

- a. penggambaran yang baik dari suatu situasi yang dihadapi;
- b. analisa terhadap penilaian-penilaian dan menentukan jenjang nilai-nilai;
- c. verifikasi dari hipodisertasi-hipodisertasi; dan
- d. adanya pengukuran terhadap efektivitas dari undang--undang yang berlaku.

Ketiga perspektif emansipasi masyarakat terhadap hukum. Perspektif ini merupakan tinjauan dari bawah terhadap hukum (*the bottoms up view of the law*), hukum dalam perspektif ini meliputi obyek studi seperti misalnya kemampuan hukum, kesadaran hukum, penegakan hukum dan lain sebagainya.

Dengan meminjam inti dari 3 (tiga) perspektif hukum tersebut, maka secara teoritis dapatlah dikatakan kalau pelaksanaan pendaftaran tanah-tanah Wakaf, ialah karena institusi hukum tersebut baik di tingkat substansi maupun struktur, telah gagal mengintegrasikan kepentingan-kepentingan yang menjadi prasyarat untuk dapat berfungsinya suatu sistem hukum baik sebagai kontrol, maupun dalam mengarahkan masyarakat sesuai dengan tujuan hukum.

Budaya hukum sebagaimana dikemukakan Lawrence M. Friedmann¹⁵² adalah keseluruhan dari sikap--sikap warga masyarakat yang bersifat umum dan nilai-nilai dalam masyarakat yang akan

¹⁵² Lawrence M. Friedmann, *The Legal System: A Social Science Perspective*, (New York : Russel Foundation, 1975), hlm. 15

menentukan bagaimana seharusnya hukum itu berlaku dalam masyarakat. Dengan demikian budaya hukum menempati posisi yang sangat strategis dalam menentukan pilihan berperilaku dalam menerima hukum atau justru sebaliknya menolak. Dengan perkataan lain, suatu institusi hukum pada akhirnya akan dapat menjadi hukum yang benar-benar diterima dan digunakan oleh masyarakat ataupun suatu komunitas tertentu adalah sangat ditentukan oleh budaya hukum masyarakat ataupun komunitas tertentu adalah sangat ditentukan oleh budaya hukum masyarakat atau komunitas yang bersangkutan. Selanjutnya pembahasan permasalahan dalam hal ini menggunakan Teori Fungsional-struktural, adalah sesuatu yang urgen dan sangat bermanfaat dalam suatu kajian tentang analisis masalah sosial. Hal ini disebabkan oleh studi struktur dan fungsi masyarakat merupakan sebuah masalah sosiologis yang telah menembus karya-karya para pelopor ilmu sosiologi dan para ahli teori kontemporer.

Para ahli telah banyak merumuskan dan mendiskusikan hal ini yang menuangkan dalam berbagai ide dan gagasan dalam mencari paradigma tentang teori ini, sebut saja George Ritzer (1980), Margaret M. Poloma (1987), dan Turner (1986). Soetomo (1995) mengatakan, apabila ditelusuri dari paradigma yang digunakan, maka teori ini dikembangkan dari paradigma fakta sosial. Tampilnya paradigma ini merupakan usaha sosiologi sebagai cabang ilmu pengetahuan yang baru

lahir agar mempunyai kedudukan sebagai cabang ilmu yang berdiri sendiri.¹⁵³

Secara garis besar fakta sosial yang menjadi pusat perhatian sosiologi terdiri atas dua tipe, yaitu struktur sosial dan pranata sosial. Menurut teori fungsional struktural, struktur sosial dan pranata sosial tersebut berada dalam suatu sistem sosial yang berdiri atas bagian-bagian atau elemen-elemen yang saling berkaitan dan menyatu dalam keseimbangan. Dengan demikian dapat dikatakan, bahwa teori ini (fungsional-struktural) menekankan kepada keteraturan dan mengabaikan konflik dan perubahan-perubahan dalam masyarakat. Asumsi dasarnya adalah, bahwa setiap struktur dalam sistem sosial, fungsional terhadap yang lain, sebaliknya kalau tidak fungsional maka struktur itu tidak akan ada atau hilang dengan sendirinya. Dalam proses lebih lanjut, teori inipun kemudian berkembang sesuai dengan perkembangan pemikiran dari para penganutnya.

Emile Durkheim, seorang sosiolog Perancis menganggap bahwa adanya teori fungsionalisme-struktural¹⁵⁴ merupakan suatu yang 'berbeda', hal ini disebabkan Durkheim melihat masyarakat modern sebagai keseluruhan organisasi yang memiliki realitas tersendiri. Keseluruhan tersebut menurut Durkheim memiliki seperangkat kebutuhan atau fungsi-fungsi tertentu yang harus dipenuhi oleh bagian-bagian yang menjadi anggotanya agar dalam keadaan normal, tetap

¹⁵³ Poloma, M. Margaret, *Sosiologi Kontemporer* (terj), (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2003), hlm. 183.

¹⁵⁴ sesuatu yang urgen dan sangat bermanfaat dalam suatu kajian tentang analisa masalah sosial, *Ibid*, hlm 183

langgeng. Bilamana kebutuhan tertentu tadi tidak dipenuhi, maka akan berkembang suatu keadaan yang bersifat “ patologis “. ¹⁵⁵

Para fungsionalis kontemporer menyebut keadaan normal sebagai ekuilibrium, atau sebagai suatu sistem yang seimbang, sedang keadaan patologis menunjuk pada ketidakseimbangan atau perubahan sosial. Menurut Robert K. Merton, sebagai seorang yang mungkin dianggap lebih dari ahli teori lainnya telah mengembangkan pernyataan mendasar dan jelas tentang teori-teori fungsionalisme, (ia) adalah seorang pendukung yang mengajukan tuntutan lebih terbatas bagi perspektif ini. Mengakui bahwa pendekatan ini (fungsional-struktural) telah membawa kemajuan bagi pengetahuan sosiologis. ¹⁵⁶ Merton telah mengutip tiga postulat dari analisis fungsional dan disempurnakannya, di antaranya ialah : ¹⁵⁷

- a. *postulat pertama*, adalah kesatuan fungsional masyarakat yang dapat dibatasi sebagai suatu keadaan dimana seluruh bagian dari sistem sosial bekerjasama dalam suatu tingkatan keselarasan atau konsistensi internal yang memadai, tanpa menghasilkan konflik berkepanjangan yang tidak dapat diatasi atau diatur. Atas postulat ini Merton memberikan koreksi bahwa kesatuan fungsional yang sempurna dari satu masyarakat adalah bertentangan dengan fakta. Hal ini disebabkan oleh kenyataannya dapat terjadi sesuatu yang fungsional bagi satu kelompok, tetapi dapat pula bersifat disfungsional bagi kelompok yang lain;
- b. *postulat kedua*, yaitu fungsionalisme universal yang menganggap bahwa seluruh bentuk sosial dan kebudayaan yang sudah baku memiliki fungsi-fungsi positif. Terhadap postulat ini dikatakan bahwa sebetulnya disamping fungsi positif dari sistem sosial terdapat juga dwifungsi. Beberapa perilaku sosial dapat dikategorikan kedalam bentuk atau sifat disfungsional ini. Dengan demikian dalam analisis keduanya harus dipertimbangkan.
- c. *postulat ketiga*, yaitu *indispensability* yang menyatakan bahwa dalam setiap tipe peradaban, setiap kebiasaan, ide, objek materiil

¹⁵⁵ Poloma, M. Margaret, *Loc It.*

¹⁵⁶ *Ibid.*, hlm 185.

¹⁵⁷ Poloma, M. Margaret, *Loc. It.*

dan kepercayaan memenuhi beberapa fungsi penting, memiliki sejumlah tugas yang harus dijalankan dan merupakan bagian penting yang tidak dapat dipisahkan dalam kegiatan sistem sebagai keseluruhan. Menurut Merton, postulat yang ketiga ini masih kabur (dalam artian tak memiliki kejelasan), belum jelas apakah suatu fungsi merupakan keharusan.

Selanjutnya Talcott Parsons dalam menguraikan teori tersebut menjadi sub-sistem yang berkaitan menjelaskan, bahwa di antara hubungan fungsional-struktural cenderung memiliki empat tekanan yang berbeda dan terorganisir secara simbolis:¹⁵⁸

- a. pencarian pemuasan psykis;
- b. kepentingan dalam menguraikan pengertian-pengertian simbolis;
- c. kebutuhan untuk beradaptasi dengan lingkungan organis-fisis, dan
- d. usaha untuk berhubungan dengan anggota-anggota makhluk manusia lainnya.

Sebaliknya masing-masing sub-sistem itu, harus memiliki empat prasyarat fungsional yang harus mereka adakan, sehingga bisa diklasifikasikan sebagai suatu sistem. Parsons menekankan saling ketergantungan masing-masing sistem itu ketika dia menyatakan :

*“secara konkrit, setiap sistem empiris mencakup keseluruhan, dengan demikian tidak ada individu konkrit yang tidak merupakan sebuah organisme, kepribadian, anggota dan sistem sosial, dan peserta dalam sistem cultural “.*¹⁵⁹

Walaupun fungsionalisme struktural memiliki banyak pemuka yang tidak selalu harus merupakan ahli-ahli pemikir teori, akan tetapi paham ini benar-benar berpendapat bahwa sosiologi adalah merupakan

¹⁵⁸ Tom Campbell, *Tujuh Teori Sosial (Sketsa, Penilaian dan Perbandingan)*, (Yogyakarta : Kanisius, 1994), hlm 231.

¹⁵⁹ *Ibid*, hlm. 233.

suatu studi tentang struktur-struktur sosial sebagai unit-unit yang terbentuk atas bagian-bagian yang saling tergantung.

Fungsionalisme struktural sering menggunakan konsep *sistem* ketika membahas struktur atau lembaga sosial. Sistem, ialah organisasi dari keseluruhan bagian-bagian yang saling tergantung. Ilustrasinya bisa dilihat dari sistem listrik, sistem pernapasan, atau sistem sosial. Yang mengartikan bahwa fungsionalisme struktural terdiri atas bagian yang sesuai, rapi, teratur, dan saling bergantung. Seperti layaknya sebuah sistem, maka struktur yang terdapat di masyarakat akan memiliki kemungkinan untuk selalu dapat berubah. Oleh karena sistem cenderung ke arah keseimbangan, maka perubahan tersebut selalu merupakan proses yang terjadi secara perlahan hingga mencapai posisi yang seimbang dan hal itu akan terus berjalan seiring dengan perkembangan kehidupan manusia.

Perubahan sistem tersebut seiring dengan perkembangan kehidupan manusia, maka hal akan menjadikan kemajuan pada masyarakat itu sendiri. Berkaitan dengan hal itu, seiring dengan perkembangan kehidupan manusia dalam penegakan hukum menurut Pakar Sosiologi Hukum, Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa, kekuatan hukum progresif adalah kekuatan yang menolak dan ingin mematahkan keadaan *status quo*, Mempertahankan *status quo* adalah menerima normativitas dan sistem yang ada tanpa ada usaha untuk melihat aneka kelemahan di dalamnya lalu bertindak mengatasi Hampir tidak ada

usaha untuk melakukan perbaikan, yang ada hanya menjalankan hukum seperti apa adanya dan secara biasa-biasa saja (*business as usual*),¹⁶⁰ Selanjutnya dikatakan pula bahwa, hukum itu rentan terhadap keadaan *status quo*. Bagi para penegak hukum mempertahankan *status quo* lebih mudah dan aman daripada berinisiatif melakukan perubahan dan pembaruan, Bekerja secara biasa-biasa saja sambil menunggu pensiun lebih aman daripada bertingkah melakukan perbaikan, Juga ditegaskan bahwa Progresif itu adalah kreatif meninggalkan pikiran *status quo* yang tidak banyak membantu membangkitkan bangsa kita dari keterpurukan. Dalam kalimat yang lain bahwa hukum tidak harus steril dan unsur-unsur non-hukum, tapi hukum juga harus memperhatikan dan menilai unsur-unsur yang dapat mempengaruhi hukum.

1. Teori Hukum Progresif

a. Landasan Konseptual Hukum Progresif

Studi hubungan antara konfigurasi politik dan karakter produk hukum menghasilkan disertasi bahwa setiap produk hukum merupakan pencerminan dari konfigurasi politik yang melahirkannya. Artinya setiap muatan produk hukum akan sangat ditentukan oleh visi kelompok dominan (Penguasa). Oleh karena itu, setiap upaya melahirkan hukum-hukum yang berkarakter responsive / populistik harus dimulai dari upaya demokratisasi dalam kehidupan politik.¹⁶¹ Kehadiran hukum progresif bukanlah

¹⁶⁰ Ditelusuri dari www.kompas.com, online internet tanggal 25 April 2013.

¹⁶¹ *Op. Cit.*, Mahfud MD, h. 368

sesuatu yang kebetulan, bukan sesuatu yang lahir tanpa sebab, dan juga bukan sesuatu yang jatuh dari langit. Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran (*searching for the truth*) yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif yang dapat dipandang sebagai konsep yang sedang mencari jati diri, bertolak dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum dimasyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum dalam *setting* Indonesia akhir pada abad yang ke-20.

Agenda besar gagasan hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan mengenai hukum. Dengan kebijaksanaan hukum progresif mengajak untuk memperhatikan faktor perilaku manusia. Oleh karena itu, hukum progresif menempatkan perpaduan antara faktor peraturan dan perilaku penegak hukum didalam masyarakat. Disinilah arti penting pemahaman gagasan hukum progresif, bahwa konsep “hukum terbaik” mesti diletakkan dalam konteks keterpaduan yang bersifat utuh (*holistik*) dalam memahami problem-problem kemanusiaan. Dengan demikian, gagasan hukum progresif tidak semata-mata hanya memahami sistem hukum pada sifat yang dogmatik, selain itu juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik. Sehingga diharapkan melihat problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantif.

b. Hukum Sebagai Institusi Yang Dinamis

Hukum progresif menolak segala anggapan bahwa institusi hukum sebagai institusi yang final dan mutlak, sebaliknya hukum progresif percaya bahwa institusi hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*). Anggapan ini dijelaskan oleh **Satjipto Rahardjo** sebagai berikut :

Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak secara final, melainkan sangat ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran yang demikian itu, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan disini bisa diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakikat “hukum yang selalu dalam proses (*law as a process, law in the making*).¹⁶²

Dalam konteks yang demikian itu, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya hal ini akan mempengaruhi pada cara berhukum kita, yang tidak akan sekedar terjebak dalam ritme “kepastian hukum”, *status quo* dan hukum sebagai skema yang final, melainkan suatu kehidupan hukum yang selalu mengalir dan dinamis baik itu

¹⁶²*Ibid*, h. 72

melalui perubahan-undang maupun pada kultur hukumnya. Pada saat kita menerima hukum sebagai sebuah skema yang final, maka hukum tidak lagi tampil sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, melainkan manusialah yang dipaksa untuk memenuhi kepentingan kepastian hukum.

c. Hukum Sebagai Ajaran Kemanusiaan dan Keadilan

Dasar filosofi dari hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.¹⁶³ Hukum progresif berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Berdasarkan hal itu, maka kelahiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu; untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan didalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum.

Pernyataan bahwa hukum adalah untuk manusia, dalam artian hukum hanyalah sebagai “alat” untuk mencapai kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia, bagi manusia. Oleh karena itu menurut hukum progresif, hukum bukanlah tujuan dari manusia, melainkan hukum hanyalah alat. Sehingga keadilan substantif yang harus lebih didahulukan ketimbang keadilan prosedural, hal ini

¹⁶³ Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif; Terapi Paradigmatik Atas Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, Antony Lib bekerjasama LSHP, Yogyakarta, 2009, h. 31

semata-mata agar dapat menampilkan hukum menjadi solusi bagi problem-problem kemanusiaan.

d. Hukum Sebagai Aspek Peraturan dan Perilaku

Orientasi hukum progresif bertumpu pada aspek peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Peraturan akan membangun sistem hukum positif yang logis dan rasional. Sedangkan aspek perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah terbangun itu. Karena asumsi yang dibangun disini, bahwa hukum bisa dilihat dari perilaku sosial penegak hukum dan masyarakatnya. Dengan menempatkan aspek perilaku berada diatas aspek peraturan, dengan demikian faktor manusia dan kemanusiaan inilah yang mempunyai unsur *greget* seperti *compassion* (perasaan baru), *empathy*, *sincerety* (ketulusan), *edication*, *commitment* (tanggung jawab), *dare* (keberanian) dan *determination* (kebulatan tekad). **Satjipto Rahardjo** mengutip ucapan **Taverne**:

“Berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk sekalipun saya bisa membuat putusan yang baik”.

Mengutamakan perilaku (manusia) daripada peraturan perundang-undangan sebagai titik tolak paradigma penegakan hukum, akan membawa kita untuk memahami hukum sebagai proses dan proyek kemanusiaan.¹⁶⁴ Mengutamakan faktor perilaku (manusia) dan kemanusiaan diatas faktor peraturan, berarti

¹⁶⁴*Ibid*, h.74

melakukan pergeseran pola pikir, sikap dan perilaku dari aras legalistik-positivistik ke aras kemanusiaan secara utuh (*holistik*), yaitu manusia sebagai pribadi (*individu*) dan makhluk sosial. Dalam konteks demikian, maka setiap manusia mempunyai tanggung jawab individu dan tanggung jawab sosial untuk memberikan keadilan kepada siapapun.

e. Hukum Sebagai Ajaran Pembebasan

Hukum progresif menempatkan diri sebagai kekuatan “pembebasan” yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berpikir, asas dan teori hukum yang legalistik-positivistik. Dengan ciri ini “pembebasan” itu, hukum progresif lebih mengutamakan “tujuan” dari pada “prosedur”. Dalam konteks ini, untuk melakukan penegakan hukum, maka diperlukan langkah-langkah kreatif, inovatif dan bila perlu melakukan “mobilisasi hukum” maupun “*rule breaking*”.

Paradigma “pembebasan” yang dimaksud disini bukan berarti menjurus kepada tindakan anarkhi, sebab apapun yang dilakukan harus tetap didasarkan pada “logika kepatutan sosial” dan “logika keadilan” serta tidak semata-mata berdasarkan “logika peraturan” saja. Di sinilah hukum progresif itu menjunjung tinggi moralitas. Karena hati nurani ditempatkan sebagai penggerak, pendorong sekaligus pengendali “paradigma pembebasan” itu. Dengan begitu, paradigma hukum progresif bahwa “hukum untuk manusia, dan bukan sebaliknya” akan membuat hukum progresif

merasa bebas untuk mencari dan menemukan format, pikiran, asas serta aksi yang tepat untuk mewujudkannya.

Menurut **Satjipto Rahardjo**, sejak hukum modern semakin bertumpu pada dimensi bentuk yang menjadikannya formal dan procedural, maka sejak itu pula muncul perbedaan antara keadilan formal atau keadilan menurut hukum disatu pihak dan keadilan sejati atau keadilan substansial di pihak lain. Dengan adanya dua macam dimensi keadilan tersebut, maka kita dapat melihat bahwa dalam praktiknya hukum itu ternyata dapat digunakan untuk menyimpangi keadilan substansial. Penggunaan hukum yang demikian itu tidak berarti melakukan pelanggaran hukum, melainkan semata-mata menunjukkan bahwa hukum itu dapat digunakan untuk tujuan lain selain mencapai keadilan. Menurut **Satjipto Rahardjo**, progresivisme bertolak dari pandangan kemanusiaan, bahwa manusia dasarnya adalah baik, memiliki kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama sebagai modal penting bagi membangun kehidupan ber hukum dalam masyarakat. Namun apabila dramaturgi hukum menjadi buruk seperti selama ini terjadi di negara kita, yang menjadi sasaran adalah para aparat penegak hukumnya, yakni polisi, jaksa, hakim dan advokat. Meskipun, apabila kita berfikir jernih dan berkesinambungan, tidak sepenuhnya mereka dipersalahkan dan didudukkan sebagai satu-satunya terdakwa atas rusaknya wibawa hukum di Indonesia.¹⁶⁵

¹⁶⁵Diakses dari [http://cahwatuaji.blogspot.com/keterpurukan hukum di Indonesia](http://cahwatuaji.blogspot.com/keterpurukan_hukum_di_Indonesia) pada tanggal 26 Agustus 2013.

Memang sangat menyedihkan hati, ketika melihat kondisi hukum di Indonesia dengan segala bentuk praktisnya. Penggunaan hukum yang serba formal-prosedural dan teknikal, pada dasarnya telah banyak melupakan sisi kebenaran materiil, keadilan substansial dan kemanusiaan. Praktis-praktis hukum yang diterapkan dinegara kita, hingga kini belum mampu memberi garansi untuk mencapai harkat kemanusiaan yang berkeyakinan, kebenaran materiil dan keadilan substansial. Kepedulian terhadap hukum yang menjanjikan kebenaran, kemanusiaan dan keadilan menurut **Satjipto Raharjo**, baru dapat dicapai jika kita mau keluar dari tawan-tawanan undang-undang yang serba formal procedural. Manakala menginginkan dan mempercayai hukum beserta praktiknya masih dapat dijadikan media pencerah bangsa, maka harus berani mencari agenda alternative yang sifatnya progresif.

Berfikir secara progresif, menurut **Satjipto Raharjo** berarti harus berani keluar dari mainstream pemikiran absolutisme hukum, kemudian menempatkan hukum dalam posisi yang relative. Dalam hal ini, hukum harus diletakkan dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan. Bekerja berdasarkan pola pikir yang determinan hukum memang perlu, namun itu bukanlah suatu yang mutlak dilakukan manakala para ahli hukum berhadapan dengan suatu masalah yang jika menggunakan logika hukum modern akan menciderai posisi kemanusiaan dan kebenaran. Bekerja

berdasarkan pola pikir hukum yang progresif (paradigma hukum progresif), barang tentu berbeda dengan paradigma hukum positivistic-praktis yang selama ini diajarkan di perguruan tinggi. Paradigma hukum progresif melihat faktor utama dalam hukum adalah manusia itu sendiri. Sebaliknya paradigma hukum positivistic meyakini kebenaran hukum di atas manusia. Manusia boleh dimarjinalkan asal hukum tetap tegak. Sebaliknya paradigma hukum progresif berfikir bahwa justru hukum bolehlah dimarjinalkan untuk mendukung eksistensialitas kemanusiaan, kebenaran dan keadilan.¹⁶⁶

Agenda utama paradigma hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan tentang hukum. Penerimaan faktor manusia di pusat pembicaraan hukum tersebut membawa kita untuk mempedulikan faktor perilaku (behavior, experience) manusia. Dalam bahasa **Oliver W. Holmes**, logika peraturan disempurnakan dengan logika pengalaman. Jika dalam filosofi paradigma hukum praktis posisi manusia adalah untuk hukum dan logika hukum, sehingga manusia dipaksa untuk dimasukkan ke dalam hukum, maka sebaliknya filosofi dalam paradigma hukum progresif adalah hukum untuk manusia. Apabila faktor kemanusiaan yang ada didalamnya termasuk juga kebenaran dan keadilan telah menjadi titik

¹⁶⁶ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia, Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, Semarang. 2006. h. 9

pembahasan hukum, maka faktor etika dan moralitas dengan sendirinya akan ikut terseret masuk ke dalamnya. Membicarakan kebenaran, keadilan dan kemanusiaan tidak bisa dilepaskan dari membicarakan etika dan moralitas. Jadi, dengan tegas paradigma hukum progresif menolak pendapat yang memisahkan hukum dari faktor kemanusiaan dan moralitas. Disinilah letak pembebasan dan pencerahan yang dilakukan oleh paradigma hukum progresif.

Hukum progresif mengingatkan, bahwa dinamika hukum tidak kunjung berhenti, oleh karena hukum terus menerus berada pada status membangun diri, dengan demikian terjadinya perubahan social dengan didukung oleh *social engineering by law* yang terencana akan mewujudkan apa yang menjadi tujuan hukum progresif yaitu **kesejahteraan dan kebahagiaan manusia**. Untuk itu, perlu mendapatkan kehidupan hukum yang berada. Dalam hal ini, menurut **Muladi**, dibutuhkan predisposisi sebagai berikut :

3. Menegakkan Rule of Law.

Untuk menegakkan Rule of Law, ada empat hal yang harus dipenuhi yaitu : *Government is under the law*, adanya *independence of jurisdiction*, *access to the court of law* dan *general acquial in certain application and same meaning* .

4. Democracy,

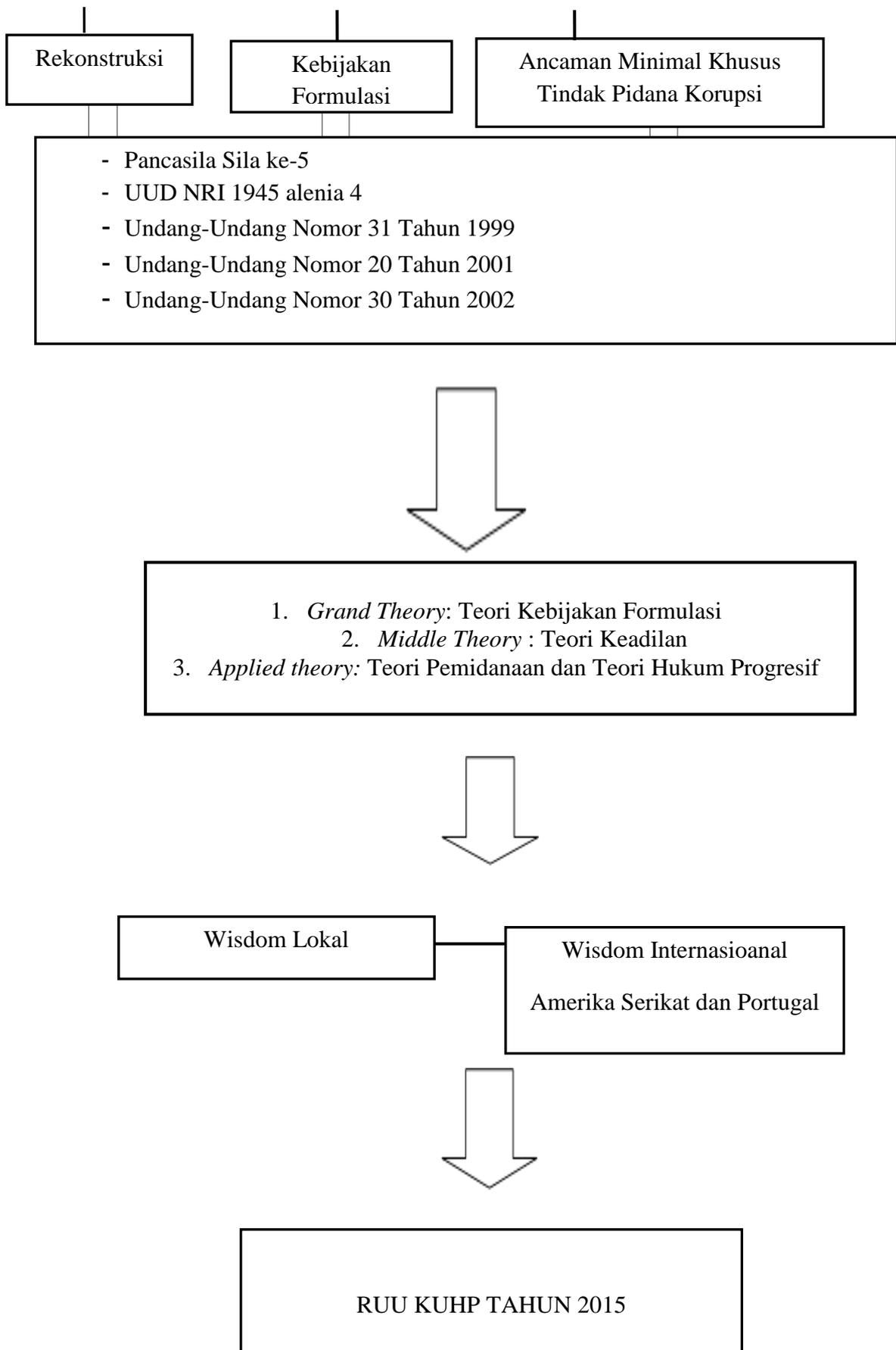
Prinsip-prinsip dasar demokrasi yaitu ; *constitutional, chek and balance, freedom of media, judicial independence of precident, control to civil to military, protection to minority*.

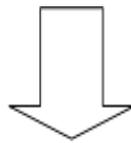
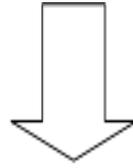
Kedua hal ini, adalah menjadi bagian dari prinsip-prinsip dari hukum progresif, dimana hukum bukan sebagai raja, tetapi alat untuk menjabarkan kemanusiaan yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia, hukum bukan sebagai teknologi yang tak bernurani melainkan suatu institusi yang bermoral kemanusiaan. Pembahasan hukum tidak menyumbat pintu bagi issue manusia dan kemanusiaan. Oleh karena itu masalah manusia dan kemanusiaan akan terus menyertai dan ikut mengalir memasuki hukum. Maka hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk mengabdikan dan melestarikan manusia dengan segala perbincangan tentang kebenaran dan keadilan di dalamnya.

Kontribusi terbesar dari paradigma hukum progresif adalah menjadikan para jurist untuk menjadi sosok manusia sebenarnya manusia, bukan manusia sebagai robot/ komputer yang berisi software hukum. Jadi, paradigma hukum progresif akan mengarahkan jurist menjadi sosok yang arif-bijaksana dan memiliki wawasan komprehensif dalam mencapai kebenaran dan keadilan dalam setiap persoalan yang dihadapinya. Paradigma hukum progresif akan dapat menjinakkan kekakuan dan kebekuan undang-undang.

G. Kerangka Pemikiran

REKONSTRUKSI KEBIJAKAN FORMULASI
ANCAMAN PIDANA MINIMAL KHUSUS SEBAGAI
UPAYA PENANGGULANGAN TINDAK PIDANA
KORUPSI





REKONSTRUKSI KEBIJAKAN FORMULASI ANCAMAN
PIDANA MINIMAL KHUSUS SEBAGAI UPAYA
PENANGGULANGAN TINDAK PIDANA KORUPSI

Untuk menganalisis permasalahan **Pertama** Bagaimana kebijakan formulasi ancaman minimal khusus sebagai upaya penanggulangan tindak pidana korupsi dalam hukum positif saat ini, dianalisis dengan Teori Kebijakan Formulasi, permasalahan **Kedua** Bagaimana kebijakan aplikasi ancaman minimal khusus dalam proses peradilan di pengadilan tindak pidana korupsi, dianalisis dengan Teori Keadilan, permasalahan **Ketiga** Bagaimana rekonstruksi kebijakan formulasi ancaman pidana minimal khusus sebagai upaya penanggulangan tindak pidana korupsi yang akan datang, dianalisis dengan Teori Pidanaan dan Teori Hukum Progresif.

H. Metode Penelitian.

Metodexe "Metode" adalah proses, prinsip, dan tata cara memecahkan suatu masalah, sedangkan penelitian merupakan suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisa dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis dan konsisten.¹⁶⁷

1. Paradigma Penelitian Konstruktivisme

Dalam penelitian ini menggunakan paradigma konstruktivisme. Paradigma konstruktivisme memandang realitas kehidupan sosial bukanlah realitas yang natural, tetapi terbentuk dari hasil konstruksi. Karenanya, konsentrasi analisis pada paradigma konstruktivisme adalah menemukan bagaimana peristiwa atau realitas tersebut dikonstruksi, dengan cara apa konstruksi itu dibentuk. Dalam studi komunikasi, paradigma konstruktivisme ini sering sekali disebut sebagai paradigma produksi dan pertukaran makna.¹⁶⁸

Paradigma konstruktivisme memandang realitas kehidupan sosial bukanlah realitas yang natural, tetapi terbentuk dari hasil konstruksi. Karenanya, konsentrasi analisis pada paradigma konstruktivisme adalah menemukan bagaimana peristiwa atau realitas tersebut dikonstruksi, dengan cara apa konstruksi itu dibentuk. Dalam studi komunikasi, paradigma konstruktivisme ini sering sekali disebut sebagai paradigma produksi dan pertukaran makna. Ia sering dilawankan dengan paradigma positivis atau paradigma transmisi.

¹⁶⁷ Soerjono Soekantoxe "Soerjono Soekanto", *Pengantar Penelitianxe "Penelitian" Hukumxe "Hukum"*, UI Press, Jakarta, 1986, hlm. 42.

¹⁶⁸<http://terinspirasi.komunikasi.blogspot.com/2012/12/paradigma-positivismekonstruktivisme.html>

Paradigma Konstruktivisme menolak pandangan positivisme yang memisahkan subjek dengan objek komunikasi. Dalam pandangan konstruktivisme, bahasa tidak lagi hanya dilihat sebagai alat untuk memahami realitas objektif belaka dan dipisahkan dari subjek sebagai penyampai pesan. Konstruktivisme justru menganggap subjek (komunikator/encoder) sebagai faktor sentral dalam kegiatan komunikasi serta hubungan-hubungan sosial.

Ada beberapa teori yang terdapat dalam lingkup paradigma Konstruktivisme ini, diantaranya yaitu Teori Kegunaan dan Kepuasan (*Uses And Gratifications Theory*) dan Teori Interaksionisme Simbolik.

Paradigma dalam penelitian semiotika banyak mengacu pada paradigma konstruktivisme, meski untuk sejumlah penelitian yang lain menggunakan paradigma kritis. Menurut Guba paradigma adalah “seperangkat kepercayaan dasar yang menjadi prinsip utama, pandangan tentang dunia yang menjelaskan pada penganutnya tentang alam dunia”. Paradigma konstruktivis berbasis pada pemikiran umum tentang teori – teori yang dihasilkan oleh peneliti dan teoritis aliran konstruktivisme. Little Jhon mengatakan bahwa teori – teori aliran ini berlandaskan pada ide bahwa realitas bukanlah bentukan yang objektif, tetapi dikonstruksi melalui proses interaksi dalam kelompok, masyarakat, dan budaya. Paradigma konstruktivis dapat dijelaskan melalui empat dimensi seperti yang diutarakan oleh Dedy N Hidayat, sebagai berikut:¹⁶⁹

¹⁶⁹ Indiwani Seto Wahyu Wibowo, *Semiotika Komunikasi Aplikasi praktis bagi penelitian dan skripsi komunikasi*, Mitra Wacana Media, Jakarta, hlm. 36 – 37.

- 1) Ontologis: relativism, realitas merupakan konstruksi sosial kebenaran suatu realitas bersifat relative, berlaku sesuai konteks spesifik yang dinilai relevan oleh pelaku sosial.
- 2) Epistemologis: *transactionalist / subjectivist*, pemahaman tentang suatu realitas atau temuan suatu penelitian merupakan produk interaksi antara peneliti dengan yang diteliti.
- 3) Axiologis: nilai, etika, dan pilihan moral merupakan bagian tak terpisahkan dari suatu penelitian. Peneliti sebagai *passionate participant, fasilitator* yang menjembatani keragaman subjektivitas pelaku sosial. Tujuan penelitian lebih kepada rekonstruksi realitas sosial secara dialektis antara peneliti dengan pelaku sosial yang diteliti.
- 4) Metodologis: menenkankan empati, dan interaksi dialektis antara peneliti dengan responden untuk merekonstruksi realitas yang diteliti melalui metode metode kualitatif seperti *participant observation*. Kriteria kualitas penelitian *authenticity* dan *reflectivity* : sejauh mana temuan merupakan refleksi ontentik dari realitas yang dihayati oleh pelaku sosial.

Paradigma menurut Bogdan dan Biklen adalah kumpulan longgar dari sejumlah asumsi yang dipegang bersama, konsep atau proposisi yang mengarahkan cara berpikir penelitian. paradigma merupakan pola atau model tentang bagaimana sesuatu distruktur (bagian dan hubungannya) atau bagaimana bagian – bagian berfungsi (perilaku yang didalamnya ada konteks khusus atau dimensi waktu). Kuhn dalam “*the structure of*

scientific revolutions” mendefinisikan paradigma ilmiah sebagai contoh yang diterima tentang praktek ilmiah sebenarnya, contoh – contoh termasuk hukum, teori, aplikasi dan instrumentasi secara bersama – sama yang menyediakan model darinya muncul tradisi koheren dari penelitian ilmiah. Penelitian yang pelaksanaannya didasarkan pada paradigma bersama berkomitmen untuk menggunakan *aturan dan standar praktek ilmiah yang sama*.¹⁷⁰

Penggunaan paradigma konstruktivisme dalam penelitian pada disertasi ini dirasa lebih tepat oleh penulis. “Aliran konstruktivisme menyatakan bahwa realitas itu ada dalam beragam bentuk konstruksi mental yang didasarkan pada pengalaman sosial, bersifat lokal dan spesifik, serta tergantung pada pihak yang melakukannya”.¹⁷¹ Karena itu, realitas yang diamati oleh seseorang tidak bisa digeneralisasikan kepada semua orang sebagaimana yang biasa dilakukan dikalangan positivis atau post-positivis. “Dalam paradigma ini, hubungan antara pengamat dan objek merupakan satu kesatuan, subjektif dan merupakan hasil perpaduan interaksi antara keduanya”.¹⁷² Atas dasar pengertian itulah maka penulis menggunakan paradigma konstruktivisme. Karena dalam penelitian ini penulis menggunakan nalar sendiri dalam memberikan penjelasan tentang makna dan tanda dalam iklan yang diteliti, dengan menggunakan semiotika oleh charles sanders peirce.

¹⁷⁰ J. Moleong, Lexy, *Metode Penelitian Kualitatif*, PT. Remadja Rosdakarya, Bandung, 2013. hlm. 49.

¹⁷¹ Ibid. hlm. 69.

¹⁷² Ibid. hlm. 71.

2. Pendekatan Penelitian

Jenis penelitian ini yaitu penelitian hukum *social legal research*, yaitu dengan mengkaji atau menganalisis data primer dan data sekunder yang berupa bahan-bahan hukum sekunder dengan memahami hukum sebagai perangkat peraturan atau norma-norma positif di dalam sistem perundang-undangan yang mengatur mengenai kehidupan manusia.¹⁷³

3. Spesifikasi Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan gambaran yang bersifat deskriptif analitis. Bersifat deskriptif artinya penelitian ini diharapkan dapat menjelaskan gambaran tentang apa adanya. Bersifat analitis artinya dari hasil penelitian ini diharapkan dapat menguraikan berbagai temuan data baik primer maupun sekunder langsung diolah dan dianalisis dengan tujuan untuk memperjelas data tersebut secara kategori, penyusunan dengan sistematis dan selanjutnya dibahas atau dikaji secara logis. Spesifikasi penelitian ini adalah deskriptif analitis yaitu penelitian yang disamping memberikan gambaran secara rinci, menuliskan dan melaporkan suatu obyek atau suatu peristiwa juga akan mengambil kesimpulan umum dari masalah yang dibahas.¹⁷⁴

4. Sumber Data

a. Data Primer

¹⁷³ Paulus Hadisuprpto, *Ilmu Hukum dan Pendekatannya*, disajikan dalam Diskusi Panel “Refleksi Pendidikan Tinggi Hukum “, Semarang 17 Januari 2006.

¹⁷⁴ Soerjono Soekanto, 2005. *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, hlm. 32.

Yaitu data yang diperoleh langsung dari sumbernya dengan melakukan penelitian lapangan di Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Semarang dan Kejaksaan Tinggi Jawa Tengah.

b. Data Sekunder

Yaitu data yang diperoleh dari kearsipan/ dokumentasi pengadilan dan studi perpustakaan. Adapun data sekunder dalam penelitian ini terdiri dari :

1. Bahan hukum primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, dan terdiri dari norma atau kaidah dasar, peraturan dasar, peraturan perundang-undangan misalnya Undang-Undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, Keputusan Menteri dan peraturan-peraturan setingkat, bahan hukum yang tidak dikodifikasikan dan yurisprudensi.
2. Bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer adalah disparitas beberapa Undang-Undang tentang tindak pidana korupsi yang ada di Indonesia dan beberapa Negara asing sebagai pembandingan.
3. Bahan hukum tersier yakni bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder misalnya kamus, ensiklopedia. Untuk mendapatkan data primer dilakukan melalui observasi lapangan dan wawancara.

5. Metode Pengambilan Data

Penelitian dilakukan dengan mengumpulkan data, melalui dua tahap, yaitu:

a. Penelitian Kepustakaan (Library Research)

Yaitu dengan mempelajari buku-buku dan majalah yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi, berkaitan dengan kebijakan formulasi, berkaitan dengan perbuatan melawan hukum, penyalahgunaan wewenang, berkaitan dengan putusan pengadilan yang ancaman minimal khusus pernah dijatuhkan, putusan-putusan pengadilan yang berbeda namun jenis, sifat dan akibatnya sama, Selain itu juga mempelajari berbagai peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan tindak pidana korupsi, Semuanya diperlukan untuk mendapatkan landasan teori dan konsep dalam melakukan penelitian dan menulis disertasi.

b. Penelitian Lapangan (Field Research)

Yaitu dengan melakukan kunjungan ke Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Semarang untuk mempelajari putusan perkara tindak pidana korupsi dari tahun 2014, tahun 2015 dan tahun 2016, guna mencari putusan yang perkaranya sama, sifatnya sama namun putusan pemidanaannya berbeda, serta mencari putusan-putusan pengadilan yang diputus dibawah ancaman minimal khusus dalam perkara tindak pidana korupsi.

c. Wawancara

Yaitu dengan melakukan wawancara langsung, bebas, terpimpin, dan tertutup dengan para hakim dan pejabat pengadilan, untuk mendapatkan informasi dan tanggapan mengenai perkara tindak pidana korupsi, khususnya berkaitan dengan penerpanan pelaksanaan penjatuhan pemidanaan dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 jo Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, kemudian juga melakukan wawancara dengan jaksa penuntut umum guna mendapatkan informasi dan data-data berkaitan dengan tahapan proses penanganan tindak pidana korupsi, proses penyusunan dakwaan dalam perkara tindak pidana korupsi.

6. Analisa Data

Langkah terakhir dalam melakukan penelitian adalah analisis data. Analisis dapat dirumuskan sebagai suatu proses penguraian secara sistematis dan konsisten terhadap gejala-gejala tertentu.¹⁷⁵ Penguraian sistematis terhadap gejala atau data yang telah diperoleh baik melalui pendekatan kepustakaan, wawancara, hasil observasi (pengamatan) langsung maupun tidak langsung dipaparkan secara deskriptif dan menggunakan analisis kualitatif induktif yang bertujuan untuk

¹⁷⁵ Soerjono Soekanto, 1982. *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, hlm. 3.

mengembangkan konsep sensitivitas pada masalah yang dihadapi, menerangkan realitas yang berkaitan dengan penelusuran teori dari bawah (*grounded theory*), dan mengembangkan pemahaman akan satu atau lebih dari fenomena yang dihadapi, sehingga apa yang dituju atau dicari oleh penulis berhasil didapatkan.

I. Orisinal Penelitian

No.	Nama Penulis Disertasi	Judul Disertasi	Hasil Penelitian Disertasi	Pembaharuan
-----	------------------------	-----------------	----------------------------	-------------

1.	Margaretha Yesicha Priscyllia (Tahun 2015)	Pemiskinan korupsi sebagai salah satu hukuman alternatif Dalam tindak pidana korupsi	Tindak pidana korupsi di Indonesia semakin banyak terjadi dan memberikan dampak bagi rakyat. Rakyat harus menanggung akibat dari tindak pidana korupsi. Pemiskinan koruptor dianggap sebagai terobosan baru dalam menindak kasus tindak pidana korupsi. Konsep pemiskinan koruptor dapat dijalankan dengan perampasan aset hasil tindak pidana korupsi dan penggantian kerugian yang ditimbulkan akibat tindak pidana korupsi. Konsep pemiskinan koruptor ini dinilai mampu memberikan efek jera sekaligus sebagai bentuk mengurangi tindak pidana korupsi.	Diperlukan pedoman pemidanaan untuk ancaman minimal khusus dalam Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 jo Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.
2.	Kade Richa Mulyawati (Tahun 2015)	Kebijakan Hukum Terhadap Gratifikasi Seksual Dalam Tindak Pidana Korupsi Di Indonesia	Bahwa secara garis besar gratifikasi telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi tepatnya pada pasal 12 B akan tetapi masih kurang jelas menyebutkan mengenai layanan seksual sebagai salah	

			<p>satu bentuk gratifikasi karena di dalam pasal tersebut hanya menyebutkan jenis-jenis pemberian yang dapat dikategorikan sebagai gratifikasi adalah pemberian berupa uang, barang, rabat (discount), komisi, pinjaman tanpa bunga, tiket perjalanan, fasilitas penginapan, perjalanan wisata, pengobatan cuma-cuma, dan fasilitas lainnya.</p>	
3	<p>M. AS'ADI AL- MA'RUF (Tahun 2017)</p>	<p>“Rekonstruksi delik penyalahgunaan wewenang sebagai tindak pidana korupsi dalam undang-undang pemberantasan tindak pidana korupsi (undang-undang No. 31 tahun 1999 jo undang-undang No. 20 tahun 2001) dan Praktik Pengadilan Tindak Pidana Korupsi Berbasis Nilai Keadilan.”</p>	<p>(1) Setiap orang yang dengan tujuan menguntungkan diri sendiri atau orang lain atau suatu korporasi, menyalahgunakan kewenangan, kesempatan atau sarana yang ada padanya karena jabatan atau kedudukan, yang dapat merugikan keuangan Negara atau perekonomian Negara, dipidana dengan pidana penjara seumur hidup atau pidana penjara paling singkat 4 (empat) tahun dan paling lama 20 (dua puluh) tahun dan denda paling sedikit Rp. 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah) dan paling banyak Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar rupiah). (2) Dalam hal tindak pidana korupsi sebagaimana</p>	

			<p>dimaksud dalam ayat (1) dilakukan dalam keadaan tertentu pidana mati dapat dijatuhkan.</p> <p>(3) Bagi pelaku tindak pidana korupsi sebagaimana dimaksud ayat (1) dan ayat (2) yang menimbulkan kerugian negara kurang dari Rp. 100.000.000,00,(seratus juta rupiah) dipidana dengan pidana penjara di bawah 4 (empat) tahun dan denda di bawah Rp. 200.000.000,00 (dua ratus juta rupiah).</p>	
--	--	--	--	--