

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dewasa ini di Indonesia perdagangan orang sangat marak dan mengkhawatirkan walaupun peraturan pemberantasan tindak pidana perdagangan orang sudah ada, yaitu Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2007, tetapi dalam praktiknya perbuatan tersebut masih banyak terjadi, bahkan bukan hanya melibatkan perorangan, tetapi juga melibatkan jaringan sindikat kerja yang sulit diketahui. Pemerintah Indonesia pada kenyataannya memang telah banyak menghasilkan kebijakan pembangunan diberbagai bidang, antara lain bidang ekonomi dengan pertumbuhan yang tinggi, akan tetapi masih banyak pula tantangan atau persoalan yang dihadapi. Di bidang hukum terjadi perkembangan yang “kontroversial”, disatu pihak produk materi hukum, sarana dan prasarana hukum menunjukkan peningkatan yang cukup signifikan, tetapi disisi lain tidak diimbangi dengan penegakan hukum karena kurangnya integritas moral dan profesionalisme aparat hukum, kesadaran hukum, mutu pelayanan yang mengakibatkan tidak adanya kepastian dan keadilan hukum. Hal ini mengakibatkan supremasi hukum belum dapat diwujudkan sebagaimana diharapkan.

Tindak Pidana Perdagangan Orang (TPPO) merupakan kejahatan serius yang melanggar hak asasi manusia. Kejahatan ini dianggap

sebagai bentuk perbudakan modern dan bertentangan dengan martabat kemanusiaan. Kasus-kasus TPPO terus mengalami peningkatan dari tahun ke tahun, tidak hanya di Indonesia tetapi juga di seluruh dunia. Meningkatnya permasalahan perdagangan orang di berbagai negara, termasuk Indonesia dan negara-negara berkembang lainnya, menjadi sorotan utama bagi Indonesia sebagai bangsa, masyarakat internasional, dan anggota organisasi internasional, terutama Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Data empiris yang tertuang pada Undang-Undang Nomor 21 tahun 2007 menunjukkan bahwa perempuan dan anak-anak menjadi kelompok yang paling rentan menjadi korban tindak pidana perdagangan orang. Korban tidak hanya diperdagangkan untuk tujuan eksploitasi seksual seperti pelacuran, tetapi juga mengalami bentuk eksploitasi lain seperti kerja paksa, pelayanan paksa, perbudakan, atau praktik serupa perbudakan. Pelaku tindak pidana perdagangan orang melakukan berbagai kegiatan seperti perekrutan, pengangkutan, pemindahan, penyembunyian, atau penerimaan orang dengan maksud untuk menjebak, menjerumuskan, atau memanfaatkan mereka dalam bentuk eksploitasi apa pun. Tindakan ini dapat melibatkan ancaman kekerasan, penggunaan kekerasan, penculikan, pemalsuan, penipuan, penyalahgunaan kekuasaan atau posisi rentan, atau memberikan bayaran atau manfaat untuk memperoleh persetujuan dari orang yang mengendalikan korban.¹

¹ Elia Daniel Gagola, 'Tindak Pidana Perdagangan Orang Sesuai Konvensi Palermo Menentang

Indonesia memiliki beberapa daerah rawan akan kasus perdagangan orang seperti Nusa Tenggara Barat, Nusa Tenggara Timur, Jawa Barat, Jawa Tengah, Jawa Timur. Letak geografis menjadi salah satu pemicu terjadinya perdagangan manusia. Di Indonesia terdapat beberapa wilayah yang merupakan lokasi rentan akan terjadinya penyeludupan dan perdagangan manusia. Komisi Nasional Hak Asasi Manusia atau KOMNAS HAM telah merilis temuan TPPO di wilayah perbatasan di Indonesia yaitu di Kalimantan Barat dan Nusa Tenggara Timur tepatnya di Kabupaten Belu, Nusa Tenggara Timur terdapat banyak jalur tidak resmi yang dijadikan sebagai jalur favorit bagi para penyalur, selain itu wilayah Sambas yang merupakan daerah perbatasan langsung dengan Malaysia. Peningkatan pada kasus perdagangan orang di Kabupaten Sambas dan juga Kabupaten Belu, Nusa Tenggara Timur masuk dalam sepuluh provinsi yang berada di tingkat atas kasus perdagangan orang terbanyak di tahun 2023. Kalimantan Barat yang berada di urutan ke enam dengan jumlah sebanyak 275 kasus yang terdiri dari 63 Korban Perempuan dewasa, 15 Korban Anak Perempuan, 189 korban laki-laki dewasa dan 5 korban anak laki-laki, sementara di NTT terdapat kasus 255 dengan jumlah perempuan dewasa 67 orang, perempuan anak 4 orang, laki-laki dewasa 177 dan laki-laki anak 7 orang.²

Korban Tindak Oidana Perdagangan Orang memiliki karakteristik khusus yang membedakannya dari korban tindak pidana lainnya, dimana

Kejahatan Transnasional Terorganisasi Menurut UU No. 21 Tahun 2007', Lex Crimen, 7.3 (2018).

² <http://repository.uki.ac.id/15560/2/BABI.pdf>, Database Bareskrim Polri 2023, diakses tanggal 17 Juli 2025.

pada umumnya berada dalam posisi rentan secara ekonomi, sosial, psikologis dan kultural, sehingga tidak memiliki kapasitas yang memadai untuk memperjuangkan hak-haknya secara mandiri dalam sistem peradilan pidana. Kerugian yang dialami korban TPPO bersifat multidimensional meliputi kerugian material, penderitaan fisik, trauma psikologis, kehilangan martabat serta hilangnya kesempatan hidup layak. Tindak pidana perdagangan orang memiliki dampak negatif yang merugikan bagi korban, melibatkan konsekuensi yang bersifat fisik, psikis, dan sosial ekonomi. Korban TPPO seringkali mengalami trauma fisik akibat kekerasan atau eksploitasi yang mereka alami. Secara psikologis, mereka dapat mengalami gangguan mental, kecemasan, dan stres pasca-trauma yang signifikan. Selain itu, dampak sosial ekonomi juga terasa, dengan adanya kerugian dalam hal kehilangan pekerjaan, pendidikan, dan sering kali reputasi sosial yang terganggu. Salah satu upaya yang dapat dilakukan untuk membantu memulihkan korban TPPO adalah melalui mekanisme restitusi.³

Restitusi merupakan bentuk kompensasi finansial yang diberikan kepada korban sebagai upaya untuk mengembalikan kerugian yang mereka alami akibat tindak pidana. Dengan memberikan restitusi, korban memiliki akses lebih baik untuk memulihkan kehidupan mereka, termasuk mendapatkan bantuan medis, layanan kesehatan mental, dan dukungan sosial yang mereka butuhkan. Restitusi juga dapat membantu

³ Henny Nuraeny, Tindak Pidana Perdagangan Orang Kebijakan Hukum Pidana Dan Pencegahannya (Sinar Grafika, 2022).

membangun kembali stabilitas ekonomi korban, memberikan mereka kesempatan untuk memulai ulang hidup mereka setelah mengalami pengalaman traumatis akibat TPPO.⁴

Sehubungan dengan perlindungan hukum terhadap hak-hak korban yang dimaksud, maka terhadap penanganan perkara tindak pidana perdagangan orang sudah waktumna Negara memberikan perhatian khusus terhadap korban kejahatan Tindak Pidana Perdagangan Orang, Tidak hanya diposisikan sebagai saksi hanya memberikan keterangan atas terjadinya kejahatan namun juga sebagai orang yang memiliki kedudukan yang sama di mata hukum (*equality before of the law*). *Compassion and respect for their dignity* atau belas kasihan dan rasa hormat atas martabat korban diharapkan dijadikan dasar dalam Penanganan Perkara pidana dan Perhatian kepada korban.⁵

Pentingnya memberikan perlindungan hukum yang memadai bagi korban kejahatan bukan hanya merupakan isu nasional, melainkan juga bersifat internasional. Dalam sistem peradilan pidana Indonesia, korban Tindak Pidana Perdagangan Orang (TPPO) perlu mendapat perhatian yang lebih besar, mengingat sistem peradilan pidana di Indonesia masih menganut teori retributisme atau pembalasan. Akibatnya, penyelesaian perkara di sistem peradilan pidana lebih berfokus pada pelaku kejahatan atau orientasi offender. Dalam konteks perkara TPPO, hak-hak korban,

⁴ Irawan Adi Wijaya and Hari Purwadi, 'Pemberian Restitusi Sebagai Perlindungan Hukum Korban Tindak Pidana', Jurnal Hukum Dan Pembangunan Ekonomi, 6.2 (2018).

⁵ Muladi, Hak Asasi Manusia: Hakekat, Konsep dan Implikasinya Dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat, Bandung: Refika Aditama, 2005, h. 107.

yang sebenarnya telah menderita dan mengalami kerugian, seringkali terabaikan.⁶

Bentuk perlindungan hukum bagi korban tindak pidana sejauh ini telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. Perlindungan yang diberikan kepada korban dapat bersifat abstrak atau konkret. Perlindungan abstrak bersifat emosional dan melibatkan kepuasan batin, seperti rasa puas yang timbul setelah korban mendapatkan apa yang diinginkannya. Sementara perlindungan konkret bersifat nyata dan dapat dirasakan, baik dalam bentuk materiil maupun non-materiil. Perlindungan materiil mencakup kompensasi atau restitusi, pembebasan biaya hidup, atau bantuan pendidikan. Di sisi lain, perlindungan non materiil melibatkan pembebasan dari ancaman dan pemberitaan yang dapat merendahkan martabat kemanusiaan.⁷

Aturan mengenai restitusi bagi korban telah diatur dalam berbagai perundang-undangan di Indonesia, termasuk KUHP, KUHPA, Undang Undang Nomor 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang Undang Nomor 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban. Selain itu, terdapat Peraturan Pemerintah Nomor 35 Tahun 2020 tentang Perubahan

⁶ Maureen Vinalia. Plaikoil, 'Pengaturan Restitusi Sebagai Upaya Memberikan Perlindungan Terhadap Korban Tindak Pidana Perdagangan Orang.', UNIVERSITAS ATMA JAYA YOGYAKARTA, 2021.

⁷ Sandra Wijaya Vitasari, Salsabila Dewi, Satria Sukananda, 'Pelaksanaan Pemberian Restitusi Terhadap Korban Tindak Pidana Perdagangan Orang', DIVERSI: Jurnal Hukum 6.1, 2020.

Peraturan Pemerintah Nomor 7 Tahun 2018 tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan Bantuan kepada Saksi dan Korban, Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang (PTPPPO) juga mencakup ketentuan terkait restitusi. Selain peraturan tersebut, masih ada beberapa regulasi lain yang mengatur aspek-aspek terkait restitusi.⁸

Perma Nomor 1 Tahun 2022 tentang Tata Cara Penyelesaian Permohonan dan Pemberian Restitusi dan Kompensasi kepada Korban Tindak Pidana.

Pedoman Kejaksaan RI Nomor 1 Tahun 2021 tentang Akses Keadilan bagi Perempuan dan Anak dalam Penanganan Perkara Pidana juga mengatur mengenai gugatan ganti kerugian yang mencakup permohonan restitusi dan kompensasi. Bab VIII halaman 32 huruf B pada pokoknya menetapkan prosedur pemeriksaan permohonan restitusi. Jika permohonan tersebut sudah lengkap atau berkasnya diterima dari Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK) beserta keputusan LPSK dan pertimbangannya, Penuntut Umum akan membuat surat permohonan pemberitahuan restitusi kepada tersangka/terdakwa. Dalam surat pemberitahuan tersebut, Penuntut Umum memberitahukan agar tersangka/terdakwa menitipkan sejumlah uang kepada panitera Pengadilan Negeri setempat. Jika pengadilan memutuskan bebas atau besaran restitusi kurang dari jumlah uang yang dititipkan, maka,

⁸ Achmad Murtadho, 'Pemenuhan Ganti Kerugian Terhadap Anak Yang Menjadi Korban Tindak Pidana Pencabulan', Jurnal Ham, 11.3 (2020), 445–66.

berdasarkan putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap, restitusi atau kelebihan restitusi akan dikembalikan kepada terdakwa / terpidana / pihak ketiga yang menitipkan restitusi. Penuntut Umum akan menerima salinan tanda terima titipan restitusi dari panitera pengadilan negeri setempat sebagai tanda bukti dan bagian integral dari berkas perkara.⁹

Kejaksaan RI merupakan salah satu dari aparaturnya dalam proses penegakan hukum di Indonesia. Kejaksaan mempunyai peranan dalam sebuah konsep terkait hal yang boleh dilakukan serta meliputi keseluruhan norma yang diselenggarakan menggunakan eksistensi atau posisi seorang pada tengah-tengah masyarakat. Arti asal peranan di sini adalah rangkaian peraturan yang membimbing dalam menjalankan peranannya.¹⁰ Kejaksaan RI ialah suatu forum dalam pemerintahan yang menggunakan kekuasaan Negara serta wewenang lain berlandaskan pada undang-undang khususnya di bidang penuntutan sebagaimana telah diatur di Pasal 2 Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2021 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 wacana Kejaksaan RI.¹¹

Dalam konteks penanganan TPPO dengan semua peraturan yang ada, restitusi sebagai salah satu instrumen pemulihan korban yang meruoakan manifestasi konkret dari perlindungan hak asasi manusia dan kewajiban negara untuk memulihkan korban ke dalam kondisi sosial

⁹ Primadianti, H., & Zuhro, F. 2018. "A Gap Between Right to Live Protection and Death Penalty in Indonesia (Judges Decision on Cases Threatened Death Penalty)." In SHS Web of Conferences Vol. 54, p. 02005. EDP Sciences.

¹⁰ Soerjono Soekanto, Pokok-Pokok Sosiologi Hukum, Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hal. 139.

¹¹ Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2021 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan RI.

bermartabat. Namun demikian praktek pemberian restitusi terhadap korban TPPO selama ini masih menghadapi hambatan structural. Salah satu persoalan mendasar Adalah pembebanan tanggung jawab pengajuan dan pembuktian restitusi kepada korban, yang secara sosiologis dan psikologis tidak berada dalam posisi setara dengan pelaku maupun aparat penegak hukum.

Pada KUHAP lama (UU No. 8 Tahun 1981), mekanisme pemberian hak restitusi kepada korban TPPO menunjukka adanya ketidaksinkronan antara desain normative dan praktek kelembagaan, dimana penghitungan besaran restitusi secara normatif ditempatkan pada Lembaga Pelindungan Saksi dan Korban (LPSK) sebagaimana pasal 12 A huruf j UU No. 31 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban, sementara proses penuntutan dan pembuktian dibawah kendali Kejaksaan dalam hal ini Penuntut Umum. Kondisi tersebut memnimbulkan beberapa implikasi serius antara lain :

1. Restitusi tidak terintegrasi dalam konstruksi dakwaan dan tuntutan, karena proses penghitungan seringkali tidak selesai pada saat perkara disidangkan;
2. Hak restitusi kehilangan momentum yuridis, sehingga hakim kesulitan memasukkan restitusi secara komprehensif dalam amar putusan;
3. Asas kepastian hukum tereduksi, karena korban tidak memperoleh jaminan bahwa hak restitusinya akan diputuskan bersamaan dengan putusan pidana.

Dalam beberapa kasus TPPO yang terjadi, kejaksaan masih menemui kendala, dimana penghitungan restitusi belum diterima sampai saat penuntut umum akan mengajukan surat tuntutan dalam persidangan. Hal ini kemudian yang menjadi permasalahan yang ingin peneliti teliti untuk nantinya membuat suatu konstruksi norma yang ideal dalam pemberian hak restitusi oleh kejaksaan terhadap korban perdagangan orang di Indonesia.

Dalam prakteknya seringkali terjadi kendala dalam pemberian hak restitusi bagi korban TPPO, hal ini dikibatkan keterlambatan perhitungan oleh LPSK terhadap kerugian korban, serta ketidakjelasan indikator perhitungan kerugian. Hal ini sangat merugikan korban TPPO, bahkan keterlambatan perhitungan kerugian atau restitusi korban belum dikeluarkan sampai kasus tersebut telah putus oleh pengadilan. Permasalahan ini kemudian yang menjadi polemik tersendiri oleh kejaksaan sebagai Penuntut Umum yang diberikan kewajiban untuk melindungi terpenuhinya hak-hak korban menjadi tercederai, dikarenakan LPSK sebagai lembaga pemerintah, kurang optimal dalam menjalankan tugasnya bermitra bersama kejaksaan. Menurut hemat penulis, mekanisme perhitungan restitusi diserahkan langsung kepada Jaksa Penuntut Umum untuk meminimalisir keterlambatan perhitungan restitusi oleh LPSK terhadap kerugian korban. Dari permasalahan tersebut diatas, sehingga penulis tertarik untuk melakukan suatu penelitian reskonstruksi

pemberian hak restitusi terhadap korban TPPO dalam prespektif hukum responsif.

KUHAP baru (UU No. 20 Tahun 2025) menghadirkan kerangka hukum yang lebih responsif terhadap kebutuhan korban termasuk korban TPPO. Salah satu perubahan mendasar adalah penguatan peran penuntut umum sebagai pengendali perkara (*dominus litis*) yang tidak hanya bertanggungjawab atas pembuktian kesalahan terdakwa, tetapi juga atas pemenuhan hak-hak korban. KUHAP baru memberikan legitimasi normatif bagi penuntut umum untuk mengintegrasikan fakta kerugian korban TPPO sejak tahap penyidikan, menyusun konstruksi dakwaan dan tuntutan yang mencantumkan restitusi secara eksplisit dan memastikan restitusi diputuskan bersamaan dengan pidana pokok, sehingga restitusi diperlakukan sebagai bagian inheren dari proses penuntutan.

Penelitian ini difokuskan pada penataan kembali norma terkait aturan pemberian restitusi yang menjadi hak korban dan menjadi kewajiban pelaku, bagaimana korban TPPO mendapatkan haknya atas restitusi yang dibebankan kepada pelaku. Peran negara diwakili oleh Jaksa/Penuntut Umum yang memastikan bahwa restitusi diberikan kepada korban.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang di atas, permasalahan dalam penelitian ini sebagai berikut :

1. Bagaimanakah hakikat pemberian restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang?
2. Bagaimanakah rekonstruksi pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang?
3. Bagaimanakah konsep ideal efektivitas penerapan pemberian hak restitusi oleh Kejaksaan terhadap korban tindak pidana perdagangan orang?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan rumusan masalah diatas, tujuan yang hendak dicapai dalam penelitian ini adalah:

1. Menganalisis hakikat pemberian restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang.
2. Menemukan bentuk rekonstruksi pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang.
3. Menemukan konsep ideal efektivitas penerapan pemberian hak restitusi oleh Kejaksaan terhadap korban tindak pidana perdagangan orang.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat, baik secara teoritis maupun praktik.

1. Manfaat Teoritis (Akademisi)

Penelitian ini diharapkan bermanfaat bagi pengembangan ilmu hukum dan pertanggungjawaban pidana dalam sistem hukum di Indonesia, terkait efisiensi pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang.

2. Manfaat Praktikal

Penelitian ini diharapkan bermanfaat sebagai hasil kajian ilmiah yang dapat menjelaskan dan menemukan hal baru mekanisme pertanggungjawaban pidana dalam perkembangan pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang guna membantu aparat penegak hukum dan praktisi terutama polisi, jaksa, penasihat hukum, hakim, dan masyarakat dalam menyelesaikan pertanggungjawaban pidana terhadap pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang.

E. Orisinalitas Penelitian

Penelitian ini dengan fokus kajian rekonstruksi pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang (TPPO) dalam perspektif hukum responsif belum pernah dilakukan oleh peneliti manapun. Dari hasil penelusuran referensi ditemukan sejumlah disertasi tentang tanggungjawab pidana yang berkaitan dengan pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang (TPPO), namun fokus kajian penelitian yang dikaji oleh penulis berbeda dengan fokus penelitian ini, penulis lebih memfokuskan pada rekonstruksi pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan

orang (TPPO) dalam prespektif hukum responsif. Judul penelitian dalam disertasi ini “rekonstruksi pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang (TPPO) dalam prespektif hukum responsif” memiliki orisinalitas yang dapat dipertanggungjawabkan, dengan alasan penelitian ini memfokuskan pada hakikat pemberian restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang, merancang bentuk rekonstruksi pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang, dan mendesain konsep ideal efisiensi penerapan pemberian hak restitusi oleh kejaksaan terhadap korban tindak pidana perdagangan orang. Beberapa hasil penelitian tersebut antara lain:

1. Tiernne Gene Waani, “*Perlindungan Hukum Terhadap Perempuan Korban Kejahatan Perdagangan Orang Di Sulawesi Utara*”, saat menempuh Pendidikan Program Doktor pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Tahun 2013. Hasil penelitian menunjukkan bahwa tindak pidana perdagangan orang dapat terjadi dalam berbagai bentuk dengan tujuan untuk mengeksploitasi orang demi keuntungan orang lain. Peranan hukum pidana dalam pencegahan dan proses penegakan hukum serta pelaksanaan hukum pidana, berperan sebagai sarana mengatur ketertiban masyarakat (*Social order*) dalam rangka menciptakan kebijakan sosial (*Social defence*) untuk mencapai keamanan, pencegah tindak pidana perdagangan orang baik secara preventif maupun represif, yang memberikan perlindungan

hukum terhadap perempuan korban tindak pidana perdagangan orang. Kesimpulan perlu upaya pencegahan perdagangan orang di Sulawesi Utara dilakukan dengan membuat rencana aksi pencegahan dan mensosialisasikannya kepada anak-anak sekolah, keluarga dan aparat desa/kelurahan dan penggunaan pasal 297 KUHP dan perda Nomor 1 Tahun 2004 dalam berbagai kasus perdagangan orang hampir tidak pernah digunakan sebagai dasar baik oleh penyidik maupun dalam dakwaan jaksa penuntut dalam proses kepengadilan dan belum sama pemahaman dan penerapan pasal-pasal nya dapat diselesaikan dengan mengedepankan prinsip kerjasama dan koordinasi antar sesama penegak hukum yang merupakan bagian dari pada sistem peradilan pidana terpadu (*integrated criminal justice system*).

2. Jarot Jati Bagus Suseno, "*Rekonstruksi Regulasi Restitusi Sebagai Upaya Perlindungan Hak Korban Tindak Pidana Perdagangan Orang Yang Berorientasi Pada Nilai Keadilan*", pada saat menempuh pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Sultan Agung Tahun 2022. memiliki tujuan untuk mengetahui dan menemukan persoalan dalam perkembangan pengaturan regulasi perlindungan korban tindak pidana perdagangan orang saat ini, mengetahui dan menemukan kelemahan-kelemahan dalam pelaksanaan regulasi perlindungan korban tindak pidana perdagangan orang saat ini, dan untuk menguraikan dan

menemukan rekonstruksi regulasi perlindungan korban tindak pidana perdagangan orang yang mampu mewujudkan keadilan dimasa akan datang. Metode dalam penelitian disertasi ini menggunakan paradigma konstruktivisme, dengan jenis penelitian non-doktrinal, dan pendekatan sosio-legal, dan dengan metode pengumpulan data yang dilakukan melalui penelitian lapangan dan analisis peraturan perundang-undangan.

3. Poppy Andi Lolo, “Analisis Kriminologis Terhadap Perdagangan Orang Sebagai *Extra Ordinary Crime*” telah menyelesaikan Program Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Tahun 2013. Disertasi Poppy Andi Lolo mengkaji tentang bagaimana peningkatan kualifikasi Tindak Pidana Perdagangan Orang (TPPO) sebagai kejahatan luar biasa adalah normativisasi perbuatan-perbuatan hukum dan sanksi pidana bagi pelaku kejahatan yang dikriminalisasi dalam rangka menegakkan undang-undang Tindak Pidana Perdagangan Orang (TPPO) sebagai kejahatan yang membahayakan tatanan sosial, budaya dan struktur sosial masyarakat Indonesia.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Kerangka Teoritik

1. Teori Negara Hukum

Kajian dalam sejarah hukum menunjukkan bahwa pemikir mengenai negara dan hukum, pada mulanya diintrodusir oleh Plato (429-347 SM) berkat didikan sang maha gurunya Socrates (419-399 SM),¹² seperti tergambar dalam karyanya yang dikutip J.J. Von Schmid,¹³ mengemukakan bahwa:

Karya utamanya ialah “politea” (negara). Karya itu memuat pikiran Plato tentang negara dan hukum yang kemudian dilajutkannya dalam Ahli Negara (Politicos) dan Undang-Undang (Nomoi). Negara atau “Republik” Plato, yang ditulis dalam bentuk timbale cakap yang terdiri dari 10 bagian buku. Di dalamnya ia menggambarkan kepada negara-negara yang dicita-citakan, yang berdasarkan keadilan. Keadilan haruslah memerintah, kebaikan seharusnya menjelma dalam Negara.

Kemudian gagasan Socrates dan Plato tersebut dalam prespektif negara dan hukum juga dianggap sebagai cikal bakal lainnya, konsepsi

¹² Plato SM adalah murid Socrates, ia dilahirkan pada tal. 29 Mei 429 SM di Athena. Plato banyak menghasilkan karya dalam bidang Filsafat, Politik dan Hukum. Diantara karyanya yang termasyur adalah Politea (tentang Negara), Politicos (tentang Ahli Negara), dan Nomoi (tentang UU), dalam Jazim Hamidi, dkk (Tim Geen Mind Community/GMC), *Teori Dan Politik Hukum Tata Negara*. Totalmedia, Malang, 2009, hlm. 36.

¹³ J.J. Von Schmid, *Ahli-Ahli Pikir Besar Tentang Negara Dan Hukum*. Pejemah. R. Wiratno Djamaluddin Singomangkuto dan Jamadi. Pustaka Sarjana, Jakarta, 1998. hlm. 8-9.

negara dan hukum dari para filsuf dan pakar hukum dan politik di negara-negara modern saat ini. Istilah negara hukum populer sejak abad ke-19, oleh Plato dimana Aristoteles (384-322 SM) menjadi muridnya. Pandangan Plato dengan ide negara hukum yang disebut *nomoi*, di mana dalam suatu negara semua orang harus tunduk kepada hukum termasuk penguasa atau raja, agar mereka tidak bertindak sewenang-wenang. Kemudian ide negara hukum Plato itu dikembangkan oleh Aristoteles dengan menyatakan, sumber kekuasaan tertinggi (*suprem*) ialah hukum dan bukan manusia. Artinya Aristoteles meletakkan supremasi hukum sebagai kekuasaan tertinggi. Alasan Aristoteles menempatkan hukum sebagai sumber kekuasaan tertinggi, karena betapapun arifnya manusia sebagai penguasa manusia tidak mungkin dapat menggantikan hukum. Karenanya barang siapa memberi tempat bagi manusia untuk memerintah berarti memberi tempat bagi binatang buas, sebab bagaimanapun bijaksananya manusia, ia tetap memiliki keinginan dan nafsu. Sebaliknya, barang siapa memberi tempat bagi hukum untuk memerintah berarti memberi tempat bagi dewa dan akal serta kecerdasan. Selanjutnya, Aristoteles menyatakan bahwa suatu pemerintahan atau penguasa baru akan terarah bagi kepentingan, kebaikan dan kesejahteraan umum, apabila hukum dijadikan sumber kekuasaan. Pemerintahan yang baik terletak pada pengakuan para penguasanya terhadap supremasi hukum dan pengakuan itu terjelma dalam penyelenggaraan pemerintah. Untuk terjelmanya manusia yang

bersikap adil, manusia harus dididik menjadi warga yang baik dan bersusila.

Ide negara hukum Aristoteles menekankan pada hukum yang substansinya ialah "keadilan", yaitu hukum sebagai *ius*, *iustitia*, *recht* atau *right*, artinya hukum yang mengandung prinsip-prinsip atau asas-asas yang berintikan "keadilan". Jadi hukum pertama-tama berarti adil atau hukum karena adil (*ius quia iustum*). Penekanan hukum sebagai keadilan sangat penting guna membedakannya dari undang-undang (*wet/lex/law*). Sebab keadilanlah yang seharusnya memerintah dan terjelma dalam kehidupan pemerintahan. Perkembangan ide negara hukum yang semula menganung substansi keadilan yang seharusnya ditegakkan melalui fungsi politik, ternyata dalam perjalanannya sering berubah menjadi sekedar alat untuk mempertahankan kekuasaan semata. Karena itu latar-belakang yang mendorong semakin gencarnya tuntutan terjadi ide negara hukum pada abad ke-19 dimaksud, sejalan dengan muncul dan derasnya tuntutan penghapusan terhadap sistem pemerintahan absolut, yaitu suatu pemerintahan yang tidak adil yang telah melukai hati nurani rakyat dan akhirnya mendorong dirinya jauh dari hati nurani rakyat.

Hakikat perkembangan konsep negara hukum merupakan produk dari sejarah hukum, sebab rumusan atau pengertian negara hukum itu terus berkembang mengikuti sejarah perkembangan umat manusia atau masyarakat dunia. Oleh karena itu dalam rangka memahami secara tepat dan benar konsep negara hukum, perlu terlebih dahulu diketahui

gambaran sejarah perkembangan pemikiran politik dan hukum, yang mendorong lahir dan berkembangnya konsepsi negara hukum. Dengan mengetahui perjalanan sejarah tersebut diharapkan akan lebih mudah memahami substansi konsepsi negara hukum, seperti dinyatakan oleh Bernard Chenat untuk mengenal suatu lembaga orang pertama-tama harus mempelajari sejarahnya.

Bagi teori kedaulatan negara ini dalam prakteknya telah mendorong lahirnya negara-negara totaliter. Bentuk negara totaliter tersebut sekarang ini dapat pula dilahirkan secara terselubung dalam bentuk baju baru, seperti negara pejabat. Dalam negara pejabat ucapan seorang pejabat mempunyai arti sangat penting dan menentukan, bahkan tidak jarang disetarakan dengan hukum. Intervensi penguasa terhadap lembaga legislatif dan yudikatif juga dilakukan dengan cara yang lebih sistematis dan terkendali. Kemudian John Locke (1632-1704) merumuskan teori yang konstruksinya sama-sama dibangun dari teori perjanjian masyarakat (*social contract*). Namun dengan fiksi bahwa manusia sejak lahir menurut kodratnya telah memiliki hak alamiah atau hak-hak dasar (hak asasi), seperti hak milik, hak hidup, kebebasan dan kemerdekaan. Ketika perjanjian dilakukan hak-hak dasar itu tidak turut diserahkan, bahkan dalam perjanjian itu negara diberi tugas dan tanggung jawab untuk melindungi dan menjamin terselenggaranya hak-hak dasar tersebut. Negara tidak diperkenankan melanggar apalagi mengurangi hak-hak dasar yang diperjanjikan itu. Teori ini akhirnya melahirkan paham liberalisme dan individualisme. tujuan,

tugas dan wewenang negara menjadi terbatas hanya pada hal-hal yang diperjanjikan. Kekuasaan negara dibatasi seminimal mungkin dan tidak lagi mutlak. Sebaliknya kepada setiap individu diberikan kemerdekaan dan kebebasan yang besar. Teori ini mempunyai implikasi luas dalam menentukan perkembangan sejarah ketatanegaraan, karena secara prinsipil membongkar dan menumbangkan teori-teori terdahulu yang memberikan kekuasaan mutlak dan tak terbatas kepada raja atau negara. Munculnya John Locke mengantarkan sejarah baru bagi ketatanegaraan moderen, khususnya mengenai pembatasan dan pemisahan kekuasaan negara yang diserahkan masing-masing kepada legislatif, eksekutif dan federatif. John Locke menghendaki agar pembatasan dan pemisahan kekuasaan itu dijamin dalam sebuah "konstitusi".

Dari pemahaman terhadap latar belakang lahirnya ide konstitusionalisme tersebut, dapat dipahami bahwa esensi idekonstitusionalisme itu pertama-tama ialah konsep negara hukum. Artinya kewibawaan hukum secara universal mengatasi kekuasaan raja, pemerintah atau negara dan hukum akan mengontrol politik (bukan sebaliknya). Esensi kedua ialah konsep hak-hak sipil warga negara dijamin oleh konstitusi, sedangkan kekuasaan negara akan dibatasi oleh konstitusi. Ide Teori John Locke tersebut kemudian berkembang di tangan Montesquieu dengan teori Trias Politica (1688-1755) dan dilanjutkan oleh Jean Jacques Rousseau dengan teori Kedaulatan Rakyat). Menurut teori

Kedaulatan Rakyat, kekuasaan negara harus dibatasi dan dikontrol oleh rakyat secara demokratis melalui kemauan umum (*volonte generale*).

Secara *etimologis* menurut Madja El-Muhtaj secara *etimologis*, istilah negara berasal dari bahasa Inggris (*state*), bahasa Belanda (*staat*), Arab (*daulah*). Kata *staat* berasal dari akar kata latin *statute* atau *statum* yang berarti menaruh dalam keadaan terdiri, membuat berdiri, menempatkan berdiri. Mengenai istilah hukum, sulit untuk diberi definisi, namun dalam kenyataannya hukum tidak dapat dilepaskan dengan masyarakat, sebagaimana sebuah istilah latin, *ubi ius ibi societas*.

Menurut Philipus M. Hadjon, menyatakan bahwa :

“konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner sebaliknya konsep *the rule of law* berkembang secara evolusioner. Hal ini tampak baik dari isi maupun kriteria *rechtsstaat* dan *rule of law* itu sendiri. Konsep *rechtsstaat* bertumpu pada sistem hukum Eropa Kontinental yang biasa disebut *civil law* sedangkan konsep *rule of law* bertumpu pada sistem hukum *common law* atau *english-law*.”

Senada dengan itu, Miriam Budiardjo menegaskan bahwa:

"Perkembangan ide demokrasi dapat dilihat dalam dua *mainstream*, pertama demokrasi pada negara hukum klasik; dan kedua, demokrasi pada negara hukum modern. Atau meminjam istilah Mahfud MD, yang pertama sebagai negara hukum formal”.

Secara umum, dalam setiap negara yang menganut paham negara hukum, selalu berlakunya tiga prinsip dasar, yakni supermasi hukum (*supremacy of law*), kesetaraan di hadapan hukum (*equality before the*

law), dan penegakkan hukum dengan cara tidak bertentangan dengan hukum (*due process of law*). Prinsip penting dalam negara hukum adalah perlindungan yang sama (*equal protection*) atau persamaan dalam hukum (*equality before the law*). Perbedaan perlakuan hukum hanya boleh jika ada alasan yang khusus, misalnya, anak-anak yang di bawah umur 17 tahun mempunyai hak yang berbeda dengan anak-anak yang di atas 17 tahun. Perbedaan ini ada alasan yang rasional. Tetapi perbedaan perlakuan tidak dibolehkan jika tanpa alasan yang logis, misalnya karena perbedaan warna kulit, jenis kelamin (*gender*) agama dan kepercayaan, sekte tertentu dalam agama, atau perbedaan status seperti antara tuan tanah dan petani miskin. Meskipun demikian, perbedaan perlakuan tanpa alasan yang logis seperti ini sampai saat ini masih banyak terjadi di berbagai negara, termasuk di negara yang hukumnya sudah maju sekalipun.

Menurut Aristoteles dalam Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, menyatakan bahwa:

“Yang memerintah dalam negara bukanlah manusia sebenarnya, melainkan fikiran yang adil, sedangkan penguasa sebenarnya hanya pemegang hukum dan keseimbangan saja. Kesusilaan yang akan menentukan baik tidaknya suatu peraturan undang-undang dan membuat undang-undang adalah sebagian dari kecakapan menjalankan pemerintahan negara.”

Sangat terpenting adalah mendidik manusia menjadi warga negara yang baik, karena dari sikapnya yang adil akan terjamin kebahagiaan hidup warga negaranya.

Bertolak ukur dari kesepakatan bangsa Indonesia yang sudah jelas dan disepakati, yaitu sebagaimana dirumuskan dalam UUD 1945. Diperlukan suatu *platform* Indonesia yang mengikat seluruh bangsa dan itu adalah Undang-Undang Dasar 1945. Kendati sudah merupakan satu dokumen tertulis, pembacaan terhadap dokumen tersebut perlu dilakukan secara khas, tidak seperti halnya membaca teks biasa, melainkan suatu pembacaan secara bermakna, yang oleh Ronald Dworkin dalam Satjipto Rahardjo disebut sebagai “*moral reading*” Pembacaan bermakna atau *moral reading* adalah membaca moral di belakang konstitusi tertulis.

Semua hal yang tercantum dalam Pancasila dan dalam rincian batang tubuh, konstitusi menunjukkan arah moral tersebut. Sila pertama, Ketuhanan Yang Maha Esa, yang meta-rasional-memberikan warna unik dan watak khas serta sekaligus menjadi alasan penting untuk mengatakan, negara Indonesia menginginkan agar rakyat hidup bahagian. Terukir dari Ketuhanan Yang Maha Esa, maka negara Indonesia harus menjadi rahmat bagi rakyatnya.

Dari hal itu juga sampai kepada pengajuan sebuah paradigma yaitu “hukum untuk manusia”. Paradigma tersebut mensyaratkan agar cara kita bernegara hukum didorong untuk tidak linier, melainkan progresif dan bermakna hukum untuk manusia meninggalkan cara berhukum yang

hanya didasarkan pada olah pikir atau logika yang linier, dan mengoreksinya dengan cara ber hukum yang mengejar makna kemanusiaan dari hukum. Relevansinya dengan praktis bernegara hukum adalah sewaktu-waktu perlu berani membebaskan diri dari logika teks yang linier demi mencapai tujuan kemanusiaan yang lebih tinggi, yaitu menjadikan negara hukum sebagai rumah yang membahagiakan bagi seluruh rakyat.

Negara hukum Indonesia memiliki ciri-ciri khas Indonesia. Dimaksudkan adalah Pancasila, karena Pancasila harus diangkat sebagai dasar pokok dan sumber hukum, maka negara hukum Indonesia dapat pula dinamakan negara hukum Pancasila. Salah satu ciri pokok dalam negara hukum Pancasila ialah adanya jaminan terhadap *freedom of religion* atau kebebasan beragama. Akan tetapi, kebebasan beragama di negara hukum Pancasila selalu dalam konotasi yang positif, artinya tidak ada tempat bagi ateisme atau propaganda anti agama di bumi Indonesia.

2. Teori Keadilan

Keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan-

kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.¹⁴

Oleh karena itu, menurut Aristoteles¹⁵, yakni : “Karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan”. Bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan, perbedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa kita pahami tentang kesamaan dan yang kita maksudkan ketika kita mengatakan bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya, serta membedakan keadilan menjadi jenis keadilan distributif dan keadilan korektif. Yang pertama berlaku dalam hukum publik, yang kedua dalam hukum perdata dan pidana.

Keadilan distributif dan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya. Dalam wilayah keadilan distributif, hal yang penting ialah bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada yang kedua, yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh, misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan. Keadilan distributif berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa

¹⁴ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004, hlm. 239.

¹⁵ *Ibid*, hlm. 24-25.

didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku dikalangan warga.

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

Sehubungan dengan itu, dalam membangun argumennya, Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampur adukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang dan hukum adat. Karena, berdasarkan

pembedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia¹⁶.

Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu, sehingga semua orang dapat menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realitas absolut dan mengasumsikan bahwa pengetahuan dan pemahaman tentangnya hanya bisa didapatkan secara parsial dan melalui upaya filosofis yang sangat sulit atau orang dapat menganggap keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama atau filsafat tentang dunia secara umum.

Rawls mengemukakan suatu ide dalam bukunya *A Theory of Justice* bahwa teori keadilan merupakan suatu metode untuk mempelajari dan menghasilkan keadilan. Ada prosedur-prosedur berfikir untuk menghasilkan keadilan¹⁷. Teori Rawls didasarkan atas dua prinsip yaitu melihat tentang *Equal Right* dan juga *Economic Equality*. Dalam *Equal Right* dikatakannya harus diatur dalam tataran leksikal, yaitu *different principles* bekerja jika prinsip pertama bekerja atau dengan kata lain prinsip perbedaan akan bekerja jika *basic right* tidak ada yang dicabut

¹⁶ *Ibid.* hlm 26-27

¹⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta 2006.

(tidak ada pelanggaran HAM) dan meningkatkan ekspektasi mereka yang kurang beruntung. Dalam prinsip Rawls ini ditekankan harus ada pemenuhan hak dasar sehingga prinsip ketidaksetaraan dapat dijalankan dengan kata lain ketidaksetaraan secara ekonomi akan valid jika tidak merampas hak dasar manusia.

Rasionalitas ada dua bentuk¹⁸ yaitu *Instrumental Rationality* dimana akal budi yang menjadi instrument untuk memenuhi kepentingan-kepentingan pribadi dan kedua yaitu *Reasonable*, yaitu bukan fungsi dari akal budi praktis dari orang per orang. Hal kedua ini melekat pada prosedur yang mengawasi orang-orang yang menggunakan akal budi untuk kepentingan pribadinya untuk mencapai suatu konsep keadilan atau kebaikan yang universal. Disini terlihat ada suatu prosedur yang menjamin tercapainya kebaikan yang universal, dengan prosedur yang mengawasi orang perorang ini akan menghasilkan *public conception of justice*.

Sehubungan dengan itu, Rawls mengemukakan teori bagaimana mencapai *public conception*, yaitu harus ada *well ordered society (roles by public conception of justice)* dan *person moral* yang keduanya dijembatani oleh *the original position*. Bagi Rawls setiap orang itu moral subjek, bebas menggagas prinsip kebaikan, tetapi bisa bertolak belakang kalau dibiarkan masyarakat tidak tertata dengan baik. Agar masyarakat tertata dengan baik maka harus melihat *the original position*. *Public conception of justice* bisa diperoleh dengan *original position*.

¹⁸ *Ibid.* hlm. 72.

Ada beberapa *basic assumption* agar dalam masyarakat bekerja sama dalam kondisi Fair, pertama, anggota masyarakat tidak memandang tatanan sosial masyarakat tidak berubah. Masyarakat harus menuju keadilan, sehingga masyarakat terbuka pada perubahan, terutama perubahan struktur sosial. Kedua, kerjasama dibedakan dengan aktifitas yang terkoordinasi hal ini dapat dilihat dari:¹⁹

1. Bentuk kerjasama selalu berpijak pada keadilan sedangkan *coordinated activity* berpijak pada efektifitas/ efisiensi.
2. Kerjasama (*organizing principle*) aturan dibuat untuk mengatur anggota-anggotanya (mengikat, mengatur kepentingan-kepentingan anggota) sedangkan dalam *coordinated activity* aturan dibuat untuk kepentingan yang membuat aturan.
3. Dalam kerjasama (*organizing principle*) harus sah secara publik (harus disepakati oleh partisipan) sedangkan dalam *coordinated activity* tidak ada organisasi, aturan tidak harus sah secara publik.

Ketiga, gagasan kerjasama yang fair mengandaikan kebaikan akan keuntungan partisipan (partisipan punya gagasan sendiri dan bertemu dengan gagasan lainnya dengan cara rasionalitas) bukan masing-masing pihak melepaskan kepentingan tapi masing-masing ingin punya keuntungan yang rasional (karena ingin mendapatkan untung maka ada kerjasama, kalau saling mengalahkan tidak akan tercapai kerjasama)

¹⁹ John Rawls, *op.cit*, hlm. 592.

Resiprositas dalam kerjasama yang *fair* mempunyai arti bukan meninggalkan kepentingan pribadi untuk kepentingan bersama dan juga bukan merumuskan aturan berdasarkan kekinian dan ekspektasinya.

Oleh karena itu, mencapai keadilan mengukur keuntungan atau hasil pengukuran keuntungan bukan bertolak dari orang per orang (*particular*) tetapi bertolak dari *pure procedural of justice*. Ide dari resiprositas adalah ada pada *different principles* yang mempunyai fungsi untuk mengijauantahkan ide resiprositas. Prinsip perbedaan merupakan peningkatan kekinian dan ekspektasi orang yang beruntung harus sama dengan kekinian dan ekspektasi orang yang kurang beruntung (resiprositas). Resiprositas bukan merupakan imparsilaitas atau pun *win win solution*, juga bukan marxisme yang menekankan pada sama rasa sama rata, atau pun liberalisme yang dilihat sebagai *ideology* yang melihat tidak ada kerjasama tapi interaksi (ada *equilibrium*). Resiprositas bukan doktrin melainkan sebuah gagasan tentang prosedur untuk memperoleh keadilan yang resiprokal. Manusia dapat menerima keadilan dengan menganut system kerjasama atau keadilan yang *fair*.

Sehubungan dengan itu, *Person moral* adalah warga negara yang sama dalam dua daya moral. Pertama, membentuk, merevisi, menjalankan gagasan keuntungan atau keadilan yang rasional untuk kebaikan atau tujuan final. Kedua, daya untuk memahami, menerapkan dan bertindak pada kesepakatan yang telah dicapai yang mencerminkan keikhlasan untuk mencapai kepentingan atau keuntungan bersama.

Dalam suatu masyarakat tentunya tidak akan pernah lepas dari banyak ukuran keadilan yang diturunkan dari doktrin komprehensif yang berbeda-beda baik dari institusi agama, politik, pendidikan dan lain sebagainya. Bagi Rawls hal ini mungkin terjadi karena ia percaya kepelbagaian komprehensif itu merupakan corak dari rezim demokratis. Rezim demokrasi itu sangat dimungkinkan adanya banyak doktrin-doktrin komprehensif yang saling berkompetisi dan berkontesasi satu dengan yang lainnya. Hal ini ditunjukkan oleh beberapa fakta umum, yaitu:

1. Fakta umum tentang kemajemukan doktrin komprehensif yang merupakan fakta adanya satu budaya rezim demokratis.
2. Fakta umum kedua yaitu kesetiaan pada satu atau singular doktrin komprehensif hanya bisa dipertahankan oleh kekuasaan koersif negara. Ketinggalan doktrin hanya bias dipertahankan oleh kekuatan koersif negara yang nantinya dapat memancing munculnya kekuatan-kekuatan anti doktrin tunggal.
3. Fakta umum ketiga adalah rezim demokratis yang relative stabil mesti didukung secara sukarela dan bebas oleh warga negara yang secara politik aktif. Konsepsi public tentang keadilan harus didukung dari dalam bangunan doktrik komprehensif yang berbeda-beda.
4. Fakta umum keempat, sebuah kultur masyarakat demokratis yang baik yang secara lama dengan kultur yang semakin mengakar dan mengurat, bisa dieksplisitkan gagasan yang

fundamental seperti kesepakatan yang tidak *reasonable* dimana semakin matang demokrasi suatu Negara maka semakin *reasonable* ketidaksepakatan yang terjadi atau bisa terjadi resistensi terhadap doktrin tunggal dan *social cooperation* muncul.

Oleh karena itu, *overlapping consensus* dapat terjadi yang mengisyaratkan adanya *reasonable disagreement*, sehingga tercapai kesepakatan secara minimal tentang konsep publik tentang keadilan dan konsep publik tentang keadilan dapat dicapai jika ada banyak doktrin keadilan yang sifatnya *reasonable* (*reasonable disagreement*). Menurut Rawls mengapa *reasonable disagreement* sampai terjadi atau tidak bisa dihindari,²⁰ karena :

1. Antara dua klaim yang bertentangan, bukti empiris yang ilmiah bisa bertentangan dan kompleks sehingga sulit untuk di evaluasi.
2. Meskipun ada kesepakatan tentang hal yang dipertimbangkan bisa ada perbedaan tentang bobotnya sehingga bisa tidak dicapai kesepakatan.
3. Konsep-konsep yang dimiliki ambigu sehingga masih bersandar pada keputusan terhadap interpretasi bukan pada fakta keras (*hard facts*). Fakta-fakta keras belum bisa menunjang satu

²⁰ *Ibid.* hlm. 431.

keputusan yang *truly scientific* (setiap orang memiliki interpretasi masing-masing).

4. Cara orang menimbang dan evaluasi putusan dibentuk oleh sejarah, pengalaman yang berbeda-beda.
5. Masing-masing kelompok punya ruang nilai yang berbeda-beda.

Reasonable disagreement sifatnya permanent dalam masyarakat demokratis, sehingga Rawls menawarkan ada 2 penyelesaian,²¹ yaitu:

1. Koersif dimana yang dominant diberlakukan (terdapat doktrin tunggal).
2. Secara prosedural kelompok-kelompok yang ada masuk dalam original position lalu memilih konsep tentang keadilan dengan kata lain disini ada hal mmbatasi sekaligus memfasilitasi doktrin-doktrin keadilan yang berbeda itu bias beririsan sehingga dapat tercapai konsep public tentang keadilan (*procedural of justice* yang mengusung *fairness*).

Situasi yang ingin dicapai oleh Rawls adalah kondisi *highest ordered interest* yang akan tercapai apabila tercipta pula *public conception of justice*, dimana ada keinginan bahwa interest masyarakat tidak diatur oleh interest kelompok maka ada langkah-langkah yang Rawls sebut sebagai *the Reasonable*. Maka dapat dikatakan bahwa *the highest ordered interest* mempunyai hubungan erat dengan *public conception of justice*.

²¹ *Ibid.* hlm. 453.

Setiap manusia menurut Rawls selalu mengejar kepentingan mereka yang beragam (*multy purpose goods*). Mereka bisa mengejar kepentingan apapun karena mereka memilih *primery goods*. Bagi Rawls *primary goods* tidak akan terlepas dari beberapa konsep dibawah ini yaitu:²²

1. Kebebasan dasar, memungkinkan perkembangan dan pelaksanaan prinsip keadilan di dalam kondisi sosial yang bebas.
2. Kebebasan bergerak dan pilihan bebas akan pekerjaan berlatarkan berbagai peluang yang ada.
3. Kekuasaan dan prerogatif pada jabatan publik yang akuntabel diperlukan untuk memberi ruang bagi kapasitas swa-regulasi dan kapasitas sosial dari diri.
4. Income, untuk mencapai tujuan apapun pasti membutuhkan biaya
5. *The social basis of self-respect*, setiap orang pasti mempunyai rasa kelayakan.

Pada *original position* otonomi individu berdasarkan pada pilihan rasional manusia tidak dibimbing dari prinsip-prinsip kebikan dan keadilan yang independen dari prosedur serta berdasarkan pada dorongan kepentingan tertinggi (*the highest ordered interest*) dan didorong oleh tujuan final yang tidak pasti (belum tahu apa) sehingga mereka memilih

²² *Ibid.* hlm. 637

primary goods untuk mencapai tujuan final. Posisi asli merupakan *instrument of representation* yaitu suatu representasi dari pihak-pihak yang sepakat untuk mencapai keadilan. Untuk menjamin kemurnian dari prosedur dan fair-nya kesepakatan maka dalam prosedurnya harus tidak ada pengaruh individu atau kelompok. Posisi asli lebih pada posisi hipotetis dan *non histories* yang menempatkan semua pihak pada *the veil of ignorance* (tabir ketidaktahuan). Posisi asli disebut hipotetis karena apa yang akan disepakati bukan apa yang sudah disepakati. Tidak seperti kaum utilitarian berpendapat yang adil adalah yang memaksimalkan keuntungan sosial. Dalam posisi asli yang disepakati adalah kesepakatan. Posisi asli disebut *non histories* karena tidak pernah ditemukan dalam periode sejarah tertentu, bukan kondisi riil dari sejarah.

Sehubungan dengan itu, ketidaktahuan adalah kondisi dimana semua pihak tidak punya pengetahuan tentang posisi sosial dan doktrin tertentu (tidak tahu tentang ras, etnis, seks dan kekuatan alamiah lainnya, termasuk talenta, intelegensia). Setiap orang dalam tabir ketidaktahuan manusia berusaha menciptakan suatu kondisi yang memungkinkan untuk menciptakan atau melahirkan *public conception of justice* sehingga ada jaminan untuk mendapatkan hak dan melakukan kewajiban.

Dalam prinsip posisi asli ini orang selalu mempersiapkan diri mereka pada posisi yang tidak beruntung (dua kekuatan moral). Untuk

memaksimalkan pilihan-pilihan dari kondisi terburuk ini ada beberapa syarat²³ diantaranya:

1. Pihak-pihak tidak memiliki dasar yang kuat (nirprobabiliti) untuk memperkirakan kemungkinan situasi sosial yang mempengaruhi posisi fundamental seseorang.
2. Pihak-pihak hanya dimungkinkan mengevaluasi berbagai posisi asali dari hasil yang terburuk, pihak-pihak tersebut tidak terfokus lebih dari hasil yang terburuk, mengadopsi hasil terbaik dari hasil terburuk lainnya, tidak mempunyai harapan lebih.
3. Alternatif-alternatif lain harus berada secara signifikan dibawah *level of guarantee*.

Sehubungan dengan itu, jika melihat keadilan dimuka bumi, jelas bahwa dalam Al-Qur'an terdapat Ayat yang sangat penting artinya, Gagasan Islam tentang keadilan dimulai dari diskursus tentang keadilan ilahiyah, apakah rasio manusia dapat mengetahui baik dan buruk untuk menegakkan keadilan dimuka bumi tanpa bergantung pada wahyu atau sebaliknya manusia itu hanya dapat mengetahui baik dan buruk melalui wahyu (Allah).

Al-Quran mengakui watak obyektif dan universalitas keadilan yang disamakan dengan perbuatan-perbuatan baik (kebajikan-kebajikan moral), yang mengatasi masyarakat-masyarakat agama yang berlainan dan memperingatkan umat manusia untuk "tampil dengan perbuatan-perbuatan baik":

²³ *Ibid.* hlm. 631.

“Untuk tiap-tiap umat di antara kamu (umat religius) Kami berikan aturan dan jalan (tingkah laku). Apabila Allah menghendaki, niscaya kamu dijadikan-Nya satu umat (berdasarkan pada aturan dan jalan itu), tetapi, (ia tidak melakukan demikian). Allah hendak menguji kamu terhadap pemberian-Nya kepadamu. Oleh karena itu, berlomba-lombalah (yaitu, bersaing satu samalain) dalam berbuat baik. Karena Allah-lah kamu semua akan kembali, lalu Ia akan memberitahukan kepadamu (kebenaran) mengenai apa yang kamu perselisihkan itu.”²⁴

Dalam ayat ini bahwa semua umat manusia harus berusaha keras menegakkan suatu bentuk keadilan tertentu baik dalam bentuk yang kecil sampai yang besar dalam hal menegakannya, dan hal tersebut diakui secara obyektif, dan bukan dengan mempermasalahkan perbedaan keyakinan-keyakinan religius, kepentingan serta kedudukan jabatan atau wewenang, disini kita mempunyai dasar yang jelas untuk membedakan antara keadilan obyektif dan teistis, dimana keadilan obyektif diperkuat lagi oleh tindakan-religius kepatuhan kepada Allah. Sebagaimana yang tertulis dalam surat Al-Baqarah Ayat 112 :

“barangsiapa menyerahkan diri kepada Allah, sedang ia berbuat baik, maka baginya pahala pada sisi Tuhannya, dan tidak ada kekhawatiran bagi mereka, dan tidak pula mereka bersedih hati”²⁵

Jelaslah, disini argumentasi dasar yang jelas untuk membedakan antara keadilan obyektif dan teistis, dimana keadilan obyektif diperkuat lagi oleh tindakan-religius kepatuhan kepada Allah. Dalam bidang keadilan obyektif universal, manusia di perlakukan secara sama dan memikul tanggung jawab.

²⁴ Lihat QS Al-Maidah ayat 48.

²⁵ Lihat QS Al-Baqarah ayat 112.

3. Teori Sistem Hukum

Ketika masyarakat tidak menemukan pemecahan masalah hukumnya yang cepat, adil dan biaya murah, maka gejala-gejala yang akan timbul adalah rasa frustrasi, kecewa di dalam sikap batin masyarakat, bahkan terbangun dalam alam pikiran masyarakat ketidakpercayaan kepada institusi pengadilan beserta mekanisme dan organ yang berada di dalamnya. Kecenderungan inilah yang kemudian mempengaruhi penegakan hukum.

Sebagaimana diketahui, bahwa hukum dalam penegakannya merupakan suatu sistem yang tidak terlepas dari sub sistem yang melekat di dalamnya. Sub sistem hukum tersebut seperti yang dikemukakan oleh Lawrence Meir Friedman adalah sebagai berikut:

- a. Struktur (*Structure*), termasuk didalamnya struktur institusi-institusi penegak hukum, seperti Kepolisian, Kejaksaan, dan Pengadilan.
- b. Substansi (*Substance*) adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu. Substansi itu juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam sistem hukum itu, mencakup keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang mereka susun. Substansi juga mencakupi *Living Law* (hukum yang hidup).
- c. Kultur hukum (*Legal Culture*), yaitu sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum, kepercayaan, nilai, pemikiran, serta

harapannya. Dalam pandangan Friedman selain struktur dan substansi maka unsur kultur adalah unsure vital dalam system hukum, karena berkaitan dengan tuntutan atau kebutuhan, masyarakat mempunyai kebutuhan dan membuat tuntutan yang semua ini terkadang menimbulkan proses hukum dan tidak menimbulkan proses hukum tergantung pada kultur hukum yang mereka anut.

Tatkala salah satu dari sub sistem hukum sebagaimana dikutip di atas tidak menjalankan perannya atau dengan kata lain tidak bekerja dengan baik, maka akan mempengaruhi sistem hukum secara keseluruhan dalam mewujudkan suatu kepastian hukum. Sikap manusia atau masyarakat terhadap hukum dan sistem hukum, begitu juga dengan kepercayaannya, nilai, pemikirannya, jika tiba pada suatu tingkatan skeptis dan frustrasi terhadap hukum dan sistem hukum, dengan serta merta sub sistem lainnya akan mengalami kemandekan dalam fungsinya, pada akhirnya sistem hukum tersebut tidak akan berperan dengan baik dalam masyarakat di mana ia berlaku.

Oleh karena itu, paradoks utama yang terdapat pada setiap sistem hukum adalah bahwa sistem tersebut di satu pihak tampaknya begitu penting dalam pemaksaan keputusan yang ditujukan kepada struktur hubungan sosial, namun di pihak lain tetap tergantung kekuasaan-kekuatan di luar jangkauan pengawasannya secara langsung untuk dapat diterima dan diterapkannya keputusan-keputusan tersebut. Status khas hukum dan lembaga hukum ini menimbulkan tuntutan yang berlebihan

tentang akibatnya terhadap perubahan sosial, maupun pernyataan-pernyataan yang tidak realitis bahwa setiap sistem hukum hanya mengikuti serta menunjang proses-proses yang pada dasarnya terjadi dalam kehidupan sosial dan politik yang lebih luas.

Susunan dan bekerjanya sistem hukum sangat dipengaruhi oleh perjuangan untuk memperoleh kontrol dan pengaruh di antara penegaknya sendiri serta di antara sektor-sektor lain dalam masyarakat, karena tidak memiliki kemampuan untuk melaksanakan sendiri keputusannya dan tidak dirumuskan secara tersendiri, maka perumusan hukum dan pandangan hukum mempunyai akibat yang sulit untuk ditelusuri secara mendalam, karena ruang lingkupnya yang luas dan pada umumnya saling berkaitan. Bahkan juga dalam masyarakat-masyarakat dengan lembaga-lembaga hukum yang dirumuskan secara lengkap dan jelas peranan sistem hukum dalam hal membentuk atau mencerminkan pola-pola sosial dan politik ikut pula mengacau-balaukan kejelasannya dan ketergantungannya dari hal-hal lain.

Teori sistem hukum dikemukakan oleh Lawrence Meir Friedman yang disebut dengan tiga unsur sistem hukum (*Three Elements of Legal System*). Ketiga unsur sistem hukum tersebut adalah:

- a. Struktur (*structure*),
- b. Substansi (*substance*),
- c. Kultur Hukum (*legal culture*).²⁶

²⁶ Achmad Ali (a), *Menguak Tabir Hukum*, Prenada Media Grup, Jakarta, 2008, hlm. 9.

Alasan menggunakan teori sistem hukum tersebut yakni sebagai pisau analisis problematik sistem hukum pidana dengan kajian implikasi penegakan hukum tindak pidana korupsi, serta kajian problematik interpretasi hukum dalam tindak pidana korupsi sebagai kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*) bukan kejahatan biasa bahkan penegakan hukum tindak pidana korupsi dilakukan dengan cara yang luar biasa, sekaligus guna mengkaji berbagai pengaruh sistem hukum global dan menemukan esensi dari karakteristik dan keunggulan yang dimiliki paradigma sistem hukum pidana ideal di Indonesia.²⁷

Secara singkat Achmad Ali²⁸, menggambarkan ketiga unsur sistem hukum itu adalah:

- a. Struktur diibaratkan sebagai mesin.
- b. Substansi adalah apa yang dikerjakan dan dihasilkan oleh mesin itu.
- c. Kultur hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu, serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan.

Hukum suatu sistem, sistem norma-norma. Sebagai sistem, hukum memiliki sifat umum dari suatu sistem, paling tidak ada ciri: menyeluruh (*wholes*), memiliki beberapa elemen (*elements*), semua elemen saling

²⁷ IGM Nurdjana, *Sistem Hukum Pidana Sistem Hukum Pidana dan Bahaya Laten Korupsi "Perspektif Tegaknya Keadilan Melawan Mafia Hukum*, Cetakan Kesatu, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2010, hlm. 45.

²⁸ Achmad Ali (b), *Menguak Realitas Hukum: Rampai Kolom dan Artikel Pilihan dalam Bidang Hukum*, Prenada Media Grup, 2008, hlm.11.

terkait (*relation*) dan kemudian membentuk (*structure*).²⁹ Oleh sebab itu, sistem hukum memiliki cara kerja sendiri untuk mengukur validitas dalam suatu sistem hukum tersebut.³⁰

Menurut Friedman gagasan dasarnya jelas bahwa struktur adalah salah satu dasar dan elemen lainnya. Ketika seorang pengamat mencoba untuk menjelaskan sebuah sistem hukum secara menyilang, kemungkinan ia akan berbicara tentang elemen ini. Struktur sebuah sistem adalah kerangka badannya, ia adalah bentuk permanennya, tubuh institusional dari sistem tersebut, tulang-tulang keras yang kaku yang menjaga agar proses mengalir dalam batas-batasnya. Struktur sebuah sistem yudisial terbayang ketika kita berbicara tentang jumlah para hakim, yurisdiksi pengadilan, bagaimana pengadilan yang lebih tinggi berada di atas pengadilan yang lebih rendah, dan orang-orang yang terkait dengan berbagai jenis pengadilan. Sementara substansi tersusun dari peraturan-peraturan dan ketentuan mengenai bagaimana institusi-institusi itu harus berperilaku. Kekuatan-kekuatan sosial terus-menerus menggerakkan hukum merusak di sini, memperbaiki di sana, menghidupkan di sini, mematikan di sana, memilih bagian mana dari “hukum” yang akan beroperasi, bagian mana yang tidak, mengganti, memintas, dan melewati apa yang muncul, perubahan-perubahan apa yang akan terjadi secara

²⁹ IGM Nurjana, *op. cit*, hlm. 45.

³⁰ Mudzakir, “Posisi Hukum Korban Kejahatan dalam Sistem Peradilan Pidana”, Disertasi FH-UI, Jakarta, 2001, hlm. 21. Lihat juga IGM Nurjana Ibid. hlm. 46. Lihat juga Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russel dan Russel, New York, 1973, pp. 398-400. Lihat Charles Samford, *The Disorder of Law: A Critique of Legal Theory*, Inc Basil Blackwell, New York, 1989, p. 16.

terbuka atau diam-diam. Karena tidak ada istilah yang lebih tetap lagi, kita bisa namakan sebagian dari kekuatan-kekuatan ini sebagai kultur hukum. Kultur hukum adalah elemen sikap dan nilai sosial. Istilah “kekuatan-kekuatan sosial” itu sendiri merupakan sebuah abstraksi, namun begitu, kekuatan-kekuatan demikian tidak secara langsung menggerakkan sistem hukum.³¹

Menurut Friedman:

*The “Structure” of a system is its skeletal framework; it is the permanent shape, the institutional body of the system, the tough, rigid bones that keep the process flowing within bounds.*³²

Berdasarkan pengertian di atas struktur adalah kerangka atau rangkanya, bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberi semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan. Di Indonesia misalnya, jika kita berbicara tentang “struktur” sistem hukum Indonesia, maka termasuk di dalamnya struktur institusi-institusi penegakan hukum, seperti kepolisian, kejaksaan, dan pengadilan.³³

Kemudian mengenai substansi, Friedman memberikan penjelasannya: *the substance is composed of substantive rules and rules about how institutions should behave*. Jadi yang dimaksud dengan substansi menurut Friedman adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem ini.³⁴

³¹ IGM Nurdjana, *Ibid.* hlm. 46.

³² Achmad Ali (b), *op. cit.*, hlm. 9

³³ *Ibid.*, hlm. 9.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 10.

Akhirnya Friedman memberikan pemahamannya tentang “the legal culture”, mencakup: system-their belief, values, ideas, and expectations. Jadi, kultur hukum menurut Friedman adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum-kepercayaan, nilai pemikiran serta harapannya. Dapat penulis menjelaskan bahwa kultur hukum berarti segala sesuatu yang berkaitan dengan kebiasaan manusia itu sendiri di dalam memaknai suatu hukum.

Sistem hukum tersusun atas sejumlah subsistem sebagai komponennya yang saling terkait dan berinteraksi. Mochtar Kusumaatmadja memandang komponen sistem hukum itu terdiri atas a. Asas-asas dan kaidah-kaidah; b. Kelembagaan hukum; c. Proses-proses perwujudan kaidah-kaidah dalam kenyataan.³⁵

Pendapat dari Sosiolog hukum, bahwa sistem hukum itu dipandang tersusun atas tiga komponen (subsistem) yang dengan bahasa sosiologi (hukum) dapat dipaparkan sebagai berikut:

- a. Unsur ideal, yang meliputi keseluruhan aturan, kaidah, pranata dan asas hukum, yang dalam peristilahan teori sistem dapat dicakup dengan istilah sistem makna atau sistem lambang atau sistem reverensi;
- b. Unsur operasional yang mencakup keseluruhan organisasi, lembaga dan pejabat;

³⁵ Bernard Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum, Sebuah Penelitian tentang fundasi kefilosofan dan sifat Keilmuan Ilmu Hukum sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia* Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 75. Lihat juga IGM Nurdjana, *op. cit.* hlm. 47.

- c. Unsur aktual yang mencakup keseluruhan keputusan dan tindakan (perilaku), baik para pejabat maupun para warga masyarakat, sejauh keputusan dan tindakan itu berkaitan atau dapat ditempatkan dalam kerangka sistem makna yuridis yang dimaksud dalam substansi hukum.³⁶

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, Friedman menyatakan bahwa sistem hukum terdiri dari tiga elemen, yaitu elemen struktur (*structure*), substansi (*substance*), dan budaya hukum (*legal culture*). Dimana elemen substansi dari suatu sistem hukum pidana memiliki empat elemen, yaitu adanya nilai yang mendasari sistem hukum (*philosophic*), adanya asas-asas hukum (*legal principles*), adanya norma atau peraturan perundang-undangan (*legal rules*), dan masyarakat hukum sebagai pendukung sistem hukum tersebut (*legal society*).³⁷ Keempat elemen tersebut saling terkait dan hubungan tersebut dapat digambarkan seperti piramida dimana nilai berada paling puncak piramida kemudian di bawahnya adalah asas-asas hukum, setelah itu kemudian peraturan hukum, dan pada bagian bawah adalah masyarakat.

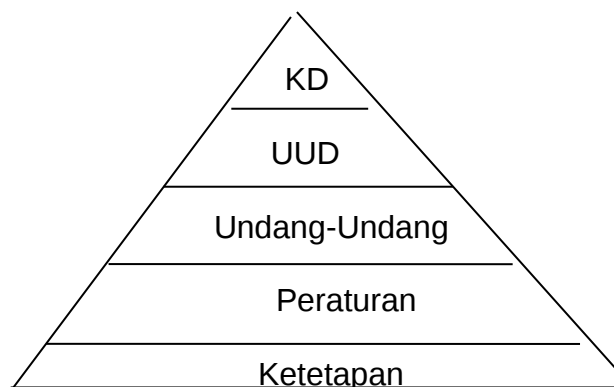
Sistem hukum di Indonesia menganut konsep negara hukum bersumber dari Undang-Undang Dasar 1945 dan Negara Indonesia ialah negara yang berdasarkan atas hukum (*recht staat*), tidak berdasarkan

³⁶ CJM, *Schut, Recht En Samenleving*, Assen, dalam IGM Nurdjana, *op. cit.* hlm. 47.

³⁷ *Ibid*, hlm. 48.

atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*).³⁸ Jadi berdasarkan hal itu segala perbuatan di dalam Negara Indonesia harus berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan tidak boleh bertentangan dengan UUD 1945 yang merupakan peraturan tertinggi (hukum dasar) di dalam hierarki perundang-undangan Negara Indonesia.³⁹ UUD 1945 yang merupakan hukum dasar dari peraturan perundang-undangan namun harus tetap bertolak pada Pancasila yang merupakan sumber dari segala sumber hukum negara.⁴⁰

Dalam konteks Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara, dapat kita uji dengan teori Hukum Kenegaraan Hans Kelsen⁴¹ tentang hierarki norma yang berlaku di suatu negara, yang lazim dianalogikan dengan Teori Tangga atau *Stufen Theory*.⁴² Adapun skema teori tersebut adalah sebagai berikut :



³⁸ Muhammad Tahir Azhari, *Negara Hukum*, Suatu Studi tentang Suatu Prinsip-prinsipnya Diklat dari Segi Hukum Islam, Implementasi pada Periode Negara Madinah dan Masa kini, Prenada Media Grup Jakarta, 2003, hlm. 95.

³⁹ Lihat Pasal 3 ayat (1) UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

⁴⁰ Lihat Pasal 2 UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

⁴¹ Bachsan Mustafa, *Sistem Sosial Indonesia*, dalam Ilham Bisri, *Sistem Hukum Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2005, hlm. 8

⁴² *Ibid.*

Skema di atas dapat dijelaskan sebagai berikut, KD berarti Kaidah Dasar yang di dalam sistem hukum Indonesia merupakan Pancasila, UUD merupakan hukum dasar yang di dalam hierarki peraturan perundang-undangan Indonesia. Undang-undang adalah seluruh peraturan memuat berbagai kaidah hukum dan memiliki sanksi bagi pelanggarnya beserta peraturan perundang-undangan di bawahnya⁴³. Peraturan merupakan peraturan pemerintah dan ketetapan merupakan ketetapan presiden.

Achmad Ali⁴⁴ lebih lanjut menjelaskan mengenai teori Hans Kelsen ini yakni peraturan hukum keseluruhannya diturunkan dari norma dasar yang berada di puncak piramid, dan semakin ke bawah semakin beragam dan menyebar. Norma dasar teratas adalah bersifat abstrak dan semakin ke bawah semakin konkret. Dalam proses itu, apa yang semula berupa sesuatu yang “seharusnya”, berubah menjadi sesuatu yang “dapat” dilakukan.⁴⁵

Kelsen di dalam teorinya menyatakan bahwa UUD yang merupakan hukum dasar adalah *grundnorm*. *Grundnorm* yang juga merupakan hukum yang tertinggi, ibaratnya bahan bakar yang menggerakkan seluruh sistem hukum.⁴⁶ *Grundnorm* memiliki fungsi sebagai dasar mengapa hukum itu ditaati dan mempertanggungjawabkan pelaksanaan hukum.

⁴³ Lihat pasal 4 UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

⁴⁴ Achmad Ali (c), *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Kencana, Jakarta, 2009, hlm.62

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

UUD 1945 yang merupakan hukum dasar (*grundnorm*) memuat berbagai ketentuan-ketentuan umum yang harus menjadi dasar berlaku seluruh peraturan perundang-undangan di bawahnya. Salah satu ketentuan yang diatur adalah Hak Asasi Manusia di dalam Bab X pasal 28 UUD 1945. Ketentuan mengenai Hak Asasi inilah yang menjadi pedoman dalam pembuatan Undang Undang di bawahnya baik Undang Undang yang tidak secara langsung mengatur mengenai HAM maupun Undang Undang yang mengatur secara tersendiri mengenai seperti Undang Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dan Undang Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia.

Hak Asasi Manusia wajib menjadi “nafas” dalam pembentukan peraturan perundang-undangan karena selain telah diatur di dalam UUD 1945 juga memiliki kaitan yang erat dengan manusia karena HAM dimiliki oleh semua manusia sejak manusia itu ada di dunia. Begitupun juga dengan sistem hukum pidana juga wajib memenuhi dan menjaga Hak Asasi Manusia. Hal ini dikarenakan hukum pidana mengatur mengenai perbuatan yang tidak boleh dilakukan oleh seluruh warga negara Indonesia beserta dengan sanksi pidana yang tegas. Perbuatan yang dilarang tersebut termasuk di dalamnya pelanggaran untuk melanggar HAM. Jadi setiap peraturan perundang-undangan termasuk di dalamnya Undang-Undang yang mengatur tindak pidana tidak boleh melanggar HAM.

4. Teori Efektivitas Hukum

Hukum merupakan alat rekayasa sosial yang digunakan untuk mengubah pola dan tingkah laku masyarakat menjadi sesuai dengan peraturan yang dikehendaki oleh hukum. Dewasa ini banyak terjadi pelanggaran dan kejahatan yang terjadi di masyarakat, seperti kasus penerobosan lampu merah yang banyak dilakukan oleh masyarakat pengguna jalan. Memang ada studi tentang hukum yang berkenaan dengan masyarakat yang merupakan cabang dari Ilmu hukum tetapi tidak di sebut sebagai sosiologi hukum melainkan disebut sebagai Sosiologi Jurispudence. Penelahan hukum secara sosiologis menunjukkan bahwa hukum merupakan refleksi dari kehidupan masyarakat. Pesatnya perkembangan masyarakat, teknologi dan informasi pada abad kedua puluh, dan umumnya sulit di ikuti sektor hukum telah menyebabkan orang berpikir ulang tentang hukum. Dengan mulai memutuskan perhatiannya terhadap interaksi antara sektor hukum dan masyarakat di mana hukum tersebut diterapkan. Namun masalah kesadaran hukum masyarakat masih menjadi salah satu faktor terpenting dari efektivitas suatu hukum yang diperlakukan dalam suatu negara. Ketika kita ingin mengetahui sejauh mana efektifitas hukum dapat diukur maka kita juga harus tahu sejauh mana hukum tersebut ditaati atau tidak. Jika suatu hukum telah ditaati oleh sebagian besar target maka dapat dikatakan bahwa aturan hukum tersebut efektif. Namun sebenarnya ditaati atau tidaknya suatu hukum tergantung pada kepentingan seseorang, dan kepentingan tersebut bersifat macam-macam.

Menurut Hans Kelsen, jika berbicara tentang efektifitas hukum, dibicarakan pula tentang Validitas hukum. Validitas hukum berarti bahwa norma-norma hukum itu mengikat, bahwa orang harus berbuat sesuai dengan yang diharuskan oleh norma-norma hukum., bahwa orang harus mematuhi dan menerapkan norma-norma hukum. Efektivitas hukum berarti bahwa orang benar- benar berbuat sesuai dengan norma-norma hukum sebagaimana mereka harus berbuat, bahwa norma-norma itu benar-benar diterapkan dan dipatuhi.⁴⁷

Efektivitas berasal dari kata efektif yang mengandung pengertian dicapainya keberhasilan dalam mencapai tujuan yang telah ditetapkan. Efektivitas selalu terkait dengan hubungan antara hasil yang diharapkan dengan hasil yang sesungguhnya dicapai. Efektivitas adalah kemampuan melaksanakan tugas, fungsi (operasi kegiatan program atau misi) daripada suatu organisasi atau sejenisnya yang tidak adanya tekanan atau ketegangan diantara pelaksanaannya.

Jadi efektivitas hukum menurut pengertian di atas mengartikan bahwa indikator efektivitas dalam arti tercapainya sasaran atau tujuan yang telah ditentukan sebelumnya merupakan sebuah pengukuran dimana suatu target telah tercapai sesuai dengan apa yang telah direncanakan.⁴⁸

Tujuan hukum adalah untuk mencapai kedamaian dengan

⁴⁷ Sabian Usman, *Dasar-Dasar Sosiologi* (Yogyakarta:Pustaka Belajar, 2009), h. 12.

⁴⁸ *Ibid.*, h. 13.

mewujudkan kepastian dan keadilan dalam masyarakat. Kepastian hukum menghendaki perumusan kaedah-kaedah hukum yang berlaku umum, yang berarti pula bahwa kaedah-kaedah tersebut harus ditegakkan atau dilaksanakan dengan tegas. Hal ini menyebabkan bahwa hukum harus diketahui dengan pasti oleh para warga masyarakat, oleh karena hukum tersebut terdiri dari kaedah-kaedah yang ditetapkan untuk peristiwa-peristiwa masa kini dan untuk masa-masa mendatang serta bahwa kaedah-kaedah tersebut berlaku secara umum. Dengan demikian, maka di samping tugas-tugas kepastian serta keadilan tersimpul pula unsure kegunaan di dalam hukum. Artinya adalah bahwa setiap warga masyarakat mengetahui dengan pasti hal-hal apakah yang boleh dilakukan dan apa yang dilarang untuk dilaksanakan, di samping bahwa warga masyarakat tidak dirugikan kepentingan-kepentingannya di dalam batas-batas yang layak.⁴⁹

Bagaimana Hukum di Indonesia sangat sulit untuk dijawab secara tepat dan bahkan sukar untuk mendekati ketepatan sekalipun. Beberapa gejala dapat dikemukakan untuk memberikan petunjuk-petunjuk serta gambaran yang agak luas. Sejak tahun 1945 Indonesia telah mengalami proses transformasi di bidang hukum, sejak tahun tersebut antara lain telah banyak perundang-undangan baru yang diperlakukan, disamping banyaknya keputusan-keputusan badan-badan peradilan yang telah

⁴⁹ Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia*(Jakarta: Universitas Indonesia, 1976) , h. 40.

berbeda dengan yurisprudensi zaman colonial. Walaupun demikian, masih banyak kaedah-kaedah hukum dari zaman colonial yang tetap berlaku secara tegas maupun samar-samar, dan walaupun ada yang telah dihapuskan masih sulit untuk menghapuskan alam pikiran lama yang masih berorientasi pada system hukum di Indonesia telah banyak dipengaruhi oleh cita- cita baru yang timbul dan tumbuh sejak proklamasi kemerdekaan pada tahun 1945.⁵⁰

Apa yang menjadi cita-cita yang baru tentang isi hukum nasional masih sulit untuk ditetapkan secara tegas, terutama oleh karena masyarakat Indonesia terdiri dari bagian-bagian masyarakat yang mempunyai cirri-ciri sosial dan budaya yang berbeda, hal mana mengakibatkan pula terdapatnya perbedaan-perbedaan di dalam cara dan pandangan hidup. Lagi pula peranan hukum telah melemah sejak berlangsungnya revolusi fisik yang menyebabkan terjadinya perubahan-perubahan social dan kebudayaan pada masyarakat Indonesia, hal mana pada taraf-taraf tertentu menyebabkan terjadinya disorganisasi dan keadaan anomie tersebut merupakan keadaan dimana warga masyarakat tidak mempunyai pegangan ukuran atau pedoman bagi kegiatan-kegiatannya dalam arti mana yang merupakan kegiatan-kegiatan yang baik dan mana yang buruk. Keadaan ini bertambah parah pada periode berikutnya terutama sebelum tahun 1966. Revolusi fisik yang berlangsung setelah tahun 1945 tidaklah secara menyeluruh menghapuskan hukum yang berlaku pada zaman colonial. Walaupun ada yang dihapuskan, maka

⁵⁰ *Ibid.*, h. 16.

belum ada hukum penggantinya, halmana terutama disebabkan oleh karena tujuan utama daripada revolusi fisik adalah untuk mencapai dan mempertahankan hukum kemerdekaan. Kelemahan-kelemahan system hukum lama yang berasal dari zaman colonial baru disadari pada awal tahun enam puluh, akan tetapi semenjak itu, kehidupan dan perkembangan hukum tidaklah begitu menguntungkan oleh karena adanya eksploitasi dari kegiatan-kegiatan politik. Periode 1960-1965 ditandai dengan menurunnya wibawa hukum, sehingga para warga masyarakatpun pudar kepercayaannya terhadap hukum. Suatu revolusi sebagaimana dialami oleh bangsa Indonesia merupakan suatu proses yang berlangsung dengan cepat, bersifat kompleks dan bahkan dengan kekerasan dalam merubah nilai-nilai, struktur social, lembaga-lembaga politik, kebijaksanaan-kebijaksanaan, maupun kepemimpinan. Perubahan-perubahan yang kemudian mengikutinya pada tahap-tahap berikutnya lebih merupakan proses reformasi yang terutama bertujuan untuk membina serta mengembangkan dasar-dasar serta nilai-nilai baru yang dihasilkan oleh revolusi. Pekerjaan dan masalah-masalah yang dihadapi oleh para pelopor reformasi jelas lebih sulit, oleh karena lebih banyak menyangkut masalah-masalah konsolidasi, pembinaan dan pengembangan, dalam proses mana dia seringkali harus berhadapan dengan unsure-unsur masyarakat masyarakat yang mempunyai kepentingan-kepentingan yang tertanam dengan kuatnya.⁵¹

Periode menurunnya kewibawaan hukum mengalami perubahan-perubahan setelah bagian-bagian masyarakat dengan dipelopori oleh para

⁵¹ *Ibid.*, h. 33.

mahasiswa berhasil untuk menghentikan legitimasi pemerintahan di bawah pimpinan (alm) Ir. Soeharto. Kepercayaan masyarakat terhadap wibawa hukum secara perlahan-lahan mulai pulih, walaupun belum sepenuhnya. Pada masa itulah mulai terdengar suara-suara dari berbagai golongan masyarakat yang antara lain menginginkan ditegakkannya kembali supremasi hukum atau yang lebih dikenal dengan sebutan penegakan kembali *rule of law*. keadaan ini terutama disebabkan oleh karena masyarakat telah sampai pada puncak penderitaannya karena keadaan ekonomi yang parah serta ketiadaan kependeritaannya karena keadaan ekonomi yang parah, serta ketidadaan ketertiban di dalam arti tidak adanya kepastian tentang apa yang menjadi wadah hak-hak dan kewajiban-kewajiban para warga masyarakat. Dengan demikian maka untuk mengakhiri kepincangan-kepincangan tersebut, antara lain, diperlukan usaha-usaha untuk menegakkan kembali *rule of law*, masalahnya tidak semudah itu, kiranya perlu ditegaskan terlebih dahulu apa yang dimaksudkan dengan *rule of law* tersebut. Istilah atau pengertian *rule of law* paling sedikit dapat dipakai dalam dua arti, yaitu dalam arti formil dan materiil (ideologis). Di dalam arti yang formil, maka *rule of law* dimaksudkan sebagai kekuasaan public yang terorganisir, yang berarti bahwa setiap system kaedah kaedah yang didasarkan pada hirarki perintah merupakan *rule of law*. Dalam arti yang formil ini, maka *rule of law* mungkin menjadi alat yang paling efektif dan efisien untuk menjalankan pemerintahan yang tiranis.⁵²

Rule of law dalam arti materiil atau ideologis mencakup ukuran-

⁵² *Ibid.*, h. 35.

ukuran tentang hukum yang baik dan hukum yang buruk yang antara lain mencakup aspek-aspek sebagai berikut :

- a. Ketaatan dari segenap warga masyarakat terhadap kaedah-kaedah hukum yang dibuat serta diterapkan oleh badan-badan legislative, eksekutif dan yudikatif.
- b. Kaedah-kaedah hukum harus selaras dengan hak-hak azasi manusia.
- c. Negara mempunyai kewajiban untuk menciptakan kondisi-kondisi sosial yang memungkinkan terwujudnya aspirasi-aspirasi manusia dan penghargaan yang wajar terhadap martabat manusia.
- d. Terdapat tata cara yang jelas dalam proses mendapatkan keadilan terhadap perbuatan yang sewenang-wenang dari penguasa.
- e. Adanya badan yudikatif yang bebas dan merdeka yang akan dapat memeriksa serta memperbaiki setiap tindakan yang sewenang-wenang dari badan eksekutif dan legislative.⁵³

Teori Efektivitas Hukum sebagai kaidah merupakan patokan mengenai sikap tindak atau perilaku yang pantas. Metode berpikir yang dipergunakan adalah metode deduktif-rasional, sehingga menimbulkan jalan pikiran yang dogmatis. Di lain pihak ada yang memandang hukum sebagai sikap tindak atau perilaku yang teratur (ajeg). Metode berpikir

⁵³ Salman Luthan, *Penegakan Hukum dalam Konteks Sosiologis*, (Jurnal Hukum, Vol. IV, 7), h. 57-70.

yang digunakan adalah induktif-empiris, sehingga hukum itu dilihatnya sebagai tindak yang diulang-ulang dalam bentuk yang sama, yang mempunyai tujuan tertentu.⁵⁴

Efektivitas hukum dalam tindakan atau realita hukum dapat diketahui apabila seseorang menyatakan bahwa suatu kaidah hukum berhasil atau gagal mencapai tujuannya, maka hal itu biasanya diketahui apakah pengaruhnya berhasil mengatur sikap tindak atau perilaku tertentu sehingga sesuai dengan tujuannya atau tidak. Efektivitas hukum artinya efektivitas hukum akan disoroti dari tujuan yang ingin dicapai, yakni efektivitas hukum. Salah satu upaya yang biasanya dilakukan agar supaya masyarakat mematuhi kaidah hukum adalah dengan mencantumkan sanksi-sanksinya. Sanksi-sanksi tersebut bisa berupa sanksi negatif atau sanksi positif, yang maksudnya adalah menimbulkan rangsangan agar manusia tidak melakukan tindakan tercela atau melakukan tindakan yang terpuji.⁵⁵

Diperlukan kondisi-kondisi tertentu yang harus dipenuhi agar hukum mempunyai pengaruh terhadap sikap tindak atau perilaku manusia. Kondisi- kondisi yang harus ada adalah antara lain bahwa hukum harus dapat dikomunikasikan. Komunikasi hukum lebih banyak tertuju pada sikap, oleh karena sikap merupakan suatu kesiapan mental sehingga seseorang mempunyai kecenderungan untuk memberikan pandangan yang baik atau buruk, yang kemudian terwujud di dalam

⁵⁴ Soerdjono Soekanto. *Benerapa Permasalahan*, h. 45.

⁵⁵ *Ibid.*, h. 48.

perilaku nyata. Apabila yang dikomunikasikan tidak bisa menjangkau masalah-masalah yang secara langsung dihadapi oleh sasaran komunikasi hukum maka akan dijumpai kesulitan-kesulitan. Hasilnya yaitu hukum tidak punya pengaruh sama sekali atau bahkan mempunyai pengaruh yang negatif. Hal itu disebabkan oleh karena kebutuhan mereka tidak dapat dipenuhi dan dipahami, sehingga mengakibatkan terjadinya frustrasi, tekanan, atau bahkan konflik.⁵⁶

B. Kerangka Konseptual

1. Konsep Tujuan Hukum

Tujuan pemidanaan dalam hukum pidana, merupakan salah satu sarana untuk mencapai tujuan hukum, dengan melakukan ketertiban, keadilan, kepastian hukum. Jadi pidana harus memberikan manfaat kepada ketertiban untuk mewujudkan kesejahteraan masyarakat.

Ada beberapa teori pemidanaan yang sudah lama di kenal yaitu:

a. Teori Absolut atau Teori Pembalasan (*vergeldings theorien*)

Teori ini menyatakan bahwa pidana tidak mempunyai tujuan lain selain hanya pidana. Tidak perlu apakah penjatuhan pidana itu bermanfaat atau tidak. Kejahatan tidak dibolehkan baik menurut susila maupun hukum. Menurut teori ini, pidana mempunyai fungsi sendiri yaitu sebagai penolakan terhadap kejahatan. Hakekat pidana adalah pembalasan, oleh karena itu pidana dilepaskan dari tujuan. Teori absolut begitu lama diterima, karena ini berhubungan erat dengan pengalaman

⁵⁶ *Ibid.*, h. 50.

manusia, bahwa setiap serangan yang dilakukan orang lain akan menimbulkan reaksi serangan pembalasan dari pihak yang diserang.⁵⁷ Yang dimaksud dengan kata pembalasan dalam teori ini bukanlah balas dendam. Pembalasan dalam teori ini berarti imbalan atau konsekuensi yang selalu mengikuti kejahatan.

b. Teori Relatif atau Teori Tujuan (*doeltheorien*)

Sebagai pengganti teori pembalasan sebagai dasar dan pembenaran pidana adalah teori relative atau teori tujuan.

Teori ini menyatakan suatu kejahatan tidak mutlak harus diikuti dengan suatu pidana. Untuk itu, tidaklah cukup adanya suatu pidana bagi masyarakat atau bagi si penjahat sendiri. Tidaklah saja dilihat pada masa lampau, tetapi juga pada masa depan.⁵⁸

Teori relatif mencari pembenaran hukuman di luar pidana itu sendiri, yaitu di dalam tujuan yang harus dicapai dengan jalan ancaman hukuman dan pemberian hukuman. Hukuman diberikan supaya orang jangan membuat kejahatan.

Menurut E. Utrecht, teori relatif menyatakan dasar hukum dari hukuman adalah pertahanan tata tertib masyarakat (*handhaving der maatschappelijke orde*). Oleh sebab itu tujuan dari hukuman adalah

⁵⁷ Beberapa penganut teori Absolut, (van Bemmelen, Hukum Pidana 1,1984, Binacipta, hlm.26) antara lain Immanuel Kant dalam bukunya *Metaphysische Anfangsgrunde der Rechtslehre*, melihat dalam pidana sesuatu yang dinamakan *imperative katagoris*, yang berarti seseorang harus di pidana oleh hakim karena ia berbuat jahat. Pidana itu bukanlah sarana untuk mencapai suatu tujuan, akan tetapi pernyataan dari keadilan. Demikian pula Hegel dalam bukunya *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, berpendapat bahwa kejahatan akan diakhiri oleh pidana. Pidana ialah suatu penyangkalan dari penyangkalan hukum, yang terletak dalam kejahatan itu sendiri.

⁵⁸ Andi Hamzah, op cit, hlm. 40.

menghindarkan (prevensi) dilakukannya suatu pelanggaran hukum. Ditinjau dari sudut pertahanan tata tertib masyarakat, maka hukuman itu sesuatu yang - *noodzakelijkl* (terpaksa perlu).⁵⁹

Berdasarkan ukuran/kriteria kepada siapa pencegahan (prevensi) itu ditujukan, diadakan pembedaan atas:

- 1) Teori prevensi umum, pencegahan (prevensi) tersebut ditujukan kepada masyarakat umum, dalam hal ini pelaksanaan hukuman perlu diketahui oleh masyarakat luas agar masyarakat tercegah niatnya untuk melakukan kejahatan.
- 2) Teori prevensi khusus, pencegahan (prevensi) ditujukan kepada orang yang melakukan kejahatan itu sendiri.⁶⁰

Dalam teori ini, van Bemmelen mengemukakan:

- 1) Prevensi umum (pencegahan umum).

Dalam prevensi umum, pemerintah berwenang menjatuhkan pidana, untuk mencegah rakyat umumnya melakukan tindak pidana. Menurut van Veen, prevensi umum mempunyai tiga fungsi, yaitu: menegakkan wibawa pemerintah, menegakkan norma dan membentuk norma.

- 2) Prevensi khusus (pencegahan khusus).

Mereka yang beranggapan bahwa pidana ialah pembenaran yang terpenting dari pidana itu sendiri, bertolak dari pendapat bahwa manusia (pelaku suatu tindak pidana) di kemudian hari

⁵⁹ E. Utrecht, 1960, Hukum Pidana I, Penerbitan Universitas, Bandung, hlm. 179.

⁶⁰ Satochid Kartanegara, tanpa tahun, Hukum Pidana I, Kumpulan Kuliah, Balai Lektor Mahasiswa, Jakarta, hlm. 60.

akan menahan diri supaya jangan berbuat seperti itu lagi, karena ia mengalami (belajar) bahwa perbuatannya menimbulkan penderitaan. Jadi pidana akan berfungsi mendidik dan memperbaiki.

- 3) Fungsi perlindungan. Mungkin sekali, bahwa dengan pidana pencabutan kebebasan selama beberapa waktu, masyarakat akan terhindar dari kejahatan yang mungkin dilakukannya jika ia bebas.⁶¹

Dengan demikian teori mendasarkan dan bertujuan untuk menyelenggarakan tertib masyarakat (prevensi) akibat dari kejahatan, yang dapat diwujudkan dalam bentuk menakuti, memperbaiki dan atau membinasakan. Oleh karena itu teori ini disebut juga teori tujuan.

c. Teori Gabungan (*verenigingstheorien*)

Teori ini muncul, karena ada beberapa ahli hukum berpendapat, bahwa pembalasan memang benar merupakan dasar dan pembenaran pidana, akan tetapi dengan menjatuhkan pidana pembalasan itu, selalu harus diperhatikan apa yang dapat dicapai oleh pemerintah dengan pidana itu.⁶²

⁶¹ Van Bemmelen, 1984, Hukum Pidana 1, Binacipta, Jakarta, hlm. 27, 28.

⁶² Ibid, hlm. 28, 29.

Penulis pertama yang mempropagandakan teori gabungan adalah Pellegrino Rossi (1787-1848) dalam bukunya *Traite de Droit Penal* tahun 1826. Menurut Rossi, pembenaran pidana terletak dalam pembalasan. Akan tetapi salah satu tujuan pidana ialah perbaikan tata tertib masyarakat. Jadi pidana harus memberikan manfaat kepada tata tertib masyarakat serta tujuan penting lainnya dari pidana ialah prevensi umum dan pelajaran (teguran) yang diberikan kepada seluruh rakyat dan menimbulkan rasa takut, begitu pula perbaikan penjahat

Demikian teori ini disebut teori gabungan karena menerima teori pembalasan yang mengakui adanya unsur pembalasan dalam hukum pidana, dan juga mengakui unsur prevensi dan perlindungan untuk memperbaiki penjahat.⁶³

Menurut Barda Nawawi Arief mengatakan bahwa pidana mengandung unsur-unsur atau ciri-ciri sebagai berikut :

- 1) Pidana itu pada hakekatnya merupakan suatu pengenaan penderitaan atau nestapa atau akibat-akibat lain yang tidak menyenangkan;
- 2) Pidana itu diberikan dengan sengaja oleh orang atau badan yang mempunyai kekuasaan (oleh yang berwenang);
- 3) Pidana itu dikenakan kepada seseorang yang telah melakukan tindak pidana menurut undang-undang.⁶⁴

Selanjutnya, menurut Dwifja Priyatno, pemberian pidana/ pembedaan yang merupakan penderitaan dapat dilakukan, tetapi tidak

⁶³ Ibid. hlm. 30,. Pada tahun 1886 lahir aliran modern yang di propagandakan oleh suatu organisasi yang dinamakan *Union Internationale de droit penal* (Organisasi Kriminologi Internasional) yang dipelopori tiga guru besar yakni, A. Prins (Brussel), G.A. van Hamel (Amsterdam) dan F. von Liszt (Marburg, Berlin) dengan mengemukakan:

1. Tujuan terpenting hukum pidana ialah memberantas kejahatan yang dianggap sebagai suatu gejala masyarakat.
2. Ilmu hukum pidana dan perundang-undangan pidana oleh karena itu harus memperhatikan hasil studi antropologis dan sosiologis.
3. Pidana ialah satu dari sarana yang paling aktif, yang dapat dipergunakan pemerintah untuk memberantas kejahatan. Pidana bukanlah sarana satu- satunya. Jadi, pidana tidak boleh dipergunakan tersendiri, akan tetapi sebaliknya harus dipergunakan dalam kombinasi dengan upaya sosial lainnya, khususnya dalam kombinasi dengan upaya preventif.

⁶⁴ Barda Nawawi Arief, 2002, *Perbandingan Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 4

merupakan keharusan/ kebutuhan, karena pemidanaan dapat dilaksanakan tanpa penderitaan. Atas dasar itu harus dibedakan:

- a. Penderitaan yang sengaja dituju oleh pemberi pidana;
- b. Penderitaan yang oleh sipemberi pidana dipertimbangkan tidak dapat dihindari (efek sampingan yang sudah diketahui); dan
- c. Penderitaan yang tidak sengaja di tuju (efek sampingan yang tidak diketahui)⁶⁵

Dwidja Prayitno berpendapat bahwa pemberian pidana tidak selamanya berupa penderitaan, tetapi juga dapat dilaksanakan tanpa penderitaan.

Dewasa ini tindakan terhadap penerapan sanksi pidana telah mengalami reformasi, yaitu lebih manusiawi dan rasional, karena penerapan sanksi pidana tidak hanya melulu sebagai penjeraan (*deterrent*) bagi pelanggar hukum dan calon pelanggar hukum, tetapi juga merupakan perlindungan kepada masyarakat, perbaikan (reformasi) bagi pelaku, dengan kata lain tujuan pemberian sanksi pidana bukan hanya penjeraan, tetapi justru yang lebih utama adalah mencari alternatif solusi yang tidak bersifat pemidanaan dalam membina para pelanggar hukum.

Pemberantasan tindak pidana perdagangan orang merupakan salah satu tujuan dari hukum pidana, yaitu memberikan perlindungan kepada masyarakat yang sesuai dengan cita-cita bangsa Indonesia dimana negara dan pemerintah harus melindungi segenap bangsa dan

⁶⁵ Dwidja Priyatno, 2005, Sistem Pelaksanaan Pidana Penjara di Indonesia, Refika Aditama, Bandung, hlm. 8.

tanah tumpah darah Indonesia, mencerdaskan bangsa, dan kesejahteraan umum.

Walaupun Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2007 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang sudah jauh lebih baik daripada yang diatur dalam KUHP, tetapi kenyataannya belum ada efek jera dari pelaku dan dalam prakteknya perbuatan tersebut masih banyak terjadi, bahkan dijadikan sebagai mata pencarian dan melibatkan jaringan kerja sindikat yang sulit diketahui dan diberantas secara tuntas.

Hukum banyak sekali seginya dan luas sekali cakupannya karena hukum mengatur semua bidang kehidupan masyarakat, tidak hanya masyarakat suatu bangsa tetapi juga masyarakat dunia yang selalu mengalami perkembangan dan perubahan terus menerus. Perkembangan sejarah kehidupan umat manusia senantiasa menyebabkan terjadinya perubahan tentang apa yang di maksud dengan hukum dari masa kemasa, sebelum manusia mengenal Undang-Undang hukum identik dengan kebiasaan dan tradisi yang menjadi pedoman dalam kehidupan.⁶⁶ Pertanyaan tentang apa itu hukum merupakan pertanyaan yang memiliki jawaban yang lebih dari satu sesuai dengan pendekatan apa yang dipakai oleh karna itu hukum pada hakekatnya bersifat abstrak.⁶⁷

Terlepas dari penyebab intern, yaitu keabstrakan hukum dan keinginan hukum untuk mengatur hampir seluruh kehidupan manusia, kesulitan pendefinisian juga bisa timbul dari faktor eksteren hukum, yaitu

⁶⁶ Ahmad Ali, 2008, *Menguak Tabir Hukum*, Jakarta, Ghalia Indonesia, Hlm. 12.

⁶⁷ *Ibid.*

faktor bahasa itu sendiri. Jangankan hukum yang memang bersifat abstrak sesuatu yang konkritpun sering sulit untuk di defenisikan.

Hukum dapat didefenisikan dengan memilih satu dari 5 kemungkinan di bawah ini yaitu :⁶⁸

- a) Sesuai sifat-sifatnya yang mendasar, logis, relijius, atau pun etis.
- b) Menurut sumbernya, yaitu Undang-Undang.
- c) Menurut efeknya di dalam kehidupan masyarakat.
- d) Menurut metode pernyataan formalnya atau pelaksanaan otoritasnya.
- e) Menurut tujuan yang ingin di capainya.

Berikut akan disebutkan beberapa defenisi hukum menurut para pakar : ⁶⁹

- a) Ceorg Frenzel yang berpaham sosiologi, “hukum hanya merupakan suatu
- b) *rechtgewohnheiten*.”
- c) Holmes yang berpaham realis, hukum adalah apa yang diramalkan akan diputuskan oleh pengadilan.
- d) Paul Bohannon yang berpaham antropologis, hukum merupakan himpunan kewajiban yang telah di lembagakan dalam pranata hukum.
- e) Karl Von Savigni yang berpaham Historis, keseluruhan hukum

⁶⁸ Riduan Syahrani, 2009, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, hal. 18

⁶⁹ *Ibid*.

sungguh-sungguh terbentuk melalui kebiasaan dan perasaan kerakyatan yaitu melalui pengoperasian kekuasaan secara diam-diam.

- f) Emmanuel Kant yang berpaham hukum alam, hukum adalah keseluruhan kondisi-kondisi dimana terjadi kombinasi antara keinginan pribadi seseorang dengan keinginan pribadi orang lain sesuai dengan hukum umum tentang kemerdekaan.
- g) Hans Kelsen yang berpaham positivis, hukum adalah suatu perintah memaksa terhadap tingkah laku manusia.

Dengan demikian beberapa rumusan definisi diatas yang dibuat oleh para ahli untuk melukiskan apa yang dimaksud dengan hukum. Selain itu masih banyak lagi definisi-definisi hukum yang berbeda beda akan tetapi kalau diperhatikan definisi-definisi atau pengertian-pengertian hukum tersebut, satu hal adalah pasti bahwa hukum itu berhubungan dengan manusia dalam masyarakat.⁷⁰

Dalam merumuskan apa yang menjadi tujuan hukum, para ahli mengemukakan pendapat yang berbeda beda, yang akan diuraikan beberapa di antaranya di bawah ini:⁷¹

- a. Menurut teori etis, hukum hanya semata mata bertujuan mewujudkan keadilan. Teori ini pertama kali dikemukakan oleh filosof Yunani, Aristoteles dalam karyanya *Ethica Nicomachea* dan *Rhetorika* yang menyatakan bahwa hukum mempunyai

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Salim, 2010, *Pengembangan Teori dalam Ilmu Hukum*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, Hal. 46.

tugas yang suci yaitu memberi kepada setiap orang yang ia berhak menerimanya.

- b. Menurut teori utilities, teori ini diajarkan oleh Jeremy Bentham bahwa hukum bertujuan mewujudkan semata-mata apa yang berfaedah saja. Pendapat ini di titikberatkan pada hal-hal yang berfaedah bagi orang banyak dan bersifat umum tanpa memperhatikan soal keadilan. Menurut Bentham hakikat kebahagiaan adalah kenikmatan dan kehidupan yang bebas dari kesengsaraan, karenanya maksud manusia melakukan tindakan adalah untuk mendapatkan kebahagiaan yang sebesar-besarnya dan mengurangi penderitaan. Baik buruknya tindakan diukur dari baik buruknya akibat yang di hasilkan tindakan itu. Suatu tindakan dinilai baik jika tindakan itu menghasilkan kebaikan sebaliknya, dinilai buruk jika mengakibatkan keburukan (kerugian).
- c. Teori yuridis dogmatik adalah teori yang bersumber dari pemikiran positivitis di dunia hukum yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom dan mandiri karena hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini, hanyalah sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum, kepastian hukum itu di wujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum. Menurut penganut teori ini, meskipun aturan hukum atau penerapan hukum terasa

tidak adil dan tidak memberikan manfaat yang besar bagi mayoritas anggota masyarakat, hal itu tidak menjadi soal, asalkan kepastian hukum dapat terwujud.

2. Konsep Kebijakan Hukum Pidana

Istilah kebijakan berasal dari bahasa Inggris yakni *Policy* atau dalam bahasa Belanda *Politiek* yang secara umum dapat diartikan sebagai prinsip-prinsip umum yang berfungsi untuk mengarahkan pemerintah (dalam arti luas termasuk pula aparat penegak hukum dalam mengelola, mengatur, atau menyelesaikan urusan-urusan publik, masalah-masalah masyarakat atau bidang-bidang penyusunan peraturan perundang-undangan dan pengaplikasian hukum/peraturan, dengan tujuan (umum) yang mengarah pada upaya mewujudkan kesejahteraan atau kemakmuran masyarakat (warga negara).⁷²

Bertolak dari kedua istilah asing tersebut, maka istilah kebijakan hukum pidana dapat pula disebut dengan istilah politik hukum pidana. Dalam kepustakaan asing istilah politik hukum pidana ini sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain *penal policy*, *criminal law policy* atau *staatrechtspolitik*.⁷³

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia memberikan arti terhadap istilah politik dalam 3 (tiga) batasan pengertian, yaitu : ⁷⁴

⁷² Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti Bandung, 2010, hlm, 23-24.

⁷³ Aloysius Wisnubroto, *Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Penyalahgunaan Komputer*, Universitas Atmajaya, Yogyakarta, 1999, hlm, 10.

⁷⁴ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1998, hlm, 780.

1. Pengetahuan mengenai ketatanegaraan (seperti sistem pemerintahan, dasar-dasar pemerintahan)
2. Segala urusan dan tindakan (kebijakan, siasat dan sebagainya);
3. Cara bertindak (dalam menghadapi atau menangani suatu masalah) kebijakan.

Mengkaji politik hukum pidana akan terkait dengan politik hukum. Politik hukum terdiri atas rangkaian kata politik dan hukum. Menurut Sudarto, istilah politik dipakai dalam berbagai arti, yaitu : ⁷⁵

1. Perkataan *politiek* dalam bahasa Belanda, berarti sesuatu yang berhubungan dengan negara;
2. Berarti membicarakan masalah kenegaraan atau berhubungan dengan negara.

Selanjutnya, definisi politik hukum menurut Bellefroid, sebagai berikut: ⁷⁶ Politik hukum merupakan cabang dari salah satu cabang (bagian) dari ilmu hukum yang menyatakan politik hukum bertugas untuk meneliti perubahan-perubahan mana yang perlu diadakan, terhadap hukum yang ada atas memenuhi kebutuhan-kebutuhan baru di dalam kehidupan masyarakat. Politik hukum tersebut merumuskan arah perkembangan tertib hukum, dari *ius contitutum* yang telah ditentukan oleh kerangka landasan hukum yang dahulu, maka politik hukum berusaha

⁷⁵ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana: Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm. 11.

⁷⁶ Bellefroid dalam Moempoeni Martojo, *Politik Hukum dalam Sketsa*, Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 2000, hlm. 35.

untuk menyusun *Ius constituendum* atau hukum pada masa yang akan datang.

Menurut Utrecht, politik hukum menyelidiki perubahan-perubahan apa yang harus diadakan dalam hukum yang sekarang berlaku supaya sesuai dengan kenyataan sosial. Politik hukum membuat suatu *Ius constituendum* (hukum yang akan berlaku) dan berusaha agar *Ius constituendum* itu pada suatu hari berlaku sebagai *Ius constitutum* (hukum yang berlaku yang baru).⁷⁷

Sacipto Rahardjo, mengemukakan bahwa politik hukum adalah aktivitas memilih dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat. Secara substansial politik hukum diarahkan pada hukum yang seharusnya berlaku (*Ius constituendum*). Sedangkan pengertian Politik hukum menurut Muchtar Kusumatmadja, adalah kebijakan hukum dan perundang-undangan dalam rangka pembaruan hukum. Proses pembentukan hukum harus dapat menampung semua hal yang relevan dengan bidang atau masalah yang hendak diatur dalam undang-undang itu, apabila perundang-undangan itu merupakan suatu pengaturan hukum yang efektif.

Menurut Padmo Wahjono, Politik hukum adalah kebijakan penyelenggara negara yang bersifat mendasar dalam menentukan arah, bentuk maupun isi dari hukum yang akan dibentuk dan tentang apa yang dijadikan kriteria untuk menghukum sesuatu, dengan kata lain politik

⁷⁷ Abdul Latif dan Hasbi Ali, *Politik Hukum*, PT. Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 22-23

hukum berkaitan dengan hukum yang berlaku di masa mendatang (*ius constituendum*).

Teuku Mohammad Radie, mengemukakan politik hukum sebagai suatu pernyataan kehendak penguasa negara mengenai hukum yang berlaku di wilayahnya, dan mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun. Pernyataan hukum yang berlaku di wilayahnya mengandung pengertian hukum yang berlaku pada saat ini (*ius constitutum*), dan mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun, mengandung pengertian hukum yang berlaku di masa datang (*ius constituendum*)⁷⁸

Menurut Garda Nusantara, Politik hukum meliputi :⁷⁹

1. Pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada secara konsisten;
2. Pembangunan hukum yang intinya adalah pembaruan terhadap ketentuan hukum yang telah ada dan dianggap usang dan penciptaan ketentuan hukum baru yang diperlukan untuk memenuhi tuntutan perkembangan yang terjadi dalam masyarakat;
3. Penegasan kembali fungsi lembaga penegak atau pelaksana hukum dan pembinaan anggotanya;
4. Meningkatkan kesadaran hukum masyarakat menurut persepsi kelompok elit pengambil kebijakan.

⁷⁸ *Ibid*

⁷⁹ *Ibid*

Dengan demikian, kebijakan hukum pidana dapat diartikan dengan cara bertindak atau kebijakan dari negara (pemerintah) untuk menggunakan hukum pidana dalam mencapai tujuan tertentu, terutama dalam menanggulangi kejahatan, memang perlu diakui bahwa banyak cara maupun usaha yang dapat dilakukan oleh setiap negara (pemerintah) dalam menanggulangi kejahatan. Salah satu upaya untuk dapat menanggulangi kejahatan, diantaranya melalui suatu kebijakan hukum pidana atau politik hukum pidana.

Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum pidana maupun politik kriminal. Menurut Sudarto, politik hukum adalah:

1. Usaha untuk mewujudkan peraturan perundang-undangan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat;
2. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.

Selanjutnya, Sudarto menyatakan bahwa melaksanakan politik hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Politik hukum pidana berarti usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang. Kata

sesuai dalam pengertian tersebut mengandung makna baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna.⁸⁰

Menurut Marc Ancel, pengertian *penal policy* (Kebijakan Hukum Pidana) adalah 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 pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.⁸¹

Politik hukum pidana diartikan juga sebagai kebijakan menyeleksi atau melakukan kriminalisasi dan dekriminalisasi terhadap suatu perbuatan. Disini tersangkut persoalan pilihan-pilihan terhadap suatu perbuatan yang dirumuskan sebagai tindak pidana atau bukan, serta menyeleksi diantara berbagai alternatif yang ada mengenai apa yang menjadi tujuan sistem hukum pidana pada masa mendatang. Oleh karena itu, dengan politik hukum pidana, negara diberikan kewenangan merumuskan atau menentukan suatu perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai tindak pidana, dan kemudian dapat menggunakannya sebagai tindakan represif terhadap setiap orang yang melanggarnya. Inilah salah satu fungsi penting hukum pidana, yakni memberikan dasar legitimasi bagi tindakan yang represif negara terhadap seseorang atau kelompok orang yang melakukan perbuatan yang dirumuskan sebagai tindak pidana.

⁸⁰ Aloysius Wisnubroto, *Hakim dan Peradilan di Indonesia: Dalam Beberapa Aspek Kajian*, Universitas Atmajaya Yogyakarta, Yogyakarta, 1997, hlm. 11.

⁸¹ Barda Nawawi Arief, *op cit*, hlm. 23.

Politik hukum pidana pada dasarnya merupakan aktivitas yang menyangkut proses menentukan tujuan dan cara melaksanakan tujuan tersebut. Terkait proses pengambilan keputusan atau pemilihan melalui seleksi di antara berbagai alternatif yang ada mengenai apa yang menjadi tujuan sistem hukum pidana mendatang. Dalam rangka pengambilan keputusan dan pilihan tersebut, disusun berbagai kebijakan yang berorientasi pada berbagai masalah pokok dalam hukum pidana (perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan atau pertanggung jawaban pidana dan berbagai alternatif sanksi baik yang merupakan pidana maupun tindakan).

Dalam hal mencapai tujuan tertentu hukum pidana tidak dapat bekerja sendiri, tetapi perlu melibatkan sarana-sarana lainnya yang mendukung, yakni tahapan kebijakan hukum pidana, dalam mengoperasionalkan hukum pidana, melalui tahap formulasi kebijakan legislatif atau pembuatan peraturan perundang-undangan, tahap perencanaan yang seharusnya memuat tentang hal-hal apa saja yang akan dilakukan, dalam menghadapi persoalan tertentu di bidang hukum pidana, dan kejahatan yang terjadi selalu berorientasi pada kebijakan penanggulangan kejahatan terpadu, sebagai upaya yang rasional guna pencapaian kesejahteraan masyarakat dan sekaligus perlindungan masyarakat.

Dari definisi tentang kebijakan hukum pidana yang telah diuraikan sebelumnya, sekilas tampak bahwa kebijakan hukum pidana identik

dengan pembaharuan perundang-undangan hukum pidana yaitu substansi hukum, bahkan sebenarnya ruang lingkup kebijakan hukum pidana lebih luas daripada pembaharuan hukum pidana. Hal ini disebabkan karena kebijakan hukum pidana dilaksanakan melalui tahap-tahap konkretisasi/ operasionalisasi/ fungsionalisasi hukum pidana yang terdiri dari:

1. Kebijakan formatif/legislatif, yaitu tahap perumusan/ penyusunan hukum pidana;
2. Kebijakan aplikatif/yudikatif, yaitu tahap penerapan hukum pidana;
3. Kebijakan administratif/eksekutif, yaitu tahap pelaksanaan hukum pidana.

Kebijakan hukum pidana tidak dapat dipisahkan dari sistem hukum pidana. Dalam hal ini, Marc Ancel menyatakan bahwa setiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan hukum pidana beserta sanksinya, suatu prosedur hukum pidana dan suatu mekanisme pelaksanaan pidana.

Selanjutnya, A. Mulder mengemukakan bahwa kebijakan hukum pidana ialah garis kebijakan untuk menentukan : ⁸²

1. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbaharui;
2. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana;

⁸² Aloysius Wisnubroto, *op cit*, hlm .12.

3. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

Dengan demikian kebijakan hukum pidana berkaitan dengan proses penegakan hukum (pidana) secara menyeluruh. Oleh sebab itu, kebijakan hukum pidana diarahkan pada konkretisasi / operasionalisasi / fungsionalisasi hukum pidana material (substansial), hukum pidana formal (hukum acara pidana) dan hukum pelaksanaan pidana. Selanjutnya kebijakan hukum pidana dapat dikaitkan dengan tindakan-tindakan:

1. Bagaimana upaya pemerintah untuk menanggulangi kejahatan dengan hukum pidana;
2. Bagaimana merumuskan hukum pidana agar sesuai dengan kondisi masyarakat;
3. Bagaimana kebijakan pemerintah untuk mengatur masyarakat dengan hukum pidana;
4. Bagaimana menggunakan hukum pidana untuk mengatur masyarakat dalam rangka mencapai tujuan yang lebih besar.

Penggunaan hukum pidana dalam mengatur masyarakat (lewat peraturan perundang-undangan) pada hakekatnya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan (*policy*). Operasionalisasi kebijakan hukum pidana dengan sarana penal (pidana) dapat dilakukan melalui proses yang terdiri atas tiga tahap, yakni:

1. Tahap formulasi (kebijakan legislatif);
2. Tahap aplikasi (kebijakan yudikatif/yudisial);

3. Tahap eksekusi (kebijakan eksekutif/administratif).

Berdasarkan hal di atas, kebijakan hukum pidana terkandung di dalamnya tiga kekuasaan/kewenangan, yaitu kekuasaan legislatif/formulatif berwenang dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana yang berorientasi pada permasalahan pokok dalam hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan/ pertanggungjawaban pidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan oleh pembuat undang-undang. Tahap aplikasi merupakan kekuasaan dalam hal menerapkan hukum pidana oleh aparat penegak hukum atau pengadilan, dan tahapan eksekutif/administratif dalam melaksanakan hukum pidana oleh aparat pelaksana/eksekusi pidana.

Dilihat dari perspektif hukum pidana, maka kebijakan formulasi harus memperhatikan harmonisasi internal dengan sistem hukum pidana atau aturan pembedaan umum yang berlaku saat ini. Tidaklah dapat dikatakan terjadi harmonisasi/sinkronisasi apabila kebijakan formulasi berada diluar sistem hukum pidana yang berlaku saat ini. Kebijakan formulasi merupakan tahapan yang paling strategis dari *penal policy* karena pada tahapan tersebut legislatif berwenang dalam hal menetapkan atau merumuskan perbuatan apa yang dapat dipidana yang berorientasi pada permasalahan pokok hukum pidana meliputi perbuatan yang bersifat melawan hukum, kesalahan, pertanggung jawaban pidana dan sanksi apa yang dapat dikenakan. Oleh karena itu, upaya penanggulangan kejahatan

bukan hanya tugas aparat penegak hukum tetapi juga tugas aparat pembuat undang-undang (aparatur legislatif).

Perencanaan (*planning*) pada tahapan formulasi pada intinya, menurut Nils Jareborg mencakup tiga masalah pokok struktur hukum pidana, yaitu: ⁸³

1. Perumusan tindak pidana/kriminalisasi dan pidana yang diancamkan (*criminalisation and threatened punishment*);
2. Pemidanaan (*adjudication of punishment sentencing*);
3. Pelaksanaan pidana (*execution of punishment*).

Berkaitan dengan kebijakan kriminalisasi, menurut Sudarto bahwa perlu diperhatikan hal-hal yang intinya sebagai berikut:

1. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil makmur yang merata materiil dan spritual berdasarkan dengan Pancasila; sehubungan dengan ini (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;
2. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiil dan sprituil) atas warga masyarakat.

⁸³ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Politik Hukum Pidana: Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005, hlm. 51.

3. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*);
4. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum yaitu jaringan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*).

Sejalan dengan yang dikemukakan Sudarto di atas, menurut Bassiouni bahwa keputusan untuk melakukan kriminalisasi dan dekriminilisasi harus didasarkan pada faktor-faktor kebijakan tertentu yang mempertimbangkan bermacam-macam faktor, termasuk: ⁸⁴

1. Keseimbangan sarana-sarana yang digunakan dalam hubungannya dengan hasil-hasil yang ingin dicapai;
2. Analisis biaya terhadap hasil-hasil yang diperoleh dalam hubungannya dengan tujuan-tujuan yang dicari;
3. Penilaian atau penafsiran tujuan-tujuan yang dicari itu dalam kaitannya dengan prioritas-prioritas lainnya dalam pengalokasian sumber-sumber tenaga manusia;
4. Pengaruh sosial dari kriminalisasi dan dekriminilisasi yang berkenaan dengan atau dipandang dari pengaruh-pengaruh yang sekunder.

Hal lain yang diperlu dikemukakan dari pendekatan kebijakan adalah yang berkaitan dengan nilai-nilai yang ingin dicapai atau dilindungi oleh hukum pidana. Menurut Bassiouni, tujuan-tujuan yang ingin dicapai

⁸⁴ *Ibid*

oleh pidana pada umumnya terwujud dalam kepentingan-kepentingan sosial yang mengandung nilai-nilai tertentu yang perlu dilindungi.

Kepentingan-kepentingan sosial tersebut adalah :

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

Berdasarkan pertimbangan di atas, dapat disimpulkan bahwa syarat kriminalisasi pada umumnya adalah :

1. Adanya korban;
2. Kriminalisasi bukan semata-mata ditujukan untuk pembalasan;
3. Harus berdasarkan asas *ratio-principle*; dan
4. Adanya kesepakatan sosial (*public support*).

Selanjutnya, untuk merumuskan suatu perbuatan menjadi perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana, harus mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut :

1. Perbuatan tersebut haruslah benar-benar perbuatan yang jahat atau tidak dikehendaki oleh masyarakat atau merugikan

masyarakat. Dengan kata lain jahat berarti merugikan atau menyerang kepentingan hukum (baik kepentingan hukum individu, masyarakat maupun kepentingan hukum negara);

2. Diperhatikan pula kesiapan aparat penegak hukum dalam menegakkan hukum pidana itu nantinya, baik itu kesiapan secara kualitatif yang menyangkut profesionalisme aparat, maupun dari segi kuantitatif, yakni apakah seimbang dengan kuantitas aparat sehingga tidak menjadi beban baginya;
3. Diperhatikan pula *cost and benefit principle*, artinya biaya pembuatan suatu peraturan pidana harus benar-benar diperhitungkan apakah sudah sesuai dengan tujuan dibentuknya peraturan pidana, atau apakah sudah tersedia biaya yang memadai dalam penegakan hukum itu nantinya, sebab ketidaksiapan biaya penegakan hukum (termasuk pengadaan sarana dan prasarannya) justru akan menyakiti masyarakat.

Kebijakan hukum pidana berkaitan dengan masalah kriminalisasi yaitu perbuatan apa yang dijadikan tindak pidana dan *penalisasi* yaitu sanksi apa yang sebaiknya dikenakan pada si pelaku tindak pidana. Kriminalisasi dan *penalisasi* menjadi masalah sentral yang untuk penanganannya diperlukan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*). Kriminalisasi (*criminalisation*) mencakup lingkup perbuatan melawan hukum (*actus reus*), pertanggungjawaban pidana (*mens rea*) maupun sanksi yang dapat dijatuhkan baik berupa

pidana (*punishment*) maupun tindakan (*treatment*). Kriminalisasi harus dilakukan secara hati-hati, jangan sampai menimbulkan kesan represif yang melanggar prinsip *ultimum remedium* (*ultima ratio principle*) dan menjadi bumerang dalam kehidupan sosial berupa kriminalisasi yang berlebihan (*oever criminalisation*), yang justru mengurangi wibawa hukum. Kriminalisasi dalam hukum pidana materiil akan diikuti pula oleh langkah-langkah pragmatis dalam hukum pidana formil untuk kepentingan penyidikan dan penuntutan.

Pada tahap selanjutnya, hukum yang telah dipilih sebagai sarana untuk mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang berwujud peraturan perundang-undangan melalui aparaturnegara, maka perlu ditindak lanjuti usaha pelaksanaan hukum itu secara baik sesuai dengan ketentuan yang telah ditetapkan. Pada tahap ini termasuk ke dalam bidang penegakan hukum, dalam hal ini perlu diperhatikan komponen-komponen yang terdapat dalam sistem hukum yaitu struktur, substansi dan kultur.

Istilah penegakan dalam bahasa Inggris dikenal dengan istilah *enforcement* dalam *Black law dictionary* diartikan *the act of putting something such as a law into effect, the execution of a law*. Sedangkan penegak hukum (*law enforcement officer*) artinya adalah *those whose duty it is to preserve the peace*. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, penegak adalah yang mendirikan, menegakkan. Penegak hukum adalah yang menegakkan hukum, dalam arti sempit hanya berarti polisi dan jaksa

yang kemudian diperluas sehingga mencakup pula hakim, pengacara dan lembaga pemasyarakatan.

Sudarto memberi arti penegakan hukum adalah perhatian dan penggarapan, baik perbuatan-perbuatan yang melawan hukum yang sungguh-sungguh terjadi (*onrecht in actu*) maupun perbuatan melawan hukum yang mungkin akan terjadi (*onrecht in potentie*). Sedangkan menurut Soerjono Soekanto, secara konsepsional, maka inti dari penegakan hukum terletak pada kegiatan menyasraskan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantah dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.

Josep Golstein, membedakan penegakan hukum pidana menjadi 3 bagian, yaitu: ⁸⁵

1. *Total enforcement*, yakni ruang lingkup penegakan hukum pidana sebagaimana yang dirumuskan oleh hukum pidana substantif (*substantive law of crime*). Penegakan hukum pidana secara total ini tidak mungkin dilakukan sebab para penegak hukum dibatasi secara ketat oleh hukum acara pidana yang antara lain mencakup aturan-aturan penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan dan pemeriksaan pendahuluan. Disamping itu, mungkin terjadi hukum pidana substantif sendiri memberikan batasan-batasan, misalnya dibutuhkan aduan

⁸⁵ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, UNDIP, Semarang, 1995, hlm. 40.

terlebih dahulu sebagai syarat penuntutan pada delik-delik aduan (*klacht delicten*). Ruang lingkup yang dibatasi ini disebut sebagai *area of no enforcement*;

2. *Full enforcement*, setelah ruang lingkup penegakan hukum pidana yang bersifat total tersebut dikurangi *area of no enforcement* dalam penegakan hukum ini para penegak hukum diharapkan penegakan hukum secara maksimal;
3. *Actual enforcement*, dianggap *not a realistic expectation*, sebab adanya keterbatasan-keterbatasan dalam bentuk waktu, personil, alat-alat investigasi, dana dan sebagainya, yang kesemuanya mengakibatkan keharusan dilakukannya *discretion* dan sisanya inilah yang disebut dengan *actual enforcement*.

Sebagai suatu proses yang bersifat sistemik, maka penegakan hukum pidana menampakkan diri sebagai penerapan hukum pidana (*criminal law application*) yang melibatkan berbagai sub-sistem struktural berupa aparat kepolisian, Kejaksaan, pengadilan dan masyarakat. Termasuk di dalamnya tentu saja lembaga penasehat hukum. Dalam hal ini penerapan hukum haruslah dipandang dari 3 dimensi, yaitu:

1. Penerapan hukum dipandang sebagai sistem normatif (*normative system*) yaitu penerapan keseluruhan aturan hukum yang menggambarkan nilai-nilai sosial yang di dukung oleh sanksi pidana;
2. Penerapan hukum dipandang sebagai sistem administratif (*administrative system*) yang mencakup interaksi antara

pelbagai aparaturnya penegak hukum yang merupakan sub-sistem peradilan di atas;

3. Penerapan hukum pidana merupakan sistem sosial (*social system*), dalam arti bahwa dalam mendefinisikan tindak pidana harus pula diperhitungkan pelbagai perspektif pemikiran yang ada dalam lapisan masyarakat. Sehubungan dengan pelbagai dimensi di atas dapat dikatakan bahwa sebenarnya hasil penerapan hukum pidana harus menggambarkan keseluruhan hasil interaksi antara hukum, praktek administratif dan pelaku sosial.

Jadi, kebijakan hukum pidana (*penal policy*) operasionalisasinya melalui beberapa tahap yaitu tahap formulasi (kebijakan legislatif), tahap aplikasi (kebijakan yudikatif) dan tahap eksekusi (kebijakan eksekusi/administrasi). Dari ketiga tahap tersebut, tahap formulasi merupakan tahap yang paling strategis dari upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan melalui kebijakan hukum pidana. Kesalahan/kelemahan kebijakan legislatif merupakan kesalahan strategis yang dapat menjadi penghambat upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan pada tahap aplikasi dan eksekusi.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa suatu politik kriminal dengan menggunakan kebijakan hukum pidana harus merupakan suatu usaha atau langkah-langkah yang dibuat dengan sengaja dan sadar dalam memilih dan menetapkan hukum pidana sebagai sarana untuk menanggulangi kejahatan harus benar-benar telah memperhitungkan

semua faktor yang dapat mendukung berfungsinya atau bekerjanya hukum pidana itu dalam kenyataannya. Jadi diperlukan pula pendekatan yang fungsional dan merupakan pendekatan yang *inheren* pada setiap kebijakan yang rasional.

Menurut para ahli bahwa hukum adalah suatu kaidah yang bersifat memaksa dan apabila ada orang melanggar kaidah itu diancam dengan sanksi yang tegas dan nyata.⁸⁶ Hukum pidana adalah bagian daripada keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara. Menurut Moeljatno, hukum pidana mengadakan dasar-dasar dan aturan untuk :

1. Menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dengan disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut.
2. Menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan.
3. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.⁸⁷

Rumusan di atas agak panjang dan memerlukan sekedar penjelasan sebagai berikut :

⁸⁶ Suharto, *Hukum Pidana Materiil, Unsur-unsur Objektif sebagai Dasar Dakwaan*, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, 1991, hlm. 3.

⁸⁷ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2002, hlm. 1-2.

1. Hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara.
2. Perbuatan yang oleh hukum pidana dilarang dan diancam dengan pidana, (kepada barang siapa yang melanggar larangan tersebut) untuk singkatnya kita menamakan perbuatan pidana atau delik.⁸⁸
3. Tentang Penentuan Perbuatan mana yang dipandang sebagai perbuatan pidana, kita menganut asas yang dinamakan asas legalitas (*principle of legality*), yakni asas yang menentukan bahwa tiap-tiap perbuatan pidana harus ditentukan sebagai demikian oleh suatu aturan Undang-undang (Pasal 1 ayat 1 KUHP).
4. Hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu Negara.
5. Perbuatan yang oleh hukum pidana dilarang dan diancam dengan pidana, (kepada barang siapa yang melanggar larangan tersebut) untuk singkatnya kita menamakan perbuatan pidana atau delik.
6. Tentang Penentuan Perbuatan mana yang dipandang sebagai perbuatan pidana, kita menganut asas yang dinamakan asas legalitas (*principle of legality*), yakni asas yang menentukan bahwa tiap-tiap perbuatan pidana harus ditentukan sebagai

⁸⁸ Ibid, hlm. 2.

demikian oleh suatu aturan Undang-undang (Pasal 1 ayat 1 KUHP).

7. Barang siapa melakukan perbuatan pidana diancam dengan pidana. Akan tetapi ini belum berarti bahwa tiap-tiap orang yang melakukan perbuatan tersebut lalu mesti dipidana. Sebab untuk memidana seseorang disamping melakukan perbuatan yang dilarang dikenal asas yang berbunyi : "*Geen Straf Zonder Schuld*". Belanda : "*Keine Straf Ohne Schuld*", dalam hukum pidana Jerman asas ini dikenal dalam bahasa Latin yang berbunyi : *Actus non Facit, Nisi Mens sit rea. (An Act does not make a person guilty, unless the mind is guilty)*. Asas tersebut tidak kita dapati dalam KUHP sebagaimana halnya dengan asas legalitas.⁸⁹

Hal-hal atau keadaan yang dapat mengakibatkan seseorang yang telah melakukan perbuatan pidana tidak dapat dipidana dapat terletak pada orangnya sendiri yang diatur dalam Pasal 44 KUHP (karena tidak mampu bertanggung jawab yang disebabkan karena jiwanya terganggu oleh suatu penyakit atau karena pertumbuhan jiwa yang tidak sempurna / cacat dalam tubuhnya).

Pada dasarnya hukum pidana berpangkal pada dua hal yaitu:

1. Perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu

⁸⁹ Moeljatno, *op. cit*, hlm. 5.

Dengan “perbuatan yang memenuhi syarat-syarat”, tersebut dimaksudkan perbuatan yang dilakukan oleh orang yang memungkinkan adanya pemberian pidana. Perbuatan seperti itu dapat disebut sebagai “perbuatan pidana” atau juga dapat disebut sebagai “perbuatan jahat” (*verbrechen* atau istilah dalam bahasa Inggris sebagai *crime*), oleh karena dalam “perbuatan” ini harus ada orang yang melakukannya, maka persoalan tentang perbuatan tertentu tersebut dapat dijabarkan menjadi dua persoalan yaitu perbuatan yang dilarang dan orang yang melanggar larangan itu.

2. Pidana

Pidana adalah penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu.⁹⁰ Ada tiga pengertian dasar dalam hukum pidana :

- 1) Sifat melawan hukum
- 2) Kesalahan (*schuld*)
- 3) Pidana (*stafe*).⁹¹

Dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum. Jadi meskipun perbuatannya memenuhi rumusan delik dalam undang- undang dan tidak dibenarkan, namun hal tersebut belum memenuhi syarat untuk penjatuhan pidana. Untuk pembedaan masih perlu adanya syarat, bahwa orang yang melakukan perbuatan itu

⁹⁰ *Ibid*, hlm. 5.

⁹¹ Muladi dan Prijatno, *Pertanggungjawaban Korporasi dalam Hukum Pidana*, Sekolah Tinggi Hukum Bandung, Bandung, 1991, hlm. 56.

mempunyai kesalahan atau bersalah (*subjective guilt*). Dengan perkataan lain, orang tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya jika dilihat dari sudut perbuatannya, perbuatannya harus dapat dipertanggungkan kepada orang tersebut.⁹²

*There are five decision criteria used to determine if an incident involves aviolation of the criminal law. An exploration of these criteria will demonstrate the problems inherent in the legal scheme of crime classification. To be considered a crime, an act must: (1) be observable, (2) be a violation of either statute or case law, (3) have a prescribed punishment called for in law. Concerning the actor: (4) he or she must intend to commit a crime, (5) he or she must be acting without defense or justification.*⁹³

Ada lima kriteria keputusan yang digunakan untuk menentukan apakah suatu insiden melibatkan suatu pelanggaran hukum pidana. Eksplorasi kriteria ini akan menunjukkan masalah yang melekat dalam skema hukum dari klasifikasi kejahatan. Untuk dipertimbangkan sebagai suatu kejahatan, suatu perbuatan harus: patut diperhatikan, merupakan pelanggaran hukum baik undang-undang atau kasus, memiliki hukuman yang ditentukan dalam hukum. Mengenai aktor: maka dia harus mempunyai niat untuk melakukan kejahatan, ia harus bertindak tanpa pembelaan atau pembenaran. Meskipun kriteria ini mungkin tampak mudah, namun agak sulit dalam aplikasinya. Salah satunya yaitu karena dalam masyarakat, kita tidak dapat dituntut untuk apa yang kita pikirkan tetapi dapat dituntut hanya jika ada perbuatan yang terbukti melanggar hukum yang berlaku.

⁹² Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 85.

⁹³ James F. Gilsinan, *Criminology and Public Policy An Introduction*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1990, p. 20.

Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarang dan diancamnya perbuatan dengan suatu pidana. Apakah orang yang melakukan perbuatan kemudian juga dijatuhi pidana sebagaimana diancam, ini tergantung dari soal apakah dalam melakukan perbuatan ini dia mempunyai kesalahan. Sebab asas dalam pertanggungjawaban dalam hukum pidana ialah: Tidak dipidana jika tidak ada kesalahan (*Geen straf zonder schuld; actus non facit reum nisi mens sit rea*).

Asas ini tidak tersebut dalam KUHP tapi dalam kenyataannya juga berlaku di Indonesia. Untuk menjatuhkan pidana, dijumpai beberapa pendapat antara lain:

1. Vos menjelaskan bahwa tanpa sifat melawan hukumnya perbuatan tidaklah mungkin dipikirkan adanya kesalahan, namun sebaliknya sifat melawan hukumnya perbuatan mungkin ada tanpa adanya kesalahan.
2. Moeljatno menyatakan lebih baik dengan kalimat, bahwa orang tidak mungkin dipertanggungjawabkan (dijatuhi pidana) kalau dia tidak melakukan perbuatan pidana, tetapi meskipun melakukan perbuatan pidana tidak selalu dia dapat dipidana.
3. Jonkers di dalam keterangan tentang "*schuldbegrip*" membuat bagian atas tiga bagian dalam pengertian kesalahan yaitu :
 - a) Selain kesengajaan atau kealpaan (*opzet of schuld*);
 - b) Meliputi juga sifat melawan hukum (*de wederrechtelijkheid*);
 - c) Dan kemampuan bertanggung jawab (*de toerekenbaarheid*).

4. Pompe berpendapat bahwa pengertian kesalahan mempunyai tanda sebagai hal yang tercela (*verwijtbaarheid*) yang pada hakekatnya tidak mencegah (*vermijdbaarheid*) kelakuan yang bersifat melawan hukum (*der wederrechtelijke gedraging*).

3. Konsep Perlindungan Hukum

Perlindungan hukum dalam pandangan Philipus M. Hadjono dinyatakan sebagai sarana perlindungan hukum terbagi menjadi dua yaitu: sarana perlindungan hukum preventif dan sarana perlindungan hukum represif. Sarana perlindungan hukum preventif terutama erat kaitannya dengan azas *freis ermessen* sebagai bentuk perlindungan hukum secara umum, sedangkan sarana perlindungan hukum represif di Indonesia ditangani oleh badan-badan Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, Instansi pemerintah yang merupakan lembaga banding administrasi dan badan-badan khusus.⁹⁴ Sarana perlindungan hukum represif yang dilakukan oleh Pengadilan dalam bentuk penjatuhan pidana kepada pelaku. Salah satu tujuan penjatuhan pidana kepada pelaku menurut Andi Hamzah dan Sumangelipu adalah perlindungan terhadap umum (*protection of The Public*)⁹⁵ termasuk didalamnya perlindungan hukum terhadap korban.

Menurut Hulsman sebagaimana dikutip oleh Muladi, menyebutkan bahwa pada hakikatnya hukum pidana mempunyai dua tujuan utama

⁹⁴ Philipus M. Hadjon, *perlindungan Hukum Bagi Rakyat*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm. 10.

⁹⁵ Andi Hamzah dan Sumangelipu, *Hukum Pidana Mati di Indonesiadi Masa Lalu, Kini dan Masa Depan*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1985, hlm.15-16.

yakni untuk mempengaruhi tingkah laku dan untuk menyelesaikan konflik. Pidana disatu sisi tidak hanya dimaksudkan untuk memberikan penderitaan kepada pelanggar atau membuat jera, tapi disisi yang lain juga agar membuat pelanggar dapat kembali hidup bermasyarakat sebagaimana layaknya ⁹⁶. Sedangkan menurut Aruan Sakidjo dan Bambang Purnomo sebagaimana dikutip oleh Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, usaha hukum pidana untuk mencapai tujuannya itu tidaklah semata-mata dengan jalan menjatuhkan pidana (*straf*) yang dapat dirasakan sebagai *custodia honesta*, tetapi disamping itu juga dengan menggunakan tindakan-tindakan (*maatregel*) yang dapat dirasakan sebagai *nonscustodia*. Tindakan inipun merupakan suatu sanksi juga tetapi tidak ada sifat pembalasan padanya sehingga maksud mengadakan tindakan itu untuk menjaga keamanan pada masyarakat terhadap orang-orang atau anak-anak yang sedikit banyaknya berbahaya dan akan melakukan perbuatan-perbuatan pidana ⁹⁷. Tidak beda jauh dengan pendapat Wirjono Prodjodikoro bahwa tujuan hukum pidana adalah untuk memenuhi rasa keadilan, untuk menakut nakuti orang jangan sampai melakukan kejahatan, baik secara menakut-nakuti orang banyak (*generale preventie*), maupun secara menakut-nakuti orang tertentu yang sudah menjalankan kejahatan agar di kemudian hari tidak melakukan kejahatan lagi (*special preventie*), atau untuk mendidik atau memperbaiki orang-

⁹⁶ Ibid, hlm.12.

⁹⁷ Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, *Perlindungan Terhadap Korban Kekerasan Seksual (Advokasi atas Hak Asasi Perempuan)*, Refika Aditama, Bandung, 2001, hlm. 99.

orang yang sudah menandakan suka melakukan kejahatan, agar menjadi orang yang baik tabiatnya sehingga bermanfaat bagi masyarakat.⁹⁸

Jika dilihat dari tujuan hukum pidana menurut pendapat para ahli yang pada intinya adalah bersifat pengayoman pada masyarakat dan mengembalikan atau menyembuhkan pelaku atau pelanggar atau penjahat pada jalan yang benar (tidak bertentangan pada hukum yang berlaku), menurut Abdul Wahid dan Muhammad Irfan, hal ini dapat diartikan bahwa tujuan hukum pidana Indonesia juga melindungi korban suatu tindak kejahatan. Penghukuman yang dijatuhkan pada pelaku ini merupakan salah satu hak yang dapat dituntut oleh pihak korban. Korban yang sudah dirugikan secara fisik dan psikologis menuntut para penegak hukum untuk memberikan hukuman yang setimpal dengan perbuatan pelaku maka diperlukan penerapan sanksi sebagai bentuk perlindungan hukum terhadap korban. Mereka menyatakan dengan menerapkan sanksi hukum kepada pelaku maka secara tidak langsung hal itu merupakan suatu bentuk perhatian (perlindungan) secara hukum kepada korban kejahatan. Perlindungan hukum kepada perempuan yang menjadi korban kejahatan ini bukan hanya terbatas pada dihukumnya pelaku namun juga kepada akibat-akibat yang menimpanya.⁹⁹

4. Konsep Viktimologi

Viktimologi, berasal dari bahasa latin victima yang berarti korban dan logos yang berarti ilmu. Secara terminologis, viktimologi berarti suatu

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 99-100.

⁹⁹ *Ibid.*, hlm.96.

studi yang mempelajari tentang korban penyebab timbulnya korban dan akibatnya korban yang merupakan masalah manusia sebagai suatu kenyataan sosial.¹⁰⁰ Viktimologi merupakan suatu pengetahuan ilmiah/studi yang mempelajari suatu viktimalisasi (criminal) sebagai suatu permasalahan manusia yang merupakan suatu kenyataan sosial.¹⁰¹ Viktimologi merupakan istilah bahasa Inggris Victimology yang berasal dari bahasa latin yaitu “*Victima*” yang berarti korban dan “*logos*” yang berarti studi/ilmu pengetahuan.¹⁰² Pengertian viktimologi mengalami tiga fase perkembangan. Pada awalnya, viktimologi hanya mempelajari korban kejahatan saja. Pada fase ini dikatakan sebagai *penal or special victimology*. Pada fase kedua, viktimologi tidak hanya mengkaji masalah korban kejahatan saja tetapi meliputi korban kecelakaan. Pada fase ini disebut sebagai *general victimology*. Fase ketiga, viktimologi sudah berkembang lebih luas lagi yaitu mengkaji permasalahan korban penyalahgunaan kekuasaan dan hak-hak asasi manusia, pada fase ini dikatakan sebagai *new viktimologi*.¹⁰³

Menurut J.E.Sahetapy,¹⁰⁴ pengertian Viktimologi adalah ilmu atau disiplin yang membahas permasalahan korban dalam segala aspek, sedangkan menurut Arief Gosita Viktimologi adalah suatu bidang ilmu pengetahuan mengkaji semua aspek yang berkaitan dengan korban

¹⁰⁰ Rena Yulia, 2010, *Viktimologi Perlindungan Hukum Terhadap Korban Kejahatan*, Graha Ilmu, Yogyakarta, hlm 43.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Arif Gosita, *Op.Cit*, hlm 228.

¹⁰³ Rena Yulia, *Op.Cit*, hlm 72.

¹⁰⁴ J.E. Sahetapy, 1995, *Bunga Rampai Viktimisasi*, Eresco, Bandung, hlm 158.

dalam berbagai bidang kehidupan dan penghidupannya. Viktimologi memberikan pengertian yang lebih baik tentang korban kejahatan sebagai hasil perbuatan manusia yang menimbulkan penderitaan mental, fisik, dan sosial. Tujuannya adalah untuk memberikan penjelasan mengenai peran yang sesungguhnya para korban dan hubungan mereka dengan para korban serta memberikan keyakinan dan kesadaran bahwa setiap orang mempunyai hak mengetahui bahaya yang dihadapi berkaitan dengan lingkungannya, pekerjaannya, profesinya dan lain-lainnya. Pada saat berbicara tentang korban kejahatan, cara pandang kita tidak dilepaskan dari viktimologi. Melalui viktimologi dapat diketahui berbagai aspek yang berkaitan dengan korban, seperti : faktor penyebab munculnya kejahatan, bagaimana seseorang dapat menjadi korban, upaya mengurangi terjadinya korban kejahatan, hak dan kewajiban korban kejahatan.¹⁰⁵

Menurut kamus Crime Dictionary,¹⁰⁶ yang dikutip Bambang Waluyo: Victim adalah orang telah mendapatkan penderitaan fisik atau penderitaan mental, kerugian harta benda atau mengakibatkan mati atas perbuatan atau usaha pelanggaran ringan dilakukan oleh pelaku tindak pidana dan lainnya.

Selaras dengan pendapat di atas adalah Arief Gosita,¹⁰⁷ yang menyatakan bahwa yang dimaksud dengan korban adalah : Mereka yang

¹⁰⁵ Dikdik M. Arief Mansur, *Op.Cit*, hlm 33.

¹⁰⁶ Bambang Waluyo, 2011, *Viktimologi Perlindungan Hukum Terhadap Korban Kejahatan*, Sinar Grafika, hlm 9.

¹⁰⁷ Arif Gosita, *Op.Cit.*, hlm 173.

menderita jasmaniah dan rohaniah sebagai akibat tindakan orang lain yang mencari pemenuhan diri sendiri atau orang lain yang bertentangan dengan kepentingan dan hak asasi yang menderita.

Viktimologi meneliti topik-topik tentang korban, seperti peranan korban pada terjadinya tindak pidana, hubungan antara pelaku dengan korban, rentannya posisi korban dan peranan korban dalam sistem peradilan pidana.¹⁰⁸ Menurut J. E. Sahetapy, ruang lingkup viktimologi meliputi bagaimana seseorang (dapat) menjadi korban yang ditentukan oleh suatu victimity yang tidak selalu berhubungan dengan masalah kejahatan, termasuk pola korban kecelakaan, dan bencana alam selain dari korban kejahatan dan penyalahgunaan kekuasaan.¹⁰⁹

Objek studi atau ruang lingkup viktimologi menurut Arief Gosita,¹¹⁰ adalah sebagai berikut :

- a. Berbagai macam viktimisasi kriminal atau kriminalistik.
- b. Teori-teori etiologi viktimisasi kriminal.
- c. Para peserta terlibat dalam terjadinya atau eksistensi suatu viktimisasi kriminal atau kriminalistik, seperti para korban, pelaku, pengamat, pembuat Undang-Undang, polisi, jaksa, hakim, pengacara dan sebagainya.
- d. Reaksi terhadap suatu viktimisasi kriminal.
- e. Respons terhadap suatu viktimisasi kriminal argumentasi kegiatankegiatan penyelesaian suatu viktimisasi atau

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ J.E. Sahetapy, *Loc.Cit.*

¹¹⁰ Arif Gosita, *Op.Cit.*, hlm 220.

viktimologi, usaha-usaha prevensi, refresi, tindak lanjut (ganti kerugian), dan pembuatan peraturan hukum yang berkaitan.

f. Faktor-faktor viktimogen/ kriminogen.

Ruang lingkup atau objek studi viktimologi dan kriminologi dapat dikatakan sama, yang berbeda adalah titik tolak pangkal pengamatannya dalam memahami suatu viktimisasi kriminal, yaitu viktimologi dari sudut pihak korban sedangkan kriminologi dari sudut pihak pelaku. Setiapnya merupakan komponen-komponen suatu interaksi (mutlak) yang hasil interaksinya adalah suatu viktimisasi kriminal atau kriminalitas.¹¹¹ Suatu viktimisasi antara lain dapat dirumuskan sebagai suatu penimbunan penderitaan (mental, fisik, sosial, ekonomi, moral) pada pihak tertentu dan dari kepentingan tertentu.

Menurut J.E. Sahetapy, viktimisasi adalah penderitaan, baik secara fisik maupun psikis atau mental berkaitan dengan perbuatan pihak lain. Lebih lanjut J.E. Sahetapy berpendapat mengenai paradigma viktimisasi yang meliputi :¹¹²

- a. Viktimisasi politik, dapat dimasukkan aspek penyalahgunaan kekuasaan, perkosaan hak-hak asasi manusia, campur tangan angkatan bersenjata diluar fungsinya, terorisme, intervensi, dan peperangan lokal atau dalam skala internasional;

¹¹¹ *Ibid.* hlm 228.

¹¹² J.E. Sahetapy, *Op.Cit*, hlm 159.

- b. Viktimisasi ekonomi, terutama yang terjadi karena ada kolusi antara pemerintah dan konglomerat, produksi barang-barang tidak bermutu atau yang merusak kesehatan, termasuk aspek lingkungan hidup;
- c. Viktimisasi keluarga, seperti perkosaan, penyiksaan, terhadap anak dan istri dan menelantarkan kaum manusia lanjut atau orang tuanya sendiri;
- d. Viktimisasi media, dalam hal ini dapat disebut penyalahgunaan obat bius, alkoholisme, malpraktek di bidang kedokteran dan lain- lain;
- e. Viktimisasi yuridis, dimensi ini cukup luas, baik yang menyangkut aspek peradilan dan lembaga pemasyarakatan maupun yang menyangkut dimensi diskriminasi perundangundangan, termasuk menerapkan kekuasaan dan stigmatisasi kendatipun sudah diselesaikan aspek peradilannya.

Viktimologi dengan berbagai macam pandangannya memperluas teori- teori etiologi kriminal yang diperlukan untuk memahami eksistensi kriminalitas sebagai suatu viktimisasi yang struktural maupun nonstruktural secara lebih baik. Selain pandangan-pandangan dalam viktimologi mendorong orang memperhatikan dan melayani setiap pihak yang dapat menjadi korban mental, fisik, dan sosial.

Manfaat yang diperoleh dengan mempelajari ilmu pengetahuan merupakan faktor yang paling penting dalam kerangka pengembangan

ilmu itu sendiri. Dengan demikian, apabila suatu ilmu pengetahuan dalam pengembangannya tidak memberikan manfaat, baik yang sifatnya praktis maupun teoritis, sia-sialah ilmu pengetahuan itu untuk dipelajari dan dikembangkan. Hal yang sama akan dirasakan pula pada saat mempelajari viktimologi. Dengan dipelajarinya viktimologi, diharapkan akan banyak manfaat yang diperoleh.

Manfaat viktimologi menurut Arief Gosita,¹¹³ adalah sebagai berikut:

- a. Viktimologi mempelajari hakikat siapa itu korban dan yang menimbulkan korban, apa artinya viktimisasi dan proses viktimisasi bagi mereka yang terlibat dalam proses viktimisasi;
- b. Viktimologi memberikan sumbangan dalam mengerti lebih baik tentang korban akibat tindakan manusia yang menimbulkan penderitaan mental, fisik, sosial. Tujuannya tidaklah untuk menyanjung-nyanjung pihak korban, tetapi hanya untuk memberikan beberapa penjelasan mengenai kedudukan dan peran korban serta hubungannya dengan pihak pelaku serta pihak lain. Kejelasan ini adalah sangat penting dalam rangka mengusahakan kegiatan pencegahan terhadap berbagai macam viktimisasi, demi menegakkan keadilan dan meningkatkan kesejahteraan mereka yang terlihat langsung dalam eksistensi suatu viktimisasi;
- c. Viktimologi memberikan keyakinan, bahwa setiap individu mempunyai hak dan kewajiban untuk mengetahui, mengenai

¹¹³ Arif Gosita, *Op.Cit*, hlm 232.

bahaya yang dihadapinya berkaitan dengan kehidupan pekerjaan mereka. Terutama dalam bidang penyuluhan dan pembinaan untuk tidak menjadi korban struktural atau non-struktural. Tujuannya untuk memberikan pengertian yang baik dan agar menjadi lebih waspada;

- d. Viktimologi juga memperhatikan permasalahan viktimisasi yang tidak langsung misalnya, efek politik pada penduduk dunia ketiga akibat penyuapan oleh suatu korporasi internasional, akiba-akibat sosial pada setiap orang, akibat polusi industri terjadinya viktimisasi ekonomi, politik, dan sosial setiap kali seorang pejabat menyalahgunakan jabatan dalam pemerintahan;
- e. Viktimologi memberikan dasar pemikiran untuk masalah penyelesaian viktimisasi kriminal. Pendapat-pendapat viktimologi dipergunakan dalam keputusan-keputusan peradilan kriminal dan reaksi pengadilan terhadap pelaku kriminal. Mempelajari korban dari dan dalam proses peradilan kriminal, merupakan juga studi mengenai hak dan kewajiban asasi manusia.

Manfaat viktimologi pada dasarnya berkenaan dengan tiga hal utama dalam mempelajari manfaat studi korban yaitu :

- a. Manfaat yang berkenaan dengan usaha membela hak-hak korban dan perlindungan hukum;
- b. Manfaat yang berkenaan dengan penjelasan peran korban

dalam suatu tindak pidana;

- c. Manfaat yang berkenaan dengan usaha pencegahan terjadinya korban. Manfaat viktimologi ini dapat memahami kedudukan korban sebagai sebab dasar terjadinya kriminalitas dan mencari kebenaran. Dalam usaha mencari kebenaran dan untuk mengerti akan permasalahan kejahatan, delikueni dan deviasi sebagai satu proporsi yang sebenarnya secara dimensional.

Bagi kejaksaan, khususnya dalam proses penuntutan perkara pidana di pengadilan, viktimologi dapat dipergunakan sebagai bahan pertimbangan dalam menentukan berat ringannya tuntutan yang akan diajukan kepada terdakwa, mengingat dalam praktiknya sering dijumpai korban kejahatan turut menjadi pemicu terjadinya kejahatan. Bagi kehakiman, dalam hal ini hakim sebagai organ pengadilan yang dianggap memahami hukum yang menjalankan tugas luhurnya, yaitu menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, dengan adanya viktimologi hakim tidak hanya menempatkan korban sebagai saksi dalam persidangan suatu perkara pidana, tetapi juga turut memahami kepentingan dan penderitaan korban akibat dari sebuah kejahatan atau tindak pidana sehingga apa yang menjadi harapan dari korban terhadap pelaku sedikit banyak dapat terkonkretisasi dalam putusan hakim. ¹¹⁴ Viktimologi dapat

¹¹⁴ Dikdik M. Arief Mansur, *Op.Cit*, hlm 35.

dipergunakan sebagai pedoman dalam upaya memperbaiki berbagai kebijakan/perundang-undangan yang selama ini terkesan kurang memperhatikan aspek perlindungan korban.

5. Konsep Hukum Responsif

Setiap negara pastilah mencita-citakan sebuah negara yang aman, damai, dan sejahtera baik itu negara berkembang maupun negara maju. Indonesia merupakan negara berkembang memiliki berbagai perbedaan suku, agama, ras, dan antar golongan yang terbentang dari Sabang sampai Merauke. Dengan berbagai perbedaan tersebut akan muncul suatu kebiasaan hingga terbentuklah suatu hukum tumbuh di dalam masyarakat. Hukum selalu ada dalam masyarakat (bersifat universal) dan berkembang sesuai dengan dinamika masyarakat itu.¹¹⁵ Artinya sebuah dinamika atau problematika dalam masyarakat akan terus berkembang dan hukumlah yang menjadi solusinya. Lahirnya hukum progresif tidak serta merta muncul menjadi produk hukum yang langsung jadi.

Satjipto Rahardjo yang merupakan penggagas hukum progresif menyatakan bahwa adanya hukum progresif karena terdapat persoalan ketidakadilan hukum yang hanya berlandaskan pada hukum positivistik semata. Cara-cara berhukum lama itu yang hanya mengandalkan penerapan undang-undang, sudah seharusnya

¹¹⁵ Titon Slamet, *Sistem Hukum Indonesia Sebuah Pemahaman Awal* (Bandung: CV Mandar Maju, 2016), 3.

ditinjau kembali. Cara ber hukum yang demikian itu dirasa kurang mampu guna memecahkan masalah sosial. Penegakan hukum selama ini sudah dilakukan, akan tetapi belum menyelesaikan masalah sosial. Masyarakat perlu ikut andil dalam tercapainya penegakan hukum. Akan tetapi yang menjadi akar permasalahan adalah sebuah penegakan hukum. Benar adanya bahwa Indonesia berlandaskan pada hukum.

Hukum harus ditafsirkan yang nyatanya akan ditafsirkan menurut keinginan yang menafsirkan, dan penafsir akan menafsirkan sesuai dengan perasaan dan kepentingannya sendiri, sehingga namanya keadilan hanya sebuah retorika yang digunakan kelompok mayoritas untuk menjelaskan apa yang mereka inginkan, dan keinginan pihak minoritas tidak pernah menjadi hasil penafsiran hukum dan akan menjadi bulan- bulanan hukum.¹¹⁶

Dengan demikian hukum hanya dijadikan alat oleh kelompok yang berkuasa bukan menjadi sebuah tujuan. Sejalan dengan realitanya, hukum menjadi permasalahan yang cukup serius yang dapat mengaburkan makna hukum itu sendiri. Hukum dan keadilan ibarat dua buah sisi mata uang yang tidak dapat dipisahkan, hukum memiliki tujuan untuk mewujudkan keadilan dan keadilan tanpa

¹¹⁶ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif* (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), 35.

hukum bagaikan macan ompong. Namun guna memperoleh keadilan maka pencari keadilan harus melewati berbagai prosedur yang tidak adil dan menyebabkan hukum dianggap sebagai momok yang menakutkan bagi masyarakat, bukan lagi untuk membahagiakan masyarakat, tetapi malah menyengsarakan masyarakat.¹¹⁷

Keadilan bukanlah pemeriksaan untuk memastikan kebenaran atas maksud umum kalimat implikatif yang dicetuskan dalam pasal-pasal Undang-Undang. Keadilan tidak hanya tugas rutin seorang hakim dalam gedung pengadilan. Akan tetapi yang dibutuhkan adalah keberanian dalam menafsirkan Undang- Undang untuk mengangkat harkat dan martabat manusia di Indonesia. Maka dari itu keadilan hanya dianggap kepada menjadi kebiasaan polisi, jaksa, dan hakim sebagai mata pencaharian di dalam sebuah gedung. Isu yang sudah menjadi rahasia umum di Indonesia adalah penuntasan masalah hukum mengarah pada prinsip pekerjaan yang dinilai dengan pundi-pundi uang yang dicapai. Sehingga keadilan dihayati sebagai profesi mencari uang di dalam lembaga peradilan.

Maka berlandaskan permasalahan tersebut, bahwa perlu hadirnya hukum progresif untuk menjawabnya. Dengan agenda utamanya menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari perbincangan tentang hukum. Bagi hukum progresif, hukum adalah

¹¹⁷ Mukhidin, "Hukum Progresif Sebagai Solusi Hukum Yang Mensejahterahkan Rakyat," *Jurnal Pembaharuan Hukum* 1, no. 3 (2014): 267-286, <http://jurnal.unissula.ac.id/index.php/PH/article/viewFile/1488/1156>.

untuk manusia, bukan untuk sebaliknya, dan hukum tidak untuk diri sendiri tetapi untuk sesuatu yang lebih luas, yakni untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.¹¹⁸

Nonet dan Selznik lewat hukum responsif, menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik. Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka tipe hukum ini mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan sosial dan emansipasi publik. Kepedulian pada akomodasi aspirasi sosial menyebabkan teori ini dipandang sebagai wilayah *sociological jurisprudence*". Hukum responsif adalah pemahaman mengenai hukum melampaui aturan atau teks dokumen *atau looking to words*. Pada hasil akhir adalah akibat dan manfaat hukum itu sendiri. Itulah sebabnya hukum responsif mengandalkan dua doktrin utama: 1) Hukum itu fungsional, pragmatik bertujuan dan rasional. 2) Kompetensi menjadi patokan evaluasi terhadap semua pelaksanaan hukum. Dengan demikian ini (karena kompetensi) maka tatanan hukum responsif adalah menekankan Keadilan substantif, merupakan subordinasi dari prinsip kebajikan, tujuan hukum harus berorientasi pada kemaslahatan hukum, pengambilan keputusan hukum berorientasi pada tujuan, memupuk sistem kewajiban daripada paksaan, moralitas kerjasama sebagai prinsip moral dalam menjalankan hukum, kekuasaan

¹¹⁸ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta: Penerbit Kompas, 2007), 2.

didayagunakan untuk mendukung vitalitas hukum dalam melayani masyarakat.¹¹⁹

C. Asas Hukum Sebagai Dasar Rekonstruksi Norma

Asas hukum memiliki kedudukan fundametal dalam sistem hukum sebagai nilai dasar yang menjiwai pembentukan, penafsiran dan penerapan norma hukum. Dalam konteks rekonstruksi norma, asas hukum berfungsi sebagai legitimasi teoritis untuk melakukan perubahan terhadap norma hukum positif yang tidak efektif atau tidak adil.

Beberapa asas hukum yang relevan dalam rekonstruksi pemberian restitusi korban Tindak Pidana Perdagangan Orang (TPPO) antara lain :

1. Asas Keadilan Substantif (Substantive Justice)

Asas keadilan merupakan salah satu prinsip dasar yang mendasari sistem hukum di Indonesia. Dalam konteks hukum, keadilan sering diartikan sebagai pemenuhan hak-hak setiap individu sesuai dengan norma hukum yang berlaku, tanpa diskriminasi dan dengan mempertimbangkan kondisi sosial, ekonomi serta budaya yang ada. Asas keadilan tidak hanya penting sebagai landasan etis dalam berbangsa dan bernegara, tetapi juga menjadi tolak ukur dalam implementasi hukum yang adil dan merata.

Asas keadilan substantif menekankan pada keadilan yang dilihat

¹¹⁹ Bernart L. Tanya, *Teori Hukum Stategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, CV Kita, Surabaya, 2007, hlm. 227-228

dari hasil atau substansi dari keputusan hukum. Keadilan substantif berfokus pada pemenuhan hak-hak setiap pihak yang terlibat dalam satu perkara serta memastikan bahwa keputusan yang diambil memenuhi rasa keadilan bagi semua pihak. Keadilan tidak cukup dipenuhi melalui kepastian hukum, melainkan harus diwujudkan secara nyata manfaatnya bagi korban.

2. Asas Perlindungan Korban

Asas perlindungan korban di Indonesia mencakup penghargaan atas harkat martabat manusia, rasa aman, keadilan, non diskriminatif dan kepastian hukum. Korban TPPO harus ditempatkan sebagai subjek utama perlindungan hukum. Landasan hukum utamanya adalah Undang-undang nomor 31 tahun 2014 tentang perubahan atas Undang-undang nomor 13 tahun 2006 tentang perlindungan saksi dan korban.

3. Asas Dominus Litis

Asas Dominus Litis (pemilik perkara) adalah prinsip hukum yang menjadikan Jaksa sebagai pengendali tunggal perkara pidana, memberinya kewenangan absolut untuk memutuskan apakah suatu perkara akan diajukan ke pengadilan atau dihentikan, bahkan setelah penyidikan selesai, demi menjaga profesionalisme dan keadilan dalam sistem peradilan pidana.

Asas ini secara otomatis menempatkan penuntut umum sebagai pengendali perkara. Dengan kata lain, kemampuan untuk melanjutkan

atau menghentikan penuntutan terhadap suatu perkara tindak pidana hasil penyidikan (oleh penyidik) sepenuhnya merupakan wewenang penuntut umum. umum juga dapat mengertikan penuntutan dengan alasan tidak cukup bukti, peristiwa tersebut bukan tindak pidana, atau perkara tersebut ditutup demi hukum.

4. Asas Habeas Corpus

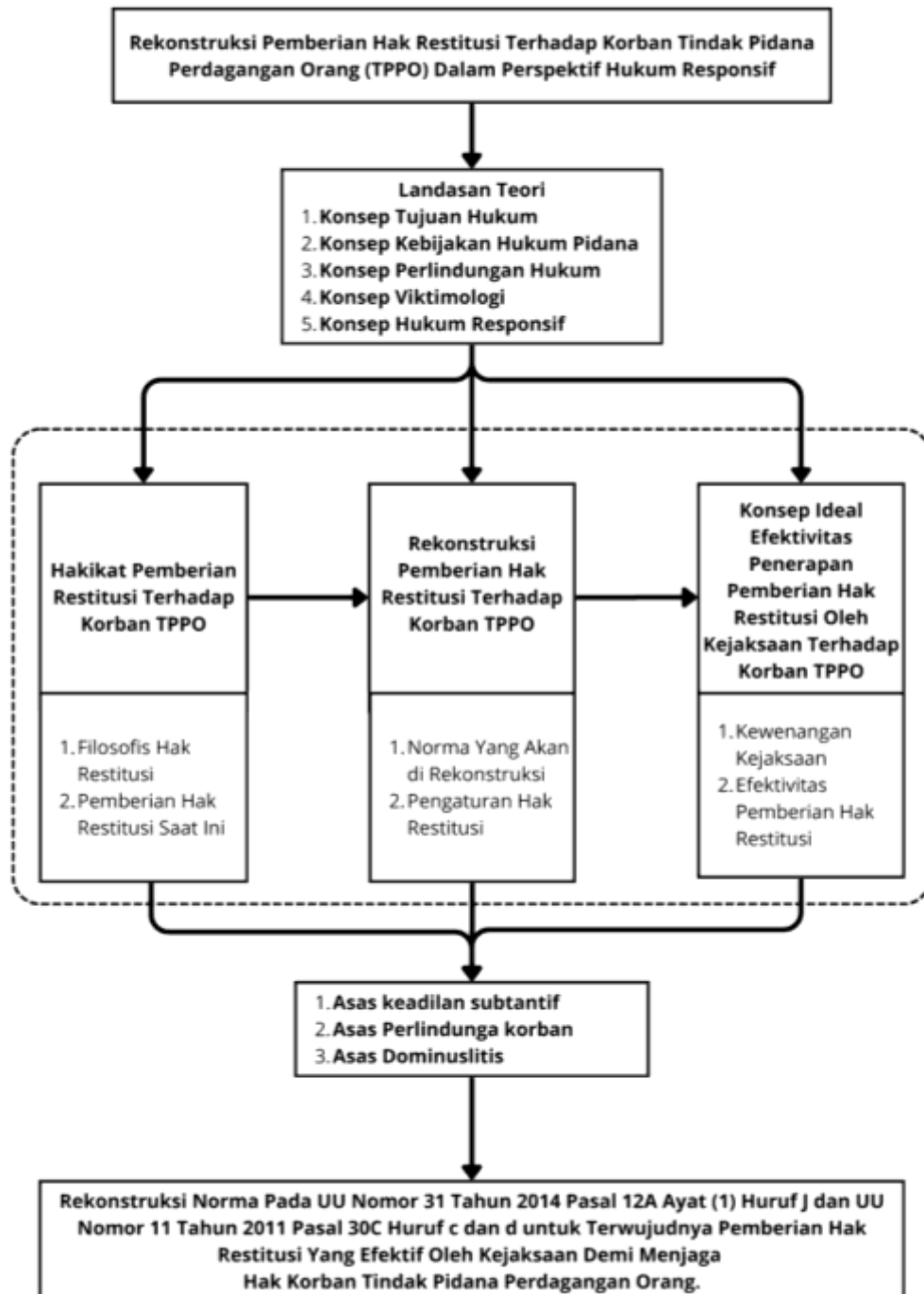
Asas Habeas Corpus pada hakikatnya merupakan prinsip fundamental dalam hukum pidana dan hukum acara pidana yang menegaskan perlindungan hak asasi manusia terhadap perampasan kebebasan secara sewenang-wenang oleh negara. Dalam makna modern, habeas corpus tidak hanya dipahami sebagai hak prosedural untuk menguji legalitas penahanan, tetapi juga sebagai mekanisme kontrol kekuasaan negara agar setiap tindakan negara berbasis hukum, proporsional dan menghormati martabat manusia.

Dalam perkembangan hukum pidana modern, asas habeas corpus mengalami perluasan makna dari sekedar perlindungan tersangka atau terdakwa menjadi asas keseimbangan kekuasaan negara dalam seluruh spektrum proses pidana. Negara tidak hanya dibatasi dalam menggunakan kekuasaan represif terhadap pelaku, tetapi juga dituntut untuk bertindak adil terhadap korban sebagai subyek hak asasi manusia.

Dalam perspektif ini asas habeas corpus tidak dapat dilepaskan

dari prinsip keadilan prosedural dan substantif yang menuntut agar kekuasaan negara terhadap pelaku tidak sewenang-wenang dan perlindungan negara terhadap korban tidak diabaikan. Asas habeas corpus sebagai prinsip pembatas kekuasaan negara yang menjamin bahwa setiap pembebanan kewajiban pidana kepada pelaku, hanya dapat dilakukan melalui proses peradilan yang sah, proporsional, dan menghormati hak asasi manusia, sehingga pemulihan korban tidak dicapai dengan mengorbankan prinsip keadilan prosedural.

D. Kerangka Pikir



E. Definisi Operasional

Adapun definisi operasional untuk penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Rekonstruksi dimaknai sebagai proses ilmiah yang sistematis untuk menyusun kembali, menata kembali atau mendesain sedemikian rupa sehingga bangunan normatif dan kelembagaan pemberian hak restitusi terhadap korban tindak pidana perdagangan orang, dengan cara menilai secara kritis kondisi hukum yang berlaku (*ius contitutum*), mengidentifikasi ketidaksesuaian norma, praktik dan tujuan serta merumuskan desain hukum (*ius constituendum*) yang lebih responsif, efektif dan berkeadilan.
2. Restitusi dalam konteks hukum adalah ganti kerugian yang diberikan kepada korban atau keluarganya oleh pelaku tindak pidana, keluarganya atau pihak ketiga. Hal ini bertujuan untuk mengganti kerugian yang diderita korban akibat tindak pidana yang dilakukan oleh pelaku.
3. Hak restitusi berkenaan dengan kerugian ekonomi atau kerugian materiel yang langsung sebagai akibat dari tindak pidana.
4. Kompensasi adalah ganti kerugian yang diberikan oleh Negara kepada korban karena pelaku tidak mampu memberikan ganti rugi (restitusi) sepenuhnya kepada korban atau keluarganya yg menjadi tanggung jawabnya.

5. Korban adalah mereka yang menderita jasmaniah dan rohaniah sebagai akibat tindakan orang lain yang bertentangan dengan kepentingan diri sendiri atau orang lain yang mencari pemenuhan kepentingan diri sendiri atau orang lain yang bertentangan dengan kepentingan hak asasi yang menderita. Bahwa korban pada dasarnya tidak hanya orang perorangan atau kelompok yang secara langsung menderita akibat dari perbuatan-perbuatan yang menimbulkan kerugian/ penderitaan bagi diri/kelompoknya, bahkan lebih luas lagi termasuk di dalamnya keluarga dekat atau tanggungan langsung dari korban dan orang-orang yang mengalami kerugian ketika membantu korban mengatasi penderitaannya atau untuk mencegah viktimisasi.
6. Tindak Pidana Perdagangan Orang adalah tindakan perekrutan, pengangkutan, penampungan, pengiriman, pemindahan, atau penerimaan seseorang dengan ancaman kekerasan, penggunaan kekerasan, penculikan, penyekapan, pemalsuan, penipuan, penyalahgunaan kekuasaan atau posisi rentan, penjeratan utang atau memberi bayaran atau manfaat, sehingga memperoleh persetujuan dari orang yang memegang kendali atas orang lain tersebut, baik yang dilakukan di dalam negara maupun antar negara, untuk tujuan eksploitasi atau mengakibatkan orang tereksplorasi.
7. Perspektif adalah konsep yang sangat penting dalam seni,

arsitektur, dan bahkan dalam kehidupan sehari-hari. Ini adalah cara kita melihat dunia, baik secara harfiah maupun kiasan.

8. Hukum responsif adalah teori hukum yang menawarkan sesuatu yang lebih daripada sekedar keadilan prosedural, tetapi mampu berfungsi sebagai fasilitator dari respon terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial. Hukum yang baik harus berkompeten dan juga adil, hukum semacam itu seharusnya mampu mengenali keinginan publik dan komitmen bagi tercapainya keadilan substantif.