

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perubahan Ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) telah menambah norma tentang Negara Hukum pada Pasal 1 ayat (3) Perubahan Ketiga UUD 1945 yang berbunyi: “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Ketentuan tersebut merupakan bentuk penormaan yang berasal dari muatan dalam Penjelasan UUD 1945 yang menyebutkan “Negara Indonesia berdasar atas Hukum (*Rechtsstaat*) tidak berdasar atas kekuasaan belaka (*Machtsstaat*)”. Dengan pemuatan dalam norma UUD 1945, maka konsep Negara Hukum dalam Penjelasan UUD 1945 memiliki kekuatan hukum yang mengikat sebagai norma tertinggi dalam tata hukum nasional negara Indonesia.¹ Negara Indonesia menempatkan UUD 1945 sebagai hukum dasar tertulis (*groundnorm*).² Pada umumnya, dalam suatu Undang-Undang Dasar memuat tiga hal pokok:³

- 1) Pengaturan-pengaturan mengenai hubungan negara dengan warga negara yang terwujudkan dalam pengaturan hak dan kewajiban, hak asasi manusia hingga terkait kesejahteraan sosial.
- 2) Mengenai keorganisasian negara yang terpatrikan dalam sistem kelembagaan negara dan sistem kekuasaan negara.
- 3) Mengenai sistem penyelenggaraan peradilan yang tidak memihak dan mengupayakan keadilan.

¹ Aidul Fitriadi Azhari, “Negara Hukum Indonesia: Dekolonisasi dan Rekonstruksi Tradisi”, *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* No. 4 Vol. 19, 2012, hlm. 490.

² Yuliandri, 2011, *Asas-Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Yang Baik, Gagasan Pembentukan Undang-Undang Berkelanjutan*, Rajawali Press, Jakarta, hlm. 58.

³ Fais Yonas Bo’a, 2018, *UUD 1945, MPR, dan Keniscayaan Amandemen (Terkait Kewenangan Konstitutif MPR dan Kebutuhan Amandemen Kelima UUD 1945)*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. vii.

Terminologi negara hukum yang terdapat pada ketentuan Pasal 1 ayat (3) Perubahan Ketiga UUD 1945 tidak merujuk secara khusus pada salah satu konsep utama dalam tradisi hukum Barat, baik *Rechtsstaat* maupun *Rule of Law*.⁴ Artinya, istilah negara hukum dalam UUD 1945 merupakan konsep yang relatif netral yang membuka ruang tafsir bagi pemahaman baru sesuai dengan paradigma dan realitas negara republik Indonesia.⁵

Negara hukum Indonesia, menurut Sjachran Basah adalah negara hukum berdasarkan Pancasila. Pemaknaan konsep negara hukum berdasarkan Pancasila menurut Basah, didasarkan pada analisis penyelenggaraan fungsi dan tugas pemerintahan, yang terdapat suatu jaminan bahwa tindakan-tindakan pemerintah tidak melanggar kewajiban dan hak asasi manusia, serta adanya suatu keseimbangan antara kepentingan negara yang mewakili kepentingan umum dengan kepentingan rakyat (perorangan), sehingga apabila terjadi sengketa (*dispute*) antara pemerintah dengan rakyat terdapat suatu jaminan pengayoman hukum berdasarkan Pancasila.⁶

Negara hukum di Indonesia dapat pula dinamakan negara hukum Pancasila. Konsepsi negara hukum Pancasila artinya suatu sistem hukum yang dibangun berdasarkan asas-asas dan kaidah atau norma-norma yang terkandung

⁴ Moh. Mahfud MD menjelaskan bahwa perbedaan asal usul dan pergeseran pemahaman sekitar konsepsi tentang *rechtstaat* dan *rule of law* yang dalam Bahasa Indonesia diterjemahkan secara sama sebagai negara hukum. Lebih lanjut dijelaskan, bagaimana setelah amandemen ketiga Undang-Undang Dasar 1945 tidak lagi mengisyaratkan cita negara hukum dengan tampilan *rechtstaat*, melainkan melalui perumusan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 bahwa negara Indonesia adalah Negara Hukum, dari sudut konsepsi, Langkah tersebut dapat dikatakan maju dalam perumusan. Dalam istilah yang digunakan Mahfud MD, selain mengusung konsep Prismatic, rumusan tersebut tidak menentukan lagi konsep *rechtstaat* maupun *rule of law*, akan tetapi konsep negara hukum Pancasila yang digunakan nilai positif dalam *rechtstaat* dan *rule of law* diambil oleh konsep negara hukum di Indonesia. Lihat: Moh. Mahfud MD (1), 2011, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, hlm. 24-27.

⁵ Aidul Fitriadi Azhari, *Loc. cit.*

⁶ Sjachran Basah, 1997, *Eksistensi Dan Tolak Ukur Badan Peradilan Administrasi Di Indonesia*, Alumni, Bandung, hlm. 3-4.

dan atau tercermin dari nilai-nilai Pancasila sebagai dasar kehidupan bermasyarakat berbangsa dan bernegara.⁷ Pancasila merupakan sumber dari segala sumber tertib hukum yang segala peraturan perundang-undangan atau hukum yang berlaku dan dijalankan di Indonesia harus bersumber dari Pancasila, sehingga sudah seharusnya norma hukum yang ada di Indonesia merupakan konkretisasi dari nilai-nilai Pancasila, termasuk pengejawantahan Pancasila di dalam sistem hukum pidana di Indonesia.⁸

Hukum pidana adalah hukum yang mengatur perbuatan-perbuatan apa yang dilarang dan memberikan hukuman bagi yang melanggarnya. Hukum Pidana merupakan bagian daripada keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk :

⁷ Ferry Irawan Febriansyah, 2016, *Keadilan Berdasarkan Pancasila (Dasar Filosofis dan Ideologis Bangsa)*, Deepublish, Yogyakarta, hlm. 103.

⁸ Menurut Notonagoro, Pancasila merupakan *Staatsfundamentalnorm*, sehingga mengharuskan dalam penerapan, pelaksanaan dan pembentukan hukum positif untuk mencapai ide-ide dalam Pancasila, serta dapat digunakan untuk menguji hukum positif. Lihat: Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2013, *Filsafat, Teori, Dan Ilmu Hukum. Pemikiran Menuju Masyarakat Yang Berkeadilan Dan Bermartabat*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 384. Pasal 2 Undang-Undang No.12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyatakan bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum negara. Untuk mengukur konsistensi hukum dalam suatu negara dengan hukum dasar, terdapat beberapa kaidah hukum tentang logika ilmu hukum diantaranya adalah:

- Kaidah derogasi, yaitu setiap aturan hukum berasal dari aturan yang lebih tinggi.
- Kaidah nonkontradiksi, yaitu tidak boleh ada kontradiksi antara satu aturan hukum dan aturan hukum lainnya, sehingga antar norma hukum haruslah harmonis, sinkron, dan terintegrasi (*principle of integrity*).
- Kaidah golongan ketercakupan (*principle of subsumption*) aturan hukum harus masih termasuk atau tercakup ke dalam golongan aturan yang lebih tinggi. Jadi bukan berasal dari golongan aturan yang lain.
- Kaidah generalisasi, yaitu aturan hukum yang lebih tinggi merupakan generalisasi dari aturan hukum yang lebih rendah.: Lihat: Munir Fuady (1), 2013, *Teori-Teori Besar (Grand Teori) Dalam Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 101-102.

Sehingga dari seluruh logika kaidah hukum yang telah dikemukakan, dapat disimpulkan bahwa:

$A \subset B$

$C \subset A$

$C \subset B$

Premis Mayor : Semua hukum di negara Indonesia bersumber dari Pancasila.

Premis Minor : Hukum pidana merupakan salah satu hukum yang ada di negara Indonesia.

Kesimpulan : Hukum pidana (di negara Indonesia) bersumber dari Pancasila.

- 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 larang-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.⁹

Pengertian terhadap hukum pidana terbagi 2 (dua), yaitu (1) Hukum Pidana Materiil dan (2) Hukum Pidana Formil. Hukum Pidana Materiil ialah hukum yang mengatur perumusan dari kejahatan dan pelanggaran serta syarat-syarat bila seseorang dapat dihukum, sedangkan Hukum Pidana Formil ialah hukum yang mengatur cara-cara menghukum seseorang yang melanggar peraturan pidana (merupakan pelaksanaan dari Hukum Pidana Materiil). Dapat juga dikatakan bahwa Hukum Pidana Formil atau Hukum Acara Pidana memuat peraturan-peraturan tentang bagaimana memelihara atau mempertahankan Hukum Pidana Materiil, dan karena memuat cara-cara untuk menghukum seseorang yang melanggar peraturan pidana, maka hukum ini dinamakan juga Hukum Acara Pidana.¹⁰

Di dalam hukum pidana, terdapat sebuah asas yang bersifat esensial, yaitu asas legalitas. Asas legalitas tersebut tercantum di dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang dirumuskan di dalam Bahasa latin: “*Nullum delictum, nulla poena sine praevia legi poenali*,” yang dapat disalin ke dalam Bahasa Indonesia kata demi kata dengan kalimat “tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya.”¹¹

⁹ Moeljatno, 2008, *Asas-asas Hukum Pidana edisi revisi*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 1.

¹⁰ C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil (1), 2001, *Latihan Ujian Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 11-12.

¹¹ Andi Hamzah (1), 2012, *Asas-asas Hukum pidana di Indonesia dan Perkembangannya*, Sofmedia, Jakarta, hlm. 50.

Asas legalitas merupakan salah satu asas yang fundamental dalam hukum pidana Indonesia, selain asas ini terdapat asas lainnya yaitu asas culpabilitas (pertanggungjawaban pidana). Peranan kedua asas tersebut adalah menentukan suatu perbuatan dapat dijatuhi pidana atau tidak, khususnya menentukan titik awal ada atau tidaknya suatu perbuatan pidana pada pelaku yang sekaligus menentukan pertanggungjawabannya.¹²

Keberadaan asas-asas hukum dalam suatu bidang hukum sangat penting mengingat asas-asas hukum inilah yang menjadi dasar dan pedoman bagi perkembangan setiap bidang hukum agar tidak menyimpang. Di dalam hukum pidana sendiri keberadaan asas hukum ini ditegaskan sebagai suatu upaya agar peradilan pidana di batasi kesewenang-wenangannya dalam menentukan ada atau tidaknya perbuatan yang dilarang.¹³

Perihal asas legalitas tersebut, terdapat 2 (dua) pemahaman. Pertama, asas legalitas dalam arti formil, yaitu apa yang sudah dirumuskan secara eksplisit dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Asas ini menggariskan, bahwa dasar untuk menentukan patut tidaknya suatu perbuatan dianggap bersifat melawan hukum atau perbuatan pidana, sehingga karenanya pelakunya dapat dipidana adalah ketentuan dalam undang-undang yang harus sudah ada sebelum perbuatan itu dilakukan. Kedua, asas legalitas dalam arti materiil, yaitu dasar untuk menentukan patut tidaknya suatu perbuatan dianggap bersifat melawan hukum atau perbuatan pidana adalah nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat (*living law*). Nilai-nilai yang hidup dalam

¹² Warih Anjari, "Kedudukan Asas Legalitas Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 dan 025/PUU-XIV/2016", Jurnal Konstitusi, Vol 16, No 1, 2019 hlm. 6.

¹³ Hwian Christianto, "Pembaharuan Makna Asas Legalitas", Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun ke-39 No. 3, 2009, hlm. 347.

masyarakat tersebut adalah nilai-nilai moral, nilai-nilai agama, nilai-nilai adat dan sebagainya.¹⁴

Tingkat perkembangan masyarakat tempat hukum diberlakukan memengaruhi pola penegakan hukum, karena dalam masyarakat modern yang bersifat rasional dan memiliki tingkat spesialisasi dan differensiasi yang tinggi, pengorganisasian penegak hukumnya juga semakin kompleks dan sangat birokratis.¹⁵

Penegakan hukum pidana melalui pendekatan sistem dikenal dengan istilah sistem peradilan pidana. Secara umum sistem peradilan pidana dapat diartikan sebagai suatu proses bekerjanya beberapa lembaga penegak hukum melalui sebuah mekanisme yang meliputi kegiatan bertahap yang dimulai dari penyidikan, penuntutan, pemeriksaan di sidang pengadilan, dan pelaksanaan putusan hakim yang dilakukan oleh lembaga masyarakat. Proses tersebut bekerja secara berurutan artinya tahap yang satu tidak boleh melompati tahap lainnya. Keseluruhan proses itu bekerja di dalam suatu sistem, sehingga masing-masing lembaga itu merupakan subsistem yang saling berhubungan dan pengaruh memengaruhi antara satu dengan yang lain. Dalam sistem peradilan pidana tersebut bekerja komponen-komponen fungsi yang masing-masing harus berhubungan dan bekerja sama.¹⁶

Dalam penegakan hukum pidana, para penegak hukum akan berpedoman kepada Undang-undang 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum

¹⁴ Tongat, 2022, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perspektif Pembaharuan*, Universitas Muhammadiyah Malang, Jakarta, hlm. 41.

¹⁵ Sanyoto, "Penegakan Hukum Di Indonesia", *Jurnal Dinamika Hukum* Vol. 8 No. 3, 2008, hlm. 199.

¹⁶ R. Sugiharto, 2012, *Sistem Peradilan Pidana Indonesia Dan Sekilas Sistem Peradilan Pidana Di Beberapa Negara*, Unissula Press, Semarang, hlm. 25.

Acara Pidana (KUHAP), yang berisi ketentuan tentang cara bagaimana suatu tindak pidana diperiksa dalam sistem peradilan pidana,¹⁷ KUHAP inilah yang menjadi pegangan bagi polisi, jaksa, serta hakim (bahkan termasuk penasehat hukum) di dalam melaksanakan tugas penyelidikan, penyidikan, penangkapan, penahanan dan pemeriksaan di pengadilan.

Alur suatu proses perkara pidana, dimulai dengan sangkaan adanya tindak pidana yang masuk dalam proses di lembaga penyelidik dan penyidik yaitu dengan dilakukannya tindakan penyelidikan dan penyidikan. Kemudian masuk dalam proses di kejaksaan, untuk dipelajari apakah perkaranya sudah lengkap dan memenuhi syarat ataukah tidak untuk dilimpahkan ke pengadilan negeri. Apabila memang sudah lengkap, dalam arti memenuhi syarat maka jaksa akan melimpahkan perkara tersebut ke depan sidang pengadilan negeri, aparat kejaksaan membuat surat dakwaan dan melimpahkan ke pengadilan negeri dengan disertai permintaan agar perkara tersebut diperiksa oleh pengadilan negeri.

Berdasarkan limpahan perkara dari aparat kejaksaan inilah, hakim pengadilan negeri akan memeriksa perkara tersebut dan menjatuhkan putusan. Apabila putusan hakim berupa penjatuhan pidana penjara atau kurungan, maka aparat kejaksaan selaku aparat eksekutor akan melaksanakan putusan tersebut dengan jalan menyerahkan narapidana tersebut kepada aparat lembaga pemasyarakatan.¹⁸

Sebelum perkara pidana pada tahap penuntutan oleh jaksa dan pada tahap hakim memeriksa dan memutus perkara di pengadilan, proses perkara pidana

¹⁷ Khairul Fahmi, *et. all*, 2015, *Menegakkan Hukum Tanpa Melanggar Hukum: Eksaminasi Putusan Praperadilan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan Nomor 04/PID.Prap/2015/PN/JKT.SEL*, Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 83.

¹⁸ Didik Endro Purwoleksono, 2015, *Hukum Acara Pidana*, Airlangga University Press, Surabaya, hlm. 19.

terlebih dulu diawali dengan tahap penyelidikan dan penyidikan. Menurut Pasal 1 angka 5 KUHAP¹⁹ *juncto* Pasal 1 angka 9 Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia,²⁰ menyatakan bahwa yang dimaksud dengan penyelidikan adalah serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan suatu peristiwa yang diduga sebagai tindak pidana guna menentukan dapat atau tidaknya dilakukan penyidikan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini.

Penyelidikan dan penyidikan merupakan tahapan awal dari proses peradilan pidana. Dengan demikian, tahapan ini merupakan kunci atau pintu gerbang untuk dapat diproses atau tidaknya suatu tindak pidana dalam Sistem Peradilan Pidana. Dengan kata lain, kemampuan penyidik dan penyidik dalam tahapan ini akan sangat menentukan dapat diajukannya para pelaku kejahatan melalui proses hukum yang berlaku. Pada tahapan ini, penyidik maupun penyidik akan berpedoman kepada hukum pidana materiil dan hukum pidana formil, yaitu Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan Undang-Undang 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP).

Dalam penyelidikan, untuk menentukan apakah seseorang telah melakukan perbuatan pidana atau tidak, penyidik akan berpedoman kepada ketentuan asas legalitas yang terdapat di dalam pada Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Dalam asas legalitas ini termuat bahwa, tidak ada suatu perbuatan dikatakan sebagai tindak pidana manakala undang-undang belum

¹⁹ Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana.

²⁰ Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia.

menetapkan sebagai tindak pidana atau suatu perbuatan dikatakan sebagai tindak pidana, manakala undang-undang sudah mengaturnya, sehingga asas legalitas dalam arti formil yang sering digunakan untuk dijadikan dasar penegakan hukum pidana.

Hal ini dapat dimaklumi karena aliran hukum yang berlaku di Indonesia saat ini, lebih berpaham positivisme yang artinya bahwa, dalam paradigma ber hukum lebih mengedepankan hukum tertulis saja, sehingga penegakan hukumnya bersifat kaku serta mengabaikan hukum yang tidak tertulis. Fenomena penegakan hukum di Indonesia sejak Orde Baru, diwarnai secara kental oleh konseptualisasi hukum sebagaimana dimaksudkan oleh aliran pemikiran Positivisme Hukum. Pemahaman hukum, terutama aparat penegak hukum di tanah air yang bersifat dogmatik, formalistik dan legalistik.²¹ Jika penegakan hukum hanya berorientasi pada undang-undang saja maka keadilan yang diwujudkan hanyalah keadilan formal, yang berdasarkan pada peraturan perundang-undangan (keadilan yang prosedural).

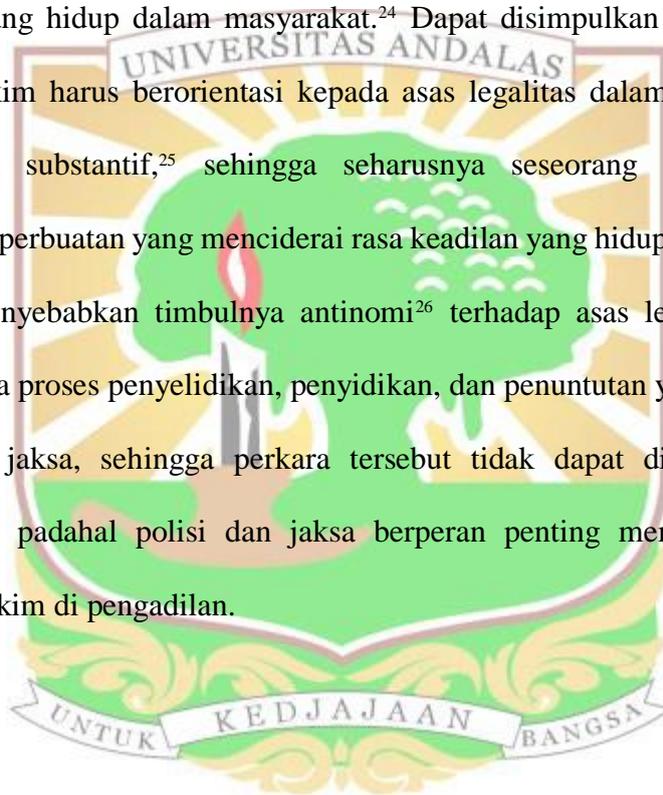
Pada tahap penyelidikan, penyidikan, dan tahap penuntutan oleh jaksa, asas legalitas ini sering dipahami sebagai asas legalitas dalam arti formil, hal ini dikarenakan pola pikir penegak hukum telah terkooptasi dengan KUHP (WvS).²² Berbeda halnya pada tahap di pengadilan oleh hakim. Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa, Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu

²¹ Natangsa Surbakti, "Dialektika Hukum Modern Dan Hukum Tradisional Dalam Bingkai Logika Revolusi Sains", Jurnal Ilmu Hukum, Vol. 15, No. 2, 2012, hlm. 129.

²² Ramadan Tabiu Dan Eddy O.S Hiariej, "Pertentangan Asas Legalitas Formil Dan Materiil Dalam Rancangan Undang-Undang KUHP", Jurnal Penelitian Hukum Vol. 2, No. 1, 2015, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, hlm. 30.

perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.²³

Pasal 10 ayat (1) tersebut jelas meniadakan asas legalitas dalam arti formil, sehingga tanpa adanya aturan pidana dalam perundang-undangan pun, seseorang dapat diadili. Kemudian di dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa, Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.²⁴ Dapat disimpulkan dari pasal tersebut bahwa, hakim harus berorientasi kepada asas legalitas dalam arti materil yang berkeadilan substantif,²⁵ sehingga seharusnya seseorang dapat diadili jika melakukan perbuatan yang menciderai rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hal ini menyebabkan timbulnya antinomi²⁶ terhadap asas legalitas (dalam arti formil) pada proses penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan yang dilakukan oleh polisi dan jaksa, sehingga perkara tersebut tidak dapat diadili pada tingkat pengadilan, padahal polisi dan jaksa berperan penting membawa perkara ke hadapan hakim di pengadilan.



²³ Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

²⁴ Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

²⁵ Keadilan substantif adalah keadilan yang didasarkan pada nilai-nilai yang lahir dari sumber-sumber hukum yang responsif sesuai hati nurani. Keadilan substantif (*substantive justice*) merupakan keadilan yang menyangkut keadilan itu sendiri. Secara teoritis banyak pandangan mengenai keadilan substantif ini. Sebagian ahli hukum melihat dari tingkat pencapaian kepuasan sebagian yang lain dari sudut manfaat. Namun ada juga yang memandang keadilan itu semata-mata diukur dari pelaksanaan hukum itu sendiri. Lihat: Wahyu Prijo Djatmiko, 2022, *Budaya Hukum Dalam Masyarakat Pluralistik*, Thafa Media, Yogyakarta, hlm. 113.

²⁶ Menurut Fockema, antinomi diartikan sebagai dua aturan atau lebih yang saling bertentangan. Lihat: Fockema Andrae, 1983, *Kamus Istilah Hukum: Belanda-Indonesia*, Cet. 1, Binacipta, Jakarta, hlm. 32.

Namun di sisi lain, dalam praktiknya masih terdapat hakim yang secara konsisten tetap mempertahankan asas legalitas dalam arti formil. Hal ini dapat dilihat dalam beberapa kasus, antara lain sebagai berikut:

- a) Putusan Nomor 111/Pid.Sus/2017/Pn Sag, dalam perkara ini seorang oknum pegawai negeri sipil (PNS) berasal dari Kabupaten Sanggau yang bernama Fidelis Arie Sudewarto yang dipenjara selama 8 bulan dikarenakan menanam ganja untuk menyembuhkan istrinya yang menderita *Syringomyelia*. Istri dari Fidelis Arie Sudewarto ini telah menderita penyakit tersebut mulai dari tahun 2013 namun dokter tidak dapat memastikannya. Berbagai upaya pengobatan telah ia lakukan mulai dari pengobatan secara medis hingga pengobatan alternatif namun tidak membuahkan hasil, sampai pada tahun 2016 salah satu dokter mengatakan kemungkinan istrinya menderita *Syringomyelia*, namun pada saat itu kondisi istrinya sudah tidak memungkinkan untuk dioperasi karena kondisinya terlampau parah. Fidelis Arie Sudewarto akhirnya mencari informasi melalui buku dan internet untuk mengobati penyakit sang istri sehingga ia mengetahui akan manfaat ganja yang dapat digunakan untuk membantu pengobatan istrinya, dikarenakan keadaan istrinya yang semakin parah, ia pun mulai mencari informasi mengenai cara mendapatkan ganja untuk mengobati istrinya yang menderita penyakit *Syringomelya*.²⁷

Kakak kandung terdakwa Fidelis yaitu Yohana LA Suyati menceritakan bahwa terjadi perubahan besar semenjak istri Fidelis menggunakan ekstrak ganja dalam proses penyembuhannya, mulai dari meningkatnya nafsu makan hingga bisa tertidur pulas sebagai mana rutinitas normal pada umumnya serta

²⁷ Putusan Nomor 111/Pid.Sus/2017/Pn Sag

lubang-lubang pada luka-luka dekubitus sudah menutup karena daging yang baru sudah tumbuh dan permukaan luka sudah mengering.²⁸

Majelis hakim Pengadilan Sanggau dalam Putusannya Nomor 111/Pid.Sus/2017/Pn Sag, menyatakan bahwa terdakwa Fidelis Arie Sudewarto telah terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana tanpa hak dan melawan hukum menggunakan narkoba golongan 1 kepada orang lain sesuai dengan rumusan yang terdapat pada Pasal 116 ayat (1) Undang-undang No 35 tahun 2009 tentang Narkotika dan dijatuhi pidana penjara 8 Bulan penjara dan denda Rp. 1.000.000.000,- dengan ketentuan apabila denda tersebut tidak dibayar diganti dengan pidana penjara selama 1 (satu) bulan.²⁹ Dapat disimpulkan bahwa majelis hakim dalam putusannya tidak menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, yaitu tanpa memperhatikan apakah ada unsur *mens rea* dari terdakwa atau tidak, sehingga hakim hanya berpegang teguh kepada isi undang-undang (keadilan prosedural).

- b) Kasus pencurian kapuk randu. Kasus itu berawal dari tuduhan pencurian kapuk oleh pemilik perkebunan kapuk kapas di Batang, Jawa Tengah. Setelah itu, para terdakwa yang masih satu keluarga itu diringkus polisi dan hakim memvonis para terdakwa masing-masing hukuman penjara selama 24 hari. Namun karena para terdakwa sebelumnya sudah ditahan selama 24 hari, maka

²⁸ Yohanes Kurnia Irawan, "Akhir Perjuangan Fidelis Merawat Sang Istri dengan Ganja (Bagian2)", <https://regional.kompas.com/read/2017/04/04/16352471/akhir.perjuangan.fidelis.merawat.sang.istri.dengan.ganja.bagian.2.?page=2>, dikunjungi tanggal 12 Januari 2023 jam 21.21 WIB

²⁹ Putusan Nomor 111/Pid.Sus/2017/Pn Sag.

mereka tidak perlu lagi menjalani hukuman.³⁰ Masyarakat disekitar menyesalkan penahanan terhadap terdakwa. Menurut mereka, apa yang dilakukan terdakwa memang biasa dilakukan warga setempat. Apalagi, nilai buah randu yang dipungut keempatnya jika diuangkan tak lebih dari Rp 10.000.³¹

John Rawls mengemukakan, bahwa keadilan prosedural yang tidak sempurna dicontohkan oleh pengadilan pidana. Hasil yang diinginkan adalah bahwa tersangka harus dinyatakan bersalah jika dan hanya seseorang melakukan pelanggaran yang dituduhkan. Prosedur pengadilan dikerangkai untuk mengukuhkan kebenaran. Namun tampaknya mustahil untuk merancang aturan-aturan legal sedemikian rupa sehingga selalu memberi hasil yang tepat. Teori pengadilan ini menguji prosedur dan aturan bukti mana yang paling terkalkulasikan dengan baik agar konsisten dengan tujuan-tujuan hukum lainnya. Tatanan yang berbeda secara rasional bisa diharapkan dalam situasi berbeda untuk memberikan hasil yang benar, tidak selalu tapi setidaknya sebageian besar. Maka, pengadilan adalah perihal ketidaksempurnaan keadilan prosedural. Kendati hukum diikuti dengan cermat, dan prosesnya dilakukan dengan *fair*, ia bisa mencapai hasil yang salah. Orang yang tidak salah bisa dinyatakan bersalah, dan orang yang bersalah bisa dibebaskan.³²

Dalam ilmu hukum pidana, pemidanaan terhadap suatu perbuatan harus memenuhi syarat-syarat pemidanaan. Syarat-syarat pemidanaan tersebut berkaitan

³⁰Liputan6, "Divonis 24 Hari Penjara, Pencuri Biji Kapuk Pingsan", <https://www.liputan6.com/news/read/262068/divonis-24-hari-penjara-pencuri-biji-kapuk-pingsan>, dikunjungi tanggal 12 januari 2022 jam 14.07 WIB.

³¹Detiknews, "4 Pencuri 2 Kg Buah Kapuk Dituntut 1 Tahun Penjara", <https://news.detik.com/berita/d-1286181/4-pencuri-2-kg-buah-kapuk-dituntut-1-tahun-penjara>, dikunjungi tanggal 12 januari 2022 jam 14.09 WIB

³² John Rawls (1), 2011, *Teori Keadilan, Dasar-Dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, (Terjemahan: Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 101-102.

dengan penilaian terhadap aspek perbuatan maupun aspek sikap batin pelakunya. Penilaian terhadap aspek perbuatan (*actus reus*) disyaratkan bahwa perbuatan tersebut harus bersifat melawan hukum dan tidak ada alasan pembeda yang menghapus sifat melawan hukum perbuatan tersebut. Syarat ini merupakan konsekuensi berlakunya asas legalitas, sedangkan penilaian terhadap aspek sikap batin pelakunya (*mens rea*) diisyaratkan bahwa pada pelakunya ada kemampuan bertanggung jawab, ada kesalahan, dan tidak adanya alasan pemaaf yang menghapus kesalahan tersebut. Syarat ini merupakan konsekuensi dari dianutnya asas culpabilitas. Semua syarat tersebut bersifat kumulatif dan harus dipenuhi (imperatif) dalam setiap pemidanaan.³³

Dengan penjelasan tersebut maka jelas, bahwa sifat melawan hukum merupakan salah satu unsur mutlak dari suatu delik, dikarenakan Pasal 1 ayat (1) KUHP menganut ajaran legalitas formil (*noella poena sine lege*), maka melawan hukum dalam hal ini diartikan secara sempit, yaitu sebagai bertentangan dengan perundang-undangan (sifat melawan hukum formil), artinya suatu perbuatan diklasifikasi sebagai melawan hukum apabila bertentangan dengan perundang-undangan (tertulis).³⁴

Keterbatasan dan kelemahan asas legalitas dalam arti formil telah menimbulkan berbagai penerobosan terhadapnya, baik pada tataran aturan hukum

³³ RB Budi Prastowo, "Delik Formil/Materiil, Sifat Melawan Hukum Formil/Materiil Dan Pertanggungjawaban Pidana Dalam Tindak Pidana Korupsi Kajian Teori Hukum Pidana Terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi RI Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006", Jurnal Hukum Pro Justitia Vol. 24 No. 3, Juli 2006, hlm. 214-215

³⁴ Menurut ajaran sifat melawan hukum formil, suatu perbuatan dikualifikasi sebagai melawan hukum apabila bertentangan dengan perundang-undangan (hukum tertulis), demikian juga sifat melawan hukum perbuatan tersebut hanya bisa dihapus dengan alasan pembeda yang dirumuskan dalam perundang-undangan. *Ibid.*, hlm. 215.

maupun praktik hukum. Penerobosan terhadap asas legalitas pada tataran praktik hukum antara lain sebagai berikut :

- (a) Putusan Nomor : 410/Pid. B/2014/PN. Bgl dalam Perluasan Makna Perkosaan.

Dalam Putusan Nomor 410/Pid.B/2014/PN.Bgl, Majelis Hakim memperluas penafsiran terhadap unsur “kekerasan atau ancaman kekerasan” dalam Pasal 285 KUHP. Pada umumnya, unsur ini dimaknai sebagai kekerasan fisik langsung, misalnya: pemukulan atau ancaman dengan senjata. Namun, dalam putusan ini, Majelis Hakim menafsirkan bahwa bujuk rayu dan tipu muslihat juga dapat dianggap sebagai bentuk ancaman kekerasan, khususnya dalam kasus pemaksaan hubungan seksual.”³⁵

Majelis Hakim berpendapat bahwa KUHP sudah tidak lagi cukup relevan dalam menghadapi dinamika kejahatan seksual di era modern. Oleh karena itu, Majelis Hakim merujuk pada Pasal 81 dan 82 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yang memperluas cakupan unsur “kekerasan” dengan mencakup tindakan manipulatif, seperti tipu muslihat dan serangkaian kebohongan.³⁶ Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa Majelis Hakim menerapkan penafsiran analogi, yaitu dengan cara memperluas cakupan suatu norma agar dapat diterapkan pada kasus yang belum diatur secara eksplisit dalam undang-undang.

Dalam Putusan Nomor 410/Pid.B/2014/PN.Bgl ini, Majelis Hakim menilai bahwa pemaksaan hubungan seksual tidak selalu harus terjadi melalui kekerasan fisik, tetapi juga dapat melalui tekanan psikologis. Hakim menekankan bahwa

³⁵ Putusan Nomor : 410/Pid. B/2014/PN. Bgl, hlm. 30.

³⁶ *Ibid.*, hlm. 24.

dalam kasus ini, korban berada dalam situasi yang memaksa dan tidak memiliki pilihan lain, sehingga bujuk rayu dan janji manis dari pelaku dapat dikategorikan sebagai bentuk ancaman kekerasan.³⁷

Putusan ini menjadi contoh, bagaimana peradilan pidana dapat mengisi kekosongan hukum ketika peraturan yang ada tidak cukup untuk melindungi korban kejahatan seksual. Namun, penggunaan analogi dalam hukum pidana masih menjadi perdebatan karena bertentangan dengan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Putusan ini mencerminkan pendekatan hukum progresif, di mana hakim tidak hanya terikat pada teks undang-undang, tetapi juga mempertimbangkan nilai keadilan substantif. Perluasan makna perkosaan dalam putusan ini menunjukkan bahwa meskipun KUHP (hukum tertulis) memiliki keterbatasan dalam mengakomodasi perkembangan kejahatan seksual, namun hakim dapat melakukan penafsiran hukum yang lebih luas untuk menyesuaikan dengan dinamika sosial dan memberikan perlindungan lebih bagi korban.

(b) Putusan Mahkamah Agung No. 395 K/Pid/1995, dalam Perkara yang Menyangkut Terdakwa Muchtar Pakpahan.

Dalam putusannya, hakim membebaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum, dengan pertimbangan, bahwa menurut hakim arti kata “menghasut” tidak sesuai lagi dengan arti kata tersebut menurut paham zaman lampau ketika KUHP diundangkan, tetapi hakim menafsirkan kata menghasut itu dengan mendasarkan pada kondisi keadaan masyarakat pada saat sekarang, yang sarat dengan isu keterbukaan dan demokratisasi, sehingga dipandang arti kata tersebut sudah tidak sesuai dengan arti kata pada saat ini, sehingga hakim memberikan penafsiran kata

³⁷ *Ibid.*, hlm. 31.

“menghasut” ini bukanlah merupakan anjuran kepada orang lain untuk melakukan suatu tindak pidana, akan tetapi merupakan hak daripada setiap warga negara untuk mengeluarkan pendapatnya secara bebas yang dijamin di negara demokrasi. Selain itu pula disebutkan, seharusnya dalam setiap putusannya, hakim menerapkan undang-undang dan sekaligus menciptakan hukum yang merupakan gabungan antara pola pikir yang berdasarkan sistem dan yang berpola pikir pada masalah atas problem sosial yang konkret yang harus diputus.³⁸

Pada Putusan Mahkamah Agung No. 395 K/Pid/1995, jika ditelaah sebagaimana dalam pertimbangan hakim, suatu interpretasi atau penafsiran tidak hanya terbatas pada makna tekstual dari kata-kata yang tercantum dalam undang-undang, tetapi juga mencakup makna yang lebih luas sesuai dengan konteks hukum yang hidup di dalam masyarakat (*living law*), oleh karena itu suatu penafsiran yang menggunakan metode interpretasi sosiologis atau teleologis sebagai suatu metode penafsiran undang-undang yang harus diutamakan. Dengan pandangan tersebut, maka Mahkamah Agung menunjukkan pendiriannya bahwa aliran legisme dan aliran kodifikasi harus dijauhi dalam melakukan suatu tafsiran atas suatu pasal undang-undang, terlebih terhadap undang-undang dari masa kolonial.³⁹

Undang-Undang merupakan sumber hukum yang penting dan utama, akan tetapi, yang perlu diketahui bahwa undang-undang dan hukum tidaklah identik. Tidaklah mudah membaca undang-undang, karena tidak hanya membaca bunyi kata-katanya saja (*naar de letter van de wet*), tetapi harus pula mencari arti, makna,

³⁸ Achmad Rifai, 2011, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 142-143.

³⁹ Antonius Sudirman, 2007, *Hati Nurani Hakim Dan Putusannya Suatu Pendekatan Dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudence) Kasus Hakim Bismar Siregar*, Citra Aditya Bakti, Jakarta, hlm. 75.

atau tujuannya. Selain itu, apa yang dalam undang-undang berlaku sebagai hukum bagi peristiwa konkret tertentu tidak secara langsung dapat dilihat dengan mudah dalam undang-undang. Di sini masalahnya bukanlah tahu atau hafal undang-undangnya, tetapi masalahnya ialah bagaimana menggunakannya.⁴⁰

Penerobosan terhadap asas legalitas tersebut berkaitan dengan ajaran sifat melawan hukum materiil,⁴¹ sifat melawan hukum materiil terdapat 2 (dua) fungsi, yaitu: (1) sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif,⁴² ajaran ini tidak bertentangan dengan asas legalitas dalam pasal 1 ayat (1) KUHP karena yang dilarang dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP adalah menggunakan hukum tidak tertulis sebagai dasar pemidanaan, sedangkan dalam ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang negatif ini, hukum tidak tertulis digunakan sebagai dasar untuk penghapusan pidana, dan (2) sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif,⁴³ ajaran ini tidak dianut dalam hukum pidana Indonesia karena bertentangan dengan asas legalitas sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, namun pada Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman justru mengisyaratkan sifat melawan hukum materiil baik dalam fungsinya yang negatif maupun positif, dengan kata lain syarat suatu pemidanaan tidak dilihat dari sifat melawan hukum formil saja.

⁴⁰ Sudikno Mertokusumo (1), 2014, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 65.

⁴¹ Ajaran sifat melawan hukum materiil mengakui hukum tidak tertulis sebagai hukum disamping perundang-undangan (hukum tertulis). Lihat: RB Budi Prastowo, *Op. cit.*, hlm. 215.

⁴² Ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang negatif menyatakan bahwa hukum tidak tertulis dapat digunakan sebagai dasar menghapus sifat melawan hukum suatu perbuatan yang sudah memenuhi rumusan delik dalam perundang-undangan (hukum tertulis). *Ibid.*,

⁴³ Ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif menyatakan bahwa hukum tidak tertulis dapat digunakan sebagai dasar untuk mengkualifikasikan suatu perbuatan sebagai perbuatan melawan hukum, artinya suatu perbuatan yang menurut masyarakat tidak patut atau bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat (bertentangan dengan hukum tidak tertulis) dapat dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum dan oleh karenanya (apabila memenuhi syarat-syarat pemidanaan lainnya) dapat dipidana. *Ibid.*,

Ius constituendum melalui Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2023 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, masih menggunakan format asas legalitas formil, hal ini tentunya akan tetap terdapat antinomi baik secara teoritis maupun praktis. Praktik hukum oleh penegak hukum yang terjadi di Indonesia seperti praktik lembaga pengadilan, kepolisian, kejaksaan dan praktisi hukum (kelompok pilar dari *criminal justice system*) cenderung selalu bertumpu pada pijakan berpikir legisme sebagai ciri utama dari positivisme hukum. Dalam hal ini, cara pandang hukum dilihat dari teleskop perundang-undangan belaka untuk kemudian menghakimi peristiwa-peristiwa yang terjadi.⁴⁴

Pemahaman asas legalitas dalam arti formil merupakan akibat pengaruh dari pandangan positivisme, atau aliran legisme yang umumnya dianut oleh negara-negara Eropa Kontinental atau pada negara yang mengenal sistem kodifikasi seperti negara Indonesia. Positivisme memandang undang-undang sebagai hukum yang lengkap dan jelas mengatur tentang suatu peristiwa. Akibatnya, pada negara yang menganut sistem kodifikasi ini, mengenal undang-undang sebagai sumber hukum yang utama.⁴⁵

Di dalam hukum Indonesia, asas legalitas dalam arti formil tersebut bertentangan dengan asas *rechtweigering* yang terkandung dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman yaitu asas yang melarang hakim untuk menolak memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara yang

⁴⁴ A. Sukris Sarmadi, "Membebaskan Positivisme Hukum Ke Ranah Hukum Progresif (Studi Pembacaan Teks Hukum Bagi Penegak Hukum)", Jurnal Dinamika Hukum Vol. 12 No. 2, 2012, hlm. 332.

⁴⁵ E. Nurhaini Butarbutar, "Antinomi Dalam Penerapan Asas Legalitas Dalam Proses Penemuan Hukum", Yustisia Vol.1 No.1, 2012, hlm. 150.

diajukan kepadanya dengan dalih hukumnya tidak ada atau tidak jelas.⁴⁶ Di samping itu, asas legalitas dalam arti formil bertentangan juga dengan asas kebebasan hakim yang merupakan salah satu prinsip penting dalam suatu negara hukum.⁴⁷

Hal tersebut sesuai dengan amanat UUD 1945 pada Pasal 24 ayat (1) yang menyatakan bahwa, Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Lebih lanjut, perihal tersebut juga terdapat di dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, pada Pasal 2 ayat (1), dinyatakan bahwa, Peradilan dilakukan “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” dan pada Pasal 2 ayat (2) dinyatakan bahwa peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.⁴⁸ Roh keadilan yang harus menjiwai hukum itu adalah merupakan perwujudan dari tujuan penegakan hukum.⁴⁹

Penyelesaian *antinomy normen*⁵⁰ terhadap asas legalitas dengan asas *rechtweigerung* yang terkandung dalam Pasal 5 ayat (1) dan 10 ayat (1) Undang-

⁴⁶ Pandangan ini bersesuaian dengan paham realisme hukum, bahwa hukum adalah hasil dari kekuatan sosial dan alat kontrol sosial. Kepribadian manusia, lingkungan sosial, keadaan ekonomi, kepentingan bisnis, gagasan yang sedang berlaku, emosi-emosi yang umum, semua ini pembentuk hukum dan hasil hukum dalam kehidupan. Hal yang pokok dalam ilmu hukum realis yaitu gerakan dalam pemikiran dan kerja tentang hukum. Realisme adalah konsepsi hukum yang terus berubah dan alat untuk tujuan-tujuan sosial, sehingga tiap bagian harus diuji tujuan dan akibatnya. Realisme mengandung konsepsi tentang masyarakat yang berubah lebih cepat daripada hukum. Lihat: Muhammad Syukri Albani Nasution, *et all*, 2017, *Hukum Dalam Pendekatan Filsafat*, Kencana, Jakarta, hlm. 152. Pada aliran ini, hukum tercipta dari hakim sehingga hukum lahir atau bersumber dari peradilan, undang-undang bukanlah satu-satunya sumber hukum, tetapi ada sumber hukum yang lain yaitu hukum tertulis atau kebiasaan serta ide-ide dalam hukum sebagai upaya dalam menemukan hukum. Lihat: M. Natsir Asnawi, 2022, *Dekonstruksi Hukum, Jejak-jejak penafsiran dan pembentukan Norma dalam Penegakan Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 171.

⁴⁷ E. Nurhaini Butarbutar, *Op. cit.*, hlm. 146.

⁴⁸ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

⁴⁹ Harifin A. Tumpa, “Penerapan Konsep *Rechtsvinding* dan *Rechtsschepping* oleh Hakim dalam Memutus Suatu Perkara”, *Hasanuddin Law Review* Vol. 1 Issue 2, 2015, hlm. 128-129.

⁵⁰ *Antinomy normen* adalah konflik antar norma hukum.

Undang tentang Kekuasaan Kehakiman tersebut dapat diselesaikan dengan cara interpretasi. Menurut Fockema, antinomi diartikan sebagai dua aturan atau lebih yang saling bertentangan, sehingga penyelesaiannya wajib dicari melalui tafsir. Antinomi adalah dua hal yang berlainan namun saling menyempurnakan.⁵¹ Ketika menghadapi antinomi, penegak hukum harus bisa menciptakan keseimbangan atau keselarasan diantara kedua asas tersebut.

Penegakan hukum atau *Law Enforcement* pada hakikatnya adalah merupakan suatu proses untuk mewujudkan tujuan-tujuan hukum, ide-ide hukum menjadi kenyataan.⁵² Menurut Satjipto Rahardjo,⁵³ penegakan hukum pada hakikatnya merupakan masalah yang tidak sederhana, bukan saja karena kompleksitas sistem hukum itu sendiri, tetapi juga rumitnya jalinan hubungan sistem hukum dengan sistem sosial, politik, ekonomi dan budaya masyarakat.⁵⁴ Penegakan hukum sebagai penegakan ide-ide hukum serta konsep-konsep hukum yang masih abstrak, menjadi kenyataan (dari hukum *in abstracto* menjadi hukum *in concreto*). Dalam hukum pidana *in concreto*, asas legalitas dijadikan landasan untuk menentukan apakah

⁵¹ Fockema Andreae, *Loc. cit.*

⁵² Esmi Warassih P, 2005, *Lembaga Prana Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Suryandaru Utama, Semarang, hlm. 83.

⁵³ Satjipto Rahardjo (1), 2009, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. vii.

⁵⁴ Efektif dan berhasil tidaknya penegakan hukum, menurut Lawrence M. Friedman tergantung 3 (tiga) unsur sistem hukum, yakni struktur hukum, substansi hukum dan budaya hukum.

- a) Struktur hukum adalah keseluruhan institusi hukum beserta aparatnya, jadi termasuk di dalamnya kepolisian dengan polisinya, kejaksaan dengan jaksanya, pengadilan dengan hakimnya, dan seterusnya
- b) Substansi hukum adalah keseluruhan aturan hukum (termasuk asas hukum dan norma hukum), baik yang tertulis maupun tertulis, termasuk putusan pengadilan.
- c) Kultur hukum adalah sikap-sikap, nilai-nilai, dan pendapat-pendapat yang dianut di masyarakat tentang hukum, sistem hukum dan beragam bagiannya. Lihat: Achmad Ali (1), 2009, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) & Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence) Volume 1 Pemahaman Awal*, Kencana, Jakarta, hlm. 180-183. Lihat juga: Lawrence M. Friedman, 1975, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, hlm. 14-15.

suatu perbuatan dilarang dan dapat dipidana atau tidak ditentukan berdasarkan undang-undang yang telah ada, menurut Gabriel Hallevy bahwa:⁵⁵

“The principle of legality has to do with the applicability of the criminal norm, it relates to criminality in abstracto, not in concreto. Criminality in abstracto means analyzing the criminal norm in abstract terms, irrespective of individual events. Criminality in concreto is generally the domain of the courts, where the imposition of criminal liability on an individual in given circumstances is analyzed in specific terms. The principle of legality relates to the criminal norm and not to the criminal event”. (Asas legalitas berkaitan dengan berlakunya norma pidana, berkaitan dengan kriminalitas secara *in abstracto*, bukan *in concreto*. Kriminalitas secara *abstracto* berarti menganalisis norma pidana secara abstrak, terlepas dari peristiwa-peristiwa individualnya. Kriminalitas *in concreto* umumnya merupakan domain pengadilan, dimana peneanan tanggung jawab pidana terhadap seseorang dalam keadaan tertentu dianalisis secara spesifik. Asas legalitas berkaitan dengan norma pidana dan bukan pada peristiwa pidana).

Sistem peradilan pidana merupakan interkoneksi antara keputusan dari setiap instansi yang terlibat dalam proses peradilan pidana, sering juga disebut sebagai sistem pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Masyarakat Terpudana.⁵⁶ Sistem peradilan pidana tidak hanya mencakup satu institusi, tetapi berkaitan erat dengan beberapa institusi negara, sehingga pekerjaan aparat penegak hukum yang satu, akan berdampak pada beban kerja kepada aparat penegak hukum yang lain. Para penegak hukum dalam sistem peradilan pidana adalah terpadu dan tidak dapat dipisahkan.⁵⁷

Permasalahan antinomi terhadap asas legalitas dalam mewujudkan keadilan di dalam penegakan hukum pidana, terletak pada ketidaksepahaman atau

⁵⁵ Gabriel Hallevy, 2010, *A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law*, Springer, Germany, hlm. 6.

⁵⁶ Syaiful Bakhri, 2015, *Sistem Peradilan Pidana Indonesia Perspektif Pembaharuan Hukum, Teori, Dan Praktik Peradilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 8.

⁵⁷ Eddy OS. Hiariej, 2013, *Beberapa Catatan RUU KUHAP Dan Hakim Pemeriksa Pendahuluan Dalam Konteks Sistem Peradilan Pidana Terpadu, Dalam Problematika Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*, Komisi Hukum Nasional RI, Jakarta, hlm. 78-79. Di dalam Syaiful Bakhri, *Op. cit.*, hlm.7.

ketidakseragaman para penegak hukum⁵⁸ dalam memaknai konsep asas legalitas. Oleh karena itu, pengkajian kembali mengenai makna asas legalitas secara filosofis dalam konteks masa kini mutlak dilakukan, sehingga diperlukan reinterpretasi⁵⁹ terhadap asas tersebut.

Dalam hal melakukan reinterpretasi konsep asas legalitas tersebut, perlu digunakannya epistemologi dengan cara hermeneutika. Hermeneutika adalah sebuah kegiatan untuk menyingkap makna sebuah teks, sementara teks dapat dimengerti sebagai jejaring makna atau struktur simbol-simbol, baik tertuang sebagai tulisan ataupun bentuk lain.⁶⁰ Dalam teori penemuan hukum dikenal adanya postulat hermeneutika tersebut yang menyatakan bahwa:

*“In Law, there are hermeneutic postulates, whose use is required to an internal and abstract understanding of the legal order, and which may support different alternatives of normative application. One of the most important is the postulate of unity of the legal order, which requires the interpreter to relate part and whole by employing order and unity categories. A sub-element of this postulate is the postulate of coherence, which burdens the interpreter with many duties, one of them being the duty of relating norms to the norms that are formally or substantively superior to them. The conditions for discovery that hermeneutics reveals are true postulates: where there is a part there is a whole; where there is an object to be discovered there is a subject to discover it; where there is a system, there is a problem”.*⁶¹ (Dalam Hukum, terdapat postulat hermeneutik, yang penggunaannya diperlukan untuk pemahaman internal dan abstrak tentang tatanan hukum,

⁵⁸ Peranan penegak hukum pidana dalam upaya penegakan hukum di Indonesia mempunyai peranan yang sangat penting dan strategis, mengemban tugas sebagai penegak hukum bukanlah hanya bersifat formalitas dalam sistem peradilan pidana melainkan secara faktual juga harus dapat berperan aktif dalam mewujudkan rasa keadilan dan kepastian hukum dalam bermasyarakat. Akan tetapi, dalam hal-hal tertentu timbul berbagai persoalan yang membuat tugas penegak hukum menjadi terkendala, karena adanya beberapa faktor penghambat, seperti: persoalan perbedaan penafsiran hukum pidana. Lihat: Suhaimi pada tahun 2013, penelitian disertasi *Hukum Tidak Tertulis Sebagai Sumber Hukum Untuk Putusan Pengadilan Perkara Pidana*. Di Fakultas Hukum, Universitas Sumatera Utara, hlm. 227.

⁵⁹ Reinterpretasi adalah penafsiran kembali (ulang); proses, cara, perbuatan menafsirkan kembali terhadap interpretasi yang sudah ada.

⁶⁰ F. Budi Hardiman (1), 2015, *Seni Memahami Hermeneutik Dari Scheiermacher Sampai Derrida*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 12.

⁶¹ Humberto Ávila, 2007, *Theory Of Legal Principles*, Springer, Dordrecht-The Netherlands, hlm. 84-85. Lihat juga Canaris, Claus-Wilhelm, 1983, *Systemdenken Und Systembegriff In Der Jurisprudenz*. Berlin: Duncker Und Humblot, hlm. 16. Lihat juga : Kerchove, Michel Van De. Ost, 1988, *François. Le Système Juridique Entre Ordre Et Desordre*. Paris: PUF, hlm. 101.

dan yang dapat mendukung berbagai alternatif penerapan normatif. Salah satu yang paling penting adalah dalil kesatuan tatanan hukum, yang mengharuskan penafsir menghubungkan sebagian dan keseluruhan dengan menggunakan kategori ketertiban dan kesatuan. Sub unsur postulat ini adalah postulat koherensi yang membebani penafsir dengan banyak tugas, salah satunya adalah tugas menghubungkan norma dengan norma yang secara formal atau substantif lebih tinggi darinya. Syarat-syarat penemuan yang diungkapkan hermeneutika adalah postulat yang benar: di mana ada bagian di situ ada keseluruhan; di mana ada objek yang ditemukan, di situ ada subjek yang menemukannya; di mana ada sistem, di situ ada masalah).

Hermeneutika hukum mempunyai relevansi dengan teori penemuan hukum, yang ditampilkan dalam kerangka pemahaman proses timbal balik antara kaidah-kaidah dan fakta-fakta. Dalil hermeneutika menjelaskan bahwa orang harus mengkualifikasi fakta-fakta dalam cahaya kaidah-kaidah dan menginterpretasikan kaidah-kaidah dalam cahaya fakta-fakta, termasuk paradigma dari teori penemuan hukum modern saat ini. Jadi, hermeneutika hukum dapat dipahami sebagai metode interpretasi teks hukum atau metode memahami terhadap suatu naskah normatif.⁶²

Model Hermeneutika dalam penelitian ini adalah hermeneutika secara dekonstruksi.⁶³ Tokoh yang mengembangkan dekonstruksi ini adalah Jacques Derrida. Ia adalah tokoh filsafat Perancis yang lahir pada tahun 1930 di Aljazair.⁶⁴

⁶² Achmad Rifai, *Op. cit.*, hlm. 88.

⁶³ Dekonstruksi merupakan pemikiran postmodern, Gerakan Postmodernisme ini pada dasarnya muncul sebagai kritik atas kegagalan manusia modern (kehidupan modernitas) dalam menciptakan situasi sosial yang lebih baik, kondusif dan berkeadilan sosial. Lihat: George Ritzer, 2003, *Teori sosial postmodern*, (Terjemahan: Muhammad Taufik), Juxtapose, Yogyakarta, hlm. 31. Derrida menciptakan sebuah pemikiran dekonstruksi, yang merupakan salah satu kunci pemikiran postmodernisme, yang mencoba memberikan sumbangan mengenai teori-teori pengetahuan yang dinilai sangat kaku dan kebenarannya tidak bisa dibantah, yang dalam hal ini pemikiran modernisme. Derrida mencoba untuk meneliti kebenaran terhadap suatu teori pengetahuan yang baginya bisa dibantah kebenarannya yang dalam arti bisa membuat teori baru asalkan hal tersebut dapat terbukti kebenarannya dan dipertanggungjawabkan. Para tokoh dan pemikir postmodernisme menghadirkan sebuah gagasan baru yang disebut dengan postmodernisme dalam rangka melakukan dekonstruksi paradigma terhadap berbagai bidang keilmuan, sebagai sebuah upaya untuk mengoreksi atau membuat dan bahkan menemukan paradigma yang baru. Lihat: Johan Setiawan, "Pemikiran Postmodernisme Dan Pandangannya Terhadap Ilmu Pengetahuan", *Jurnal Filsafat*, Vol. 28, No. 1, 2018, hlm. 29-31.

⁶⁴ Christopher Norris, 2006, *Membongkar Teori Dekonstruksi Jacques Derrida*, (Terjemahan: Inyik Ridwan Muzir), Ar-Ruzz Media, Yogyakarta, hlm. 6.

Derrida mengembangkan sebuah cara atau metode dalam membaca teks yang dikenal dengan istilah dekonstruksi. Di dalam dekonstruksi ini bukan berfokus kepada inkonsistensi logis, argumen yang lemah, ataupun premis yang tidak akurat yang terdapat dalam suatu teks, melainkan membongkar atau melacak unsur yang secara filosofis menjadi penentu, atau unsur yang memungkinkan teks tersebut menjadi filosofis.⁶⁵

Dalam hal ini, dekonstruksi bukan bertujuan untuk menghapus makna atau meniadakan kebenaran, melainkan untuk menunjukkan bahwa makna selalu bersifat dinamis (proses) dan belum pernah mencapai bentuk akhir yang tetap (tidak pernah final). Sebagaimana yang dikemukakan oleh Jacques Derrida, bahwa:

“... In the name of what, of which other "truth," moreover, would it? One of the definitions of what is called deconstruction would be the effort to take this limitless context into account, to pay the sharpest and broadest attention possible to context, and thus to an incessant movement of recontextualization... in general so badly understood, of deconstruction (“there is nothing outside the text”)... This way of thinking context does not, as such, amount to a relativism... even nihilism.”⁶⁶ (Atas nama apa, “kebenaran” lain yang mana lagi, yang akan menjadi kebenaran itu? Salah satu definisi dari apa yang disebut dekonstruksi adalah upaya untuk memperhitungkan konteks yang tak terbatas ini, untuk memberikan perhatian yang setajam dan seluas mungkin kepada konteks, dan dengan demikian kepada gerakan rekontekstualisasi yang tiada henti... secara umum dipahami dengan sangat buruk, dekonstruksi (“tidak ada apa pun di luar teks”)... Cara berpikir konteks ini tidak, dengan demikian, berarti relativisme... bahkan nihilisme).

Berdasarkan pernyataan tersebut, Derrida secara eksplisit menjelaskan, bahwa pendekatan dekonstruktif bukanlah bentuk nihilisme, karena tetap mengakui nilai-nilai seperti kebenaran, meskipun memahaminya sebagai sesuatu yang terikat pada konteks dan selalu berada dalam proses yang belum selesai. Artinya bahwa,

⁶⁵ *Ibid.*, hlm. 12.

⁶⁶ Jacques Derrida (1), 1988, *Limited Inc.*, (Terjemahan: Samuel Weber), Northwestern University Press, Evanston, hlm. 136-137.

melalui dekonstruksi, maka sebuah konsep akan selalu mengalami perkembangan atau perubahan makna sesuai dengan konteks dan interpretasinya. Derrida mengemukakan bahwa:

“... *Every sign, linguistic or nonlinguistic, spoken or written (in the current sense of this opposition), in a small or large unit, can... break with every given context, engendering an infinity of new contexts in a manner which is absolutely illimitable... there are only contexts without any center or absolute anchoring...*⁶⁷ *This absence of univocal definitions is not "obscurantist," it respectfully pays homage to a new, very new Aufklärung...*⁶⁸ (“... Setiap tanda, linguistik atau nonlinguistik, lisan atau tertulis (dalam pengertian oposisi saat ini), dalam unit kecil atau besar, dapat... memutuskan hubungan dengan setiap konteks yang diberikan, menghasilkan konteks baru yang tak terbatas dengan cara yang sama sekali tidak terbatas... yang ada hanyalah konteks tanpa pusat atau penjangkaran absolut... Ketiadaan definisi univokal ini bukanlah “obskurantis,” hal ini dengan hormat memberi penghormatan kepada Aufklärung yang baru dan sangat baru...).

Oleh karena itu, Haryatmoko mengemukakan, bahwa dekonstruksi memiliki tujuan, antara lain:⁶⁹

- (1) Dekonstruksi menawarkan cara untuk mengidentifikasi kontradiksi dalam politik teks sehingga membantu untuk memperoleh kesadaran lebih tinggi akan adanya bentuk-bentuk inkonsistensi teks.⁷⁰
- (2) Dekonstruksi akan memperlakukan teks, konteks, dan tradisi sebagai sarana yang mampu membuka kemungkinan baru untuk perubahan melalui hubungan yang tidak mungkin. Tradisi justru tidak membatasi cara penafsiran baru, memungkinkan kreativitas karena tradisi membuka kemungkinan baru dengan menyingkap lintasan teks.⁷¹
- (3) Dekonstruksi membantu meningkatkan kemampuan berpikir kritis dan melihat cara-cara bagaimana pengalaman ditentukan oleh ideologi yang tidak kita sadari karena ideologi sudah dibangun atau menyatu di dalam bahasa. Maka dekonstruksi mau mencairkan ideologi yang sudah membeku di dalam bahasa. Jadi sebetulnya bahasa bukan alat

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 12.

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 141.

⁶⁹ Haryatmoko, 2016, *Membongkar Rezim Kepastian Pemikiran Kritis Post-Strukturalis*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 134-135.

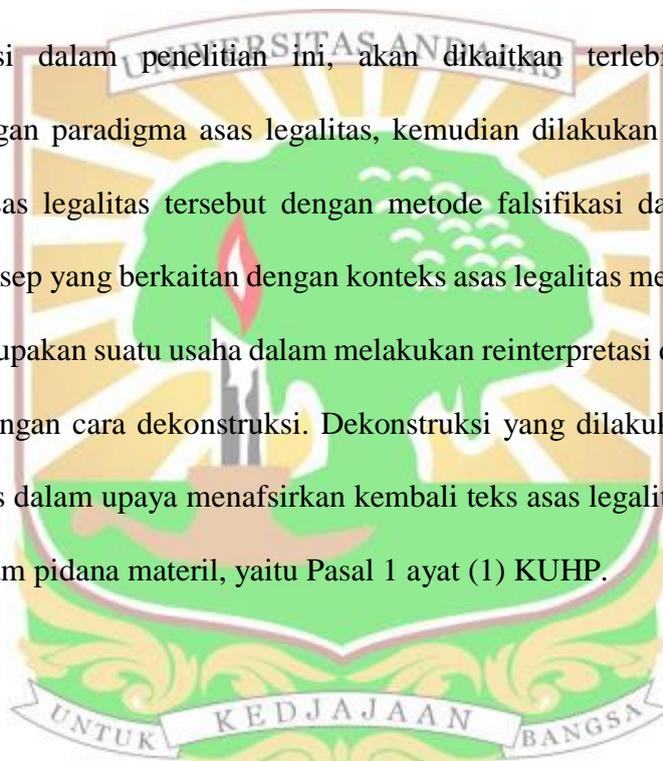
⁷⁰ Misalnya, menulis tentang representasi identitas bangsa dengan menetapkan tema pribumi/asli versus non-pribumi, berarti sudah memilih, memihak, dan melegitimasi pemahaman atau nilai keaslian melawan pendatang. *Ibid.*, hlm. 134.

⁷¹ Misalnya, ketika konsep ‘pribumi’ didefinisikan sebagai asli karena dianggap sebagai yang sudah lebih dulu tinggal di suatu daerah. Maka orang bisa juga menafsirkan bahwa pendatang harusnya bisa dianggap pribumi karena tinggal lebih dulu daripada cucu-cucu orang pribumi tersebut. *Ibid.*,

komunikasi netral namun cair, ambigu karena melalui bahasa, ideologi-ideologi tertentu memprogram kita atau cara berpikir kita tanpa kita sadari.⁷²

- (4) Dekonstruksi dianggap berhasil bila mampu mengubah teks, membuat asing bagi para pembaca yang sudah menganggap familiar, membuat mata terbelalak ketika disingskap makna-makna yang terpinggirkan.⁷³

Dengan demikian, model dekonstruksi Derrida sangat relevan dalam menjawab kekakuan dan keterbatasan teks-teks hukum dalam merangkum seluruh fenomena yang ada. Dekonstruksi telah membuka ruang bagi penafsiran terhadap teks sehingga dimungkinkan muncul makna-makna baru.⁷⁴ Usaha mengembangkan dekonstruksi dalam penelitian ini, akan dikaitkan terlebih dahulu dengan perkembangan paradigma asas legalitas, kemudian dilakukan pengujian kembali terhadap asas legalitas tersebut dengan metode falsifikasi dan menghubungkan konsep-konsep yang berkaitan dengan konteks asas legalitas melalui hermeneutika. Hal ini merupakan suatu usaha dalam melakukan reinterpretasi dan memahami asas legalitas dengan cara dekonstruksi. Dekonstruksi yang dilakukan pada penelitian ini berfokus dalam upaya menafsirkan kembali teks asas legalitas yang terdapat di dalam hukum pidana materil, yaitu Pasal 1 ayat (1) KUHP.



⁷² Misalnya, ketika orang menggunakan kata minoritas/mayoritas, sadar atau tidak sebetulnya sedang meminggirkan kelompok tertentu dan menempatkan penting kelompok lain; atau ketika menggunakan istilah pribumi/non-pribumi, orang sedang mengecilkan peran satu dan mementingkan peran yang lain. *Ibid.*, hlm. 135.

⁷³ Misalnya, pembacaan *Pengakuan Pariyem* atau contoh lain, ketika fakultas menerima aksesor yang melakukan akreditasi, lalu ada detail-detail yang sebelumnya diabaikan, dengan ditunjukkan oleh aksesor, kemudian diperhatikan. Jadi dekonstruksi menawarkan untuk mengubah pemahaman yang sudah pasti, familiar, diwariskan, sesuai tradisi, atau yang menurut pesan sehingga terbuka terhadap perspektif baru. *Ibid.*,

⁷⁴ Yasraf Amir Piliang mengemukakan bahwa, dalam konteks penerapan dekonstruksi mengajukan gagasan dekonstruksi-rekonstruksi. Rekonstruksi adalah penataan ulang secara-terus menerus struktur yang sebelumnya dibongkar untuk digali maknanya. Karena itu, rekonstruksi akan membentuk suatu makna baru yang lebih kolektif dan kontekstual. Pada prosesnya, makna yang dihasilkan dari proses rekonstruksi terakhir tadi akan usang, sehingga perlu dekonstruksi ulang dan dibangun kembali maknanya secara utuh. Lihat: Yasraf Amir Piliang, 2003, *Hipersemiotika; Tafsir Cultural Studies Atas Matinya Makna*, Jalasutra, Yogyakarta, hlm. 245-246.

Asas hukum mempunyai arti penting dalam pembentukan hukum, penerapan hukum dan pengembangan ilmu hukum. Bagi pembentukan hukum, asas hukum memberikan landasan secara garis besar mengenai ketentuan-ketentuan yang perlu dituangkan dalam aturan hukum. Di dalam penerapan hukum, asas hukum sangat membantu untuk digunakannya penafsiran dan penemuan hukum maupun analogi. Meskipun demikian, menurut Moeljatno bahwa salah satu pengertian asas legalitas, yaitu tidak boleh digunakan analogi, tetapi sebaliknya ia menerima penafsiran ekstensif,⁷⁵ sedangkan menurut Hazewinkel – Suringan mengatakan bahwa penerapan analogi itu relatif, karena ditolak penciptaan hukum pidana baru oleh hakim pidana dengan sarana analogi, tetapi tidak keberatan jika Hakim menciptakan hukum baru *in bonam partem*.⁷⁶

Bagi pengembangan ilmu hukum, asas hukum mempunyai kegunaan karena di dalamnya dapat ditunjukkan berbagai aturan hukum pada tingkat lebih tinggi yang sebenarnya merupakan suatu kesatuan. Oleh karena itu, penelitian terhadap asas hukum mempunyai nilai yang sangat penting baik bagi dunia akademis, pembuat undang-undang, maupun praktik peradilan.⁷⁷

Asas hukum merupakan pikiran dasar yang umum dan abstrak atau merupakan latar belakang peraturan konkret yang terdapat dalam dan di belakang setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim.⁷⁸ Ketidakpaduan antara asas legalitas dalam arti formil dengan asas *rechtweigerling* menimbulkan permasalahan hukum (kekaburan hukum) dari segi

⁷⁵ Moeljatno, *Op. cit.*, hlm. 30.

⁷⁶ Andi Hamzah (1), *Op. cit.*, hlm. 58.

⁷⁷ Peter Mahmud Marzuki (1), 2005, *Penelitian Hukum*, Kecana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 79-80.

⁷⁸ Sudikno Mertokusumo (1), *Op. cit.*, hlm. 7.

normatif maupun praktik, sehingga menimbulkan konflik yang menyebabkan ketidakadilan, dan ketidakpastian hukum dalam masyarakat dan hal ini bertentangan dengan cita-cita hukum itu sendiri. Antinomi terhadap kedua asas tersebut, membuat makna asas legalitas mempunyai makna ganda sehingga menjadi kabur (*vage normen*) atau tidak jelas. Oleh karena itu, dalam penyelesaian antinomi tersebut diperlukan pemecahan masalah atau penguraian dengan jalan mendekonstruksikan⁷⁹ asas legalitas tersebut, untuk menemukan *common denominator*⁸⁰ antara keadilan dan kepastian. Oleh karena itu, peneliti perlu untuk melakukan penelitian ini dengan judul **“Dekonstruksi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Sebagai Upaya Mewujudkan Keadilan Prosedural Dan Substantif”**

B. Rumusan Masalah

Dari uraian-uraian pada latar belakang masalah diatas maka yang menjadi masalah pokok adalah :

1. Bagaimanakah perkembangan paradigma asas legalitas di dalam hukum pidana di Indonesia?
2. Bagaimanakah mendekonstruksikan asas legalitas di dalam hukum pidana untuk mewujudkan keadilan prosedural dan substantif?
3. Bagaimanakah cara mengakhiri perselisihan antara keadilan dengan kepastian hukum dalam asas legalitas?

⁷⁹ Dekonstruksi hukum diarahkan pada cara penafsiran terhadap tanda-tanda dalam hukum, baik berupa teks, perilaku, sikap, maupun budaya hukum. Lihat: M. Natsir Asnawi, *Op. cit.*, hlm. 97.

⁸⁰ *Common Denominator* adalah mencari prinsip yang sama atau bersifat umum dalam setiap perbedaan (titik persetujuan).

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan yang ingin dicapai pada penelitian ini adalah:

- a. Untuk memahami, dan menganalisis perkembangan paradigma asas legalitas di dalam hukum pidana di Indonesia.
- b. Untuk memahami, menemukan, dan mendekonstruksi asas legalitas dalam hukum pidana untuk mewujudkan keadilan prosedural dan keadilan substantif.
- c. Untuk memahami, menganalisis, dan menemukan cara untuk mengakhiri perselisihan antara keadilan dengan kepastian dalam asas legalitas.

D. Manfaat Penelitian

Berdasarkan tujuan penelitian di atas maka manfaat dari penelitian ini adalah sebagai berikut:

- a. Manfaat Teoritis

Manfaat teoritis adalah upaya pengembangan ilmu hukum pada umumnya dan secara khusus sesuai dengan tema penelitian.⁸¹ Penelitian ini diharapkan dapat berguna dalam rangka memperkaya dan mengembangkan teori ilmu hukum pidana, khususnya yang berkenaan dengan asas legalitas di dalam sistem hukum pidana di Indonesia.

- b. Manfaat Praktis

Manfaat praktis adalah upaya yang dapat dipetik langsung manfaatnya bagi peneliti, sumbangan pemikiran dalam pemecahan masalah hukum yang

⁸¹ Muhaimin, 2020, *Metode Penelitian Hukum*, Mataram University Press, Mataram, hlm. 38.

diteliti secara praktis.⁸² Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran secara filosofis dan teoritis bagi para akademisi dan para penegak hukum dalam menegakkan keadilan dan keseimbangan ditengah masyarakat.

E. Keaslian Penelitian

Berdasarkan hasil pengecekan pada perpustakaan beberapa Universitas secara online, penelitian terkait Dekonstruksi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Sebagai Upaya Mewujudkan Keadilan Prosedural dan Substantif ini, belum pernah dilakukan oleh pihak lain. Untuk perbandingan, di bawah ini dijelaskan beberapa hasil penelitian (tesis atau disertasi) yang mengkaji permasalahan yang memiliki kemiripan dengan judul penelitian ini, antara lain :

Pertama, Nursalam pada tahun 2016, dengan judul penelitian tesis, *Dekonstruksi Asas Legalitas dalam Pembaharuan Hukum Pidana dan Hukum Islam*, di Fakultas Syariah dan Hukum, Universitas Islam Negeri Alauddin Makassar. Penelitian ini bertujuan (1) untuk mengetahui peranan hukum yang berlaku dalam penanganan asas legalitas dalam hukum pidana nasional, (2) untuk mengetahui asas legalitas dalam pembaharuan hukum pidana nasional, (3) untuk mengetahui dekonstruksi asas legalitas dalam pembaharuan hukum pidana nasional.⁸³ Hasil penelitian menunjukkan bahwa, dekonstruksi pada konsep asas legalitas dalam pembaharuan hukum pidana nasional melalui naskah Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUUKUHP) meliputi

⁸² *Ibid.*,

⁸³ Nursalam, 2016, *Dekonstruksi Asas Legalitas Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Dan Hukum Islam*, Di Fakultas Syariah Dan Hukum, Tesis, Universitas Islam Negeri Alauddin Makassar.

undang-undang pidana, hukum tidak tertulis yang meliputi hukum kebiasaan atau yang biasa disebut hukum pidana adat serta prinsip-prinsip hukum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab atau masyarakat bangsa-bangsa dan jika ditinjau dari hukum pidana Islam dalam pembaharuan asas legalitas hukum pidana nasional diperlu dilakukan dan dilaksanakan ijtihad guna mengisi kekosongan hukum. Dalam penelitian ini dapat disimpulkan bahwa rumusan Pasal 1 ayat (1) di dalam KUHP mengenai asas legalitas pada saat ini tidak dapat menjawab permasalahan hukum yang ada, sehingga diperlukan keberlakuan konsep asas legalitas yang terdapat di dalam RUU KUHP.

Kedua, Suhaimi pada tahun 2013, dengan judul penelitian disertasi *Hukum Tidak Tertulis Sebagai Sumber Hukum Untuk Putusan Pengadilan Perkara Pidana*. Di Fakultas Hukum, Universitas Sumatera Utara. Penelitian ini bertujuan, 1) untuk mengetahui dan menganalisis bagaimana konsistensi asas legalitas dengan berlakunya hukum tidak tertulis dalam hukum pidana, 2) untuk mengetahui dan mengkritisi bagaimana implementasi konsep *the living law* dalam undang-undang hukum pidana Indonesia, 3) untuk mengetahui dan mengkritisi bagaimana peranan penegak hukum dalam menerapkan hukum tidak tertulis.⁸⁴ Hasil penelitian menunjukkan bahwa konsistensi asas legalitas di dalam sistem peradilan pidana menghindari dijalankannya hukum pidana adat sebagai hukum yang hidup (*living law*) dan salah satu faktor penghambat tidak masuknya perkara terhadap *living law* tersebut adalah karena perbedaan penafsiran hukum pidana sebagai hukum tertulis dengan kebiasaan sebagai hukum tidak tertulis. Dapat disimpulkan bahwa tidak

⁸⁴ Suhaimi, 2013, *Hukum Tidak Tertulis Sebagai Sumber Hukum Untuk Putusan Pengadilan Perkara Pidana*, Disertasi, Fakultas Hukum, Universitas Sumatera Utara.

masuknya perkara *living law* di dalam pengadilan pidana karna perbedaan konsep mengenai asas legalitas dalam penegakan hukum.

Berdasarkan beberapa hasil penelitian tersebut, maka terlihat beberapa perbedaan yaitu: pada penelitian pertama, berfokus kepada keberlakuan asas legalitas dalam konsep RUU KUHP, sedangkan pada penelitian kedua, berfokus kepada eksistensi hukum tidak tertulis sebagai sumber putusan hakim. Namun pada penelitian ini, berfokus kepada metode hermeneutik dekonstruksi dalam menyelesaikan antinomi terhadap asas legalitas yang terdapat di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP dengan asas *rechtweigerung* yang terdapat di dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman. Objek dalam penelitian ini merupakan dialektika⁸⁵ antara asas legalitas sebagai tesis dan asas *rechtweigerung* sebagai anti-tesis, sehingga penelitian ini akan melahirkan suatu sintesis, untuk menemukan *common denominator* antara keadilan dan kepastian dalam asas legalitas.

F. Kerangka Teoritis

Adapun teori-teori atau asas-asas yang digunakan oleh penulis sebagai dasar dalam penelitian yang memiliki relevansi dengan objek yang diteliti adalah:

1. Teori Keadilan

Menurut John Rawls, Keadilan adalah kebajikan utama dalam institusi sosial, sebagaimana kebenaran dalam sistem pemikiran. Suatu teori, betapapun elegan dan ekonomisnya, harus ditolak atau direvisi jika ia tidak benar, demikian juga hukum

⁸⁵ Dalam filsafat, dialektika mula-mula berarti metode tanya jawab untuk mencapai kejernihan filsafat. Metode ini diajarkan oleh Socrates. Namun Plato mengartikan dialektika sebagai diskusi logika. Kini Dialektika berarti tahap logika, yang mengajarkan kaidah-kaidah dan metode-metode penuturan, juga analisis sistematis tentang ide-ide untuk mencapai apa yang terkandung dalam pandangan. Lihat: A. Susanto, 2014, *Filsafat Ilmu, Suatu Kajian Dalam Dimensi Ontologis, Epistemologi, Dan Aksiologis*, Bumi Aksara, Jakarta, hlm. 105.

dan institusi, tidak peduli betapapun efisien dan rapinya, harus direformasi atau dihapuskan jika tidak adil. Setiap orang memiliki kehormatan yang berdasar pada keadilan sehingga seluruh masyarakat sekalipun tidak bisa membatalkannya. Sebagai kebajikan utama umat manusia, kebenaran dan keadilan tidak bisa diganggu gugat.⁸⁶

Menurut John Rawls terdapat 2 (dua) prinsip keadilan yaitu:

*(1) Each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with a similar scheme for all. (2) Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they must be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they must be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.*⁸⁷ ((1) Setiap orang mempunyai hak yang sama atas skema hak-hak dasar dan kebebasan yang sama, yang mana skema tersebut sesuai dengan skema serupa untuk semua orang. (2) Ketimpangan sosial dan ekonomi harus memenuhi dua syarat: pertama, ketimpangan tersebut harus dikaitkan dengan jabatan dan posisi yang terbuka bagi semua orang dalam kondisi kesetaraan kesempatan yang adil; dan kedua, ketimpangan tersebut harus memberikan manfaat yang sebesar-besarnya bagi anggota masyarakat yang paling tidak beruntung).

Dengan demikian Prinsip keadilan Rawls, dapat diuraikan sebagai berikut:⁸⁸

- (1) Prinsip Kebebasan yang sama yang sebesar-besarnya (*Principle of Greatest Equal Liberty*). Pada prinsip ini mencakup : (a) Kebebasan untuk berperan dalam kehidupan politik, (b) Kebebasan untuk berbicara, (c) Kebebasan untuk berkeyakinan (menganut salah satu agama di dunia ini), (d) Kebebasan untuk menjadi dirinya sendiri, (e) Kebebasan dari penangkapan dan penahanan sewenang-wenang, (f) Hak untuk mempertahankan milik pribadi.
- (2) Prinsip kedua, terdiri dari dua bagian yaitu :

⁸⁶ John Rawls (1), *Op. cit.*, hlm. 3.

⁸⁷ John Rawls (2), "*Justice as Fairness: Political not Metaphysical*", *Jurnal Philosophy & Public Affairs*, Vol. 14, No. 3, *Summer*, 1985, hlm. 227.

⁸⁸ Damanhuri Fattah, "*Teori Keadilan Menurut John Rawls*", *Jurnal Tapis* Vol. 9 No.2, 2013, hlm. 43-44.

a) Prinsip Perbedaan (*The Deffrence Principle*) mengandung arti bahwa perbedaan sosial dan ekonomi harus diukur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung. Istilah “perbedaan sosial ekonomi” menunjuk pada ketidaksamaan dalam prospek seseorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan, dan wewenang. Sedangkan istilah “yang paling kurang beruntung” menunjuk pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang atau kesempatan dan wewenang.

b) “Prinsip Persamaan yang Adil atas Kesempatan” (*The Principle of Fair Equality of Opportunity*) atau mengandung arti bahwa ketidaksamaan sosial ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga membuka jembatan dan kedudukan sosial bagi semua yang ada di bawah kondisi persamaan kesempatan. Orang-orang dengan ketrampilan, kompetensi, dan motivasi, yang sama dapat menikmati kesempatan yang sama pula.

Dalam kaitannya dengan keadilan prosedural dan keadilan substantif. Keadilan prosedural diistilahkan oleh Nonet dan Selznick sebagai tipe hukum otonom,⁸⁹ sedangkan keadilan substantif termasuk dalam tipe hukum responsif.⁹⁰ Hukum otonom merupakan suatu reaksi yang menentang keterbukaan yang serampangan. Kegiatan atau perhatian utamanya adalah bagaimana menjaga integritas institusional.⁹¹ Untuk mencapai tujuan tersebut, hukum mengisolasi

⁸⁹ Achmad Ali (1), *Op. cit.*, hlm. 185.

⁹⁰ Sabian Utsman, 2016, *Dasar-Dasar Sosiologi Hukum*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 247.

⁹¹ Karakter khas hukum otonom dapat diringkas sebagai berikut:

- a) Hukum terpisah dari politik. Secara khas, sistem hukum ini menyatakan kemandirian kekuasaan peradilan, dan membuat garis tegas antara fungsi-fungsi legislatif dan yudikatif.
- b) Tertib hukum mendukung “model peraturan” (*model of rules*). Fokus pada peraturan membantu menerapkan ukuran bagi akuntabilitas para pejabat; pada saat yang sama, ia

dirinya, mempersempit tanggung jawabnya, dan menerima formalisme yang buta demi mencapai sebuah integritas,⁹² sedangkan hukum responsif⁹³ mensyaratkan suatu masyarakat yang memiliki kapasitas politik untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahannya, menetapkan prioritas-prioritasnya, dan membuat komitmen-komitmen yang dibutuhkan.⁹⁴

Dengan adanya keadilan prosedural dan keadilan substantif menunjukkan bahwa norma-norma hukum tidak dapat benar-benar netral, bahkan tidak mudah mengatakan seperti apa itu norma netral. Sudah pasti, di setiap sistem, norma-normanya cocok dengan struktur sistem bersangkutan. Bahkan dengan berasumsi terdapat hal-hal seperti *eternal rule of justice* (aturan keadilan yang abadi) atau *eternal morality* (moralitas abadi), maka tidak ada sistem hukum yang dapat disusun hanya dari pranata-pranata ini. Apa yang adil dan tidak adil, sangat tergantung pada konsep nilai tertentu atau standar tertentu yang sifatnya subjektif, baik subjektif perorangan maupun subjektif kelompok, suku, umat, atau bangsa.⁹⁵

membatasi kreativitas institusi-institusi hukum maupun risiko campur tangan lembaga-lembaga hukum itu dalam wilayah politik.

- c) Prosedur adalah jantung hukum. Keteraturan dan keadilan (*fairness*), dan bukannya keadilan substantif, merupakan tujuan utama dan kompetensi utama dari tertib hukum.
- d) Ketaatan pada huku dipahami sebagai kepatuhan yang sempurna terhadap peraturan-peraturan hukum positif. Kritik terhadap hukum yang berlaku harus disalurkan melalui proses politik. Lihat: Philippe Nonet dan Philip Selznick (1), 2003, *Hukum Responsif Pilihan Di Masa Transisi*, (Terjemahan: Rafael Edy Bosco), Perkumpulan untuk Pembaharuan Hukum Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), Jakarta, hlm. 44.

⁹² *Ibid.*, hlm. 62.

⁹³ Menurut Nonet dan Selznick bahwa, 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 dan emansipasi publik. Bahkan menurut Nonet-Selznick, hukum responsif merupakan program dari *sociological jurisprudence* dan *realist jurisprudence*. Dua aliran tersebut, pada dasarnya menyerukan kajian hukum yang lebih empirik melampaui batas-batas formalisme, perluasan pengetahuan hukum, dan peran kebijakan dalam putusan hukum. *Ibid.*, hlm. 93-95.

⁹⁴ *Ibid.*, hlm. 92.

⁹⁵ Achmad Ali (1), *Op. cit.*, hlm. 186.

2. Teori Pembaharuan Hukum Pidana

Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan peninjauan dan penilaian kembali sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofi dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.⁹⁶

Makna dan hakikat dari pembaharuan hukum pidana dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara pendekatan sebagai berikut :⁹⁷

(1) Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan :

- (a) Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial dalam rangka mencapai atau menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat).
- (b) Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).
- (c) Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.

(2) Dilihat dari sudut pendekatan nilai. Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali

⁹⁶ Barda Nawawi Arief (1), 2018, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Jakarta, hlm. 30.

⁹⁷ *Ibid.*, hlm. 29-30.

(reorientasi dan reevaluasi) nilai-nilai sosio-politik, sosiofilosofis, dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang di cita-citakan.

Permasalahan pokok hukum pidana ditinjau dari kebijakan atau politik hukum pidana dalam arti kebijakan menggunakan atau mengoperasionalkan hukum pidana terletak pada masalah seberapa jauh kewenangan mengatur dan membatasi tingkah laku manusia (warga masyarakat) dengan hukum pidana. Ini berarti masalah dasarnya terletak di luar hukum pidana itu sendiri, yaitu pada masalah hubungan kekuasaan atau hak antara negara dengan warga masyarakat.⁹⁸

Sedangkan dilihat dari sudut pendekatan nilai, pembaruan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (reorientasi dan reevaluasi) nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofis dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan. Lebih lanjut, di Indonesia pendekatan nilai yang dianut harus berbasis pada pandangan hidup, ideologi dan dasar negara Pancasila yang telah menjadi sumber dari segala sumber hukum, termasuk hukum pidana.⁹⁹

Menurut Sudarto terdapat tiga alasan mengenai arti penting dalam pembaruan hukum pidana, khususnya yang berkaitan dengan hukum pidana materiil (KUHP) di Indonesia yang meliputi :¹⁰⁰

- (a) Dipandang dari sudut politik, negara Indonesia yang telah merdeka sudah sewajarnya mempunyai KUHP yang diciptakan sendiri. Hal tersebut

⁹⁸ Barda Nawawi Arief (2), 2011, *Tujuan dan Pedoman Pemidanaan*, Badan Penerbit Magister, Semarang, hlm. 43.

⁹⁹ *Ibid.*, hlm. 16.

¹⁰⁰ Sudarto (1), 1983, *Hukum dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, hlm. 66-68.

dipandang sebagai simbol dan merupakan suatu kebanggaan dari suatu negara yang telah merdeka dari jerat penjajahan politik. Sebaliknya, KUHP dari negara lain bisa dipandang sebagai simbol dari penjajahan oleh negara yang membuat KUHP tersebut. Dengan demikian, dari sudut politik, sudah waktunya bagi negara untuk mempunyai KUHP Nasional sendiri sebagai identitas politik dari sebuah negara yang merdeka.

- (b) Dipandang dari sudut sosiologis, pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik suatu bangsa di mana hukum itu berkembang. Ini berarti bahwa nilai-nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu mendapat tempat dalam pengaturan di bidang hukum pidana. Ukuran untuk mengkriminalisasikan suatu perbuatan tergantung dari nilai-nilai dan pandangan kolektif yang terdapat dalam masyarakat tentang apa yang baik, yang benar, yang bermanfaat, atau sebaliknya. Beberapa ketentuan dalam KUHP saat ini dianggap tidak dapat mengakomodir kebutuhan bangsa Indonesia dalam pelaksanaan hukum pidana, sehingga urgensi dilakukannya pembaharuan hukum pidana antara lain sebagai upaya untuk mengejawantahkan nilai-nilai sosiologis tentang suatu aturan hukum pidana yang dapat sejalan dengan kebutuhan bangsa.

- (c) Dipandang dari sudut praktis, mengingat teks resmi KUHP yang sekarang berlaku berbahasa Belanda, maka merupakan suatu keharusan untuk mengerti Bahasa Belanda agar KUHP bisa diterapkan dengan tepat. Hal tersebut juga yang dianggap seringkali berpotensi terjadinya salah menafsirkan makna aturan dalam KUHP. Ditambah, kiranya hal ini tidak mungkin diharapkan dari bangsa yang sudah merdeka dan mempunyai bahasa nasionalnya sendiri.

Maka dari sudut pandang ini KUHP yang sekarang inipun harus diganti dengan KUHP Nasional.

Pembaruan hukum pidana juga dapat dikatakan sebagai rekonstruksi, restrukturisasi, penataan kembali, (bahkan pembentukan). Dikaitkan dengan politik hukum pidana, rekonstruksi atau restrukturisasi atau penataan kembali sistem hukum pidana (Indonesia) yang mencakup bidang-bidang yang sangat luas. Sebagai suatu sistem hukum, pembaruan hukum pidana mencakup substansi hukum, struktur hukum dan kultur hukumnya. Substansi hukum pidana meliputi hukum pidana materiil (KUHP ataupun di luar KUHP). Struktur Hukum Pidana meliputi pembaruan atau penataan institusi, kelembagaan, manajemen dan tatalaksana serta sarana atau prasarana dalam rangka penegakan hukum pidana (Sistem Peradilan Pidana). Kultur hukum pidana meliputi kesadaran hukum, dan pendidikan hukum.¹⁰¹

3. Teori Penemuan Hukum

Penemuan hukum adalah sesuatu yang lain daripada hanya penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya, kadang-kadang dan bahkan sangat sering terjadi bahwa peraturannya harus ditemukan, baik dengan jalan interpretasi maupun dengan jalan analogi ataupun *rechtsverwijning* (penyempitan atau pengkonkretan hukum). Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkret. Ini merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret.¹⁰²

¹⁰¹ *Ibid.*, hlm. 14.

¹⁰² Achmad Rifai, *Op. cit.*, hlm. 31.

Agar hukum dihormati dan keputusan hakim dilaksanakan dengan penuh kesadaran, pelaksanaan dan penegakan hukum harus mencerminkan nilai-nilai keindonesiaan sebagaimana terdapat dalam Pancasila. Peran hakim dalam hal ini bukan sebagai corong undang-undang, melainkan sebagai media yang memiliki kemampuan memunculkan hikmah dari rangkaian pernyataan tertulis undang-undang atau kitab hukum.¹⁰³ Penemuan hukum terutama dilakukan oleh hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara. Penemuan hukum oleh hakim ini dianggap yang mempunyai wibawa. Ilmuwan hukum pun mengadakan penemuan hukum. Hanya kalau hasil penemuan hukum oleh hakim itu adalah hukum, maka hasil penemuan hukum oleh ilmuwan hukum bukanlah hukum melainkan ilmu atau doktrin. Sekalipun yang dihasilkan itu bukanlah hukum, namun di sini digunakan istilah penemuan hukum juga, oleh karena doktrin kalau diikuti dan diambil alih oleh hakim dalam putusannya, menjadi hukum. Doktrin bukanlah hukum melainkan sumber hukum.¹⁰⁴

Terdapat 3 (tiga) metode penemuan hukum yang dapat dilakukan dalam praktik peradilan.¹⁰⁵

- 1) Metode Interpretasi Hukum, metode ini dilakukan apabila terdapat ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat ditetapkan pada kasus konkret yang dihadapi, atau metode ini dilakukan dalam hal peraturannya sudah ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkret atau mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vage normen*), konflik antarnorma hukum (*antinomy normen*),

¹⁰³ H.M Efran Helmi Juni, 2012, *Filsafat Hukum*, Pustaka Setia, Bandung, hlm. 399.

¹⁰⁴ Achmad Rifai, *Op. cit.*, hlm. 31.

¹⁰⁵ *Ibid.*, hlm. 61-87.

dan ketidakpastian dari suatu peraturan perundang-undangan. Interpretasi terhadap teks peraturan perundang-undangannya pun masih tetapi berpegang pada bunyi teks tersebut.

2) Metode Konstruksi Hukum, metode ini dilakukan apabila tidak ditemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, ataupun dalam hal peraturannya memang tidak ada, jadi terdapat kekosongan hukum (*recht vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*). Untuk mengisi kekosongan undang-undang inilah, biasanya hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang, dimana hakim tidak lagi berpegang pada bunyi teks itu, tetapi dengan syarat hakim tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.

3) Metode Hermeneutika Hukum, hermeneutika adalah seni menginterpretasikan (*the art of interpretation*) teks, sedangkan dalam prespektif yang lebih filosofis, hermeneutika merupakan aliran filsafat yang mempelajari hakikat hal mengerti atau memahami sesuatu. Kata-kata teks atau sesuatu dalam hal ini mengarah pada teks hukum atau peraturan perundang-undangan, peristiwa hukum, fakta hukum, dokumen resmi negara, naskah-naskah kuno atau ayat-ayat *ahkam* dalam kitab suci, ataupun berupa pendapat dan hasil ijtihad para ahli hukum (doktrin), yang menjadi objek untuk ditafsirkan. Kelebihan metode hermeneutika hukum terletak pada cara dan lingkup interpretasinya yang tajam, mendalam, dan holistik dalam bingkai kesatuan antara teks, konteks, dan kontekstualisasinya.

Pada dasarnya tugas hakim dalam penegakan hukum akan sangat berkait erat dengan persoalan filsafat hukum, sebagaimana yang dikatakan Roscoe Pound bahwa salah satu objek filsafat hukum adalah *the application of law*, atau menurut Golding, sebagai *the critical evaluation of laws and legal institution...and the study of judicial decision making*. Oleh karena itu tugas hakim secara konkret adalah mengadili perkara, yang pada dasarnya atau pada hakikatnya adalah melakukan penafsiran terhadap realitas, yang sering disebut penemuan hukum. Penemuan hukum adalah keseluruhan proses dan karya yang dilakukan oleh hakim, yang menetapkan benar atau tidak benar menurut hukum dalam suatu situasi konkret berpikir dari seorang hakim atau *jurist* yang diujikan pada hati nurani. Dalam kenyataannya, penemuan hukum memiliki banyak segi, baik logis-rasionil-ilmiah tetapi juga sekaligus intuitif-irrasional.¹⁰⁶

G. Kerangka Konseptual

Konsep operasional penelitian dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Dekonstruksi

Dekonstruksi adalah pembongkaran sebuah teks untuk mencari tahu dan menunjukkan asumsi-asumsi yang dipegang teks tersebut. Melakukan dekonstruksi menurut Chris Barker adalah melakukan pembongkaran atas oposisi biner hirarkis, seperti tulisan/tuturan, realitas/penampakan, dan lain sebagainya yang berfungsi menjamin kebenaran dengan cara menafikan pasangan yang lebih *inferior* dalam masing-masing oposisi biner.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Otje Salman, 2016, *Filsafat Hukum (Perkembangan & Dinamika Masalah)*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 59-60.

¹⁰⁷ Anthon Freddy Susanto (1), 2010, *Dekonstruksi Hukum Eksplorasi Teks Dan Model Pembacaan*, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 15.

Dekonstruksi hukum adalah satu penerapan lain dari model dekonstruksi yang dikembangkan oleh Jacques Derrida.¹⁰⁸ Dekonstruksi hukum diarahkan pada cara penafsiran terhadap tanda-tanda dalam hukum, baik berupa teks, perilaku, sikap, maupun budaya hukum. Cara penafsiran yang ditawarkan dalam dekonstruksi hukum berbeda dengan penafsiran yang lazim dipahami dan diajarkan dalam diskursus hukum selama ini. Kekhasan utamanya adalah kebebasan dalam memulai proses penafsiran atas tanda yang boleh jadi dimulai dari proses yang runut sebagaimana diajarkan selama ini dalam ilmu-ilmu penafsiran teks atau dapat pula dimulai dari titik tertentu yang selama ini dianggap sebagai proses yang seharusnya sedang berlangsung ditengah. Dekonstruksi merombak revolusioner, cara berpikir dalam filsafat yang menekankan kejayaan berpikir dan metode yang selama ini diagung-agungkan. Dekonstruksi dalam kajian filsafat teks, dimaksudkan untuk memecah kebekuan suatu teks sehingga dekonstruksi hukum dimaksudkan untuk mengantisipasi keterbatasan teks dalam perundang-undangan terhadap fenomena yang terjadi di masyarakat.¹⁰⁹

2. Asas legalitas

Menurut Eddy O.S Hiariej, asas legalitas diciptakan oleh Paul Alsem von Feuerbach (1775-1883), seorang sarjana hukum pidana Jerman dalam bukunya *Lehrbuch des penlichen recht* pada tahun 1801. Apa yang dirumuskan oleh Feuerbach yang dalam bahasa Latinnya adalah *nulla poena sine lege* (tidak ada

¹⁰⁸ Meskipun Jacques Derrida tidak pernah menulis tentang hukum, tetapi ajaran dekonstruksinya memang banyak bergulat di bidang teks dan bahasa, suatu bidang yang juga digeluti tidak habis-habisnya oleh ilmu hukum. Di samping itu, pisau analisis dari ajaran dekonstruksi dari Derrida memang dapat diterapkan dan berlaku untuk semua sistem rasional dalam semua bidang ilmu, termasuk ilmu hukum. Apalagi karena ajaran-ajaran hukum memang selalu mendasari dirinya atas konsep-konsep yang *foundational*. Lihat: Munir Fuady (2), 2005, *Filsafat Dan Teori Hukum Postmodern*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 164.

¹⁰⁹ M. Natsir Asnawi, *Op. cit.*, hlm. 97-98.

pidana tanpa undang-undang), *nulla poena sine crimine* (tidak ada pidana tanpa perbuatan pidana), *nullum crimen sine poena legali* (tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang). Ketiga frasa tersebut kemudian dikembangkan oleh Feuerbach menjadi adagium *nullum delictum, nulla poena sine praevia legi poenali*.¹¹⁰

Perumusan asas legalitas dan von Feurbach dalam bahasa Latin itu dikemukakan dengan teorinya yang dikenal dengan teori *vom psychologischen Zwang* yaitu menganjurkan supaya dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang dilarang di dalam peraturan bukan saja tentang macamnya perbuatan yang harus dituliskan dengan jelas, tetapi juga tentang macamnya pidana. Dengan cara ini, maka orang yang akan melakukan perbuatan yang dilarang tadi lebih dahulu telah diketahui pidana apa yang akan dijatuhkan kepadanya jika nantinya perbuatan itu dilakukan, sehingga dalam batinnya (*psyche*) mendapat tekanan untuk tidak berbuat.¹¹¹ Asas legalitas mengandung 3 (tiga) pengertian, yaitu:

- (1) Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang.
- (2) Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kias)
- (3) Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.

Di Indonesia, Asas Legalitas diwujudkan dalam aturan hukum yaitu Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) menentukan: tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-

¹¹⁰ Eddy O.S Hiariej, 2009, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Erlangga, Jakarta, hlm. 7.

¹¹¹ Moeljatno, *Op. cit.*, hlm. 27-28.

undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan. Di Belanda, asas legalitas disebut dalam Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* (WvS), yang menentukan: “*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaran voorafgegane wettelijke strafbepaling*” (artinya: tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan ketentuan pidana yang terlebih dahulu ada dalam Undang-undang). Di Perancis, asas tersebut diwujudkan dalam Pasal 4 *Code Penal* Perancis, yang menentukan: “*Nulle contravention, nul delit, nul crime ne peuvent etre punis de peines qui n’etaient pas prononcees par la loi avant qu’ils fussent commis*” (artinya: tidak bertentangan dengan ketentuan yang ada, tiada delik, tiada kejahatan jika tidak ada ancaman pidana yang dinyatakan dalam undang-undang terlebih dahulu).¹¹²

Ketentuan tentang kekuatan aturan pidana dalam undang-undang yang telah ada dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, atau “*voorafgegane wettelijke strafbepaling*” dalam Pasal 1 ayat (1) WvS Belanda, maupun “*qui n’etaient pas prononcees par la loi avant qu’ils fussent commis*” dalam Pasal 4 *Code Penal* Perancis menunjukkan harus terdapat 4 (empat) unsur penting dalam hukum pidana, yaitu (1) kualifikasi perbuatan, (2) Undang-undang pidana yang harus diberlakukan, (3) sumber hukum pidana, dan (4) sistem hukum pidana.¹¹³

3. Keadilan Prosedural

Konsep keadilan prosedural (formil) berhubungan dengan gaya suatu sistem hukum seperti *rechstaat*. Suatu kenyataan bahwa penyelesaian ketegangan sosial yang bersumber pada ketidakadilan struktural, diselesaikan secara prosedural untuk mengakomodasi konflik-konflik sampai pada tingkat ‘keadilan’ yang dikehendaki

¹¹² Deni Setyo Bagus Yuherawan, 2014, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana (Sejarah Asas Legalitas Dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana)*, Setara Press, Malang, hlm. 2.

¹¹³ *Ibid.*,

oleh elite masyarakat, dengan mengabaikan kepentingan-kepentingan yang menjamin hak-hak sosial masyarakat. Hal ini berkaitan dengan orientasi pada penegakan stabilitas politik, sosial dan ekonomi dalam era pembangunan dewasa ini.¹¹⁴

Keadilan prosedural (*procedural justice*) berhubungan dengan cara penentuan suatu proses peradilan dan perlakuan terhadap orang-orang yang berperkara di pengadilan. Keadilan ini mempunyai 3 (tiga) karakter, yaitu (a) Sifat aturan dari prosedur yang berlaku adalah formal, (2) Kejelasan terhadap prosedur dan pengambilan keputusan dan (3) Perlakuan interpersonal.¹¹⁵

Biasanya aparat penegak hukum dalam sistem hukum *civil law* banyak yang menganut aliran positivistik dan menghasilkan keadilan seperti ini. Keadilan prosedural disimpulkan bahwa keadilan didapatkan dari suatu putusan lembaga resmi yang dibentuk menurut undang-undang negara. Kaidah hukum formal memang pada dasarnya melihat dari ranah sisi keadilan formal yang artinya bersifat adil ketika sudah dijalankan sesuai prosedur yang ada. Keadilan prosedural berhubungan dengan asas legalitas formil, yang pada konteks hukum pidana akan merujuk kepada: "*Nullum delictum, nulla poena sine praevia legi poenali*". ("Tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya).

4. Keadilan Substantif

Keadilan substantif adalah keadilan yang didasarkan pada nilai-nilai yang lahir dari sumber-sumber hukum yang responsif sesuai hati nurani.¹¹⁶ Prinsip

¹¹⁴ Mulyana W. Kusumah, 1987, *Hukum, Keadilan, dan Hak Asasi Manusia, Suatu Pemahaman Kritis*, Alumni, Bandung, hlm. 54.

¹¹⁵ Wahyu Prijo Djatmiko, *Op. cit.*, hlm. 103.

¹¹⁶ Bambang Sutiyoso, "*Mencari Format Ideal Keadilan Putusan Dalam Peradilan*", *Jurnal Hukum* No. 2 Vol. 17, 2010, hlm. 227.

keadilan memiliki berbagai patokan untuk diwujudkan dalam suatu kenyataan. Keadilan menurut cita hukum bangsa Indonesia adalah mengutamakan kaidah-kaidah yang bersumber dari keseimbangan, termasuk keseimbangan alam dan keseimbangan nilai dalam masyarakat.¹¹⁷ Keadilan substantif merupakan anti-tesis dari keadilan prosedural yang berpaham legalisme.

Menurut Theo Huijbers, bahwa legalisme yang murni tidak mungkin, sebab semua penerapan kaidah-kaidah hukum yang umum dan abstrak pada perkara-perkara konkret merupakan suatu ciptaan hukum baru. Memang tindakan yuridis mengandaikan adanya suatu minimum rasionalitas dalam sistem hukum, tetapi mustahil praktik hukum selalu menurut suatu metode rasional. Putusan seorang hakim tidak dapat diturunkan secara logis dari peraturan-peraturan yang berlaku, sebab peraturan itu tidak sempurna, mungkin juga salah atau kurang tepat, sehingga menyebabkan ketidakadilan.¹¹⁸

Keadilan substantif berhubungan dengan asas legalitas materiil. Ada beberapa istilah lain dari perspektif Internasional yang merujuk pada konsep asas legalitas materiil dan memiliki makna yang sama, diantaranya adalah:

(1) *The Inner morality of law*

Terkait mengenai *inner morality of law* tersebut, Lon L. Fuller mengemukakan:

“One deep affinity between legality and justice has often been remarked and is in fact explicitly recognized by Hart himself ... This lies in a quality shared by both, namely, that they act by known rule. The internal morality of the law demands that there be rules, that they be made known, and that they be observed in practice by those charged with their administration. These demands may seem ethically neutral so far as the external aims of law are

¹¹⁷ Munir Fuady (3), 2003, *Aliran Hukum Kritis Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 54.

¹¹⁸ Theo Huijbers (1), 1995, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 120.

concerned. Yet, just as law is a precondition for good law, so acting by known rule is a precondition for any meaningful appraisal of the justice of law. "A lawless unlimited power" expressing itself solely in unpredictable and patternless interventions in human affairs could be said to be unjust only in the sense that it does not act by known rule. It would be hard to call it unjust in any more specific sense until one discovered what hidden principle, if any, guided its interventions. It is the virtue of a legal order conscientiously constructed and administered that it exposes to public scrutiny the rules by which it acts."¹¹⁹ (Ada kesamaan mendalam antara legalitas dan keadilan yang sering dikemukakan dan pada kenyataannya secara eksplisit diakui oleh Hart sendiri ... Hal ini terletak pada kualitas yang dimiliki oleh keduanya, yaitu bahwa mereka bertindak berdasarkan aturan yang diketahui. Moralitas internal dari undang-undang menuntut adanya aturan-aturan, agar aturan-aturan tersebut diketahui, dan bahwa aturan-aturan tersebut ditaati dalam praktiknya oleh pihak-pihak yang bertanggung jawab atas administrasi aturan-aturan tersebut. Tuntutan-tuntutan ini mungkin tampak netral secara etis sejauh menyangkut tujuan eksternal hukum. Namun, sebagaimana hukum merupakan prasyarat bagi terciptanya hukum yang baik, maka bertindak berdasarkan peraturan yang diketahui juga merupakan prasyarat bagi penilaian keadilan hukum yang berarti. "Kekuasaan yang tidak terbatas dan tanpa hukum" yang hanya mengekspresikan dirinya melalui campur tangan yang tidak dapat diprediksi dan tidak berpola dalam urusan manusia dapat dikatakan tidak adil hanya dalam arti bahwa kekuasaan tersebut tidak bertindak berdasarkan aturan yang diketahui. Keutamaan suatu tatanan hukum yang dibangun dan dikelola dengan hati-hati adalah bahwa ia memperlihatkan kepada publik aturan-aturan yang digunakannya untuk bertindak).

Berangkat dari apa yang telah dikemukakan oleh Lon L. Fuller tersebut, maka dapat disimpulkan bahwa, legalitas dan keadilan memiliki kesamaan mendasar, yaitu keduanya beroperasi berdasarkan "aturan" yang diketahui dan diterapkan secara konsisten. Hal Ini menunjukkan bahwa hukum yang baik harus memiliki kejelasan dan keteraturan agar dapat dipahami dan diikuti oleh publik maupun aparat penegak hukum. Dalam konteks asas legalitas materiil, pernyataan ini relevan karena menegaskan bahwa keberadaan hukum saja tidak cukup; hukum juga harus mewujudkan keadilan substantif. Dengan kata lain, hukum tidak boleh

¹¹⁹ Lon L. Fuller, 1969, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven dan London, hlm. 157-158.

hanya ada di atas kertas, tetapi juga harus memiliki substansi keadilan dalam penerapannya.

Lebih lanjut, Lon L. Fuller menambahkan bahwa:

*“The inner morality of law, it should now be clear, presents all of these aspects. It too embraces a morality of duty and a morality of aspiration. It too confronts us with the problem of knowing where to draw the boundary below which men will be condemned for failure, but can expect no praise for success, and above which they will be admired for success and at worst pitied for the lack of it... Because of the affirmative and creative quality of its demands, the inner morality of law lends itself badly to realization through duties, whether they be moral or legal. No matter how desirable a direction of human effort may appear to be, if we assert there is a duty to pursue it, we shall confront the responsibility of defining at what point that duty has been violated... All of this adds up to the conclusion that the inner morality of law is condemned to remain largely a morality of aspiration and not of duty. Its primary appeal must be to a sense of trusteeship and to the pride of the craftsman.”*¹²⁰ (Moralitas batin hukum, yang seharusnya sudah jelas, menyajikan semua aspek ini. Hal ini juga mencakup moralitas kewajiban dan moralitas aspirasi. Hal ini juga menghadapkan kita pada masalah mengetahui di mana harus menarik batas yang di bawahnya manusia akan dikutuk karena kegagalannya, namun tidak dapat mengharapkan pujian atas keberhasilannya, dan di atas batas tersebut mereka akan dikagumi atas keberhasilannya dan paling buruk akan dikasihani karena kurangnya keberhasilan tersebut... Karena kualitas tuntutan yang afirmatif dan kreatif, moralitas batin dari hukum tidak dapat diwujudkan melalui kewajiban, baik yang bersifat moral maupun legal. Betapapun diinginkannya arah upaya manusia, jika kita menyatakan adanya kewajiban untuk melaksanakannya, kita akan menghadapi tanggung jawab untuk menentukan pada titik mana kewajiban tersebut telah dilanggar... Semua ini menambah kesimpulan bahwa moralitas batin hukum dikutuk untuk tetap menjadi moralitas aspirasi dan bukan kewajiban. Daya tarik utamanya haruslah pada rasa kepercayaan dan kebanggaan pengrajinnya).

Perihal apa yang telah dikemukakan oleh Lon L. Fuller, maka dapat disimpulkan bahwa *the inner morality of law* sulit diwujudkan hanya melalui kewajiban hukum atau moral yang kaku. Jika hukum hanya dipandang sebagai sekumpulan aturan yang harus dipatuhi tanpa mempertimbangkan aspek substantifnya, maka ia kehilangan makna sebagai instrumen keadilan. Asas

¹²⁰ *Ibid.*, hlm. 42-43.

legalitas materiil menekankan bahwa hukum tidak boleh diterapkan secara mekanis, tetapi harus mempertimbangkan nilai-nilai keadilan dan kepatutan dalam setiap kasus konkret. Dengan demikian, moralitas internal hukum yang lebih bersifat aspiratif menguatkan gagasan bahwa hukum tidak hanya harus ditaati secara prosedural, tetapi juga harus terus berkembang menuju keadilan substantif, yaitu sebuah prinsip utama dalam asas legalitas materiil.

(2) *Discretion*

D. Neil Mac Cormick dan Robert S. Summers mengemukakan bahwa:

“... that ‘whenever a problem cannot be solved through the application of accepted contractual norms or analogy, it must be decided according to principles of social justice, general principles of law, equity, and good faith’. Administrative and constitutional law also provide examples, demonstrating important and crucial changes in the field of statutory gap-filling. In the field of judicial review of administrative activity, there has been an important doctrinal development of open concepts and clauses such as ‘reasonableness, ‘good faith’, ‘due process of law’, used not only as general criteria but also as specific boundaries of the realm of judicial discretion.’”¹²¹ (... bahwa ‘bila suatu permasalahan tidak dapat diselesaikan melalui penerapan norma atau analogi kontrak yang diterima, maka permasalahan tersebut harus diputuskan berdasarkan prinsip keadilan sosial, prinsip umum hukum, kesetaraan, dan itikad baik’. Hukum administratif dan tata negara juga memberikan contoh, yang menunjukkan perubahan penting dan krusial dalam bidang pengisian kesenjangan hukum. Di bidang peninjauan kembali kegiatan administratif, telah terjadi perkembangan doktrinal yang penting mengenai konsep dan klausul terbuka seperti ‘kewajaran,’ ‘itikad baik’, ‘proses hukum yang wajar’, yang digunakan tidak hanya sebagai kriteria umum namun juga sebagai batas-batas khusus dari ranah diskresi peradilan).

Undang-undang yang cepat usang, peraturan yang disusun dengan buruk, ketentuan yang saling bertentangan, atau norma-norma yang hanya bersifat deklaratif lebih sering menjadi hal yang lazim daripada pengecualian. Kondisi ini secara alami memengaruhi praktik penafsiran hukum. Namun, dalam doktrin hukum, terdapat kecenderungan untuk menegaskan kembali sifat umum dari

¹²¹ D. Neil Mac Cormick dan Robert S. Summers, 2016, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Routledge, London, hlm. 39.

argumentasi penafsiran guna menjaga kepastian dan prediktabilitas hukum, daripada memberikan ruang bagi penafsiran yang bersifat diskresi.¹²² Meskipun demikian, D. Neil Mac Cormick dan Robert S. Summers mengemukakan bahwa:

“The court may interpret the meaning of a statute expansively or restrictively, and it has the power (with some exceptions) to fill gaps, for example, through analogy. In this way, the court may 'update' and 'revise' statutes to keep them from becoming obsolete. As has been noted earlier, the court also has the right to use so-called free discretion in gap cases, where it is not a question of interpretation or of gap-filling through analogy, but rather of the free creation of law”.¹²³ (Pengadilan dapat menafsirkan arti suatu undang-undang secara luas atau terbatas, dan pengadilan mempunyai wewenang (dengan beberapa pengecualian) untuk mengisi kesenjangan, misalnya melalui analogi. Dengan cara ini, pengadilan dapat 'memperbarui' dan 'merevisi' undang-undang agar undang-undang tersebut tidak menjadi usang. Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya, pengadilan juga mempunyai hak untuk menggunakan apa yang disebut sebagai diskresi bebas dalam kasus-kasus kesenjangan, dimana yang dimaksud bukanlah persoalan penafsiran atau pengisian kesenjangan melalui analogi, namun lebih merupakan penciptaan hukum secara bebas).

Demikian dapat disimpulkan bahwa, diskresi memiliki kesamaan makna dengan asas legalitas materiil karena berfungsi sebagai mekanisme adaptasi hukum dalam menghadapi dinamika sosial dan kesenjangan aturan tertulis. Diskresi yang digunakan secara bertanggung jawab memungkinkan pengadilan dan administrasi negara untuk menjaga relevansi hukum tanpa meninggalkan prinsip keadilan, kepastian hukum (kesetaraan) dan kemanfaatan. Oleh karena itu, dalam kerangka asas legalitas materiil, diskresi bukanlah penyimpangan dari hukum, melainkan sarana untuk memastikan bahwa hukum tetap hidup dan berfungsi secara adil dalam praktiknya.

(3) *The Living Law*

Terkait *living law*, Eugen Ehrlich mengemukakan bahwa:

¹²² *Ibid.*, hlm. 64.

¹²³ *Ibid.*, hlm. 160-161.

*“In our day, doubtless, the most important source of knowledge of the living law is the modern legal document. Even today one of these documents is being studied very extensively, to wit the judicial decision, but not in the sense we have in mind here. It is not being treated as evidence of the living law, but as a work of juristic literature which is to be examined not as to the truth of the legal relations described therein and as to the living law that is to be extracted therefrom, but as to the correctness of the statutory interpretations and of the juristic constructions contained therein.”*¹²⁴ (Tidak diragukan lagi, saat ini sumber pengetahuan terpenting tentang hukum yang hidup adalah dokumen hukum modern. Bahkan saat ini salah satu dokumen tersebut sedang dipelajari secara ekstensif, misalnya keputusan pengadilan, namun tidak dalam pengertian yang kita maksudkan di sini. Ia tidak diperlakukan sebagai bukti hukum yang hidup, tetapi sebagai suatu karya literatur hukum yang diperiksa bukan mengenai kebenaran hubungan-hubungan hukum yang diuraikan di dalamnya dan mengenai hukum yang hidup yang dapat diambil darinya, melainkan mengenai kebenaran penafsiran undang-undang dan konstruksi hukum yang terkandung di dalamnya).

Pernyataan ini menegaskan bahwa sumber utama hukum yang hidup (*living law*) saat ini adalah dokumen hukum modern, seperti putusan pengadilan. Namun, putusan pengadilan sering kali tidak diperlakukan sebagai refleksi dari hukum yang hidup, melainkan hanya sebagai interpretasi dari undang-undang dan konstruksi hukum yang ada. Pernyataan Eugen Ehrlich tersebut, memperkuat gagasan bahwa asas legalitas materiil harus mempertimbangkan hukum yang hidup dalam masyarakat. Jika putusan pengadilan hanya dianggap sebagai “membaca” undang-undang, maka hukum berisiko kehilangan keterkaitannya dengan realitas sosial. Oleh karena itu, asas legalitas materiil memungkinkan pendekatan yang lebih dinamis dalam penerapan hukum, dengan mempertimbangkan keadilan substantif dan norma sosial yang hidup dalam masyarakat.

Dengan demikian, Eugen Ehrlich menambahkan bahwa:

“In reality, therefore, the historical fact that state law is manifestly gaining ground is merely the expression of the intensified solidarity of

¹²⁴ Eugen Ehrlich, 1936, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, (Terjemahan: Walter L. Moll), Harvard University Press, Cambridge, hlm. 493-494.

society. As the conviction grows stronger that everything that is in society concerns society, the idea appears that it would be a great advantage if the state should prescribe a unitary legal basis for each and every independent association in society".¹²⁵ (Oleh karena itu, pada kenyataannya, fakta sejarah bahwa hukum negara semakin menguat hanyalah ekspresi solidaritas masyarakat yang semakin kuat. Ketika keyakinan semakin kuat bahwa segala sesuatu yang ada dalam masyarakat adalah urusan masyarakat, muncul gagasan bahwa akan menjadi keuntungan besar jika negara menetapkan dasar hukum kesatuan bagi setiap perkumpulan independen dalam masyarakat).

Hukum yang hidup (*living law*) berbeda dari hukum yang ditegakkan di pengadilan dan lembaga peradilan lainnya. Hukum ini merupakan aturan yang secara nyata mengatur kehidupan sehari-hari, meskipun tidak selalu tertulis dalam bentuk proposisi hukum. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Eugen Ehrlich, bahwa:

*"This then is the living law in contradistinction to that which is being enforced in the courts and other tribunals. The living law is the law which dominates life itself even though it has not been posited in legal propositions. The source of our knowledge of this law is, first, the modern legal document; secondly, direct observation of life, of commerce, of customs and usages, and of all associations, not only of those that the law has recognized but also of those that it has overlooked and passed by, indeed even of those that it has disapproved."*¹²⁶ (Inilah hukum yang hidup, berbeda dengan hukum yang ditegakkan di pengadilan dan lembaga peradilan lainnya. Hukum yang hidup adalah hukum yang mendominasi kehidupan itu sendiri meskipun tidak dikemukakan dalam proposisi hukum. Sumber pengetahuan kita tentang undang-undang ini, pertama, dokumen hukum modern; kedua, pengamatan langsung terhadap kehidupan, perdagangan, adat-istiadat dan kebiasaan-kebiasaan, dan terhadap semua perkumpulan, tidak hanya terhadap perkumpulan-perkumpulan yang diakui oleh undang-undang, tetapi juga terhadap perkumpulan-perkumpulan yang telah diabaikan dan dilewati, bahkan terhadap perkumpulan-perkumpulan yang tidak disetujui oleh undang-undang).

¹²⁵ *Ibid.*, hlm. 155-156.

¹²⁶ *Ibid.*, hlm. 493.

H. Metode Penelitian

Metode penelitian adalah cara-cara yang digunakan untuk mengumpulkan dan menganalisis data, yang dikembangkan untuk memperoleh pengetahuan dengan menggunakan prosedur yang *reliabel* dan terpercaya. Prosedur tersebut dikembangkan secara sistematis sebagai suatu rencana untuk menghasilkan data tentang masalah penelitian tertentu. Metodologi juga mengacu pada desain yang direncanakan untuk mengumpulkan data dan prosedur analisis guna menyelidiki masalah penelitian tertentu.¹²⁷ Oleh karena itu metodologi merupakan unsur yang mutlak dalam melakukan suatu penelitian, maka dalam penyusunan penelitian disertasi ini merujuk pada sistem dan metode penelitian sebagai berikut :

1. Tipe Penelitian

Penelitian merupakan sarana (ilmiah) bagi pengembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, maka metodologi penelitian yang diterapkan harus senantiasa disesuaikan dengan ilmu pengetahuan yang menjadi induknya.¹²⁸ Dalam konteks disiplin ilmu hukum, maka penelitian disertasi ini merupakan penelitian hukum. Menurut Abdulkadir Muhammad, penelitian hukum adalah kegiatan mengungkapkan kembali konsep hukum, fakta hukum, dan sistem hukum yang telah pernah ada untuk dikembangkan, atau diperbaiki, atau dimodifikasi sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Selain itu, penelitian hukum juga berupaya menggali, mencari, dan menemukan nilai-nilai baru yang bermanfaat bagi kesejahteraan manusia akibat perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi.¹²⁹

¹²⁷ Syahrudin dan Salim, 2012, *Metodologi Penelitian Kuantitatif*, Citapustaka Media, Bandung, hlm. 31

¹²⁸ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2009, *Penelitian Hukum Normatif*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 1.

¹²⁹ Abdulkadir Muhammad, 2004, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 37.

Permasalahan pokok dalam penelitian ini adalah mengenai dekonstruksi asas legalitas dalam hukum pidana sebagai upaya mewujudkan keadilan prosedural dan substantif, sehingga sasaran dalam penelitian ini tergolong ke dalam penelitian yang mengkaji mengenai asas-asas hukum, oleh karena itu jenis penelitian dalam disertasi ini merupakan penelitian hukum normatif.¹³⁰ Penelitian hukum normatif pada hakikatnya mengkaji hukum yang dikonsepsikan sebagai norma atau kaidah yang berlaku dalam masyarakat, dan menjadi acuan perilaku setiap orang.¹³¹

Jenis penelitian hukum normatif dalam penelitian disertasi ini memiliki 3 (tiga) sifat penelitian, yaitu eksploratoris, deskriptif dan eksplanatoris :

- a. Penelitian eksploratoris (*explorative research*), yaitu suatu penelitian yang dilakukan untuk memperoleh keterangan, penjelasan dan data mengenai hal-hal yang belum diketahui. Penelitian ini bertujuan untuk memperdalam pengetahuan mengenai suatu gejala tertentu, atau untuk mendapatkan ide-ide baru mengenai suatu gejala.¹³²
- b. Penelitian deskriptif (*descriptive research*), yaitu penelitian ini terbatas pada usaha mengungkapkan suatu masalah dan keadaan sebagaimana adanya, sehingga hanya merupakan penyingkapan fakta. Penelitian jenis ini bertujuan untuk menggambarkan secara tepat sifat-sifat suatu individu, keadaan, gejala atau kelompok tertentu, atau untuk menentukan ada tidaknya hubungan antara suatu gejala dengan gejala lain.¹³³

¹³⁰ Penelitian yang berkenaan dengan asas-asas hukum, sistematika hukum, taraf sinkronisasi hukum, sejarah hukum dan perbandingan hukum termasuk dalam kategori penelitian hukum normatif. Lihat: Soerjono Soekanto (1), 2014, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI-Press, Jakarta, hlm. 51.

¹³¹ Ishaq (1), 2020, *Metode Penelitian Hukum Dan Penulisan Skripsi, Tesis, Serta Disertasi*, Alfabeta, Bandung, hlm. 66.

¹³² *Ibid.*, hlm. 19.

¹³³ *Ibid.*, hlm. 20.

- c. Penelitian eksplanatoris (*explanatory research*), yaitu penelitian ini merupakan menerangkan, memperkuat, atau menguji dan bahkan menolak suatu teori atau hipotesa-hipotesa serta terhadap hasil-hasil penelitian yang ada. Penelitian ini bertujuan menguji hipotesis-hipotesis tentang ada tidaknya hubungan sebab akibat antara berbagai variable yang diteliti.¹³⁴

2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan penelitian dapat diartikan sebagai cara pandang peneliti dalam memilih spektrum ruang bahasan yang diharap mampu memberi kejelasan uraian dari suatu substansi karya ilmiah.¹³⁵ Dengan pendekatan tersebut, peneliti akan mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu hukum yang hendak dijawab.¹³⁶ Pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan inkuiri filosofi (*philosophical inquiry approach*), pendekatan perundang-undangan (*statue approach*), pendekatan sejarah (*historical approach*), dan pendekatan hermeneutik (*hermeneutics approach*).

- a) Pendekatan inkuiri filosofi (*philosophical inquiry approach*), pendekatan ini menggunakan analisis intelektual guna memperjelas makna, menjadikan nilai-nilai menjadi nyata, mengidentifikasi etika, bahkan juga studi tentang hakikat ilmu. Penelitian filosofis berdasarkan atas isu dan ide (*issue or idea*) dari semua perspektif literatur, menguji atau menelaah secara mendalam mengenai makna suatu konsep, merumuskan dalam bentuk pertanyaan, memikirkan jawabannya kemudian menyarankan implikasi atas jawaban-

¹³⁴ *Ibid.*,

¹³⁵ I Made Pasek Diantha, 2016, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif dalam Justifikasi Teori Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 156.

¹³⁶ Bachtiar, 2018, *Metode Penelitian Hukum*, Unpam Press, Pamulang, hlm. 82.

jawaban itu.¹³⁷ Berdasarkan pendekatan ini, penulis melakukan penelitian mengenai hakikat, nilai, dan tujuan dari konsep asas legalitas serta mendekonstruksikan asas legalitas sesuai dengan konteks dan kontekstualisasinya.

- b) Pendekatan perundang-undangan (*statue approach*) digunakan untuk menganalisis ketentuan yang berkaitan dengan asas legalitas. Peraturan perundang-undangan yang dianalisis diantaranya adalah UUD 1945, UU Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.
- c) Pendekatan sejarah (*historical approach*), pendekatan ini dilakukan dalam kerangka pelacakan sejarah lembaga hukum dari waktu ke waktu. Pendekatan ini sangat membantu peneliti untuk memahami filosofi dari aturan hukum dari waktu ke waktu. Selain itu, melalui pendekatan demikian peneliti juga dapat memahami perubahan dan perkembangan filosofi yang melandasi aturan hukum tersebut.¹³⁸ Dengan pendekatan ini dapat mempelajari peristiwa yang telah terjadi dan kemudian merunut ke masa lalu untuk mengetahui faktor-faktor yang menyebabkan timbulnya konsep asas legalitas.
- d) Pendekatan hermeneutik (*hermeneutics approach*), merupakan studi tentang prinsip-prinsip metodologis interpretasi dan eksplanasi. Pada dasarnya hermeneutika adalah landasan filosofi dan merupakan juga modus analisis data. Sebagaimana filosofi pada pemahaman manusia, hal itu menyediakan

¹³⁷ Suyitno, 2018, *Metode Penelitian Kualitatif: Konsep, Prinsip Dan Operasionalnya*, Akademia Pustaka, Tulungagung, hlm. 90.

¹³⁸ Peter Mahmud Marzuki (2), 2014, *Penelitian Hukum*, Edisi Revisi, Kencana, Jakarta, hlm. 166.

landasan filosofi untuk interpretativisme. Sebagai modus analisis, hal itu berkaitan dengan pengertian data tekstual hermeneutika terutama berkaitan dengan pemaknaan suatu analog teks.¹³⁹ Dengan pendekatan ini penulis akan melakukan interpretasi terhadap peraturan perundang-undangan terkait asas legalitas, serta terhadap doktrin-doktrin dan konsep-konsep dalam ilmu hukum pidana yang terkait dengan permasalahan yang akan diteliti, namun dalam interpretasi ini tendesinya adalah dengan menggunakan hermeneutik dekonstruksi.

Pendekatan-pendekatan tersebut di atas, digunakan untuk menguraikan, menganalisis dan memahami permasalahan-permasalahan dalam penelitian disertasi ini, yaitu mengenai paradigma asas legalitas di dalam hukum positif di Indonesia dan mendekonstruksikan asas legalitas di dalam hukum pidana untuk mewujudkan keadilan prosedural dan substantif serta menemukan cara mengakhiri perselisihan antara keadilan dengan kepastian hukum dalam asas legalitas.

3. Sumber Bahan Hukum

Sumber data yang utama dalam penelitian hukum normatif adalah data kepustakaan. Di dalam kepustakaan hukum, maka sumber datanya disebut bahan hukum. Bahan hukum adalah segala sesuatu yang dapat dipakai atau diperlukan untuk tujuan menganalisis hukum yang berlaku. Bahan hukum yang dikaji dan dianalisis dalam penelitian hukum normatif terdiri dari:¹⁴⁰

¹³⁹ Samsu, 2017, *Metode Penelitian (Teori dan Aplikasi Penelitian Kualitatif, Kuantitatif, Mixed Methods, serta Research & Development)*, Pusaka, Jambi, hlm. 80.

¹⁴⁰ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, 2013, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta. hlm. 16.

- a) Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang memiliki kekuatan, mengikat,¹⁴¹ sehingga bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang mempunyai otoritas (autoritatif), bahan hukum tersebut terdiri dari peraturan perundang-undangan, catatan resmi atau risalah dalam pembuatan suatu perundang-undangan dan putusan hakim.¹⁴² Dalam penelitian ini bahan hukum primer tersebut terdiri dari: (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, (3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dan (4) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.
- b) Bahan hukum sekunder, yaitu bahan yang memberi penjelasan mengenai bahan hukum primer,¹⁴³ menurut Peter Mahmud Marzuki, bahwa bahan hukum sekunder merupakan semua publikasi tentang hukum yang merupakan dokumen tidak resmi,¹⁴⁴ publikasi tersebut meliputi : (1) buku-buku teks terkait permasalahan hukum, termasuk skripsi, tesis, dan disertasi, (2) kamus-kamus hukum (3) jurnal-jurnal hukum (4) komentar-komentar atas putusan hakim,¹⁴⁵ serta rancangan undang-undang.¹⁴⁶ Dalam penelitian ini bahan hukum sekunder tersebut terdiri dari, kamus hukum serta buku-buku, jurnal, dokumen dan hasil-hasil penelitian yang terkait dengan permasalahan hukum yang akan diteliti dalam penelitian ini.

¹⁴¹ *Ibid.*,

¹⁴² Zainuddin Ali, 2022, *Metode Penelitian Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 47.

¹⁴³ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Loc. cit.*

¹⁴⁴ Peter Mahmud Marzuki (3), 2009, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm. 141.

¹⁴⁵ Zainuddin Ali, *Op. cit.*, hlm. 54.

¹⁴⁶ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Loc. cit.*

c) Bahan hukum tersier, bahan hukum tersier atau bahan hukum penunjang pada dasarnya mencakup :¹⁴⁷

- (1) Bahan-bahan yang memberikan petunjuk terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, yang dikenal dengan nama bahan acuan bidang hukum atau bahan rujukan bidang hukum¹⁴⁸, yang meliputi, Ensiklopedia, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Kamus Bahasa Inggris, dan *Black's Law Dictionary*.¹⁴⁹
- (2) Bahan-bahan primer, sekunder dan penunjang (tersier) diluar bidang hukum, misalnya yang berasal dari bidang sosiologi, ilmu politik, filsafat dan lain sebagainya, yang oleh peneliti hukum dipergunakan untuk melengkapi ataupun menunjang data penelitiannya.¹⁵⁰ Dalam penelitian ini bahan-bahan tersebut antara lain literatur-literatur yang berkaitan dengan filsafat dan hermeneutik.

Usaha dalam memperoleh bahan hukum primer, sekunder dan tersier dilakukan dengan cara penelusuran, baik secara konvensional maupun melalui teknologi elektronik (internet). Penelusuran secara konvensional dilakukan dengan cara mengunjungi atau mendatangi perpustakaan atau instansi terkait untuk memperoleh atau mengumpulkan bahan hukum primer, sekunder dan tersier, sedangkan penelusuran dengan teknologi elektronik dilakukan dengan cara mengunduh bahan hukum primer, sekunder dan tersier melalui internet yang terkait dengan objek penelitian.

¹⁴⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op. cit.*, hlm. 33.

¹⁴⁸ *Ibid.*,

¹⁴⁹ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Loc. cit.*

¹⁵⁰ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Loc. cit.*

4. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Aktivitas pengumpulan data penelitian adalah salah satu tahapan kritis yang rawan kekeliruan atau kesalahan. Pengumpulan data atau informasi harus dilakukan dengan cermat dan hati-hati supaya data yang dikumpul tidak bias. Pengumpulan data bertujuan membuktikan kebenaran atau ketidakbenaran hipotesis. Pengumpulan data dapat dilakukan dengan berbagai macam teknik dan alat sesuai dengan kebutuhan dan permasalahan penelitian yang hendak dijawab.¹⁵¹ Data yang dikumpul peneliti dari sumber data penelitian harus memenuhi kriteria dan validitas data harus memenuhi persyaratan yaitu (1) akurasi (*accuracy*) dan (2) presisi yang berkaitan dengan keterandalan data (*reliability*).¹⁵²

Pada penelitian disertasi ini, teknik pengumpulan data sekunder atau bahan hukum,¹⁵³ menggunakan teknik studi kepustakaan. Studi kepustakaan (*bibliography study*) adalah pengkajian informasi tertulis mengenai hukum yang berasal dari berbagai sumber dan dipublikasikan secara luas serta dibutuhkan dalam penelitian hukum normatif.¹⁵⁴ Dalam melaksanakan metode studi pustaka tersebut, langkah-langkah yang ditempuh adalah sebagai berikut:¹⁵⁵

- a. Mengidentifikasi sumber bahan hukum dimana bahan hukum itu diperoleh melalui katalog perpustakaan atau langsung pada sumbernya.

¹⁵¹ Asmak Ul Hosnah, Dwi Seno Wijanarko, dan Hotma P. Sibuea, 2021, *Karakteristik Ilmu Hukum Dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, Rajagrafindo Persada, Depok, hlm. 248.

¹⁵² Amirudin dan Zainal Asikin, 2004, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 65-66.

¹⁵³ Soerjono Soekanto tidak menggunakan istilah bahan hukum, tetapi menggunakan istilah data sekunder atau data kepustakaan, yang didalamnya mengandung istilah bahan hukum. Sedangkan Peter Mahmud Marzuki, menggunakan istilah bahan hukum dan tidak menggunakan kata data. Lihat: Muhaimin, *Op. cit.*, hlm. 59.

¹⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 65.

¹⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 66.

- b. Menginventarisasi bahan hukum yang diperlukan peneliti melalui daftar isi pada produk hukum tersebut.
- c. Mencatat dan mengutip bahan hukum yang diperlukan pada lembar catatan yang telah disiapkan secara khusus dengan memberi tanda (*coding*) pada setiap bahan hukum berdasarkan klasifikasi sumber bahan hukumnya dan urutan perolehannya.
- d. Menganalisis bahan hukum yang diperoleh sesuai dengan masalah dan tujuan penelitian.

5. Teknik Pengolahan Bahan Hukum

Teknik pengolahan terhadap bahan hukum yang telah terkumpul, dilakukan dengan tahapan; inventarisasi, identifikasi, klasifikasi dan melakukan sistematisasi.¹⁵⁶ Tahap sistematisasi ini dilakukan agar tidak terjadi kontradiksi antara bahan hukum yang satu dengan yang lain. Bahan hukum yang telah dikumpulkan dan dikelompokkan kemudian ditelaah dengan menggunakan pendekatan,¹⁵⁷ yaitu melalui pendekatan inkuiri filosofi (*philosophical inquiry approach*), pendekatan perundang-undangan (*statue approach*), pendekatan sejarah (*historical approach*), dan pendekatan hermeneutik (*hermeneutics approach*) untuk memperoleh gambaran umum terhadap jawaban permasalahan yang menjadi fokus kajian dalam penelitian.

¹⁵⁶Inventarisasi merupakan kegiatan pendahuluan bersifat dasar yang dilakukan dengan membedakan antara bahan hukum primer, sekunder dan tersier yang didasarkan pada relevansi isu hukum penelitian. Identifikasi merupakan proses melakukan pengorganisasian bahan hukum melalui prosedur seleksi yang didasarkan pada 3 konsepsi pokok, yaitu: bahan hukum harus mempunyai kesesuaian atau relevansi dengan isu hukum, bahan hukum, khususnya yang primer harus dapat diinterpretasikan atau dikonstruksikan dan bahan hukum harus mempunyai nilai atau standar baik dalam teori maupun konsep hukum. Langkah klasifikasi bahan hukum harus dilakukan secara logis dan sistematis didasarkan pada hakikat, jenis dan sumbernya. Sistematisasi untuk mendeskripsikan dan menganalisis isi dan struktur bahan hukum. Lihat: Suratman dan H. Philips Dillah, 2013, *Metode Penelitian Hukum*, Alfabeta, Bandung, hlm. 82-85.

¹⁵⁷ Muhaimin, *Op. cit.*, hlm. 67.

6. Teknik Analisis Bahan Hukum

Metode penelitian hukum yang digunakan dalam disertasi ini adalah metode penelitian hukum normatif, sehingga analisis data yang digunakan adalah analisis kualitatif¹⁵⁸ yaitu dengan cara melakukan interpretasi (penafsiran) terhadap bahan-bahan hukum yang telah diolah. Penggunaan metode interpretasi (penafsiran) ini bertujuan untuk menafsirkan hukum, apakah terhadap bahan hukum tersebut khususnya bahan hukum primer terdapat kekosongan norma hukum, antinomi norma hukum dan norma hukum yang kabur.¹⁵⁹

Adapun tahapan-tahapan dalam melakukan analisis penelitian hukum normatif adalah sebagai berikut:¹⁶⁰

- a. Merumuskan asas-asas hukum, baik dari data sosial maupun dari data hukum positif tertulis;
- b. Merumuskan pengertian-pengertian hukum;
- c. Pembentukan standar-standar hukum; dan
- d. Perumusan kaidah-kaidah hukum.

Model analisis pada penelitian hukum normatif meliputi:

- 1) Identifikasi fakta hukum sebagai langkah awal; dapat berupa perbuatan, peristiwa, atau keadaan-keadaan.

¹⁵⁸ Analisis data digolongkan menjadi 2 (dua) macam yaitu analisis kuantitatif dan analisis kualitatif, dari penggolongan kedua analisis data tersebut, maka analisis data yang digunakan dalam penelitian hukum normatif adalah analisis kualitatif. Analisis kualitatif merupakan analisis data yang tidak menggunakan angka, melainkan memberi gambaran-gambaran (deskripsi) dengan kata-kata atas temuan-temuan, dan karenanya ia lebih mengutamakan mutu/kualitas dari data, dan bukan kuantitas. Lihat: Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Op. cit.*, hlm. 19. Analisis yang bersifat kualitatif digunakan dalam penelitian yang sarannya adalah untuk menguji kualitas substansi norma hukum dimana rumusan pembenarannya didasarkan pada kualitas dari pendapat-pendapat para ahli hukum, doktrin, teori, maupun dari rumusan norma hukum itu sendiri. Lihat: Meruy Hendrik Mezak, "Jenis, Metode dan Pendekatan Dalam Penelitian Hukum", *Jurnal Law Review*, Fakultas Hukum Universitas Pelita Harapan, Vol. V, No.3. Maret 2006, hlm. 94.

¹⁵⁹ Muhaimin, *Op. cit.*, hlm. 68.

¹⁶⁰ Amirudin dan Zainal Asikin, *Op. cit.*, hlm. 167.

2) Pemeriksaan atau penemuan hukum yang terkait dengan fakta hukum (norma yang konkrit); melakukan pemeriksaan atau penemuan perundang-undangan untuk menemukan konsep-konsep hukum; indikator perilaku, atau perbuatan yang dilarang, dibolehkan dan diperintahkan.

3) Penerapan hukum; penerapan norma hukum terhadap fakta hukum.¹⁶¹

Analisis bahan hukum dilakukan sebagai kegiatan memberikan telaahan yang dapat berarti menentang, mengkritik, mendukung, menambah, atau memberikan komentar dan kemudian membuat suatu kesimpulan terhadap hasil penelitian dengan pikiran sendiri dengan bantuan teori yang telah digunakan. Sifat analisis dalam penelitian disertasi ini adalah preskriptif, yaitu untuk memberikan argumentasi atas hasil penelitian yang dilakukan. Argumentasi dilakukan untuk memberikan preskripsi atau memberikan penilaian mengenai benar atau salah atau apa yang seyogyanya atau seharusnya menurut hukum, (norma hukum, asas dan prinsip hukum, doktrin atau teori hukum terhadap fakta atau peristiwa hukum) yang diteliti.¹⁶²

7. Teknik Penarikan Kesimpulan

Seluruh bahan hukum yang telah dikumpulkan, kemudian dipilih atau dipilah dan diolah, selanjutnya ditelaah dan dianalisis sesuai dengan permasalahan yang diteliti, untuk kemudian menarik suatu kesimpulan. Pada penelitian disertasi ini, penarikan kesimpulan menggunakan metode induktif-deduktif.¹⁶³ Dalam penarikan

¹⁶¹ M. Syamsudin, 2007, *Operasionalisasi Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 143-145.

¹⁶² Muhaimin, *Op. cit.*, hlm. 71.

¹⁶³ Pembahasan hasil penelitian dimaksud agar peneliti mengkonstruksi sebuah pengetahuan melalui cara-cara berpikir deduktif-induktif atau induktif-deduktif. Cara seperti ini lebih tepat disebut melakukan analisis dialektika dengan dasar metode penjelasan *reflectif thinking*. Pada tahap ini merupakan daerah otonomi peneliti, di mana peneliti boleh berspekulasi secara ilmiah, menjelaskan asumsi-asumsi dasarnya. Perihal tersebut dapat juga dikatakan sebagai petualangan ilmiah sang peneliti, karena peneliti diberi kesempatan untuk mengemukakan pikiran-pikirannya,

kesimpulan dalam penelitian hukum normatif ini diawali dengan metode induktif.¹⁶⁴ Menurut Bambang Sunggono, bahwa di dalam penelitian hukum normatif atau *doctrinal research*, peneliti bekerja secara analitis induktif, yaitu suatu proses yang bertolak dari premis-premis yang berupa norma-norma hukum positif yang diketahui dan berakhir (sementara) pada penemuan asas-asas hukum atau doktrin, karena yang menjadi pangkal tolak pencarian asas dan doktrin ini adalah norma-norma positif.¹⁶⁵

Langkah selanjutnya adalah menarik kesimpulan dengan metode deduktif.¹⁶⁶ Menurut Jujun S. Suriasumantri bahwa metode ilmiah merupakan menggabungkan logika deduktif dan logika induktif.¹⁶⁷ Logika induktif mempunyai kemampuan untuk menyusun pengetahuan berdasarkan hubungan faktual namun tidak mempunyai kemampuan untuk menyusun teori. Tubuh pengetahuan ilmiah terdiri dari serangkaian konsep teori, sehingga logika deduktif diperlukan untuk dapat menyusun pengetahuan ilmiah secara sistematis.¹⁶⁸

gagasan-gagasan yang menurutnya benar berdasarkan apa yang ia yakini, ia alami selama penelitian, dan berdasarkan apa yang ia pelajari dari teori sebelumnya. Lihat: Burhan Bungin, 2019, *Metodologi Penelitian Kuantitatif, Komunikasi, Ekonomi, Dan Kebijakan Public Serta Ilmu-Ilmu Sosial Lainnya*, Prenadamedia Group, Jakarta, hlm. 239.

¹⁶⁴ Metode induksi adalah suatu cara penganalisis ilmiah yang bergerak dari hal-hal yang bersifat khusus (*individu*) menuju pada hal yang bersifat umum (*universal*). Jadi, cara induksi dimulai dari penelitian terhadap kenyataan khusus satu demi satu, kemudian diadakan generalisasi dan abstraksi, lalu diakhiri dengan kesimpulan umum. Lihat: Suaedi, 2016, *Pengantar Filsafat Ilmu*, IPB Press, Bogor, hlm. 53.

¹⁶⁵ Bambang Sunggono, 2019, *Metodologi Penelitian Hukum*, PT RajaGrafindo Persada, Depok, hlm. 86.

¹⁶⁶ Metode deduktif adalah suatu metode yang menyimpulkan bahwa data-data empiris diolah lebih lanjut dalam suatu sistem pernyataan yang runtut, hal-hal yang harus ada dalam metode deduktif ialah adanya perbandingan logis antara kesimpulan-kesimpulan itu sendiri. Ada penyelidikan bentuk logis teori itu dengan tujuan apakah teori tersebut mempunyai sifat empiris atau ilmiah, ada perbandingan dengan teori-teori lain dan ada pengujian teori dengan jalan menerapkan secara empiris kesimpulan-kesimpulan yang bisa ditarik dari teori tersebut. Lihat: A. Susanto, *Op. cit.*, hlm. 104.

¹⁶⁷ Jujun S. Suriasumantri, 2017, *Filsafat Ilmu Sebuah Pengantar Populer Keterkaitan Ilmu, Agama Dan Seni*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm. 102.

¹⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 100-101.

Pada penelitian disertasi ini memiliki beberapa pendekatan yang digunakan, antara lain pendekatan inkuiri filosofi (*philosophical inquiry approach*) dan pendekatan hermeneutik (*hermeneutics approach*) serta sifat analisis data sekunder atau bahan hukum yang preskriptif, sehingga berhubungan erat dengan logika deduktif dalam penarikan kesimpulannya. Dikarenakan penelitian ini diakhiri dengan penarikan kesimpulan secara deduktif, maka penelitian ini nantinya akan menghasilkan kebenaran koherensi (*the coherence theory of truth*)¹⁶⁹ yang dapat diuji kebenarannya secara ilmiah.



¹⁶⁹ Menurut teori kebenaran koherensi (*the coherence theory of truth*), bahwa kebenaran tidak ditemukan dalam kesesuaian antara proposisi dengan kenyataan, melainkan dalam relasi antara proposisi baru dengan proposisi yang sudah ada, maka suatu pengetahuan, teori, pernyataan, proposisi, atau hipotesis dianggap benar apabila sejalan dengan pengetahuan, teori, pernyataan, proposisi, atau hipotesis lainnya, kalau proposisi itu meneguhkan dan konsisten dengan proposisi sebelumnya yang dianggap benar, dengan kata lain bahwa suatu pernyataan benar jika cocok dengan sistem pemikiran yang ada. Lihat: A. Sonny Keraf dan Mikhael Dua, 2001, *Ilmu Pengetahuan Sebuah Tinjauan Filosofis*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 68. Logika pada hakikatnya bukan merupakan cara penarikan kesimpulan yang benar melainkan kesimpulan yang sah (*valid*). Apabila kesimpulan yang sah ini juga koheren dengan pernyataan dalam suatu sistem pemikiran, maka menurut teori koherensi, kesimpulan itu dapat dianggap benar. Itu sebabnya maka logika deduktif sangat erat kaitannya dengan teori koherensi dalam proses penemuan kebenaran secara ilmiah. Lihat: Jujun S. Suriasumantri, *Op. cit.*, hlm. 105.

