



ISSN : 1410-0614

E-ISSN: 2684-9941

SIMBUR CAHAYA

Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya

Alamat Redaksi : Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya, Jalan Sriwijaya Negara, Bukit Besar, Palembang, Sumatera Selatan 30139, Indonesia.

Telepon : +62711-580063 Fax: +62711-581179

E-mail: jurnalsimburchahaya@gmail.com

Website: <http://journal.fh.unsri.ac.id/simburchahaya>

SISTEM PEMIDANAAN INDONESIA DITINJAU DARI PENDEKATAN AMERICAN LEGAL REALISM DAN SCANDINAVIAN REALISM

Selviria

selviriaa@gmail.com

Fakultas Hukum, Universitas Indonesia

Abstrak: Hukum pidana ini bertujuan untuk mencegah atau menghambat perbuatan-perbuatan masyarakat yang tidak sesuai dengan aturan-aturan hukum yang berlaku. Permasalahan pemidanaan atau penjatuhan pidana sangat menarik. Bukan karena baiknya proses penegakkannya melainkan buruknya pandangan publik (masyarakat) Indonesia dan dunia internasional. Putusan hakim kerap dianggap tidak memenuhi rasa keadilan bagi masyarakat, yang dalam hal ini adalah kasus Nenek Minah yang diputus bersalah karena mencuri 3 buah kakao. Jika kasus tersebut dibandingkan dengan penjatuhan hukuman pada kasus-kasus tindak pidana korupsi maka hal tersebut di rasakan kurang pas. Penegakan hukum di Indonesia diibaratkan seperti pisau yang tajam ke bawah tetapi tumpul ke atas. Terhadap penjatuhan pidana ini dapat dilihat juga dari realisme Amerika dan realisme Skandinavia terhadap penjatuhan pidana, dalam hal ini realisme Amerika memandang hukum berdasarkan putusan hakim, yang berbanding terbalik dengan pandangan realisme Skandinavia. Metode dalam tulisan ini ialah interdisipliner dengan pendekatan socio-legal studies, yaitu dengan menggunakan sebuah pendekatan yang memfokuskan dalam melihat hukum melalui penggabungan antara analisa normatif [norma-norma hukum yuridis] dan pendekatan ilmu non-hukum. Sifat socio-legal adalah penjabaran preskripsif dengan memberi solusi atas permasalahan hukum, menggabungkan antara analisa normatif dan pendekatan no-hukum/aspek sosial. Dari Penelitian dapat disimpulkan bahwa Pendekatan realis telah didakwa sebagai penyebab terjadinya banyak sekali kebingungan dan perlembahan peran hakim dalam membentuk dan membuat hukum. Pandangan seperti itu menganggap bahwa hukum bukanlah apa yang dilaksanakan oleh pengadilan, tetapi pengadilan adalah pranata yang melaksanakan hukum. Jika hakim cenderung untuk mengikuti hukum, maka akan sangat mudah untuk meramalkan apa yang diputuskan oleh hakim dalam banyak kasus. Definisi hukum yang menyatakan hukum sebagai apa yang diputuskan oleh pengadilan, sama dengan menyatakan bahwa obat adalah apa yang dituliskan di atas kertas resep oleh dokter.

Kata kunci : Keadilan; Putusan Hakim; Hak Asasi Manusia.

Abstrak: Criminal law aims to prevent or inhibit the actions of the community that are not in accordance with applicable legal rules. The problem of criminal conviction or imposition is very interesting. Not because of the good enforcement process but the poor views of the public (society) of Indonesia and the international community. Judge's decisions are often considered not to fulfill a sense of justice for the community, which in this case is the case of Grandma Minah who was found guilty of stealing 3 cocoa fruits. If the case is compared to the imposition of a sentence on cases of corruption, then this is felt to be inappropriate. Law enforcement in Indonesia is likened to a sharp knife down but blunt up. Against this criminal imposition it can be seen also from American realism and Scandinavian realism towards criminal prosecution, in this case American realism views the law based on the judge's decision, which is inversely proportional to the view of Scandinavian realism.

The method in this paper is interdisciplinary with a socio-legal studies approach, namely by using an approach that focuses on seeing the law through a combination of normative analysis [juridical legal norms] and non-legal science approaches. The nature of socio-legal is prescriptive translation by providing solutions to legal problems, combining normative analysis and no-legal / social aspects approaches. From the research it can be concluded that the realist approach has been charged with causing a lot of confusion and overload of the role of judges in forming and making laws. Such a view assumes that law is not what is carried out by a court, but a court is an institution that implements the law. If the judge tends to follow the law, it will be very easy to predict what the judge has decided in many cases. The legal definition that states the law as what is decided by the court, is the same as stating that the drug is what is written on prescription paper by a doctor.

Key words : Justice, Judge's Decision, Human Rights.

LATAR BELAKANG

Kehidupan manusia pada dasarnya tidak dapat dipisahkan dari hukum. Sepanjang sejarah perkembangan peradaban manusia, hukum berperan dalam menciptakan suatu keadaan di mana manusia merasa terlindungi dan eksistensinya diakui. Dalam UUD NRI Tahun 1945 setelah amandemen, yakni Pasal 1 Ayat (3) menyatakan bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Jika berbicara mengenai konsep negara hukum, maka akan ada kaitannya dengan hak asasi manusia. Karena suatu negara tidak dapat dikatakan sebagai negara hukum apabila tidak memberi jaminan dan penghargaan atas hak asasi manusia.

Menurut Freidrich Julius Stahl,¹ yang diilhami oleh pemikiran Immanuel Kant, unsur-unsur negara hukum adalah perlindungan hak-hak asasi manusia, pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu, pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan, dan peradilan administrasi.

Sudargo Gautama sebagaimana dikutip Syahrul Mahmud² menyatakan bahwa satu diantara elemen penting dari suatu negara hukum adalah adanya asas legalitas :

“Tiap tindakan negara harus berdasarkan hukum, peraturan perundang-undangan yang telah diadakan terlebih dahulu, merupakan batas kekuasaan bertindak negara. Undang-undang dasar yang memuat asas-asas hukum dan peraturan-peraturan hukum harus ditaati, juga oleh pemerintah atau badan-badannya”.

Lawrence Friedman³ dalam sebuah bukunya menyatakan bahwa fungsi hukum adalah :

1. Untuk kontrol sosial. Sistem hukum berkaitan dengan perilaku yang mengontrol, sistem hukum memerintahkan orang apa yang harus dan jangan dilakukan.

¹ Dikutip dari HR, Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta : Rajawali Pers, 2014, h. 3.

² Lihat Mahmud, Syahrul, *Penegakan Hukum Administrasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana Menurut Undang-Undang No. 32 Tahun 2009*. Yogyakarta : Graha Ilmu, 2012 h. 8.

³ *Ibid.*.

2. Penyelesaian sengketa. Sistem hukum adalah agen pemecahan konflik dan penyelesaian sengketa.
3. Sebagai redistribusi atau fungsi rekayasa sosial, hal ini mengarah pada penggunaan hukum untuk mengadakan perubahan sosial yang berencana dan ditentukan dari atas.
4. Sebagai pemelihara sosial
5. Sebagai *Check and Balances*, artinya hukum berfungsi untuk mengontrol penguasa

Perundang-undangan saat ini, dirasakan belum mampu menciptakan rasa keadilan yang dicita-citakan oleh para pencari keadilan. Sebut saja misalnya, ketentuan pasal-pasal terkait pencurian dalam KUHP yang masih dapat digolongkan sebagai suatu sanksi yang represif. Tujuannya adalah untuk memberikan efek jera bagi si pelaku. Padahal korelasi yang tegas antara penerapan sanksi secara represif dengan efek jera yang diharapkan belum tentu berbanding lurus.

Dengan menyatakan bahwa tujuan hukum untuk mewujudkan keadilan semata-mata, masih lebih muda jika dibandingkan dengan pertanyaan tentang apa yang dimaksud keadilan. Keadilan adalah sesuatu yang abstrak, subjektif karena keadilan menyangkut dengan nilai-nilai yang dianut masing-masing individu.⁴

N.E. Algra⁵ mengemukakan :

“Apakah sesuatu itu adil (*rechtvaardig*), lebih banyak tergantung pada *rechtmatigheid* (kesesuaian dengan hukum) pandangan pribadi seorang penilai. Kiranya lebih baik tidak mengatakan ‘itu adil’. Tetapi mengatakan ‘hal itu saya anggap adil’. Memandang sesuatu itu adil merupakan suatu pendapat mengenai nilai secara pribadi.”

Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H⁶, menuliskan bahwa :

“Sekalipun hukum itu langsung dihadapkan kepada pertanyaan-pertanyaan yang praktis, yaitu tentang bagaimana sumber-sumber daya itu hendak dibagi-bagikan dalam masyarakat, tetapi ia tidak bisa terlepas dari pemikiran yang lebih abstrak yang menjadi landasannya, yaitu pertanyaan tentang ‘mana yang adil’ dan ‘apa keadilan itu’. Tatanan sosial, sistem sosial dan hukum, tidak bisa langsung menggarap hal tersebut tanpa diputuskan terlebih dahulu tentang konsep keadilan oleh masyarakat

⁴ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) termasuk Interpretasi Undang-undang (legisprudence) volume 1 Pemahaman Awal*, Ed. 1, Jakarta : Kencana, . 2009, h. 217.

⁵ Achmad Ali. 2009. *op.cit.* h. 222.

⁶ *Ibid.* h. 223.

yang bersangkutan. Kita juga mengetahui bahwa keputusan ini tidak bisa dilakukan oleh subsistem budaya,[.....”].

Perkembangan pemikiran mengenai hak asasi manusia telah mempertajam pertanyaan-pertanyaan mengenai hukuman terkait dengan etika dan moral. Meskipun undang-undang telah mengatur mengenai pidana mati misalnya, akan tetapi apakah penjatuhan hukuman mati tidak melanggar hak untuk hidup. Atau dengan adanya pidana penjara, tidak melanggar hak atas kebebasan pribadi. Berdasarkan hukum, penjatuhan pidana mati tidaklah melanggar hukum, namun apakah secara moral dapat dibenarkan. Diskusi mengenai pemidanaan dari sudut pandang hukum dan moral menjadi dua bagian yang berbeda, namun tidak dapat dipisahkan. Di satu sisi, mungkin hukum memberikan pembenaran mengenai penjatuhan pidana tertentu namun di sisi lain, moral masyarakat belum siap menerimanya. Atau sebaliknya, secara moral masyarakat menghendaki akan tetapi hukum masih harus merumuskannya.⁷

Pemidanaan pada dasarnya merupakan cerminan dari sistem moral, nilai kemanusiaan dan pandangan filosofis suatu masyarakat pada suatu zaman, sehingga permasalahan mengenai sistem pemidanaan setidaknya harus meliputi tiga perspektif yaitu filosofis, sosiologis dan kriminologis.⁸

Keadilan, legalitas dan supremasi hukum merupakan suatu alat untuk menghargai Hak Asasi Manusia (selanjutnya disingkat HAM). Namun, dengan banyaknya aturan-aturan yang ada saatnya, keadaan di Indonesia tidak dirasakan menjadi lebih baik. Penelitian ini bertujuan untuk mengurai konsep penjatuhan pidana di Indonesia dengan menaruh perhatian pada prinsip keadilan serta dikaji dari sudut pandang realisme Amerika dan realisme Scandinavia.

Berdasarkan penjabaran diatas maka rumusan masalah dalam penelitian ini adalah bagaimana perspektif sistem pemidanaan indonesia ditinjau dari pendekatan *american legal realism* dan *scandinavian realism*.

METODE

Metode dalam tulisan ini ialah interdisipliner dengan pendekatan socio-legal studies, yaitu dengan menggunakan sebuah pendekatan yang memfokuskan dalam melihat hukum melalui penggabungan antara analisa normatif [norma-norma hukum yuridis] dan pendekatan ilmu non-hukum. Sifat socio-legal adalah penjabaran preskripsif dengan memberi solusi atas

⁷ Eva Achjani Zulfa, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan*. Bandung : CV. Lubuk Agung, . 2011, h.1

⁸ *Ibid.* h. 3

permasalahan hukum, menggabungkan antara analisa normatif dan pendekatan no-hukum/aspek sosial.

Perspektif socio-legal berarti penelitian ini tidak eksklusif menilai hukum sebagai manfaat dari sekedar sebuah aturan yang telah menjadi produk hukum (*industri sendiri/the industry selfregulation*), tetapi juga dilihat dari industri pengaturan diri sebagai sosial, proses organisasi. Dalam definisi pengaturan diri, yang diberikan oleh Van Driel dan Rajadan Lenox, *self-regulation* juga dianggap sebagai proses sosial.⁹

Lebih lanjut dikatakan oleh Reza Banakar dan Max Travers “Sosio - legal studi ilmu hukum sebagai fenomena sosial dan merupakan subdisiplin sosiologi”. Keduanya kemudian mengutip Griffiths yang menjelaskan bahwa sosiologi hukum sebagai ilmu sosial empiris ditujukan pada desain teori yang berkaitan dengan kontrol sosial¹⁰

Penelitian *socio-legal* menuntut peran aktif dari peneliti dalam upayanya memperoleh kebenaran. Penelitian socio-legal dapat pula mengumpulkan suatu data dari pengamatan yang sistematis. Socio-legal tidak sama dengan penelitian empiris, utamanya penelitian yang biasa dikenal di lingkungan hukum dengan sebutan penelitian yuridis empiris. Cakupan penelitian socio-legal lebih luas daripada sekedar memahami dunia empiris yang berkaitan dengan hukum. Socio-legal berasumsi bahwa justru dengan pendekatan sosiologi atau antropologi, maka substansi hukum dapat lebih dijelaskan secara lebih mendasar.¹¹

ANALISIS DAN DISKUSI

Putusan hakim kerap dianggap tidak memenuhi rasa keadilan bagi masyarakat, dalam hal ini dapat dijadikan contoh adalah kasus Nenek Minah yang diputus bersalah karena melakukan pencurian sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 362 KUHP. Kasus nenek Minah ini dapat menjadi contoh, yang banyak kalangan menganalogikan fenomena penegakan hukum di Indonesia itu seperti pisau, yaitu tajam ke bawah tetapi tumpul ke atas. Karena mereka membandingkan kasus pencurian 3 buah kakao yang dilakukan Nenek Minah ini dengan kasus besar seperti kasus-kasus korupsi yang hanya di vonis rata- rata 4 tahun. Hal yang tentunya sangat tidak adil jika dibandingkan dengan Nenek tua yang mencuri 3 buah

⁹ Reza Banakar dan Max Travers, *The Theory and Method in Socio-Legal Research*, (Oxford:Hart Publishing, 2005) h 29 dikutip dari Bakhrol Amal. 2016. *Sengketa Kepemilikan Hak Atas Tanah Keraton Kasepuhan di Kota Cirebon (Suatu Kajian terhadap Putusan MA No. 1825 K/Pdt/2002) Dispute Of Ownership Of Land In Kasepuhan Palace Cirebon (A Study on MA Decision No. 1825 K/Pdt/2002) E-Journal*. Semarang: Program Studi Magister Kenotariatan Program Pascasarjana Universitas Diponegoero. <https://ejournal.undip.ac.id/index.php/notarius/article/viewFile/11979/9149> H. 12 diakses 12 Januari 2019.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

kakao hanya untuk dijadikan bibit karena tidak mampu membelinya, justru diseret ke pengadilan, lalu divonis 1,5 bulan. Tidak sedikit pengadilan menjatuhkan hukuman hampir maksimum bagi para pelaku pencuri kelas “teri”, yakni dari 6 bulan hingga 7 tahun tetapi mengapa seorang “perampok” 2.8 triliun hanya divonis 4 tahun.

Penjatuhan Pidana atau Pemidanaan dalam Realisme Amerika dan Realisme Skandinavia.

Realisme berarti berhubungan dengan dunia nyata, dunia sebagaimana ia nyata berlangsung. Realisme hukum berarti suatu studi tentang hukum sebagai suatu yang benar-benar secara nyata dilaksanakan, ketimbang sekadar hukum sebagai serentetan aturan yang hanya termuat dalam perundang-undangan, tetapi tidak pernah dilaksanakan. Oleh karena itu, sebagian pakar memandang bahwa pendekatan realis merupakan bagian penting dari pendekatan sosiologis terhadap hukum.¹²

Salmond merumuskan hukum sebagai “sekumpulan asas-asas yang diakui dan diterapkan oleh negara melalui peradilan”. Hukum boleh tumbuh di luar kebiasaan maupun dunia praktik. Tetapi ia baru memperoleh karakter hukum nanti pada saat ia diakui dan diterapkan oleh pengadilan dalam putusan yang dijatuhkannya. Pengujian hukum yang sebenarnya adalah ketika ia dilaksanakan oleh Pengadilan. Salmond melalui rumusan hukumnya yang dikaitkan dengan pengadilan, menuntut agar tujuan hukum ditekankan pada jaminan keadilan.¹³

Realisme Amerika

Aliran ilmu hukum Amerika, yang dibangun atas penerimaan umum terhadap realisme filsufis, khususnya dipengaruhi oleh pandangan-pandangan James (1890-1922) dan Dewey (1859-1952). James, menguraikan teori pragmatisme, sebagai suatu filsafat positivis yang menolak “sistem-sistem tertutup dan kemutlakan-kemutlakan serta asal usul yang bersifat kepura-puraan belaka” dan berpaling ke “fakta-fakta, tindakan-tindakan an kekuasaan-kekuasaan.” Hal ini berarti “*the open air and the possibilities of nature*” sebagai hal yang bertentangan dengan dogma, kepalsuan-kepalsuan dan kemunafikan dari “*finality in truth*”.¹⁴

Sedangkan Dewey menekankan pentingnya kajian logika yang didasarkan pada suatu penyelidikan tentang kemungkinan-kemungkinan. Dewey berpendapat bahwa pencarian

¹² Achmad Ali dan Wiwie Heryani, *Sosiologi Hukum Kajian Empiris terhadap Pengadilan*. Jakarta: Kencana. 2012, h. 45.

¹³ *Ibid.* h. 44-45.

¹⁴ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) : Termasuk Interpretasi Undang-undang (Legisprudence) volume 1 pemahaman awal*. Jakarta : Kencana. ,2009 h. 91.

prinsip-prinsip universal yang “*ready made*”, harus dihentikan; hukum tidak lebih dari eksperimen yang didalamnya logika hanyalah salah satu dari faktor-faktor yang menentukan. Mereka yang mengkaji hukum harus mengingat bahwa pengetahuan adalah *successful practice*.¹⁵

Karakteristik pendekatan aliran realis terhadap permasalahan-permasalahan ilmu hukum mencakup¹⁶ :

- a. Suatu penyelidikan ke dalam unsur-unsur khas dari kasus-kasus;
- b. Suatu kesadaran tentang faktor-faktor irrasional dan faktor-faktor yang tidak logis dalam pembuatan putusan pengadilan;
- c. Penaksiran tentang aturan-aturan hukum melalui evaluasi terhadap konsekuensi-konsekuensi praktis dari aturan-aturan tersebut;
- d. Suatu perhatian terhadap hukum dalam kaitannya dengan politik, ekonomi dan lain-lain.

Di Amerika beberapa pemikiran tentang hukum mengikuti arah yang telah digariskan dalam filsafat pragmatisme. Pemikir-pemikir itu tidak memberi perhatian lagi kepada masalah-masalah teoritis tentang hukum, bukan juga mengindahkan lagi aspek normatif dari hukum. Bagi mereka hanya pentinglah apa yang diperlakukan dengan hukum secara aktual. Orang-orang yang menjalankan hukum ialah para hakim dan pegawai-pegawai pengadilan lainnya. Mereka membuat hukum. Oleh karena itu kaidah-kaidah hukum dipandang sebagai suatu generalisasi dari kelakuan para hakim. Maka ilmu pengetahuan hukum harus pertama-tama berpedoman pada kelakuan hakim.¹⁷

Sarjana hukum yang pertama kali menemukan teori semacam ini adalah Oliver Wendell Holmes (1841-1935), terutama dalam karangannya yang berjudul *The Part of Law*, 1920. Menurut Holmes, seorang sarjana hukum harus menghadapi gejala-gejala hidup secara realistis. Jika ia berusaha mengambil sikap yang demikian, dia akan sampai pada keyakinan bahwa para penjahat sama sekali tidak mempunyai *interesse* dalam prinsip-prinsip normatif hukum, sekalipun kelakuan mereka seharusnya diatur menurut prinsip-prinsip itu. Bagi mereka hanya penting kelakuan aktual (*patterns of behaviour*) seorang hakim, yakni pertanyaan apakah seorang hakim akan menerapkan sanksi pada suatu kelakuan yang tertentu atau tidak.¹⁸

Kelakuan para hakim pertama-tama ditentukan oleh kaidah-kaidah hukum. Berdasarkan tafsiran lazim kaidah-kaidah hukum itu dapat diramalkan, bagaimana kelakuan para hakim di

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintas Sejarah*. Yogyakarta : Kanisius, 1982, h.178.

¹⁸ *Ibid.* h. 179

kemudian hari. Disamping kaidah-kaidah hukum bersama tafsirannya moral hidup pribadi dan kepentingan sosial ikut menentukan keputusan para hakim juga.¹⁹

Menurut Holmes kehidupan hukum bukan logika, melainkan pengalaman (*the life of the law has been, not logic, but experience*). Semua aspek pragmatis dan empiris hukum adalah teramat penting. “yang saya anggap sebagai hukum adalah ramalan tentang apa yang akan dilakukan oleh pengadilan di dalam kenyataannya dan tidak ada yang lebih penting daripada itu.” (“*the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”).²⁰

Holmes menekankan bahwa meskipun bahasa yang digunakan oleh putusan pengadilan kebanyakan adalah bahasa logika, tetapi dibalik bentuk logika tersebut, sering terdapat “suatu putusan yang tidak jelas dan bersifat bawah sadar ... yang sangat berakar dari keseluruhan prosedur itu”. Oleh karena itu, “kepastian hukum hanya merupakan suatu ilusi”, dan “ketenangan bukanlah takdir manusia”.²¹

Metode Holmes untuk menafsirkan hukum positif menggunakan penyingkiran secara sengaja (*deliberate exclusion*) “setiap kata yang bermakna moral dari kajian seseorang. Namun, Holmes menerima bahwa standar-standar serta prinsip-prinsip moral masyarakat memainkan suatu bagian dalam pembentukan aturan-aturan hukum. Meskipun demikian, perkembangan suatu *corpus juris* lebih terkait langsung dengan keinginan-keinginan dari “kekuatan-kekuatan yang dominan yang ada di dalam masyarakat”, yang didukung oleh suatu “kekuasaan yang bersifat mengancam” (*the threat of force*).²²

Kenyataan hukum di Amerika seperti Gerakan realis dalam yurisprudensi Amerika dapat dicirikan sebagai sayap radikal dari sekolah sosiologis hukum, Gerakan ini bukan merupakan sekolah hukum itu sendiri, karena tidak terdiri dari sekelompok orang dengan keyakinan yang sama dan program terpadu. Ini adalah metode khas pendekatan, cara spesifik berfikir tentang hukum yang khas dari para penulis yang menggambarkan diri mereka sebagai realis hukum. Selain itu hakim juga diharapkan mampu menemukan hukum karena perpustakaan tidak selamanya dapat memberikan jawaban atas permasalahan hukum oleh karena itu kemampuan hakim sangat diperlukan. Kemudian putusan pengadilan secara nyata merupakan sesuatu yang tidak pasti dan seringkali tidak terprediksi, Ketidakpastian dari hukum ini bukan merupakan sesuatu yang harus disesalkan, tapi ia memandang bahwa ini merupakan nilai-nilai dalam

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Agus Brotosusilo, *Philosophy of Law*. Jakarta : Universitas Indonesia, 2018, h. 656

²¹ Ali, Achmad dan Wiwie Heryani, *Op. cit.* h. 53

²² Achmad Ali *Op.cit.* h. 94

masyarakat. Bahwa hukum harus stabil, pasti dan terstruktur merupakan mitos dasar dari hukum.

Dalam banyak kasus, Holmes melihat adanya “ketidakjelasan tentang premis mayor” yang digunakan oleh hakim. “premis mayor” yang dimaksud disini adalah interpretasi hakim tentang kebijakan publik yang mendasari hukum. Oleh karena itu, Holmes mengarahkan perhatiannya pada sifat kepastian, di mana menurut Holmes dibutuhkan kepastian dalam pembuatan hukum, baik sebagai *a caunter balance* maupun sebagai bisnis, dalam hal ini bukan bisnis pengadilan, melainkan bisnis dari badan-badan legislatif yang ada dalam masyarakat. Kecenderungan dari para hakim untuk membuat hukum harus dicegah. Melalui wakil yang mereka pilih, yang duduk di badan legislatif mempunyai hak untuk membuat hukum-hukum yang mereka anggap sebagai kebutuhan mereka.²³

Jika kita ingin mengetahui tentang hukum, maka menurut Holmes kita harus memandangnya “sebagai orang jahat yang hanya peduli terhadap akibat-akibat yang bersifat materiil, yang dengan pengetahuan seperti itu, si orang jahat itu dimungkinkan untuk meramalkan apa yang di dalam kenyataannya mungkin dilakukan oleh pengadilan.” hukum dipandang oleh Holmes sebagai “seperangkat kosekuensi-konsekuensi”. Menurut Holmes, kita memahami hukum ketika kita dapat meramalkan dengan kepastian tertentu, apa yang dihasilkan oleh pelaku pengadilan, ketika pengadilan dihadapkan dengan permasalahan-permasalahan hukum.²⁴

Konsep tentang “kewajiban hukum” paling baik dipahami jika konsep itu dipandang dalam pandangan si “orang jahat”. Dalam pandangan si orang jahat, “kewajiban hukum” dipahami sebagai “suatu ramalan bahwakalau ia melakukan hal-hal tertentu, maka ia akan menjadi sasaran dari akibat-akibat yang tidak menyenangkan”.²⁵

Karl Llewellyn (1893-1962) dalam tulisan-tulisan sebelumnya, adalah juru bicara teori realis orthodox. Ia berpendapat bahwa aturan hukum substantif yang dari jauh lebih penting dalam praktek yang sebenarnya hukum daripada yang sampai sekarang telah diasumsikan. Ia mengusulkan bahwa titik fokus dari penelitian hukum harus digeser dari studi aturan untuk ketaatan perilaku nyata dari pejabat hukum, khususnya hakim. "Apa yang para pejabat ini dilakukan tentang perselisihan adalah, menurut saya, hukum itu sendiri". Pernyataan terakhir ini, bagaimanapun, ditarik oleh Llewellyn pada tahun 1950.

²³ Lihat Achmad, Ali dan Wiwie Heryani, *Op.cit.* h. 53.

²⁴ Lihat Achmad Ali., *Op.cit.* h. 94-95.

²⁵ *Ibid.*

Kritik terhadap cara berpikir kaum realis Amerika Serikat itu cukup banyak dan keras. Pendekatan realis telah didakwa sebagai penyebab terjadinya banyak sekali kebingungan dan melebih-lebihkan peran hakim dalam membentuk dan membuat hukum. Pendapat itu menganggap bahwa hukum bukanlah apa yang dilaksanakan oleh pengadilan, tetapi pengadilan adalah pranata yang melaksanakan hukum. Jika hakim cenderung untuk mengukuti hukum, maka akan sangat mudah untuk meramalkan apa yang akan diputus oleh hakim dalam banyak kasus. Lagi pula, hukumlah yang lebih dahulu ada, baru kemudian pengadilan. Definisi hukum yang menyatakan hukum sebagai apa yang diputuskan oleh pengadilan, sama dengan orang yang mengatakan bahwa obat adalah apa yang dituliskan dokter di atas kertas resep.

Menurut buku karya editor Christopher Berry Gray, *Philosophy of Law : An Encyclopedia*, Volume II (1999: 722-723), meskipun secara umum penganut realisme hukum berpandangan bahwa yang dimaknakan sebagai hukum adalah putusan hakim, dan bukan undang-undang, karena undang-undang hanyalah sumber hukum dan baru menjadi hukum setelah diterjemahkan dalam putusan hakim. Tetapi dalam kalangan kaum realis sendiri terdapat dua sayap²⁶, yaitu :

- a. *The sosiological wing of realism*, yang dianut oleh Karl Llewellyn, Oliphant, Moore dan Cohen. Inti pendapat mereka adalah ada beraneka ragam kekuatan sosial yang memaksa dan mempengaruhi penilaian hakim terhadap fakta-fakta dari kasus yang sedang dihadapinya, yang mana, kekuatan, sosial itulah yang menentukan lahirnya putusan hakim, ketimbang aturan-aturan hukum. Kekuatan sosial itu termasuk; latar belakang ekonomi para hakim dan juga termasuk pengalaman-pengalaman sosialisasi profesional para hakim.
- b. *The idiosyncrasy wing of realism*, yang menekankan pada pengaruh faktor psikologis dan kepribadian individu. Dianut oleh Jerome Frank dan Hutcheson. Inti pendapat mereka adalah faktor yang paling dasar yang mempengaruhi hakim dalam menilai fakta-fakta terkait kasus yang diadilinya adalah faktor kepribadian dan psikologis dari individu. Jerome Frank dipengaruhi oleh ajaran psikoanalisis dari Sigmund Freud.

Realisme Skandinavia

Mashab hukum yang berkembang di Uppsala, Swedia juga disebut mashab realisme hukum. Namun perbedaan dengan mashab realisme hukum Amerika cukup besar karena bukan praktek hukum pejabat-pejabat hukum menjadi titik tolak pandangan, melainkan kelakuan orang-orang di bawah hukum. Ilmu pengetahuan yang menerangkan kelakuan orang adalah

²⁶ *Ibid.* h. 98

psikologi. Karenanya psikologi diminta bantuannya oleh tokoh-tokoh mazhab Swedia untuk mencari arti hukum yang sebenarnya.²⁷

Tokoh realisme hukum Scandinavia, Axel Hagerstorm (1868-1939) merupakan pendiri dari “ Uppsala School” menaruh perhatiannya pada konsep dasar hukum yang menjadi analisa kritis pada konsep “hak”; Ia memberikan contoh mengenai hak kepemilikan. Yang mana hal tersebut tidak akan ada persoalan sampai dengan adanya tuntutan atau hal tersebut menjadi obyek perkara di pengadilan. Bahkan, tuntutan dari pihak lain pun akan dipandang tidak nyata atau spekulatif sampai ia dapat membuktikan yang sebaliknya;

Doktrin yang dibawa oleh Uppsala school (Axel Hagerstorm) ini dikritisi oleh Filsuf hukum Denmark, F. Vinding Kruse dan menyebutkan bahwa elaborasi normatif dan etikal jurisprudence masih tetap metoda yang diuji cobakan. Dia mengambil sikap bahwa masih memungkinkan untuk membangun nilai dasar moral dan keadilan berdasarkan keilmuan; Dengan demikian, prinsip bahwa manusia hidup bersama dalam masyarakat tidak boleh saling melukai merupakan reaksi normal untuk menjaga manusia dan kekayaannya. Prinsip ini tidak dapat dipandang sebagai dalil normatif yang sewenang-wenang;

Lundstedt, seorang profesor hukum Swedia, mengikuti Hangerstrom dalam penolakannya secara total terhadap argumen yang bersifat metafisik. Apa yang tidak dapat dibuktikan sebagai fakta bahasa serta reaksi-reaksi yang murni yang bersifat emosional yang menjadi penyebab timbulnya banyak argumen yang tidak berguna yang berkaitan dengan sifat hukum. Konsep-konsep keadilan merupakan ilusi, dimana tidak pernah ada ilmu yang berkaitan dengan nilai-nilai.²⁸

Menurut Lundstedt, hukum hanyalah merupakan fakta-fakta dari eksistensi sosial, sedangkan selain itu tak lebih hanya sekedar ilusi. Hukum merupakan hal esensial jika masyarakat ingin bertahan; oleh karena pada dasarnya hukum merupakan persyaratan bagi “kesejahteraan sosial”. lebih lanjut ia berpendapat bahwasuatu sistem hukum mencerminkan aspirasi-aspirasi sosial yang secara sistematis mengorganisir fakta sosial, maka tujuan-tujuan sistem itu akan muncul pula secara jelas.²⁹

Kenyataan hukum di Scandinavia memfokuskan pada kenyataan, dimana menekankan pada hak kepemilikan (Axel Hagerstrom). Yang mana hal tersebut tidak akan ada persoalan sampai dengan adanya tuntutan atau hal tersebut menjadi obyek perkara di pengadilan. Bahkan, tuntutan dari pihak lain pun akan dipandang tidak nyata atau spekulatif sampai ia dapat

²⁷ Theo Huijbers., *Filsafat Hukum dalam Lintas Sejarah*. Yogyakarta : Kanisius., 1982, h.181

²⁸ Achmad Ali, *Op.cit.* h. 99.

²⁹ *Ibid.* h. 100.

membuktikan yang sebaliknya. Selain hak kepemilikan, ada juga norma dalam hukum hanya akan valid apabila dapat diprediksi bahwa pengadilan dapat mempergunakan hal tersebut dalam suatu perkara (Alf Ross). Dari pandangan Ross ini, ia menyatakan bahwa hukum sejatinya ditujukan kepada pengadilan ketimbang individual; Dalam pandangan Realis Skandinavia, hukum bukanlah upaya untuk menyadarkan keadilan, melainkan dibawa oleh tekanan kelompok sosial atau kebutuhan kelompok sosial.

Penganut realisme Skandinavia lainnya, Olivecrona, seorang jurisdiktor Swedia menganggap tidak perlu mendefinisikan hukum. Metode analisis digunakan oleh Olivecrona mencakupi penyelidikan tentang keseluruhan fakta yang ada dalam istilah ‘aturan-aturan hukum’. Sistem aturan-aturan hukum bukanlah suatu sistem yang tertutup; sistem aturan-aturan hukum tidak mempunyai batasan yang tegas. Hukum muncul dari aturan-aturan normatif yang berdasarkan pada kenyataan-kenyataan sosial; hukum hanya ada dalam imajinasi. “kekuatan mengikat” seperti yang dikemukakan oleh Olivecrona, tidak mempunyai eksistensi objektif. Tidak ada “kekuatan mengikat” dalam hukum alam, karena hukum alam bersandar hanya pada kepercayaan. Kekuatan mengikat dari hukum tidak mempunyai asal usul dalam kehendak negara yang bersangkutan (kekuatan mengikat hukum tidak lebih daripada sebuah mitos). “Mengikatnya” hukum ada hanya sebagai suatu ide dalam pikiran manusia. Orang “merasa” bahwa mereka diikat oleh hukum dan dalam suatu analisis tentang perasaan-perasaan inilah esensi hukum dapat ditemukan.³⁰

1. Sistem Pemidanaan di Indonesia

Penegakan hukum adalah bahasa Indonesia untuk *law enforcement*. Dalam bahasa Belanda dikenal *rechtstoepassing* dan *rechtshandhaving*. Pemikiran yang dominan mengatakan, penegakan hukum adalah suatu proses logis yang mengikuti kehadiran suatu peraturan hukum. Apa yang harus terjadi menyusul kehadiran peraturan hukum hampir sepenuhnya terjadi melalui pengoahan logika. Logika menjadi kredo atau kepercayaan dalam penegakan hukum³¹

Penegakan hukum bukan suatu proses logis semata, melainkan syarat dengan keterlibatan manusia didalamnya. Hal itu berarti penegakan hukum tidak dapat dilihat sebagai proses logis linier, melainkan sesuatu yang kompleks. Masuknya faktor manusia menjadikan penegakan hukum sarat dengan dimensi perilaku dengan semua faktor yang menyertainya. Penegakan hukum bukan lagi hasil deduksi logis, melainkan lebih merupakan

³⁰ *Ibid.* h. 100

³¹ Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum, Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*. Yogyakarta : Genta Publishing, 2010, h. 191.

hasil dari pilihan-pilihan. Dengan demikian, luaran (*output*) dari penegakan hukum tidak dapat hanya didasarkan pada ramalan logika semata, melainkan juga hal-hal yang tidak menurut logika.³²

Sebelum adanya WvS, maka dalam daerah-daerah yang oleh pemerintah Hindia Belanda dibiarkan untuk melaksanakan hukum (adat)-nya sendiri sendiri dan dalam daerah swapraja, maka hukum adat merupakan sumber langsung dari hukum pidana.³³ Secara garis besar dapat dibedakan empat kurun-waktu dalam sejarah hukum pidana Indonesia selama pemerintah Hindia-Belanda sampai sekarang. (a) Pertama, dimana golongan Bumiputera masih dapat tunduk pada hukum pidana yang bersumber langsung pada hukum adat; (b) Kedua, dimana terdapat dua KUHP (satu golongan Bumiputera dan Timur Asing dan yang lainnya untuk golongan Eropa-sistem dualisme) dimana sumber hukum adat untuk hukum pidana dibatasi; dan (c) Ketiga, dimana hanya ada satu KUHP (WvS 1918) yang berlaku untuk semua golongan semua golongan penduduk di Indonesia (sistem unifikasi) dan di mana hukum pidana tidak dapat dipergunakan.³⁴ (d) Keempat, (1951-sekarang) ada pengakuan kembali bahwa “hukum yang hidup” (hukum adat yang tidak tertulis) dapat menjadi sumber hukum pidana tertulis (WvS), selama tidak ada bandingnya (padanannya) dalam WvS. Dalam Pasal 5 ayat (3) UU No. 1 Drt/ 1951 telah diakui adanya “hukum yang hidup” (delik adat) dan “hukuman adat” (kewajiban adat). Diberlakukannya WvS 1918 dalam Indonesia merdeka adalah dengan UU No. 1 Tahun 1946 yang diberlakukan untuk seluruh Indonesia dengan UU No. 73 tahun 1958.³⁵

Penegakan hukum di Indonesia dijalankan atau ditugaskan kepada kekuasaan kehakiman sesuai Pasal 1 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 yang sudah diperbaharui dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 Jo Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999. Pasal 1 menyatakan, kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan, guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia.

Tokoh-tokoh *legal realism* yang berasal dari kalangan praktisi hukum, yakni Holmes (1841-1935), Jerome Frank (1859- 1957) dan seorang ahli ilmu sosial, Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962), melihat kenyataan bahwa tidak semua kasus yang ada di pengadilan,

³² *Ibid.* h. 192.

³³ Marjono Reksodiputro, *Menyelaraskan Pembaharuan Hukum*. Jakarta : Komisi Hukum Nasional RI, . 2014, h. 81.

³⁴ Lihat *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie*, Amsterdam : J.H. de Bussy. 1918. H. 8-18. lihat pula Marjono Reksodiputro, *Menyelaraskan Pembaharuan Hukum*. Jakarta : Komisi Hukum Nasional RI, 2014, h. 82

³⁵ Marjono Reksodiputro, *op.cit.* h. 82.

khususnya kasus-kasus berat diatur dalam Undang-Undang. Sehingga pada kenyataannya hakim mempunyai peranan yang lebih bebas untuk memilih dan menentukan serta lebih kreatif dalam penerapan hukum dari pada sekadar mengambil di dalam aturan-aturan yang dibuat oleh penguasa (undang-undang). Dalam praktiknya ternyata faktor seperti temperamen psikologis hakim, kelas sosial dan nilai-nilai yang ada pada hakim lebih berfungsi dalam pengambilan keputusan hukum dari pada aturan-aturan yang tertulis.³⁶

Di Amerika Serikat, seorang hakim dianggap menjalankan empat macam peranan: menegakkan norma (*norm enforcer*), membuat hukum (*law maker*), menjadi administrator dan sebagai seorang politikus. Peran terakhir ini tidak lazim diakui di Indonesia, kecuali apabila diperdebatkan apa yang sering dikeluhkan para hakim, bahwa pada masa Orde Baru sangat terasa pengaruh Menteri Kehakiman (seorang yang ditunjuk secara politis) terhadap para hakim, termasuk juga pada para hakim agung.³⁷

Melihat pada kenyataan di Indonesia bahwa tidak semua kasus yang ada di pengadilan, khususnya kasus-kasus berat diatur dalam undang-undang. Sehingga pada kenyataannya hakim mempunyai peranan yang lebih bebas untuk memilih dan menentukan serta lebih kreatif di dalam penerapan hukum dari pada sekadar mengambil di dalam aturan-aturan yang dibuat oleh penguasa. Dalam praktiknya ternyata faktor seperti temperamen psikologis hakim, kelas sosial dan nilai-nilai yang ada pada hakim lebih berfungsi dalam pengambilan keputusan hukum dari pada aturan-aturan yang tertulis.³⁸

Menurut Prof Marjono Reksodiputro, pembenaran dari menjadikan hukum (adat) yang hidup menjadi sumber hukum pidana Indonesia dapat juga dicari dalam tugas seorang hakim yang berkewajiban mencari keadilan. Untuk upaya ini, maka hakim harus menjaga bahwa seseorang yang bersalah melakukan perbuatan yang tercela oleh masyarakat dan patut dipidana memang mendapatkan pidananya. Ukuran perbuatan apa yang “tercela” dan “patut dipidana” dapat ditentukan oleh pembuat undang-undang, tetapi dapat pula didasarkan pada hukum adat yang hidup dalam masyarakat yang bersangkutan. Kewajiban hakim dalam mencari keadilan tersebut juga terlihat dalam ketentuan-ketentuan UU No. 14 Tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang melarang hakim menolak untuk memeriksa dan

³⁶A. Qadri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetisi antara Hukum Islam dan Hukum Umum*. Cet I. Yogyakarta : Gama Media Offset, 2002, h. 206

³⁷Marjono Reksodiputro *Op.cit.* h. 5

³⁸*Ibid.* h. 206

mengadili suatu perkara yang diajukan seorang “korban”, serta kewajibannya untuk menggali nilai-nilai yang hidup.³⁹

Penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai pembentukan hukum oleh hakim terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkrit. Latar belakang perlunya seorang hakim melakukan penemuan hukum adalah karena hakim tidak boleh menangguk atau menolak menjatuhkan putusan dengan alasan karena hukumannya tidak lengkap atau tidak jelas.⁴⁰ Ketika undang-undang tidak lengkap atau tidak jelas untuk memutus suatu perkara, saat itulah hakim harus mencari dan menemukan hukumnya (*rechtsvinding*). Larangan bagi hakim menolak perkara ini diatur juga dalam Pasal 10 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Lalu, hasil temuan itu akan menjadi hukum apabila diikuti oleh hakim berikutnya atau dengan kata lain menjadi yurisprudensi.⁴¹ Dan penemuan hukum ini dapat dilakukan dengan cara menggali nilai-nilai hukum yang berkembang dalam masyarakat.

Di Indonesia sendiri, hukum yang hidup di masyarakat adalah hukum adat, dimana hukum adat adalah implementasi dari budaya dan aturan masyarakat setempat, hukum adat mengikat kuat bagi masyarakatnya dan lebih mudah diterima oleh masyarakat karena lahir dan berkembang dengan nilai-nilai kearifan lokal masyarakatnya.

Masalah sanksi merupakan hal yang sentral dalam hukum pidana karena seringkali menggambarkan nilai-nilai sosial budaya bangsa. Artinya, pidana mengandung tata nilai dalam suatu masyarakat mengenai apa yang baik dan yang tidak baik, apa yang bermoral dan apa yang amoral serta apa yang diperbolehkan dan apa yang dilarang. Meskipun tata nilai itu sendiri ada yang bersifat universal dan abadi, tetapi dari zaman ke zaman ia juga dapat bersifat dinamis.⁴²

Sifat kedinamisan tata nilai berlaku pula pada sistem pidana dan sistem sanksi dalam hukum pidana. Bila sistem pidana ini diartikan secara luas, maka pembahasannya menyangkut aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi (dalam hukum pidana) dan pidana karena menurut L.H.C. Hulsman *The Sentencing system is the statutory rules relating to penal sanctions and punishment*. Secara lebih singkat Andi Hamzah

³⁹ Mardjono Reksodiputro, *Pembaharuan Hukum Pidana_Kumpulan karangan buku keempat. Ed. 1, Cet.2.* Jakarta : Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, 1997, h. 107-108.

⁴⁰ Sudikno Mertokusumo. 2005. *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*. Yogyakarta: Liberty. h. 162

⁴¹ *Ibid.* h. 163

⁴² Sholehuddin, M., *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana : Ide Dasar Double Track System & Implementasinya*. Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada, 2007, h. 55-67

memberikan arti sistem pidana dan pemidanaan itu sebagai susunan (pidana) dan cara (pemidanaan).⁴³

Di Indonesia dukungan publik terhadap putusan pengadilan dapat dikatakan lemah, malah terdapat kecurigaan bahwa putusan-putusan pengadilan banyak yang tidak dapat mencerminkan rasa keadilan dalam masyarakat. Tuduhan suap atau KKN mewarnai sikap publik terhadap sistem peradilan. Ada pendapat bahwa dengan satu coretan tanda tangan, pengadilan yang korup dapat mengganti “[...] *the rule of force and fraud, for the rules of law*” (mengganti aturan yang didasarkan pada kekuatan dan kecurangan, menjadi aturan hukum atau mengganti “kecurangan” menjadi aturan hukum seolah-olah “keadilan”). kecenderungan pengadilan (majelis hakim) adalah tidak mau memberi reaksi terhadap gugatan publik ini. Kesan publik adalah pengadilan sering “bersembunyi” dibelakang jubah hakim mereka dan “jargon hukum”. Di Indonesia ditambah lagi hakim bersembunyi dengan alasan telah memutuskan perkara “Demi Keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.⁴⁴

Peter mengatakan bahwa sering hukum pidana dinilai berlebihan, yaitu sebagai alat untuk menyelesaikan masalah-masalah sosial dalam masyarakat. Akan sering ditemukan bahwa masalah sosial tersebut seharusnya (sebenarnya) dapat diselesaikan dengan cara lain. Dikatakan juga bahwa sering hukum pidana itu dipergunakan untuk menyalurkan rasa emosional publik. Hal ini bertentangan dengan pemikiran bahwa penyelenggaraan peradilan pidana (menjatuhkan sanksi hukum pidana) harus merupakan suatu aksi sosial yang rasional. Rasa emosional atau rasa marah publik sering ditujukan kepada perbuatan yang sering disidangkan di pengadilan tetapi dapat pula ditujukan kepada putusan pengadilan yang dirasakan publik bertentangan dengan rasa keadilan.⁴⁵

Arti dari opini publik terhadap putusan pidana pengadilan dikemukakan oleh sarjana hukum Belanda M.P. Vrij dengan teori “subsosial”nya. Menurut teori ini suatu tindak pidana mempunyai empat akibat subsosial : dorongan mengulangi dari pelaku, rasa tidak puas korban, keinginan meniru dari pihak ketiga dan rasa kecewa pihak keempat. Adapun fungsi penghukuman adalah mengatasi gejala-gejala sosial-psikologis diatas.

Menurut teori Vrij, rasa kecewa atau kemarahan pihak keempat (yaitu publik) atas perbuatan tercela yang terjadi, memang seharusnya dipertimbangkan dalam putusan hakim. Ini berarti bahwa sentimen moral publik atau opini publik dianggap mencerminkan rasa keadilan yang telah diganggu oleh perbuatan tercela tersebut, dan ini harus dipertimbangkan oleh majelis

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Marjono Reksodiputr., *op.cit.*, h. 6.

⁴⁵ *Ibid.*

yang akan memutuskan perkara bersangkutan. Kekecewaan dan kemarahan publik terhadap apa yang dirasakan tidak atau kurang adil, adalah apa yang dapat termasuk dalam “*civic engagement*”.⁴⁶

Kesimpulan

KESIMPULAN

Secara umum, sistem pidana atau penjatuan pidana di Indonesia masih dirasa kurang memenuhi rasa keadilan sebagaimana yang ada dalam masyarakat. Dari pembahasan diatas, dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut :

Pendekatan realis telah didakwa sebagai penyebab terjadinya banyak sekali kebingungan dan perlembihan peran hakim dalam membentuk dan membuat hukum. Pandangan seperti itu menganggap bahwa hukum bukanlah apa yang dilaksanakan oleh pengadilan, tetapi pengadilan adalah pranata yang melaksanakan hukum. Jika hakim cenderung untuk mengikuti hukum, maka akan sangat mudah untuk meramalkan apa yang diputuskan oleh hakim dalam banyak kasus. Definisi hukum yang menyatakan hukum sebagai apa yang diputuskan oleh pengadilan, sama dengan menyatakan bahwa obat adalah apa yang dituliskan di atas kertas resep oleh dokter.

Melihat pada kenyataan di Indonesia bahwa tidak semua kasus yang ada di pengadilan, khususnya kasus-kasus berat diatur dalam undang-undang. Sehingga pada kenyataannya hakim mempunyai peranan yang lebih bebas untuk memilih dan menentukan serta lebih kreatif di dalam penerapan hukum dari pada sekadar mengambil di dalam aturan-aturan yang dibuat oleh penguasa. Dalam praktiknya ternyata faktor seperti temperamen psikologis hakim, kelas sosial dan nilai-nilai yang ada pada hakim lebih berfungsi dalam pengambilan keputusan hukum dari pada aturan-aturan yang tertulis.

DAFTAR PUSTAKA

- Ali, Achmad dan Wiwie Heryani. 2012. *Sosiologi Hukum Kajian Empiris terhadap Pengadilan*. Jakarta : Kecana.
- Amal, Bakhrul. 2016. *Sengketa Kepemilikan Hak Atas Tanah Keraton Kasepuhan di Kota Cirebon (Suatu Kajian terhadap Putusan MA No. 1825 K/Pdt/2002) Dispute Of Ownership Of Land In Kasepuhan Palace Cirebon (A Study on MA Decision No. 1825*

⁴⁶ *Ibid.* h. 7

K / Pdt / 2002) E-Journal. Program Studi Magister Kenotariatan Program Pascasarjana Universitas Diponegoro Semarang.
<https://ejournal.undip.ac.id/index.php/notarius/article/viewFile/11979/9149> diakses 12 Januari 2019

Brotosusilo, Agus. 2018. *Philosophy of Law*. Jakarta : Universitas Indonesia

HR, Ridwan. 2014. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta : Rajawali Pers.

Huijbers, Theo. 1982. *Filsafat Hukum dalam Lintas Sejarah*. Yogyakarta : Kanisius.

Kansil, CST. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Balai Pustaka. 2002.

Mahmud, Syahrul. 2012. *Penegakan Hukum Administrasi, Hukum Perdata dan Hukum Pidana Menurut Undang-Undang No. 32 Tahun 2009*. Yogyakarta : Graha Ilmu. Mertokusumo, Sudikno. 2005. *Mengenal Hukum: Suatu Pengantar*. Yogyakarta : Liberty.

Qadri, A. Azizy, 2002 *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetisi antara Hukum Islam dan Hukum Umum, Cet I*. Yogyakarta : Gama Media Offset.

Reksodiputro, Mardjono. 1997. *Pembaharuan Hukum Pidana_Kumpulan karangan buku keempat. Ed. 1, Cet.2*. Jakarta : Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia.

————— . 2014 . *Menyelaraskan Pembaharuan Hukum*. Jakarta : Komisi Hukum Nasional RI.

Sholehuddin, M. 2007. *Sistem Sanksi Dalam Hukum Pidana : Ide Dasar Double Track System & Implementasinya*. Jakarta : PT. Raja Grafindo Persada.

Soekanto, Soejono. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum – cet. 3*. Jakarta : UI-Press.

Zulfa, Eva Achjani. 2011. *Pergeseran Paradigma Pemidanaan*. Bandung : CV. Lubuk Agung.