

Rekonstruksi Analogi Dalam Hukum Pidana Sebagai Metode Penafsiran Hukum Untuk Pembaharuan Hukum Pidana Dengan Pendekatan Aliran Progresif

Lucky Endrawati

Universitas Brawijaya

E-mail Korespondensi : luckyendrawati@yahoo.co.id

Abstrak

Dalam situasi hukum perundang-undangan yang mengatur tentang Hukum Pidana, dimana bersifat elitis, maka apabila penerapan hukum perundang-undangan dilakukan dengan menggunakan konsep hukum sebagaimana yang dipahami dalam tradisi berpikir legal-positivism; yang memandang hukum hanya sebatas pada lingkaran peraturan perundang-undangan dan yang melakukan pemaknaan perundang-undangan secara formal-tekstual; dengan mengabaikan nilai-nilai sosial dalam masyarakat, maka yang akan terjadi adalah hukum yang mengabdikan kepada kepentingan elit, bukan kepada kepentingan masyarakat luas, sehingga tujuan hukum untuk mewujudkan keadilan akan semakin jauh dari apa yang diharapkan. Rekonstruksi analogi dalam hukum pidana di Indonesia untuk masa yang akan datang sangatlah diperlukan sebagai upaya untuk memperbaharui hukum pidana di Indonesia melalui pendekatan hukum progresif, yakni dengan cara dari atribut-atribut yang melekat, yang mengutamakan penjatuhan sanksi pidana, terutama pidana yang merampas kemerdekaan seseorang sebagai ultimum remidium, yang mengutamakan pula manusia itu diatas hukum, dan bukan sebaliknya. Hukum hanya sebagai sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Hukum tidak lagi dipandang sebagai dokumen yang absolut dan ada secara otonom. Hukum progresif yang bertumpu pada manusia, membawa konsekuensi pentingnya kreativitas. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain dimaksudkan untuk mengatasi ketertinggalan hukum, ketimpangan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum bila perlu melakukan rule breaking. Terobosan-terobosan ini diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yaitu hukum yang membuat bahagia.

Kata Kunci : *Analogi, Penafsiran Hukum, Progresif*

A. PENDAHULUAN

Penerapan suatu aturan hukum dengan cara menggunakan logika yaitu mengambil dari inti suatu peraturan untuk terapkan terhadap perbuatan yang sebenarnya belum ada aturannya, padahal pada Pasal 1 ayat (1)

KUHP menjelaskan bahwa harus adanya aturan yang mendasari suatu tindak pidana. Karena asas analogi menyimpang dari asas legalitas yang terdapat didalam Pasal 1 KUHP. Larangan menggunakan analogi selama ini

dianut oleh KUHP yang sekarang berlaku.

Di beberapa negara, seperti Indonesia dan Belanda masih berlaku larangan analogi. Akan tetapi larangan analogi ini menimbulkan pendapat pro dan kontra. Beberapa pendapat mengungkapkan alasan menggunakan analogi :

1. Seiring dengan perkembangan zaman, maka permasalahan yang timbul selalu ada yang baru. Maka di gunakan analogi untuk menafsirkan permasalahan tersebut, karena di ketahui tidak mungkin UU di ganti pada setiap zaman (mengikuti jaman).
2. Adanya keawatiran, akan tetapi keawatiran tersebut tidak beralasan. Oleh karena kita telah mempunyai hukum tertulis, asal kan dalam analogi tidak berlebihan
3. Dalam prakteknya, hakim sering sekali menggunakan analogi, hanya saja tidak mengungkapkan terang terangan.

Sebagai contoh kasus tahun 1921 pencurian tenaga listrik di tafsirkan kedalam benda seperti yang di maksud dalam pasal 362 KUHP, pada zaman itu hanya W.V.S pada tahun 1880 di kenal benda berwujud, sedangkan makna nya sekarang meliputi benda tak berwujud, sedangkan pendapat beberapa ahli mengatakan larangan analogi itu didasarkan pada pasal 1 ayat 1 yakni asas legalitas.

Menurut Moeljatno bahwa tafsiran ekstensif dan analogi menambahkan bahwa

ekstensif masih berpegang pada bunyi aturan, semua kata katanya masih di turut, hanya ada kata yang tidak di beri makna, sedangkan analogi sudah tidak berpegangan pada aturan yang ada, melainkan pada inti, rasio daripadanya. karenanya ini bertentangan pada asas legalitas sebab asas ini mengharuskan adanya satu aturan sebagai dasar.¹

Menurut van Apeldoorn fungsi penafsiran dalam hukum pidana menjelaskan hakikat dari kegiatan penafsiran itu sebagai suatu usaha mencari kehendak pembuat undang-undang yang pernyataannya kurang jelas. Fungsi dari penafsiran pada dasarnya yaitu memaknai kaidah atau asas hukum, menghubungkan suatu fakta hukum dengan kaidah hukum, menjamin penindakan atau penerapan hukum dapat di lakukan secara tepat, benar dan adil dan mempertemukan kaidah hukum dengan perubahan-perubahan sosial agar kaidah hukum tetap aktua; mam[u] memenuhi kebutuhan-kebutuhan sesuai dengan perubahan sosial.²

Penafsiran analogi adalah memberi penafsiran pada suatu peraturan hukum dengan memberi kiyas pada kata-kata dalam peraturan tersebut sesuai dengan azas hukumnya sehingga suatu peristiwa yang sebenarnya tidak masuk kedalamnya di anggap sesuai dengan peraturan

¹ P.A.F. Lamintang, Dasar-Dasar untuk mempelajari Hukum Pidana yang berlaku di Indonesia, Sinar Baru, Bandung, hlm. 71.

² <http://tiaramon.wordpress.com> diakses tanggal 29 Maret 2017, pukul 19.25 WIB.

tersebut, yang di maksud penafsiran analogi ialah memperluas cakupan atau pengertian dari ketentuan undang-undang. Analogi sangat erat hubungannya dengan penguraian pasal 1 KUHP. Dari ketentuan pasal 1 KUHP di simpulkan bahwa salah satu asas yang terkandung di dalamnya adalah dilarang menggunakan analogi.

Penafsiran analogi telah menimbulkan perdebatan para yuris, menantang dan menerima penafsiran analogi. Secara ringkas penafsiran analogi adalah apabila terhadap suatu perbuatan yang pada saat di lakukannya tidak merupakan tindak pidana, di terapkan ketentuan hukum pidana yang berlaku untuk tindak pidana, di terapkan ketentuan hukum pidana yang berlaku untuk tindak pidana yang lain serta mempunyai sifat dan bentuk yang sama dengan perbuatan tersebut, sehingga kedua perbuatan tersebut di pandang analog satu dengan yang lainnya.

Menurut Andi Hamzah, ada dua macam analogi, yaitu *Gesetz Analogi*, merupakan analogi terhadap perbuatan yang sama sekali tidak ada dalam hukum pidana. *Recht analogi* merupakan analogi terhadap perbuatan yang mempunyai kemiripan dengan perbuatan yang dilarang dalam ketentuan hukum pidana.

Ada alasan yang di kemukakan oleh pihak yang menyetujui adanya penafsiran analogi yaitu perkembangan masyarakat yang sangat cepat

seingga hukum pidana harus berkembang sesuai dengan masyarakat tersebut. Sementara yang menentang adanya penafsiran analogi ini beralasan bahwa penerapan analogi sangat berbahaya karena dapat menyebabkan ketidak pastian hukum dalam masyarakat.

Dalam hal ini perlu untuk sekedar dikemukakan perbedaan penafsiran analogi dan tafsiran ekstensif. Tafsiran ekstensif berpegang pada aturan yang ada, memaknai sebuah kata dengan maka yang hidup dalam masyarakat sekarang, tidak merut maknanya ketika waktu undang-undang di bentuk. Sedangkan dalam penafsiran analogi, bahwa peraturan yang menjadi soal itu tidak dapat di msukan dalam aturan yang ada, akan tetapi perbuatan itu menurut hakim termasuk kedalam perbuatan yang mirip perbuatan itu. Jadi sesungguhnya jika di gunakannya analogi, yang di buat untuk menjadikan perbuatan pidana pada satu perbuatan yang tertentu, bukanlah lagi aturan yang ada,

Penafsiran ekstensif dan analogi pada hakikatnya adalah sama, hanya ada perbedaan graduil saja, tetapi di pandang secara psikologis bagi orang yang menggunakannya ada perbedaan yang besar antara keduanya, yaitu penafsiran ekstensif masih berpegang pada bunyinya aturan, anya ada perkataan yang tidak lagi di beri makna seperti pada waktu terjadinya undang-undang, tetapi pada waktu penggunanya, maka dari itu masih dinamai interpretasi. Penafsiran analogi

sudah tidak lagi berpegang pada aturan yang ada, melainkan pada inti, ratio dari adanya. Oleh karena inilah yang bertentangan dengan asas legalitas, sebab asas ini mengharuskan adanya suatu aturan sebagai dasar.³

Dalam situasi hukum perundang-undangan yang mengatur tentang Hukum Pidana, dimana bersifat elitis, maka apabila penerapan hukum perundang-undangan dilakukan dengan menggunakan konsep hukum sebagaimana yang dipahami dalam tradisi berpikir legal-positivism; yang memandang hukum hanya sebatas pada lingkaran peraturan perundang-undangan dan yang melakukan pemaknaan perundang-undangan secara formal-tekstual; dengan mengabaikan nilai-nilai sosial dalam masyarakat, maka yang akan terjadi adalah hukum yang mengabdikan kepada kepentingan elit, bukan kepada kepentingan masyarakat luas, sehingga tujuan hukum untuk mewujudkan keadilan akan semakin jauh dari apa yang diharapkan. Apabila Negara hukum (*rechstaat*) itu sudah dibaca oleh pelaku dan penegak hukum sebagai Negara undang-undang dan Negara prosedur, maka negeri ini sedang mengalami kemerosotan serius.⁴ Untuk itu, penerapan hukum memerlukan adanya konsep hukum lain, yang lebih memungkinkan pencapaian

tujuan hukum untuk mewujudkan keadilan dan kesejahteraan rakyat Indonesia. Konsep aliran hukum progresif, yang memaknai hukum untuk manusia dan masyarakat dan bukan untuk kepentingan dirinya sendiri, merupakan alternatif yang dapat dipergunakan dalam penerapan hukum, yang lebih memungkinkan untuk mewujudkan tujuan hukum yang di cita-citakan.

Pemahaman terhadap konsep hukum progresif tidak terlepas dari kondisi pemikiran hukum yang melatarbelakangi lahirnya hukum progresif. Pemahaman hukum menurut hukum progresif menegaskan bahwa hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.⁵ Dalam konsep hukum progresif, posisi manusia menjadi sentral utama dalam menilai hukum apakah baik atau buruk, benar atau sebaliknya. Permasalahan yang dianalisis dalam penulisan ini adalah tentang konstruksi analogi dalam hukum pidana saat ini dan konsep rekonstruksi analogi dalam hukum pidana sebagai metode penafsiran hukum untuk pembaharuan hukum pidana dengan pendekatan aliran progresif. Pendekatan paradigma yang digunakan beranjak dari paham positivisme yang menghendaki dilepaskannya pemikiran meta yuridis mengenai hukum sebagaimana yang dianut oleh

³ Bambang Pornomo, S.H, Asas-Asas Hukum Pidana, Ghalia Indonesia, 1981, hal. 23.

⁴ Mahmud Kusuma, Menyelami Semangat Hukum Progresif “Terapi Paradigmatik Bagi Lemahnya Hukum di Indonesia, AntonyLib, Yogyakarta, 2009, hlm. vi

⁵ Satjipto Rahardjo, Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 2

penganut aliran hukum alam (naturalis) atau aliran hukum kodrat, maka tipe penelitiannya adalah yuridis normatif, yakni penelitian yang difokuskan untuk mengkaji penerapan kaedah-kaedah dalam hukum positif. Oleh karenanya pendekatan utama (*primary approach*) adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan *conceptual approach*, dimana keluarannya menghasilkan konsep untuk merekonstruksi analogi dalam hukum pidana sebagai metode penemuan hukum untuk pembaharuan hukum pidana dengan pendekatan aliran progresif.

B. HASIL DAN ANALISIS

1. Macam-macam Cara Penafsiran

Interpretasi hukum adalah mencari dan menetapkan pengertian atas dalil-dalil yang tercantum dalam hukum sesuai dengan yang dikehendaki serta yang dimaksud oleh pembuat hukum tersebut.

A). Cara Penafsiran

1. Dalam pengertian subyektif dan obyektif
 Dalam pengertian subyektif, apabila ditafsirkan seperti yang dikehendaki oleh pembuat hukum. Dalam pengertian obyektif, apabila penafsirannya lepas dari pendapat pembuat hukum dan sesuai dengan adat bahasa sehari-hari.
2. Dalam pengertian sempit dan luas.

Dalam pengertian sempit (restriktif) yakni apabila dalil yang ditafsirkan diberi pengertian yang sangat dibatasi, misalnya mata uang (pasal 1765 KUH Perdata) pengertiannya hanya uang logam saja dan barang diartikan benda yang dapat dilihat dan diraba saja.

Dalam pengertian secara luas (ekstentif) apabila dalil-dalil yang ditafsirkan diberi pengertian seluas-luasnya.

Contoh:

- Pasal 1756 KUH Perdata alinea ke-2 tentang mata uang juga diartikan uang kertas.
- Barang (Pasal 362 KUH Perdata) yang dulu hanya diartikan benda yang dapat dilihat dan diraba.

Yang termasuk penafsiran dalam arti luas adalah penafsiran analogis

B). Dilihat dari sumbernya penafsiran dapat bersifat :

1. Otentik, ialah penafsiran seperti yang diberikan oleh pembuat hukum seperti yang dilampirkan pada undang-undang sebagai penjelasan. Penafsiran otentik mengikat umum.
2. Doktrinair atau ilmiah, ialah penafsiran yang didapat dalam buku-buku dan lain-lain hasil karya para ahli. Hakim tidak terikat karena penafsiran ini hanya mempunyai nilai teoritis.
3. Hakim, penafsiran yang bersumber dari hakim atau peradilan hanya mengikat pihak-pihak yang bersangkutan dan berlaku bagi kasus-kasus tertentu (

Pasal 1917 ayat (1) KUH Perdata).

2. Metode Penafsiran

a. Macam-macam metode penafsiran:

- 1) Penafsiran menurut tata bahasa dan arti-arti kata atau istilah (*gramaticale interpretatie*)
- 2) Sejarah (*historische interpretatie*) yang meliputi penafsiran sejarah hukum dan penafsiran sejarah undang-undang
- 3) Sistem dari peraturan yang bersangkutan
- 4) Keadaan masyarakat
- 5) Otentik (penafsiran resmi)
- 6) Perbandingan

b. Cara penerapan metode penafsiran

Dalam melaksanakan penafsiran peraturan perundang-undangan pertama-tama selalu dilakukan penafsiran gramatikal, karena pada hakikatnya untuk memahami teks peraturan perundang-undangan harus dimengerti dulu apa arti katanya, apabila perlu dilanjutkan dengan penafsiran otentik atau enafsiran resmi yang ditafsirkan oleh pembuat undang-undang itu sendiri, kemudian dilanjutkan dengan penafsiran historis dan sosiologis.

Sedapat mungkin semua metode penafsiran supaya dilakukan agar didapat makna-makna yang tepat. Apabila semua metode tersebut tidak menghasilkan makna yang sama, maka wajib diambil metode penafsiran yang membawa keadilan setinggi-tingginya karena memang keadilan itulah yang dijadikan sasaran pembuat undang-undang pada waktu mewujudkan undang-undang yang bersangkutan.

3. Perlunya Interpretasi Hukum

Pada prinsipnya⁶ pekerjaan hakim menjadi suatu faktor atau kekuatan yang membentuk hukum, itulah dialami resmi oleh undang-undang itu sendiri. Menurut pasal 10 Ayat (1) UURI Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyebutkan pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya (Ketentuan semacam ini adalah pasal 22 AB), maka hakim dipaksa atau wajib turut serta mana yang merupakan hukum mana yang tidak. Bilamana undang-undang tidak menyebut suatu perkara, maka hakim harus bertindak atas inisiatif sendiri. Hakim harus bertindak sebagai pembentuk hukum dalam hal undang-undang diam sajan hal ini merupakan rasio ketentuan yang terdapat dalam pasal 10 Ayat (1) undang-undang kekuasaan kehakiman (pasal 22 AB) itu. Masyarakat tidak tergolong apabila ditinggalkan dengan perselisihan. Perselisihan yang tidak terselesaikan. Tugas hakim adalah menyelesaikan setiap perkara, jugalah dalam hal undang-undang juga diam.

Pada dasarnya hukum bersifat dinamis, oleh karena itu hakim sebagai penegak hukum memandang kodifikasi sebagai suatu pedoman agar ada kepatin hukum, sedangkan dalam memberi putusan hakim harus juga mempertimbangkan dan mengingat perasaan keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian maka terdapat keluwesan hukum (*rechtslenigheid*) sehingga hukum

⁶ E. Utrecht, Pengantar Dalam Hukum Indonesia, Rineka Cipta, Jakarta, 1984, hlm. 51.

kodifikasi berjiwa hidup yang dapat mengikuti perkembangan zaman. Ternyata untuk memberi putusan seadil-adilnya seorang hakim harus mengingat pula adat kebiasaan, yurisprudensi, ilmu pengetahuan dan akhirnya pendapat hakim sendiri ikut menentukan dan untuk itu perlu diadakan penafsiran hukum

Menurut E. Utrecht⁷, tugas penting dari hakim ialah menyesuaikan undang-undang dengan kejadian-kejadian konkret dalam masyarakat. Apabila undang-undang tidak dapat ditetapkan hakim secara tepat menurut kata-kata undang-undang itu, maka hakim harus menafsirkan undang-undang itu. Apabila undang-undang tidak jelas maka wajiblah hakim menafsirkannya sehingga dapat dibuat suatu keputusan hukum yang sungguh-sungguh adil dan sesuai dengan maksud hukum, yaitu mencapai kepastian hukum. Orang dapat mengatakan bahwa penafsiran undang-undang adalah kewajiban hukum dari hakim.

4. Interpretasi Analogis

Interpretasi analogis adalah suatu penafsiran undang-undang yang dilakukan dengan cara memberikan kias atau ibarat pada kata-kata yang terdapat dalam undang-undang sesuai dengan asas hukumnya. Dengan demikian suatu peristiwa yang sebenarnya tidak dapat dimasukkan, lalu dianggap atau dibaratkan sesuai dengan bunyi peraturan tersebut. Dalam penafsiran analogi akan terlihat antara lain hukum lama dengan hukum positif yang berlaku saat ini, mungkin hukum lama sesuai untuk diterapkan lagi pada masa kini. Misalnya

beberapa hukum dan asas hukum adat dapat diambil untuk dijadikan hukum nasional. Hukum Nasional sendiri dengan hukum asing. Pada hukum nasional terdapat kekurangan. Apabila ada keinginan untuk mengambil alih hukum asing. Apakah hukum asing itu sesuai dengan kepentingan nasional. Misalnya seperti hukum hak cipta yang terdapat di Negara maju dipertimbangkan apa sudah waktunya Negara Indonesia mempunyai Undang-undang hak cipta. Hukum kolonial peninggalan penjajah, karena asas konkordansi oleh Negara merdeka, masih tetap digunakan. Dalam hal ini Negara membandingkan hal-hal manakah yang sudah tidak sesuai lagi dengan hukum kepribadian nasional Negara itu.

Sesungguhnya penafsiran analogi sudah tidak termasuk interpretasi, karena analogi sama dengan qiyas yaitu memberi ibarat pada kata-kata tersebut sesuai dengan asas hukumnya, sehingga sesuai peristiwa yang sebenarnya tidak dapat dimasukkan, kemudian dianggap sesuai dengan bunyi peraturan tersebut, misalnya menyambung atau menyantol aliran listrik dianggap sama dengan mengambil aliran listrik. Misalnya hakim mencari undang-undang yang tepat untuk adili perkara kalau undang-undang tidak ada, maka ia merujuk ke Yurisprudensi, dalil hukum adat, melakukan undang-undang secara analogi (konstruksi hukum)

Apabila hakim dalam melakukan undang-undang secara analogi harus berhati-hati dalam penggunaannya, oleh karena itu terdapat hal-hal yang harus diperhatikan sebagai berikut.

⁷ *Ibid*, hlm. 53.

- a. Apabila antara perkara yang dihadapi dan perkara yang diatur oleh undang-undang cukup persamaannya sehingga penerapan asas yang sama dapat dipertanggungjawabkan serta tidak bertentangan dengan asas keadilan.
- b. Apabila keadilan yang tertarik dari analogi hukum itu serasi dan cocok dengan sistem serta maksud perundang-undangan yang ada. Dengan demikian tujuan melakukan secara analogi adalah untuk mengisi kekosongan norma dalam undang-undang sehingga dapat diwujudkan tujuan hukum.

5. Mengisi Kekosongan Hukum

Badan legislatif menetapkan peraturan-peraturan yang berlaku sebagai peraturan umum, sedangkan pertimbangan dalam pelaksanaan hal-hal yang konkret diserahkan kepada hakim, sebagai pemegang kekuasaan yudikatif, meliputi hal-hal sebagai berikut :

- a. Penyusunan Suatu Undang-Undang
Menurut kenyataannya penyusunan suatu undang-undang memerlukan waktu yang relatif lama, sehingga pada waktu dinyatakan undang-undang itu berlaku hal-hal atau keadaan yang hendak diatur oleh undang-undang sudah berubah, terbentuknya suatu peraturan perundangan senantiasa terbelakang disbanding dengan kejadian-kejadian dalam perkembangan masyarakat. Berhubung dengan itulah (peraturan perundangan yang statis dan masyarakat

yang dinamis), maka hakim sering harus memperbaiki undang-undang, agar sesuai dengan kenyataan-kenyataan hidup dalam masyarakat.

- b. Dalam hal apakah hakim menambah peraturan perundang-undangan
Dalam hal ini berarti bahwa hakim memenuhi ruangan kosong (*leemten*) dalam sistem hukum formal. Dari tata hukum yang berlaku. Pesatnya kemajuan dan perkembangan masyarakat, menyebabkan hukum menjadi dinamis, terus-menerus mengikuti proses perkembangan masyarakat. Berhubung dengan itulah telah menimbulkan konsekuensi bahwa hakim dapat dan bahkan harus memenuhi kekosongan yang ada dalam sistem hukum, asalkan perubahan itu tidak membawa perubahan prinsipil pada sistem hukum yang berlaku.
- c. Konstruksi hukum
Dengan menggunakan konstruksi hukum hakim dapat menyempurnakan sistem formal dan hukum, yakni sistem peraturan perundangan yang berlaku (hukum positif). Konstruksi hukum dalam perundangan dinamakan analogi.

6. Penerapan Hukum Progresif dalam Penegakan Hukum Pidana di Indonesia

Dalam tradisi pemikiran *legal-positivism*, yang banyak dianut oleh Negara demokrasi sekarang ini, hukum dikonsepsikan sebagai produk legislasi. Hukum adalah peraturan perundang-undangan yang dihasilkan melalui proses legislasi

nasional. Hukum berlaku, sematamata karena telah ditetapkan dalam bentuk peraturan perundang-undangan, tanpa melihat apakah isinya memuat nilai-nilai keadilan atau tidak. Dalam sistem ini, pelaku hukum (hakim dan birokrasi), sebagaimana doktrin dalam *analytical jurisprudence*, hanya bertugas sebagai terompet atau corong undang-undang.

Penggunaan pemikiran *legal-positivism*, dalam situasi hukum perundang-undangan yang elitis, akan menyebabkan kesenjangan (ketidakadilan ekonomi) dan kemiskinan semakin meluas, sebab kemacetan demokrasi yang terjadi dibawah tekanan Neoliberalisme, akan menyebabkan hukum yang dihasilkan dari proses legislasi akan cenderung berpihak pada kepentingan elit dan mengabaikan keadilan dan kesejahteraan rakyat banyak.

Menurut Satjipto Rahardjo, hukum seharusnya bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Mutu hukum ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada masyarakat. Inilah hukum progresif, yang menganut ideologi hukum yang pro-keadilan dan hukum yang pro-rakyat. Hukum progresif ini, ditawarkan untuk mengatasi krisis di era global sekarang ini. Dedikasi para pelaku hukum mendapat tempat yang utama untuk melakukan perbaikan. Para pelaku hukum, harus memiliki empati dan kepedulian pada penderitaan yang dialami rakyat dan bangsa ini. Kepentingan rakyat harus menjadi orientasi utama dan tujuan akhir penyelenggaraan hukum. Dalam konsep hukum progresif, hukum tidak mengabdikan pada dirinya sendiri, melainkan untuk tujuan yang berada

di luar dirinya. Ini berbeda dengan tradisi *analytical jurisprudence* yang cenderung menepis dunia luar dirinya; seperti manusia, masyarakat dan kesejahteraannya.⁸

Dalam pandangan hukum progresif, pelaku hukum harus memiliki kepekaan pada persoalan-persoalan krusial dalam hal hubungan manusia, termasuk keterbelengguan manusia dalam struktur-struktur yang menindas; baik politik, ekonomi, maupun sosial budaya. Dalam konteks ini, hukum progresif harus tampil sebagai institusi yang emansipatoris (membebaskan). Hukum progresif yang menghendaki pembebasan dari tradisi keterbelengguan, memiliki kemiripan dengan pemikiran Roscoe Pound tentang hukum sebagai alat rekayasa sosial (*social engineering*). Usaha *social engineering*, dianggap sebagai kewajiban untuk menemukan cara-cara yang paling baik untuk memajukan atau mengarahkan masyarakat.⁹ Bukti monumental tentang penggunaan hukum sebagai alat perubahan sosial, terjadi di Amerika Serikat pada 1954. Keputusan Mahkamah Agung Amerika untuk mengubah perilaku orang kulit putih Amerika, yang sebelumnya menaruh sikap prasangka pada orang-orang Negro. Untuk menghilangkan sikap tersebut, Mahkamah Agung melalui putusannya, bahwa pemisahan ras di

⁸ Satjipto Rahardjo, Konsep dan Karakter Hukum Progresif, Makalah Seminar Nasional I Hukum Progresif, Kerjasama Fakultas Hukum Undip, Program Doktor Ilmu Hukum Undip dan Fakultas Hukum Universitas Trisakti, Semarang, Desember, 2007.

⁹ Satjipto Rahardjo, Hukum dan Perubahan Sosial : Suatu Tinjauan Teoritis Serta Pengalaman-Pengalaman di Indonesia, Alumni, Bandung, 1983, hlm. 16

sekolah-sekolah negeri, bertentangan dengan konstitusi Amerika.¹⁰

Edwin M. Schur, melihat putusan tersebut sebagai upaya pengangkatan suatu moralitas ke dalam bentuk perundang-undangan Amerika. Hukum progresif lebih mengutamakan tujuan dan konteks dari pada teks aturan, maka diskresi mempunyai tempat yang penting dalam penyelenggaraan hukum. Dalam konteks diskresi, para penyelenggara hukum dituntut untuk memilih dengan bijaksana bagaimana ia harus bertindak. Otoritas yang ada pada mereka berdasarkan aturan-aturan resmi, dipakai sebagai dasar untuk menempuh cara yang bijaksana dalam menghampiri kenyataan tugasnya berdasarkan pendekatan moral dari pada ketentuan-ketentuan formal selain itu diskresi merupakan faktor wewenang hukum yang dijalankan secara bertanggungjawab dengan mengutamakan pertimbangan moral dari pada peraturan abstrak. Diskresi dilakukan karena dirasakan sarana hukum kurang efektif dan terbatas sifatnya dalam mencapai tujuan hukum dan sosial.¹¹

Oleh karena itu kehadiran pelaku hukum yang arif, visioner, dan kreatif, sangat diperlukan untuk memandu pemaknaan yang kreatif terhadap aturan-aturan yang demikian itu. Penerapan hukum progresif, yang pada dasarnya terarah kepada para pelaku hukum ini, diharapkan akan dapat mengarahkan hukum yang dihasilkan oleh proses legislasi, yang cenderung elitis, untuk mengarah pada kepentingan keadilan dan kesejahteraan rakyat

banyak. Pintu masuk bagi penerapan hukum progresif dalam praktik pengadilan di Indoensia, secara formal telah diberikan oleh UU Kekuasaan Kehakiman yang menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman bertugas untuk menegakkan hukum dan keadilan. Dalam rangka itu, hakim diwajibkan untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.¹² Ini berarti bahwa hakim tidak sekedar bertugas menerapkan peraturan dengan apa adanya, tetapi bagaimana penerapan itu dapat mewujudkan keadilan. Di sini kreativitas hakim menjadi sangat menentukan.

Dalam pelaksanaan kontrak, menunjukkan bahwa pengadilan di Indonesia pada awalnya sangat mengedepankan asas *facta sunt servanda* dari pada asas iktikad baik. Mengedepankan asas *facta sunt servanda*, berarti mengedepankan isi perjanjian sesuai dengan apa yang secara formal sudah disepakati oleh para pihak secara sah, dan itulah yang oleh pengadilan diberlakukan sebagai undang-undang bagi para pihak. Ini merupakan gambaran dari cara berpikir yang *legal-positivism*, yang hanya memaknai aturan (dalam hal ini perjanjian) secara formal tekstual, yang mengabaikan keadilan. Namun belakangan, sikap pengadilan Indonesia ternyata bergeser ke arah yang lebih mengedepankan iktikad baik.

Mengedepankan iktikad baik,¹³ berarti pengadilan tidak lagi

¹⁰ Jurnal Hukum No. 2 Vol. 17 April 2010 hlm. 233 – 248

¹¹ Satjipto Rahardjo, Masalah Penegakan Hukum, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm. 79

¹² Pasal 5 Ayat (1) UURI No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

¹³ Diantaranya, Putusan MA No.1253 K/Sip/1973 dalam perkara antara Zainul Abidin v A.M. Muhammad Zainuddin, Putusan MA

terbelenggu untuk mengikuti teks perjanjian, melainkan lebih melihat pada nilai-nilai kepatutan dan keadilan yang hidup dalam masyarakat. Ini merupakan gambaran bahwa dalam memutus sengketa pelaksanaan kontrak, pengadilan Indonesia, telah bergeser menjadi progresif.

Dengan demikian tradisi berpikir yang progresif ini perlu terus didorong, agar benar-benar menjadi budaya hukum dikalangan para penegak hukum terutama para hakim. Apabila para hakim, sudah tidak lagi terbelenggu dengan tradisi berpikir *legal-positivism*, maka tujuan hukum untuk mewujudkan keadilan dan kesejahteraan rakyat, akan menjadi lebih memungkinkan, sekalipun hukum perundang-undangan yang dihasilkan dalam proses legislasi cenderung elitis.

7. Konstruksi Analogi Dalam Hukum Pidana Saat Ini

Konstruksi analogi dalam hukum pidana di Indonesia tidak terlepas dari keberadaan asas legalitas, untuk itu perlu kiranya dipaparkan oleh penulis tentang asas legalitas.

Asas Legalitas

Sejarah asas legalitas penulis bahas tersendiri supaya menugietah semangat dan latar belakang apa yang melahirkan asas tersebut. Karena legalitas dapat dikatakan sebagai asas induk dalam sistem pidana kita, asas ini melahirkan banyak prinsip yang mana salah satunya larangan menggunakan analogi.

Paul Johann Anselm VonFeurbach yang hidup pada tahun 1775- 1833, seorang kriminolog dan sarjana hukum pidana dari Jerman, adalah orang yang menuliskan *Nullum delictum, nulla poena sine praevia legi poenali* yang kemudian akrab dengan istilah asas legalitas dalam bukunya *Lehrbuch Des Penlichen Rechtterbitan* tahun 1801.¹⁴ Dalam bukunya, ia menyusun tiga buah rumusan, yakni:

1. *Nulla poena sine lege* (tidak ada pidana tanpa undang-undang)
2. *Nulla poena sine crimine* (tidak ada pidana tanpa perbuatan pidana)
3. *Nulla crimen sine poena legal* (tidak ada kejahatan tanpa pidana menurut undang-undang).

Asas ini merupakan produk dari aliran klasik, yang merupakan tujuan dari aliran klasik adalah melindungi individu dari kesewenang-wenangan rezim yang otoriter dengan menjadikan legalitas sebagai pilar utamanya. Awal sejarahnya dimulai saat Romawi mengenal istilah *crimen extra ordinaria*, yaitu kejahatan-kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang-undang, dalam kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang undang ini terdapat *crimen stellionatus* yang artinya perbuatan jahat.¹⁵

Saat hukum dari Romawi diterima oleh raja-raja Eropa Barat, Raja yang berkuasa menggunakan hukum dengan sewenang-wenang,

No.3431 K/Pdt 1985 dalam perkara Sri Setyaningsih v Ny. Boesono dan R Boesono, dan Putusan MA No.1531 K/Pdt/1997 dalam perkara Hetty Esther v Anak Agung Sagung Partini.

¹⁴ Eddy O.S Hiariej, Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana, Jakarta: Erlangga, 2009, hlm. 7

¹⁵ *Ibid.*, hlm.8

sedangkan rakyat tidak mengetahui mana perbuatan yang dilarang dan mana yang diperbolehkan. Rosseau dan Montesquieu, kedualah orang-orang yang hidup pada masa itu, mereka menuntut agar kekuasaan raja dibatasi dengan undang-undang tertulis, sehingga setelah revolusi Perancis, struktur hukum dibangun dengan adanya negara dan individu.¹⁶ Masa kemunculan asas legalitas ini dikenal sebiangsa aliran klasik, yang lahir sebagai reaksi terhadap rezim yang sewenang-wenang pada abad ke 18 di Prancis. Aliran ini menginginkan hukum pidana yang tersusun sistematis dan menitik beratkan pada kepastian hukum.

Namun pemikir dari Prancis bukanlah orang yang menciptakan frasa legalitas di atas, mereka hanya pelopor yang mempersiapkan tercipta dan diterimanya asas tersebut. Dalam *L'Es des Lois*, Montesquieu mengemukakan bahwa bukan sang hakim yang berwenang menentukan delik, tapi pembuat undang-undang, supaya peradilan pidana tidak bersifat sewenang-wenang.¹⁷ Sedangkan Rousseau berpendapat bahwa tiap-tiap orang akan mengemukakan pendapatnya dalam undang-undang secara tersirat dan tersurat, seorang pelaku kejahatan harus terlebih dahulu memberikan persetujuannya untuk menjalani pidana mati agar ia sendiri tidak dimangsa oleh pelaku kejahatan yang lain.¹⁸

Pada saat itu, semangat legalitas sebagaimana yang didengungkan oleh Montesquieu dan

Rosseau adalah untuk kemaslahatan manusia/rakyat agar tidak ditindas secara sewenang-wenang oleh penguasa yang lalim, tapi sekarang makna legalitas malah membelenggu semua orang yang paling utama adalah hakikat untuk memberikan keadilan bagi masyarakat. Dengan asas tersebut hakim terbelenggu dengan bunyi undang-undang, padahal tugas utamanya adalah menegakan keadilan dan menemukan kebenaran materiil. Salah satu yang dilarang oleh asas tersebut adalah penggunaan analogi.

Analogi dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional Secara konseptual, analogi (*qiyas*) sering dikonsepsi sebagai penerapan suatu ketentuan/aturan atas suatu perkara yang tidak termasuk di dalamnya.¹⁹ Dengan demikian analogi hakikatnya merupakan upaya untuk memperluas berlakunya peraturan dengan mengabstraksikannya dan kemudian menerapkan aturan yang bersifat umum itu pada perbuatan konkret yang tidak diatur dalam undang-undang.²⁰

Pandangan yang lain mengkonsepsi analogi sebagai upaya menyamakan hukum suatu perkara yang belum ada hukumnya dengan hukum perkara lain yang telah ditetapkan oleh undang-undang (*nash*) karena adanya persamaan alasan hukum.²¹ Dalam konsepsinya yang demikian, analogi setidaknya

¹⁹ J.E. Sahetapy, ed., *Hukum Pidana*, Yogyakarta : Liberty, 1995, h. 6-7.

²⁰ Sudarto, *Hukum Pidana Jilid I A-B*, Semarang : Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, 1975, hlm. 19

²¹ Jazuli, *Legislasi Hukum Islam di Indonesia*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 2005, h. 30.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Zainal Abidin Farid, *Hukum Pidana 1*, Sinar Grafika Offset, Jakarta 2007, hlm. 132.

¹⁸ *Ibid.*, hlm.133.

memuat adanya (4) empat unsur. Masing-masing adalah :²²

- a. adanya perkara pokok yang telah diatur dalam undang-undang (nash) yang digunakan sebagai perbandingan;
- b. adanya perkara baru yang belum ada hukumnya dalam undang-undang yang akan diperbandingkan;
- c. hukum perkara pokok yang akan diterapkan terhadap perkara baru; dan
- d. adanya kesamaan alasan hukum yang digunakan sebagai dasar penetapan hukum antara perkara pokok dengan perkara baru (yang belum ada hukumnya).

Memperhatikan esensinya yang demikian, analogi hakikatnya merupakan penerapan suatu aturan hukum terhadap suatu peristiwa (hukum) yang sesungguhnya tidak termasuk dalam cakupan aturan itu dengan cara mengabstraksikan aturan itu. Analogi dimaksudkan sebagai upaya untuk mengisi kekosongan hukum, baik karena adanya perubahan sosial maupun karena adanya kekurangan dan keterbatasan dalam proses kriminalisasi, sehingga suatu perbuatan yang pada awalnya tidak dipandang sebagai perbuatan yang dilarang (bersifat melawan hukum) kemudian dianggap sebagai perbuatan yang dilarang berdasarkan analogi. Dengan demikian, analogi hakikatnya berdimensi strategis sebagai upaya menghindari terjadinya ketidakadilan dalam masyarakat. Adalah tidak adil menghukum seorang laki-laki dan perempuan telah menikah karena melakukan hubungan seksual dengan perempuan atau laki-laki di luar perkawinan, sementara di sisi lain

membiarkan perbuatan serupa hanya atas alasan laki-laki dan perempuan itu masih sama-sama lajang.²³ Dalam konteks masyarakat Indonesia, larangan hubungan seksual antara laki-laki dan perempuan di luar perkawinan tidak saja ditujukan terhadap mereka yang telah dalam status menikah, tetapi juga ditujukan terhadap mereka yang belum menikah (lajang). Artinya, menurut nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat Indonesia, laki-laki dan perempuan manapun, baik yang sudah dalam status menikah maupun yang dalam status lajang, tidak diperbolehkan (dilarang) melakukan hubungan seksual dengan perempuan atau laki-laki lain di luar pernikahan. Karena itu, hubungan seksual antara laki-laki dan perempuan lajang di luar perkawinan tetap harus dipandang sebagai perbuatan yang dilarang (bersifat melawan hukum). Masalahnya adalah, dalam konteks hukum pidana positif di Indonesia—sebagai hukum warisan penjajah kolonial Belanda—larangan hubungan seksual antara laki-laki dan perempuan di luar pernikahan hanya ditujukan terhadap mereka yang sudah dalam status pernikahan/perkawinan (vide Pasal 284 KUHP). Dalam konteks hukum pidana positif di Indonesia tidak ada larangan terhadap hubungan seksual antara laki-laki dan perempuan lajang di luar perkawinan. Tidak adanya larangan terhadap hubungan seksual antara laki-laki dan perempuan lajang di luar perkawinan inilah yang seringkali ditafsirkan, bahwa hubungan seksual antara laki-laki dan perempuan lajang di luar perkawinan bukan merupakan

²² *Ibid*

²³ Periksa Ketentuan Pasal 284 KUHP

perbuatan yang bersifat melawan hukum. Padahal, sebagaimana di atas telah disinggung, dalam konteks masyarakat Indonesia, hubungan seksual antara laki-laki dan perempuan lajang di luar perkawinan tetap dipandang sebagai perbuatan yang dilarang (bersifat melawan hukum).

Membaca hukum pidana positif Indonesia (vide Pasal 284 KUHP) di satu sisi, dan melihat realitas sosial tersebut di atas terbaca secara terang, bahwa hukum pidana positif belum merefleksi dan menjadi pantulan kehendak dan keinginan masyarakat. Antara keduanya masih terjadi jurang kesenjangan yang cukup lebar. Sekiranya dibaca dengan semangat dan spirit Indonesia, ketentuan Pasal 284 KUHP jelas tidak merefleksikan nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Kekurangan dan keterbatasan dalam proses kriminalisasi seperti ini, yang bisa jadi karena perbedaan ideologi, kultur atau nilai yang diyakini, tak dapat dibiarkan, karena berpotensi menimbulkan ketidakadilan dan merusak tata nilai dalam masyarakat. Karena itu, analogi menjadi salah satu alternatif solusinya. Perdebatan seputar penggunaan analogi dalam hukum pidana telah sejatinya telah berlangsung berabad-abad. Perdebatan itu hingga kini masih tetap berlangsung dan masing-masing pandangan tetap bertahan dengan argumentasi dan penjelasannya.

Pandangan yang menolak penggunaan analogi dalam hukum pidana, yang antara lain diwakili oleh Simons, van Hattum, Moeljatno, Sudarto, bertolak dari pemikiran, analogi akan memperbesar peluang kesewenang-wenangan pengadilan

dan penguasa.²⁴ Pandangan ini juga mengukuhkan argumentasinya atas dalih, larangan analogi dalam hukum pidana telah ada sejak pembentukan Pasal 1 KUHP.²⁵ Sementara pandangan yang mendukung penggunaan analogi dalam hukum pidana, yang antara lain diwakili oleh Pompe, Taverne, Scholten dan Yonkers, membangun argumentasi yang lebih bervariasi. Pompe misalnya, mendukung penggunaan analogi dalam hukum pidana atas alasan dua hal. Analogi diperbolehkan manakala terjadi perubahan sosial dan manakala proses kriminalisasi telah dilakukan sedemikian sempit.²⁶ Sementara Scholten mendukung penggunaan analogi dalam hukum pidana atas alasan tidak adanya perbedaan antara analogi dengan penafsiran ekstensif.²⁷ Baik analogi maupun penafsiran ekstensif dasarnya adalah sama, yaitu upaya untuk menemukan norma yang lebih abstrak dari norma yang ada (mengabstraksi), sehingga memperluas aturan yang ada itu. Oleh karena itu, ketika hukum pidana memperbolehkan penggunaan penafsiran ekstensif, maka tidak ada alasan untuk menolak penggunaan analogi dalam hukum pidana.

Secara analitis, argumentasi yang dibangun mereka yang menolak penggunaan analogi dalam hukum pidana akan berhadapan dengan sejumlah logika publik yang dalam konteks kekinian, khususnya di Indonesia, lebih sesuai dengan realitas sosial. Pertama, seiring meningkatnya demokratisasi

²⁴ Sudarto, *Hukum Pidana Jilid I A-B*, loc.cit.

²⁵ Ibid.

²⁶ P.A.F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, op., cit., h. 147

²⁷ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, op., cit., h. 26

di Indonesia, yang mewujud antara lain dari kian besarnya tuntutan transparansi lembaga publik, termasuk lembaga penegak hukum, maka penolakan penggunaan analogi dalam hukum pidana atas dalih akan memperbesar kesewenang-wenangan pengadilan dan penguasa tidak dapat dipertahankan. Dalam suatu masyarakat di mana kontrol publik terhadap penguasa sudah sedemikian kuat, tidak mudah bagi penguasa untuk melakukan kesewenang-wenangan, termasuk kesewenang-wenangan di bidang hukum. Kedua, penolakan penggunaan analogi dalam hukum pidana atas dalih, larangan analogi dalam hukum pidana telah ada sejak pembentukan Pasal 1 KUHP, yaitu dengan dirumuskannya asas legalitas, tidak relevan dalam konteks Indonesia.

Pembaharuan hukum pidana nasional justru dimaksudkan sebagai upaya untuk melakukan koreksi atas berbagai produk kolonial yang dianggap tidak sesuai atau bertentangan dengan nilai-nilai sosiologis, politis dan filosofis Indonesia. Atas alasan ini ingin ditegaskan, bahwa ketertundukan pada satu ukuran, yaitu ukuran formal, sebagaimana dikehendaki asas legalitas, dalam menentukan patut tidaknya suatu perbuatan dianggap sebagai perbuatan yang bersifat melawan hukum (tindak pidana) bertentangan dengan realitas sosial di Indonesia.

Realitas sosial di Indonesia yang demikian plural, tidak saja etnik, tetapi juga agama dan budaya terlalu sulit untuk dipaksakan menggunakan satu ukuran formal dalam melihat dan menilai suatu perbuatan sebagai perbuatan melawan hukum. Contoh aktual kesulitan ini terlihat misalnya

ketika Rancangan KUHP ingin mengkriminalisasikan “santet” sebagai tindak pidana. Realitas membuktikan, tidak begitu mudah menghadirkan undang-undang yang dapat merefleksi keragaman itu. Penolakan penggunaan analogi dalam hukum pidana atas dalih akan memperbesar kesewenang-wenangan pengadilan dan penguasa juga telah terbantah secara historis.

Menurut A.A. G. Peters,²⁸ tafsir tradisional yang mengemukakan keharusan dengan undang-undang dalam merumuskan tindak pidana sebagai perwujudan dari keinginan untuk mengamankan rakyat terhadap kesewenang-wenangan penguasa merupakan tafsiran yang sangat sempit. Tafsiran yang demikian itu telah mengesampingkan arti sepenuhnya yang dimaksudkan oleh ahli-ahli hukum pidana pada abad ke-18 mengenai asas legalitas. Sebab, asas legalitas tidak sekedar sebagai penegasan terhadap perlunya perumusan masalah hukum pidana dalam undang-undang, tetapi di dalamnya terdapat dimensi-dimensi lain yang juga sangat penting.²⁹

Berbagai dimensi itu adalah :³⁰ Pertama, dimensi politik hukum. Dalam perspektif ini, asas legalitas sesungguhnya dimaksudkan sebagai upaya melindungi anggota masyarakat dari kesewenang-wenangan penguasa. Namun demikian, dari asas legalitas itu tidak akan lahir perlindungan hukum apapun, manakala realisasi dari asas ini hanya mengalihkan kekuasaan yang kejam dari hakim ke

²⁸ Roeslan Saleh, *Beberapa Aspek Hukum Pidana dalam Berbagai Perspektif*, Jakarta : Aksara Baru, 1983, h. 27-34.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

pembentuk undang-undang. Artinya, meskipun permasalahan hukum pidana telah dirumuskan dalam undang-undang, tetapi manakala undang-undang itu lebih merepresentasi kepentingan penguasa, dan tidak merepresentasi kepentingan rakyat, maka sesungguhnya asas legalitas itu tidak memberikan perlindungan hukum apapun kepada rakyat.³¹ Kedua, dimensi politik kriminal. Dalam perspektif ini, perumusan suatu perbuatan, yang dianggap melawan hukum, dalam suatu undang-undang sesungguhnya dimaksudkan sebagai upaya untuk mencegah masyarakat melakukan perbuatan yang dilarang (prevensi umum).

Efek *general prevention* dari suatu rumusan tindak pidana dalam undang-undang didasarkan pada konsepsi Feuerbach tentang paksaan psikologis. Menurut Feuerbach, kriminalitas harus dicegah dengan suatu paksaan psikologis yang ditimbulkan oleh rumusan tindak pidana dan rumusan ancaman pidana dalam undang-undang. Konsepsi Feuerbach tentang paksaan psikologis juga terdukung oleh pandangan Beccaria yang menyatakan, jika masyarakat tidak mengetahui perbuatan mana yang dapat dijatuhi pidana, maka godaan untuk melakukan perbuatan itu akan lebih besar. Efek *general prevention* yang digagas Feuerbach dalam perkembangannya juga dipertanyakan banyak kalangan seiring perkembangan pemikiran manusia yang cenderung lebih rasional. Perbuatan manusia, termasuk perbuatan jahat sekalipun, sesungguhnya lebih didasarkan atas pertimbangan rasional, khususnya

pertimbangan untung rugi (*homo economicus*). Artinya, tidak dengan sendirinya rumusan undang-undang, yang mengkriminalisasikan perbuatan tertentu dan ancaman pidananya, menjadi sarana yang efektif dalam mencegah orang melakukan tindak pidana. Dalam banyak hal, khususnya dalam konteks di Indonesia, undang-undang justru seringkali menjadi faktor kriminogen. Ketiga, dimensi organisasi. Dalam perspektif ini, formulasi suatu perbuatan (pidana) dalam peraturan perundang-undangan sesungguhnya dimaksudkan sebagai upaya untuk mengorganisir bertebarnya ketentuan pidana.

Upaya ini dimaksudkan agar ketentuan pidana yang ada lebih mudah untuk diketahui sehingga karenanya lebih mudah untuk diterapkan. Namun demikian, upaya ini sesungguhnya sama sekali tidak dimaksudkan untuk membatasi hanya ketentuanketentuan pidana yang telah diorganisir dalam undang-undang sajalah yang dapat diberlakukan.³²18 Dimensi organisasi sesungguhnya lebih berorientasi praktis, di mana pengorganisasian berbagai ketentuan pidana dalam undang-undang akan mempermudah penerapannya. Hanya saja dalam konteks di Indonesia di mana keragaman etnik, agama dan budaya tak mungkin diabaikan, pengorganisasian berbagai ketentuan pidana ke dalam undang-undang bukanlah pekerjaan yang mudah. Realitas sosial Indonesia dengan segala keragamannya tetap harus dihadirkan, meskipun dengan satu konsekuensi berbagai ketentuan pidana itu tetap bertebaran dalam

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

beragam hukum rakyat (*living law*). Terlepas masih terjadinya perdebatan konseptual seputar penggunaan analogi dalam hukum pidana, Tim Perumus Rancangan KUHP Nasional, setidaknya sampai munculnya Rancangan KUHP 2015, telah mengambil posisi untuk menolak penggunaan analogi dalam hukum pidana. Rumusan RKUHP tentang larangan analogi dalam hukum pidana terbaca secara terang dalam ketentuan Pasal 1 ayat (2) yang menyatakan: “Dalam menentukan ada tidaknya tindak pidana dilarang menggunakan analogi”. Hal ini mengandung makna, bahwa ukuran yang digunakan untuk menentukan adanya perbuatan yang bersifat melawan hukum (tindak pidana), harus didasarkan pada hukum tertulis (undang-undang). Ketentuan Pasal 1 Ayat (2) RKUHP mengisyaratkan, bahwa untuk menentukan adanya perbuatan yang bersifat melawan hukum harus didasarkan pada ukuran yang tertulis, eksplisit tertuang dalam undang-undang, sehingga menafsirkan makna dibalik yang tertulis tidak dihalalkan. Lebih-lebih manakala tafsir yang dilakukannya bersifat memperluas berlakunya undang-undang yang bersangkutan. Pada hemat penulis, ruang diskusi tentang rumusan Pasal 1 Ayat (2) Rancangan KUHP masih terbuka lebar. Pembahasan dan analisis patut terus digelar sebelum akhirnya masyarakat dan bangsa ini menentukan pilihan untuk menolak atau mendukung penggunaan analogi dalam hukum pidana. Rancangan KUHP 2015 bukanlah tawaran final yang harus diterima secara apa adanya (*taken for granted*), mengingat berbagai perubahan sosial, khususnya perubahan

konstitusi, belum sepenuhnya teradopsi dan terimplementasi dalam Rancangan KUHP 2015 tersebut. Perubahan konstitusi, khususnya perubahan/amandemen ketiga Pasal 1 (3) UUD 1945, menjadi landasan konstitusional yang harus menjadi dasar pembentukan peraturan di Indonesia, termasuk KUHP. Karena itu, tidak boleh ada satu peraturanpun yang bertentangan dengan semangat dan jiwa konstitusi.³³ Secara hierarkhis, peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tingkatannya tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi. Setiap peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan konstitusi harus dianggap batal demi hukum.

8. Rekonstruksi Analogi Dalam Hukum Pidana Sebagai Metode Penemuan Hukum Untuk Pembaharuan Hukum Pidana Dengan Pendekatan Aliran Progresif

A. Konsep Penemuan Hukum Progresif

Pemahaman terhadap konsep hukum progresif tidak terlepas dari kondisi pemikiran hukum yang melatarbelakangi lahirnya hukum progresif. Pemahaman hukum menurut hukum progresif menegaskan bahwa hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.³⁴ Dalam konsep hukum progresif, posisi manusia menjadi sentral utama

³³ Periksa : Undang-undang Nomor 11 tahun 2012 tentang Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia.

³⁴ Satjipto Rahardjo, Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 2

dalam menilai hukum apakah baik atau buruk, benar atau sebaliknya.

Kebutuhan masyarakat terhadap peran hukum dalam memberikan kemanfaatan, kepastian hukum dan keadilan semakin jauh dari kenyataan, mengingat banyaknya persoalan hukum yang tidak terselesaikan dengan baik. Banyaknya kasus korupsi yang terkuak di halayak ramai namun tidak mendapatkan penyelesaian yang memuaskan menjadi pemicu utama lahirnya pemikiran hukum yang progresif. Kepercayaan masyarakat terhadap hukum semakin pudar sehingga hukum tidak lagi dianggap sebagai panglima dalam setiap persoalan yang menimpa bangsa ini. Sungguh sangat ironis bagi Negara yang mendasarkan dirinya pada hukum tetapi tidak dapat menegakkan hukum karena kepercayaan dari masyarakat tidak ada.

Seiring dengan perkembangan jaman dan kondisi masyarakat yang terus berubah, pada kenyataannya paradigma tersebut memunculkan sebuah stagnasi di abad 20 saat tidak mampu memberikan solusi dalam zaman postmodernisme.³⁵ Implikasinya ketika manusia dalam setiap proses perkembangannya selalu berubah sesuai dengan kebutuhan kehidupannya maka hukum pun harus mengikuti perubahan tersebut (hukum harus responsif). Hal inilah yang menjadi perbedaan mendasar antara hukum progresif dengan hukum positivis yang selama ini diterapkan di Indonesia. Jika selama ini hukum selalu tertinggal jauh terhadap perkembangan kebutuhan

masyarakat, maka hukum progresif lebih membuka diri dan respon terhadap perubahan dan tidak terikat pada hukum tertulis. Dalam hal ini hukum harus diletakkan dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan.³⁶ Dengan demikian peran hukum lebih menjamin pemenuhan kebutuhan masyarakat terhadap keadilan dan kesejahteraan. Artinya keberadaan hukum sudah seharusnya mencerminkan standar baku dari apa yang baik dan tidak baik, adil dan yang tidak adil. Perihal tersebut dalam konteks ke Indonesiaan tidak boleh terlepas dari jati diri bangsa yang tercermin dalam pancasila. Nilai-nilai pancasila merupakan nilai bangsa yang diterima semua lapisan masyarakat, semua generasi bahkan semua budaya sehingga sangat layak dijadikan standar utama dalam kehidupan hukum berbangsa dan bernegara.

Mengingat ketentuan hukum yang selalu tertinggal dengan kebutuhan dan perkembangan masyarakat maka menjadi kaharusan bagi hakim melakukan kajian hukum komprehensif yang disebut penafsiran hukum. Konsepsi hakim dalam melakukan penafsiran hukum dapat dibagi menjadi 2 (dua) teori yaitu teori penemuan hukum yang *heteronom* dan teori penemuan hukum yang *otonom*.³⁷ Teori penemuan hukum *heteronom* menempatkan hakim sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*) sedangkan teori penemuan hukum

³⁵ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir: Catatan Kritis tentang Pergulatan Manusia & Hukum*, Buku Kompas, Jakarta, 2008, hlm. 137.

³⁶ A.M. Mujahidin, *Hukum Progresif: Jalan Keluar dari Keterpurukan Hukum di Indonesia, Varia Peradilan*, Tahun ke XXII No. 257, April, 2007, hlm. 52.

³⁷ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hlm.19

otonom menempatkan hakim pada satu kebebasan untuk memahami dan mengaitkan hukum sesuai perkembangan masyarakat. Perbedaan yang mendasar dari kedua teori tersebut terletak pada sejauh mana hakim terikat pada ketentuan hukum tertulis.

Dalam bahasa yang hampir sama Van Apeldoorn menjelaskan bahwa hakekat dari kegiatan penafsiran itu sebagai suatu usaha mencari kehendak pembuat undang-undang yang pernyataannya kurang jelas. Fungsi dari penafsiran hukum pada dasarnya ada 4 (empat) yaitu sebagai berikut :³⁸

1. Untuk memahami makna asas atau kaidah hukum,
2. Menghubungkan suatu fakta hukum dengan kaidah hukum,
3. Menjamin penerapan atau penegakan hukum yang dapat dilakukan secara tepat, benar dan adil
4. Mempertemukan antara kaidah hukum dengan perubahan-perubahan sosial agar kaidah hukum tetap aktual mampu memenuhi kebutuhan sesuai dengan perubahan masyarakat.

Penggunaan penafsiran sebagai pengaruh perkembangan masyarakat pada dasarnya membuka peluang bagi hakim untuk melakukan penemuan hukum secara progresif. Hakim tidak hanya menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat tetapi juga mengikuti perkembangan penghayatan nilai-nilai tersebut di masyarakat. Di sinilah titik temu antara penemuan hukum dengan hukum progresif yang memberikan kemudahan serta kemungkinan bagi

hakim untuk menghasilkan berbagai terobosan baru dalam memutus perkara. Pandangan tersebut juga di tegaskan oleh Harifin A. Tumpa dengan mengatakan bahwa hukum itu sangat luas dan kompleks, karena mengikuti seluruh segi kehidupan manusia dalam masyarakat. Hukum itu tidak pernah berhenti berkembang sejalan berkembangnya kehidupan bermasyarakat. Oleh karena itu, seorang hakim tidak boleh ketinggalan dan selalu harus mengikuti perkembangan hukum itu, tetapi hakim harus mampu menggali nilai-nilai hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat tersebut.³⁹

Dalam hal inilah hakim menjalankan perannya sebagai lembaga yudisial dengan melakukan penafsiran hukum terhadap aturan yang ada untuk menghasilkan aturan hukum sebagai dasar untuk mengadili. Dengan adanya kebebasan untuk melakukan penafsiran, maka hakim dapat juga melakukan penemuan hukum di dalam setiap penafsirannya. Dari kata “penemuan hukum” secara implisit menunjukkan adanya hukum yang telah berlaku dalam masyarakat, tetapi belum diketahui secara jelas sehingga dibutuhkan usaha untuk mendapatkannya.

B. Pembaharuan Pidana

Dewasa ini, kondisi dan keadaan hukum di Indonesia harus berhadapan dengan masalah-masalah yang rumit, seperti penyusunan, kebangkitan kembali, pembangunan, kelahiran, dan bentuk potensial hukum dari tertib hukum. Kondisi hukum yang sudah tidak stabil lagi

³⁸ Bagir manan, Beberapa Catatan tentang Penafsiran Majalah *Varia Peradilan*, Tahun XXIV, No. 285 Agustus, 2009, hlm. 5

³⁹ Harifin A. Tumpa, Apa yang Diharapkan Masyarakat dari Seorang Hakim, *Varia Peradilan*, Tahun XXV, No. 298, September, 2010, hlm. 6.

dikarenakan aparat penegak hukum yang korup dan tak mempunyai nilai-nilai *philosophia*, yang justru melakukan tindakan yang menguntungkan pihak-pihak tertentu. Upaya dalam memperbaiki hal-hal ini pun telah dan sedang dilakukan, yakni ;⁴⁰

1. Memperbaiki perundang-undangan yang dinilai memiliki kelemahan atau tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat.
2. Membuat undang-undang yang baru, untuk dapat mengganti perundang-undangan yang dinilai banyak memiliki kelemahan atau tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat.
3. Melakukan penelitian-penelitian mendalam, oleh kalangan ilmunan dan akademisi, terhadap perundang-undangan yang dinilai bermasalah.
4. Penemuan hukum, oleh para hakim sebagai penegak hukum.

Pembaharuan secara etimologis berarti suatu hal yang “lama” dan sedang dalam prosesnya untuk diperbaharui. Telah dijelaskan di awal bahwa kebijakan hukum pidana ialah suatu usaha untuk membuat peraturan (pidana) menuju yang lebih baik, tidak hanya melakukan pengaturan tingkah laku masyarakat, namun juga menciptakan masyarakat yang sejahtera. Hal ini berarti pembaharuan hukum pidana merupakan bagian yang tak terpisahkan dari kebijakan hukum pidana.

Usaha pembaharuan hukum di Indonesia yang sudah dimulai sejak proklamasi

kemerdekaan tanggal 17 Agustus 1945, melalui Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) tidak dapat dilepaskan dari landasan dan sekaligus tujuan nasional yang ingin dicapai seperti dirumuskan dalam Pembukaan UUD NRI 1945, khususnya alinea ke empat.

Dari perumusan tujuan nasional yang tertuang dalam alinea ke empat UUD NRI 1945 tersebut, dapat diketahui dua tujuan nasional yang utama yaitu: (1) untuk melindungi segenap bangsa Indonesia, dan (2) untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila. Hal itu berarti ada dua tujuan nasional, yaitu “perlindungan masyarakat” (*social defence*) dan “kesejahteraan masyarakat” (*social welfare*) yang menunjukkan adanya asas keseimbangan dalam tujuan pembangunan nasional.⁴¹

Pembaharuan hukum pidana menuntut adanya penelitian dan pemikiran terhadap masalah sentral yang sangat fundamental dan sangat strategis. Termasuk dalam masalah kebijakan dalam menetapkan sanksi pidana, kebijakan menetapkan pidana dalam perundang-undangan. Kebijakan legislatif merupakan tahap yang paling strategis dilihat dari keseluruhan proses kebijakan, untuk mengoperasionalkan hukum pidana. Pada tahap inilah dirumuskan garis-garis kebijakan sistem pidana dan pembedaan, yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana oleh badan pengadilan dan tahap pelaksanaan

⁴⁰ Lihat Lili Rasyidi, sebagaimana dikutip dalam Syaiful Bakhri. Hukum Pidana, Perkembangan dan Pertumbuhannya, Total Media, Yogyakarta, 2013, Hlm. 191.

⁴¹ Barda Nawawi Arief, Tujuan dan Pedoman Pemidanaan, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2009, hlm. 43.

pidana oleh aparat pelaksana pidana.⁴²

Latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosiopolitik, sosiofilosofis, sosiokultural, atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum). Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.⁴³ Singkatnya pembaharuan hukum pidana setidaknya harus menggunakan dua pendekatan, yaitu pendekatan kebijakan (*policy-oriented approach*) dan pendekatan nilai (*value-oriented approach*).⁴⁴

Perkembangan dari pendekatan yang berorientasi

terhadap kebijakan ialah lamban datangnya, hal ini dikarenakan bila kita kembali ke awal pembahasan, kebijakan ini dilakukan oleh DPR yang pada dasarnya harus melewati proses legislasi, dan proses legislatif belum siap untuk pendekatan yang demikian. Serta masalah yang lain ialah proses kriminalisasi ini yang berlangsung terus menerus tanpa diadakannya suatu evaluasi mengenai pengaruhnya terhadap keseluruhan sistem. Hal ini mengakibatkan timbulnya krisis kelebihan kriminalisasi dan krisis kelampauan batas dari hukum pidana.⁴⁵

Kebijakan yang ditempuh oleh bangsa Indonesia dalam melaksanakan pembaruan hukum pidana, melalui dua jalur, yaitu:

1. Pembuatan Konsep Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Nasional, yang maksudnya untuk menggantikan KUHP yang berlaku sekarang.
2. Pembaruan perundang-undangan pidana yang maksudnya mengubah, menambah, dan melengkapi KUHP yang berlaku sekarang.

Masalah utama dalam kebijakan kriminal ialah kriminalisasi, yakni proses diikatnya suatu perbuatan yang sebelumnya tidak diancam dengan sanksi pidana, menjadi perbuatan yang diancam dengan sanksi pidana. Kriminalisasi ini diakhiri dengan diundangkannya suatu perbuatan tersebut.

Dua masalah sentral dalam kebijakan kriminal dengan menggunakan sarana

⁴² Syaiful Bakhri, **Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia**, Yogyakarta: Total Media, 2009, hlm. 195.

⁴³ Barda Nawawi Arief, *Op. cit.*, hlm. 29.

⁴⁴ Pendekatan yang dilakukan terhadap pembaharuan hukum pidana ini dilakukan berdasarkan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana. Singkatnya pendekatan kebijakan terdiri dari; a. Kebijakan sosial yang bertujuan sebagai penyelesaian masalah-masalah sosial, dan dalam rangka mensejahterakan masyarakat; b. Kebijakan kriminal yang berarti melakukan perlindungan masyarakat (*social defence*) (khususnya sebagai upaya penanggulangan kejahatan); c. Kebijakan penegakan hukum dalam rangka mengefektifkan penegakan hukum. Serta dalam hal pendekatan nilai pada dasarnya merupakan pembaharuan hukum pidana terhadap muatan normatif dan substansif. Lihat Barda Nawawi Arief, *Ibid.* hlm. 29-30.

⁴⁵ Lihat M. Cherif Bassiouni sebagaimana dikutip dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid.* hlm. 33-34.

penal (hukum pidana) ialah masalah penentuan :⁴⁶

1. Perbuatan apa yang seharusnya dijadikan tindak pidana; dan
2. Sanksi apa yang sebaiknya digunakan atau dikenakan kepada pelanggar.

Analisis terhadap dua masalah sentral ini tidak dapat dilepaskan dari konsepsi integral antara kebijakan kriminal dengan kebijakan sosial atau kebijakan pembangunan sosial. Dalam menentukan kriteria kriminalisasi dan dekriminalisasi hendaknya memperhatikan hal berikut :⁴⁷

1. Tujuan hukum pidana: seperti cabang hukum yang lainnya yaitu menciptakan ketertiban dalam masyarakat dan kesejahteraan masyarakat.
2. Penentuan perbuatan yang tidak dikehendaki, artinya perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki.
3. Penentuan biaya dan hasil, artinya penggunaan hukum pidana harus memperhitungkan prinsip biaya dan hasil, yakni biaya dalam hal dari pembuatan peraturan tersebut hingga pelaksanaan penegakan hukumnya.
4. Kemampuan aparat hukum: penggunaan hukum pidana harus memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari aparat penegak hukum, serta jangan sampai ada kelampauan beban tugas.

C. Upaya Non-Penal dan Pembaharuan Hukum Pidana secara Progresif

Sudah saatnya memang untuk Indonesia melakukan yang namanya pembaharuan hukum pidana, selain alasan-alasan yang telah dikemukakan di muka, terdapat juga alasan pembaharuan hukum pidana untuk dilakukannya upaya nonpenal dalam kebijakan penanggulangan kejahatan dan pembaharuan hukum pidana secara progresif.

G.P. Hoefnagels menyatakan bahwa upaya penanggulangan kejahatan dapat ditempuh dengan:⁴⁸

1. Penerapan hukum pidana (*criminal law application*);
2. Pencegahan tanpa pidana (*prevention without punishment*); dan
3. Memengaruhi pandangan masyarakat mengenai kejahatan dan pemidanaan lewat *mass media* (*influenceing views of society on crime and punishment/mass media*).

Bila diringkas ketiga poin diatas, maka didapatkan bahwa poin (b) dan poin (c) merupakan bentuk dari penanggulangan kejahatan yang ditempuh melalui upaya non-penal. Upaya non-penal adalah upaya penanggulangan kejahatan yang tidak melalui pemberian atau penjatuhan sanksi pidana.

Upaya non-penal sebenarnya lebih bersifat ke upaya pencegahan untuk terjadinya kejahatan, maka sasaran utamanya adalah menangani faktor-faktor kondusif penyebab terjadinya

⁴⁶ Barda Nawawi Arief. *Op. cit.* hlm. 30.

⁴⁷ Lihat Sudarto sebagaimana dikutip dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid.* hlm. 31.

⁴⁸ Lihat G. Peter Hoefnagels sebagaimana dikutip dalam Barda Nawawi Arief, *Ibid.* Hlm. 45.

kejahatan.⁴⁹ Disamping upaya-upaya non-penal dapat ditempuh dengan menyehatkan masyarakat lewat kebijakan sosial dan dengan menggali berbagai potensi yang ada dalam masyarakat, serta dapat pula di gali dari sumber lainnya yang juga mempunyai efek preventif. Perlunya sarana non-penal seharusnya lebih diintensifkan dan diefektifkan, alasannya bisa juga karena masih diragukannya atau dipermasalahkan efektivitas sarana penal dalam mencapai tujuan politik kriminal.⁵⁰

Bergerak ke arah pembaharuan hukum pidana secara progresif, maka harus meninggalkan ranah pragmatis dan kuantitatif. Upaya-upaya non-penal yang telah sedikit dijelaskan diatas sebenarnya merupakan langkah-langkah progresif yang dilakukan oleh aparat penegak hukum, karena dengan melakukan tindakan atau upaya pencegahan, hal itu termasuk dalam bidang pemikiran yang progresif.

Gerakan hukum progresif memang lahir sebagai akibat dari kekecewaan kepada penegak hukum yang kerap berperspektif postitivis. Para penganut paham postitivisme kerap berdalih bahwa paham *civil law* yang dianut Indonesia ‘mengharuskan’ hakim sebagai corong undang-undang (*la bouche de la loi*). Hukum Progresif bertolak dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum dalam masyarakat berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum dalam *setting* Indonesia pada akhir

abad ke-20.⁵¹ Dalam melakukan pembaharuan hukum pidana, kajian secara progresif sekiranya harus dilakukan, kajian yang terlepas dari atribut-atribut yang melekat, yang mengutamakan penjatuhan sanksi pidana, terutama pidana yang merampas kemerdekaan seseorang sebagai *ultimum remidium*, yang mengutamakan pula manusia itu diatas hukum, dan bukan sebaliknya. Hukum hanya sebagai sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Hukum tidak lagi dipandang sebagai dokumen yang absolut dan ada secara otonom. Hukum progresif yang bertumpu pada manusia, membawa konsekuensi pentingnya kreativitas. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain dimaksudkan untuk mengatasi keteringgalan hukum, ketimpangan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum bila perlu melakukan *rule breaking*. Terobosan-terobosan ini diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yaitu hukum yang membuat bahagia.⁵²

C. SIMPULAN DAN REKOMENDASI

Berdasarkan hasil dan analisis di atas maka terdapat beberapa simpulan sebagai berikut :

1. Konstruksi analogi dalam hukum pidana di Indonesia saat ini merupakan konsekuensi dari dianutnya asas legalitas, dengan demikian dalam analogi

⁴⁹ Barda Nawawi Arief, *Ibid*, Hlm. 53.

⁵⁰ *Ibid*. Hlm. 54.

⁵¹ Lihat Satijpto Rahardjo, sebagaimana dikutip dalam Suteki, Masa Depan Hukum Progresif, Yogyakarta: Thafa Media, 2015, Hlm. 45.

⁵² *Ibid*. Hlm. 9.

mengandung 4 (empat) unsur yakni :

Dalam konsepsinya yang demikian, analogi setidaknya memuat adanya empat unsur. Masing-masing adalah :

- a. adanya perkara pokok yang telah diatur dalam undang-undang (nash) yang digunakan sebagai perbandingan;
 - b. adanya perkara baru yang belum ada hukumnya dalam undang-undang yang akan diperbandingkan;
 - c. hukum perkara pokok yang akan diterapkan terhadap perkara baru; dan
 - d. adanya kesamaan alasan hukum yang digunakan sebagai dasar penetapan hukum antara perkara pokok dengan perkara baru (yang belum ada hukumnya).
2. Rekonstruksi analogi dalam hukum pidana di Indonesia untuk masa yang akan datang sangatlah diperlukan sebagai upaya untuk memperbaharui hukum pidana di Indonesia melalui pendekatan hukum progresif, yakni dengan cara dari atribut-atribut yang melekat, yang mengutamakan penjatuhan sanksi pidana, terutama pidana yang merampas kemerdekaan seseorang sebagai *ultimum remedium*, yang mengutamakan pula manusia itu diatas hukum, dan bukan sebaliknya. Hukum hanya sebagai sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Hukum tidak lagi dipandang sebagai dokumen yang absolut dan ada secara otonom. Hukum progresif yang bertumpu pada manusia, membawa konsekuensi pentingnya kreativitas. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain dimaksudkan untuk mengatasi ketertinggalan hukum, ketimpangan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan

hukum bila perlu melakukan *rule breaking*. Terobosan-terobosan ini diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yaitu hukum yang membuat bahagia.

Terdapat beberapa rekomendasi dalam tulisan ini yakni :

1. Mengidentifikasi dan mengharmonisasikan peraturan perundang-undangan terkait dengan hukum Pidana yang tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat;
2. Melakukan evaluasi dan rekonstruksi paradigma kepada para penegak hukum dengan pengarusutamaan pada pembaharuan hukum pidana dengan menggunakan pendekatan progresif;
3. Membuka kesempatan untuk melakukan kajian secara kritis dan mendalam tentang penafsiran analogi dalam hukum pidana dengan tetap mempertimbangkan berlakunya asas legalitas.

DAFTAR PUSTAKA

- Arief, Barda Nawawi, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana : Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru, Kencana, Jakarta, 2011
- Bambang Poernomo, S.H, Asas-Asas Hukum Pidana, Ghalia Indonesia, 1981.
- Eddy O.S. Hiariej, Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana,

- Erlangga Jakarta, 2009.
- Diponegoro, Semarang, 1975
- E. Utrecht, Pengantar Dalam Hukum Indonesia, Rineka Cipta, Jakarta, 1984.
- I.S. Susanto, Kriminologi. Genta Publishing, Yogyakarta 2011.
- Jazuli, Legislasi Hukum Islam di Indonesia, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- Mahmud Kusuma, Menyelami Semangat Hukum Progresif “Terapi Paradigmatik Bagi Lemahnya Hukum di Indonesia, AntonyLib, Yogyakarta, 2009.
- Moh., Mahfud MD, Hukum Tak Kunjung Tegak, Citra Aditya Bakti. Bandung, 2007.
- Muladi, Lembaga Pidana Bersyarat, Alumni. Bandung, 1985.
- P.A.F., Lamintang, Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997.
- Sahetapy, J.E. (ed.), Hukum Pidana, Liberty, Yogyakarta 1995.
- Sudarto, Hukum Pidana Jilid I A-B, Fakultas Hukum Universitas
- Suteki, Masa Depan Hukum Progresif, Thafa Media, Yogyakarta, 2015.
- Syaiful Bakhri, Hukum Pidana, Perkembangan dan Pertumbuhannya, Total Media. Yogyakarta, 2013.