

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

2.1 Kerangka Teori

2.1.1 Kekuatan Hukum

Menurut Brorst Hukum ialah merupakan Peraturan atau Norma yaitu petunjuk atau pedoman hidup yang wajib ditaati oleh manusia, yang memiliki sanksi berupa ancaman dengan hukuman terhadap sipelanggar atau merupakan ganti rugi bagi yang menderita. Hukum diadakan dengan tujuan agar menimbulkan tata atau damai dan juga keadilan didalam masyarakat. (Soeroso, 2013: 27).

Menurut Sajipto Raharjo, untuk mendirikan Negara hukum memerlukan suatu proses yang panjang, tidak hanya Peraturan- peraturan hukum saja yang harus di kelola dengan baik, namun dibutuhkan sebuah kelembagaan yang kuat dan kokoh dengan kewenangan- kewenangan yang luar biasa dan independen, bebas dari intimidasi atau campur tangan eksekutif dan legislative, yang dilaksanakan oleh sumber daya manusia yang bermoral baik dan bermoral yang teruji sehingga tidak mudah terjatuh diluar skema yang diperuntukan baginya. Hukum bukan hanya urusan (*a busines of rules*), tetapi juga perilaku (*matter of behavior*). Perilaku masyarakat dalam mematuhi dan melaksanakan hukum secara empirik berada dalam suatu budaya hukum korup dan ekonomi biaya tinggi menambah carut marutnya penengakan hukum. Sebaik apapun peraturan hukum yang dibuat, tidaklah menjamin akan dilaksanakan oleh masyarakat, kecuali ada

kesadaran hukum masyarakat dalam mematuhi aturan- aturan tersebut(Fachmi, 2011: 37).

Kepastian hukum sebagai titik tolak penerapan hukum, positivisme hukum sebagai cikal bakal kepastian hukum dikenal sebagai suatu teori hukum yang mengaggap bahwa pemisahan antara hukum dan moral merupakan hal yang teramat penting. Namun, tentunya tidak semua kaum positivisme sepandangan dengan Kelsen yang memisahkan antara norma dengan moral atau berpandangan bahwa tidak ada kaitan sebuah norma dengan moral. Pandangan seperti demikian berlawanan dengan paham responsif yang lebih mengkritisi bahwa sebuah norma apa jadinya apabila tanpa moral didalamnya, termasuk keadilan didalamnya.

Baik Hans Kelsen maupun John Austin berpendapat bahwa hukum adalah perintah penguasa yang berdaulat dan bersifat memaksa dari otoritas atau kekuasaan tertinggi disuatu Negara. Hart meneruskan ide ini menjadi aturan primer dan skunder yang dipahami aturan dalam ranah- ranah yang lebih luas dan lebih sempit atau aturan- aturan yang oleh Friedman digambarkan sebagai aturan yang mengatur sebuah aturan dan sebagainya.

Dengan demikian pandangan positivis terhadap hukum yang memberikan landasan kepada teori kepastian hukum dalam penerapannya, antara lain hukum dipahami sebagai perintah penguasa kepada seluruh rakyat atau dengan kata lain bahwa hukum dipahami sebagai seperangkat perintah yang dibuat oleh penguasa tertinggi, selalu tersedia sanksi eksternal bagi pelanggar hukum. Oleh sebab itu, demi kepastian hukum, sebuah kaidah atau norma yang diyakini dan diberlakukan secara tidak resmi oleh sekelompok masyarakat menjadi tidak

memiliki daya keberlakuan karena dengan melalui formalisme norma sajalah sebuah aturan menjadi meliki daya jankau dan keberlakuan yang valid.

Kepastian hukum hanya dapat diperoleh manakala hukum bukan saja dapat mengatur apa yang diperintahkan, apa yang dapat diperbolehkan, serta apa yang dilarang, tetapi juga bagaimana ketentuan hukum menegakkannya. Menurut Kelsen ukuran yang ditetapkan oleh sebuah ide dasar bagaimana setiap orang memandang sebuah Undang-Undang. Jadi, demi kepastian Hukum, sebuah Undang- Undang harus paripurna, agar tidak disepelkan, baik oleh pengembala hukum maupun masyarakat hukum.

Sederhananya, bahwa kepastian hukum menurut pandangan positivis adalah setiap pernyataan preskriptif yang dapat dikualifikasi sebagai hukum positif itu mesti dirumuskan dalam suatu kalimat yang menyatakan adanya hubungan kausal yang logis – yuridis antara suatu peristiwa hukum atau perbuatan hukum (*judex factie*) dengan akibat yang timbul sebagai konsekuensi peristiwa itu (*judex juris*), yang terbentuk sebagai hasil kesepakatan kontraktual oleh para Hakim yang berkepentingan diranah publik, sebagaimana dirupakan dalam intersubjektif-objektif, netral alias tidak memihak, untuk kemudian difungsikan sebagai sarana kontrol, yang pengelolaan pendayagunaanya dan pengembangan doktrinya dipercaya kepada suatu kelompok khusus yang profesional.

Problematika antara kepastian hukum dan keadilan yang seringkali dipermasalahkan adalah ketidaksinergian. Sebenarnya kedua-duanya harus mengalami pembaharuan dan perubahan progresif melalui proses kreatif, karena pelanggaran hukum dipicu oleh konflik antara masalah nilai- nilai peraturan

dengan nilai- nilai keadilan dan menurut pandangan ini, hukum harus menjadi panglimanya sehingga persoalan antinomy, diskrepansi antara nilai-nilai hanya dapat diserasikan melalui penegakan hukum yang berlandaskan hukum yang ajeg dan nilai- nilai keadilan yang progresif, karena kepastian hukum dan keadilan merupakan sekeping mata uang logam (Fachmi, 2011: 21).

Hukum adalah wujud kebijaksanaan kolektif warga Negara (*collective wisdom*), sehingga peran warga Negara diperlukan dalam pembentukannya. Hukum tidak boleh dibuat, ditetapkan, ditafsirkan, ditegakkan dengan tangan besi berdasarkan kekuasaan semata.(Asshiddiqie, 2009: 395)

UUD 1945 Pasal 1 Ayat 3 menegaskan bahwa Negara Indonesia adalah Negara hukum. Oleh karena itu hukum hendaknya dapat dipahami dan dikembangkan sebagai kesatuan sistem.

Aturan hukum yang ketentuan-ketentuannya berlaku di suatu saat, waktu dan tempat tertentu, ditaati oleh manusia dalam pergaulan hidup atau lebih dikenal dengan hukum positif yang aturan itu timbul selama ketentuan itu berdasarkan kesadaran hukum masyarakat, disamping cara yang digunakan oleh pergaulan hidup itu untuk mencapai keadilan. Ketentuan- ketentuannya berlaku untuk menyelesaikan setiap peristiwa hukum yang dihadapi manusia. Hukum positif pun akan mengalami perubahan dan berkembang sebagaimana aturan yang dibutuhkan oleh masyarakat pada saat itu.(Djamali, 2014: 6)

Pemerintah berkedudukan sebagai *primus inter pares* (bukan pemilik atau penguasa Negara dan rakyat), sebagai pamong yang mengemban tugas memimpin masyarakat dalam menyelenggarakan kehidupan bermasyarakat dan

bernegara, serta mewujudkan masyarakat sejahtera yang adil dan makmur.(Fachmi, 2011: 37)

Keberadaan hukum dalam masyarakat di antaranya adalah untuk mengatur kepentingan-kepentingan yang timbul dalam masyarakat, dimana kepentingan-kepentingan tersebut bisa bertentangan satu sama lainnya. Untuk itu, hukum mengatur sedemikian rupa sehingga dalam suatu lalu lintas kepentingan tidak saling bertentangan. Hukum melindungi seseorang dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam rangka kepentingannya tersebut. Menurut Hans Kelsen bahwa tidak ada hukum bagi seseorang tanpa kewajiban hukum bagi orang lain. Ketika seseorang melaksanakan suatu kewajiban hukum, maka otomatis ia telah melaksanakan hak hukum orang lain atau masyarakat. Jika hal ini berjalan dengan baik dalam masyarakat, maka terwujudlah keadilan dalam masyarakat. Karena keadilan adalah keseimbangan antara hak dan kewajiban.(Suhariyanto, 2012: 24)

Para ahli hukum sepakat bahwa hukum itu harus dinamis,tidak boleh statis dan harus mengayomi masyarakat. Hukum harus dapat menjadi penjaga ketertiban,ketentraman,dan pedoman tingkah laku dalam kehidupan berbangsa dan bernegara yang harus dibentuk dengan berorientasi dengan masa depan (*for ward looking*), tidak boleh hukum itu dibangun dengan berorientasi kepada masa lampau (*back ward looking*). Pada dasarnya upaya melalui kebijakan hukum pidana yang integral harus dimaksimalkan. Mulai dari substansi hukum,struktur hukum bahkan kultur hukumnya harus berjalan dengan maksimal. Hanya melalui

penegakan hukum pidana yang terpadu diharapkan fungsionalisasi hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan dapat terealisasi (Suhariyanto, 2012: 26).

2.1.2 Penyadapan Secara Umum

Secara umum, menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) penyadapan atau tindakan menyadap dapat diartikan sebagai proses mendengarkan (merekam) informasi orang lain dengan sengaja atau secara diam- diam. Dapat juga diartikan sebagai kegiatan mendengar atau merekam informasi pihak lain yang dilakukan secara sengaja tanpa sepengetahuan pihak yang bersangkutan (KBBI, 2008:1240).

Istilah yang digunakan dalam bahasa Indonesia dalam kontek berkomunikasi, sebenarnya mengacu kepada istilah *wiretapping* yang sebenarnya secara historis berawal dari *eavesdropping*. Kemudian sesuai dengan perkembangan teknologi, berkembang pula pengertian dan istilahnya menjadi *interception* (Edmon, 2010:226).

Istilah *eavesdropping* sebenarnya lebih mengacu kepada tindakan mencuri, mendengar (*listening*) dari para pihak yang berbicara secara verbal ataupun oral (*aural communication*) dimana hal tersebut dapat dilakukan secara manual ataupun dengan menggunakan alat bantu. Tindakan yang lazim dilakukan adalah dengan cara mendengarkan atau menguping secara langsung dari para pihak yang sedang berbicara atau dengan menggunakan suatu alat bantu pendengar (*listening device*) seperti *bug* (alat dalam bentuk kecil agar dapat diletakkan secara tersembunyi baik pada badan maupun untuk diletakkan pada suatu tempat, yang berfungsi untuk memancarkan informasi percakapan dalam suatu ruang kepada suatu perangkat penerima sehingga suatu percakapan dapat didengarkan atau

direkam) dan *parabolic microphone* untuk dapat mendengarkan dan/ atau merekam pembicaraan tersebut (Edmon, 2010:226).

Sementara untuk wiretapping lebih mengacu kepada kegiatan mencuri, dengar komunikasi para pihak yang dilakukan dengan cara menggunakan penambahan alat tertentu atau mencantel (*tapping*) saluran komunikasi pada fasilitas jaringan telekomunikasi (*wire communication*) yang umumnya menggunakan kabel (*wire*). Kemudian seiring perkembangan *internet protocol* maka berkembang pula istilah baru yakni Intersepsi (Edmon,2010:227). Intersepsi sebenarnya lebih mengacu kepada tindakan memperoleh informasi dengan cara mencegat paket informasi yang dikomunikasikan oleh para pihak secara elektronik (*electronic communication*).

Menurut Manthovani (2017: 203-204), penyadapan atau intersepsi merupakan senjata andalan aparat penegak hukum dalam mengungkap kasus-kasus korupsi yang sangat tertutup rapat. Penyadapan atau intersepsi bagaikan dua sisi pisau yang tajam untuk mengiris sayuran, namun pisau tersebut dapat digunakan untuk mengiris manusia. Dengan demikian penyadapan atau intersepsi rawan disalah gunakan terlebih ketika atauran hukum yang melandasinya tidak sesuai dengan prinsip penghormatan atas hak asasi manusia.

Istilah penyadapan (wiretapping) sudah tidak asing lagi di telinga masyarakat Indonesia, penyebutan istilah tersebut sering digunakan terutama diberbagai pemberitaan pengungkapan kasus di Indonesia khususnya penanganan korupsi oleh KPK, hal tersebut dapat dilihat dari beberapa contoh sebagai berikut:

1. Perkara tindak pidana korupsi penyuapan terhadap auditor BPK oleh Mulyana W Kusumah (Mantan Anggota KPU) disekitar tahun 2005
2. Perkara tindak pidana korupsi berupa penyuapan terhadap Urip Tri Gunawan (Mantan Jaksa) pada tahun 2008 ditangkap setelah bertransaksi dengan Arthalina Suryani Alias Ayin dalam kasus penerimaan dana BLBI yaitu Syamsul Nursalim, dalam kasus tersebut ditemukan dan disita uang sebesar US\$ 660.000.
3. Perkara tindak pidana korupsi berupa penyuapan terhadap Al Amin Nur Nasution (Mantan Anggota DPR) pada tahun 2009, ia ditangkap disebuah hotel Jakarta Selatan bersama Azirwan (Mantan Sekretaris Daerah Bintan) karena suap dalam kasus alih fungsi hutan lindung.
4. Perkara tindak pidana korupsi berupa penyuapan terhadap Iqbal komisioner KPPU dan supirnya (BR) yang tengah membawa koper hitam yang berisi uang RP.500 juta. Uang ini diduga sebagai pemberian/ penyuapan dari salah seorang direksi PT First Media Tbk Yang juga ditangkap yaitu Billy Sindoro.
5. Perkara tindak pidana korupsi penyuapan oleh Mario Cornelio Bernardo (Pengacara) kepada Djodi Suoratman (pegawai MA) untuk mengatur kasasi Hutomo Wijaya Onggowarsito. Keduanya ditangkap pada tanggal 25 juli 2013 setelah percakapan telepon oleh KPK.

Pemberitaan penanganan kasus yang menggunakan penyadapan di atas didominasi oleh KPK, walaupun sesungguhnya intitusi di Indonesia yang memiliki kewenangan dan peralatan untuk melakukan penyadapan bukan hanya

KPK, melainkan juga Mabes Polri, Kejaksaan, dan Badan Intelijen Nasional (BIN).

Berdasarkan fakta-fakta di atas, dapat diakui bahwa penggunaan penyadapan merupakan salah satu faktor yang dapat mengungkap kejahatan yang dilakukan secara tertutup dan rapi sehingga cukup sulit pembuktiannya. Hal tersebut sesuai pendapat Indriyanto Senoadji bahwa dalam penegakan Hukum, intersepsi (penyadapan) merupakan sarana teknologi yang ampuh dalam mengungkapkan kejahatan sistematis seperti halnya tindak pidana korupsi, narkoba, hak asasi manusia maupun *interstate crimes* lainnya. Penggunaan teknologi intersepsi atau penyadapan merupakan suatu tindakan yang bisa dilakukan oleh aparat penegak hukum maupun aparat intelijen baik untuk dijadikan alat bukti dalam penanganan perkara di pengadilan maupun kegiatan intelijen (Manthovani, 2015: 1-5).

Disisi lain dengan perkembangan teknologi yang semakin canggih penyadapan juga bisa dilakukan oleh perusahaan ataupun individu lainnya untuk melakukan kejahatan ataupun melakukan perbuatan yang menguntungkan pribadinya yang menimbulkan kerugian kepada pihak lain karena peristiwa pelanggaran terhadap hak asasi manusia. Seperti contoh kasus Pelanggaran terhadap hak asasi manusia yang menggunakan tindakan penyadapan yang terjadi di Indonesia yaitu penyadapan yang dilakukan oleh penyidik Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) atas perintah Antasari Azhar (Ketua KPK pada masa itu) terhadap Nasruddin Zulkarnaen dan Rani Juliani atas dasar kedua orang tersebut diduga sering meneror pimpinan KPK pada saat itu yakni Antasari Azhar

beserta istrinya. Dengan kewenangan yang dimilikinya, Antasari Azhar memerintahkan tim penyelidik KPK untuk melakukan tindakan penyadapan terhadap nomor telpon Nasrudin Zulkarnaen, Rani Juliani dan stafnya Ina Susanti. Namun dalam tindakan penyadapan tersebut juga tidak terungkap tuduhan Antasari Azhar tersebut. Penyadapan terhadap Telpon Nasrudin Zulkarnanen, stafnya maupun Rani Juliani telah dilakukan selama kurang lebih 3 Bulan (6 Januari-12 Maret 2009) atas perintah Antasari Azhar, Tanpa ada alasan yang sah.

Penyadapan atau intersepsi ibarat dua sisi pisau yang tajam yang memiliki sifat yang baik maupun yang buruk, yang sisi baiknya bisa digunakan untuk mengiris sayuran namun sisi buruknya pisau tersebut dapat digunakan untuk mengiris manusia. Maksudnya adalah penyadapan bisa digunakan untuk mengungkap suatu kasus namun disisilain juga penyadapan bisa menjadi suatu ancaman bagi hak asasi manusia terlebih- lebih dalam hak privasi. Oleh sebab itu penyadapan rawan disalah gunakan terlebih ketika aturan hukum yang melandasinya bertentangan dengan Hak Asasi Manusia.

Dalam ketentuan Norma Dasar, melakukan komunikasi dengan pihak lain adalah suatu hak setiap orang juga terhadap kerahasiaan terhadap informasi tersebut. Oleh sebab itu pada dasarnya tindakan mendengarkan tanpa hak atau mencegat informasi (Intersepsi) itu sendiri adalah kegiatan yang dilarang oleh Hukum. Hal itu hanya dapat di intervensi oleh hukum demi kepentingan hukum yang lebih besar yakni kepentingan penegakan hukum dalam melindungi

kepentingan masyarakat itu sendiri.(Makarim, 2010: 231) Yaitu yang bisa kita lihat dalam Pasal- Pasal Berikut:

a. Pasal 28 F

Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya, serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.

b. Pasal 28G

Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaanya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.

c. Pasal 28J

(1) Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

(2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Dalam hal penegakan hukum untuk suatu kepentingan umum haruslah tetap berlaku dengan prosedurnya, tidak boleh lari dari aturan Undang-Undang, begitu juga dengan permintaan penegak hukum untuk melakukan suatu penyadapan dalam rangka penegakan hukum yang terkait dengan perkara- perkara pidana harus tetap mengacu kepada hukum acara pidana. Oleh sebab itu, tatacara penyadapan haruslah diatur dalam hukum acara pidana Atau suatu regulasi yang setara dengan Undang- Undang . karena itu, pengaturan terhadap legalitas penyadapan harus dibentuk dan diformulasikan secara tepat sesuai UUD 1945 untuk mencegah dualism peraturan yang bertentangan.

Kemajuan teknologi informasi yang serba digital membawa orang kedunia digital yang revolusioner (digital revolution era), hal tersebut dikarenakan pemanfaatan teknologi informasi membuat komunikasi antar individu menjadi lebih mudah, murah, praktis dan dinamis. Di sisi lain, berkembangnya teknologi informasi menimbulkan pula sisi rawan terhadap hak privasi seseorang dalam berkomunikasi, misalnya lahir teknologi penyadapan (*wiretapping*). Teknologi modern dan canggih itu dapat dipergunakan aparat penyelidik/penyidik dalam mendengarkan percakapan antar individu dilokasi yang berjauhan tanpa perlu memasuki rumah individu-individu tersebut, misalnya dengan menggunakan *bug device* yaitu suatu alat teknologi yang ditempatkan didalam rumah, dan dengan alat tersebut pemilik/ pengguna bug device dapat menangkap seluruh percakapan/ komunikasi yang ada dalam jangkauan alat itu dan kemudian memancarkan serta mengirimkan isi komunikasinya keluar dari dalam rumah ke tempat atau pos yang menerima dan mendengarkan komunikasi tersebut (Manthovani, 2015: 35).

Dengan mudah komunikasi yang bersifat privasi dapat didengarkan oleh pihak-pihak yang memiliki teknologi penyadapan, maka terdapat tingkat kerawanan yang tinggi terutama kerawanan dalam menjaga hak privasi individu. Titik kerawanan dari tindakan penyadapan adalah tindakan penerobosan untuk melakukan akses secara paksa saluran komunikasi yang sedang digunakan para individu untuk berinteraksi sosial tanpa diketahui oleh pihak-pihak yang sedang berkomunikasi tersebut.

Percakapan yang dilakukan dengan menggunakan teknologi informasi maupun yang dilakukan secara langsung masuk dalam lingkup zona privasi sehingga seharusnya percakapan itu hanya dapat didengar oleh mereka yang terlibat dalam percakapan tersebut. Sehingga apabila ada individu-individu atau pihak lain turut mendengarkan dan bahkan merekam percakapan tersebut maka tindakan itu merupakan intrusi atau penerobosan terhadap zona privasi dan tindakan tersebut merupakan tindakan yang melanggar hak asasi manusia yaitu sesuatu yang dilarang oleh hukum. Pelarangan tindak penyadapan secara tersirat sudah diatur baik dalam instrument hukum internasional maupun nasional. Universal Declaration of Human Rights 1948, dalam pasal 12 telah menegaskan bahwa *No one shall subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Every one has the right to the protection of the law against such interference or attacks.* Penegasan tersebut selanjutnya diperkuat kembali melalui Konvenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik (ICCPR), dimana pada pasal 17 konvenen disebutkan, tidak boleh seorang pun yang dengan sewenang-wenang atau secara

tidak sah dicampurtangani perihal kepribadiannya, keluarganya, rumah tangganya atau surat menyuratnya, demikian pula tidak boleh dicemari kehormatan dan nama baiknya secara tidak sah. Ketentuan ini menekankan pada pembatasan kewenangan Negara untuk melakukan pengawasan rahasia terhadap suatu individu.

Kemudian, dalam komentar Umum No.16 ICCRP yang disepakati oleh Komite Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada persidangan ke dua puluh tiga, tahun 1988, yang memberikan komentar terhadap materi muatan Pasal 17 menetapkan bahwa integritas dan kerahasiaan korepondensi harus diantarkan ke alamat yang dituju tanpa dibuka atau dibaca terlebih dahulu. Pengamatan (*surveillance*), baik secara elektronik maupun lainnya, penyadapan telepon, telegraf, dan bentuk komunikasi lainnya, serta perekaman pembicaraan harus dilarang.

Selain instrumen hukum international di atas, instrument hukum nasional juga sepakat untuk melarang tindakan penyadapan seperti dalam Pasal 28G UUD 1945 yang menyatakan “setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang berada dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi” dan kemudian ketentuan yang sejalan dengan hal tersebut dapat ditemukan dalam pasal 32 UU No.39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia yang menyebutkan,”kemerdekaan dan rahasia dalam hubungan surat menyurat termasuk hubungan komunikasi melalui sarana elektronik tidak boleh diganggu, kecuali atas perintah hakim atau

kekuasaan lain yang sah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan”.
(Manthovani, 2015: 36-38).

Oleh sebab itu peneliti menyimpulkan, dibutuhkannya suatu kebijakan yaitu peraturan Undang-Undang yang khusus mengatur tentang tindak penyalahgunaan dan tidak bertentangan dengan dengan Undang-Undang Dasar 1945 , sehingga tidak menjadi perdebatan ataupun pro kontra baik dalam masyarakat maupun aktivis lainnya.

2.1.3 Pembuktian Perkara Pidana Berdasarkan Ketentuan Hukum Pidana Di Indonesia

Hukum pidana menurut beberapa pakar hukum , Hukum pidana adalah bagian daripada keseluruhan hukum yang Berlaku disuatu Negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk:

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

Beberapa pendapat pakar hukum dari barat (Eropa) mengenai Hukum Pidana, (Prasetyo, 2014: 4-6) antara lain sebagai berikut:

1. Pompe, menyatakan bahwa hukum pidana adalah keseluruhan aturan ketentuan hukum mengenai perbuatan-perbuatan yang dapat dihukum dan aturan pidananya (Bambang Poernomo, 1993:9).

2. Apeldoorn, menyatakan bahwa Hukum Pidana dibedakan dan diberikan arti :

Hukum pidana materil yang menunjuk pada perbuatan pidana dan yang oleh sebab perbuatan itu dapat dipidana, dimana perbuatan pidana itu mempunyai dua bagian, yaitu:

- a. Bagian objektif merupakan suatu perbuatan atau sikap yang bertentangan dengan hukum pidana positif, sehingga bersifat melawan hukum dengan ancaman pidana atas pelanggarannya
- b. Bagian subjektif merupakan kesalahan yang menunjuk kepada pelaku untuk dipertanggung jawabkan menurut hukum

3. D. Hazewinkel-Suringa, dalam bukunya membagi hukum pidana dalam arti

a. Objektif (*ius poenela*), yang meliputi:

- 1) Perintah dan larangan yang pelanggarannya diancam dengan sanksi pidana oleh badan yang berhak.
- 2) Ketentuan-ketentuan yang mengatur upaya yang dapat digunakan, apabila norma itu dilanggar, yang dinamakan Hukum Panitensier.

b. Subjektif (*ius puniendi*), yaitu hak Negara menurut hukum untuk menuntut pelanggaran delik dan untuk menjatuhkan serta melaksanakan pidana.

4. Vos, menyatakan bahwa hukum pidana diberikan dalam arti bekerjanya sebagai:
 - a. Peraturan hukum objektif (*ius poenela*) yang dibagi menjadi:
 - 1) Hukum pidana materil yaitu peraturan tentang syarat-syarat bilamana, siapa dan bagaimana sesuatu itu dapat dipidana
 - 2) Hukum pidana formal yaitu hukum acara pidana
 - b. Hukum subjektif (*ius punaenandi*), yaitu meliputi hukum yang memberikan kekuasaan untuk menetapkan ancaman pidana, menetapkan putusan dan melaksanakan pidana yang hanya dibebankan kepada Negara atau pejabat yang ditunjuk untuk itu.
 - c. Hukum pidana umum (*algemene strafrechts*), yaitu hukum pidana yang berlaku bagi semua orang.
 - d. Hukum pidana khusus (*byzondere strafrechts*), yaitu dalam bentuknya sebagai *ius special* seperti hukum pidana militer, dan sebagai *ius singular* seperti hukum pidana fiscal.
5. Algra Janssen, mengatakan bahwa hukum pidana adalah alat yang dipergunakan oleh penguasa (hakim) untuk memperingati mereka yang telah melakukan suatu perbuatan yang tidak dibenarkan, reaksi dari penguasa tersebut mencabut kembali sebagian dari perlindungan yang seharusnya dinikmati oleh terpidana atas nyawa, kebebasan dan harta kekayaannya, yaitu seandainya ia tidak melakukan suatu tindak pidana.

Beberapa pendapat pakar hukum Indonesia mengenai Hukum Pidana, antara lain sebagai berikut:

1. Moeljatno mengatakan bahwa hukum pidana adalah bagian daripada keseluruhan hukum yang berlaku disuatu Negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan untuk:
 - a. Menentukan perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, yang disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barangsiapa melanggar larangan tersebut.
 - b. Menentukan kapan dan dalam hal-hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhkan pidana sebagaimana yang telah diancamkan.
 - c. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut (Bambang Poernomo, 1985:19-22).
2. Satochid Kartanegara, bahwa Hukum Pidana dapat dipandang dari beberapa sudut, yaitu:
 - a. Hukum pidana dalam arti objektif, yaitu sejumlah peraturan hukum yang mengandung larangan-larangan atau keharusan-keharusan terhadap pelanggarannya diancam dengan hukuman.
 - b. Hukum pidana dalam arti subjektif, yaitu sejumlah peraturan yang mengatur hak Negara untuk menghukum seseorang yang melakukan perbuatan yang dilarang
3. Soedarto mengatakan bahwa, Hukum Pidana merupakan sistem sanksi yang negative, ia diterapkan, jika sarana lain sudah tidak memadai, maka hukum pidana dikatakan mempunyai fungsi, yang *subside*. Pidana

termasuk juga tindakan (*maatregelen*), bagaimanapun juga merupakan suatu penderitaan, suatu yang dirasakan tidak enak oleh orang lain yang dikenai, oleh karena itu, hakikat dan tujuan pidana dan pembedaan, untuk memberikan alasan pembenaran (*justification*) pidana itu.

4. Martiman Prodjohamidjojo, Hukum Pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu Negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk :
 - a. Menentukan perbuatan-perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, dengan disertai ancaman atau sanksi pidana tertentu bagi siapa saja yang melanggarnya.
 - b. Menentukan kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melakukan larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhi pidana sebagaimana yang telah diancamkan.
 - c. Menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila orang yang diduga telah melanggar ketentuan tersebut
5. Roeslan Saleh, mengatakan bahwa setiap perbuatan yang oleh masyarakat dirasakan sebagai perbuatan yang tidak boleh atau tidak dapat dilakukan sehingga perlu adanya penekanan pada perasaan hukum masyarakat, oleh karena itu, sesuatu perbuatan pidana berarti perbuatan yang menghambat atau bertentangan dengan tercapainya tatanan dalam pergaulan yang dicita-citakan masyarakat. Sehingga isi pokok dari definisi Hukum Pidana itu dapat disimpulkan sebagai berikut:

- a. Hukum pidana sebagai hukum positif
 - b. Subtansi hukum pidana dan menentukan tentang kesalahan bagi pelakunya.
6. Bambang Poernomo, menyatakan bahwa Hukum Pidana adalah hukum sanksi. Defenisi ini diberikan berdasarkan cirri hukum pidana yang membedakan dengan lapangan hukum yang lain, yaitu bahwa hukum pidana sebenarnya tidak mengadakan norma sendiri melainkan sudah terletak pada lapangan hukum yang lain, dan sanksi pidana diadakan untuk menguatkan ditaatinya norma-norma diluar hukum pidana. Secara tradisonal defenisi hukum pidana dianggap benar sebelum hukum pidana dengan pesat.

Berdasarkan pendapat ahli dan pakar di atas penulis membuat kesimpulan Bahwa hukum pidana adalah sekumpulan peraturan hukum yang dibuat oleh Negara, yang isinya berupa larangan maupun keharusan (perintah) yang harus di taati. Sedangkan bagi pelanggar terhadap larangan dan keharusan tersebut akan dikenakan sanksi yang dapat dipaksakan oleh Negara.

Teori Pembuktian perkara pidana, pembuktian tentang benar tidaknya terdakwa melakukan perbuatan yang didakwakan, merupakan bagian yang terpenting acara pidana. Dalam hal ini pun hak asasi manusia dipertaruhkan. Bagaimana akibatnya jika seseorang yang didakwa dinyatakan terbukti melakukan perbuatan yang padahal tidak benar. Untuk inilah maka hukum acara pidana bertujuan untuk mencari kebenaran materiil. Mencari kebenaran materiil tidak lah mudah. Alat-alat bukti yang tersedia menurut Undang-Undang sangat relatif. Alat-

alat bukti seperti kesaksian, menjadi kabur dan sangat relatif, karena kesaksian diberikan oleh manusia yang mempunyai sifat pelupa. Bahkan menurut psikologi, penyaksian suatu peristiwa yang baru saja terjadi oleh beberapa orang akan berbeda-beda.

Oleh karena itulah, dahulu orang berpendapat bahwa alat bukti yang paling dapat dipercayai ialah pengakuan terdakwa sendiri karena ialah yang mengalami peristiwa tersebut. Dalam alasan mencari kebenaran materiil maka asas akusator (*accusatoir*) yang memandang terdakwa sebagai pihak sama dengan dalam perkara perdata, ditinggalkan dan diganti dengan asas inkisitor (*inquisitoir*) yang memandang terdakwa sebagai objek pemeriksaan bahkan kadangkala dipakai alat penyiksa untuk memperoleh pengakuan dari terdakwa. (Hamzah, 2008: 250)

Dalam meniali kekuatan pembuktian alat-alat bukti yang ada, dikenal beberapa sistem atau teori pembuktian yaitu:

1. Sistem atau teori pembuktian berdasarkan Undang-Undang secara positif (*positive wettelijk bewijstheorie*)

sistem atau teori pembuktian berdasarkan Undang-Undang secara positif karena semuanya berdasarkan Undang-Undang yang artinya, apabila telah terbukti suatu perbuatan sesuai dengan alat-alat bukti yang disebut oleh Undang-Undang, maka keyakinan hakim tidak diperlukan sama sekali. Sistem ini disebut juga dengan teori pembuktian formal (*formeel bewijstheorie*). Menurut D. Simons, sistem atau teori pembuktian berdasarkan Undang-Undang secara positif (*positief wettelijk*) ini berusaha untuk menyinggirkan semua pertimbangan subjektif hakim dan mengikat hakim secara ketat menurut peraturan-peraturan pembuktian yang

keras. Dianut di Eropa pada waktu berlakunya asas inkisitor (*inquisitoir*) dalam acara pidana.

Teori pembuktian ini sekarang sudah tidak mendapat penganut lagi. Teori ini terlalu banyak mengandalkan kekuatan pembuktian yang disebut oleh Undang-Undang. Teori pembuktian ini ditolak juga oleh Wirjono Prodjodikoro untuk dianut di Indonesia, karena katanya bagaimana hakim dapat menetapkan kebenaran selain dengan cara menyatakan kepada keyakinannya tentang hal kebenaran itu, lagi pula keyakinan seorang hakim yang jujur dan berpengalaman mungkin sekali adalah sesuai dengan keyakinan masyarakat.

2. Sistem atau teori pembuktian berdasarkan keyakinan hakim melulu

Teori ini disebut juga *conviction intime*, disadari bahwa alat bukti berupa Pengakuan terdakwa sendiripun tidak selalu membuktikan kebenaran, pengakuan pun kadang-kadang tidak menjamin terdakwa benar-benar telah melakukan perbuatan yang didakwakan. Dengan sistem ini, pemidanaan dimungkinkan tanpa didasarkan kepada alat-alat bukti undang-undang. Sistem ini dianut dianut oleh peradilan juri di Prancis.

Menurut Wirjono Prodjodikoro, sistem pembuktian pembuktian demikian pernah dianut di Indonesia, yaitu pada pengadilan distrik distrik dan pengadilan kabupaten. Sistem ini katanya memungkinkan hakim menyebut apa saja yang menjadi dasar keyakinannya, misalnya keterangan medium atau dukun.

Menurut pendapat penulis, pengadilan adat dan swapraja pun memakai sistem keyakinan hakim melulu selaras dengan kenyataan bahwa pengadilan-pengadilan tersebut dipimpin oleh hakim-hakim yang bukan ahli (berpendidikan)

hukum. Sistem ini member kebebasan kepada hakim terlalu besar, sehingga sulit diawasi. Disamping itu, terdakwa atau penasihat hukumnya sulit untuk melakukan pembelaan. Dalam hal ini hakim dapat memidana terdakwa berdasarkan keyakinan bahwa ia telah melakukan apa yang telah didakwakan. Praktik peradilan juri di Prancis membuat pertimbangan berdasarkan metode ini dan mengakibatkan banyaknya putusan-putusan bebas yang sangat aneh.

3. Sistem atau teori pembuktian berdasarkan keyakinan hakim atas alasan yang logis (*la conviction raisonnee*).

Sebagai jalan tengah, muncul sistem atau teori yang disebut pembuktian Berdasar keyakinan hakim sampai batas tertentu (*la conviction raisonnee*). Menurut teori ini, hakim dapat memutuskan seseorang bersalah berdasar keyakinannya, keyakinan yang didasarkan kepada dasar-dasar pembuktian disertai dengan suatu kesimpulan (*conclusive*) yang berdasarkan kepada peraturan-peraturan pembuktian tertentu. Sistem ini dibagi menjadi dua jurusan yang pertama pembuktian berdasar keyakinan hakim atas alasan yang logis dan yang kedua ialah teori pembuktian berdasarkan Undang-Undang secara negatif (*negatief wettelijk bewijstheorie*). Persamaan antar keduanya adalah sama berdasar atas keyakinan hakim, artinya terdakwa tidak mungkin dipidana tanpa adanya keyakinan hakim bahwa ia bersalah. Perbedaanya ialah yang pertama pangkal tolaknya pada keyakinan hakim sedangkan yang kedua pada ketentuan Undang-Undang yang disebut secara limitatif.

4. Teori pembuktian berdasarkan Undang-Undang Secara negative

HIR maupu KUHAP, begitu pula Ned. Sv. Yang lama dan yang baru, semuanya menganut sistem atau teori pembuktian berdasarkan Undang-Undang negatif. Hal tersebut dapat disimpulkan dari pasal 183 KUHAP, dahulu pasal 294 HIR. Pasal 183 KUHAP berbunyi sebagai berikut:

Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seseorang, kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya.

Dari kalimat tersebut nyata bahwa pembuktian harus didasarkan kepada Undang-Undang (KUHP), yaitu alat bukti yang sah tersebut dalam pasal 184 KUHP, disertai dengan keyakinan hakim yang diperoleh dari alat-alat bukti tersebut. Kemudian diperjelas lagi dalam Pasal 183 KUHP yaitu hakim tidak boleh menjatuhkan pidananya kepada seseorang, kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah. Selanjutnya pasal 185 ayat (2) KUHP yang mengatakan keterangan seorang saksi saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa terdakwa bersalah terhadap perbuatan yang didakwakan kepadanya. Ketentuan ini menjelaskan untuk menjamin tegaknya kebenaran, keadilan, dan kepastian hukum bagi seseorang.

D. Simons berpendapat bahwa, dalam sistem atau teori pembuktian Undang-Undang secara negatif didasarkan kepada pembuktian berganda yaitu pada peraturan Undang-Undang dan pada keyakinan hakim yang bersumber pada peraturan Undang-Undang. (Hamzah, 2008: 251-256).

Alat- alat bukti dan kekuatan pembuktiannya

Menurut pasal 184 KUHAP, alat-alat bukti ialah:

1. Keterangan saksi
2. Keterangan ahli
3. Surat
4. Petunjuk
5. Keterangan terdakwa

Baik, untuk lebih lanjut kelima alat bukti tersebut akan dijabarkan lebih dalam lagi yaitu:

1. Keterangan saksi

Pada umumnya semua orang dapat menjadi saksi, kecuali yang tercantum dalam pasal 186 KUHAP berikut:

- a. Keluarga sedarah atau semenda dalam garis lurus ke atas atau ke bawah sampai derajat ketiga dari terdakwa atau yang bersama-sama sebagai terdakwa.
- b. Saudara dari terdakwa atau yang bersama-sama sebagai terdakwa, saudara ibu atau saudara bapak, juga mereka yang mempunyai hubungan karena perkawinan, dan anak-anak saudara terdakwa sampai derajat ketiga.
- c. Suami atau istri terdakwa meskipun sudah bercerai atau yang bersama-sama sebagai terdakwa.

Dalam pasal 171 KUHAP ditambahkan pengecualian untuk memberi Sumpah ialah:

- a. Anak yang umurnya belum cukup lima belas tahun dan belum pernah kawin.
- b. Orang sakit ingatan atau sakit jiwa meskipun ingatannya baik kembali.

Dalam penjelasan Pasal tersebut dikatakan bahwa anak yang belum Berumur lima belas tahun,serta belum kawin, demikian juga dengan orang yang sakit ingatan, sakit jiwa, sakit gila meskipun kadang-kadang saja, mereka ini tidak dapat dipertanggungjawabkan secara sempurna dalam hukum pidana maka mereka tidak dapat diambil sumpah atau janji dalam memberikan keterangan, karena itu keterangan mereka hanya dipakai sebagai petunjuk saja.

Dalam Pasal ayat (5) KUHAP dinyatakan bahwa baik pendapat maupun rekaan, yang diperoleh dari hasil pemikiran saja, bukan merupakan keterangan saksi. Kemudian di dalam Pasal 185 ayat (1) dikatakan dalam keterangan saksi tidak termasuk keterangan yang diperoleh dari orang lain atau *testimonium de auditu*. Oleh sebab itu sudah jelas bahwa keterangan saksi yang diperoleh dari orang lain bukanlah alat bukti yang sah.

2. Keterangan Ahli

Keterangan Ahli disebut urutan kedua dalam Pasal 183 KUHAP, keterangan ahli adalah seseorang yang memiliki ilmu pengetahuan, keahlian, pengalaman,latihan, atau pendidikan khusus yang memadai untuk memenuhi syarat sebagai seorang ahli tentang hal yang berkaitan dengan keterangannya.

3. Alat bukti surat

Dalam Pasal 187 KUHAP mengatur tentang alat bukti yang terdiri dari 4 ayat yaitu:

- a. Berita acara dan surat lain dalam bentuk resmi yang dibuat oleh pejabat umum yang berwenang atau yang dibuat dihadapannya, yang memuat keterangan tentang kejadian atau keadaan yang didengar, dilihat, atau yang dialaminya sendiri, disertai dengan alasan yang jelas dan tegas tentang keterangan itu
- b. Surat yang dibuat meneurut ketentuan peraturan perundang-undangan atau surat yang dibuat oleh pejabat mengenai hal yang termasuk dalam tata laksana yang menjadi tanggung jawabnya dan yang diperuntukkan bagi pembuktian sesuatu hal atau sesuatu keadaan.
- c. Surat keterangan dari seorang ahli yang memuat pendapat berdasarkan keahliannya mengenai sesuatu hal atau keadaan yang diminta secara resmi daripadanya.
- d. Surat lain yang hanya dapat berlaku jika ada hubungannya dengan isi dari alat pembuktian lain.

4. Alat bukti petunjuk

Petunjuk disebut dalam KUHAP sebagai alat bukti yang ke empat, dalam Pasal Pasal 188 KUHAP ayat (1) menjelaskan bahwa petunjuk adalah perbuatan, kejadian atau keadaan, yang karena persesuaiannya, baik antara yang satu dengan yang lain, maupun dengan pidana itu sendiri, menandakan bahwa telah terjadi suatu tindak pidana dan siapa pelakunya.

Dalam pasal 188 ayat (3) KUHAP mengatakan bahwa penilaian atas pembuktian dari suatu petunjuk dalam setiap keadaan tertentu dilakukan oleh hakim dengan arif lagi bijaksana, setelah ia mengadakan pemeriksaan dengan penuh kecermatan dan keseksamaan berdasarkan hati nuraninya.

5. Alat bukti keterangan terdakwa

Keterangan terdakwa tidak perlu sama dengan pengakuan, karena pengakuan sebagai alat bukti mempunyai syarat-syarat berikut:

- a. Mengaku ia yang melakukan delik yang didakwakan
- b. Mengaku ia bersalah

Semua keterangan terdakwa hendaknya didengar. Apakah itu berupa penyangkalan, pengakuan, ataupun pengakuan sebagian dari perbuatan atau keadaan.(Hamzah, 2008: 278).

Dalam suatu peraturan Perundang-Undangan tentunya mengandung teori-teori yang diberlakukan didalamnya:

1. Teori kepastian hukum

Negara Indonesia adalah Negara hukum yang menganut sistem hukum Eropa Kontinental yang dijadikan dasar perumusan dan kodifikasi hukum Negara Indonesia.

Prinsip utama yang menjadi dasar sistem hukum Eropa Kontinental itu ialah hukum memperoleh kekuatan mengikat, karena diwujudkan dalam peraturan-peraturan yang berbentuk Undang-Undang dan tersusun secara sistematis dalam kodifikasi atau kompilasi tertentu. Prinsip dasar ini dianut mengingat bahwa nilai utama yang merupakan tujuan hukum adalah kepastian hukum.

Kepastian hukum hanya dapat diwujudkan kalau tindakan-tindakan hukum manusia dalam pergaulan hidup diatur dengan peraturan-peraturan hukum tertulis. Dengan tujuan hukum itu dan berdasarkan sistem hukum yang dianut, hakim tidak dapat leluasa menciptakan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat umum. Hakim hanya berfungsi menetapkan dan menafsirkan peraturan-peraturan dalam batas-batas wewenangnya. Putusan seorang hakim dalam suatu perkara hanya mengikat para pihak yang berperkara saja (Doktrins Res Ajudicata) (Djamali, 2014: 69).

Peran hakim di sistem Eropa Kontinental terlihat pasif, namun hakim di Indonesia tidak dapat menolak suatu perkara yang masuk dengan alasan belum ada hukum yang mengaturnya, akan tetapi tetap mengacu kepada hukum tertulis. Menurut Ade Saptomo, Prinsip-prinsip bagi hakim dalam mengadili perkara-perkara hukum konkret mencakup tiga pendekatan sebagai berikut:

1. Pendekatan legalistik (Formal)

Pendekatan ini merupakan model yang di pakai oleh hakim dalam menyelesaikan kasus hukum konkret ataupun perkara yang hukumnya telah diatur secara jelas, sehingga hakim tinggal memilah, mencari dan memilih unsur-unsur hukum konkret dimaksud dan dipertemukan dengan pasal-pasal relevan dalam undang-undang dimaksud.

2. Pendekatan interpretative

Dalam upaya menegakkan hukum dengan keadilan dan kebenaran, hakim harus bisa melakukan penemuan hukum (*rechtvinding*) karena

hukum dalam kenyataannya dimungkinkan tidak lengkap atau sama-samar.

3. Pendekatan Antropologis

Terhadap kasus konkret atau suatu perkara yang belum ada aturan undang-undangnya, maka hakim harus menemukan hukum dengan cara menggali, mengikuti, dan menghayati nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. (Sagama, 2016: 28)

Dalam hukum penjadapan sangat penting kepastian hukum, karena peraturan-peraturan tentang penjadapan masih tersebar luas di beberapa undang-undang. Belum lagi pertentangan antara kebijakan penjadapan yang dianggap tidak menghargai hak asasi manusia.

2. Teori keadilan

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum yang paling banyak dibicarakan sepanjang perjalanan sejarah filsafat hukum. Telah disebutkan sebelumnya, bahwa tujuan hukum memang tidak hanya keadilan, tetapi juga kepastian hukum, dan kemanfaatan. Idealnya hukum memang harus mengakomodasikan ketiganya. Putusan hakim misalnya, sedapat mungkin merupakan *resultante* dari ketiganya, sekalipun demikian, tetap ada yang berpendapat, diantara ketiga tujuan hukum itu, keadilan merupakan tujuan yang paling penting, bahkan ada yang berpendapat merupakan tujuan hukum satu-satunya. Contoh terakhir ini ditunjukkan antara lain oleh seorang hakim Indonesia, Bismar Siregar (1989:4) dengan mengatakan, bila untuk menegakkan keadilan saya korban kepastian hukum, akan saya korbankan hukum itu. Hukum hanya

sarana, sedangkan tujuannya adalah keadilan. Mengapa tujuan dikorbankan karena sarana?. Demikian pentingnya keadilan ini. Lalu, keadilan itu sendiri apa sesungguhnya?

Pertanyaan ini antara lain dijawab Ulpainus (200M), yang kemudian diambil alih oleh kitab hukum Justinianus, dengan mengatakan bahwa keadilan ialah kehendak yang ajeg dan tetap untuk memberikan kepada masing-masing bagiannya (*iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Adapun kaitannya dengan ilmu hukum adalah, bahwa yang disebut terakhir ini (*jurisprudencia*) merupakan pengetahuan tentang perkara-perkara ilahi dan manusiawi, ilmu tentang yang adil dan tidak adil (Notohamidjojo, 1975:35).

Aristoteles menyatakan bahwa kata adil mengandung lebih dari satu arti. Adil dapat berarti menurut hukum, dan apa yang sebanding, yaitu yang semestinya. Di sini ditunjukkan, bahwa seseorang dikatakan berlaku tidak adil apabila orang itu mengambil lebih dari bagian yang semestinya. Orang yang tidak menghiraukan hukum juga tidak adil, karena semua hal yang didasarkan kepada hukum dapat dianggap sebagai adil (Tasrif, 1987: 97).

Dalam kacamata kaum positivis, keadilan memang merupakan tujuan hukum. Hanya saja, mereka pun menyadari sepenuhnya bahwa relativitas dari keadilan ini sering kali mengaburkan unsur lain yang juga penting, yakni unsure kepastian hukum. Andigium yang selalu didengungkan adalah *summon jus*, *summa injuria*; *summa lex*, *summa crux*. Secara harfiah ungkapan itu berarti bahwa hukum yang keras akan dalam melukai, kecuali keadilan dapat menolongnya. Ungkapan tersebut sesungguhnya menandakan kurangpercayaan

kaum positivis itu terhadap keadilan yang sebenarnya. Sebab, keadilan yang tertinggi adalah ketidakadilan yang tertinggi. Jika keadilan saja yang dikejar, hukum positif menjadi serba tidak pasti lagi. Akibat lebih jauh dari ketidakpastian hukum ini adalah ketidakadilan bagi jumlah orang yang lebih banyak (Darmodiharjo, 2016: 159).

Keadilan memang sangat penting, oleh karenanya dalam hal ini peneliti merasa hukum penyadapan harus lebih jelas hukum yang mengaturnya, agar tidak terjadi dualisme peraturan perundang-undangan yang menyebabkan pertentangan diantaranya, sehingga membuat keragu-raguan terhadap masyarakat, dan hanya melahirkan kesulitan dalam menciptakan keadilan.

2.2 Kerangka Yuridis

2.2.1 Ketentuan Hukum Pidana Secara Umum

Kerangka yuridis dalam penelitian di sini berlandaskan kepada Pancasila dan UUD RI tahun 1945, serta mengacu pada beberapa perundang-undangan penyadapan yang terkait dengan penelitian ini, dengan tetap berpedoman dengan pembentukan peraturan perundang-undangan yaitu No. 12 Tahun 2011.

Jenis dan Hierarki peraturan perundang-undangan dimaksud berdasarkan pada pasal 7 ayat (1) yaitu mencakup

- a. Undang-Undang dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945
- b. Ketetapan majelis permusyawaratan rakyat
- c. Undang-undang/ peraturan pemerintah pengganti undang-undang
- d. Peraturan pemerintah

- e. Peraturan presiden
- f. Peraturan daerah atau provinsi; dan
- g. Peraturan daerah kabupaten/kota

Selanjutnya, dalam Pasal 8 Undang-Undang No. 12 tahun 2011 menjelaskan

- 1) Jenis peraturan Perundang-Undangan selain sebagaimana dimaksud dalam pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konsitusi, Badan Pemeriksaan Keuangan, Komisi yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau pemerintah atas perintah Undang-Undang. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.
- 2) Peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

Undang-Undang merupakan peraturan tertulis yang berlaku secara umum dan dapat di buat oleh penguasa pusat maupun daerah yang sah. Mengenai berlakunya undang-undang tersebut mempunyai dampak yang positif , artinya agar undang-undang tersebut mencapai tujuannya, dan berlaku efektif di dalam masyarakat. Dengan asas-asas sebagai berikut:

- a. Undang- undang tidak boleh berlaku surut, yaitu undang-undang hanya boleh diterapkan terhadap peristiwa yang di sebutkan dalam undang-undang tersebut, serta terjadi setelah berlakunya undang-undang tersebut.
- b. Undang-undang yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi, memiliki kedudukan lebih tinggi.
- c. Undang-undang yang bersifat khusus menyampingkan undang-undang yang bersifat umum.
- d. Undang-undang yang baru menyampingkan undang-undang yang lama, yaitu apabila ada undang-undang baru yang mengatur hal yang sama dengan undang-undang yang lama, akan tetapi makna dan tujuan berlainan maka yang dipakai adalah undang-undang baru.
- e. Undang- undang tidak dapat diganggu gugat
- f. Undang-undang merupakan suatu sarana untuk mencapai kesejahteraan melalui pelestarian dan pembaharuan.

2.2.2 Undang-Undang Penyadapan

Dalam konteks melakukan pengekan hukum penyadapan yang terkait dengan perkara-perkara pidana harus mengacu kepada hukum acara pidana. Oleh karena itu, aturan-aturan tentang perkara penyadapan haruslah diatur dalam hukum acara pidana atau suatu kebijakan maupun peraturan yang setara dengan undang-undang. Karena itu pengaturan tentang legalitas penyadapan harus dibentuk dan diformulasikan secara tepat sesuai Undang-Undang Dasar 1945.

Beberapa undang-undang pidana diluar KUHAP yang mengatur tentang tindak penyadapan dengan alat bukti elektronik sebagai salah satu alat bukti dalam pembuktian dan penyidikan antara lain:

1. Undang-undang No 36 tahun 1999 Tentang Telekomunikasi

Pengaruh globalisasi dan perkembangan teknologi telekomunikasi yang sangat pesat telah mengakibatkan perubahan mendasar dalam penyelenggaraan dan cara pandang terhadap telekomunikasi. Telekomunikasi sangat bermanfaat untuk upaya memperkuat persatuan dan kesatuan bangsa, memperlancar kegiatan pemerintahan, dan meningkatkan hubungan antar bangsa.

Telekomunikasi sangat penting bagi setiap orang, oleh karenanya dalam Undang-undang Pasal 40 tahun 1999 dijelaskan setiap orang dilarang melakukan kegiatan penyadapan atas informasi yang disalurkan melalui jaringan telekomunikasi dalam bentuk apapun. Dengan jelas bunyi pasal ini melarang tindak penyadapan terhadap komunikasi, namun ada pengecualian yang terdapat dalam Pasal 40 ayat (2) UU Telekomunikasi Tahun 1999 yaitu:

Untuk keperluan proses peradilan pidana, penyelenggara jasa telekomunikasi dapat merekam informasi yang dikirim dan atau diterima oleh penyelenggara jasa telekomunikasi serta dapat memberikan informasi yang diperlukan atas:

- a. Permintaan tertulis jaksa agung atau kepala kepolisian Republik Indonesia untuk tindak pidana tertentu.
- b. Permintaan penyidik untuk tindak pidana tertentu sesuai Undang-undang yang berlaku.

2. Undang-Undang No 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi

Dalam mewujudkan masyarakat yang adil, makmur, dan sejahtera berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pemberantasan tindak pidana korupsi belum dapat dilaksanakan secara optimal, karena masih banyak ditemukan perkara tindak pidana korupsi ini sampai saat ini. Untuk mengungkap tindak pidana korupsi yang terjadi bisa dilakukan dengan tindak penyadapan oleh KPK untuk memperoleh informasi dokumen elektronik sebagai bukti yang berkekuatan hukum. Dalam pasal 12 ayat (1) dijelaskan bahwa:

Dalam melaksanakan tugas penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan sebagaimana dimaksud dalam pasal 6 huruf c, komisi pemberantasan korupsi berwenang melakukan penyadapan dan merekam pembicaraan.

Tindak penyadapan secara jelas diperbolehkan oleh undang-undang ini yang kemudian diperkuat oleh Pasal 44 ayat (2) tentang alat bukti elektronik yaitu Bukti permulaan yang cukup dianggap telah apabila ditemukan sekurang-kurangnya 2 (dua) alat bukti, termasuk dan tidak terbatas pada informasi atau data yang diucapkan, dikirim, diterima, atau disimpan baik secara biasa maupun elektronik maupun optik.

3. Undang- Undang Pemberantasan Perdagangan Orang No.21 Tahun 2007

Setiap orang memiliki hak asasi dengan kemuliaan dan harkat yang dilindungi oleh Undang-undang, perdagangan orang adalah suatu tindak pidana yang

harus ditindak lanjuti. Dengan demikian para aparat penegak hukum, harus singap dalam menanggulangi tindak pidana ini, oleh sebab itu dalam Pasal 31 UU No.21 Tahun 2007 menjelaskan bahwa:

1. Berdasarkan bukti permulaan yang cukup penyidik berwenang menyadap telepon atau alat komunikasi lain yang diduga digunakan untuk mempersiapkan, merencanakan, dan melakukan tindak pidana perdagangan orang.
2. Tindakan penyadapan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya dilakukan atas izin tertulis ketua pengadilan untuk jangka waktu paling lama 1 (satu) tahun.

Menurut peneliti kelemahan dalam undang-undang ini adalah dimana pinyidik harus meminta persetujuan dari pihak ketua pengadilan untuk melakukan suatu penyadapan dalam proses pengungkapan suatu tindak pidana yang telah terjadi atau sedang berlangsung, yang memerlukan banyak waktu. Kemudian dalam Pasal 29 dijelaskan proses penyidikan tentang tindak pidana perdagangan orang yaitu:

Alat bukti selain sebagaimana ditentukan dalam Undang-Undang Hukum Acara Pidana, dapat pula berupa:

- a. Informasi yang diucapkan, dikirimkan, diterima, atau disimpan secara elektronik dengan alat optic atau serupa dengan itu; dan
- b. Data, rekaman, atau informasi yang dapat dilihat, dibaca, dan/atau didengar, yang dapat dikeluarkan dengan tanpa bantuan suatu sarana, baik

yang tertuang dalam kertas, benda fisik apa pun selain kertas, atau yang terekam secara elektronik, termasuk tidak terbatas pada:

- 1) Tulisan, suara, atau gambar
- 2) Peta rancangan, foto, atau sejenisnya; atau
- 3) Huruf, tanda, angka, symbol, atau perforasi yang memiliki makna atau dapat dipahami oleh orang yang mampu membaca atau memahaminya.

4. Undang-Undang No.11 Tentang informasi dan Transaksi Elektronik.

perkembangan teknologi semakin pesat, hal ini menimbulkan dampak positif dan negatif, yang dimana dampak positifnya adalah membawa manfaat yang bisa menunjang pertumbuhan ekonomi bagi masyarakat maupun Negara, namun dampak negatifnya adalah banyak terjadi kecurangan, kejahatan, tindak pidana didalamnya. Oleh sebab itu hukum harus turut mengambil peran dalam menanggulangi kejahatan tersebut. didalam Undang-undang Pasal 31 No. 11 Tahun 2008 dijelaskan tentang suatu kebijakan tentang penyadapan yang dilakukan penegak hukum meskipun pada awalnya dalam undang-undang ini tindak penyadapan dan intersepsi adalah suatu hal yang dilarang, adapun bunyi pasalnya sebagai berikut :

- (1) Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum intersepsi atau penyadapan atas Informasi Elektronik dalam suatu Komputer dan / atau sistem Elektronik tertentu milik orang lain
- (2) Setiap orang dengan sengaja dan tanpa hak atau melawan hukum melakukan intersepsi atas tranmisi Informasi Elektronik dan / atau

Dokumen Elektronik tertentu milik orang lain, baik yang tidak menyebabkan perubahan, penghilangan, dan / atau penghentian Informasi Elektronik yang sedang ditranmisikan.

(3) Kecuali intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan ayat (2), intersepsi yang dilakukan dalam rangka penegakan hukum atas permintaan kepolisian, kejaksaan, dan / atau institusi penegak hukum lainnya yang ditetapkan berdasarkan undang-undang

(4) Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara intersepsi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dengan peraturan pemerintah.

5. Undang- Undang No. 22 Tahun 1997 Tentang Narkotika

Dalam pasal 66 ayat (2) menjelaskan bahwa:

Penyidik pejabat polisi Negara Republik Indonesia diberi tugas melakukan penyelidikan dan penyidikan tindak pidana narkotika, berwenang untuk menyadap pembicaraan melalui telepon atau alat telekomunikasi lain yang dilakukan oleh orang yang diduga kerjasama membicarakan yang berhubungan dengan tindak pidana narkotika.