

**KEABSAHAN PENGGUNAAN “SURAT PERNYATAAN PENOLAKAN
DIDAMPINGI PENASEHAT HUKUM” PADA TINGKAT PENYIDIKAN
PERKARA NARKOBA DIPOLRESTA PONTIANAK
BERDASARKAN PASAL 56 KUHAP**

Oleh:

**BAGUS SUBEKTI,SH.
NIM: A.21211061**

**Dr. Syarief Hasyim Azizurrahman,SH.MHum.
NIP. 19630513988101001**

**Sampur Dongan Simamora,S.H.M.H.
NIP. 195207161981031002**

ABSTRACT

This study aimed to examine on legality of the Statement Letter of legal advocacy refusal (for further will be abbreviated as SP2DPH) of the narcotics crime suspect and/or accused at the state police resort in Pontianak city. The study was started from the observation results at the preliminary stage that within three years between 2012 -2014, almost all of the suspects and/or accused were not accompanied by a lawyer when they were investigated by the police. Narcotics offense is an extraordinary crime which could be threatened with more than five years punishment in prison or death penalty, therefore become a regulated matter under Article 56 section (1) of Formal Criminal Act Number 8 year 1981 (henceforth will be abbreviated as KUHAP), so that the suspects and/or accused are obligatory to be accompanied by a lawyer. In fact that obligation were not executed instead of SP2DPH came true. This phenomenon is really important to be examined because its effect could cause more than five years punishment or death penalty to unguilty people. Based on that empirical evidence, the problem statement of this study could be formulated as the following: (1) How is the legality of SP2DPH and its effect to the suspect and/or accused of narcotics crime at the Resort State Police in Pontianak city?; (2) Is the implementation of formal

criminal law (KUHAP) at Resort State Police in Pontianak city meets the legal certainty, justice and utility principle?; (3) How is the ideal concept of equitable legal aid awarding for the suspect of narcotics crime with more than five years punishment threat?

This study is a qualitative legal research with a socio legal approach by which the happening phenomenon not merely examined from legal view point only, but also highlighted on its relationship with the other non legal factors as politics, social and culture. Socio legal research was chosen because it could reveal the non legal factors those induce the occurrence of the observed phenomenon or empirical reality. The study used primary data that obtainable from observation and interviewed the selected informant. The collected data was processed, analyzed and interpreted by using triangulation technique. The analysis process was performed descriptively in order to expose the relationship between the related factors, and prescriptively for interpreting the concluded subjective reality in order to give a solution for the research problem.

The results of this study shows: (1) The using of SP2DPH is illegal because there is no legal basis for its legality for aborting the legal officer obligation, therefore all of the investigation should be avowed as illegal or null and void; (2) The implementation of formal criminal law at the Resort State Police in Pontianak city is not meets the certainty, justice and utility principles; (3) Conceptual model of equitable legal aid awarding is triangle functional model of relationship between the organic legal enforcement institution (the police, the attorney and the court), legal aid institution, and the Supreme Court as a functional integrator. Based on the conclusions of the result, some of suggestions could be recommended as the following: (1) The Resort State Police in Pontianak city should not use SP2DPH anymore as the substitution of their obligation for appointing a lawyer, and increasing the performance of formal criminal law implementation; (2) The President and the House of Representative (DPR) construct the renewal of Penal policy, endorse the drafts of substantial and formal criminal law to become the new Acts, forming the independent legal aid institution, and functionalizing the Supreme Court as an functional integrator.

Keywords: Legal Certainty, Justice, Utility, Legal Aid, Lawyer, Refusal, Suspect, Accused

ABSTRAK

Studi ini bertujuan untuk mengkaji tentang keabsahan Surat Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat Hukum (selanjutnya disingkat SP2DPH) dari tersangka atau terdakwa perkara kejahatan narkoba di Polres Kota Pontianak. Penelitian bertolak dari hasil pengamatan pra penelitian bahwa selama tiga tahun antara tahun 2012 – 2014, hampir semua tersangka dan/atau terdakwa tidak didampingi penasihat hukum pada saat diperiksa oleh polisi. Kejahatan narkoba adalah kejahatan luar biasa yang diancam dengan hukuman berat lebih dari lima tahun dan/atau hukuman mati sehingga menjadi objek yang diatur dalam Pasal 56 ayat (1) UUNo. 8 Tahun 1981 Tentang Hukum Acara Pidana (selanjutnya disingkat KUHAP), sehingga tersangka atau terdakwa wajib didampingi oleh penasihat hukum. Pada kenyataannya kewajiban itu

tidak dilaksanakan dan sebagai gantinya adalah munculnya SP2DPH. Fenomena ini menjadi penting untuk diteliti karena dapat menimbulkan akibat menghukum orang tidak bersalah dengan hukuman lima tahun atau lebih atau hukuman mati. Berdasarkan pada bukti empiris tersebut dirumuskan pertanyaan penelitian: (1) Bagaimana keabsahan dari SP2DPH serta akibat hukumnya bagi tersangka tindak pidana narkoba di Polres Kota Pontianak; (2) Apakah pelaksanaan hukum acara formil atau KUHAP di Polres Pontianak sudah memenuhi asas kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan?; (3) Bagaimana konsep ideal pemberian bantuan hukum yang adil bagi tersangka perkara narkoba yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih?

Studi ini merupakan penelitian hukum kualitatif dengan pendekatan sosio legal, dengan mana fenomena hukum yang terjadi tidak hanya dikaji dari sudut pandang hukum saja, tetapi juga disoroti dari segi hubungannya dengan dengan faktor-faktor non hukum seperti politik, sosial dan budaya. Kajian sosio legal dipilih karena dapat mengungkap faktor-faktor non hukum yang menyebabkan terjadinya fenomena atau realitas empiris yang diamati. Penelitian ini menggunakan data primer yang diperoleh melalui observasi dan wawancara dengan informan terpilih. Data yang terkumpul kemudian diproses, dianalisis dan diinterpretasikan menggunakan teknik triangulasi. Proses analisis dilakukan secara deskriptif yaitu memaparkan fakta secara apa adanya dengan melihat hubungan di antara faktor-faktor terkait, dan secara preskriptif dengan cara menginterpretasikan realitas subjektif yang tersimpul dan sekaligus memberikan solusi terhadap permasalahan yang diteliti.

Hasil penelitian menunjukkan bahwa (1) Penggunaan SP2DPH adalah tidak sah karena tidak ada dasar hukum yang sah untuk menggugurkan kewajiban aparat penegak hukum, oleh karenanya pemeriksaan yang telah dilakukan harus dinyatakan tidak sah dan batal demi hukum; (2) Pelaksanaan hukum acara pidana di Polres Kota Pontianak tidak memenuhi asas legalitas, asas keadilan dan asas kemanfaatan; (3) Model konseptual pemberian bantuan hukum yang adil adalah Model segi tiga hubungan fungsional antara Lembaga penegak hukum organik (Kepolisian, Kejaksaan dan Pengadilan), Lembaga Bantuan Hukum Independen, dan Mahkamah Agung sebagai integrator fungsional. Berdasarkan simpulan hasil penelitian dapat direkomendasikan saran-saran: (1) Polres Kota Pontianak tidak lagi menggunakan SP2DPH sebagai pengganti kewajiban menunjuk penasihat hukum dan meningkatkan kinerja pelaksanaan hukum acara pidana; (2) Presiden dan DPR menyusun pembaharuan politik hukum pidana, mengesahkan rancangan undang-undang hukum pidana dan rancangan undang-undang hukum acara pidana menjadi undang-undang baru, membentulk lembaga bantuan hukum independen, serta memfungsikan Mahkamah Agung sebagai integrator fungsional.

Kata Kunci: Kepastian Hukum, Keadilan, Kemanfaatan, Bantuan Hukum, Penasihat hukum, Penolakan, Tersangka, Terdakwa

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Narkoba (Narkotika dan obat berbahaya) merupakan masalah besar di negeri ini terlebih buat masa depan para pemuda dimana korban dan pemakai narkoba sebagian besar adalah para kaum muda. Dengan banyaknya pemberitaan dimedia cetak maupun media elektronik merupakan gambaran bahwa bangsa ini adalah pangsa pemasaran narkoba yang besar bahkan mungkin pemasaran terbesar di asia tenggara, seperti yang terjadi di wilayah hukum Polresta Pontianak dimana tingkat kejahatan relative tinggi, terlebih tindak pidana narkoba begitu seriusnya pemerintah menyikapi masalah narkoba, menjadi atensi bapak presiden dengan pernyataan darurat narkoba, dengan telah dilaksanakannya eksekusi mati terhadap para gembong narkoba yang telah mempunyai keputusan hukum tetap. Narkoba merupakan *extra ordinery crime* dimana ancaman hukuman atas tindak pidana narkoba ini rata rata diatas 5 (lima) tahun atau lebih, seumur hidup bahkan hukuman mati. Mengingat narkoba barangnya kecil, mudah dibawa, bernilai ekonomis tinggi kadang kala bisa disalah gunakan, baik kepemilikannya, penguasaannya, atau pemakainya. Baik itu produsen, penjual atau pengedar, kurir, pemakai, dan korban, mempunyai konsekuensi hukum yang berbeda beda, mengingat ancaman pidana tindak pidana narkoba diatas lima tahun lebih bahkan ada hukuman mati maka perlindungan hak tersangka sangatlah penting terlebih pada tahap awal

penyidikan di kepolisian dimana tersangka akan mempunyai beban psikis yang berat terlebih orang yang mempunyai latar belakang yang rendah pendidikannya dan kurang mengerti tentang hukum.

Pasal 28 D ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD NRI 1945) menyatakan bahwa :

“Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum“.

Ketentuan dalam Pasal 28 D ayat (1) UUD NRI 1945 mengandung makna bahwa negara memberikan pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil bagi setiap orang tanpa membedakan suku, agama atau kedudukan derajat hidupnya, termasuk orang yang tidak mampu untuk mendapatkan akses terhadap keadilan agar hak-hak mereka atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum dapat diwujudkan dengan baik.

Posisi dan kedudukan seseorang di depan hukum menjadi hal yang sangat penting dalam mewujudkan tatanan sistem hukum serta rasa keadilan masyarakat di dalam suatu negara hukum (*rechstaat*) yang demokratis seperti Indonesia. Selanjutnya, Pasal 28 G ayat (1) UUD NRI 1945 menyatakan bahwa

“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang dibawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi“.

Ketentuan Pasal 28 G ayat (1) UUD NRI 1945 dapat dimaknai secara implisit bahwa negara memberikan perlindungan kepada setiap warga negara yang membutuhkan bantuan hukum sebagai perwujudan hak asasi manusia. Hal tersebut ditegaskan dalam Pasal 28 H ayat (2) UUD NRI 1945 yang menyebutkan bahwa,

“Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan“.

Makna substantif dari rangkuman tiga Pasal di atas, adalah bahwa negara menjamin setiap orang untuk memperoleh keadilan melalui bantuan hukum sebagai perwujudan hak konstitusional warga negara.¹ Hak untuk memperoleh bantuan hukum tersebut diatur secara lebih jelas dan tegas di dalam Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Hukum Acara Pidana (selanjutnya disebut KUHAP), sebagaimana yang dijelaskan dalam ketentuan Pasal 54, Pasal 55 dan Pasal 56 KUHAP yang menerangkan bahwa pemberian bantuan hukum tersebut dimulai dari tingkatan pemeriksaan pendahuluan di tingkat penyidikan sampai dengan pemeriksaan di pengadilan.²

Pada Pasal 56 KUHAP dinyatakan bahwa :

¹ Mosgan Situmorang, Penelitian Hukum: Tanggung Jawab Negara dan Advokat dalam Memberikan Bantuan Hukum Kepada Masyarakat, Jakarta, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan HAM Republik Indonesia, 2011, hlm. 4.

²*Ibid.*

Ayat (1) Dalam hal tersangka atau terdakwa disangka atau didakwa melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasihat hukum sendiri, pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan *wajib menunjuk* penasihat hukum bagi mereka.

Ayat (2)

Setiap penasihat hukum yang ditunjuk untuk bertindak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), memberikan bantuannya dengan cuma-cuma.

Pemberian bantuan hukum secara cuma-cuma oleh penasihat hukum yang ditunjuk negara, kepada tersangka atau terdakwa yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih, yang tidak mempunyai penasihat hukum atau tidak mampu membayar jasa penasihat hukum adalah hak imperatif tersangka berdasarkan ketentuan Pasal 28 D ayat (1), Pasal 28 G ayat (1), Pasal 28 H ayat (2) UUD NRI 1945 dan Pasal 56 KUHAP, sebagai “apa yang seharusnya (*das solen*)” diberikan oleh negara kepada setiap warga negara yang memenuhi ketentuan Pasal 56 KUHAP.

Dalam pasal 114 KUHAP menyebutkan bahwa.

Dalam hal seseorang disangka melakukan suatu tindak pidana sebelum dimulainya pemeriksaan oleh penyidik, penyidik wajib memberitahukan kepadanya tentang haknya untuk mendapatkan bantuan hukum atau bahwa ia dalam *perkaranya itu wajib didampingi oleh penasehat hukum sebagaimana dimaksud dalam pasal 56*

Hak tersebut wajib diberikan kepada tersangka atau terdakwa oleh setiap aparat penegak hukum di semua tingkatan, sejak proses pemeriksaan sampai dengan proses peradilan. Dalam hal tersangka atau terdakwa tidak mengetahui tentang haknya untuk mendapat bantuan penasihat hukum secara cuma-cuma, maka penyidik wajib memberitahukan tentang hak tersebut sebelum dimulainya pemeriksaan penyidikan.

Pada praktiknya, hak untuk didampingi penasihat hukum pada saat menjalani pemeriksaan di tingkat penyidikan tidak selalu diberikan kepada tersangka. Hal ini menunjukkan bahwa ketentuan Pasal 56 ayat (1) KUHAP tidak dapat dijalankan secara efektif dan memberikan gambaran memprihatinkan apabila disoroti dari sudut perlindungan hukum terhadap hak-hak tersangka. Fakta empiris tersebut menunjukkan bahwa “penolakan tersangka untuk didampingi penasihat hukum” merupakan gejala atau fenomena umum yang lazim dijumpai di POLRESTA Pontianak mengenai pelaksanaan ketentuan Pasal 56 ayat (1) KUHAP. Fakta-fakta tersebut dapat dilihat dari hasil penelitian sebagai berikut: **Data Pendampingan Penasihat Hukum Pada Penyidikan Perkara Narkotika Di Polresta Pontianak Tahun 2012 – 2014**

No.	Tahun	Pendampingan Oleh Penasihat Hukum		Keterangan
		Ada	Tidak ada	
1	2012	-	53	Penasihat hukum yang ditunjuk oleh penyidik adalah Eddy Nirwana SH, tetapi semua tersangka menolak didampingi penasihat hukum dan semuanya membuat SP2DPH
2	2013	2	50	2 tersangka didampingi penasihat hukum yang kebetulan adalah

				keluarganya, sementara 50 tersangka lainnya tidak didampingi penasihat hukum dan membuat SP2DPH
3	2014	2	31	Dari tersangka yang didampingi penasihat hukum, 1 tersangka memilih sendiri dan mampu membayar jasa penasihat hukum, sementara 1 tersangka lainnya mau didampingi oleh penasihat hukum yang ditunjuk penyidik. Sedangkan 31 tersangka lainnya menolak didampingi dan membuat SP2DPH
Jumlah Total		4	134	Kinerja implementasi Pasal 56 ayat (1) oleh penyidik untuk menyediakan penasihat hukum bagi tersangka perkara narkoba yang diancam hukuman 5 tahun atau lebih selama 3 tahun adalah rata-rata sebesar 2,3 %

Sumber: Sat Narkoba Polresta Pontianak

Kenyataan itu menimbulkan beberapa pertanyaan antara lain (i) Mengapa fenomena itu dapat terjadi dan persentasenya cenderung meningkat? (ii) Mengapa tersangka menolak menggunakan haknya yang dijamin oleh undang-undang (KUHAP)?; (iii) Apakah tersangka tahu atau sudah diberitahu oleh penyidik bahwa penolakannya itu dapat merugikan kepentingannya sendiri, misalnya mendapat tekanan, tindakan kekerasan dan/atau kesewenang-wenangan penyidik selama menjalani pemeriksaan?; (iv) Apakah tersangka menyadari bahwa tahap paling berisiko dalam proses peradilan pidana untuk mengalami tindakan kekerasan adalah pada tingkat penyidikan di kepolisian?.

Pertanyaan-pertanyaan tersebut relevan untuk dikemukakan mengingat kenyataan bahwa kualitas penegakan hukum di Indonesia, khususnya dalam hal perlindungan hukum terhadap hak tersangka selama menjalani pemeriksaan di tingkat penyidikan adalah sangat buruk. belum lagi tindakan kekerasan penyidik terhadap tersangka seperti diancam, ditempeleng, dipukul dan ditendang bahkan salah tangkap ternyata masih dijumpai dalam proses penyidikan di era berlakunya KUHAP. Tindakan kekerasan itu digunakan semata-mata untuk mengejar pengakuan tersangka. Jika pengakuan sudah diperoleh maka kekerasan akan dihentikan.

Hak tersangka untuk didampingi oleh penasihat hukum baru diberikan apabila tersangka sudah mengaku. Tersangka sering kali menolak tawaran penyidik untuk didampingi penasihat hukum, karena merasa tidak ada gunanya lagi didampingi oleh penasihat hukum sebab pemeriksaan sudah selesai, pengakuan sudah dibuat serta BAP sudah ditandatangani Berikutnya, agar tidak dianggap melanggar ketentuan Pasal 56 KUHAP, maka penyidik meminta tersangka membuat pernyataan tertulis di atas kertas bermeterai cukup yang pada intinya berisi “secara sadar dan atas kemauan sendiri, tanpa tekanan atau paksaan dari siapapun, menolak pemberian bantuan secara cuma-cuma oleh penasihat hukum”.

Pada pengamatan penelitian di lapangan dan penelusuran pustaka dapat terungkap beberapa fakta antara lain: (1) **Fakta hukum**, ketentuan Pasal 56 ayat (1) KUHAP tidak dilaksanakan sebagaimana mestinya. Hal itu dapat diukur dari indikator tingginya persentase tersangka yang tidak didampingi oleh penasihat hukum pada saat penyidikan; (2) **Fakta Sosial**, tersangka menolak menggunakan haknya untuk didampingi penasihat hukum secara cuma-cuma yang dinyatakan secara tertulis di atas kertas bermeterai; dan (3) **Fakta Fisik**, adanya Surat

Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat Hukum (selanjutnya disingkat SP2DPH).

Faktor yang mendasari munculnya fenomena “Surat Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat Hukum” dalam praktik penyidikan di kepolisian, dapat dirujuk dari Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung No. 1565 K/Pid/1991 yang menyatakan:

“Apabila syarat-syarat penyidikan tidak dipenuhi seperti halnya penyidik tidak menunjuk penasihat hukum bagi tersangka sejak awal penyidikan, tuntutan Penuntut Umum dinyatakan tidak dapat diterima.”

Apabila syarat-syarat penyidikan tidak dipenuhi, yang salah satunya adalah kewajiban penyidik sebagaimana diatur dalam Pasal 56 KUHAP ayat (2), untuk menunjuk penasihat hukum secara cuma-cuma bagi tersangka atau terdakwa sebagaimana diatur di dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP, maka tuntutan jaksa penuntut umum menjadi tidak sah atau tidak dapat diterima atau menjadi batal demi hukum. Hal ini didasarkan pada adagium dalam hukum acara pidana yang menyatakan “*Ubi ius ubi remedium*”,³ yang artinya “dimana ada hak, maka di sana ada kemungkinan untuk menuntut, memperolehnya atau memperbaikinya apabila hak tersebut dilanggar”.

Yurisprudensi Mahkamah Agung RI No. 1565 K/Pid/1991 dibuat dengan tujuan agar peradilan pidana dapat diselenggarakan secara adil (*fair trial*). Proses peradilan pidana yang adil dapat dilaksanakan melalui prinsip-prinsip sebagai berikut: (i) melindungi hak tersangka berdasarkan ketentuan Pasal 56 ayat (1) dan ayat (2) yaitu “penyidikan atas tersangka dengan ancaman hukuman 5 tahun atau lebih wajib/harus didampingi oleh penasihat hukum”; (ii) pelaksanaan penyidikan harus dilakukan menurut cara-cara yang sah sebagaimana diatur oleh KUHAP.

Pasal 56 ayat (1) KUHAP adalah pasal yang multitafsir yang rancu karena terdapat keraguan dan mengandung konflik internal karena dalam pasal tersebut menggunakan kata “wajib menunjuk”. Kata tersebut mewajibkan penyidik sebatas hanya “menunjuk” penasihat hukum saja bagi tersangka, tetapi sama sekali tidak menjamin bahwa penasihat hukum yang dimaksud pasti bersedia mendampingi tersangka. Sesudah menunjuk penasihat hukum kewajiban penyidik gugur dan persoalan berpindah kepada penasihat hukum.

Kepastian itu berusaha diwujudkan melalui ketentuan Pasal 56 ayat (2) KUHAP yang menyatakan bahwa “setiap penasihat hukum yang ditunjuk untuk bertindak sebagaimana dimaksud pada Pasal 56 ayat (1) KUHAP memberikan bantuannya secara cuma-cuma”. Tidak ada kata “wajib” bagi penasihat hukum apabila menolak atau tidak bersedia memberikan bantuan hukum sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tersebut, juga tidak ada sanksi yang ditetapkan oleh undang-undang apabila penasihat hukum yang ditunjuk tidak bersedia atau berhalangan. Keseluruhan isi Pasal 56 KUHAP tidak memberikan kepastian

³ Mardjono Reksodiputro, *Bunga Rampai* Karangan Ketiga, Jakarta, Pusat Pelaya

¹ *Dalam Sistem Peradilan Pidana: Kumpulan in Bantuan Hukum*, 1977, hlm. 161

mengenai terlaksananya bantuan hukum bagi tersangka sebagai akibat rumusan pasal yang tidak jelas.

Mengacu pada yurisprudensi Mahkamah Agung RI No. 1565 K/Pid/1991, pemeriksaan tersangka harus didampingi penasihat hukum dan dinyatakan tidak sah atau batal demi hukum. Ketentuan itu menjadi dilema bagi APH yang segera direspon oleh Kejaksaan Agung RI dengan mengeluarkan Surat Edaran No. B-570/F/Fpk.1/9/1994 Tentang Surat Edaran tentang Jaksa Sebagai Penyidik Wajib Menunjuk Penasihat Hukum (pasal 56 KUHAP) yang isinya berupa *petunjuk teknis administratif* untuk mengantisipasi adanya risiko pemeriksaan dinyatakan tidak sah akibat ketentuan yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut.

Surat Edaran Kejaksaan Agung itulah yang digunakan sebagai dasar hukum oleh penyidik untuk melegalkan SP2DPH yang sekaligus dapat menggugurkan kewajiban yang diperintahkan oleh KUHAP untuk menunjuk penasihat hukum. Dalam hal ini SP2DPH dipergunakan sebagai substitusi tujuan (goal substitution) dari tujuan negara yang lebih tinggi dan sulit dilaksanakan menjadi tujuan teknis dan pragmatis yang hasil akhirnya adalah menghilangkan hambatan-hambatan teknis administratif institusi dalam menjalankan kewenangannya,

Putusan Mahkamah Agung RI No. 1565 K/Pid/1991, yang telah menjadi yuriprudinsi, pada tahun 1998 juga muncul lagi putusan Mahkamah Agung RI No. 367 K/Pid/1998 .kemudian pada tahun 2011 muncul lagi putusan tindak pidana narkoba dengan Putusan Mahkamah Agung RI No. 545 K/Pid.Sus/2011

Persoalan-persoalan terkait Pasal 56 KUHAP tidak cukup di jawab dengan mengkaji hanya dari sisi hukumnya (substansi, struktur dan kultur) semata, tetapi harus dikaji lebih dalam dengan menggunakan interpretasi historis mengenai tatanan sosial politik pada saat lahirnya KUHAP, dan pada saat yang sama juga menyoroti pada faktor-faktor lain di luar hukum yang berpengaruh terhadap konsekuensi-konsekuensi atau akibat-akibat yang timbul penerapan dan penegakkan hukum positif khususnya Pasal 56 KUHAP.

Sejak dari pembuatannya melalui proses legislasi sampai dengan proses penerapan dan penagakannya, hukum dipengaruhi dan berpengaruh oleh faktor-faktor non hukum seperti ekonomi, politik, sosial dan budaya. Pada tingkat implementasinya, hukum dapat menyimpang dari tujuan utamanya yaitu menghadirkan keadilan substantif bagi para tersangka atau terdakwa. Lembaga praperadilan yang bertujuan melindungi hak warga negara yang ditetapkan sebagai tersangka, ditangkap dan/atau ditahan, ternyata tidak dapat berfungsi efektif sebagai mekanisme kontrol terhadap keabsahan kinerja aparat penegak hukum, karena lembaga ini memiliki kelemahan-kelemahan internal antara lain: (i) bersifat pasif, dalam arti hanya menunggu gugatan dari tersangka yang pada umumnya tidak tahu bahwa lembaga ini ada; (ii) kesulitan tersangka dan/atau penasihat hukum dalam membuktikan kesalahan atau pelanggaran yang dilakukan oleh aparat penegak hukum. Dua kelemahan tersebut menyebabkan kasus-kasus gugatan praperadilan lebih banyak gagal daripada berhasil.

Berdasarkan uraian tentang latar belakang permasalahan yang menyebabkan terjadinya fenomena hukum sebagaimana yang telah dipaparkan di atas, maka peneliti melakukan penelitian yang berjudul:

Keabsahan Penggunaan ‘Surat Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat Hukum’ Pada Tingkat Penyidikan Perkara Narkoba Di Polresta Pontianak Berdasarkan Pasal 56 KUHAP

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian yang telah dipaparkan pada bagian latar belakang masalah, maka permasalahan dalam penelitian ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Apakah penggunaan “Surat Pernyataan Penolakan Tersangka Untuk Didampingi Penasihat Hukum (SP2DPH)” Sah atau absah secara hukum?
2. Mengapa ketentuan Pasal 56 KUHAP tidak atau belum dilaksanakan secara efektif pada tersangka perkara narkotika di Polresta Pontianak ?
3. Bagaimana pemberian bantuan hukum yang adil bagi tersangka atau terdakwa?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis keabsahan dari Surat Pernyataan Penolakan Tersangka Untuk Didampingi Penasihat Hukum (SP2DPH) sebagai suatu fenomena sosial dan hukum, serta mengungkap faktor-faktor yang melatarbelakangi terjadinya fenomena tersebut.
2. Untuk mengungkap dan menganalisis tentang faktor-faktor yang berpengaruh dan/atau menjadi penyebab mengapa ketentuan Pasal 56 KUHAP belum dapat dilaksanakan secara efektif pada tersangka perkara narkotika di Polresta Pontianak.
3. Untuk merumuskan pemikiran konseptual mengenai pemberian bantuan hukum yang adil bagi tersangka atau terdakwa perkara narkotika sebagai solusi atas permasalahan yang diteliti.

D. Kegunaan Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan mampu memberikan dua kemanfaatan utama yaitu sebagai berikut:

1. Kegunaan Teoritis
 - a. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi pemikiran konseptual berbasis teori-teori ilmu hukum yang relevan, dalam rangka pengembangan ilmu hukum dan pembaruan hukum di bidang pemberian bantuan hukum melalui penguatan posisi, peran dan fungsi Advokat di dalam sistem peradilan di Indonesia, agar implementasi kebijakan pemberian bantuan hukum dapat memberikan keadilan substantif kepada tersangka dan/atau pencari keadilan.
 - b. Hasil penelitian ini diharapkan dapat digunakan sebagai rujukan bagi peneliti lain yang berminat melakukan penelitian sejenis tetapi dengan metode dan pendekatan yang berbeda.
2. Kegunaan Praktis
 - a. Bagi Pemerintah dan/atau DPR
Hasil penelitian ini diharapkan berfungsi sebagai masukan yang bermanfaat bagi Pemerintah dan/atau DPR untuk memperbaiki konstruksi sistem hukum (substansi hukum, struktur hukum dan kultur hukum) yang diterapkan di Indonesia, khususnya di bidang pemberian bantuan hukum melalui penguatan

posisi, peran dan fungsi lembaga advokat dalam sistem peradilan di Indonesia.

b. Bagi Advokat

Hasil penelitian ini diharapkan berguna sebagai sumbangan pemikiran yang dapat meningkatkan pemahaman dan menginspirasi para advokat, mengenai hak dan kewajibannya, posisi, peran dan fungsinya di dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat, sebagai warga negara yang mempunyai hak untuk berpartisipasi dalam merumuskan dan memutuskan kebijakan-kebijakan publik, khususnya yang berkaitan dengan fungsi pemberian bantuan hukum dalam rangka menegakkan hukum dan keadilan di Indonesia.

c. Bagi Tersangka dan/atau Pencari Keadilan

Hasil penelitian ini diharapkan bermanfaat dalam meningkatkan pemahaman tersangka dan/atau pencari keadilan pada khususnya, dan masyarakat pada umumnya mengenai hak-haknya sebagai tersangka dan/atau pencari keadilan, serta berani memperjuangkan hak-hak tersebut apabila tidak diperolehnya.

E. Kerangka Pemikiran Teoritis

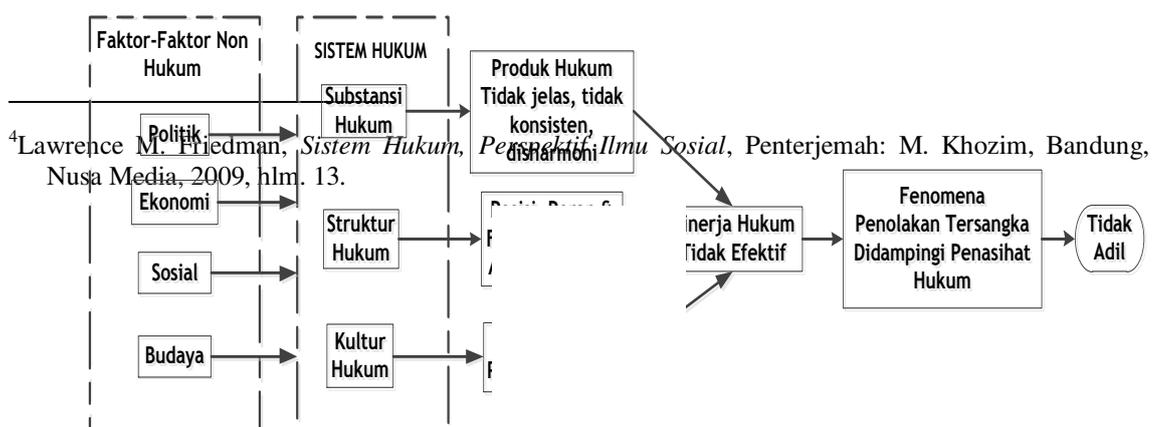
Kerangka pemikiran diartikan sebagai paparan mengenai konsep pemikiran peneliti berdasarkan teori-teori yang relevan dalam rangka memberikan jawaban atas permasalahan penelitian. Pada kerangka pemikiran, digunakan teori-teori yang relevan sebagai alat analisis dalam mengkaji permasalahan yang diteliti, definisi konsep dan definisi operasional yang terkait dengan tema sentral suatu penelitian. Kerangka pemikiran merupakan model konseptual tentang bagaimana teori berhubungan dengan berbagai faktor yang teridentifikasi sebagai masalah aktual penyebab terjadinya fenomena hukum dan fenomena sosial di masyarakat. Kerangka pemikiran dalam penelitian ini terdiri dari 2 sub-bab yaitu: (1) Kerangka konsep; dan (2) kerangka teoretik sebagai berikut:

1. Kerangka Konsep

Kerangka konsep mendeskripsikan alur pikir peneliti dalam mengkaji secara konseptual tentang fenomena hukum dan fenomena sosial “Surat Penolakan Tersangka Didampingi Penasihat Hukum”. Dalam perspektif teori Lawrence M. Friedman⁴ tentang sistem hukum, telaah konseptual mengenai akar permasalahan yang menyebabkan terjadinya fenomena tersebut dapat dikaji melalui tiga domain yang berbeda, yaitu: (i) domain substansi hukum; (ii) domain struktur hukum; dan (iii) domain kultur hukum.

Kerangka konseptual yang menjelaskan hubungan ketiga domain tersebut dapat digambarkan pada Gambar sebagai berikut:

Akar Masalah Fenomena Surat Pernyataan Penolakan Tersangka Didampingi Penasihat Hukum



Keterangan:

Fenomena “Surat Penolakan Tersangka Didampingi Penasihat Hukum” yang melahirkan ketidakadilan baik bagi tersangka dan/atau pencari keadilan maupun bagi advokat, disebabkan oleh kinerja hukum yang tidak efektif. Ketidakefektifan bekerjanya hukum disebabkan oleh kelemahan yang terdapat pada masing-masing domain pembentuk konstruksi sistem hukum.

Pada domain substansi hukum, terdapat kelemahan berupa kualitas peraturan perundang-undangan yang kurang baik (tidak jelas, tidak konsisten dan disharmoni baik secara vertikal dengan UUD NRI 1945, maupun secara horisontal dengan peraturan perundang-undangan yang setara tingkatannya. Hal ini berimplikasi pada ketidakefektifan bekerjanya hukum pada saat diberlakukan dan diterapkan di masyarakat.

Pada domain struktur hukum, terdapat kelemahan lembaga advokat yang tidak memiliki posisi, peran, fungsi, struktur kelembagaan serta dukungan anggaran yang tidak sederajat dengan lembaga-lembaga hukum yang lain seperti lembaga peradilan, lembaga kepolisian dan lembaga kejaksaan, padahal lembaga advokat seharusnya menjadi unsur struktur hukum yang memiliki kedudukan sederajat dengan ketiga lembaga hukum lainnya dalam menunjang bekerjanya hukum di masyarakat agar keadilan substantif yang menjadi tujuan hukum dapat ditegakkan.

Pada domain kultur hukum, terdapat kelemahan kultur hukum masyarakat yang bersikap pasif, dalam arti menerima atau pasrah, serta tidak berani memperjuangkan apa yang menjadi haknya apabila hak tersebut dilanggar, terlebih lagi apabila yang melanggar haknya adalah aparat penegak hukum. Hal ini disebabkan oleh ketidaktahuan atau kesadaran hukum masyarakat yang masih rendah mengenai hukum. Sikap pasif ini, selanjutnya diikuti dengan sikap permisif, dalam arti secara sadar menerima dan membiarkan hak hukumnya dilanggar oleh aparat penegak hukum, sebagian karena ketidaktahuannya dan sebagian lagi karena khawatir atau takut akan memperberat tuntutan atas perkara yang dihadapinya apabila tersangka tidak mengikuti kemauan aparat penegak hukum.

Pembuatan “Surat Penolakan Tersangka Didampingi Penasihat Hukum” di tingkat penyidikan adalah praktik yang tidak ditemukan aturan hukumnya di dalam KUHAP. Pasal 56 ayat (1) dan pasal 114 KUHAP dengan cukup jelas mewajibkan penyidik untuk menghadirkan penasihat hukum bagi tersangka yang diancam pidana 5 tahun atau lebih. Suatu kewajiban yang diperintahkan oleh undang-undang (Pasal 56 KUHAP) adalah bersifat mutlak dan oleh karenanya harus dilaksanakan. Sebagai konsekuensi logisnya, seharusnya ada sanksi bagi penyidik apabila kewajiban itu tidak dilaksanakan. Dengan demikian, kehadiran penasihat hukum untuk mendampingi tersangka, juga bersifat mutlak, sebagai prasyarat atau *conditio sine qua non* agar tuntutan yang didasarkan pada hasil penyidikan tersebut dapat diterima oleh hakim.

Kehadiran penasihat hukum di dalam penyidikan tidak dapat disubstitusikan dengan “Surat Penolakan Tersangka Didampingi Penasihat Hukum”. Dalam praktik, hal inilah yang justru sering dilakukan oleh penyidik. Tindakan hukum penyidik yang tidak melaksanakan ketentuan Pasal 56 ayat (1) KUHAP, dengan alasan ada “Surat Penolakan Tersangka Didampingi Penasihat Hukum”, adalah tidak benar karena tidak ada dasar hukumnya, dan oleh karenanya “Surat Penolakan Tersangka Didampingi Penasihat Hukum” adalah tidak sah serta tidak dapat digunakan di persidangan.

2. Kerangka Teori

Kerangka teori adalah suatu model yang menerangkan bagaimana hubungan suatu teori dengan faktor-faktor penyebab terjadinya suatu fenomena hukum dan fenomena sosial di masyarakat. Teori adalah suatu konstruksi konsep, definisi, dan proposisi yang saling berhubungan, yang menyajikan suatu pandangan sistematis mengenai suatu fenomena dengan mengkhhususkan pada hubungan antar variabel dengan tujuan untuk menjelaskan dan memprediksi fenomena yang diteliti.⁵

Kerangka teori dimaksudkan untuk memberikan gambaran atau batasan-batasan tentang teori-teori yang dipakai sebagai landasan penelitian yang akan dilakukan. Teori-teori yang digunakan sebagai alat analisis dalam penelitian ini antara lain sebagai berikut:

a. Teori Sistem Hukum Lawrence M. Friedman

Teori sistem hukum Lawrence M. Friedman sangat relevan digunakan sebagai alat analisis dalam mengkaji tentang fenomena “Surat Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat Hukum”, karena fenomena tersebut muncul di masyarakat sebagai akibat kelemahan-kelemahan yang terdapat pada masing-masing unsur pembentuk sistem hukum, sebagaimana yang telah dipaparkan pada bagian kerangka konsep mengenai akar masalah yang menyebabkan terjadinya fenomena tersebut.

Menurut Friedman,⁶ sistem hukum terdiri atas tiga unsur yang membentuk satu kesatuan yang bulat dan utuh, serta saling berhubungan membentuk suatu sistem. Ketiga unsur tersebut adalah:

1. Substansi Hukum

Substansi hukum adalah segala sesuatu yang berkaitan dengan norma-norma hukum, kaidah-kaidah dan asas-asas hukum baik yang tidak tertulis maupun yang tertulis. Norma-norma hukum yang dipositifkan secara tertulis mencakup semua peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sedangkan norma-norma hukum yang tidak tertulis terdapat di dalam hukum adat yang juga diakui keberadaan dan keberlakuannya di dalam UUD NRI 1945.

2. Struktur Hukum

⁵Lihat Neumen dalam Sugiyono, *Metode Penelitian Pendidikan, Pendekatan Kuantitatif, Kualitatif dan R & D*, Bandung, CV. Alfa Beta, 2010, hlm. 60

⁶ Lawrence M. Friedman, *Op. Cit.*

Struktur hukum adalah konstruksi atau bangunan hukum yang diperlukan agar hukum dapat dioperasikan di dalam masyarakat suatu negara. Struktur hukum meliputi: (1) Kelembagaan hukum yang meliputi badan peradilan (Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi, Pengadilan Negeri, Pengadilan Agama, Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) dan Pengadilan Militer), Kejaksaan dan Kepolisian; (2) Aparat Penegak Hukum yang meliputi: hakim, jaksa, polisi, pengacara/advokat; (3) sarana dan prasarana; dan (4) masyarakat di mana hukum itu bekerja.

3. Kultur Hukum

Budaya hukum adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum, kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur atau budaya hukum merupakan predisposisi atau kecenderungan subjek hukum untuk berperilaku tertentu, berdasarkan sistem yang dianutnya dalam menghadapi suatu situasi yang berkaitan dengan hukum. Misalnya, kecenderungan bersikap menerima dan/atau patuh terhadap hukum, atau kecenderungan untuk menolak dan/atau tidak patuh terhadap hukum.

Budaya hukum dapat dilihat perwujudannya melalui perilaku aparaturnya penegak hukum dalam menjalankan hukum di masyarakat. Budaya hukum mencerminkan bagaimana sebenarnya sistem hukum akan dioperasionalkan. Dengan demikian, kultur hukum merupakan penggerak bekerjanya sistem peradilan yang berlaku di suatu negara, misalnya bagaimana aparaturnya penegak hukum menjalankan hukum sistem peradilan di setiap tingkatan pemeriksaan sampai dengan selesainya proses peradilan.

Sistem hukum mempunyai peran dan fungsi yang amat penting dalam penerapan dan penegakan hukum, sehingga baik buruknya atau efektif tidaknya penerapan dan penegakan hukum sangat ditentukan oleh baik buruknya sistem hukum yang terdapat di dalam masyarakat suatu negara.

b. Teori Efektifitas Hukum

Hukum sebagai norma merupakan pedoman mengenai sikap tindak atau perilaku tentang apa yang boleh dan apa yang tidak boleh dilakukan. Metode berpikir yang dipergunakan adalah metode deduktif-rasional, sehingga menimbulkan jalan pikiran yang dogmatis. Di lain pihak ada yang memandang hukum sebagai sikap tindak atau perilaku yang teratur (konsisten). Metode berpikir yang digunakan adalah induktif-empiris, sehingga hukum itu dilihat sebagai tindak yang diulang-ulang dalam bentuk yang sama, yang mempunyai tujuan tertentu.

Efektifitas di dalam realita bekerjanya hukum dapat diketahui apabila penerapan suatu norma hukum berhasil atau gagal mencapai tujuan yang dicita-citakan. Efektifitas bekerjanya hukum dapat diukur dengan melihat apakah norma hukum berhasil atau gagal dalam mengatur perilaku manusia dan mengarahkannya pada tujuan yang ingin dicapai melalui penerapan dan penegakan norma hukum. Salah satu upaya yang biasanya dilakukan agar

masyarakat mematuhi norma hukum adalah dengan memberikan sanksi. Pemberian sanksi bertujuan agar manusia melakukan atau tidak melakukan suatu tindakan atau perilaku tertentu, yang apabila dilanggar akan dikenakan sanksi atau hukuman kepada pelakunya.

Diperlukan kondisi-kondisi tertentu yang harus dipenuhi agar hukum mempunyai pengaruh terhadap sikap, tindak atau perilaku manusia. Kondisi-kondisi yang harus ada adalah antara lain bahwa hukum harus dapat dikomunikasikan. Komunikasi hukum lebih banyak tertuju pada sikap, karena sikap merupakan representasi dari kondisi mental dari seorang subjek hukum yang mempunyai kecenderungan untuk patuh atau tidak patuh terhadap norma hukum yang diterapkan.

Apabila norma hukum yang dikomunikasikan tidak bisa menjangkau masalah-masalah yang secara langsung dihadapi oleh masyarakat, maka akan dijumpai kesulitan-kesulitan dalam penerapan dan penegakan norma hukum yang bersangkutan. Hasilnya adalah hukum yang tidak efektif atau bahkan berpengaruh negatif terhadap perilaku masyarakat yang semula hendak diatur dan dikontrol melalui norma hukum. Hukum yang tidak efektif adalah hukum yang tidak dapat memenuhi tiga asas dasar dari hukum, yaitu: (1) Asas Kepastian Hukum; (2) Asas Keadilan; dan (3) Asas Kemanfaatan.⁷

Menurut Soerjono Soekanto,⁸ efektifitas bekerjanya hukum ditentukan oleh 5 (lima) faktor, yaitu: (1) peraturan hukumnya yang tidak baik; (2) aparat penegak hukumnya yang tidak baik; (3) sarana dan prasarana hukumnya yang tidak baik; (4) masyarakat di mana hukum itu bekerja yang tidak baik; dan (5) kultur hukumnya yang tidak baik. Peraturan hukum yang tidak baik berpotensi menimbulkan ketidakadilan, dan pada giliran berikutnya akan menyebabkan ketidakefektifan bekerjanya hukum di dalam masyarakat yang terwujud dalam bentuk ketidakadilan

F. Metode Penelitian

Pada hakikatnya sebuah penelitian adalah pencarian “kebenaran” sebagai jawaban dari pertanyaan atau permasalahan yang ingin diketahui jawabannya oleh peneliti pada saat melakukan pengamatan pra penelitian. Hasil penelitian akan berupa jawaban atas pertanyaan yang diajukan pada saat dimulainya penelitian. Untuk menghasilkan jawaban tersebut dilakukan pengumpulan, pengolahan dan analisis data dengan menggunakan metode tertentu, serta penafsiran.⁹

1. Jenis Penelitian

Studi ini merupakan penelitian kualitatif¹⁰ yang hasilnya disajikan secara deskriptif analitis, yaitu suatu penelitian yang bertujuan mendeskripsikan

⁷Gustav Radburgh, dalam Bernard L. Tanya, *Politik Hukum: Agenda Kepentingan Bersama*, Yogyakarta, Genta Publishing, 2011, hlm. 2.

⁸Soerjono Soekanto, *Op. Cit.*, hlm. 8

⁹Norman K. Denzin, Ivonna S. Lincoln, *Handbook of Qualitatif Research*, Sage Publication Inc., Ltd., California, USA, 2009, hlm. 24.

¹⁰Menurut Strauss dan Corbin (2003) penelitian kualitatif dimaksud sebagai jenis penelitian yang temuannya tidak diperoleh melalui prosedur statistik atau bentuk hitungan lainnya. Selanjutnya, dipilihnya penelitian kualitatif karena kemantapan peneliti berdasarkan pengalaman penelitiannya dan metode kualitatif dapat memberikan rincian yang lebih kompleks tentang fenomena yang sulit

masalah hukum tertentu yang terjadi di masyarakat berdasarkan teori-teori ilmu hukum yang mencakup aspek normatif hukum (peraturan perundang-undangannya), aspek bekerjanya hukum di masyarakat dan aspek interaksi dan respon masyarakat terhadap hukum yang berlaku. Dalam penelitian kualitatif, penarikan kesimpulan dilakukan dengan menggunakan logika deduktif, yaitu dari hal-hal yang bersifat umum menuju ke hal-hal yang bersifat khusus, sehingga hasil temuan penelitian kualitatif tidak dapat digeneralisasikan, tetapi merupakan kesimpulan subyektif yang hanya berlaku untuk suatu kasus tertentu. Pada penelitian kualitatif tidak dikenal istilah populasi karena merupakan suatu studi kasus. Objek yang diteliti berupa fenomena sosial tertentu yang meliputi tempat, waktu, pelaku, dan peristiwa.

2. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian ini bersifat deskriptif, analitis dan preskriptif. Adapun pengertian dari metode penelitian deskriptif adalah penelitian yang dimaksudkan untuk mengumpulkan informasi mengenai status suatu fenomena menurut apa adanya pada saat penelitian dilakukan.¹¹ Tujuan penelitian deskriptif adalah untuk membuat penjelasan secara sistematis, faktual, dan akurat mengenai fakta-fakta dan karakteristik dari fenomena yang diteliti.

Analitis adalah suatu teknik dalam penelitian untuk menghubungkan, mengklasifikasikan dan membandingkan berbagai variabel yang diteliti mengumpulkan data yang diperoleh kemudian dianalisa untuk menggambarkan suatu gejala tertentu atau menjelaskan postulat-postulat yang diteliti secara lengkap sesuai temuan di lapangan untuk memecahkan masalah yang timbul di masyarakat.

Preskriptif adalah teknik analisis penelitian yang digunakan untuk tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum dan norma hukum. Teknik ini diharapkan menghasilkan argumentasi dan konsep sebagai preskripsi yang sudah mengandung nilai dan dapat menjadi salah satu pertimbangan dalam menyelesaikan permasalahan yang berhubungan dengan penelitian ini.

3. Pendekatan Penelitian

Pendekatan masalah yang digunakan peneliti dalam penelitian ini adalah pendekatan sosio legal. Penelitian sosio legal memiliki karakteristik yang dapat diidentifikasi melalui dua hal sebagai berikut: **Pertama**, studi sosio legal melakukan studi tekstual terhadap peraturan perundang-undangan dan kebijakan secara kritis untuk menjelaskan problematika filosofis, sosiologis dan yuridis dari hukum tertulis. Dengan demikian diketahui apa makna dan bagaimana implikasinya terhadap subjek hukum. **Kedua**, studi sosio legal menggunakan berbagai metode “baru” hasil perkawinan antara metode penelitian hukum

diungkapkan oleh metode kuantitatif. Supaya dapat menghasilkan temuan yang benar-benar bermanfaat, maka penelitian kualitatif memerlukan perhatian yang serius terhadap berbagai hal yang dipandang perlu. Dalam memperbincangkan proses penelitian kualitatif paling tidak tiga hal yang perlu diperhatikan, yaitu kedudukan teori, metodologi penelitian dan desain penelitian kualitatif. (Lihat Lexy J. Moleong. 1989. Metodologi Penelitian Kualitatif. Bandung: Remadja Karya).

¹¹ Suharsimi Arikunto, *Manajemen Penelitian*, Jakarta: Rineka Cipta: 2005, hlm. 48.

dengan ilmu sosial, seperti penelitian kualitatif sosio legal dan etnografi sosio legal. Metode yang dikembangkan secara interdisipliner tersebut dapat menjelaskan fenomena hukum yang sangat luas seperti relasi kekuasaan dalam konteks sosial, budaya dan ekonomi di mana hukum berada.¹²

Melalui dua metode tersebut, studi sosio legal dapat dilakukan dengan menggunakan pendekatan normatif kritikal dan empirisme kualitatif di dalam satu penelitian. Dengan demikian penelitian hukum tidak terkungkung menjadi penelitian dogmatis sekaligus juga tidak liar menjadi penelitian non-hukum. Penggunaan sekaligus dua pendekatan tersebut ditujukan untuk menjawab persoalan-persoalan hukum supaya hukum benar-benar hadir untuk mendatangkan keadilan bagi semua kalangan, terutama bagi kalangan marjinal yang realitasnya sering diabaikan dalam studi hukum normatif.

Pendekatan sosio legal menjadi kebutuhan bagi penelitian hukum saat ini, karena hukum adalah gejala sosial yang terletak di ruang sosial, sehingga tidak bisa dilepaskan dari konteks sosial masyarakatnya. Menurut Paul Scholten,¹³ ilmu hukum mencari pengertian tentang hal yang ada (*het bestaande*). Namun pengertian itu tidak mungkin dicapai tanpa menghubungkan hukum dengan bahan-bahan historikal maupun kemasyarakatan. Kemurnian hukum yang dipertahankan berdasarkan teori kemurnian hukum (*The Pure Theory of Law*) Hans Kelsen adalah tidak realistis, karena hukum diperlakukan sebagai benda steril yang bebas dari pengaruh nilai-nilai di luar hukum. Padahal, di dalam ruang sosial selalu terdapat nilai-nilai historis dan nilai-nilai non hukum (politik, ekonomi, sosial dan budaya) yang berada bersama-sama dengan nilai-nilai hukum. Bahkan seringkali nilai-nilai hukum tertinggal dari perkembangan nilai-nilai non hukum.

Kajian sosio legal dalam penelitian ini mencakup penelitian tentang aspek normatif dari peraturan perundang-undangan (*law in abstracto* atau *law in books*), aspek empiris bekerjanya hukum di masyarakat melalui penerapan (*law enactment*) dan penegakan (*law enforcement*), yang disebut sebagai penelitian bekerjanya hukum (*law in action*). Dalam penelitian ini, peneliti juga mengkaji tentang bagaimana hukum dapat berinteraksi dan mempengaruhi perilaku masyarakat, serta bagaimana respon masyarakat terhadap pemberlakuan hukum ditinjau dari aspek filosofis, aspek normatif dan aspek sosiologis..

Penelitian Sosio legal mempertanyakan tafsir monolitik dari pengambil kebijakan, universalitas dari pemberlakuan undang-undang dan kebenaran dari doktrin-doktrin (metanarasi) klasik seperti *rule of law* dan *equality before the law*.¹⁴ Dengan menggunakan pendekatan sosio legal ini, maka peneliti berupaya melakukan beberapa hal antara lain: (1) Mengetahui dan memahami

¹² Adriaan W. Bedner, Sulistyowati Irianto, Jan Michiel Otto dan Theresia Dyah Wirastri, *Kajian Sosio Legal: Kerjasama Universitas Indonesia – Universitas Leiden – Universitas Groningen*, Denpasar, Pustaka Larasan, 2012, hlm. 5.

¹³ Paul Scholten (2005: 13) dalam Adrian W. Bedner & Sulistyowati Irianto, dkk., *Ibid*.

¹⁴ Sidharta, "Posmodernisme dalam Ilmu Hukum", paper disampaikan pada seminar tentang "Posmodernisme dan Dampaknya Terhadap Ilmu Pengetahuan", dan peluncuran buku memperingati 70 Tahun Prof.Dr.Ir. Dali Santun Naga, MMSI di Kampus Universitas Tarumanegara, 17 Februari 2005.

perkembangan hukum positif (tertulis/tdk tertulis) di dalam masyarakat; (2) Mengetahui efektifitas berlakunya hukum positif di dalam masyarakat; (3) Mampu menganalisis penerapan hukum di dalam masyarakat; (4) Mampu mengkonstruksikan fenomena hukum yang terjadi di masyarakat; dan (5) Mampu memetakan masalah masalah sosial terkait dengan penerapan dan keberlakuan hukum di masyarakat dari perspektif filosofis, normatif dan sosiologis, guna menemukan solusi yang dapat menjawab permasalahan yang sedang diteliti.

4. Lokasi Penelitian

Penelitian ini dilaksanakan di kota Pontianak yang merupakan ibu kota Propinsi Kalimantan Barat. Kota Pontianak dipilih sebagai lokasi penelitian dengan alasan sebagai berikut: (i) Penduduk kota Pontianak memiliki komposisi campuran etnis heterogen yang meliputi, etnis Melayu, Dayak Tionghoa, Jawa dan lain-lain yang tidak dijumpai di kota-kota lain di Indonesia, khususnya etnis Dayak yang masih kuat menganut filosofi, sistem nilai, kultur dan memiliki norma hukum sendiri yang disebut sebagai “hukum kebiasaan” atau “hukum rakyat (*volkgeist*)” ; (ii) Terdapat indikasi bahwa pada tingkat tertentu, penerapan hukum negara/hukum modern pada masyarakat Dayak tidak dapat dijalankan karena disubstitusi dengan hukum adat. Hal itu mengindikasikan bahwa dalam struktur sosial masyarakat di kota Pontianak dan sekitarnya, terdapat faktor-faktor non hukum seperti nilai nilai kearifan lokal, adat istiadat dan bahkan hukum adat yang berinteraksi dengan norma norma hukum negara. Terdapat sejumlah bukti yang menunjukkan bahwa penegakan hukum pidana terhadap tindak pelecehan seksual (*sexual harassment*) dan/atau kekerasan seksual (*sexual violation*), secara sadar dinegonasikan oleh masyarakat karena disubstitusi oleh hukum adat.

5. Sumber dan Jenis data

Data penelitian ini diperoleh dari berbagai sumber antara lain: Polresta Pontianak, Pos Bantuan Hukum Pengadilan Negeri Pontianak, Lembaga Pemasyarakatan Kelas IA Pontianak, Kantor Advokat di Pontianak, Kantor Wilayah Kementerian Hukum dan HAM Pontianak, narasumber, perpustakaan, dan internet.

Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini meliputi :

- a. Data Primer,¹⁵ yaitu data yang diperoleh peneliti langsung dari sumbernya dan/atau narasumber berupa hasil wawancara (*in depth interview*) dan/atau angket yang disebarkan kepada responden.
- b. Data Sekunder, yaitu data yang diperoleh peneliti tidak secara langsung dari sumbernya yang meliputi:
 - 1) Bahan Hukum Primer
 - a) Undang-Undang Dasar NRI 1945
 - b) Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP)
 - c) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 Tentang Advokat

¹⁵Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remadja Rosda Karya, Bandung: 2009, hlm. 42.

- d) Undang-Undang Nomor 2 tahun 2002 Tentang Kepolisian negara Republik Indonesia
 - e) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman
 - f) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan
 - g) Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum
 - h) Undang undang nomor 5 tahun 1997 tentang psikotropika
 - i) Undang undang nomor 35 tahun 2009 tentang narkotika
 - j) Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2013 tentang Tata Cara Pemberian Bantuan Hukum
- 2) Bahan Hukum Sekunder
- Bahan hukum sekunder adalah bahan-bahan yang dapat menjelaskan tentang substansi dan makna dari bahan hukum primer yang meliputi:
- a) Buku-buku hukum
 - b) Jurnal hukum
 - c) Makalah, artikel dan majalah hukum
 - d) Bahan-bahan dari internet
 - e) Pendapat para pakar.
- 3) Bahan hukum tersier
- a) Kamus hukum
 - b) Ensiklopedia hukum

6. Teknik Pengumpulan Data

Proses pengumpulan data dimulai dengan mengumpulkan bahan-bahan yang memuat tentang masalah aktual yang akan diteliti, yaitu keabsahan “Surat Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat hukum” dari berbagai sumber antara lain artikel, makalah, jurnal hukum serta bahan dari internet. Selanjutnya, peneliti mengumpulkan buku-buku dan dokumen hukum yang relevan dengan objek penelitian.

Terdapat tiga metode pengumpulan data untuk penelitian ilmu hukum, yaitu:

1. Studi pustaka (*bibliography study*);
2. Studi dokumen (*document study*); dan
3. Studi arsip (*file or record study*).

Studi pustaka adalah pengkajian informasi tertulis mengenai hukum yang berasal dari berbagai sumber dan dipublikasikan secara luas serta dibutuhkan dalam penelitian hukum normatif. sumber tersebut diantaranya undang-undang, yurisprudensi, buku ilmu hukum, laporan penelitian hukum dalam suatu jurnal, tinjauan pengamatan hukum dalam media cetak. Informasi tertulis disebut juga bahan hukum (*law material*). Bila diklasifikasikan menjadi 3 (tiga) golongan yaitu:

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat secara umum (perundang-undangan) atau mempunyai kekuatan

- mengikat bagi pihak-pihak berkepentingan (kontrak, konvensi, dokumen hukum, dan putusan hakim).
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang memberi penjelasan terhadap bahan hukum primer (buku ilmu hukum, jurnal, laporan hukum, dan media cetak atau elektronik).
 - c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang memberi penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, misalnya rancangan undang-undang, kamus hukum, dan ensiklopedia.

Studi Dokumen, yaitu pengkajian informasi tertulis mengenai hukum yang tidak dipublikasikan secara umum, tetapi boleh diketahui oleh pihak tertentu, seperti pengajar hukum, peneliti hukum, praktisi hukum dalam rangka kajian hukum, pengembangan hukum, serta praktik hukum¹⁶.

Studi arsip, yaitu pengkajian informasi tertulis mengenai peristiwa yang terjadi pada masa lampau (termasuk peristiwa hukum) yang mempunyai nilai historis, disimpan dan dipelihara, di tempat khusus untuk referensi.

Data sekunder yang terkumpul tersebut kemudian dipelajari dan dianalisis guna memperoleh pemahaman mengenai hubungan di antara faktor faktor yang menyebabkan terjadinya fenomena dan fakta hukum di masyarakat. Interpretasi atas hubungan hubungan tersebut akan digunakan untuk merumuskan konsep pemikiran yang dapat menjawab pertanyaan penelitian. Sedangkan data primer adalah data yang langsung diperoleh dari sumbernya dilakukan dengan wawancara bebas terpimpin (melalui pedoman wawancara)

Pada penelitian kualitatif, kualitas riset sangat tergantung pada kualitas dan kelengkapan data yang dihasilkan. Pertanyaan yang selalu diperhatikan adalah : apa, siapa, dimana, kapan, dan bagaimana. Penelitian kualitatif bertumpu pada triangulasi data yang dihasilkan melalui wawancara secara mendalam (*in depth interview*) dengan narasumber terpilih.

Narasumber atau informan yang diwawancarai antara lain :

- a. Kasat reskrim dan/atau penyidik di Polresta Pontianak
- b. Penasihat hukum di Pos bantuan Hukum Pengadilan Negeri Pontianak
- c. Kasi Bantuan Hukum di Kantor Wilayah Kementerian Hukum dan HAM Kalimantan Barat di Pontianak
- d. Advokat di Kantor Advokat di Pontianak
- e. Lembaga Bantuan Hukum di Pontianak.
- f. Narapidana dengan hukuman di atas 5 tahun di Lembaga Pemasyarakatan Pontianak.

7. Teknik Analisis Data

Menurut Patton,¹⁷ analisis data adalah “proses mengatur urutan data, mengorganisasikannya ke dalam suatu pola, kategori dan uraian dasar”. Definisi tersebut memberikan gambaran tentang betapa pentingnya kedudukan analisis

¹⁶Bambang Waluyo, 1991, *Penelitian Hukum dalam Praktek*, Jakarta, Sinar Grafika, Hlm.47.
¹⁷ Lexy, J. Moleong, *Op.Cit.*, hlm. 103.

data dilihat dari segi tujuan penelitian. Prinsip pokok penelitian kualitatif adalah menemukan teori dari data.

Penelitian kualitatif tidak ada pendekatan tunggal dalam analisis data. Pemilihan metode sangat tergantung pada pertanyaan riset, strategi riset, dan kerangka kerja riset. Untuk melakukan analisis, peneliti perlu menangkap, mencatat, menginterpretasikan dan menyajikan informasi.

Langkah langkah analisis yang dapat dilakukan adalah sebagai berikut :

a. Reduksi data

Reduksi data, diartikan sebagai proses pemilihan, pemusatan perhatian pada penyederhanaan dan transformasi data kasar yang muncul dari catatan-catatan tertulis di lapangan. Reduksi dilakukan sejak pengumpulan data dimulai dengan membuat ringkasan, mengkode, menelusur tema, membuat gugus-gugus, menulis memo dan sebagainya dengan maksud menyisihkan data/informasi yang tidak relevan. Informasi dari lapangan sebagai bahan mentah diringkas, disusun lebih sistematis, serta ditonjolkan pokok-pokok yang penting sehingga lebih mudah diorganisir dan diklasifikasikan.

b. Penyajian Data (Display Data)

Display data adalah pendeskripsian sekumpulan informasi tersusun yang memberikan kemungkinan adanya penarikan kesimpulan dan pengambilan tindakan. Penyajian data kualitatif disajikan dalam bentuk teks naratif. Penyajiannya juga dapat berbentuk matrik, diagram, tabel dan bagan. Pada tahap ini peneliti berupaya mengklasifikasikan dan menyajikan data sesuai dengan pokok permasalahan yang diawali dengan pengkodean pada setiap subpokok permasalahan

c. Verifikasi dan Penarikan Kesimpulan

Verifikasi adalah penilaian tentang kesesuaian data dengan maksud yang terkandung dalam konsep-konsep dasar dalam penelitian tersebut lebih tepat dan objektif. Data dari hasil interview ditulis lengkap dan dikelompokkan menurut format tertentu untuk menentukan kategori, konsep, tema dan pola dari data tersebut.

Data yang telah diorganisir dapat dikelompokkan ke dalam tema tertentu. Pengelompokan tema tersebut harus koheren dengan tujuan penelitian dan keyakinan yang dibuat oleh peneliti sesuai dengan fenomena penelitian. Tahap ini merupakan kegiatan akhir dari analisis data.

Penarikan kesimpulan dilakukan setelah peneliti melakukan interpretasi terhadap hasil analisis mengenai fakta-fakta yang terungkap, hubungan atau interaksi berbagai faktor yang terkait serta respon dan perubahan perilaku subjek terhadap realitas yang terjadi. Peneliti menggunakan interpretasi historis untuk menyoroti KUHAP dalam perspektif kesejarahan dan keterkaitannya dengan realitas sosial pada saat ini. Hasil interpretasi akan menghasilkan realitas subjektif mengenai permasalahan yang diteliti, yang kemudian dapat digunakan sebagai dasar untuk menarik kesimpulan dan membuat rekomendasi.

G. Sistematika Penulisan Tesis

Bab I : Pendahuluan

Merupakan bab pendahuluan yang terbagi menjadi beberapa sub bab dan menguraikan mengenai mengapa penulis memilih judul tersebut untuk penulisan tesis ini. Selain menguraikan mengenai Latar Belakang, bab ini juga akan memaparkan pula Perumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian dan Kerangka Pemikiran serta Metode Penelitian yang meliputi Pendekatan Penelitian, Spesifikasi Penelitian, Lokasi Penelitian, Sumber dan Jenis Data, Teknik Pengumpulan Data dan Teknik Analisis Data

Bab II : Tinjauan Pustaka

Bab ini menyajikan tentang Tinjauan Umum Narkoba, Narkotika, Psikotropika Tinjauan Hukum Pidana, Tinjauan Umum KUHAP, Teori-teori pendukung yang meliputi: teori Sistem hukum, teori efektifitas hukum, teori bekerjanya hukum

Bab III : Hasil Penelitian dan Pembahasan

Pada bab ini akan dipaparkan analisis dan hasil penelitian yang diperoleh penulis. Dengan mengacu pada fakta yang dihubungkan dengan data dan hasil penelitian yang kemudian akan dianalisis sehingga dapat merupakan landasan untuk menjawab setiap pokok permasalahan yang telah dikemukakan pada bab sebelumnya. Bab ini dibagi dalam beberapa sub bab sesuai dengan rumusan pertanyaan penelitian.

Bab IV : Penutup

Bab terakhir tulisan ini akan diakhiri dengan Simpulan dan Saran yang akan menjawab setiap pokok permasalahan yang telah dikemukakan pada bagian rumusan masalah, sehingga dapat diambil manfaatnya sebagai suatu pemikiran dalam kerangka pembaharuan hukum yang berkenaan dengan fokus studi dalam penelitian ini.

H. Jadwal Penelitian

Penelitian dilaksanakan memakan waktu kurang lebih 2(dua) tahun 5 (lima) bulan dengan alokasi waktu sebagai berikut dibawah ini:

1. Penyusunan Proposal tesis 07 mei- 23 mei 2014
2. Pelaksanaan seminar proposal tesis 09 juni 2014
3. Penelitian tesis 15 juni – Agustus 2014
4. Penulisan naskah tesis Agustus – November 2016
5. Ujian tesis 22 Desember 2016

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Narkoba, Narkotika, Psikotropika dan zat aditif lainnya

1. Narkoba

Narkoba merupakan (singkatan dari narkotika, psikotropika, dan bahan adiktif lainnya) adalah merupakan bahan / zat yang jika dimasukkan dalam tubuh manusia baik secara oral / diminum, dihirup, maupun disuntikan, dapat mengubah pikiran, suasana hati atau perasaan, dan perilaku seseorang. Narkoba dapat menimbulkan ketergantungan (adiksi) fisik dan psikologis. Sedangkan pengertian narkoba menurut pakar kesehatan adalah psikotropika yang biasa dipakai untuk membius pasien yang hendak akan dioperasi atau obat-obatan untuk penyakit tertentu. Namun psikotropika tersebut disalahgunakan akibat pemakaian yang diluar batas ambang dosis.

Narkoba dibagi tiga jenis yaitu¹⁸

a. Narkotika

Menurut Sudjono Dirjosisworo mengatakan bahwa narkoba adalah zat yang bisa menimbulkan pengaruh tertentu bagi yang menggunakan dengan memasukkan kedalam tubuh. Pengaruh tersebut dapat berupa pembiusan, hilangnya rasa sakit, rangsangan semangat dan halusinasi atau timbulnya khayalan. Sifat-sifat tersebut yang diketahui dan ditemukan dalam dunia medis bertujuan dimanfaatkan bagi pengobatan dan kepentingan manusia dibidang pembedahan, menghilangkan rasa sakit dan lain-lain. Narkoba jenis narkotika diatur dalam undang-undang nomor 35 tahun 2009 tentang narkotika

Narkotika digolongkan menjadi 3 (tiga) kelompok yaitu:

Narkotika golongan I adalah narkotika yang paling berbahaya, daya adiktifnya sangat tinggi, golongan ini digunakan untuk penelitian dan ilmu pengetahuan. Contoh: ganja, heroin, morfin dan opium.

Narkotika golongan II adalah narkotika yang memiliki adiktif kuat, tetapi bermanfaat untuk pengobatan dan penelitian. Contoh: petidin, benzetidin, dan betametadol.

Narkotika golongan III adalah narkotika yang memiliki daya adiktif ringan, tetapi bermanfaat untuk pengobatan dan penelitian. Contoh: kodein dan turunannya.

b. Psikotropika

Psikotropika adalah zat atau obat bukan narkotika, baik alamiah maupun sintetis yang memiliki khasiat psikoaktif melalui pengaruh selektif pada susunan syaraf pusat yang menyebabkan perubahan khas pada aktivitas normal dan perilaku. Psikotropika diatur dalam undang-undang nomor 5 tahun 1997 tentang psikotropika.

Psikotropika digolongkan menjadi 4 (empat) kelompok yaitu:

Psikotropika golongan I adalah psikotropika dengan daya adiktif yang sangat kuat, belum diketahui manfaatnya untuk pengobatan dan sedang diteliti khasiatnya. Contoh: MDMA, LSD, STP, dan EKSTASI

Psikotropika golongan II adalah psikotropika dengan daya adiktif kuat serta berguna untuk pengobatan dan penelitian contoh: amfetamin, metamfetamin dan metakualon.

¹⁸ <https://id.m.wikipedia.org/wiki/narkoba>. diakses 13 november 2016 jam 20.15

Psikotropika golongan III adalah psikotropika dengan daya adiksi sedang serta berguna untuk pengobatan dan penelitian. Contoh: lumibal, burprenorsina, dan fleenitrazepam.

Psikotropika golongan IV adalah psikotropika dengan daya adiktif ringan serta berguna untuk kepentingan pengobatan dan penelitian. Contoh : nitrazepam (BK, mogadon, dumolid) dan diazepam.

c. Zat adiktif lainnya

Zat adiktif lainnya adalah zat selain narkotika dan psikotropika yang dapat menimbulkan ketergantungan pada pemakainnya, diantaranya adalah rokok, kelompok alkohol dan minuman lain yang memabukkan dan menimbulkan ketagihan, thinner dan zat lainnya seperti lem kayu, penghapus cair dan aseton, cat, bensin yang bila dihirup akan dapat memabukkan.

Faktor faktor penyebab penyalahgunaan narkoba:

- a. Faktor internal yaitu faktor yang berasal dari dalam diri individu seperti kepribadian, kecemasan dan depresi serta kurangnya religiusitas. Kebanyakan penyalahgunaan narkoba dimulai atau terdapat pada masa remaja sebab remaja sedang mengalami perubahan biologis, psikologis maupun sosial yang pesat merupakan individu yang rentan untuk penyalahgunaan obat terlarang ini, anak-anak remaja yang mempunyai ciri-ciri dan sifat tertentu mempunyai resiko lebih besar untuk penyalahgunaan narkoba.
- b. Faktor eksternal yaitu faktor yang berasal dari luar individu atau lingkungan, seperti keberadaan zat, kondisi keluarga, lemahnya hukum serta pengaruh lingkungan. Faktor ekonomis juga memberi kontribusi yang tinggi karena narkoba punya nilai ekonomis yang tinggi barangnya kecil mudah dibawa hal tersebut mendorong para pelaku untuk membawa atau menjual dengan harga yang lebih tinggi lagi. Faktor-faktor tersebut tidak selalu membuat seseorang menjadi penyalahgunaan narkoba, akan tetapi mungkin banyak faktor-faktor di atas semakin besar kemungkinannya seseorang menjadi penyalahgunaan narkoba (hal ini harus dipelajari kasus demi kasus)

Faktor individu, faktor lingkungan keluarga dan teman/ pergaulan tidak selalu sama besar perannya dalam menyebabkan seseorang menyalahgunakan narkoba karena faktor pergaulan bisa saja seseorang yang berasal dari keluarga yang harmonis dan cukup komunikatif menjadi penyalahgunaan narkoba.

B. Tinjauan Umum Hukum Pidana

1. Pengertian Hukum Pidana

Istilah hukum pidana merupakan terjemahan dari istilah bahasa Belanda *strafrecht*. *Straf* berarti pidana, dan *recht* berarti hukum. Istilah hukum pidana digunakan sejak jaman pendudukan Jepang untuk menggantikan istilah *strafrecht* dalam bahasa Belanda,¹⁹ dengan maksud untuk membedakan dengan istilah hukum perdata yang dalam bahasa Belanda diartikan sebagai *burgerlijkrecht* atau *privaatrecht*.²⁰

Hukum pidana didefinisikan sebagai:²¹

¹⁹ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia*, Bandung, PT. Eresco, 1989, hlm. 1.

²⁰ Sofjan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana 1*, Bandung, CV. Armico, 1990, hlm. 9.

²¹ Gerald N. Hill and Kathleen T. Hill, *Criminal Law*, <http://legal-dictionary.freeditonary.com/Criminal+Law>

“Kumpulan peraturan hukum atau peraturan perundang-undangan yang memuat definisi tentang perilaku atau perbuatan yang dilarang oleh pemerintah, karena perbuatan itu mengancam dan mencederai keselamatan dan/atau ketertiban umum. Peraturan hukum tersebut juga memuat ketentuan tentang sanksi hukuman yang dapat dikenakan kepada pelaku perbuatan pidana”.

Hukum pidana juga diartikan sebagai bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang memuat dasar-dasar dari aturan hukum untuk:²²

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

Hukum pidana juga dapat dibedakan menjadi hukum pidana objektif (*strafrecht objective zin*) dan hukum pidana subjektif (*strafrecht subjective zin*). Hukum pidana dalam arti objektif adalah hukum pidana yang berlaku, atau yang juga disebut sebagai hukum positif atau *ius poenale*. Sedangkan hukum pidana subjektif atau *ius puniendi* memiliki pengertian sebagai berikut:

“Keseluruhan dari larangan-larangan dan keharusan-keharusan, yang atas pelanggaran-pelanggarannya oleh Negara atau oleh suatu masyarakat hukum umum lainnya telah dikaitkan dengan suatu penderitaan yang bersifat khusus berupa suatu hukuman, dan keseluruhan dari peraturan-peraturan di mana syarat-syarat mengenai akibat hukum itu telah diatur serta keseluruhan dari peraturan-peraturan yang mengatur masalah penjatuhan dan pelaksanaan dari hukumannya itu sendiri”.²³

2. Karakteristik Hukum Pidana

Hukum pidana adalah hukum publik yang mengatur hubungan antara individu dengan suatu masyarakat hukum umum, yakni negara atau daerah-daerah di dalam negara. Hukum pidana mempunyai dua unsur pokok yang berupa norma dan sanksi yang berfungsi sebagai ketentuan yang harus ditaati oleh setiap orang di dalam pergaulan hidup bermasyarakat. Norma dan sanksi itu diperlukan untuk menjamin ketertiban hukum sehingga maka hubungan hukum yang ada di masyarakat dititikberatkan kepada kepentingan umum.

Pompe²⁴ menyatakan bahwa yang dititikberatkan oleh hukum pidana adalah kepentingan umum atau kepentingan masyarakat. Hubungan hukum yang ditimbulkan oleh suatu perbuatan atau tindak pidana yang dilakukan oleh

²²Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Bandung, Rineka Cipta, 2002, hlm. 1.

²³Simons dalam P.A.F.lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1997,, hlm. 4.

²⁴Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985, hlm. 37.

seseorang, bukan hubungan kausal antara pelaku dengan korban tindak pidana, melainkan hubungan subordinasi antara pelaku dengan negara yang bertanggungjawab melindungi kepentingan masyarakat.

Karakteristik hukum pidana sebagai hukum publik ditunjukkan oleh ciri ciri sebagai berikut:

- a. Hukum pidana berisi ketentuan ketentuan yang pada intinya adalah memerintahkan untuk melakukan sesuatu perbuatan atau melarang orang untuk tidak melakukan sesuatu perbuatan tertentu yang disebutkan di dalam undang undang.
- b. Sifat pidana dari suatu tindak pidana masih tetap ada dan pelakunya tetap dapat dihukum, meskipun pelaku telah mencapai perdamaian dengan korban; dan
- c. Penuntutan terhadap pelaku tindak pidana tidak didasarkan pada keinginan korban, melainkan karena ada undang-undang negara (KUHP) yang telah dilanggar.

3. Tujuan Hukum Pidana

Pada dasarnya hukum adalah suatu pranata sosial yang mengatur hubungan hubungan di antara anggota masyarakat melalui norma norma hukum yang dipositifkan dalam bentuk undang undang. Esmi Warasih,²⁵ menyatakan bahwa:

“Hukum merupakan sistem penormaan tingkah laku yang menentukan dan mengatur bagaimana hubungan hubungan di antara anggota masyarakat harus dijalankan. Akibat hukum apa yang berkaitan dengan hubungan itu. Hukum memberikan pedoman perilaku, baik perilaku yang dilarang maupun perilaku yang dibutuhkan dan/atau diijinkan. Penormaan perilaku ini dilakukan dengan membuat kerangka umum, dan kemudian dipositifkan dalam berbagai peraturan perundang-undangan”.

Hukum adalah alat untuk mencapai tujuan. Tujuan dari hukum adalah untuk memperoleh keadilan bagi semua orang. Dalam perpektif sistem hukum pidana dan/atau sistem peradilan pidana, tujuan hukum antara lain adalah sebagai berikut:²⁶

- a. Mencegah dan mengurangi kejahatan, terutama kejahatan dengan kekerasan dan membantu korban kejahatan;
- b. Memidanakan tersangka dan/atau terdakwa yang terbukti bersalah dan membebaskannya apabila terbukti tidak bersalah;
- c. Menghukum terdakwa yang terbukti bersalah dengan hukuman yang setimpal, dan sekaligus membuat jera pelaku agar tidak mengulangi perbuatannya;

²⁵Esmi Warasih P., *Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologis*. Cetakan Pertama, Semarang, Suryandaru, 2005, hlm. 26.

²⁶Kathleen Daly, *Crime and Justice; A Guide to Criminology*, Chapter 17th, Sidney, Law Book Co., 201, hlm. 4.

- d. Memastikan bahwa tersangka pelaku tindak pidana diperiksa, dituntut, didakwa dan diadili secara adil, wajar dengan menghormati segala hak yang patut diperolehnya sebagaimana yang diaturoleh undang undang

Pada prinsipnya, sistem hukum pidana dan/atau sistem peradilan pidana bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum kepada:

a. Masyarakat

Masyarakat perlu dilindungi dari ancaman tindak pidana atau kejahatan melalui undang-undang (KUHP) yang berisi ketentuan atau norma norma hukum mengenai jenis perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai tindak pidana, beserta ancaman hukumannya apabila ketentuan itu dilanggar;

b. Korban

Korban tindak pidana atau kejahatan perlu dilindungi oleh undang dengan cara memberikan keadilan kepada korban dalam bentuk pemberian hukuman yang setimpal kepada pelaku tindak pidana,sesuai dengan tingkat kesalahan dan berat ringannya penderitaan yang dialami korban sebagai akibat dari perbuatan itu.

c. Pelaku tindak pidana

Pelaku tindak pidana/tersangka/tedakwa perlu dilindungi di semua tingkatan pemeriksaan dari perlakuan aparat penegak hukum yang sewenang wenang dan menindas misalnya: (i) mengancam dan/atau menganiaya tersangka untuk memperoleh pengakuan dan alat bukti materil; dan (ii) mengabaikan hak tersangka untuk memperoleh peradilan yang jujur, wajar dan adil. Perlindungan hukum terhadap pelaku tindak pidana diberikan oleh negara melalui undang undang (KUHAP) yang mengatur tentang prosedur menjalankan sistem peradilan pidana yang wajar, adil dan menghormati asas praduga tak bersalah serta hak asasi manusia.

4. Klasifikasi Hukum Pidana

a. Hukum Pidana Objektif dan Hukum Pidana Subjektif.

Menurut Simons,²⁷ hukum pidana itu dapat dibagi menjadi hukum pidana dalam arti objektif atau *strafrecht in objectieve zin* dan hukum pidana dalam arti subjektif atau *strafrecht in subjectieve zin*.

1) Hukum Pidana Objektif

Hukum pidana dalam arti objektif adalah hukum pidana yang berlaku atau yang juga disebut sebagai hukum positif atau *ius poenale*. Hukum pidana objektif ialah keseluruhan peraturan perundang undangan yang mengandung kewajiban/keharusan atau larangan larangan,terhadap pelanggaran mana diancam dengan hukuman yang bersifat paksaan.

Simons merumuskan hukum pidana objektif sebagai berikut:

²⁷ Simons dalam P.A.F. Lamintang, *Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung: Sinar Baru, 1984, hlm. 3.

- a) Keseluruhan larangan dan perintah yang oleh negara diancam dengan nestapa yaitu suatu pidana apabila tidak ditaati;
- b) Keseluruhan peraturan yang menetapkan syarat syarat untuk penjatuhan pidana, dan;
- c) Keseluruhan ketentuan yang memberikan dasar untuk penjatuhan dan penerapan pidana.²⁸

2) Hukum Pidana Subjektif

Hukum pidana dalam arti subjektif atau *ius puniendi* bisa diartikan secara luas dan sempit, yaitu sebagai berikut:²⁹

a) Hukum Pidana Subjektif Dalam Arti Luas

Hak dari negara atau alat alat perlengkapan negara untuk mengenakan atau mengancam pidana terhadap perbuatan tertentu;

b) Hukum Pidana Subjektif Dalam Arti Sempit

Hak untuk menuntut perkara pidana, menjatuhkan dan melaksanakan pidana terhadap orang yang melakukan perbuatan yang dilarang. Hak ini dilakukan oleh badan badan peradilan. *Ius puniendi* adalah hak mengenakan pidana. Hukum pidana dalam arti subjektif (*ius puniendi*) yang merupakan peraturan yang mengatur hak negara dan alat perlengkapan negara untuk mengancam, menjatuhkan dan melaksanakan hukuman terhadap seseorang yang melanggar larangan dan perintah yang telah diatur di dalam hukum pidana itu diperoleh negara dari peraturan peraturan yang telah ditentukan oleh hukum pidana dalam arti objektif (*ius poenale*). *Ius puniendi* harus berdasarkan kepada *ius poenale*.

b. Hukum Pidana Materiil dan Hukum Pidana Formil

Hukum pidana objektif dibagi menjadi dua yaitu Hukum Pidana Materiil dan Hukum Pidana Formil.³⁰

1) Hukum Pidana Materiil

Hukum pidana materiil adalah kumpulan aturan hukum yang menentukan pelanggaran pidana, menetapkan syarat syarat bagi pelanggaran pidana untuk dapat dihukum, menunjukkan orang dapat dihukum dan dapat menetapkan hukuman atas pelanggaran pidana. Hukum pidana materiil menentukan tentang : (i) perbuatan apa yang dipidana; (ii) Siapa yang dipidana; dan (iii) hukum apa yang dipakai untuk memidana.

2) Hukum Pidana Formil

Hukum pidana formil adalah kumpulan aturan hukum yang mengatur cara mempertahankan hukum pidana materiil terhadap pelanggaran yang dilakukan orang-orang tertentu, atau mengatur cara bagaimana hukum pidana materiil diwujudkan sehingga memperoleh

²⁸ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Semarang, Yayasan Sudarto, hlm. 9.

²⁹ *Ibid.*, hlm. 10.

³⁰ Laden Marpaung, *Asas-asas, Teori, Praktik Hukum Pidana.*, Jakarta, Sinar Grafika, 2005, hlm. 2.

keputusan hakim serta mengatur cara melaksanakan putusan hakim. Hukum pidana formil memuat peraturan-peraturan yang mengatur tentang bagaimana caranya hukum pidana yang bersifat abstrak itu harus diberlakukan secara konkrit. Hukum pidana formil juga disebut sebagai hukum acara pidana.

C. Tinjauan Umum Hukum Acara Pidana

Hukum acara pidana di Belanda dikenal dengan istilah *strafvordering*, di Inggris disebut *criminal procedure law*, sedang di Amerika Serikat memakai istilah *criminal procedure rules* dipakai istilah *rules* karena di Amerika Serikat bukan saja Undang-Undang yang menjadi sumber formal hukum acara pidana tetapi juga putusan hakim yang dikodifikasi sebagai sebuah himpunan peraturan, sedangkan di Perancis disebut *code d'instruction criminelle*.

Istilah lain hukum acara pidana dapat disebut juga sebagai “hukum pidana formal”, maksudnya untuk membedakan dengan “hukum pidana materiel”. Adapun yang dimaksud dengan “hukum pidana materiel” atau aturan-aturan hukum pidana sebagaimana yang terdapat di dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana (disingkat KUHPidana) adalah berisi petunjuk dan uraian tentang delik/tindak pidana/perbuatan pidana/peristiwa pidana, yaitu peraturan tentang syarat-syarat atau unsur-unsur dapat tidaknya seseorang dapat dijatuhi pidana (hukuman) dan aturan tentang pemidanaan, yaitu mengatur kepada siapa dan bagaimana pidana itu dijatuhkan, sedangkan “hukum pidana formil” atau KUHAP adalah mengatur bagaimana negara melalui alat-alatnya melaksanakan kewenangannya untuk menjatuhkan pidana melalui prosedur tertentu yang disebut acara pidana.

Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (Undang-undang No. 8 Tahun 1981) tidak disebutkan secara tegas dan jelas tentang pengertian atau definisi dari hukum acara pidana, namun hanya dijelaskan dalam beberapa bagian dari hukum acara pidana yaitu antara lain pengertian penyelidikan/penyidikan, penuntutan, mengadili, praperadilan, putusan pengadilan, upaya hukum, penyitaan, pengeledahan, penangkapan, penahanan dan lain sebagainya.³¹

Menurut R Soesilo,³² hukum acara pidana didefinisikan sebagai:

“Kumpulan peraturan-peraturan hukum yang memuat ketentuan-ketentuan mengatur soal-soal sebagai berikut:

- a. cara bagaimana harus diambil tindakan-tindakan jikalau ada sangkaan, bahwa telah terjadi suatu tindak pidana, cara bagaimana mencari kebenaran-kebenaran tentang tindak pidana apakah yang telah dilakukan.
- b. Setelah ternyata, bahwa ada suatu tindak pidana yang dilakukan, siapa dan cara bagaimana harus mencari, menyelidik dan menyidik orang-orang yang disangka bersalah terhadap tindak pidana itu, cara menangkap, menahan dan memeriksa orang itu.

31 Lihat Pasal 1 KUHAP

32R. Soesilo, *Hukum Acara Pidana: Prosedur Penyelesaian Perkara Pidana Menurut KUHAP Bagi Penegak Hukum*, Politeia, Bogor, 1982, hlm. 3.

- c. Cara bagaimana mengumpulkan barang-barang bukti, memeriksa, menggeledah badan dan tempat-tempat lain serta menyita barang-barang itu, untuk membuktikan kesalahan tersangka.
- d. Cara bagaimana pemeriksaandalam sidang pengadilan terhadap terdakwa oleh hakim sampai dapat dijatuhkan pidana, dan
- e. Oleh siapa dan dengan cara bagaimana putusan penjatuhan pidana itu harus dilaksanakan dan sebagainya, atau dengan singkat dapat dikatakan: yang mengatur tentang cara bagaimana mempertahankan atau menyelenggarakan hukum pidana material, sehingga memperoleh keputusan Hakim dan cara bagaimana isi keputusan itu harus dilaksanakan.

1. Fungsi Hukum Acara Pidana

Fungsi hukum pidana material atau hukum pidana adalah menentukan perbuatan perbuatan apa yang dapat dipidana, siapa yang dapat dipidana dan pidana apa yang dapat dijatuhkan, sedangkan fungsi hukum acara pidana adalah melaksanakan hukum pidana material, artinya memberikan peraturan cara bagaimana negara dengan mempergunakan alat-alatnya dapat mewujudkan kewenangannya untuk memidanakan atau membebaskan pidana. Dalam mewujudkan wewenang tersebut di atas, ada dua macam kepentingan yang menuntut kepada alat negara, yaitu:

- a. Kepentingan umum, bahwa seorang yang melanggar suatu peraturan hukum pidana harus mendapatkan pidana yang setimpal dengan kesalahannya untuk mempertahankan keamanan umum; dan
- b. Kepentingan orang yang dituntut, bahwasanya orang yang dituntut perkara itu harus diperlakukan secara jujur dan adil, artinya harus dijaga jangan sampai orang yang tidak bersalah dijatuhi pidana, atau apabila ia memang bersalah, jangan sampai ia memperoleh pidana yang terlampau berat, tidak seimbang dengan kesalahannya.

Sedangkan menurut Bambang Poernomo,³³ bahwa tugas dan fungsi hukum acara pidana melalui alat perlengkapannya, ialah:

- a. untuk mencari dan menemukan fakta menurut kebenaran;
- b. menerapkan hukum dengan keputusan berdasarkan keadilan;
- c. melaksanakan keputusan secara adil.

2. Tujuan Hukum Acara Pidana

Tujuan daripada hukum acara pidana, sebagaimana telah dirumuskan dalam Pedoman Pelaksanaan KUHAP tahun 1982, bahwa Tujuan dari hukum acara pidana adalah:

- a. Untuk mencari dan mendapatkan atau setidaknya mendekati kebenaran materiil ialah kebenaran yang selengkap lengkapnya dari suatu perkara pidana dengan menerapkan ketentuan hukum acara pidana secara jujur dan tepat;

³³Bambang Poernomo, *Pola Dasar Teori dan Azas Umum Hukum Acara Pidana*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 1988, hlm. 29

- b. Untuk mencari siapa pelakunya yang dapat didakwakan melakukan pelanggaran hukum dan selanjutnya meminta pemeriksaan dan putusan dari pengadilan guna menentukan apakah terbukti bahwa suatu tindak pidana telah dilakukan dan menentukan apakah terbukti bahwa suatu tindak pidana telah dilakukan dan apakah orang yang didakwa itu dapat dipersalahkan;
- c. Setelah putusan pengadilan dijatuhkan dan segala upaya hukum telah dilakukan dan akhirnya putusan telah mempunyai kekuatan hukum tetap, maka hukum acara pidana mengatur pula pokok acara pelaksanaan dan pengawasan dari putusan tersebut.

Hukum acara pidana menentukan aturan agar para pengusut dan pada akhirnya hakim dapat berusaha menembus ke arah diketemukannya kebenaran dari perbuatan yang disangka telah dilakukan orang. Dengan demikian Hukum Acara Pidana mengemban misi mencari kebenaran sejati tentang pelaku tindak pidana untuk memperoleh imbalan atas perbuatannya serta membebaskan mereka yang tidak bersalah dari tindakan yang seharusnya tidak dikenakan atas dirinya.

Soedjono D,³⁴berpendapat bahwa tujuan dari hukum acara pidana adalah:

- a. Menjamin segala warga Negara bersama kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan;
- b. Penyempurnaan pembinaan hukum nasional dengan mengadakan pembaharuan kodifikasi serta hukum dalam rangkaian pelaksanaan secara nyata dari wawasan Nusantara;
- c. Agar masyarakat menghayati hak dan kewajibannya dan untuk meningkatkan pembinaan sikap para pelaksana penegak hukum sesuai fungsi dan wewenang masing-masing, demi terselenggaranya negara hukum sesuai UUD NRI 1945;
- d. Perlu dicabutnya semua ketentuan undang-undang tentang hukum acara pidana yang sudah tidak sesuai dengan cita-cita hukum nasional;
- e. Dan perlunya mengadakan undang-undang tentang hukum acara pidana untuk melaksanakan peradilan umum bagi pengadilan dalam lingkungan peradilan umum dan Mahkamah Agung.

D. Bantuan Hukum Dalam Proses Peradilan Pidana

1. Pengertian Bantuan Hukum

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana atau yang lebih dikenal dengan sebutan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) mengatur secara tegas soal pemberian bantuan hukum tersebut sebagaimana yang dijelaskan dalam ketentuan Pasal 54, Pasal 55 dan Pasal 56 KUHAP menerangkan bahwa pemberian bantuan hukum tersebut dimulai dari tingkatan pemeriksaan pendahuluan di tingkat penyidikan sampai dengan pemeriksaan di pengadilan.

Pada pasal 56 KUHAP dinyatakan bahwa:

34Soedjono D., *Pemeriksaan Pendahuluan Menurut KUHAP*, Bandung, Pen. Alumni, 1982, hlm. vii

- a. Dalam hal tersangka atau terdakwa disangka atau didakwa melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasihat hukum sendiri, pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan wajib menunjuk penasihat hukum bagi mereka;
- b. Setiap penasihat hukum yang ditunjuk untuk bertindak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), memberikan bantuannya dengan cuma-cuma. Dalam penjelasan ayat (1) dinyatakan: Menyadari asas peradilan yang wajib dilaksanakan secara sederhana, cepat dan dengan biaya ringan serta dengan pertimbangan bahwa mereka yang diancam dengan pidana kurang dari lima tahun tidak dikenakan penahanan kecuali tindak pidana tersebut dalam pasal 21 ayat (4) huruf b, maka untuk itu bagi mereka yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih, tetapi kurang dari lima belas tahun, penunjukan penasihat hukumnya disesuaikan dengan perkembangan dan keadaan tersedianya tenaga penasihat hukum di tempat itu.

Menurut Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum (selanjutnya disebut UUBH) dan menurut PP No 42 Tahun 2013 Tentang Syarat dan Tata Cara Pemberian Bantuan Hukum dan Penyaluran Dana Bantuan Hukum, Bantuan Hukum adalah jasa hukum yang diberikan oleh Pemberi Bantuan Hukum secara Cuma cuma kepada penerima bantuan hukum.

Undang-undang ini memiliki tujuan menyelenggarakan bantuan hukum sebagaimana tercantum dalam Pasal 3 UUBH yaitu:

- a. Menjamin dan memenuhi hak bagi penerimaan Bantuan Hukum untuk mendapatkan akses keadilan;
- b. Mewujudkan hak konstitusional setiap warga negara sesuai dengan prinsip persamaan kedudukan di dalam hukum;
- c. Menjamin kepastian penyelenggaraan Bantuan Hukum dilaksanakan secara merata di seluruh wilayah Negara Republik Indonesia; dan
- d. Mewujudkan peradilan yang efektif, efisien, dan dapat dipertanggungjawabkan.

2. Pemberi Dan Penerima Bantuan Hukum

Pasal 1 UUBH menyatakan bahwa:

- a. Bantuan Hukum adalah jasa hukum yang diberikan oleh Pemberi Bantuan Hukum secara Cuma cuma kepada Penerima Bantuan Hukum. Bantuan hukum adalah jasa berupa:
 - 1) Memberikan nasehat atau advis hukum bagi masyarakat yang membutuhkannya;
 - 2) Bertindak sebagai pendamping atau kuasa hukum, untuk menyelesaikan perselisihan tentang hak dan kewajiban (perdata) seseorang di depan Pengadilan;
 - 3) Bertindak sebagai pendamping dan pembela, terhadap seseorang yang disangka/didakwa melakukan tindak pidana di depan Pengadilan.
- b. Penerima Bantuan Hukum adalah orang atau kelompok orang miskin.

- c. Pemberi Bantuan Hukum adalah lembaga bantuan hukum atau organisasi kemasyarakatan yang memberi layanan Bantuan Hukum berdasarkan Undang-Undang ini.

3. Tanggung Jawab Negara Dalam Pemberian Bantuan Hukum

Di Indonesia, hak atas bantuan hukum tidak secara tegas dinyatakan sebagai tanggungjawab negara. Namun prinsip persamaan di hadapan hukum dan pernyataan bahwa Indonesia adalah negara hukum menunjukkan bahwa hak bantuan hukum adalah hak konstitusional. Hal ini terdapat dalam Pasal 1 ayat (3) Perubahan Ketiga Undang-Undang (UUDNRI 1945), Pasal 27 UUDNRI 1945 dan Putusan Mahkamah Konstitusi No. 006/PUU-II/2004. Dalam negara hukum (*rechtstaat*) negara mengakui dan melindungi hak asasi manusia setiap individu, sehingga semua orang memiliki hak untuk diperlakukan sama di hadapan hukum (*equality before of the law*).

Persamaan di hadapan hukum harus diartikan secara dinamis dan tidak statis. Persamaan di hadapan hukum harus diimbangi oleh persamaan perlakuan (*equal treatment*). Hal ini didasarkan pula pada Pasal 34 ayat (1) UUDNRI 1945 yang menyatakan bahwa “Fakir miskin dan anak-anak yang terlantar dipelihara oleh negara”. Dalam hal ini negara mengakui hak ekonomi, sosial, budaya, sipil dan politik dari fakir miskin.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, fakir miskin memiliki hak untuk diwakili dan dibela oleh advokat/pembela umum baik di dalam maupun di luar pengadilan (*legal aid*) sama seperti orang mampu yang mendapatkan jasa hukum dari advokat (*legal service*). Penegasan ini memberikan implikasi bahwa bantuan hukum bagi fakir miskin merupakan tugas dan tanggung jawab negara dan merupakan hak konstitusional.

Pemberian bantuan hukum bagi orang atau kelompok orang miskin dapat dilihat dalam Pasal 56 KUHAP yang mengatur bahwa bagi tersangka atau terdakwa yang disangka atau didakwa melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasihat hukum sendiri, pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan wajib menunjuk penasihat hukum bagi mereka.

Penasihat hukum memberikan bantuannya dengan cuma-cuma. Ketentuan ini terdapat di dalam Pasal 56 ayat (2) KUHAP yang menyatakan bahwa:

“Setiap penasihat hukum yang ditunjuk untuk bertindak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), memberikan bantuannya dengan cuma-cuma”.

Kalimat tersebut merupakan perwujudan dari konsepsi negara hukum (*rechtsstaat*) sebagaimana rumusan didalam UUDNRI 1945. Bentuk turunannya, dapat dilihat didalam UU No. 39 Tahun 1999 Tentang HAM, UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, UU No. 18 Tahun 2003 Tentang Advokat. Rumusan “bantuan hukum” kepada ketentuan pasal 56 KUHAP merupakan nilai

universal didalam berbagai ketentuan konvenan PBB dan telah diratifikasi oleh Indonesia melalui UU No. 12 Tahun 2005 Tentang Konvenan Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik).

Bantuan hukum menjadi pekerjaan yang melekat kepada advokat. Didalam UU No. 18 tahun 2003, seorang advokat tidak dibenarkan untuk menolak perkara dengan alasan tidak ada biaya. Adagium ini kemudian menjadi pekerjaan advokat yang luhur (*officium nobile*). Tidak adanya biaya dari pemberi kuasa tidak lantas menjadikan pekerjaan yang ditangani advokat menjadi terlantar . Seorang advokat harus memberikan prioritas yang sama baik kepada perkara yang diberikan klien yang mampu maupun pemberi kuasa yang kurang mampu.

Pada kenyataannya di dalam praktik, faktor tidak adanya biaya seringkali dijadikan alasan klasik oleh penyidik, jaksa penuntut umum maupun hakim untuk tidak menunjuk penasihat hukum bagi tersangka yang menjalani proses peradilan pidana. Bahkan pada tersangka yang sudah didampingi penasihat hukum, masih diperlakukan tidak sesuai dengan prosedur yang diatur di dalam KUHAP.³⁵

E. Hak Tersangka Dalam Proses Penyidikan

1. Pengertian Tersangka

Tersangka adalah seorang yang karena tindakannya dan keadaannya, berdasarkan bukti permulaan patut di duga sebagai pelaku tindak pidana (butir 14 KUHAP). Menurut Andi Hamzah³⁶ sebenarnya kata-kata “karena tindakannya dan keadaannya” adalah kurang tepat karena dengan kata-kata itu seolah-olah pihak penyidik sudah mengetahui tindakan dan keadaan si tersangka padahal hal itu adalah sesuatu yang masih harus di cari tahu oleh si penyidik. Perumusan yang lebih tepat diberikan oleh *Ned. Strafvordering* pada Pasal 27 ayat (1) yakni sebagai berikut:

“...yang dipandang sebagai tersangka ialah dia yang karena fakta-fakta dan keadaan-keadaan patut diduga bersalah melakukan delik“.

Penggunaan kata-kata “fakta-fakta dan keadaan-keadaan” adalah lebih tepat karena lebih objektif. Tersangka adalah, seorang yang karena perbuatannya atau keadaannya berdasarkan bukti permulaan patut diduga sebagai tindak pidana, Terdakwa adalah, seorang tersangka yang dituntut, diperiksa, diadili dan disidang di pengadilan.³⁷ Sementara dalam pasal 8 Undang-Undang

35 Seringkali tersangka mengalami perlakuan di luar prosedur. Misalnya, pemeriksaan di malam hari, tanpa didampingi penasihat hukum dengan alasan kasusnya sudah jelas, mudah pembuktiannya dan tersangka sudah mengaku, dan bahkan tersangka sudah siap dengan surat pernyataan “menolak didampingi penasihat hukum”. Pada kasus lain dimana tersangka sudah didampingi oleh penasihat hukum, tersangka dianjurkan untuk mencabut kuasanya kepada penasihat hukum dengan alasan agar perkaranya tidak berbelit-belit dan tuntutananya lebih ringan (pengamatan pra penelitian). Lihat Mosgan Situmorang, *Tanggung Jawab Negara Dan Advokat Dalam Memberikan Bantuan Hukum Kepada Masyarakat*, Badan pembinaan Hukum Nasional (BPHN) Kementerian Hukum Dan Ham RI, Jakarta, 2011, hlm. 18.

³⁶ Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, Cet. I, 2008, hlm. 67

³⁷ Y.B. Suharto, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2008), hlm. 250

RI No.14 tahun 1970 “Tersangka adalah seorang yang karena perbuatannya atau keadaannya, berdasarkan bukti permulaan patut diduga sebagai pelaku tindak pidana”.

Pengertian tersangka sering disalah artikan oleh kebanyakan masyarakat Indonesia, bahwa seolah-olah tersangka itu sudah pasti bersalah.³⁸ Padahal yang berhak menentukan bersalah atau tidaknya adalah pengadilan, melalui putusan pengadilan yang sudah berkekuatan hukum tetap.³⁹ Pasal 52 KUHAP menyatakan bahwa:

“Dalam pemeriksaan pada penyidikan dan pengadilan, tersangka atau terdakwa berhak memberikan keterangan secara bebas kepada penyidik dan hakim”.

Pada penjelasan Pasal 52 KUHAP, dinyatakan bahwa:

“Supaya pemeriksaan mencapai hasil yang tidak menyimpang dari pada yang sebenarnya maka tersangka atau terdakwa harus dijauhkan dari rasa takut. Oleh karena itu wajib dicegah adanya paksaan atau tekanan terhadap tersangka atau terdakwa”.

Makna tersurat maupun tersirat dari Pasal 52 KUHAP adalah: “bahwa tersangka mempunyai hak untuk memberi keterangan secara bebas baik di depan penyidik maupun hakim, jauh dari rasa takut sehingga harus dijauhkan dari unsur paksaan”. Unsur paksaan menjadi faktor yang harus dihindari baik oleh penyidik maupun hakim agar kebenaran materiil dari perkara dapat terungkap. Hal yang tidak jelas pada Pasal 52 KUHAP adalah mengenai “hak tersangka untuk diam atau tidak memberikan keterangan”.

Pertanyaan terkait Pasal 52 KUHAP adalah: Apakah tersangka berhak diam atau tidak memberi keterangan apabila tersangka merasa bahwa keterangannya dapat memberatkan perkaranya di pengadilan?. Hal inilah yang tidak diatur atau dijelaskan di dalam KUHAP sehingga menjadi dilema atau bahkan perangkap bagi tersangka.

Pasal 52 KUHAP tidak sesuai dengan asas *Miranda Rule* yang pada prinsipnya adalah: “tersangka berhak diam karena segala keterangannya dapat

³⁸Dalam praktik khususnya pada perkara narkoba, seringkali tersangka sudah dianggap bersalah sejak tahap awal penyidikan (asas praduga bersalah) sampai terbukti sebaliknya di pengadilan. Perkara narkoba sudah mendapat label sebagai “kejahatan luar biasa” yang dapat diancam dengan pidana maksimum berupa hukuman mati atau hukuman seumur hidup. Label semacam itu berpengaruh terhadap kondisi psikologis dan/atau pola pikir penyidik maupun tersangka. Pada penyidik timbul sikap dan predisposisi untuk memperlakukan tersangka sebagai “orang yang bersalah”, sementara para diri tersangka timbul sikap dan predisposisi untuk berperilaku “menurut (sub-missive)” kepada kehendak penyidik agar memperoleh keringanan dalam hal tuntutan atau hukuman atau sekurang-kurangnya tidak menjadi lebih berat, atau demi menghindarkan diri dari tindak kekerasan penyidik. Kondisi psikologis itu menyebabkan tersangka mengesampingkan hak-haknya, bahkan seandainya ia mengetahui atau menyadarinya. Beberapa tersangka bahkan mencabut kuasa yang diberikan kepada penasihat hukum, sementara beberapa tersangka lainnya membuat surat pernyataan menolak didampingi penasihat hukum atas anjuran penyidik. (Hasil wawancara dengan eks narapidana perkara narkoba pada saat pengamatan pra penelitian di Pontianak Kalimantan Barat).

³⁹Abdul Hakim G. Nusantara, *KUHAP dan Peraturan Pelaksanaannya*, Jakarta: Djambatan, 1996, hlm. 213

memberatkan dirinya sendiri di pengadilan”. Ketidakjelasan Pasal 52 KUHAP mengenai hak tersangka untuk “memberikan atau tidak memberikan keterangan”, dapat ditafsirkan oleh penyidik dan/atau penuntut umum lebih luas dari makna aslinya, yaitu: “bahwa tersangka harus memberikan keterangan”. Yang diatur atau dilindungi oleh Pasal 52 KUHAP adalah “bahwa dalam menjalankan haknya untuk memberikan keterangan, tidak boleh karena didasarkan pada rasa takut atau adanya paksaan dari penyidik”.

Pada praktiknya, kondisi tersebut bahkan menciptakan rasa takut dan unsur paksaan yang semula ingin dihindarkan melalui ketentuan Pasal 52 KUHAP. Karena pada pasal ini tidak diatur mengenai “apakah tersangka berhak untuk diam atau tidak memberikan keterangan”, maka hal itu ditafsirkan bahwa “tersangka tidak boleh diam atau tidak memberikan keterangan”. Sebagai akibatnya, sikap, predisposisi dan perilaku penyidik dalam pemeriksaan diarahkan pada upaya memaksa tersangka memberikan keterangan dalam rangka memperoleh pengakuan. Tidak jarang upaya penyidik untuk memperoleh pengakuan tersangka dilaksanakan dengan cara merekayasa alat bukti dan melakukan kekerasan.

Terkait dengan implementasi “asas praduga tak bersalah” dalam praktik peradilan pidana, maka rumusan yang terdapat di dalam penjelasan umum KUHAP dan Pasal 8 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman adalah:

”Setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut, dan/atau dihadapkan di depan pengadilan wajib dianggap tidak bersalah sebelum ada putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya, dan telah memperoleh kekuatan hukum tetap”.

Makna substantif dari rumusan tersebut berbeda dengan makna rumusan asas praduga tak bersalah di dalam Pasal 14 Pasal 2, Kovenan Internasional Tentang Hak Sipil dan Hak Politik (1966), yaitu:

”Everyone charged with criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law”.

Perbedaannya adalah terletak pada substansi “hak tersangka” yang tidak disebutkan baik di dalam penjelasan umum KUHAP maupun di dalam UURI No. 4/2004 Tentang kekuasaan Kehakiman. Dengan tidak adanya penyebutan bahwa “praduga tak bersalah” adalah hak tersangka, maka implementasinya di dalam praktik peradilan pidana menjadi terpulang kepada kehendak Aparat Penegak Hukum (APH) yang memiliki kewenangan terhadap tersangka atau terdakwa.

Untuk mencegah adanya perbedaan tafsir hukum mengenai makna substantif dari “asas praduga tak bersalah” mencakup 8 (delapan) hak sebagai berikut:

- a. Hak untuk diberitahukan jenis kejahatan yang didakwakan.
- b. Hak untuk disediakan waktu yang cukup dalam mempersiapkan pembelaannya dan berkomunikasi dengan penasehat hukum yang bersangkutan.

- c. Hak untuk diadili tanpa ditunda-tunda.
- d. Hak untuk diadili yang dihadiri oleh yang bersangkutan.
- e. Hak untuk didampingi penasehat hukum jika yang bersangkutan tidak mampu.
- f. Hak untuk diperiksa dan memeriksa saksi-saksi yang berlawanan dengan yang bersangkutan.
- g. Hak untuk memperoleh penerjemah jika diperlukan oleh yang bersangkutan.
- h. Hak untuk tidak memberikan keterangan yang merugikan dirinya atau hak untuk tidak dipaksa mengakui perbuatannya.

Asas praduga tak bersalah harus diartikan, bahwa selama terhadap seorang tersangka/terdakwa diberikan secara penuh hak-hak hukum sebagaimana dirinci dalam konvensi tersebut, maka selama itu pula perlindungan atas asas praduga tak bersalah, telah selesai dipenuhi oleh lembaga penegak hukum.

Mengacu pada penjelasan umum butir 3 huruf c KUHAP, menjadi jelas bahwa “asas praduga tak bersalah” telah dijadikan sebagai basis nilai dalam membuat KUHAP. Hal itu terbukti dari sejumlah hak-hak tersangka yang diatur di dalam KUHAP antara lain sebagai berikut:

- a. Hak untuk memberikan keterangan secara bebas tanpa tekanan dari siapapun dan atau dalam bentuk apapun (Pasal 117 ayat 1 KUHAP).
- b. Hak untuk dicatat keterangan yang diberikannya dengan seteliti-telitinya sesuai dengan kata-kata yang dipergunakan oleh tersangka sendiri (Pasal 117 ayat 2 KUHAP).
- c. Hak untuk meneliti dan membaca kembali hasil pemeriksaan sebelum tersangka menandatangani (Pasal 118 ayat 1 KUHAP).

KUHAP telah memberi perlindungan kepada tersangka/terdakwa berupa seperangkat hak-hak kemanusiaan yang wajib dihormati dan dilindungi oleh aparat penegak hukum. Dengan adanya perlindungan ini, secara teoritis sejak dimulainya pemeriksaan, tersangka/terdakwa sudah mempunyai kedudukan hukum yang setara atau setingkat dengan pejabat pemeriksa, sehingga tersangka berhak menuntut perlakuan yang ditegaskan dalam KUHAP antara lain:

- a. Segera mendapat pemeriksaan oleh penyidik dan selanjutnya ditujukan kepada penuntut umum (Pasal 50 ayat 1).
- b. Segera diajukan ke pengadilan dan segera diadili oleh pengadilan (Pasal 50 ayat 2 dan 3).
- c. Tersangka berhak untuk diberitahu dengan jelas dengan bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang disangkakan kepadanya pada waktu pemeriksaan dimulai (Pasal 51 ayat 1).
- d. Berhak untuk diberitahu dengan jelas dalam bahasa yang dimengerti olehnya tentang apa yang didakwakan kepadanya pada waktu pemeriksaan dimulai (Pasal 51 ayat 2).
- e. Berhak memberi keterangan secara bebas baik kepada penyidik pada taraf penyidikan maupun pada proses pemeriksaan di sidang pengadilan (Pasal 52).

- f. Berhak untuk setiap waktu mendapat bantuan, juru bahasa pada setiap tingkat pemeriksaan, jika tersangka/ terdakwa tidak mengerti bahasa Indonesia (Pasal 53 ayat 1 jo. Pasal 177 ayat 1).
- g. Berhak mendapat bantuan hukum dari seorang atau lebih penasihat hukum selama waktu dan pada setiap tingkat pemeriksaan (Pasal 54).
- h. Berhak memilih sendiri penasihat hukum yang disukainya (Pasal 55).
- i. Berhak mengunjungi dan dikunjungi dokter pribadinya selama ia dalam tahanan (Pasal 58).
- j. Berhak untuk diberitahukan kepada keluarganya atau orang yang serumah dengan dia atas penahanan yang dilakukan terhadap dirinya. Pemberitahuan itu dilakukan oleh pejabat yang bersangkutan (Pasal 59).
- k. Berhak menghubungi dan menerima kunjungan dari pihak yang mempunyai hubungan kekeluargaan artau orang lain guna mendapatkan jaminan atas penangguhan penahanan atau bantuan hukum (Pasal 60).
- l. Berhak secara langsung atau dengan perantara penasihat hukumnya untuk menghubungi dan menerima kunjungan atas sanak keluarga, sekalipun hal itu tidak ada sangkutpautnya dengan kepentingan tersangka/ terdakwa (Pasal 61)
- m. Berhak mengirim surat dan menerima surat setiap kali diperlukannya yaitu kepada dan dari penasihat hukum dan sanak keluarganya (Pasal 62 ayat 1).
- n. Surat menyurat ini tidak boleh diperiksa oleh aparat penegak hukum, kecuali jika terdapat cukup alasan untuk menduga adanya penyalahgunaan surat menyurat tersebut (Pasal 62 ayat 2).
- o. Terdakwa berhak untuk diadili dalam sidang pengadilan yang terbuka untuk umum (Pasal 64).
- p. Berhak untuk mengusahakan dan mengajukan saksi dan atau seorang yang memiliki keahlian khusus guna memberikan keterangan bagi dirinya (saksi a de charge, Pasal 65).
- q. Tersangka atau terdakwa tidak dibebani kewajiban pembuktian (Pasal 66).
- r. Berhak menuntut ganti rugi dan rehabilitasi atas setiap tindakan dan perlakuan, penangkapan, penahanan, dan penuntutan yang tidak sah atau yang bertentangan dengan hukum (Pasal 68).
- s. Praperadilan Sebagai Upaya Hukum Tersangka dalam Tingkat Penyidikan.

Pada uraian sebelumnya telah dipaparkan bahwa terdapat dua faktor yang mendasari penerapan asas praduga tak bersalah dalam KUHAP, yaitu: (a) *due process of law model*; dan (b) prinsip *acusatoir* sebagai wujud perlindungan terhadap tersangka yang dirampas kemerdekaannya oleh negara melalui upaya paksa yang dijalankan oleh APH.

Terlepas dari asas praduga tak bersalah yang seolah-olah hanya mengutamakan hak tersangka, dan pada saat yang sama mengesampingkan kepentingan umum (*public interest*), tidak dapat dijadikan alasan oleh APH untuk tidak memenuhi atau mengesampingkan hak-hak tersangka. Tidak kalah pentingnya sebagai perwujudan asas praduga tak bersalah ialah bahwa seseorang tersangka atau terdakwa tidak dapat dibebani kewajiban pembuktian justru karena penuntut umum yang mengajukan tuduhan atau dakwaan, maka

penuntut umumlah yang dibebani tugas membuktikan kesalahan tersangka atau terdakwa dengan upaya-upaya pembuktian.

2. Pelanggaran Hak-Hak Tersangka Dalam Proses Penyidikan

Sebagian besar hak-hak tersangka dalam proses penyidikan perkara pidana terkandung di dalam deskripsi operasional asas praduga tak bersalah sebagaimana telah dijelaskan di atas. Pada kenyataannya, hak-hak tersangka tersebut bukan saja tidak dipenuhi oleh APH terutama di tingkat penyidikan, dan bahkan dilanggar oleh penyidik. Bentuk-bentuk pelanggaran penyidik terhadap hak-hak tersangka antara lain adalah:

- a. Penyidik tidak memberitahu tersangka mengenai haknya untuk didampingi penasihat hukum selama menjalani pemeriksaan
- b. Penerapan batas maksimum masa penahanan tersangka
- c. Tidak berfungsinya lembaga jaminan penangguhan penahanan.
- d. Pelanggaran keamanan dan kebebasan jiwa tersangka

F. Kedudukan Advokat Dalam Sistem Peradilan Pidana

Di Indonesia bantuan hukum sebagai suatu *Legal Institution* (Lembaga Hukum) semula tidak dikenal dalam sistem hukum tradisional, dia baru dikenal di Indonesia sejak masuknya atau diberlakukannya sistem hukum modern di Indonesia. Perkembangan bantuan hukum di Indonesia mulai memasuki babak baru ketika di era tahun 70-an. Babak baru tersebut dimulai ketika berdirinya Lembaga Bantuan Hukum (LBH) Jakarta yang didirikan oleh Adnan Buyung Nasution dkk. Selain karena mengusung konsep baru dalam pelaksanaan program bantuan hukum di Indonesia, LBH Jakarta juga dianggap sebagai cikal bakal bantuan hukum yang terlembaga yang dikatakan paling berhasil pada masa itu. Tidak bisa dipungkiri pendirian lembaga bantuan hukum ini kemudian mendorong tumbuhnya berbagai macam bentuk organisasi dan wadah bantuan hukum di Indonesia.⁴⁰

Peranan advokat dalam menangani suatu perkara baik pidana maupun perdata merupakan salah satu usaha penegakan hukum dalam masyarakat melalui jalur peradilan maupun di luar pengadilan sebagai penasihat dalam bidang hukum, Advokat bukanlah pegawai negeri, bukan pegawai sesuatu badan atau instansi akan tetapi merupakan pekerja swasta. Advokat tidak digaji oleh pemerintah, sehingga honorarium balas jasa yang diperolehnya berasal dari klien dan bersifat Incidental, tidak boleh menerima honorarium lain dalam perkara lain yang bertentangan dengan perkara yang sedang dibela, dan menarik honorarium dan keuntungan yang berlipat ganda. Kegiatan profesi advokat tidak diperkenankan lebih mengutamakan kepentingan materi belaka bagi dirinya, akan tetapi loyalitas pengabdian kepada penegakan hukum.⁴¹

1. Pengertian Advokat

⁴⁰Daniel S. Lev (1990:494) dalam Akmaludin, *Peranan Advokat Dalam Sistem Peradilan Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas 45 Mataram, Ganecwara, Vol. 8, No. 2 September 2014, hlm. 48.

⁴¹ Lasdin W. (1989) dalam Akmaludin, *Ibid*.

Secara etimologis kata Advokat berasal dari bahasa latin yaitu *advocare*, yang artinya: “*to defend, to call to one’s aid to vouch or warrant*”. Terjemahan bebasnya adalah “meminta bantuan seseorang agar bisa membela diri atau menjamin hak-haknya”. Sedangkan dalam bahasa Inggris *advocate* berarti: “*to speak in favour of or depend by argument, to support, indicate, or recommended publicly*”.⁴² Secara terminologis, istilah advokat memiliki pengertian sebagai:

“Orang yang mewakili kliennya untuk melakukan tindakan sesuai kuasa yang diberikan untuk berpendapat, melakukan pembelaan dan penuntutan dalam persidangan”.⁴³

Kata advokat sesungguhnya sudah dikenal sejak abad pertengahan (abad ke 5), yang dikenal sebagai advokat gereja (*kerkelijke advocaten, duivel advocaten*), yaitu orang yang bertugas memberikan keberatan-keberatan dan memberikan nasihat saat perayaan suci bagi orang yang telah meninggal.

Di Indonesia pengertian advokat terdapat pada Undang-Undang Nomor 18 tahun 2003 Tentang Advokat (selanjutnya disebut UU Advokat), yang berbunyi sebagai berikut:

“Advokat adalah yang berprofesi memberikan jasa hukum baik didalam maupun di luar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan undang-undang ini”

Berdasarkan beberapa penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa pengertian advokat adalah:

“seseorang yang berprofesi memberikan bantuan, konsultasi hukum baik di dalam maupun di luar pengadilan”.

Semua orang yang berprofesi memberikan jasa hukum atau bantuan hukum berupa apapun baik di dalam maupun di luar pengadilan disebut sebagai advokat.

2. Peran Dan Fungsi Advokat

Advokat adalah profesi yang mendapat sebutan kehormatan sebagai “profesi terhormat (*officium nobile*)” atau, karena membela semua orang tanpa membedakan latar belakang ras, agama atau status sosial lain yang ada di dalam masyarakat. Advokat wajib memberikan bantuan hukum kepada semua klien dengan seadil-adilnya untuk membantu menciptakan keadilan dalam proses penegakkan hukum di Indonesia. Menurut Rampau Rambe,⁴⁴ advokat bukan hanya sekedar profesi untuk nafkah, tetapi juga harus memperjuangkan idealisme dan moralitas yang didalamnya ada nilai kebenaran dan keadilan.

⁴² Frans Hendra Winarta, *Advokat Indonesia Citra, Idealisme dan Keprihatinan*, Jakarta, Sinar Harapan, 1995, hlm. 19

⁴³ Yudha Pandu, *Klien dan Penasehat Hukum dalam Perspektif Masa Kini*, Jakarta, PT. Abadi Jaya, 2001, hlm. 11

⁴⁴ Rampau Rampe, *Teknik Praktek Advokat*, Jakarta, Gramedia Widiasarana Indonesia, 2001, hlm. 33

Selain kompetensi standar yang harus dimilikinya, advokat harus mempunyai standar idealisme dan moralitas yang kuat sehingga keberadaannya mampu memberikan kemanfaatan bagi proses penegakkan hukum di Indonesia. Di dalam pasal 7 *Universal Declaration of Human Right*. Dijelaskan bahwa setiap orang berhak atas perlindungan hukum yang sama dan tak ada perbedaan apapun satu dengan yang lainnya.⁴⁵

Pasal 27 UUDNRI 1945 menyebutkan bahwa: “semua warga negara sama kedudukannya di mata hukum dan pemerintahan serta menjunjung hukum dan pemerintahan itu tanpa pengecualian”, sehingga memberi bantuan hukum kepada semua masyarakat yang membutuhkan tanpa pandang bulu itu sudah menjadi kewajiban bagi seorang advokat.

Pasal 1 ayat (1) UU Advokat menjelaskan peran dan fungsi advokat yang berbunyi sebagai berikut:

“Advokat adalah orang yang berprofesi memberikan jasa hukum baik di dalam maupun diluar pengadilan yang memenuhi persyaratan berdasarkan ketentuan undang-undang ini.”

Bantuan hukum dapat dilakukan oleh advokat di dalam pengadilan maupun di luar pengadilan. Fungsi dan peran advokat harus mencakup seluruh lingkup masalah hukum yang ada, baik itu hukum publik (*public law*) yaitu permasalahan hukum antara negara dengan warganya maupun hukum perdata (*private law*) yaitu hukum yang mengatur hak dan kewajiban orang perorangan dan korporasi.

3. Kewenangan Advokat

Penegakan hukum dalam sistem hukum di Indonesia, masing-masing penegak hukum sudah mempunyai tugas dan wewenang masing-masing. Hal ini juga berlaku untuk Sistem Peradilan Pidana (SPP), yang bersesuaian dengan asas diferensiasi fungsional dalam hukum acara pidana (KUHAP). Misalnya, polisi bertugas di bidang penyelidikan dan penyidikan, jaksa bertugas sebagai penuntut umum, hakim bertugas memutuskan sebuah perkara sedangkan advokat bertugas melindungi hak-hak tersangka atau terdakwa agar mendapatkan proses hukum yang adil (*due process of law*).⁴⁶

Advokat bertugas dan berwenang membantu klien untuk mendapatkan pembelaan dan bantuan hukum dalam rangka untuk mendapatkan proses hukum yang seadil-adilnya. Seorang advokat dalam menjalankan tugasnya harus berpegang pada prinsip *equality before the law* (kesamaan di depan hukum) dan prinsip *presumption of innocence* (praduga tidak bersalah).

Sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 ayat (1) UU Advokat, bahwa pelaksanaan tugas advokat meliputi pekerjaan baik yang dilakukan di dalam pengadilan (litigasi) maupun diluar pengadilan (non-litigasi). Pekerjaan di dalam pengadilan adalah segala bentuk pemberian bantuan hukum di dalam ruang sidang pengadilan, sedangkan pekerjaan di luar pengadilan adalah segala bentuk

⁴⁵ Ishaq, *Pendidikan Keadvokatan*, Jakarta, Sinar Grafika, 2010, hlm. 41

⁴⁶ Ishaq, *Ibid.*, hlm. 36

pemberian bantuan hukum yang dilakukan di luar pengadilan seperti konsultasi, mediasi dan yang lainnya.

4. Kedudukan Advokat

Pada sistem penegakkan hukum di Indonesia dikenal lembaga-lembaga penegak hukum yaitu lembaga kepolisian, kejaksaan dan pengadilan seperti yang telah dijelaskan sebelumnya. Namun sejak adanya UU Advokat konstelasi, sistem penegakan hukum mengalami perubahan signifikan. Peran advokat yang semula dianggap sebagai pelengkap dan kurang diperhitungkan oleh tiga lembaga hukum lainnya, kini eksistensinya mulai diakui sebagai lembaga penegak hukum yang setara, meskipun belum disertai dengan kewenangan memadai terutama jika berhadapan dengan tiga lembaga hukum lainnya (polisi, jaksa dan hakim).

Undang Advokat Advokat memberikan status kepada advokat sebagai penegak hukum yang mempunyai kedudukan setara dengan penegak hukum lainnya dalam menegakkan hukum dan keadilan. Hal secara eksplisit dinyatakan dalam Pasal 1 ayat (1) UU Advokat sebagai berikut:

“Advokat berstatus sebagai penegak hukum, bebas dan mandiri yang dijamin oleh hukum dan peraturan perundang-undangan”

Penjelasan undang-undang advokat menerangkan bahwa advokat adalah salah satu perangkat dalam proses peradilan yang mempunyai kedudukan setara dengan penegak hukum lainnya dalam menjalankan fungsinya untuk menegakkan hukum dan keadilan. Peran advokat sebagai penegak hukum yang menjalankan fungsi kontrol terhadap penyelenggaraan proses peradilan pidana yang adil oleh tiga lembaga penegak hukum lainnya (polisi, jaksa dan hakim), perlu diwadahi dalam suatu organisasi yang merupakan satu-satunya wadah profesi advokat.

Ketentuan mengenai organisasi advokat diatur di dalam Pasal 28 Ayat (1) UU Advokat yang isinya adalah:

“Organisasi Advokat merupakan satu- satunya wadah profesi Advokat yang bebas dan mandiri yang dibentuk sesuai dengan ketentuan Undang-Undang ini dengan maksud dan tujuan untuk meningkatkan kualitas profesi Advokat”.

Pada dasarnya, organisasi advokat seperti PERADI, PAI dan lain-lain adalah organ negara dalam arti luas yang bersifat mandiri (*independent state organ*) yang juga melaksanakan fungsi negara.⁴⁷ Apabila dicermati lebih jauh baik secara normatif maupun empiris, lembaga penegak hukum tidak hanya terdiri dari tiga struktur hukum di atas (kepolisian, kejaksaan dan pengadilan), tetapi termasuk juga struktur organisasi advokat meskipun posisinya berada di luar sistem ketatanegaraan, yang justru tepat karena fungsinya adalah mengontrol penyelenggaraan kekuasaan kehakiman agar dapat dicapai pelaksanaan proses hukum yang adil bagi masyarakat pencari keadilan.

⁴⁷Lihat Pertimbangan Hukum Putusan MK Nomor 014/PUU-IV/2006 mengenai Pengujian Undang-Undang Advokat

Struktur lembaga penegakan hukum terdiri dari dua komponen yaitu: (a) komponen *pro iustitia*; dan (b) komponen *non pro iustitia*. Komponen *pro iustitia* dibedakan lagi menjadi dua kelompok, yaitu: (i) kelompok *pro iustitia murni*; dan (ii) kelompok *pro iustitia tidak murni*. Kelompok *pro iustitia murni* meliputi tiga lembaga hukum, yaitu: kepolisian, kejaksaan dan pengadilan. Tiga lembaga hukum ini merupakan kesatuan penegak hukum dalam rangkaian proses peradilan pidana. Sedangkan kelompok *pro iustitia tidak murni* adalah lembaga peradilan semu “*quasi administratie rechtpraak*”. Sebelum dihapuskan, kelompok ini mencakup juga badan-badan lain seperti Panitia Penyelesaian Perselisihan Hubungan Perburuhan, dan lain sebagainya.

Lembaga penegak hukum *non pro iustitia* dapat dibedakan antara lembaga dalam lingkungan pemerintahan dan di luar pemerintahan. Dalam lingkungan pemerintahan adalah lingkungan jabatan administrasi negara yang memiliki atau diberi wewenang polisionil, termasuk jabatan keimigrasian, bea cukai, perpajakan dan lain-lain. Sedangkan lembaga penegak hukum di luar pemerintahan adalah badan-badan yang diselenggarakan oleh masyarakat seperti advokat, notaris, mediasi, arbitrase, dan berbagai lembaga yang ada diberi wewenang menyelesaikan sengketa yang bersifat perdamaian.⁴⁸

Lahirnya UU Advokat berimplikasi pada pengukuhan kedudukan, peran dan fungsi advokat sebagai lembaga penegak hukum yang setara dengan tiga lembaga penegak hukum lainnya, yaitu kepolisian, kejaksaan dan pengadilan. Advokat adalah lembaga penegak hukum yang bebas dan independen karena tidak digaji oleh negara sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 14 Undang-Undang Advokat.

5. Hak-Hak Advokat

Hak dan kedudukan penasihat hukum dalam memberikan bantuan hukum diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana yang terdapat dalam Bab VII Pasal 69 sampai dengan Pasal 74 KUHAP. Pekerjaan penasihat hukum adalah pekerjaan berbasis kepercayaan klien mengenai substansi perkara yang sedang dihadapinya, sehingga penasihat hukum wajib menyimpan rahasia dari klien serta informasi yang di berikan kepadanya.

Lingkup tugas dan fungsi advokat berdimensi kemanusiaan, sehingga dalam memberikan bantuan hukum tidak semata-mata dinilai dan diukur dari segi material saja, tetapi harus diimbangi juga dengan jiwa dan kepekaan sosial terhadap keadaan klien dan masyarakat pada umumnya. Penasihat hukum harus mempunyai sifat kekebalan atau immunitas terhadap segala perbuatan atau pembelaan (*pledoi*) yang dilakukan demi kepentingan pembelaan.

Hak-hak penasihat hukum dalam memberikan bantuan hukum terhadap kliennya adalah:⁴⁹

a. Hak untuk mendampingi klien selama proses penyelidikan dan penyidikan.

⁴⁸Bagir Manan, *Kedudukan Penegak hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Varia Peradilan ke XXI No.243 Februari 2006, hlm.7

⁴⁹ Akmaludin, Loc.Cit., hlm. 52

Terkait dengan hak tersebut, di dalam KUHAP diatur mengenai beberapa hak turunannya sebagai berikut:

- 1) Hak penasihat hukum untuk menghubungi tersangka sejak saat di tangkap atau ditahan pada sernua tingkat pemeriksaan;
- 2) Hak untuk menghubungi dan berbicara dengan tersangka pada setiap tingkat pemeriksaan dan setiap waktu demi kepentingan pembelaan perkaranya;
- 3) Hak untuk mengirimkan dan menerima surat dari tersangka setiap kali di kehendaki olehnya;
- 4) Pembatasan-pembatasan terhadap hak-hak tersebut berdasarkan adanya penyalahgunaan wewenang oleh penasihat hukum.

b. Hak untuk maju di depan pengadilan

Hak untuk mendampingi dan/ataumewakili klien atau terdakwa dalam persidangan di pengadilan. Adanya penolakan atas hak ini, hanya dapat didasarkan pada ketiadaan sertifikasi yang menyatakan bahwa advokat tersebut tidak memiliki kualifikasi yang ditentukan atau apabila advokat yang bersangkutan dicabut haknya untuk mendampingi klien dalam kaitannya dengan penghinaan terhadap pengadilan (*Contempt of Court*).

c. Hak atas kebebasan dan perlindungan dalam menjalankan fungsinya.

Advokat mempunyai hak kekebalan dalam melakukan tindakan atau menyatakan pendapat pada saat ia menjalankan tugasnya dalam mendampingi klien. Tanpa adanya kekebalan ini, maka advokat tidak bisa mandiri dan independen dalam menjalankan tugas dan fungsi profesionalnya sehingga prinsip *due process of law* tidak dapat dijalankan secara efektif.

"Harus ada sistem administrasi peradilan yang adil dan sejajar, yang menjamin dengan independensi advokat dalam menjalankan tugas profesionalnya tanpa ada hambatan, pengaruh, tawaran insentif, tekanan, ancaman atau intervensi, baik secara langsung maupun tidak langsung dari siapa pun atas dasar alasan apapun".

d. Hak untuk ikut menentukan kebijakan dalam sistem peradilan

Hak untuk ikut menentukan kebijakan dalam sistem peradilan didasari bahwa advokat merupakan bagian yang tak terpisahkan dari sistem peradilan itu sendiri. Ada dua alasan pokok yang melandasi hak Advokat untuk ikut menentukan kebijakan dalam sistem peradilan. *Pertama*, karena advokat merupakan salah satu pihak dalam sistem peradilan, maka pandangannya mengenai sistem peradilan harus diperhatikan. *Kedua*, karena advokat dalam menjalankan fungsinya berkewajiban untuk mengupayakan peradilan yang adil dan benar bagi kliennya, maka advokat harus memiliki hak untuk memastikan bahwa sistem peradilan dapat optimal. Hak ini diperlukan untuk menjamin bahwa profesinya dapat dijalankan secara efektif. Dalam bentuk formal, hak ini dapat diwujudkan melalui Lembaga Komisi Yudisial. Dengan

adanya Komisi Yudisial ini, advokat akan dapat ambil bagian dalam pengambilan kebijakan pada sistem peradilan yang berkaitan dengan pengawasan dan promosi.

e. Hak untuk menjalankan pengawasan terhadap proses peradilan dan aparat penegak hukum

Hak untuk menjalankan pengawasan terhadap proses peradilan dan perilaku aparat penegak hukum ini harus diakui. Lingkup pelaksanaan hak ini adalah hak untuk menolak hakim untuk menangani perkara yang ditanganinya. Hal yang mendasarinya adalah kewajiban dari profesi hukum untuk menghormati lembaga peradilan. Dengan kewajiban ini, advokat juga diberikan hak untuk mengajukan penolakan atas keterlibatan hakim tertentu dalam perkara yang ditanganinya.

f. Hak untuk menjalankan fungsi arbitrase dan mediator dalam penyelesaian sengketa di luar pengadilan.

Advokat mempunyai kewajiban profesi untuk memastikan bahwa kliennya mendapatkan keadilan dalam suatu perkara. Pencapaian keadilan tersebut tidak harus melalui proses peradilan semata. Para pihak yang berperkara dapat bersepakat untuk melakukan pembicaraan sebelum atau pada saat proses peradilan dilangsungkan, dan dari pembicaraan ini akan didapat kesepakatan yang dipandang adil bagi semua pihak. Apabila proses ini dapat berjalan, maka advokat mempunyai peranan yang penting untuk menjalankan fungsinya sebagai arbitrase dan mediator guna mendapatkan kesepakatan bagi pihak-pihak yang berperkara.

g. Hak atas rahasia jabatan.

Hak atas rahasia jabatan ini merupakan hak yang penting bagi advokat, karena itu advokat dibebani kewajiban untuk menjaga kerahasiaan hubungannya dengan klien. Tanpa adanya pengakuan terhadap ini, tanggung jawab profesi terhadap advokat tidak akan dapat terlaksana dengan baik.

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Keabsahan “Surat Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat Hukum” Pada Tingkat Penyidikan Menurut KUHAP Serta Akibat Hukumnya Bagi Tersangka Tindak Pidana Narkotika Di Polresta Pontianak

Analisis utama dalam penelitian ini adalah “Surat Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat Hukum (untuk selanjutnya disingkat (SP2DPH)). Hasil pengamatan penelitian di Polresta Pontianak dan hasil studi pustaka sebagaimana telah dipaparkan pada bagian latar belakang. Fenomena SP2DPH hanyalah akibat dari persoalan penegakan hukum pidana di Indonesia

yang belum efektif, khususnya mengenai implementasi penghormatan dan/atau perlindungan hak-hak tersangka sebagaimana yang diatur dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP, yaitu “hak untuk didampingi oleh penasihat hukum pada semua tahapan proses peradilan pidana”.

Realitas empiris hasil temuan pengamatan penelitian berupa SP2DPH tersebut dapat memiliki 3 makna antara lain: *pertama*, makna subjektif berdasarkan kepentingan para aktor, yaitu: penyidik dan tersangka; *kedua*, makna objektif berdasarkan hak dan kewajiban aktor sebagaimana diatur di dalam KUHAP; dan *ketiga*, makna sosial berdasarkan fungsi, tujuan dan bekerjanya hukum di masyarakat.

Fenomena SP2DPH di masyarakat telah menimbulkan sejumlah pertanyaan yang memerlukan jawaban mengenai eksistensi hukum di masyarakat terkait dengan tujuan dan fungsi diciptakannya hukum. Hukum dibuat dengan tujuan untuk menciptakan keadilan dan kemanfaatan bagi kehidupan manusia, yang mana hal itu diharapkan dapat dicapai melalui norma norma atau peraturan hukum yang “jelas, tegas dan konsisten sehingga diperoleh suatu “kepastian hukum”.

Agar tercapai suatu masyarakat yang berkeadilan sosial maka hukum sekurang kurangnya harus memiliki tiga fungsi, yaitu: (i) hukum sebagai alat kontrol sosial (*law as a tool of social control*); (ii) hukum sebagai alat rekayasa sosial (*law as a tool of social engineering*); dan (iii) hukum sebagai alat integrasi (*law as a tool of integration*.)

Penelitian dilaksanakan di kota Pontianak pada beberapa subjek dan objek studi dalam rangka mengumpulkan data primer dan data sekunder. Data primer adalah data hasil wawancara dengan sejumlah narasumber terpilih dari beberapa tempat antara lain: (i) Polresta Pontianak; (ii) Pengadilan Negeri Pontianak; (iii) Kejaksaan Negeri Pontianak; (iv) Lembaga Pemasyarakatan (Lapas) Kelas II b Pontianak. Sedangkan data sekunder adalah data berupa dokumen atau catatan mengenai jumlah tersangka yang mendapat atau tidak mendapat pendampingan penasihat hukum pada saat diperiksa penyidik di Polresta Pontianak sejak tahun 2012 sampai dengan tahun 2014.

Data pendampingan penasihat hukum terhadap tersangka perkara narkoba pada saat penyidikan di Polresta Pontianak sejak tahun 2012 – 2014 dapat dilihat pada tabel yang telah dipaparkan pada bab I latar belakang

bahwa jumlah tersangka perkara narkoba di Polresta Pontianak yang tidak didampingi penasihat hukum pada saat diperiksa oleh penyidik adalah selama periode tahun 2012 -2014 adalah sebanyak 134 orang dari jumlah total

138 tersangka atau 97,7 %. 134 (97,7 %) tersangka menolak didampingi penasihat hukum, dan penolakan itu dinyatakan secara tertulis berupa SP2DPH, yang dijadikan bukti administratif dan sekaligus bukti hukum oleh penyidik bahwa “kewajiban untuk menunjuk penasihat hukum” sebagaimana diatur dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP sudah dilaksanakan. Bahwa tersangka menolak bantuan hukum yang diatur oleh undang-undang, maka hal itu adalah “dianggap sah” karena tersangka mempunyai hak asasi untuk menolak. Persoalannya adalah: apakah SP2DPH tersebut benar benar “sah/absah” menurut undang-undang (KUHAP) atau “dianggap sah” ditinjau dari kepentingan aktor, dalam hal ini APH yang meliputi polisi/penyidik, jaksa penuntut umum, dan hakim?

Terkait dengan keabsahan SP2DPH, maka terdapat perbedaan pendapat di antara para aktor yang meliputi: (i) tersangka/terdakwa/terpidana; (ii) Aparat Penegak Hukum (APH) yang terdiri dari penyidik: jaksa penuntut umum, hakim; dan penasihat hukum. Pendapat para aktor dinyatakan dalam wawancara sebagai berikut:

(i) Tersangka/terdakwa/terpidana

Terpidana X1

Terpidana X1 yang divonis 10 tahun penjara subsider 3 bulan menjawab pertanyaan peneliti sebagai berikut:

“Sejak awal penyidikan sampai dengan persidangan, saya tidak didampingi oleh penasihat hukum. Penyidik sudah memberitahukan tentang hak saya untuk didampingi penasihat hukum karena ancaman hukuman untuk perkara saya adalah di atas lima tahun, dan penyidik sudah menunjuk seorang penasihat hukum untuk mendampingi saya, yang mana bantuan hukum itu diberikan secara cuma-cuma. Tetapi tawaran penyidik tersebut saya tolak karena saya tidak percaya dan berpikiran negatif dengan alasan: (i) yang menunjuk penasihat hukum adalah penyidik, besar kemungkinannya bahwa penasihat hukum dikendalikan oleh penyidik. Dengan demikian, tidak banyak manfaatnya untuk kepentingan perkara saya; (ii) bantuan hukum yang diberikan secara cuma-cuma hampir bisa dipastikan akan dilaksanakan dengan setengah hati. Paling-paling diberikan penasihat hukum yang tidak bermutu atau yang sedang cari nama sehingga mau dibayar murah atau bahkan tidak dibayar. Berdasarkan dua alasan itu, maka bagi saya sama saja keadaannya antara didampingi atau tidak didampingi penasihat hukum. Meskipun negara telah melindungi hak saya sebagai tersangka, tetapi apa gunanya jika pelaksanaannya seperti itu. Jika hak itu memang diakui “ada”, maka biarkan saya sendiri yang memilih penasihat hukumnya dan bukan dipilihkan oleh penyidik”. Begitu saya menolak pendampingan oleh penasihat hukum, maka saya diruruh penyidik untuk membuat surat pernyataan penolakan secara tertulis di atas kertas bermeterai. Penyidik ternyata sudah mempunyai formulir pernyataan yang tinggal diisi dan ditandatangani.⁵⁰

Terpidana X2

⁵⁰Wawancara dengan terpidana X1 di Lembaga Pemasyarakatan Kelas II b Pontianak, pada tanggal 26 juni 2014

Terpidana X2 menceritakan pengalaman yang berbeda ketika diperiksa penyidik di Polresta Pontianak sebagai berikut:⁵¹

“Pada saat mulai diperiksa saya tidak diberitahu oleh polisi bahwa saya berhak didampingi oleh penasihat hukum yang tidak usah bayar. Saya tahunya justru diberitahu dan ditawarkan oleh hakim ketika pertama kali sidang di pengadilan. Karena saya buta hukum, meskipun sudah diberitahu saya menolak tawaran hakim karena tidak tahu apa manfaatnya didampingi penasihat hukum bagi perkara saya, bahkan saya khawatir jangan-jangan malah hukuman saya jadi tambah berat”.

Terpidana X3

Terpidana X3 mengisahkan pengalamannya ketika diperiksa penyidik sebagai berikut:⁵²

“Ketika saya mulai diperiksa, penyidik memberitahu bahwa saya mempunyai hak untuk didampingi penasihat hukum selama menjalani pemeriksaan sejak di kepolisian sampai dengan selesainya sidang atau jatuh vonis. Dijelaskan juga bahwa bantuan hukum itu tanpa biaya, bahkan penyidik yang menunjuk penasihat hukumnya. Tawaran penyidik itu saya terima, namun saya tidak tahu apa manfaatnya secara langsung bagi perkara saya. Menurut anggapan saya, bantuan penasihat hukum itu tidak berpengaruh terhadap perkembangan perkara saya. Manfaatnya ada tetapi tidak banyak. Setidaknya saya tidak mengalami intimidasi atau kekerasan selama menjalani pemeriksaan seperti yang dialami oleh tersangka lain yang tidak didampingi penasihat hukum. Pendapat saya itu berdasarkan apa yang saya lihat dan rasakan selama menjalani pemeriksaan. Penasihat hukum hanya hadir, diam dan menyaksikan saja jalannya pemeriksaan. Jika penyidik meminta pendapatnya, barulah penasihat hukum memberikan pertimbangannya. Dalam pandangan saya, meskipun penasihat hukum diperbolehkan mendampingi, tetapi jalannya pemeriksaan sepenuhnya diatur dan dikontrol oleh penyidik. Terkesan bahwa penyidik menentukan apa yang boleh dan apa yang tidak boleh dilakukan oleh penasihat hukum. Melihat kenyataan seperti itu, peran penasihat hukum hanyalah sebagai “penonton” saja, tanpa punya hak dan kewenangan untuk mengawasi dan mengontrol jalannya pemeriksaan, sehingga selalu terbuka peluang terjadinya pelanggaran hak-hak tersangka meskipun ada pendampingan penasihat hukum”.

(ii) Aparat Penegak Hukum (APH) Polisi/Penyidik

⁵¹Wawancara dengan terpidana X2 di Lembaga Pemasyarakatan Kelas II b Pontianak, pada tanggal 26 juni 2014

⁵²Wawancara dengan terpidana X3 di Lembaga Pemasyarakatan Kelas II b Pontianak, pada tanggal 26 juni 2014

Berkenaan dengan keabsahan SP2DPH, Kasat Narkoba Poresta Pontianak Dhani Cakra Nugraha S,ik memberikan pendapatnya sebagai berikut:⁵³“Menurut ketentuan Pasal 56 ayat (1) KUHAP, penunjukan penasihat hukum itu sifatnya “wajib”, berarti harus dilaksanakan oleh polisi/penyidik. Namun demikian, tersangka juga punya hak menolak yang juga wajib dihormati. Dalam hal tersangka menolak, maka penolakan itu harus dinyatakan secara tertulis dalam bentuk SP2PDH, yang dijadikan bukti untuk membatalkan hak tersangka didampingi penasihat hukum. Landasan peraturan yang dijadikan dasar hukum untuk menyatakan bahwa SP2PDH adalah “sah” secara hukum adalah Surat Edaran Kejaksaan Agung Republik Indonesia No. B – 570/FPK.1/9/1994”.

Jaksa Penuntut Umum

S. Valentino,SH selaku jaksa penuntut umum di Kejaksaan Negeri Pontianak berpendapat tentang sanksi bagi APH yang tidak melaksanakan kewajiban yang diatur dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP sebagai berikut:⁵⁴

“Pasal 56 ayat (1) KUHAP bersifat memberikan pilihan atau opsional sehingga tidak ada sanksi yang dapat dijatuhkan kepada APH. Selain itu, APH dalam melaksanakan tugasnya selalu berdasarkan perintah dan dasar hukum yang jelas”.

Hakim

Erwin Djong,SH selaku Hakim di Pengadilan Negeri Pontianak menyatakan pendapatnya tentang penolakan tersangka didampingi penasihat hukum sebagai berikut:⁵⁵

“APH berkewajiban menunjuk penasihat hukum bagi tersangka dan kewajiban itu harus dilaksanakan oleh pejabat terkait di semua tingkatan pemeriksaan, karena “pendampingan oleh penasihat hukum” adalah hak tersangka yang diberikan oleh undang undang (KUHAP). Dalam hal tersangka menolak menggunakan haknya, maka hal itu diperbolehkan karena tersangka juga mempunyai hak untuk menolak, dengan catatan bahwa penolakannya itu dinyatakan secara tertulis”.

Ketua Pos Bantuan Hukum (Posbakum)

Terkait dengan praktik pelaksanaan Pasal 56 ayat (1) KUHAP, Umi Kalsum,SH selaku Ketua Pos Bantuan Hukum (Posbakum) di Pengadilan Negeri Pontianak berpendapat sebagai berikut:⁵⁶

“Selama ini, perlindungan terhadap hak tersangka oleh penyidik, khususnya hak untuk didampingi penasihat hukum di semua tingkat

⁵³Wawancara dengan Dhani Cakra Nugraha selaku Kasat Narkoba Polres Pontianak pada tanggal 23 Juni 2014

⁵⁴ Wawancara dengan S. Valentino,SH selaku Jaksa Penuntut Umum di Kejaksaan Negeri Pontianak pada tanggal 21 Juni 2014

⁵⁵ Wawancara dengan Erwin Djong,SH selaku Hakim di Pengadilan Negeri Pontianak pada tanggal 22 Juni 2014

⁵⁶Wawancara dengan Umi KalsumSH selaku ketua Pos Bantuan Hukum (Posbakum) di Pengadilan Negeri Pontianak pada tanggal 23 Juni 2014

pemeriksaan adalah tidak benar karena tidak sesuai dengan KUHAP. Hampir semua atau sebagian besar tersangka tidak didampingi oleh penasihat hukum. Sebagai gantinya, muncul SP2PDH untuk menggugurkan kewajiban penyidik menunjuk penasihat hukum. Praktik semacam ini secara prosedural tidak benar dan tidak “sah” sehingga bisa dituntut dengan mekanisme pra peradilan”.

Penasihat Hukum

Beribariskan,SH selaku penasihat hukum menyatakan pendapatnya sebagai berikut:⁵⁷

“Ketentuan Pasal 56 ayat (1) KUHAP adalah tidak baik karena dua alasan, yaitu: pertama tidak realistis; dan kedua, menimbulkan multi tafsir. Dikatakan tidak realistis karena Pasal tersebut sulit dilaksanakan di dalam praktik, sebab kewajiban setiap penasihat hukum untuk memberikan bantuan hukum secara Cuma cuma sebagaimana diatur dalam Pasal 56 ayat (2) KUHAP dapat menjadi kendala utama bagi pelaksanaan Pasal 56 ayat (1). Pada kenyataannya banyak penasihat hukum berusaha menghindari dari kewajiban ini apabila ditunjuk penyidik, dan apabila ia bersedia maka bantuan hukum itu diberikan dengan setengah hati atau asal hadir dan menyaksikan saja, tidak dalam kapasitas benar benar melindungi hak tersangka. Dikatakan multi tafsir karena Pasal 56 ayat (1) KUHAP hanya mengatur tentang kewajiban penyidik untuk “menunjuk” penasihat hukum bagi tersangka, tetapi tidak mengatur bagaimana pelaksanaannya dan bagaimana sanksi bagi pejabat atau APH yang tidak melaksanakan ketentuan tersebut. Berdasarkan hal itu maka SP2PDH adalah “tidak sah” karena tidak sesuai dengan KUHAP sehingga dapat digugat melalui pra peradilan”.

Mencermati hasil wawancara dari para aktor, yaitu tersangka dan aparat penegak hukum (APH) sebagaimana yang dipaparkan di atas, dapat dirumuskan beberapa kesimpulan sebagai berikut:

Pertama, pada umumnya hampir semua tersangka/terdakwa atau terpidana tidak tahu apakah SP2DPH yang dibuat dan ditandatanganinya itu “sah” atau “tidak sah” menurut hukum karena mereka tidak tahu hukum. Tersangka juga tidak tahu dan tidak bisa menilai tentang: (i) apa manfaat pendampingan penasihat hukum bagi kepentingan perkaranya; (ii) apa akibat bagi dirinya jika menolak didampingi penasihat hukum.

Kedua, hampir semua penasihat hukum semua aparat penegak hukum (APH) yang diwawancarai di Pontianak yaitu: polisi/ penyidik, jaksa penuntut umum dan hakim berpendapat sama bahwa SP2DPH adalah “sah” menurut hukum, karena ada peraturan yang mendasarinya, yaitu Surat Edaran Kejaksaan Agung Republik Indonesia No. B-570/FPK.1/9/1994 tentang Kewajiban Jaksa selaku Penyidik Khusus Menunjuk Penasihat Hukum.

Ketiga, hampir semua penasihat hukum yang diwawancarai di Pontianak berpendapat bahwa SP2PDH “tidak sah” menurut hukum karena tidak

⁵⁷Wawancara dengan Beribariskan,SH selaku penasihat hukum di Pontianak pada tanggal 29 Juni 2014

sesuai dengan KUHAP, dan sebagai konsekuensinya maka pemeriksaan tersangka atau terdakwa di semua tingkatan yang tidak didampingi oleh penasihat hukum adalah “tidak sah” dan oleh karenanya “batal demi hukum”.

Pendapat para pemangku kepentingan (*stakeholder*) terbelah menjadi dua versi; (i) **Versi aparat penegak hukum dari unsur negara** (polisi, jaksa dan hakim) menyatakan bahwa SP2PDH adalah “sah” secara hukum, karena didasarkan pada peraturan yang dikeluarkan oleh Lembaga negara yang memang memiliki kewenangan penyidikan dan/atau penuntutan yaitu Kejaksaan Agung Republik Indonesia. Peraturan termaksud adalah Surat Edaran Kejagung RI: SE No. B-570/FPK.1/9/1994. Surat edaran ini dijadikan dasar hukum dan sekaligus alasan pembenar untuk menggugurkan perintah Pasal 56 ayat (1) KUHAP mengenai kewajiban penyidik menunjuk penasihat hukum bagi tersangka; (ii) **Versi aparat penegak hukum di luar unsur negara** (penasihat hukum) menyatakan bahwa SP2PDH adalah “tidak sah” menurut hukum karena tidak sesuai dengan KUHAP.

Masing-masing mempunyai dasar hukum yang kuat sehingga berasumsi bahwa versinya adalah yang benar. Kenyataannya di dalam praktik yang berlaku (*das sein*) di Pontianak dan beberapa tempat lain di Indonesia, menunjukkan bahwa versi aparat penegak hukum dari unsur negara (polisi, jaksa dan hakim) yang “dianggap benar” dan oleh karena itu SP2PDH “dianggap sah” dan berlaku di Indonesia. Pertanyaannya adalah: Apakah fenomena SP2PDH ini adalah “sah” ditinjau dari perspektif “apa yang seharusnya (*das solen*)” yang diukur dari aspek-aspek: (i) asas legalitas hukum acara pidana; (ii) doktrin *due process of law*; dan (iii) asas praduga tak bersalah. Untuk menjawab pertanyaan tersebut, fenomena SP2PDH dapat dianalisis sebagai berikut:

Hak tersangka dan/atau terdakwa untuk didampingi penasihat hukum diberikan oleh undang undang yaitu Pasal 56 ayat (1) KUHAP yang bersifat “wajib” tetapi “terbatas (limitatif), artinya diberikan dengan syarat tertentu. Artinya hak tersebut tidak diberikan kepada semua tersangka atau terdakwa, melainkan hanya diberikan terbatas pada tersangka perkara pidana yang diancam dengan: (i) pidana mati; (ii) pidana 15 tahun atau lebih; (iii) pidana 5 tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasihat hukum sendiri karena tidak mampu.

Makna limitatif dari dari Pasal 56 ayat (1) KUHAP adalah “bahwa dalam keadaan tertentu seperti dimaksud pada huruf (i), (ii) dan (iii) di atas, hak tersangka yang semula bersifat “relatif” (dapat digunakan atau dapat tidak digunakan tergantung pada kehendak pemilik hak yaitu tersangka), berubah sifat menjadi “wajib yang berarti harus dilaksanakan” atau mutlak/absolut.

Pelaksanaan kewajiban penyidik yang diatur dalam Pasal 56 ayat (1) dan pasal 114 KUHAP harus dilihat dalam konteks: (i) “upaya negara untuk memberikan perlindungan bagi tersangka terhadap kesewenang-wenangan aparat penegak hukum”; (ii) menjamin bahwa tersangka mendapatkan proses hukum yang adil (*due process of law*); dan (iii) proses peradilan pidana dilaksanakan berdasarkan asas praduga tak bersalah.

Guna menjamin tercapainya tujuan tersebut, maka tatacara peradilan pidana harus didasarkan pada asas legalitas hukum acara pidana sebagaimana tercantum pada ketentuan Pasal 2 dan Pasal 3 KUHAP yang isinya adalah:

Pasal 2

Undang-undang ini berlaku untuk melaksanakan tatacara peradilan dalam lingkungan peradilan umum pada semua tingkat peradilan.

Pasal ini menyiratkan makna bahwa KUHAP adalah undang-undang yang merupakan satu-satunya (*the only one*) sumber atau dasar hukum acara pidanayang harus digunakan oleh aparat penegakhukum untuk melaksanakan tatacara peradilan pidana di semua tingkatan sejak pemeriksaan pendahuluan, penyidikan, penuntutan sampai perkaranya mempunyai kekuatan hukum tetap.

Pasal 3

Peradilan dilakukan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini.

Pasal 3 KUHAP menentukan bahwa tatacara pelaksanaan peradilan pidana harus mengikuti ketentuan ketentuan yang diatur di dalam KUHAP. Implikasi dari ketentuan pasal ini adalah “bahwa penggunaan sumber atau dasar hukum lain di luar KUHAP oleh aparat penegak hukum untuk menyelenggarakan acara pidana adalah “tidak boleh”.

Pasal 2 dan Pasal 3 KUHAP adalah penjabaran dari asas legalitas hukum acara pidana. Kedua pasal inilah yang menjadi “batu uji” apakah suatu prosedur acara pidana dikatakan “sah” atau “tidak sah” menurut hukum. Pengertian menurut hukum dalam hal ini adalah harus berdasarkan atau mengacu pada semua ketentuan yang terdapat di dalam KUHAP. Sebagai konsekuensinya, apabila suatu prosedur atau acara pidana ternyata belum diatur di dalam KUHAP, tidak serta merta menggugurkan “kewajiban”, “hak” atau “sesuatu yang dilarang” oleh hukum acara pidana. Dalam hal demikian itu, harus dipakai prosedur yang paling meringankan tersangka atau terdakwa.

Pasal 2 dan Pasal 3 KUHAP adalah “apa yang seharusnya” atau “*das solen*”, yang digunakan untuk menguji keabsahan SP2DPH sebagai “apa yang berlaku dalam praktik atau “*das sein*”. SP2DPH bermula dari “hak tersangka didampingi penasihat hukum” yang bersumber dari perintah undang-undang Pasal 56 ayat (1) KUHAP]. Hak itu sifatnya “wajib” sehingga harus dilaksanakan oleh aparat penegak hukum. Namun demikian, tersangka sebagai subjek hukum juga mempunyai “hak untuk menolak” yang mana hak ini juga dilindungi oleh konstitusi. Dalam hal tersangka “menolak menggunakan haknya”, hal ini tidak serta merta menggugurkan kewajiban aparat penegak hukum untuk menunjuk penasihat hukum bagi tersangka.

Lahirnya hak tersangka itu adalah karena perintah undang-undang, maka gugurnya hak tersangka atau kewajiban aparat penegak hukum juga harus diatur dengan undang-undang yang sama atau dengan peraturan lain yang setingkat. Jika suatu acara pidana (penolakan tersangka didampingi penasihat hukum pada saat pemeriksaan) ternyata belum diatur di dalam KUHAP atau belum ada peraturan pelaksanaannya, maka bukan berarti bahwa “acara pemeriksaan atau penyidikan” bisa dilaksanakan tanpa pendampingan penasihat hukum yang kemudian disubstitusi dengan SP2DPH berdasarkan Surat Edaran (SE) Kejaksaan Agung RI No. B-570/F/FPK.1/9/1994.

Ditinjau dari perspektif Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembuatan Peraturan Perundang-undangan (selanjutnya disingkat UU P3), maka hierarki dan kekuatan hukum peraturan perundang undangan di Indonesia adalah sebagai berikut:

Ayat (1)

Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:

- 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 Provinsi; dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Ayat (2)

Kekuatan hukum Peraturan Perundang undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1)

Jika dikonfirmasi dengan ketentuan Pasal 7 ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 8 ayat (1) dan ayat (2) UU P3 No. 12/2011 mengenai jenis peraturan perundang-undangan selain yang ditetapkan pada Pasal 7, maka Surat Edaran (SE) Kejaksaan RI No. B-570/F/FPK.1/9/1994 bukan peraturan perundang-undangan karena beberapa alasan sebagai berikut:

- a. Bentuknya adalah Surat Edaran yang dibuat dan ditandatangani oleh Jaksa Agung Muda dan bukan Peraturan Kepala Kejaksaan Agung sebagaimana diatur dalam Pasal 8 ayat (1) UU P3 No. 12 tahun 2011.
- b. Substansinya adalah “pengaturan teknis administrasi” sebagai petunjuk operasional di lapangan.
- c. Bukan produk hukum yang dapat menggugurkan kewajiban dan/atau hak yang diatur oleh undang-undang (KUHAP)

Berdasarkan 3 (tiga) alasan tersebut, maka Surat Edaran (SE) Kejaksaan RI No. B-570/F/FPK.1/9/1994 tidak dapat dijadikan sebagai dasar hukum atau alasan pembenar untuk: (i) menggugurkan “kewajiban” penyidik menunjuk penasihat hukum bagi tersangka; (ii) menggugurkan hak tersangka didampingi penasihat hukum, meskipun tersangka menolak; (iii) menetapkan prosedur beracara pidana seperti membuat SP2DPH.

Makna substantif Pasal 56 ayat (1) KUHAP (yang berbeda dari makna harfiah/menurut bahasa) adalah mengatur “acara pidana” bahwa dalam “keadaan khusus” sebagaimana diatur oleh pasal tersebut, negara melalui pejabat yang menjalankan kekuasaannya (penyidik) “bertanggungjawab” dan “berkewajiban” menjamin bahwa pemeriksaan tersangka harus didampingi penasihat hukum. Dengan demikian, pendampingan penasihat hukum pada pemeriksaan pendahuluan adalah suatu hal yang tidak boleh tidak harus ada (*conditio sine qua non*).

Hukum acara pidana (KUHAP) menggunakan istilah undang undang (*wet*) yang maknanya adalah “hanya dengan undang-undang dalam arti formil

seseorang dapat ditangkap, ditahan, diteledah, diperiksa, dituntut, dan diadili. Merujuk pada Pasal 1 KUHAP (Sv). Belanda menegaskan hal ini yang berbunyi: *”Strafvordering heft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien.”* (Acara pidana dijalankan hanya menurut cara yang diatur oleh undang-undang). Jadi, tidak boleh suatu peraturan yang lebih rendah dari undang-undang dalam arti formil mengatur acara pidana.

Berdasarkan hasil analisis tersebut, peneliti berpendapat bahwa Surat Edaran (SE) Kejaksaan RI No. B-570/F/FPK.1/9/1994 itu tidak mempunyai kekuatan hukum yang berlaku umum dan mengikat, sehingga praktik beracara pidana karena adanya Surat Edaran tersebut, seperti penyidikan tanpa didampingi penasihat hukum beserta SP2DPH adalah “tidak sah” dan “batal demi hukum (*null and void*)”.

Dalam pasal 114 KUHAP menyebutkan bahwa.

“Dalam hal seseorang disangka melakukan suatu tindak pidana sebelum dimulainya pemeriksaan oleh penyidik, penyidik wajib memberitahukan kepadanya tentang haknya untuk mendapatkan bantuan hukum atau bahwa ia dalam *perkaranya itu wajib didampingi* oleh penasehat hukum sebagaimana dimaksud dalam pasal 56”

Dengan demikian, pada keadaan khusus yang ditentukan oleh Pasal 56 ayat (1) KUHAP pemeriksaan tersangka atau terdakwa perkara “wajib” atau “harus” didampingi oleh penasihat hukum, termasuk jika tersangka menolak menggunakan haknya didampingi penasihat hukum. Kewajiban penyidik atau hak tersangka yang terlahir karena perintah undang-undang (Pasal 56 ayat (1) KUHAP) hanya bisa digugurkan oleh undang-undang yang sama atau peraturan perundang-undangan lain yang setingkat, misalnya Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang apabila kondisi dan syaratnya terpenuhi.

Dalam pasal 56 ayat (1) KUHAP “Dalam hal tersangka atau terdakwa disangka atau didakwa melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasihat hukum sendiri, pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan *wajib menunjuk* penasihat hukum bagi mereka.” Di sini terlihat kewajiban aparat penegak hukum kewajiban hanya sebatas menunjuk penasehat hukum saja, masalah ini akan menjadi dilema bila dikaitkan dengan pasal 114 KUHAP

Kewajiban aparat penegak hukum dalam tahap awal penyidikan hanya sebatas memberitahu hak tersangka dalam proses penyidikan dan menunjuk penasehat hukum disinilah permasalahan sejauh mana pelaksanaan pasal 56 KUHAP terhadap pendampingan penasehat hukum pada perkara narkoba sangat rendah, jika memang pasal 56 KUHAP dilaksanakan sebagai mana mestinya harusnya serapan penggunaan penasehat hukum oleh tersangka lebih besar. Meskipun menggunakan surat penolakan didampingi penasehat hukum, Disini jelas nampak bahwa penyidik tidak melaksanakan pasal 56 KUHAP secara optimal mengesampingkan aspek kemanfaatan bagi tersangka, bagi aparat penegak hukum hanya sebatas keadilan proedural yang lebih dominan, aparat penegak hukum hanya sebatas sesuai prosedur hal ini diperkuat dengan

Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung No. 1565 K/Pid/1991 yang menyatakan:

“Apabila syarat-syarat penyidikan tidak dipenuhi seperti halnya penyidik tidak menunjuk penasihat hukum bagi tersangka sejak awal penyidikan, tuntutan Penuntut Umum dinyatakan tidak dapat diterima. Ketentuan itu menjadi masalah bagi APH dengan disiasati Kejaksaan Agung RI dengan mengeluarkan Surat Edaran No. B-570/F/Fpk.1/9/1994 Tentang Surat Edaran tentang Jaksa Sebagai Penyidik Khusus Wajib Menunjuk Penasihat Hukum (pasal 56 KUHAP) yang isinya berupa petunjuk teknis administratif untuk mengantisipasi adanya risiko pemeriksaan dinyatakan tidak sah akibat ketentuan yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut.

Surat Edaran Kejaksaan Agung itulah yang digunakan sebagai dasar hukum oleh penyidik untuk melegalkan SP2DPH yang sekaligus dapat menggugurkan kewajiban yang diperintahkan oleh KUHAP untuk menunjuk penasihat hukum. Dalam hal ini SP2DPH dipergunakan sebagai substitusi tujuan (*goal substitution*) dari tujuan negara yang lebih tinggi dan sulit dilaksanakan menjadi tujuan teknis dan pragmatis yang hasil akhirnya adalah menghilangkan hambatan-hambatan teknis administratif institusi dalam menjalankan kewenangannya,

Putusan Mahkamah Agung RI No. 1565 K/Pid/1991, yang telah menjadi yurisprudensi, pada tahun 1998 juga muncul lagi putusan Mahkamah Agung RI No. 367 K/Pid/1998 .kemudian pada tahun 2011 muncul lagi putusan tindak pidana narkoba dengan Putusan Mahkamah Agung RI No. 545 K/Pid.Sus/2011 yurisprudensi tersebut hanya sebatas penunjukan penasehat hukum disubsitusikan dengan surat penolakan penasehat hukum untuk tujuan terpenuhinya pasal 56 KUHAP agar pemeriksaan penyidikan dinyatakan sah. Mahkamah agung sebagai integrator fungsional peradilan dalam kapasitas surat penolakan didampingi penasehat hukum, sah atau tidak sah surat penolakan dikepolisian ke kejaksaan nyatanya P21 hingga ke persidangan artinya *surat itu sah meski dari segi kemanfaatan bagi tersangka tidak ada dan lebih dominan kemanfaatan itu lebih dirasakan oleh aparat penegak hukum sebagai goal substitution dalam mengatasi hambatan teknis administratif institusi*. Dengan tidak terlaksananya pasal 56 KUHAP keadilan substantif jauh dari kata tercapai, melainkan keadilan prosedural saja dimana aparat penegak hukum hanya mengejar sesuai prosedur dan pencapaian dari akhir tujuan dengan menyampingkan aspek lain terlebih aspek kemanfaatan bagi hak tersangka atau terdakwa, ini terlihat dari rendahnya penggunaan penasehat hukum dalam pendampingan penyidikan di polresta Pontianak.

B. Ketentuan Pasal 56 KUHAP tidak atau belum dilaksanakan secara efektif pada tersangka perkara narkoba di Polresta Pontianak

H.L. A. Hart,⁵⁸ dalam bukunya *Konsep Hukum (The Concept of Law)* menyatakan bahwa: “*a legal system is the union of primary and secondary rules*”, yang artinya adalah:

“Sistem hukum adalah kombinasi dari aturan primer dan aturan sekunder. Aturan primer (*primary rules*) mengatur perilaku manusia untuk berbuat atau tidak berbuat, sedangkan aturan sekunder (*secondary rules*) merupakan aturan yang ditujukan kepada pejabat dan yang ditetapkan untuk mengatur tentang bagaimana tatacara atau prosedur melaksanakan aturan primer”

Di dalam Sistem Peradilan Pidana (selanjutnya disingkat SPP), aturan primer adalah undang-undang hukum pidana yang disebut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), sedangkan aturan sekunder adalah hukum acara pidana yang disebut dengan Kitab Undang Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). KUHAP merupakan ketentuan hukum acara pidana yang berlaku secara umum bagi semua proses peradilan pidana di Indonesia. Semua proses/prosedur/tata cara/pedoman beracara dalam SPP di Indonesia terutama harus mengacu kepada KUHAP.

Apabila ada perkecualian, misalnya untuk perkara-perkara tertentu, berlaku hukum acara dari suatu undang-undang itu sendiri, inipun acuannya sudah ditentukan terlebih dahulu oleh KUHAP. KUHAP dapat disimpangi atau tidak berlaku untuk perkara pidana tertentu, ketentuan yang menyatakan demikian harus diatur terlebih dahulu di dalam KUHAP. KUHAP melalui pasal-pasal memberikan peluang berlakunya hukum acara pidana untuk kasus-kasus atau perkara-perkara pidana tertentu.

Ketentuan-ketentuan KUHAP terutama ditujukan kepada APH (penyidik, jaksa dan hakim) sebagai pedoman untuk melaksanakan tugas, wewenang dan kewajibannya dalam menyelenggarakan acara peradilan pidana. Hal ini mengandung konsekuensi logis bahwa norma-norma yang diatur oleh hukum acara pidana adalah norma kewenangan (*bevoegdheidsnormen*). Dengan demikian bagian terbesar KUHAP adalah tentang wewenang dan penggunaan wewenang.

Pengaturan wewenang dan penggunaan wewenang, tidaklah semata-mata soal pembagian wewenang kepada berbagai instansi yang terlibat dalam penanganan perkara pidana, yaitu aparat kepolisian, kejaksaan, pengadilan, namun yang paling penting di sini ialah di satu sisi norma itu membatasi penggunaan wewenang tersebut, sementara pada saat yang sama di sisi lain dengan pembatasan tersebut hak-hak tersangka/terdakwa dilindungi.⁵⁹

⁵⁸H.L.A. Hart, *Konsep Hukum (The Concept of Law)*, Penterjemah M. Khozim, Cet. II, Bandung, Nusa Media, 2010, hlm. 124-126

⁵⁹Philipus Mandiri Hadjon, *Norma Hukum sebagai Norma Kewenangan dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) dalam rangka Perlindungan Hukum Bagi Rakyat (Tersangka/Terdakwa)*, dalam Dwi Windu KUHAP (Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana): *Problematika Penegakan Hukumnya*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Januari 1998, hlm. 22

Pembatasan kewenangan pejabat atau APH mutlak perlu dilakukan agar: (i) masyarakat terlindungi dari kesewenang-wenangan APH dalam penetapan pelaku tindak pidana terkalit dengan upaya paksa (*dwang midellen*), misalnya: pemanggilan, penetapan tersangka, penggeledahan, penyitaan, penangkapan dan penahanan. Upaya paksa harus berdasarkan KUHAP (asas legalitas acara pidana), dilaksanakan secara terbuka, dapat dipertanggungjawabkan (akuntabel), dan menghormati asas praduga tak bersalah (*presumption of innocent*) serta asas persamaan di depan hukum (*equality before the law*); dan (ii) tersangka terlindungi dari penyalahgunaan wewenang dan/atau kesewenang-wenangan APH serta diberikan apa yang menjadi haknya sebagaimana diatur oleh undang-undang.

Tujuan utama KUHAP adalah untuk mewujudkan proses peradilan pidana yang adil (*due process of law*). Indikator tercapainya proses peradilan pidana yang adil adalah terwujudnya tiga norma dasar hukum yang digagas oleh Gustav Radbruch,⁶⁰ yaitu: (i) keadilan; (ii) kepastian hukum; dan (iii) kemanfaatan. Secara filosofis, membicarakan mengenai hukum berarti berbicara tentang pengaturan keadilan.

Bagaimana hukum dapat mengatur agar keadilan substantif dapat terwujud di masyarakat di mana hukum itu bekerja. Sebab tujuan diciptakannya hukum adalah untuk mewujudkan “keadilan substantif”, yang berarti keadilan bagi semua pihak (*justice for all*), dan bukan sekedar keadilan prosedural atau formil semata sebagaimana yang dicerminkan oleh KUHAP yang berlaku pada saat ini. Hukum harus mengatur, mengontrol, merekam agar “keadilan substantif” dapat dijamin terwujud melalui norma-norma hukum yang jelas, tegas, mono tafsir dan konsisten sehingga tercipta “kepastian hukum” yang dapat memberi kemanfaatan bagi kehidupan masyarakat.⁶¹

Berdasarkan pemikiran tersebut, maka KUHAP yang berlaku saat ini perlu dinilai apakah sudah dapat mewujudkan proses peradilan pidana yang adil (*due process of law*) berdasarkan 3 (tiga) indikator utama, yaitu: keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan. Dalam menilai mengenai pelaksanaan proses peradilan pidana yang adil (*due process of law*) khususnya di Pontianak, peneliti menggunakan Pasal 56 ayat (1) KUHAP sebagai unit analisis karena berkaitan langsung dengan fenomena SP2DPH yang berkembang di masyarakat.

Unit analisis ini dinilai berdasarkan 3 (tiga) parameter dalam Teori Sistem Hukum Lawrence M. Friedman, yaitu:

(i) **Substansi hukum**

Menyangkut substansi peraturan hukum yang terkandung di dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP dan pasal-pasal lain yang terkait.

⁶⁰Bernard L. Tanya, Politik Hukum: Agenda Kepentingan Bersama, Yogyakarta, Genta Publishing, 2011, hlm. 2 - Radbruch tidak memisahkan aspek kepastian hukum dan kemanfaatan dari hal yang paling utama dalam hukum yaitu “keadilan”. Tujuan diciptakannya hukum adalah untuk mewujudkan keadilan di dalam masyarakat di mana hukum itu bekerja. Adapun fungsi kepastian hukum adalah untuk memastikan bahwa hukum yang di dalamnya terkandung nilai-nilai keadilan dan norma-norma hukum yang jelas, tegas dan konsisten, benar-benar ditaati sehingga “keadilan” yang terwujud melalui pengaturan hukum mendatangkan kemanfaatan bagi individu maupun masyarakat.

⁶¹Bernard L. Tanya, et.al., Teori Hukum, Teori Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi, Yogyakarta, Genta Publishing, 2010 dalam Bernard L. Tanya, *Ibid.* hlm. 2

Substansi hukum dinilai dari asas pembuatan peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Pasal 5 UU P3, yang meliputi aspek-aspek: kejelasan tujuan, kelembagaan atau pejabat pembentuk yang tepat; kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan; dapat dilaksanakan; efisiensi dan efektifitas; kejelasan rumusan; keterbukaan.

(ii) Struktur hukum

Menyangkut struktur lembaga hukum dan aparat penegak hukum terkait.

Terkait dengan denomena yang diteliti, struktur hukum dinilai dari kinerja Lembaga-lembaga hukum dan APH pada pemeriksaan pendahuluan yang diukur dari sub indikator: pelaksanaan kewajiban, perlindungan hak tersangka, profesionalisme polisi/penyidik, ada tidaknya pelanggaran terhadap hak tersangka

(iii) Budaya hukum

Menyangkut budaya dan perilaku aparat penegak hukum.

Budaya hukum dinilai dari ada tidaknya budaya atau perilaku APH dan/atau tersangka yang menyimpang pada saat pemeriksaan pendahuluan dilakukan.

Temuan hasil penelitian diperoleh dari beberapa sumber antara lain: (i) catatan tentang pelaksanaan pendampingan penasihat hukum pada pemeriksaan pendahuluan di Polresta Pontianak; (ii) hasil wawancara lisan maupun tertulis dengan narasumber terpilih; (iii) hasil studi peneliti lain; (iv) pendapat pakar; (v) dokumen yang berkaitan dengan objek studi.

Data primer dalam penelitian ini adalah hasil wawancara, sedangkan data sekunder berupa catatan, dokumen dan hasil penelitian lain digunakan sebagai penunjang data primer.

(i) Catatan Pelaksanaan Pendampingan Penasihat Hukum Di Polresta Pontianak

Pada halaman sebelumnya mengungkapkan bahwa capaian rata-rata kinerja pendampingan tersangka perkara narkoba oleh penasihat di Polresta Pontianak antara tahun 2012 – 2014 adalah 4 orang atau 2,3 % dari jumlah total 138 tersangka, sedangkan 134 orang atau 97,7 % sisanya tidak didampingi penasihat hukum pada saat diperiksa oleh penyidik. Dari 134 orang yang tidak didampingi penasihat hukum tersebut, terdapat 5 (lima) orang yang bahkan tidak diberitahu mengenai haknya untuk mendapatkan pendampingan hukum secara cuma-cuma. Kecuali 5 orang yang tidak diberitahu mengenai haknya didampingi penasihat hukum, 129 tersangka lainnya menyatakan menolak dan membuat SP2DPH. Dari 129 orang yang menolak itu, 2 orang diantaranya membuat penolakan karena dianjurkan oleh penyidik.

(ii) Hasil Wawancara

Hasil penelitian mengenai kinerja pelaksanaan Pasal 56 ayat (1) KUHP ditinjau dari perspektif Teori Sistem Hukum Lawrence M. Friedman dan

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembuatan Peraturan Perundang-undangan (UU P3), sangatlah bertentangan bilamana dikaitkan dengan herarki perundang undangan.

fenomena SP2DPH yang berkembang di masyarakat, sebenarnya hanya ujung atau puncak gunung es dari masalah hukum dan sosial yang terjadi di baliknya. Sebagai suatu realitas empiris hukum dan sosial, fenomena tersebut dapat diuraikan menjadi 3 akar permasalahan yang meliputi: substansi hukum, struktur hukum, dan budaya hukum.

1. Subtansi hukum

SP2DPH yang implikasi hukumnya dapat menggugurkan kewajiban APH menunjuk penasihat hukum yang diatur dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP, dan dengan demikian menjadikan acara pidana pemeriksaan pendahuluan menjadi “sah”, sebenarnya merupakan ilustrasi kegagalan negara dalam menunaikan tanggung jawabnya untuk menyelenggarakan proses peradilan pidana yang adil (*due process of law*). Hal itu terlihat dari kinerja APH dalam menerapkan Pasal 56 ayat (1) KUHAP dengan capaian hasil sebesar 2,3 % dari yang seharusnya 100 % tersangka perkara narkoba wajib didampingi penasihat hukum.

a. Kerancuan Pasal 56 ayat (1) KUHAP

Perkara pidana bersangkutan pelanggaran seorang warga negara atau anggota masyarakat terhadap ketentuan undang-undang hukum pidana. Ketika seorang warga negara diduga atau ditetapkan sebagai tersangka pelaku tindak pidana, dan oleh karenanya negara melalui APH-nya melaksanakan prosedur acara pidana mulai dari pemanggilan, penyidikan dan seterusnya, dengan merampas hak privasi dan kemerdekaan yang bersangkutan, serta merta pada saat yang sama terlahir kewajiban negara untuk menyelenggarakan proses peradilan pidana yang adil dengan cara memberikan perlindungan terhadap hak-hak tersangka, yang salah satunya adalah kewajiban “menyediakan atau memberikan” pendampingan penasihat hukum kepada tersangka, dan bukan hanya sekedar “menunjuk’ penasihat hukum.

Pada keadaan khusus yang ditetapkan pada Pasal 56 ayat (1) KUHAP, yaitu: ancaman pidana mati, ancaman pidana 15 tahun atau lebih, dan ancaman pidana 5 tahun atau lebih dan tersangka tidak mampu secara finansial, maka hak tersangka mendapatkan pendampingan penasihat hukum yang dalam keadaan biasa bersifat relatif atau opsional (pilihan), serta merta berubah menjadi “mutlak” harus ada, meskipun tersangka menolak. Oleh karenanya negara wajib “menyelenggarakan” pendampingan penasihat hukum atas biaya yang ditanggung oleh negara, karena negara yang merampas kemerdekaan tersangka.

Penggunaan kata “wajib menunjuk” pada Pasal 56 ayat (1) menjadi sumber kerancuan dalam menafsirkan makna pasal tersebut. Dengan frasa “wajib menunjuk”itu, menyiratkan makna bahwa kewajiban negara terbatas pada “menunjuk” penasihat hukum. Konsekuensi logisnya berarti bahwa “penyelenggaraan” pendampingan penasihat hukum bukan tanggung jawab dan kewajiban negara. Hal ini juga berarti bahwa ada “pihak lain” yang harus mengambil alih beban tanggung jawab dan kewajiban negara tersebut.

Kerancuan makna substantif itu menyebabkan dua hal, yaitu:

- (a) rumusan Pasal 56 ayat (1) KUHAP menjadi tidak jelas mengenai pemenuhan tanggung jawab dan kewajiban negara, serta mengenai dapat tidaknya ketentuan itu dilaksanakan;
- (b) Substansi Pasal 56 ayat (1) KUHAP bergeser kualifikasinya dari yang semula dimaksudkan sebagai “norma hukum” berubah menjadi “norma administrasi” saja, karena beberapa alasan: *pertama*, tidak ada akibat hukum bagi pejabat yang tidak melaksanakan; *kedua*, tidak bisa memaksa pejabat untuk mematuhi, *ketiga*, tidak ada sanksi hukum bagi pejabat yang tidak melaksanakan, *keempat*, muatannya bersifat pengaturan administrasi dan bukan pengaturan hukum acara pidana.

b. Akibat Hukum Pasal 56 ayat (1) KUHAP Bagi Penyidik Dan Tersangka

Akibat hukum adalah semua konsekuensi hukum yang akan timbul jika seseorang melaksanakan atau tidak melaksanakan suatu hak atau kewajiban yang diatur oleh norma hukum atau undang-undang, dalam hal ini undang-undang hukum acara pidana. Akibat hukum dapat berupa perubahan status atau kedudukan hukum dari “tidak bersalah” menjadi “bersalah” atau sebaliknya. Perubahan status dan kedudukan hukum ini akan disertai konsekuensi berupa sanksi pidana kurungan atau denda atau pembebasan dari segala tuntutan pidana.

Berbicara mengenai akibat hukum terkait Pasal 56 ayat (1) KUHAP, terdapat perbedaan antara penyidik atau APH dengan tersangka atau terdakwa. Bagi penyidik atau APH, tidak ada akibat hukum dan/atau sanksi apapun apabila tidak melaksanakan ketentuan pasal tersebut, karena KUHAP tidak mengaturnya. Kondisi ini sangat berbeda halnya bagi tersangka, terutama pada perkara narkotika.

Perkara narkotika adalah kejahatan luar biasa (*extra ordinary crime*) yang dapat diancam dengan hukuman maksimal yaitu pidana mati. Perubahan status hukum dari “tidak bersalah” menjadi “bersalah” bisa menimbulkan akibat hukum fatal berupa pidana mati atau pidana 15 tahun atau lebih. Nyawa atau kehidupan seseorang bisa hilang atau rusak total apabila terjadi kesalahan dalam proses peradilan pidana yang menyebabkan seseorang yang “tidak bersalah” menjadi “bersalah”.

Peluang terjadinya kesalahan proses peradilan pidana justru paling besar pada tahap pemeriksaan pendahuluan atau penyidikan. Pada tahap inilah paling memungkinkan dan paling sering terjadi kesalahan, penyalahgunaan wewenang dan kesewenang-wenangan APH. Berbagai jenis pelanggaran yang paling sering terjadi pada tahap ini. Implikasi dari pelanggaran itu dapat menyebabkan tersangka terpaksa mengakui tindak pidana yang tidak dilakukannya dan mengarahkan isi Berita Acara Pemeriksaan (BAP) pada kesimpulan “bersalah”.

Untuk itu cukup banyak kasusnya, salah satunya diantara narasumber korban kesalahan prosedur acara pidana mengungkapkan pengalamannya sebagai berikut:⁶²

⁶²Wawancara dengan mantan terpidana perkara narkotika X4 di Pontianak pada tanggal .02 juli 2014 .

“Perjalanan perkara saya cukup panjang, melelahkan dan menyakitkan. Sejak awal saya tidak melakukan perbuatan yang disangkakan atau didakwakan itu, yaitu menyimpan dan memakai narkoba. Kalaupun akhirnya bisa disangka oleh polisi, yang bisa dikatakan adalah “bahwa saya berada di tempat yang salah, pada waktu yang salah dan dengan orang yang salah. Sejak awal bukti-bukti yang dipakai polisi tidak kuat dan janggal.

Pikiran saya mengatakan bahwa kasus ini direkayasa, tetapi tidak bisa saya buktikan. Pada mulanya saya bersikeras tidak mengaku, namun pada akhirnya terpaksa mengaku karena tidak tahan dengan siksaan. Perhitungan saya, diakui saja dulu supaya kekerasan yang saya alami berhenti. Nanti jika sudah sidang, keterangan di BAP akan saya cabut. Selama penyidikan saya tidak didampingi penasihat hukum. Saya baru didampingi penasihat hukum ketika sidang sampai kasasi. Tetapi ternyata hal itu tidak berpengaruh dan saya divonis “bersalah” dengan vonis 4 tahun. Karena yakin tidak bersalah, saya banding dengan hasil divonis sama 4 tahun. Upaya kasasi ke Mahkamah Agung, barulah kebenaran dapat terungkap dan saya diputus bebas murni alias “tak bersalah”. Sampai dengan putusan kasasi itu, saya sudah menjalanipidana satu tahun setengah. Hidup saya berubah total, pekerjaan saya hancur, uang habis-habisan. Gugat pemerintah cuma diberi ganti rugi tiga juta rupiah. Sama sekali tidak sebanding dengan kehancuran hidup saya. Sementara itu, petugas yang salah memeriksa, salah menuntut dan salah memutus tidak mendapat sanksi apapun”. Waktu digugat, jawabannya adalah” pemeriksaan sudah dilakukan sesuai prosedur”. Kalau begini yang salah siapa? peraturannya atau pejabatnya atau kedua-duanya?. Apapun keadaannya yang jelas saya diperlakukan tidak adil. Bagi rakyat kecil seperti saya yang buta hukum, hukum apapun namanya yang penting harus adil, jika tidak bisa adil lalu buat apa ada hukum”.

Hasil wawancara di atas merupakan bukti empiris mengenai pentingnya pendampingan penasihat hukum pada tahap penyidikan bagi perkara pidana dengan ancaman hukuman maksimal, termasuk perkara pidana natkotika. Dengan demikian menjadi jelas bahwa kerancuan substansi dan makna pasal 56 ayat (1) dapat menyebabkan orang “yang tak bersalah” dapat dipidana atas kesalahan yang tidak dilakukannya karena tidak didampingi penasihat hukum. Dalam konteks hukum pidana, terdapat adagium yang berisi ungkapan “lebih baik membebaskan 100 orang bersalah daripada menghukum 1 orang “tak bersalah”.

Pada keadaan khusus (ancaman pidana mati, 15 tahun atau lebih, 5 tahun atau lebih dan tidak mampu) yang ditetapkan oleh Pasal 56 ayat (1) KUHAP, kehadiran penasihat hukum untuk mendampingi tersangka selama penyidikan adalah “imperatif” atau “tidak dapat tidak harus ada”. Penasihat hukum tetap harus “dihadirkan” oleh negara meskipun tersangka menolak, karena alasan-alasan: keadaan tersangka adalah “tidak merdeka”, “di bawah tekanan”, “tidak berhak diam atau tidak memberi keterangan (terkait Pasal 52 KUHAP)” dan pada umumnya “tidak tahu bahwa keterangannya dapat memberatkan dirinya sendiri” di pengadilan, sehingga tidak memungkinkan baginya untuk mengambil keputusan bagi dirinya sendiri terkait pendampingan penasihat hukum.

Menyediakan dan menghadirkan penasihat hukum bagi tersangka adalah kewajiban dan tanggung jawab negara yang sifatnya juga “imperatif” atau “tidak bisa tidak harus ditunaikan”, sehingga tidak dapat dialihkan atau disubstitusi kepada atau oleh “pihak lain”. Sebagai konsekuensinya, biaya menghadirkan penasihat hukum di semua tingkat pemeriksaan juga harus ditanggung atau dipikul oleh negara. Kata “wajib menunjuk” dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP telah mengaburkan kewajiban dan tanggung jawab negara yang seharusnya dinyatakan secara eksplisit di dalam KUHAP dengan kalimat “..... negara wajib menyediakan penasihat hukum untuk mendampingi tersangka atau terdakwa”

c. Bentuk kesewenang-wenangan negara melalui Pasal 56 ayat (2) KUHAP

Persoalan mengenai siapa “pihak lain” yang harus mengambil alih kewajiban dan tanggung jawab negara untuk menghadirkan penasihat hukum dan sekaligus menanggung biayanya, terjawab oleh Pasal 56 ayat (2) KUHAP, yaitu:

“Setiap penasihat hukum yang ditunjuk untuk bertindak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), memberikan bantuannya dengan cuma-cuma”

Rumusan pasal ini secara eksplisit tidak menyatakan secara jelas dan tegas bahwa penasihat hukum yang ditunjuk apakah “wajib” atau “bisa menolak” penunjukan itu. Sebab penasihat hukum mempunyai hak untuk menolak. Dalam konteks undang-undang ini (UUNo. 8/1981/KUHAP), penasihat hukum yang ditunjuk, dapat saja menolak penunjukan itu karena alasan: *pertama*, tidak ada kewajiban bagi penasihat hukum yang diatur oleh undang-undang untuk menerima dan/atau melaksanakan penunjukan yang diatur oleh Pasal 56 ayat (1) KUHAP, *kedua*, penunjukan itu menganulir haknya untuk memperoleh honorarium karena menjalankan pekerjaannya, sebab jika seandainya ia mau menerima penunjukan itu, maka bantuan hukum itu harus diberikan secara cuma-cuma atau gratis.

Hak seseorang untuk memperoleh imbalan yang layak atas pekerjaannya dijamin oleh konstitusi dalam Pasal 28 D ayat (2) UUDNRI 1945 sebagai berikut:

“Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja”

Ada dua substansi penting yang terkandung dalam pasal tersebut, yaitu: *pertama*, setiap orang (termasuk penasihat hukum) berhak mendapatkan imbalan yang layak atas pekerjaannya; dan *kedua*, setiap orang (termasuk penasihat hukum) berhak untuk mendapat perlakuan yang adil dalam hubungan kerja.

Hak tersebut adalah hak konstitusional warga negara karena termuat di dalam konstitusi UUDNRI 1945 yang kekuatannya di atas undang-undang. Dengan demikian, hak tersebut tidak dapat dianulir atau dibatasi oleh undang-undang yang kekuatannya di bawah konstitusi, berdasarkan kepentingan untuk membebaskan negara dari kewajiban menanggung biaya

pendampingan penasihat hukum yang seharusnya menjadi tanggung jawabnya. Hak seseorang untuk mendapat imbalan yang layak atas pekerjaannya, memang tergolong hak asasi yang dapat dibatasi (*derogable rights*). Namun demikian, jika negara bermaksud membatasinya, maka hal itu harus dilakukan dengan alasan yang tepat, misalnya untuk kepentingan umum.

Pendampingan tersangka oleh penasihat hukum, sama sekali tidak tergolong kepentingan umum, melainkan semata-mata kepentingan pribadi tersangka yang justru diduga telah melanggar kepentingan umum melalui tindak pidana yang disangkakan kepadanya. Dengan demikian, penetapan negara bahwa penasihat hukum yang ditunjuk harus bersedia memberikan bantuan hukum secara Cuma-cuma atau tidak dibayar adalah “bentuk pemaksaan dan kesewenang-wenangan negara terhadap warga negara”, dalam hal ini penasihat hukum.

Pembatasan hak penasihat hukum untuk memperoleh imbalan yang layak atas pekerjaannya ini, telah mengingkari nilai keadilan yang terkandung di dalam Pasal 28 D ayat (2) UUDNRI1945. Pembatasan ini mengakibatkan dua hal yang tidak realistis, yaitu: *pertama*, penasihat hukum dipaksa atau diwajibkan menerima keadaan “tidak layak” terkait pekerjaannya, karena harus memikul biaya pendampingan yang sebenarnya menjadi kewajiban dan tanggungjawab negara dengan alasan tidak tepat; *kedua*, penasihat hukum mendapat perlakuan tidak adil dalam hubungan kerja karena bekerja tanpa mendapat imbalan.

Berbicara mengenai pemberian bantuan hukum secara cuma-cuma kepada golongan masyarakat tidak mampu, negara berusaha menegaskan bahwa hal itu menjadi tanggung jawab dan kewajiban advokat atau penasihat hukum melalui Pasal 22 ayat (1) Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 tentang Advokat (selanjutnya disingkat UU Advokat) sebagai berikut:

“Advokat wajib memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma kepada pencari keadilan yang tidak mampu”

Terdapat kata “wajib” di dalam pasal tersebut yang secara eksplisit maupun implisit bermakna bahwa setiap penasihat hukum bertanggung jawab dan berkewajiban memberikan bantuan hukum cuma-cuma kepada pencari keadilan yang tidak mampu. Pasal ini secara tidak langsung dimaksudkan untuk mengoreksi ketidakjelasan normatif yang terdapat pada Pasal 56 ayat (2) KUHAP.

Penggunaan kata “wajib” berimplikasi menegaskan bahwa advokat atau penasihat hukum yang harus menanggung biaya pendampingan, sekaligus menghilangkan tanggung jawab dan kewajiban negara untuk memikul beban biaya itu. Hal ini tetap merupakan bentuk “pemaksaan dan kesewenang-wenangan negara” terhadap individu atau warganegara.

Persoalan pemberian bantuan hukum kepada pencari keadilan yang tidak mampu sebagaimana diatur dalam Pasal 22 ayat (1) UU Advokat, atau pencari keadilan dengan kondisi khusus sebagaimana diatur dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP, sebenarnya lebih merupakan “tanggung jawab dan/atau kewajiban moral” setiap warga negara, termasuk advokat. Profesi penasihat hukum atau

advokat memiliki “tanggung jawab” dan “kewajiban” moral untuk memberikan bantuan secara Cuma cuma atau *pro bono* kepada pencari keadilan yang tidak mampu atau dengan kondisi khusus.

Keputusan untuk bersedia atau tidak bersedia memberikan bantuan hukum secara Cuma cuma, seharusnya diserahkan kepada advokat atau penasihat hukum itu sendiri baik secara individu maupun secara organisasi. Negara tidak boleh mengintervensi dengan cara mengalihkan substansi tanggung jawab dan kewajiban yang sebenarnya ada dalam ranah “moral” menjadi ranah “normatif hukum” dalam bentuk undang undang. Dengan demikian, negara melakukan kesewenang wengan berupa pemaksaan legal secara terstruktur kepada masyarakat, yang mana hal itu berarti negara mengingkari nilai keadilan sosial yang menjadi cita hukum dan kehendak bersama (*volente generale*) yang hendak diwujudkan oleh bangsa Indonesia.

d. Faktor Faktor Penyebab Tidak Dapat Terlaksananya Bantuan Hukum Secara Cuma Cuma yang Diatur Oleh Pasal 56 KUHAP

Persoalan persoalan yang telah diuraikan di atas, menyebabkan maksud dan tujuan negara menyelenggarakan proses peradilan pidana yang adil (*due process of law*) melalui pemberian bantuan hukum secara Cuma cuma kepada tersangka atau terdakwa, menjadi tidak dapat atau sulit dilaksanakan karena sebab sebab berikut:

- (a) Tidak ada kepastian mengenai siapa yang bertanggungjawab dan wajib menyelenggarakan bantuan hukum secara Cuma cuma.
- (b) Tidak ada kepastian mengenai siapa yang harus memikul biaya pemberian bantuan hukum secara Cuma cuma.
- (c) Tidak ada kepastian mengenai bagaimana kelembagaan atau struktur lembaga pemberian bantuan hukum secara Cuma cuma.
- (d) Fungsi bantuan hukum tidak dapat dilaksanakan secara efisien dan efektif karena ada konflik kepentingan (*conflict of interest*) antara APH dengan Penasihat Hukum. Pasal 70 dan 71 KUHAP memberikan kewenangan kepada penyidik untuk mengawasi yang disertai pula dengan kewenangan melarang atau menghentikan penasihat hukum melakukan pekerjaannya. Hal ini bertentangan dengan asas diferensiasi fungsional yang dipakai di dalam KUHAP, fungsi fungsi yang bertentangan tidak boleh disatukan dalam satu lembaga karena dapat menimbulkan inkonsistensi internal. Pengawasan penasihat hukum seharusnya dilakukan oleh lembaga yang lebih tinggi di luar struktur kelembagaan APH (polisi, jaksa dan hakim).
- (e) Resistensi atau penolakan tersembunyi (tidak terang-terangan) kalangan penasihat hukum baik secara individu maupun organisasi untuk menerima paksaan negara untuk memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma, karena hal itu akan merugikan dirinya secara tidak berkeadilan.

Selain dari 5 faktor di atas, Pasal 56 KUHAP berkaitan erat dengan Pasal 52, Pasal 54 dan Pasal 55 KUHAP.

Pasal 52 KUHAP

“Dalam pemeriksaan pada tingkat penyidikan dan pengadilan, tersangka atau terdakwa berhak memberikan keterangan secara bebas kepada penyidik atau hakim”.

Pasal 54 KUHAP

“Guna kepentingan pembelaan, tersangka atau terdakwa berhak mendapat bantuan hukum dari seorang atau lebih penasihat hukum selama dalam waktu dan pada setiap tingkat pemeriksaan, menurut tatacara yang ditentukan dalam undang undang ini”.

Pasal 55 KUHAP

“Untuk mendapatkan penasihat hukum tersebut dalam Pasal 54, tersangka atau terdakwa berhak memilih sendiri penasihat hukumnya”.

Pasal 52 KUHAP menyatakan bahwa “ tersangka atau terdakwa berhak memberikan keterangan secara bebas”. Rumusan pasal ini jelas meragukan (ambigu) terutama mengenai hak tersangka atau terdakwa.

Rumusan tersebut mengandung makna bahwa tersangka atau terdakwa hanya berhak untuk berbicara atau memberi keterangan. Pada pasal ini tidak disebutkan apakah tersangka atau terdakwa berhak “diam atau tidak memberikan keterangan” kepada penyidik. Sebagai konsekuensinya, tersangka “tidak boleh diam” dan harus memberikan keterangan kepada penyidik meskipun keterangan itu nantinya dapat memberatkan dirinya sendiri di pengadilan.

Hal itu jelas bertentangan dengan prinsip *Miranda Rule* yang juga diadopsi di dalam Pasal Pasal KUHAP. Pada intinya, prinsip *Miranda Rule* melindungi hak tersangka untuk “diam atau tidak memberi keterangan” dan/atau “berbicara atau memberi keterangan”. Dalam konteks ini, tersangka berhak “diam” dan tidak boleh dipaksa untuk “berbicara atau memberi keterangan” oleh penyidik, apabila tersangka beranggapan bahwa keterangannya dapat memberatkan dirinya sendiri di pengadilan. Sebaliknya jika tersangka berbicara atau memberi keterangan, misalnya membenarkan atau mengakui sangkaan penyidik, dan apabila ia keliru tentang keterangannya yang ditulis dalam BAP, maka hal itu berakibat memberatkan dirinya sendiri yang dapat mengubah status hukumnya dari “tidak bersalah” menjadi “bersalah”.

Rumusan Pasal 52 KUHAP yang tidak memberikan hak untuk “diam atau tidak memberikan keterangan”, menimbulkan peluang kepada penyidik untuk memaksa tersangka memberikan keterangan. Hal inilah yang menjadi penyebab penyidik untuk melakukan pelanggaran berupa tindak kekerasan untuk memperoleh pengakuan tersangka. Secara implisit dan tidak langsung, ketidakjelasan rumusan pasal ini memberi kewenangan kepada penyidik agar dengan cara apapun memaksa tersangka memberikan keterangan, karena undang-undang tidak menyatakan secara eksplisit bahwa tersangka berhak “diam atau tidak memberi keterangan”.

Adanya risiko bahwa tersangka yang karena keadaannya (kemerdekaannya dirampas, tertekan, cemas, takut) atau ketidaktahuannya tentang hukum atau substansi perkara yang disangkakan kepadanya, mendapat

tekanan, ancaman atau mengalami kekerasan dari penyidik, yang mana hal itu dapat menyebabkan dirinya keliru memberikan keterangan atau mengakui baik karena tidak tahu atau terpaksa, yang nantinya dapat berakibat dirinya dinyatakan “bersalah” di pengadilan, maka negara melalui Pasal 54 KUHAP memberikan hak kepada tersangka untuk didampingi penasihat hukum di semua tingkatan pemeriksaan.

Selanjutnya, dalam Pasal 55 KUHAP negara memberikan hak kepada tersangka untuk memilih sendiri penasihat hukumnya. Hal itu memang sudah seharusnya (*das solen*), apapun keadaannya tersangka harus dibiarkan memilih dan menunjuk sendiri penasihat hukumnya, termasuk tersangka dengan kondisi khusus yang disebut dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP.

Pada kenyataannya, dengan alasan adanya kondisi khusus itu negara menganulir hak tersangka pada Pasal 53 KUHAP untuk memilih sendiri penasihat hukumnya, dan mensubstitusinya menjadi kewenangan penyidik untuk menunjuk penasihat hukum. Pasal 56 ayat (1) KUHAP menjadi penghalang yang mementahkan tujuan menyelenggarakan *due process of law* melalui perlindungan hukum terhadap hak-hak tersangka. Terjadi inkonsistensi antara Pasal 55 dan Pasal 56 ayat (1) KUHAP yang menyebabkan pendampingan tersangka oleh penasihat hukum menjadi tidak dapat atau sulit dilaksanakan secara efektif.

2. Struktur Hukum

Pada uraian sebelumnya telah dijelaskan mengenai 6 faktor yang menyebabkan mengapa pendampingan penasihat hukum atau bantuan hukum secara cuma-cuma yang diatur oleh Pasal 56 KUHAP tidak dapat dilaksanakan secara efisien dan efektif. Salah satu faktor penyebabnya adalah karena struktur kelembagaan dari fungsi bantuan hukum dan pemberi bantuan hukum (dalam hal ini advokat atau penasihat hukum) yang “belum ada” atau “tidak jelas” di dalam SPP.

Di dalam teori sistem hukum Lawrence Meir Friedman, yang dimaksud dengan struktur hukum meliputi: (i) Lembaga lembaga hukum seperti: Lembaga peradilan (Pengadilan Negeri, sampai dengan Mahkamah Agung), Kejaksaan dan Kepolisian yang semuanya merupakan lembaga penegak hukum organik (negara); (ii) Aparat Penegak Hukum (APH) Polisi, Jaksa, Hakim; (iii) Sarana prasarana: Kantor-kantor beserta perlengkapannya. Lembaga lembaga tersebut menjalankan fungsi spesifiknya masing-masing secara terpisah tetapi ada hubungan fungsional dan saling koordinasikan satu sama lain.

Persoalan mengapa ketentuan Pasal 56 ayat (1) dan ayat (2) KUHAP tidak bisa dilaksanakan (yang diukur dari rendahnya tingkat pelaksanaan 2,3 %) sebenarnya lebih disebabkan karena persoalan struktural hukum daripada substansi hukum. Substansi KUHAP yang tidak jelas rumusannya, rancu serta tidak konsisten sebagaimana yang dipaparkan pada sebelumnya adalah akibat atau konsekuensi logis dari konstelasi sistem sosial politik rezim orde baru yang otoriter dan represif. Hukum yang ada pada saat itu.

Hukum represif mengabdikan kepada kekuasaan politik yang bertujuan untuk mewujudkan “stabilitas” dan “tertib sosial”, dengan mana kondisi “*status quo*” (keadaan yang dianggap mapan dan menguntungkan bagi kepentingan

penguasa dan kroni-nya” dapat dipertahankan. Sifat represif terlihat dari penggunaan daya paksaan (*coercion*) secara luas (ekstensif) disertai dengan sanksi keras dalam bekerjanya hukum di masyarakat. Badan-badan peradilan secara luas membuka akses terhadap intervensi oleh kekuasaan politik, sehingga penyelenggaraan kekuasaan kehakiman gagal mewujudkan SPP yang independen, tidak memihak (imparsial) serta adil (*Independent Judiciary System*), tetapi SPP yang korup, menindas serta tidak berkeadilan.

Karakteristik hukum represif tersebut membuktikan bahwa pada tataran praksis (praktik empiris di lapangan), hukum bukanlah variabel yang “bebas nilai”, tidak memihak (imparsial) dan kesamaan di depan hukum (*equality before the law*), artinya hukum bebas dari pengaruh nilai-nilai di luar hukum, mengikat dan berlaku sama bagi siapapun baik terhadap pemerintah (penguasa) maupun yang diperintah (rakyat). Pada praktiknya, bekerjanya hukum tidak bebas nilai melainkan dipengaruhi oleh nilai-nilai di luar hukum, yaitu ekonomi, politik, sosial dan budaya.

Hukum juga harus berpihak terutama kepada perwujudan keadilan bagi rakyat selaku pemberi kedaulatan dan kekuasaan negara. Pada sistem hukum represif, keberpihakan hukum bukan kepada rakyat melainkan kepada pemerintah. Hal ini terlihat dari struktur kelembagaan fungsi penegakan hukum pada SPP. Penegakan hukum terdiferensiasi secara fungsional menjadi 4 (empat) fungsi terpisah masing-masing dengan kedudukan hukum (*legal standing*) yang berbeda, yaitu: (i) fungsi penyidikan dengan struktur lembaga kepolisian; (ii) fungsi penuntutan dengan struktur lembaga kejaksaan; (iii) fungsi peradilan dengan struktur lembaga peradilan; dan (iv) fungsi bantuan hukum yang pada tahun 1981 belum ada struktur kelembagaannya.

Terlihat jelas bahwa keberpihakan negara bukan kepada pencari keadilan yang hak hak sipilnya dirampas atau dibatasi, melainkan kepada APH karena 3 fungsi penegakan hukum (penyidikan, penuntutan dan peradilan) dibuatkan struktur kelembagaan, norma primer dan sekunder, sarana prasarana, dan SDM atas biaya negara. Sebaliknya untuk fungsi bantuan hukum, selain tidak dibuatkan struktur kelembagaannya,⁶³ biaya penyelenggaraannya dibebankan

⁶³Struktur kelembagaan bantuan hukum baru dibentuk oleh organisasi advokat Peradin pada tahun 1970 dengan nama Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI) dan pada tahun 1980. Gagasan pendirian lembaga ini adalah untuk memberikan bantuan hukum bagi orang-orang yang tidak mampu memperjuangkan hak-haknya sebagai bentuk perlawanan atas ketidakadilan struktural yang dikonstruksi oleh rezim otoriter orde baru. Lahirnya UU No. 8/1981 tentang KUHAP adalah respon pemerintah untuk menenangkan gerakan perlawanan tersebut, yang di satu sisi memberikan ruang perlindungan hukum terhadap hak-hak tersangka dan ruang bagi penerapan fungsi pemberian bantuan hukum, tetapi di sisi lain menghambat bekerjanya fungsi itu melalui kontrol APH terhadap advokat. KUHAP dikonstruksi bukan untuk mewujudkan cita hukum mengenai keadilan, tetapi semata-mata untuk memenuhi kepentingan pragmatis pemerintahan rezim orde baru Lihat https://id.wikipedia.org/wiki/Yayasan_Lembaga_Bantuan_Hukum_Indonesia.

Pada perkembangannya, meskipun sudah terbentuk struktur berupa lembaga bantuan hukum di luar struktur organik negara, fungsi pemberian bantuan hukum masih belum efektif karena tiga alasan, yaitu: (i) belum ada norma primer (undang-undang advokat dan/atau undang-undang bantuan hukum) maupun norma sekunder (peraturan teknis mengenai tatalaksana pemberian bantuan hukum); (ii) belum ada undang-undang yang mengatur tentang siapa yang harus menanggung biaya pemberian bantuan hukum secara cuma-cuma. Norma primer tentang pemberi bantuan hukum baru dibuat pada

kepada advokat, dan bahkan penunjukan penasihat hukum yang sebenarnya adalah hak tersangka atau terdakwa diberikan kepada penyidik.

Tanpa adanya struktur hukum, maka fungsi pemberian bantuan hukum untuk melindungi tersangka atau terdakwa dari kelalaian, inkompetensi atau kesewenang wenangan APH tidak dapat dijalankan secara efektif. Lebih lanjut, meskipun sudah ada norma primer pemberi bantuan hukum, yaitu UU Advokat No. 18/2003, dan norma primer bantuan hukum, yaitu UU Bantuan Hukum No. 16/2011, ternyata penyelenggaraan bantuan hukum masih belum bisa efisien dan efektif. Persoalannya terletak pada ketimpangan struktural mengenai pengaturan distribusi kewenangan pada fungsi pemberian bantuan hukum.

Akibat adanya ketimpangan struktural tersebut, selain tidak bekerjanya fungsi pemberian bantuan hukum maka yang terjadi kemudian adalah pragmatisme hukum,⁶⁴ dimana sesuatu dianggap benar hanya dengan melihat pada akibat akibat atau hasil akhir yang dirasakan bermanfaat bagi kepentingan APH. Hal hal yang dinilai bermanfaat dari sisi kepentingan APH adalah: (i) tidak adanya sanksi bagi APH terhadap kelalaian, ketidakmampuan (inkompetensi) atau pelanggaran; dan (ii) Di dalam KUHAP tidak diatur mengenai kewenangan advokat yang untuk mengawasi dan/atau mengontrol pelaksanaan SPP: (iii) APH

tahun 2003, yaitu UU No. 18/2003 tentang Advokat. Pada undang-undang ini masalah pembiayaan pemberian bantuan hukum Cuma-Cuma masih dibebankan kepada advokat dan bahkan dipertegas pada Pasal 22 ayat (1) UU Advokat. Norma primer bantuan hukum baru dibuat pada tahun 2011, yaitu UU No. 16/2011 Tentang Bantuan Hukum. Melalui undang-undang inilah negara menegaskan kewajibannya untuk menanggung biaya penyelenggaraan bantuan hukum cuma-cuma dengan anggaran APBN dan/atau APBD, yang diatur di dalam Pasal 17 ayat (1) UU Bantuan Hukum.

⁶⁴Harun Hadiwijono, Sari Sejarah Filsafat Barat, Yogyakarta, Kanisius, 1980, hlm. 130-131 dalam Wikipedia, <https://id.wikipedia.org/wiki/Pragmatisme>: pragmatisme adalah aliran filsafat yang mengajarkan bahwa yang benar adalah segala sesuatu yang membuktikan dirinya sebagai yang benar dengan melihat kepada akibat-akibat atau hasilnya yang bermanfaat secara praktis. Dengan demikian, bukan kebenaran objektif dari pengetahuan yang penting melainkan bagaimana kegunaan praktis dari pengetahuan kepada individu-individu. Fenomena pragmatisme terlihat pada praktik keluarnya Surat Edaran Kejaksaan RI No. No. B-570/F/FPK.1/9/1994 yang bermanfaat bagi APH dalam hal membebaskan kewajiban menunjuk penasihat hukum dan sekaligus membuat proses peradilan pidana “dianggap sah” dengan adanya SP2DPH. Padahal Surat Edaran bukanlah peraturan perundang-undangan yang dapat membatalkan perintah undang-undang (KUHAP). Pragmatisme ini yang paling merugikan hak tersangka karena berpengaruh menentukan atas kesimpulan “bersalah” atau “tidak bersalah” adalah pada tingkat penyidikan. Bahwa Pasal 52 KUHAP hanya mengatur tentang “hak tersangka untuk memberikan keterangan” tetapi tidak menyebutkan tentang “hak untuk diam atau tidak memberikan keterangan”, dapat ditafsirkan oleh APH bahwa “tersangka wajib memberikan keterangan”. Hal ini berimplikasi pada munculnya praktik penyidikan yang “mengejar pengakuan” dengan cara-cara kekerasan, paksaan atau ancaman sehingga tersangka seringkali memberikan keterangan yang merugikan dirinya sendiri, bahkan mengakui perbuatan yang tidak dilakukannya. Penemuan alat bukti dan/atau pengakuan tersangka tidak mengutamakan penggunaan ilmu pengetahuan dan teknologi. Praktik semacam ini berimplikasi pada penghukuman orang-orang yang tidak bersalah seperti: Sengkon dan Karta (Jawa Barat), Ketsan (Kalimantan Barat), Imam Chambali dkk (Jawa Timur) dan lain-lain. Untuk mewujudkan due process of law, maka tersangka perlu dilakukan beberapa hal, yaitu: (i) tersangka diberi hak untuk diam atau tidak memberi keterangan; (ii) Advokat diberi kewenangan aktif untuk memerintahkan tersangka diam atau tidak menjawab pertanyaan penyidik; (iii) APH diberi sanksi bahwa apabila pemeriksaan dilakukan dengan cara yang melanggar ketentuan harus batal demi hukum; (iv) penggunaan kekerasan dalam pemeriksaan diberi sanksi pidana.

bahkan diberi kewenangan untuk mengontrol advokat yang seharusnya (*das solen*) independen atau bebas dari pengaruh APH.

Ditinjau dari perspektif kebijakan dasar negara di bidang hukum pidana (politik hukum pidana) dalam konteks tempat, ruang dan waktu pemerintahan rezim orde baru, maka KUHAP yang pada saat itu sempat dinilai sebagai “karya besar (*masterpiece*)” sebenarnya mengilustrasikan potret politik rezim di bidang hukum pidana. Pola hubungan hukum dan politik pada saat itu adalah pola empiris,⁶⁵ dimana politik mempunyai pengaruh sangat kuat dalam pembuatan undang-undang. Hukum benar benar merupakan produk dan instrumen politik untuk mewujudkan kehendak penguasa.

Berdasarkan uraian di atas, maka kesenjangan struktural antara fungsi bantuan hukum dengan fungsi-fungsi penegakan hukum lainnya, yaitu fungsi penyidikan, fungsi penuntutan, dan fungsi peradilan dapat diukur menggunakan parameter-parameter : (i) kewenangan; (ii) struktur kelembagaan; (iii) norma primer dan norma sekunder; (iv) pengawasan dan kontrol. Perbandingan ini dilakukan secara retrospektif (surut ke belakang) sampai dengan tahun 1981 saat KUHAP diberlakukan.

⁶⁵Lihat: Michael Bayles, *Law and Politics*, hal. 137. Sebagaimana diunduh dari: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1014/14.pdf>, Maret, 2014. Terdapat tiga pola hubungan antara hukum dan politik: **pertama, pola empiris** dimana politik berpengaruh sangat kuat terutama pada penjabaran konstitusi menurut kehendak politik penguasa. Misalnya TAP MPR dan GBHN adalah konkretisasi kehendak penguasa dalam menentukan bentuk, isi dan arah kebijakan dasar negara (politik hukum) pada berbagai bidang kehidupan berbangsa dan bernegara, misalnya politik hukum pidana yang di dalamnya terkandung kebijakan hukum pidana dijadikan landasan untuk membuat KUHP dan KUHAP, yang digunakan sebagai alat untuk mengontrol dan merekayasa masyarakat ke arah tatanan (orde) baru yang dikehendaki oleh penguasa, termasuk mengendalikan lawan-lawan politik melalui instrumen hukum pidana. Lembaga-lembaga negara seperti MPR, DPR adalah legitimator yang mengesahkan kekuasaannya, sementara Mahkamah Agung, Kejaksaan Agung dan Kepolisian dijadikan instrumen untuk mengontrol serta merekayasa masyarakat. Lebih lanjut, rezim orde baru melakukan penyesuaian struktural (*structural adjustment*) dan kooptasi terhadap lembaga-lembaga negara dan lembaga politik (struktur partai politik disederhanakan menjadi hanya 3 partai politik saja yaitu: Golkar, PDI dan PPP); **kedua: pola analitis**, dimana hukum membutuhkan kekuasaan politik agar dapat bekerja efektif. Sejak Kongres Peradin ke III pada tahun 1969, muncul tuntutan politik dari para advokat untuk mengefektifkan fungsi pemberian bantuan hukum dengan cara: (i) menolak digunakannya HIR yang dianggap tidak sesuai dengan kondisi sosial politik masyarakat Indonesia yang sudah merdeka; (ii) tuntutan politik untuk membuat undang-undang hukum pidana (KUHP) dan undang-undang hukum acara pidana (KUHAP) sendiri. Dalam hal ini penerapan HIR sudah tidak mendapat dukungan politis masyarakat sehingga tidak efektif lagi untuk dipakai. Sebaliknya KUHP dan KUHAP buatan sendiri mendapat dukungan politik luas sehingga pemerintah rezim orde baru pada akhirnya memberikan dukungan politik untuk pembuatan dan pemberlakuannya.; **ketiga, pola normatif**, dimana politik menyediakan kekuatan normatif bagi berlakunya hukum. Kekuasaan politik rezim orde baru adalah sebesar-besarnya atau hampir absolut, namun demikian tidak cukup kuat untuk mengubah konstitusi. Rezim ini malah mensakralkan konstitusi yang mutlak tidak boleh diubah, sambil membuat penafsiran subjektif mengenai penjabaran oprasional konstitusi melalui TAP MPR dan GBHN yang sepenuhnya dikendalikan untuk memelihara kekuasaan rezim. Tumbangnya rezim orde baru di era reformasi, memunculkan tuntutan dan tekanan politik kuat untuk mengubah konstitusi melalui amandemen. Dalam hal ini dukungan politik yang luas memberikan kekuatan normatif kepada badan legislatif untuk mengamandemen konstitusi sampai empat kali sejak tahun 1999 sampai dengan tahun 2002.

Advokat selaku pemberi bantuan hukum yang seharusnya (*das solen*) diberi: (i) Norma primer; (ii) norma sekunder; (iii) struktur kelembagaan; (iv) kewenangan untuk mengawasi dan mengontrol APH dalam menjalankan proses peradilan pidana di setiap tingkat pemeriksaan. Kewenangan itu seharusnya diatur di dalam UU advokat selaku norma primer. Selanjutnya, pelaksanaan kewenangan itu diatur di dalam KUHAP selaku norma sekunder.

Pada praktiknya (*das sein*), kewenangan advokat tidak diatur baik di dalam norma primer maupun norma sekunder. Yang diatur di dalam KUHAP (norma sekunder) malah pengawasan dan kontrol APH terhadap advokat melalui ketentuan Pasal 70, 71 dan 115 KUHAP. Dengan demikian, kedudukan hukum advokat berada di bawah pengawasan dan kontrol (sub-ordinasi) dari APH. Meskipun hal ini “tidak adil” tetapi dibiarkan karena menguntungkan APH, dan secara politis hal ini memang dimaksudkan untuk membatasi kewenangan advokat yang dianggap dapat mengganggu kepentingan penguasa.

Implikasi Pasal 70, Pasal 71 dan Pasal 115 KUHAP Terhadap Fungsi Pemberian Bantuan Hukum

Pasal 115 KUHAP berisi ketentuan sebagai berikut:

Ayat (1)

Dalam hal penyidik sedang melakukan pemeriksaan terhadap tersangka, penasihat hukum dapat mengikuti jalannya pemeriksaan dengan cara melihat serta-mendengar pemeriksaan.

Ayat (2)

Dalam hal kejahatan terhadap keamanan negara penasihat hukum dapat hadir dengan cara melihat tetapi tidak dapat mendengar pemeriksaan terhadap tersangka.

Rumusan pasal 115 KUHAP adalah tidak jelas dan meragukan (*ambigu*) karena: *pertama*, penggunaan kata “dapat” membuat makna pasal tersebut menjadi tidak jelas dan ambigu. Penasihat hukum dapat mengikuti jalannya pemeriksaan hanya dengan melihat dan mendengar saja. Tetapi bisa juga berubah menjadi “tidak dapat” mengikuti pemeriksaan jika tidak dikehendaki penyidik dengan menggunakan ketentuan Pasal 70 dan Pasal 71 KUHAP; *kedua*, penasihat hukum hanya melihat dan mendengar saja secara pasif, dan tidak punya hak untuk menyuruh tersangka diam atau tidak menjawab pertanyaan penyidik.

Uraian tersebut menjelaskan bahwa di dalam KUHAP, negara mengakui eksistensi penasihat hukum tetapi pada saat yang sama mengebiri fungsinya sedemikian rupa sehingga menjadi tidak bekerja sebagaimana mestinya. Dalam sudut pandang APH selaku alat kekuasaan negara, fungsi pemberian bantuan hukum adalah fungsi negatif yang tidak diharapkan karena dianggap mengganggu pelaksanaan fungsi mereka sendiri. Meskipun negara mengakui eksistensi penasihat hukum karena pertimbangan: (a) moral dan etika hukum; (b) dapat digunakan negara sebagai pihak yang menanggung biaya pemberian

bantuan hukum cuma-cuma, tetapi tetap saja fungsinya harus dibatasi dengan mekanisme kontrol eksternal melalui Pasal 70, 71 dan 115 KUHAP.

3. Kultur Hukum

Setiap lembaga penegakan hukum seperti kepolisian, kejaksaan, badan peradilan dan lembaga gantuan hukum memiliki budaya hukumnya masing-masing yang berkaitan erat dengan pemikiran-pemikiran, persepsi, kehendak dan harapan, kebiasaan-kebiasaan serta perilaku para aktor yang terlibat di dalam proses penegakan hukum. Lawrence M Friedman⁶⁶ membedakan kultur hukum menjadi dua jenis, yaitu: (i) Kultur hukum internal (*internal legal culture*) yaitu kultur hukum dari APH; dan (ii) Kultur hukum eksternal (*external legal culture*) yaitu kultur hukum masyarakat pada umumnya. Sikap seseorang apakah mematuhi atau tidak mematuhi hukum sangat tergantung pada budaya hukum masyarakat di mana hukum itu bekerja.

Budaya hukum menggambarkan proses bagaimana para aktor menegakkan hukum apabila terjadi pelanggaran. Substansi norma hukum, struktur kelembagaan hukum, cara-cara, prosedur, sikap dan perilaku APH mencerminkan budaya penegakan hukum yang akan mempengaruhi kepercayaan, sikap dan respon masyarakat terhadap lembaga-lembaga penegak hukum. Pada studi ini yang dijadikan sorotan kajian adalah budaya penegakan hukum polisi sebagai penyidik karena pada tahap penyidikan inilah peluang terjadinya pelanggaran terhadap hak hak tersangka berupa paksaan, kekerasan dan penyiksaan paling mungkin terjadi.

Berdasarkan hasil wawancara dengan tersangka, terdakwa atau narapidana di Pontianak, dapat ditarik kesimpulan bahwa penggunaan paksaan, tekanan, ancaman dan kekerasan oleh penyidik disebabkan karena: (i) Tersangka diperlakukan sebagai “objek” yang harus diperas keterangannya untuk memperoleh pengakuan (sistem *inquisitoir* seperti dalam HIR), dan tidak diperlakukan sebagai “subjek” yang belum terbukti bersalah yang hak-haknya harus dihormati dan dilindungi (sistem *accusatoir* di dalam KUHAP); (ii) pada praktiknya penyidik menerapkan asas praduga bersalah dalam memeriksa tersangka, sampai dapat dibuktikan sebaliknya; (iii) sebagian besar tersangka tidak didampingi penasihat hukum pada saat diperiksa, dan jika didampingi penasihat hukum, perannya pasif hanya terbatas menyaksikan dan melihat saja tanpa mempunyai kewenangan untuk mengintervensi dan/atau menghentikan penyidikan apabila ada indikasi hak tersangka dilanggar, misalnya pertanyaan yang menjebak dan mengarahkan jawaban; (iv) sikap pragmatis penyidik yang mengejar pencapaian tujuan jangka pendek yaitu “pengakuan” dalam rangka melengkapi BAP dan bukan tujuan jangka panjang yaitu menegakkan hukum untuk mewujudkan keladilan.⁶⁷; (v) lingkungan kerja polisi yang di dalamnya terkandung unsur-unsur paksaan dan kekerasan, membentuk kepribadian dan perilaku polisi/penyidik yang menganggap bahwa penggunaan paksaan dan/atau

⁶⁶Lawrence M Friedman, *Legal Culture and The Welfare State* dalam Sudirman Sitepu, Persepsi Tersangka Mengenai Budaya Penegakan Hukum Polri, Semarang, Universitas Diponegoro, 2002, hlm. 12.

⁶⁷ Muladi, *Proyeksi Penegakan Hukum*, Forum Keadilan No. 20 Januari, 1994, hlm. 12

kekerasan adalah bagian dari kewenangan yang diberikan oleh undang-undang⁶⁸; (vi) ketidakmampuan polisi/penyidik memahami secara menyeluruh mengenai fungsi penyidikan.⁶⁹; (vii) budaya penyidikan yang tertutup atau tidak transparan terhadap mitra penegak hukum lainnya yaitu penasihat hukum, telah mendorong terjadinya pelanggaran terhadap hak hak tersangka.

Kepolisian merupakan lembaga sub sistem dalam SPP yang mempunyai kedudukan pertama dan utama. Kedudukan yang demikian oleh Har kristuti Harkrisnowo dikatakan sebagai *the gate keeper of the criminal justice system*.⁷⁰ Tugas polisi dalam rangkaian SPP adalah melakukan penyidikan yang berujung pada dihasilkannya Berita Acara Pemeriksaan (BAP). Dalam penyidikan ini polisi sering melakukan kekerasan pada tersangka. Penggunaan kekerasan oleh polisi merupakan salah satu aspek dari paradigma ganda polisi, yaitu sebagai *“the strong hand of society dan the soft hand of society”*.⁷¹

⁶⁸ Hasil wawancara dengan penyidik P1 di Polres Pontianak, pada tanggal 12 Juni 2014 yang menyatakan bahwa: “hak tersangka untuk didampingi penasihat hukum pada keadaan khusus yang diatur dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP sebenarnya bersifat “mutlak”, sehingga wajib dilaksanakan oleh penyidik terlepas apakah tersangka menolak menggunakan haknya itu. Secara akal sehat penasihat hukum wajib dihadirkan dan dibiayai oleh negara karena negara yang merampas hak tersangka. Tetapi karena perintah KUHAP kepada penyidik hanya “menunjuk penasihat hukum” dan bukan menyediakan serta menanggung biayanya, maka sebatas itulah yang dilakukan penyidik. Apakah kemudian pendampingan oleh penasihat hukum itu dapat dilaksanakan atau tidak, sudah bukan masalah bagi penyidik. Pada praktiknya, memang lebih dari 80 % kasus penyidikan tidak melaksanakan ketentuan Pasal 56 ayat (1), dan agar penyidikan memenuhi syarat formil, maka dibuat SP2PDH tersebut berdasarkan Surat Edaran Kejagung RI No. No. B-570/F/FPK.1/9/1994 sebagai dasar hukumnya. Terkait dengan penggunaan kekerasan dan paksaan dalam menjalankan tugas, hal itu merupakan kewenangan yang dimiliki oleh polisi/penyidik tetapi harus dilakukan dengan alasan dan sasaran yang tepat, misalnya tersangka melawan pada saat akan ditangkap. Diakui atau tidak, hal ini memang berpengaruh terhadap sikap dan perilaku polisi/penyidik ketika berhadapan dengan tersangka. Ada oknum yang menggunakan kekerasan tetapi banyak juga yang tidak. Intinya adalah bahwa hal itu tergantung pada oknum pentidiknya”.

⁶⁹ Wawancara dengan penyidik P2 di Polres Pontianak pada tanggal 13 Juni 2014 menyatakan bahwa “penyidik adalah praktisi yang dalam menjalankan tugasnya mengacu pada KUHAP, Peraturan Kapolri mengenai pedoman teknis dan pelaksanaan penyidikan serta petunjuk atau arahan jaksa untuk menemukan alat bukti dan/atau pengakuan tersangka terkait dugaan tindak pidana yang disangkakan kepadanya. Untuk memenuhi asas pro yustisia atau “atas nama keadilan”, dapat dilakukan dengan melaksanakan penyidikan sesuai prosedur yang ditetapkan. Apabila sudah sesuai prosedur berarti keadilan sudah diberikan, jika ternyata hasil penyidikan itu nanti keliru, hal itu ada akan diuji di persidangan. Tugas penyidik adalah sebatas melakukan penyidikan sampai dengan BAP yang dinyatakan lengkap atau P21 oleh jaksa”.

⁷⁰ Harkristuti Harkrisnowo dalam Agus Rahardjo dan Angkasa, *Profesionalisme Polisi Dalam Penegakan Hukum*, Jurnal Dinamika Hukum, Vol. 11, No. 3., September, 2011, hlm. 391.

⁷¹ “*Strong hand*” bermakna bahwa di dalam menjalankan wewenangnya polisi diperbolehkan menggunakan kekerasan atau upaya paksa yang dilindungi oleh undang-undang, sedangkan “*soft hand*” dimaknai sebagai fungsi melindungi dan mengayomi masyarakat dari gangguan kejahatan. Diperbolehkannya penggunaan kekerasan ini telah menempatkan polisi dalam bingkai sebagai “penegak hukum jalanan” yang berbeda dengan “penegak hukum kantor” seperti jaksa dan hakim. Lihat Satjipto Rahardjo; dan Anwar & Adang, (2009), *Sistem Perdilan Pidana: Konsep, Komponen dan Pelaksanaannya dalam Penegakan Hukum di Indonesia*, Bandung, Widya Padjajaran, hlm. 78, dalam Agus Rahardjo dan Angkasa, *Ibid*.

Menurut Nasikun yang merujuk pada konsep Galtung,⁷² perilaku menyimpang polisi berupa kekerasan sebenarnya bersumber dari kekerasan struktural penguasa. Penguasa yang berada di puncak struktur kekuasaan pemerintah berkepentingan mempertahankan kekuasaannya dengan sengaja melakukan kekerasan struktural yang dilakukan secara tersembunyi (untuk menjaga citra kekuasaannya) melalui penggunaan instrumen kekuasaan yang dimilikinya seperti kepolisian, tentara dan hukum. Perilaku menyimpang polisi terkait erat dengan kekuasaan dan kewenangan yang melekat pada jabatannya.

Hasil wawancara dengan sejumlah informan/narasumber menunjukkan bahwa bentuk penyimpangan perilaku yang dilakukan penyidik adalah penyimpangan prosedur yang tidak sesuai dengan KUHAP dan diskriminasi perlakuan yang tidak sama di depan hukum.⁷³

Sebagian besar informan mengatakan bahwa pada awal penyidikan, hak-hak konsitusionalnya sebagai tersangka tidak dipenuhi. Hak untuk mendapat pendampingan penasihat hukum tidak ditawarkan sejak awal pemeriksaan. Hak tersangka untuk mendapatkan bantuan hukum baru diberikan oleh penyidik setelah proses pemeriksaan selesai. Dalam situasi demikian, sebagian besar tersangka akan menolak menggunakan haknya karena alasan-alasan: (i) ketidaktahuannya tentang hukum; (ii) merasa tidak ada gunanya karena proses penyidikan sudah selesai; dan (iii) takut akan memperberat perkaranya. Pendampingan baru dilakukan setelah berkas dilimpahkan ke kejaksaan atau ketika tersangka disidangkan di pengadilan.

Bentuk bentuk perlakuan terhadap tersangka yang berupa kekerasan itu ternyata “hanya” dilakukan terhadap mereka yang memiliki tingkat pendidikan yang rendah (paling tinggi SMA) dan buta hukum serta secara ekonomi tergolong miskin sehingga tidak mampu menyewa jasa penasihat hukum. Hal ini berbeda dengan perlakuan terhadap tersangka yang memiliki tingkat pendidikan tinggi, secara ekonomi tergolong “berkecukupan” mempunyai dan kekuasaan atau pengaruh sosial yang besar atau kasusnya menjadi sorotan publik. Terhadap tersangka yang demikian, polisi memberi perlakuan yang baik dan tidak ada kekerasan.

Beberapa informan advokat hukum mengemukakan bahwa pada umumnya hak-hak tersangka dihormati oleh penyidik meski belum tentu dilaksanakan atau segera dilaksanakan. Misalnya hak untuk mendapatkan atau didampingi penasehat hukum belum tentu diberikan pada awal penyidikan atau segera setelah penangkapan. Seringkali penasihat hukum dihadirkan atau diberikan setelah pemeriksaan selesai sehingga tidak tahu menahu mengenai jalannya pemeriksaan, meski hal itu merupakan kewajiban bagi penyidik untuk memenuhi hak tersangka terutama terhadap kasus yang ancaman pidananya lebih dari 5 tahun.

⁷²Nasikun. *Hukum, Kekuasaan dan Kekerasan: Suatu Pendekatan Sosiologis*. Makalah pada Seminar tentang *Pendayagunaan Sosiologi Hukum dalam Masa Pembangunan dan Restrukturisasi Global dan Pembentukan ASHI*. FH Undip, Semarang, 20 Desember 1996, hlm. 4-6. Dalam Agus Rahardjo dan Angkasa, *Ibid*.

⁷³ Hasil wawancara dengan informan X1 – X8 dan Penasihat hukum P1 – P4 di Pontianak.

Pelaksanaan KUHAP Di Polresta Pontianak Ditinjau Dari Asas Kepastian Hukum, Asas Keadilan Dan Asas Kemanfaatan

Penegakan hukum selalu harus memperhatikan tiga norma dasar, yaitu: kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Di antara ketiga unsur tersebut harus terdapat keseimbangan yang proporsional. Selalu terdapat ketegangan-ketegangan di antara ketiganya yang bersumber dari adanya prioritas, kebutuhan, kepentingan atau tujuan yang hendak dicapai. Pada praktiknya, tidak selalu mudah mengusahakan keseimbangan proporsional diantara ketiganya. Ketidakpastian hukum dapat menimbulkan ketidakadilan, sebaliknya terlalu menitikberatkan pada kepastian hukum dapat mengorbankan keadilan yang pada akhirnya juga menyebabkan ketidakadilan. Persoalannya adalah pilihan mana yang harus diambil manakala terjadi pertentangan antara kepastian hukum dan keadilan. Dalam hal terdapat ketegangan apakah kepastian hukum atau keadilan yang harus diutamakan, maka jawabannya adalah keadilan harus lebih diutamakan daripada kepastian hukum.

Hukum hanyalah alat atau sarana untuk mencapai tujuan hukum yaitu “keadilan”. Cara mencapai keadilan adalah dengan membuat norma-norma hukum yang jelas, tegas, pasti atau tidak ambigu serta konsisten sehingga hukum dapat memastikan bahwa keadilan yang dikehendaki dapat diwujudkan. Tercapainya keadilan dengan sendirinya membuat hukum menjadi bermanfaat bagi individu maupun masyarakat.

a. Asas Kepastian Hukum

KUHAP berisi serangkaian dan wewenang dan prosedur yang harus dilaksanakan oleh APH dalam menjalankan proses peradilan pidana. Dalam hukum acara pidana, kepastian hukum dapat diukur dari seberapa jauh tindakan dan prosedur yang dilaksanakan oleh APH dapat memenuhi asas legalitas hukum acara pidana. Kepastian hukum dapat diwujudkan melalui unsur-unsur : substansi norma hukum, struktur hukum dan kultur hukum yang baik, yang mana dapat diartikan bahwa tepat hukumnya, subjeknya, objeknya, ancaman hukumannya, APH-nya dan prosedurnya.

Terkait dengan temuan hasil penelitian yang telah dipaparkan di atas, penilaian mengenai aspek kepastian hukum dari pelaksanaan KUHAP di Polresta Pontianak terhadap tersangka perkara narkoba didasarkan pada parameter-parameter: (i) Surat penolakan Didampingi Penasihat Hukum (SP2DPH) yang diperlakukan sebagai “alat bukti surat” oleh penyidik dan/atau penuntut (karena ditampilkan di persidangan); (ii) pelaksanaan hak tersangka didampingi penasihat hukum yang diatur dalam Pasal 56 ayat (1). Penilaian terhadap kedua parameter tersebut adalah sebagai berikut:

SP2DPH tidak memenuhi asas legalitas hukum acara pidana dan dengan demikian berarti juga tidak memenuhi asas kepastian hukum. Dengan tidak dipenuhinya asas kepastian hukum, maka tidak dapat dipastikan apakah tersangka mendapatkan proses peradilan pidana yang adil (*due process of law*) sejak tingkat penyidikan sampai dengan diperolehnya kekuatan hukum yang

tetap. Ketidakabsahan SP2DPH yang mengakibatkan tidak terpenuhinya asas kepastian hukum disebabkan karena tiga alasan, yaitu:

Pertama, dasar hukumnya tidak ada: fenomena SP2DPH tidak diatur di dalam KUHAP sehingga tidak ada dasar hukumnya. Sesuatu yang belum diatur di dalam KUHAP tidak boleh diterapkan secara serta merta atas dasar penafsiran APH bahwa “sesuatu yang tidak diperintahkan tetapi juga tidak dilarang berarti boleh dilakukan”, atau penafsiran APH bahwa “tersangka sebagai subjek hukum juga mempunyai hak menolak yang harus dihormati”. Penerapan asas legalitas hukum acara pidana justru harus sangat ketat persis sebagaimana yang tertulis dalam KUHAP. Konsekuensi pelaksanaan prosedur yang tidak diatur di dalam KUHAP seperti SP2DPH harus dinyatakan tidak sah dan batal demi hukum (*null and void*), yang berarti BAP dan rangkaian pemeriksaan sesudahnya juga tidak sah. Jika fenomena SP2DPH mau dilegalkan, maka harus dibuat norma hukumnya pada undang-undang yang sama, yang berarti harus merevisi KUHAP.

Kedua, sumber kewenangan yang tidak dibenarkan, Surat Edaran Kejaksaan RI No. B-570/F/FPK.1/9/1994 yang digunakan penyidik sebagai dasar hukum pembuatan SP2DPH adalah tidak dibenarkan, karena Surat Edaran tersebut bukan peraturan perundang-undangan yang mempunyai kekuatan hukum mengikat, melainkan sebagai petunjuk teknis.

Ketiga, SP2DPH bukan alat bukti surat sehingga tidak dapat ditampilkan di persidangan, esensi “surat” sebagai alat bukti diatur dalam Pasal 184 Ayat (1) huruf c KUHAP. Kemudian secara substansial tentang bukti “surat” ini ditentukan oleh Pasal 187 KUHAP yang berbunyi: “surat sebagaimana tersebut pada Pasal 184 Ayat (1) huruf c, dibuat atas sumpah jabatan atau dikuatkan dengan sumpah, adalah:

- (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 di alaminya sendiri, disertai dengan alasan yang jelas dan tegas tentang keterangannya itu;
- (b) Surat yang dibuat menurut 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 sesuatu keadaan yang diminta secara resmi daripadanya;
- (d) Surat lain yang hanya dapat berlaku jika ada hubungannya dengan isi dari alat pembuktian yang lain.”

SP2DPH tidak memenuhi salah satu dari empat kriteria alat bukti surat yang disebutkan di atas, karena isinya tidak berkaitan dengan isi dari alat pembuktian atau keadaan yang harus dibuktikan terkait perkara pidana yang disangkakan. Karena SP2DPH bukan “alat bukti surat” yang sifatnya menguatkan alat bukti lain, maka tidak dibenarkan apabila ditampilkan di persidangan. Pada praktiknya SP2DPH ini diperlakukan seolah-olah sebagai

“alat bukti surat” oleh APH, namun yang dibuktikan adalah bahwa “tersangka menolak menggunakan haknya”.

Pelaksanaan Pasal 56 ayat (1) KUHAP

Sebagaimana telah dijelaskan Pasal 56 ayat (1) adalah representasi substansi norma hukum yang tidak baik karena tidak jelas, ambigu dan tidak konsisten sehingga tidak memberikan kepastian hukum bagi pelaksanaan hak-hak tersangka untuk mendapatkan proses yang adil. Ketidakjelasan pasal ini menimbulkan multi tafsir yang mengakibatkan munculnya fenomena SP2DPH yang berujung pada tidak terpenuhinya hak tersangka untuk didampingi penasihat hukum. Temuan hasil penelitian menunjukkan capaian pelaksanaan sangat rendah yaitu sebesar 2,3 % dari yang seharusnya 100%.

Berdasarkan hasil penilaian atas dua parameter tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa pelaksanaan KUHAP terkait ketentuan Pasal 56 ayat (1) KUHAP yang menimbulkan fenomena SP2DPH adalah “**tidak memenuhi asas kepastian hukum**”, karena tidak sesuai dengan prosedur yang diatur di dalam KUHAP (tidak ada dasar hukum). Data hasil penelitian menunjukkan bahwa 97,7 tersangka perkara narkoba di Polresta Pontianak tidak didampingi penasihat hukum ketika disidik, menunjukkan dua hal yaitu: (i) bahwa norma hukum Pasal 56 KUHAP tidak bekerja efektif atau tidak dilaksanakan dengan baik. Hukum yang tidak bekerja efektif tidak akan dapat memberikan kepastian hukum terkait perlindungan terhadap hak tersangka; (ii) proses penyidikan yang dilakukan oleh penyidik di Polresta Pontianak adalah bertentangan dengan asas legalitas dan kemanfaatan, jika mengacu pada Pasal 3 KUHAP dan yurisprudensi Mahkamah Agung RI No. 1565 K/Pid/1991

b. Asas Keadilan

Hukum tidak dapat dipisahkan dari keberadaan masyarakat yang menjadi basis bekerjanya hukum. Masyarakatlah yang menciptakan hukum sehingga Cicero (106 – 64 SM) menyatakan bahwa “di mana ada masyarakat maka disitu ada hukum (*ubi societas ubi ius*)”.⁷⁴ Berbicara mengenai hukum berarti harus membicarakan keadilan yang menjadi tujuan akhir dari hukum.

Keadilan merupakan pilihan atas suatu kondisi ideal yang secara moral diyakini sebagai kebenaran yang hakiki. Perdebatan mengenai realitas keadilan tak pernah berhenti hingga kini, sebagaimana yang digambarkan oleh Robert Reiner bahwa “keadilan” adalah suatu “*essentially contested concept*”. Keadilan adalah konsep yang abstrak sehingga sangat sulit memahaminya, terutama bila dikaitkan dengan berbagai kepentingan yang beragam.⁷⁵

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum yang paling banyak dibicarakan sepanjang perjalanan sejarah filsafat hukum. Tujuan hukum bukan hanya keadilan, tetapi juga kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Idealnya, hukum memang harus mengakomodasikan ketiganya. Putusan hakim misalnya,

⁷⁴Sulistyanta, *Tinjauan Kritis Sejarah Terhadap Munculnya Negara Dan Hukum Modern*, Jurnal Ilmu Hukum, Vol. 8, No. 2, September 2005: 211 - 220

⁷⁵Robert Reiner, 2002, “Justice”, dalam James Penner et.al. (editors), *to Jurisprudence and Legal Theory (Commentary and Materials)*, London: Butterworths, hlm. 719.

sedapat mungkin mengakomodasi dari ketiganya. Menurut Gustav Radbruch,⁷⁶ keadilan harus dipastikan dapat dicapai melalui substansi norma hukum yang baik sehingga dengan sendirinya terwujud kemanfaatan hukum bagi individu atau masyarakat. Salah satu cara mewujudkan keadilan adalah memberikan tidak sama dan/atau memperlakukan tidak sama kepada mereka yang karena keadaannya yang “khusus”, menjadi berbeda dengan orang lain sehingga tidak dapat menerima haknya meskipun sudah diberikan.

Prinsip ini oleh John Rawls⁷⁷ disebut “prinsip ketidaksamaan (*principle of difference*). Sekalipun demikian, tetap ada yang berpendapat, bahwa di antara ketiga tujuan hukum tersebut, keadilan merupakan tujuan hukum yang paling penting, bahkan ada yang berpendapat, bahwa keadilan adalah tujuan hukum satu-satunya. Pasal 56 ayat (1) KUHAP sudah menerapkan prinsip ini dengan menyebutkan keadaan khusus yang menimbulkan kewajiban pada negara untuk memberikan pendampingan penasihat hukum kepada tersangka, dalam rangka memberikandue *process of law*. Pada konteks hukum acara pidana, maka keadilan yang dimaksud adalah keadilan prosedural, yaitu suatu bentuk keadilan yang dapat diperoleh apabila proses peradilan pidana dilaksanakan sesuai dengan hukum acara pidana sebagaimana diatur di dalam Pasal 3 KUHAP yang menyatakan bahwa “Peradilan dilakukan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini”. Rumusan Pasal 56 KUHAP yang tidak jelas menyebabkan peradilan pidana tidak dapat dilaksanakan dengan adil sehingga keadilan distributif yang diberikan negara berupa perlindungan hak tersangka dari tekanan, ancaman, kekerasan dan penyiksaan menjadi tidak terlaksana. Keadilan substantif yang diharapkan tersangka atau terdakwa menjadi tidak terwujud karena peradilan yang tidak adil.

Berdasarkan simpulan mengenai pelaksanaan Pasal 56 KUHAP terhadap tersangka perkara Narkoba di Polresta Pontianak selama periode tahun 2012 – 2014 adalah “tidak memenuhi asas kepastian hukum” karena tidak sesuai dengan prosedur yang diatur di dalam KUHAP bahwa “tersangka harus didampingi penasihat hukum”, maka dapat disimpulkan pula bahwa keadilan prosedural tidak dapat dilaksanakan sehingga “asas keadilan” juga tidak terpenuhi. Digunakannya asas legalitas hukum acara pidana adalah untuk memastikan bahwa proses peradilan pidana dijalankan dengan adil. Jika asas legalitas tidak terpenuhi sehingga tidak dapat dipastikan bahwa proses peradilan pidana dijalankan dengan adil, maka hal itu hanya mempunyai satu makna, yaitu “*pelaksanaan Pasal 56 KUHAP pada tersangka narkoba di Polresta Pontianak*” tidak memenuhi asas keadilan”.

c. Asas Kemanfaatan

Keberadaan hukum harus dapat memberikan kemanfaatan (*utility* atau *doelmatigheid*) bagi kehidupan masyarakat. Bahkan hukum yang represif dan tidak adil sekalipun tetap masih memberikan kemanfaatan setidaknya bagi penguasa yang menciptakan hukum. Kemanfaatan hukum bersifat relatif tergantung dari kepentingan siapa dan dengan cara pandang apa hukum disoroti.

⁷⁶ Gustav Radbruch dalam Bernard L. Tanya, Loc.Cit,

⁷⁷ John Rawls, *Theory Of Justice*, Harvard University Press, 1971, hlm. 60.

Pelaksanaan KUHAP terhadap tersangka perkara narkoba di Polresta Pontianak, sebagaimana telah disebutkan di atas bahwa: (i) tidak memenuhi asas kepastian hukum; (ii) dan tidak memenuhi asas keadilan, tetap memberikan kemanfaatan relatif terutama pada aspek-aspek: (a) kontrol terhadap tindak pidana narkoba; (b) melindungi masyarakat maupun individu dari narkoba; (c) pelaksanaan peradilan pidana terhadap pelaku. Dalam hal tersangka atau terdakwa memang terbukti bersalah sebagaimana yang didakwakan, kemanfaatan itu masih tetap ada dan relevan meskipun proses peradilannya tidak adil, setidaknya pelaku dipidana karena perbuatannya yang berarti hukum telah ditegakkan.

Bahwa karena proses peradilannya yang tidak adil, terdakwa dirugikan karena pidana yang dijatuhkan bisa lebih berat daripada kesalahannya, dan bahkan bisa mendapat pidana mati, hal itu tidak menghilangkan kemanfaatan dari hukum. Berbeda halnya bagi orang-orang yang benar-benar tidak bersalah seperti Sengkon dan Karta, Ketsan, Imam Hambali dkk yang terpaksa menjalani hukuman karena kesalahan APH, maka hukum bukan saja tidak bermanfaat, bahkan menimpakan bencana ke dalam kehidupan seseorang. Demikian juga bagi masyarakat atau APH, dapat dirumuskan satu pertanyaan: Apa kemanfaatan yang dapat diperoleh dari perbuatan menghukum orang yang tidak bersalah.

Berdasarkan uraian tersebut dapat disimpulkan bahwa “hukum selalu mempunyai kemanfaatan bahkan hukum represif yang tidak adil sekalipun, kecuali perbuatan hukum APH yang keliru menghukum orang tidak bersalah, maka bukan kemanfaatan yang dihadirkan melainkan bencana kehidupan”

C. Pemberian Bantuan Hukum Yang Adil Bagi Terangka atau Terdakwa

Pada bab sebelumnya telah dijelaskan bahwa KUHAP adalah norma sekunder yang berisi seperangkat kewenangan APH dan ketentuan-ketentuan mengenai prosedur atau tata cara penyelenggaraan proses peradilan pidana yang berkeadilan (*due process of law*) dalam rangka menegakkan norma primer (KUHP). Ditinjau dari beberapa faktor seperti: *pertama*, perubahan paradigma dari sistem *inquisitoir* pada HIR yang memperlakukan tersangka atau terdakwa sebagai objek yang harus diperas keterangannya sampai diperoleh pengakuan, menjadi sistem *accusatoir* yang memperlakukan tersangka atau terdakwa sebagai subjek yang harus dihormati dan dilindungi hak-hak dasarnya; *kedua*, diadopsinya asas praduga tak bersalah dan prinsip *miranda rule* di dalam KUHAP, maka sekilas hal itu mengindikasikan bahwa KUHAP menganut model penegakan hukum pidana yang menekankan pada legalitas tata cara atau prosedur dalam menemukan dan menggunakan alat bukti untuk mengungkap kebenaran materiil. Model ini di Amerika Serikat disebut sebagai “*due process model*”.⁷⁸

⁷⁸ M Yahya Harahap dalam Dedy Lontoh Tulung, *Akibat Hukum Terhadap Kewajiban Penyidik Dalam Pemeriksaan tersangka*, Jurnal Lex Crimen, Vol.II/No.1/Jan-Mrt/2013, hlm. 154-155; Salah satu asas dari model ini yaitu : bukti yang diperoleh secara tidak sah adalah juga tidak sah. Sekalipun suatu alat bukti atau barang bukti kelihatannya secara material adalah benar, tetapi apabila alat

Pada tingkat implementasinya ternyata lebih menekankan pada pencapaian tujuan penegakan hukum pidana materiil, yaitu penekanan pada upaya memperoleh pengakuan tersangka atau terdakwa dan/atau alat bukti meskipun prosedur yang digunakan seringkali tidak sesuai atau melanggar hak-hak dasar yang seharusnya dilindungi oleh KUHAP. Model yang demikian ini disebut sebagai “*Substantive Law Model*” atau disebut dengan istilah *Crime Control Model* (CCM) oleh Herbert L. Parker.⁷⁹

Temuan hasil wawancara dengan para informan (narapidana perkara narkoba) di Lembaga Pemasyarakatan kelas II a Pontianak, bahwa pada tingkat pelaksanaannya, KUHAP masih menggunakan sistem *inquisitoir* dalam pemeriksaan tersangka atau terdakwa. Hal inilah yang menyebabkan hasil pelaksanaan KUHAP di Polresta Pontianak belum atau tidak memenuhi asas-asas kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan sebagaimana telah dijelaskan pada uraian terdahulu.

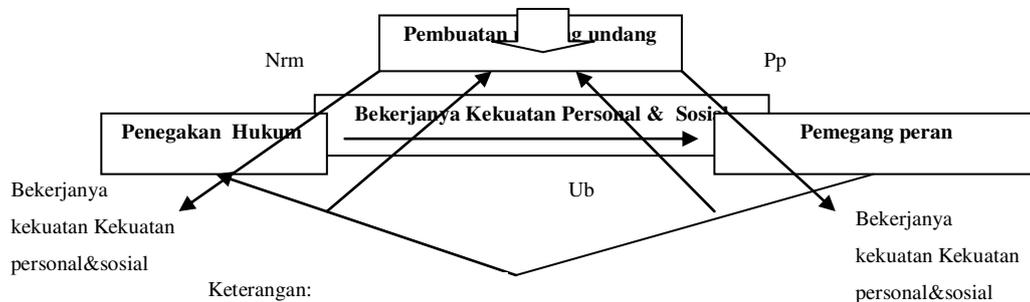
Situasi semacam ini tidak dapat dipahami dengan hanya melihat sisi hukumnya saja atau memandang dari aspek KUHP atau KUHAP semata-mata karena hukum tidak sama dengan undang-undang. Undang-undang (KUHP atau KUHAP) hanyalah instrumen untuk mewujudkan cita hukum masyarakat dari suatu negara. Basis bekerjanya hukum adalah masyarakat yang selalu berubah sejalan dengan perkembangan sosial dan politik yang terjadi dalam konteks

bukti atau barang bukti itu diperoleh tidak melalui tata cara yang sah, maka alat bukti atau barang bukti itu akan dipandang sebagai tidak sah (illegal) dan tidak dapat digunakan di depan pengadilan untuk memberatkan terdakwa.

⁷⁹M Yahya Harahap dalam Dedy Lontoh Tulung, *Ibid.* Lihat Herbert L. Parker (1978:153) dalam M. Syukri Akub dan Baharudin Baharu, *Wawasan Due Process of Law Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Yogyakarta, Rangkang Education Offset, 2012, hlm. 64 - 69 : Herbert L. Parker mengembangkan dua model pendekatan dalam menyelenggarakan SPP, yaitu *Crime Control Model* (CCM) dan *Due Process Model* (DPM). CCM merupakan model positif (*affirmative model*) yang menganut asas “praduga bersalah” dan lebih menekankan eksistensi dan penggunaan kekuasaan APH secara maksimal dan efisien untuk mengendalikan kejahatan. Dalam praktik penyidikan CCM lebih mengutamakan pada “pengakuan” tersangka daripada terpenuhinya syarat “alat bukti” yang cukup untuk mendakwa dan menuntut. Alat bukti dapat direkayasa berdasarkan pengakuan tersangka. Model ini mendorong terjadinya pragmatisme hukum yang mengutamakan hasil akhir seperti BAP yang lengkap (P-21) sehingga dapat diajukan penuntutan. Di persidangan, proses peradilan mengejar “putusan bersalah” sehingga sebagian besar terdakwa hampir dapat dipastikan akan dipenjara. Model ini dipergunakan dalam HIR yang menganut sistem *inquisitoir*. Sebaliknya, DPM adalah model negatif yang menegaskan perlunya dilakukan pembatasan terhadap kewenangan APH dalam menggunakan kekuasaannya untuk melakukan upaya paksa (*dwang midelen*). Untuk kepentingan itu, DPM menganut sistem *accusatoir* yang memperlakukan tersangka atau terdakwa sebagai subjek yang harus dihormati dan dilindungi hak-hak dasarnya, dan sistem keseimbangan (*adversary system*) dimana tersangka atau terdakwa beserta penasihat hukum di satu sisi mempunyai kedudukan hukum yang setara dan seimbang dengan APH. Guna menjamin terselenggaranya proses SPP yang berkeadilan, maka DPM menganut asas praduga tak bersalah. Lebih lanjut, Parker menegaskan bahwa *CCM lebih menekankan pada fungsi pengendalian/kontrol terhadap kejahatan, sementara DPM lebih menekankan pada proses penegakan hukum yang berkeadilan*. Kedua model tersebut bukanlah suatu realitas empiris, melainkan suatu pendekatan berdasarkan prioritas kepentingan yang tentu saja dipengaruhi oleh tatanan sosial-politik yang ada di suatu negara pada situasi dan kondisi tertentu. Tidak ada satu negara-pun di dunia yang menerapkan 100% salah satu dari kedua model tersebut, melainkan kombinasi dari keduanya.

tempat, ruang dan waktu. Masyarakat adalah suatu sistem terbuka⁸⁰ yang terdiri dari empat sub sistem, yaitu: sub sistem ekonomi; sub sistem politik; sub sistem sosial dan sub sistem budaya. Dengan demikian, sejak tahap legislasinya di DPR sampai dengan tahap implementasinya, hukum tidak mungkin “bebas nilai” atau steril dari pengaruh faktor faktor di luar hukum seperti politik, ekonomi, sosial dan budaya (Poleksosbud). Hasil bekerjanya hukum adalah resultante (penjumlahan) dari hasil interaksi antara hukum dengan faktor-faktor non hukum.

Bekerjanya hukum di masyarakat Menurut William j. camblis & Robert B. Saidman, proses bekerjanya hukum dalam masyarakat sangat dipengaruhi oleh kekuatan kekuatan personal dan social hai tersebut digambarkan pada bagan sebagai berikut:⁸¹



Keterangan:

Ub = Umpan balik

Nrm = Norma

Pp = Pemegang peran

Bahwa ada tiga ranah/domain kelembagaan yaitu: *making institution*) yang terdiri dari Presiden dan DPR; (b) lembaga penerap sanksi (*law sanction institution*), yaitu kepolisian, kejaksaan, dan pengadilan; dan (c) lembaga pemegang peran (*role occupant*) yaitu tersangka atau terdakwa dan/atau penasihat hukum/advokat.

1. Lembaga Pembuat Peraturan (*Law Making Institution*)

Lembaga pembuat peraturan terdiri dari dua komponen yaitu Presiden dan DPR. Lembaga ini berfungsi menetapkan kebijakan dasar negara di bidang hukum pidana (politik hukum pidana)⁸² berkenaan dengan bentuk, isi dan arah serta tujuan yang ingin dicapai oleh hukum pidana (KUHP) sebagai norma primer dan hukum acara pidana (KUHP) sebagai norma sekunder

⁸⁰ Masyarakat modern merupakan sistem yang bersifat terbuka, artinya dapat dipengaruhi oleh dan/atau mempengaruhi lingkungan eksternal.

⁸¹ Esmi Warassih, SH.,M.S.,Pranata Hukum Sebuah telaah Sosiologis,PT.Saryadaru Utama, Semarang 2005,hal.12.

⁸² Moh. Mahfud MD., *Pergulatan Politik Dan Hukum Di Indonesia*, Yogyakarta, Gama Media, 1999, hlm. 70-71. Perkembangan hukum tidak terlepas dari perkembangan dinamika atau pengaruh politik pada suatu masa. Bellfroid mendefinisikan politik hukum (*rechtpolitiek*) sebagai sebuah proses dalam pembentukan *ius contitutum* (hukum positif) dari *ius contituum* (rancangan peraturan perundang-undangan) untuk memenuhi kebutuhan perubahan dalam masyarakat.Perubahan sosial yang terjadi akibat perkembangan masyarakat dan lingkungannya meniscayakan adanya pembaharuan terhadap hukum. Dalam konteks hukum pidana, hukum yang sudah tidak sesuai lagi dengan situasi dan kondisi masyarakat akan berakibat kepada benturan nilai-nilai yang bisa mengakibatkan frustasi dan pada akhirnya berakibat pada tindakan-tindakan kriminal. Lihat dalam Sudarto, *Hukum Dan Hukum Pidana*, Bandung, Alumni, 1981, hlm. 151.

yang mengatur prosedur beracara guna melaksanakan norma primer. Upaya membangun sistem hukum tidak serta merta diwujudkan dengan membuat undang-undang. Sebelumnya harus dirumuskan lebih dulu politik hukum pidana yang menentukan bentuk, isi, arah dan tujuan dari undang-undang hukum pidana dan hukum acara pidana.

a. Perlukah Memperbarui Hukum Pidana Yang Berlaku Saat Ini

Mengingat bahwa: (1) KUHP dan KUHPA adalah produk rezim orde baru yang menerapkan hukum represif; (2) sistem sosial politik pada saat ini sudah berubah menuju ke arah tatanan demokrasi yang sesungguhnya; (3) kompleksitas perubahan lingkungan internal dan eksternal yang menuntut dibuatnya norma norma hukum yang bersifat responsif terhadap kebutuhan dan dinamika perkembangan masyarakat; (4) pergeseran paradigma hukum pidana dari sistem keadilan retributif menjadi sistem keadilan restoratif; dan (5) adanya perubahan atau amandemen terhadap politik hukum konstitusional yaitu UUDNRI 1945 dimana unsur unsur fundamental hukum yaitu keadilan dan hak asasi manusia dimasukkan di dalam konstitusi, maka timbul dua pertanyaan yang menyangkut politik hukum pidana, yaitu: Apakah perlu dilakukan pembaharuan hukum?; dan (2) hukum apakah yang harus diperbarui?

Pada konteks hukum pidana, dua pertanyaan tersebut sudah terjawab bahwa: (1) Perlu dilakukan pembaharuan hukum; dan (2) hukum yang harus diperbarui adalah hukum pidana dan hukum acara pidana. Dengan terselesaikannya naskah akademik RUU KUHP dan naskah akademik RUU KUHPA secara berturut turut pada tahun 2009 dan 2010 merupakan bukti bahwa kompleksitas persoalan yang ada pada saat ini membutuhkan kebijakan hukum pidana yang di dalamnya termasuk pembaharuan KUHP dan KUHPA yang sudah tidak sesuai lagi dengan kebutuhan, aspirasi serta tuntutan perkembangan masyarakat pada saat ini.

Hal itu juga merupakan indikasi bahwa KUHP dan KUHPA yang merupakan produk sistem hukum represif, sudah tidak memenuhi syarat-syarat keberlakuan filosofis, keberlakuan yuridis dan keberlakuan sosiologis sehingga harus diganti dengan undang undang baru. RUU KUHP dan RUU KUHPA yang belum disahkan menjadi undang undang sampai dengan saat ini, menunjukkan bahwa di puncak struktur kekuasaan terjadi pergulatan kepentingan di antara elite penguasa untuk mempertahankan kondisi *status quo*. Dibutuhkan kekuasaan politik yang kuat untuk mengatasi konflik kepentingan tersebut sehingga RUU KUHP dan RUU KUHPA dapat disahkan menjadi undang undang baru.

b. Politik Hukum Pidana Sebagai Dasar Pembentukan Hukum Pidana Dan Hukum Acara Pidana

Politik hukum pidana merupakan bagian dari politik hukum nasional.⁸³ Politik hukum pidana dalam banyak literatur disebut dengan istilah

⁸³Hukum pidana merupakan bagian dari kebijakan kriminal (*criminal policy*). Kebijakan kriminal sendiri merupakan usaha rasional untuk menanggulangi kejahatan. Lihat Muladidan Barda Nawawi. 2007. *Bunga Rampai Hukum Pidana*. Bandung: Alumni. Hlm. 1.

kebijakan hukumpidana (*penal policy*). Dengan merujuk pada beberapa pengertian politik hukum di atas, politik hukum pidana dapat diartikan sebagai kebijakan untuk menciptakan peraturan perundang-undangan pidana yang baik, yaitu peraturan perundang-undangan pidana yang dapat memberikan keadilan dan berdayaguna bagimasyarakat.⁸⁴ Menurut Barda Nawawi Arief,⁸⁵ politik hukum pidana merupakan bagian dari penanggulangan kejahatan dengan menggunakan instrumen hukumpidana yang merupakan bagian integral dari politik/ kebijakan sosial.

Persoalannya adalah bagaimana seharusnya politik hukum pidana itu dirumuskan?

Dasar pemikiran politik hukum pidana merujuk pada konsep hukum responsif yang dikemukakan oleh Philippe Nonet dan Philip Selznick⁸⁶ serta konsep hukum substantif dan hukum reflektif yang dikemukakan oleh Gunther Teubner.⁸⁷ Mereka menilai perkembangan hukum tidaklah bersifat linier dari yang tradisional represif kearah yang modern otonom karena hukum modern yang otonom tetap memberi tempat kepada nilai kearifan dan toleransi dari hukum tradisional agar hukum tetap berfungsi secara efektif mewujudkan keadilan bagi semua kelompok. Penggunaan nilai kearifan lokal dan toleransi itulah yang kemudian dikonsepsikan dengan hukum responsif atau hukum substantif dan hukum reflektif.

Ankie MM Hoogvelt,⁸⁸ mengajukan 2 (dua) konsep sebagai karakter perilaku prismatic, yaitu *polynormatif* dan *polyfungsional*. Konsep *polynormatif* menunjuk pada penggunaan secara selektif antara pedoman berperilaku yang sifatnya umum seperti prinsip persamaan di hadapan hukum untuk mendorong kemajuan dengan yang sifatnya khusus seperti prinsip pemberian perlakuan khusus untuk memberikan perhatian dan memberdayakan kelompok yang lemah.

Konsep polyfungsional menunjuk pada fungsi hukum untuk memadukan antara fungsi pemberian perlakuan yang sama bagi semua orang dengan fungsi memberikan perlakuan khusus bagi orang tertentu. Dalam konteks konstitusi, rujukan hukum prismatic adalah UUDNRI 1945 terutama Pasal 18B ayat (2) dan Pasal 28H ayat (2) yang mengakomodasi penggunaan nilai kearifan dalam hukum adat sebagai dasar pembangunan hukum nasional.

⁸⁴Pengertian yang sama diungkapkan oleh March Ancel yang mendefinisikan *penal policy* sebagai suatu ilmu sekaligus seni yang bertujuan membentuk peraturan perundang-undangan pidanayang baik. Lihat Mokhammad Najih. 2008. *Politik Hukum Pidana Pasca Reformasi*. Malang: In-TRANS Publishing. Hlm. 30.

⁸⁵Politik sosial dapat diartikan sebagai usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat (social welfare) yang juga mencakup perlindungan masyarakat (social defense). Lihat Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barakatullah. *Politik Hukum Pidana; Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005, Hlm. 19.

⁸⁶Philippe Nonet dan Philip Selznick, Op. Cit. hlm. 20, 24 dan 26.

⁸⁷Gunther Teubner, 1983, *Substantif and Reflexive Element in Modern Law, dalam Law and Society Review*, volume 17, nomor 2, hlm. 249.

⁸⁸Ankie MM Hoogvelt, 1985, *Sosiologi Masyarakat Sedang Berkembang*, Jakarta: CV Rajawali, hlm. 194-226.

Perpaduan antara prinsip-prinsip yang diangkat secara selektif dari nilai sosial modern dan kearifan lokal, dapat berfungsi sebagai instrumen untuk mewujudkan dua kelompok kepentingan yang berbeda, yaitu : *Pertama*, hukum harus dijabarkan dari nilai nilai sosial yang berbeda agar di satu pihak mendorong pada kemajuan namun di pihak lain tidak membiarkan terdapat kelompok yang tertinggal. *Kedua*, hukum mendorong kelompok yang kuat melakukan kegiatan atas dasar persaingan, namun hukum harus mendorong Negara memberikan perhatian terhadap kelompok yang lemah untuk mencegah terjadinya kesenjangan sosial ekonomi yang semakin tinggi.

Untuk mewujudkan 2 (dua) kepentingan yang berbeda, hukum prismatic harus membangun normanya atas dasar prinsip-prinsip, yaitu:

1) **Prinsip Keberagaman Hukum dalam Kesatuan**

Keberagaman merupakan karakter hukum adat dalam masyarakat tradisional. Masing-masing masyarakat mempunyai hukum adat yang lahir dan berkembang atas dasar pengalaman beradaptasi terhadap lingkungan alam dan sosialnya. Sebaliknya, kesatuan hukum merupakan karakter dari hukum modern terutama pasca kelahiran negara kebangsaan. Untuk menjamin keberlangsungan dan keutuhan ikatan negara-kebangsaan dibutuhkan instrumen hukum perundangundanganyang berlaku sama bagi semua wilayah dan kelompok masyarakat dengan dilekati fungsi kontrol juga fungsi rekayasa sosial.

Antara hukum adat yang beragam dengan hukum perundang-undangan yang unifikasi seharusnya tidak dipertentangkan namun justru harus disenergikan. Keduanya merupakan bagian dari realitas negara-kebangsaan Indonesia yang dijamin keberadaannya oleh konstitusi. UUD NRI 1945 mengakui dan menghormati hukum adat yang pluraldi samping hukum perundang undangan. Hukum adat yang plural dibutuhkan peranannya karena telah terbukti berfungsi menjamin keseimbangan hubungan antar sesama manusia dan antara manusia dengan lingkungan alamnya. Hukum perundang-undangan dibutuhkan untuk menjamin terpeliharanya keutuhan Negara kebangsaan Indonesia.

Prinsip”keberagaman hukum dalam kesatuan” merupakan perpaduan dan harmonisasi atas prinsip dan nilai kearifan lokal dengan prinsip dan nilai sosial modern. Pemaduan antara keduanya dilakukan secara selektif untuk menjamin kepentingan baik masyarakat lokal maupun negara-kebangsaan serta mencegah terciptanya norma hukum yang saling menafikan dan kontra produktif terhadap kepentingan bersama. Melalui pemaduan secara selektif, norma hukum yang terbentuk akan berfungsi instrumen bagi:

- a) upaya menjamin keberlangsungan kesejahteraan warga masyarakat, keseimbangan hubungan manusia dengan alam dan antara produksi dengan konservasi. Keberhasilan upaya ini akan berfungsi sebagai unsur pendukung bagi penguatan ikatan kebangsaan dan eksistensi negara. Masyarakat yang sejahtera akan menilai ikatan kebangsaan mempunyai fungsi positif bagi kepentingan mereka.

- b) upaya mendekatkan hukum perundang-undangan kepada kepentingan masyarakat lokal sebagai proses mengakomodasi nilai kearifan lokal ke dalam hukum perundang-undangan untuk melindungi kepentingan mereka.
- c) pengurangan beban tanggung jawab hukum perundang-undangan yang belakangan tampak sudah berlebih-lebihan. Hukum perundang-undangan berada dalam tekanan untuk mengatur semua sektor tanpa memberikan peluang bagi berlakunya hukum adat justru telah menimbulkan dampak negatif yang sangat merugikan bagi keberlangsungan ikatan kebangsaan. Oleh karenanya, negara melalui hukum perundang-undangan harus memberikan jalan bagi pemberlakuan hukum adat dan kearifan lokal namun tetap dalam ikatan kesatuan negara kebangsaan.

2) Prinsip Persamaan di Hadapan Hukum atas Dasar Ketidaksamaan

Prinsip "persamaan di hadapan hukum atas dasar ketidaksamaan" merupakan perpaduan dua prinsip yang bersumber dari nilai sosial modern dan tradisional. Melalui perpaduan kedua prinsip tersebut dapat dikembangkan norma hukum perundang-undangan yang dapat berfungsi sebagai instrumen untuk:

- a) mendorong persaingan sehat antar individu yang secara sosial ekonomi kuat namun sekaligus menuntut pemberian perhatian khusus bagi individu yang sosial ekonominya lemah.
- b) mendorong kemajuan melalui persaingan dan maksimalisasi kepentingan individu namun dalam waktu yang sama harus dicegah sikap rakus dengan menumbuhkembangkan sikap dan perilaku tolerans, peduli dan empati pada kepentingan orang lain khususnya kelompok masyarakat yang lemah.
- c) membangun kemitraan antara kelompok masyarakat yang kuat dengan kelompok masyarakat yang masih lemah secara sosial ekonomi. Kemitraan menempatkan para mitra dalam kedudukan yang sejajar namun disadari adanya perbedaan kemampuan dan akses. Oleh karenanya, dalam hubungan kemitraan harus dikembangkan sikap dan perilaku tolerans, mengayomi, dan memberdayakan yang lemah. Negara melalui hukum mendorong terbentuknya hubungan kemitraan yang saling menguntungkan secara proporsional dan mencegah terjadinya hubungan yang eksploitatif dalam wadah kemitraan.

3) Prinsip Pengutamakan Keadilan dan Kemanfaatan atas Kepastian Hukum

Prinsip ”pengutamaan keadilan dan kemanfaatan atas kepastian hukum” bukan dimaksudkan untuk meniadakan eksistensi kepastian hukum, namun melalui pemberian kewenangan kepada pelaksana/penegak hukum untuk menemukan hukum atau pemberian diskresi untuk menggunakan prinsip kearifan lokal:

- a) meminimalisir kesenjangan antara hukum perundang-undangan yang menekankan pada kepastian hukum dengan rasa keadilan dan kemanfaatan yang ada dan berkembang dalam masyarakat.
- b) memberi peluang bagi penyelesaian konflik atau sengketa hukum dengan menggunakan kearifan lokal. Dalam konteks hukum pidana, maka nilai kearifan lokal dapat diterapkan pada upaya mediasi penal dalam bingkai “ultimum remedium” menuju keadilan restoratif.

Keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dengan menggunakan hukum sebagai alatnya merupakan suatu proses dinamis yang memerlukan banyak waktu. Upaya ini seringkali didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang saling berkompetisi untuk mengaktualisasikan kepentingan masing-masing melalui tatanan sosial politik yang ada.⁸⁹

Hakikat makna keadilan tertuju pada substansi “Bagaimana keadilan dapat diwujudkan secara konkrit dalam realitas kehidupan sosial masyarakat?”⁹⁰ Keadilan merupakan *conditio sine qua non* bagi terciptanya tatanan (*orde*) hukum yang mengatur perilaku manusia dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat guna mewujudkan keseimbangan antara hak dan kewajiban, serta adanya keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan sosial.

Menurut John Rawls, keadilan adalah kejujuran (*fairness*). Agar hubungan sosial antar individu bisa berjalan secara berkeadilan, maka hubungan antara hak, kewajiban dan fungsi-fungsi di dalam suatu masyarakat harus diatur atau berjalan sesuai dengan dua prinsip, yaitu:

Pertama, kebebasan yang sama (*principle of equal liberty*), bahwa setiap orang mempunyai kebebasan dasar yang sama. Kebebasan dasar ini, antara lain, (1) kebebasan politik, (2) kebebasan berfikir, (3) kebebasan dari tindakan sewenang-wenang, (4) kebebasan personal, dan (5) kebebasan untuk memiliki kekayaan.⁹¹

Kedua, prinsip ketidaksamaan (*the principle of difference*), bahwa ketidaksamaan yang ada di antara manusia, dalam bidang ekonomi dan sosial, harus diatur sedemikian rupa, sehingga ketidaksamaan tersebut, (1) dapat menguntungkan setiap orang, khususnya orang-orang yang secara kodrati tidak beruntung dan (2) melekat pada kedudukan dan fungsi-fungsi

⁸⁹Carl Joachim Friedrich, 2004, *Filsafat Hukum, Perspektif Historis*, Bandung, Nusamedia, hlm. 239

⁹⁰Derrida dalam Roger, Cotterel, 2001, *Sociological Perspective on Law*, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Company, England, hlm. 433

⁹¹Lorens Bagus, *Kamus Filsafat*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, hlm. 331-332.

yang terbuka bagi semua orang.⁹² Artinya, Rawls tidak mengharuskan bagian semua orang adalah sama, seperti kekayaan, status, pekerjaan dan lainnya, karena hal itu tidak mungkin, melainkan bagaimana ketidaksaaman tersebut diatur sedemikian rupa sehingga terjadi ikatan, kerja sama dan kaitan saling menguntungkan juga membutuhkan di antara mereka.

4) Prinsip Diferensiasi Fungsi dalam Keterpaduan

Prinsip "diferensiasi fungsi dalam keterpaduan" dimaksudkan untuk memadukan antara spesialisasi fungsi yang menjadi karakter lembaga modern dengan penyebaran fungsi yang menjadi karakter lembaga tradisional. Diferensiasi fungsi tanpa diiringi dengan prinsip keterpaduan hanya menghasilkan sektoralisme kelembagaan yang egois dan saling melemahkan antara satu dengan lainnya. Dampaknya, kepentingan bersama dari masyarakat atau bangsa yaitu ketertiban (bebas konflik), ketenteraman (makmur), dan keamanan (bebas kejahatan) menjadi terabaikan. Dengan mendasarkan pada prinsip diferensiasi fungsi dalam keterpaduan, norma hukum perundang-undangan dapat menjalankan fungsinya untuk:

- a) mendorong harmonisasi dan saling dukung antar lembaga sektoral yang terkait sehingga di samping melaksanakan fungsi khususnya juga masing-masing berkontribusi bagi pencapaian kepentingan yang menjadi tujuan bersama.
- b) mencegah terjadi proses saling melemahkan antara lembaga sektoral yang satu terhadap yang lainnya, yang justru akan menghambat pencapaian kepentingan yang menjadi tujuan bersama.

2. Lembaga Penegak Hukum/Penerap Sanksi

Pada awalnya yang disebut sebagai lembaga penegak hukum terdiri dari tiga lembaga, yaitu: (1) Kepolisian; (2) Kejaksaan; dan (3) Pengadilan. Ketiganya merupakan lembaga struktural organik negara yang menjalankan norma sekunder hukum pidana, yaitu KUHAP. Masing-masing lembaga tersebut dilengkapi dengan norma sekunder lain yang berkaitan dengan fungsi spesifiknya yaitu: Undang-Undang Kepolisian, Undang-Undang Kejaksaan dan Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman.

Pada saat berlakunya KUHAP No. 8 Tahun 1981, fungsi bantuan hukum yang diemban oleh advokat/penasihat hukum belum diakui sebagai salah satu bagian dari fungsi penegakan hukum sehingga belum ada norma sekunder maupun struktur hukumnya. Di dalam KUHAP juga tidak diatur mengenai kewenangan advokat, meskipun negara mengakui bahwa kehadirannya diperlukan sebatas yang diperlukan oleh pemerintah agar proses peradilan pidana yang dilaksanakan "tampak adil. Hal ini terlihat dari adanya kontrol terhadap advokat melalui Pasal 70, 71 dan 115 KUHAP tanpa diimbangi oleh adanya kewenangan advokat.

⁹²John Rawls, *Theory Of Justice*, Harvard University Press, 1971, hlm. 60.

Sejak berlakunya UU Advokat No. 18/2003 eksistensi advokat secara resmi diakui dan dikukuhkan sebagai salah satu lembaga penegak hukum yang mempunyai kedudukan setara dengan tiga lembaga penegak hukum lainnya (Kepolisian, Kejaksaan dan Pengadilan) dalam konsep Catur Wangsa Penegakan Hukum. Meskipun sudah diakui keberadaannya melalui undang-undang, tetapi pelaksanaan fungsi bantuan hukum masih belum bisa dijalankan secara efektif karena beberapa alasan: (1) kewenangan advokat/penasihat hukum belum dirumuskan secara eksplisit di dalam UU Advokat; (2) KUHAP belum diubah atau diperbarui; (3) Struktur kelembagaan belum dibuat; (4) norma bantuan hukum belum dirumuskan; dan (5) pembiayaan atas bantuan hukum secara cuma-cuma yang seharusnya ditanggung negara masih dibebankan kepada advokat.

Ketentuan Pasal 56 ayat (2) KUHAP dan Pasal 22 ayat (1) UU Advokat No. 18/2003 mengenai kewajiban advokat untuk memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma kepada pencari keadilan yang tidak mampu adalah bentuk ketidakadilan struktural yang dilakukan negara terhadap profesi advokat. Ketidakadilan itu terjadi karena negara memperlakukan secara tidak sama antara profesi advokat dengan tiga profesi lainnya yaitu polisi, jaksa dan hakim yang berada di dalam jajaran struktur organik kekuasaan negara.

Ditinjau dari perspektif teori keadilan John Rawls, maka hal itu bertentangan dengan prinsip “persamaan dalam kebebasan (*principle of equal liberty*)”, artinya bebas dari kesewenang-wenangan. Selain itu, ketentuan dua Pasal di atas bertentangan dengan ketentuan Pasal 28 D ayat (2) UUDNRI 1945 hasil amandemen yang isinya:

“Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja”.

Mencermati makna dari Pasal 28 D ayat (2) UUDNRI 1945 tersebut, menjadi jelas bahwa negara telah merampas hak warga negara untuk memperoleh imbalan atas hasil kerjanya sebagai substitusi kewajibannya untuk membiayai bantuan hukum bagi pencari keadilan yang tidak mampu. Apabila ditelusuri lebih jauh menggunakan prinsip kedua dari teori keadilan John Rawls, yaitu prinsip perbedaan dalam kesamaan (*the difference principle*), maka negara wajib memberikan perlakuan berbeda kepada mereka yang kurang beruntung atau tidak mampu, sebab meskipun mereka mempunyai hak yang sama di depan hukum tetapi mereka tidak mampu meraihnya karena keterbatasannya. Dengan demikian, negara yang wajib menyediakan anggaran untuk membiayai bantuan hukum bagi orang yang tidak mampu.

Melalui rentang waktu yang panjang sejak tahun 1981 (saat KUHAP diberlakukan) sampai dengan tahun 2011 ketika Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum (selanjutnya disingkat UUBH) diberlakukan, negara memberi solusi atas persoalan yang sudah berlangsung selama 30 tahun mengenai: (1) Siapa yang berkewajiban menanggung biaya

pemberian bantuan hukum bagi orang yang tidak mampu?; dan (2) Bagaimana struktur kelembagaan bantuan hukum?

Pembiayaan atas penyelenggaraan bantuan hukum bagi pencari keadilan yang tidak mampu diatur dalam Pasal 16 ayat (1) UUBH yang isinya adalah:

“Pendanaan Bantuan Hukum yang diperlukan dan digunakan untuk penyelenggaraan Bantuan Hukum sesuai dengan Undang-Undang ini dibebankan kepada Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara”.

Ketentuan tersebut menyelesaikan persoalan pertama bahwa masalah pendanaan atas bantuan hukum bagi pencari keadilan yang tidak mampu telah mendapat kepastian hukum sehingga diharapkan dapat meningkatkan efektifitas pemberian bantuan hukum yang kinerjanya rendah. Terkait dengan hal ini, timbul permasalahan lain yaitu: (1) Bagaimana halnya dengan ketentuan Pasal 56 ayat (2) KUHAP dan Pasal 22 Ayat (1) UU Advokat yang mewajibkan advokat untuk memberikan bantuan hukum secara cuma-cuma?; (2) Apakah kewajiban yang sudah jelas merupakan ketidakadilan struktural itu masih dipertahankan atau dicabut?

Persoalan kedua mengenai struktur kelembagaan bantuan hukum diselesaikan dengan ketentuan Pasal 6 ayat 2 UUBH yang isinya adalah:

“Pemberian Bantuan Hukum kepada Penerima Bantuan Hukum diselenggarakan oleh Menteri dan dilaksanakan oleh Pemberi Bantuan Hukum berdasarkan Undang-Undang ini”.

Berdasarkan ketentuan pasal tersebut menjadi jelas bahwa struktur kelembagaan penyelenggaraan bantuan hukum berada atau menjadi bagian dari struktur Kementerian Hukum dan HAM, yang diwujudkan berupa Pos Bantuan Hukum (POSBAKUM) di setiap Pengadilan Negeri.

Mencermati uraian di atas, harus diakui bahwa sejauh ini perkembangan pembangunan hukum nasional dapat dikatakan responsif terhadap kebutuhan, aspirasi dan tuntutan masyarakat. Prestasi yang dicapai pemerintah adalah cukup signifikan dengan terbitnya berbagai norma sekunder (undang-undang) terkait hukum pidana, tetapi masih kurang memberikan hasil (*outcome*) yang diharapkan karena belum menyentuh akar permasalahannya yaitu KUHP dan KUHAP. Hal ini yang menyebabkan mengapa meskipun sudah ada UU Advokat dan UUBH efektifitas kinerja pemberian bantuan hukum di Polresta Pontianak tetap rendah sebesar 2,3 %.

Ditinjau dari sudut pandang bekerjanya hukum, maka rendahnya efektifitas fungsi pemberian bantuan hukum merupakan akibat birokratisasi penegakan hukum yang menjadi ciri paling menonjol dari hukum modern. Birokratisasi adalah cara-cara birokratis untuk mengambil keputusan dengan tingkat rasionalitas maksimal untuk mencapai efisiensi tinggi sehingga pembuatan keputusan benar-benar lancar dan merupakan kegiatan

rutin.⁹³ Keadaan tersebut menyebabkan fungsi penegakan hukum terjebak ke dalam perangkat legal formalisme sehingga terjadi kekaburan antara “apa yang seharusnya” dan “apa yang senyatanya dilaksanakan”.

Fenomena ini dijelaskan oleh Chamblis dan Seidman sebagai berikut: Setiap organisasi diarahkan kepada pencapaian tujuan tertentu. Organisasi kepolisian diarahkan pada tujuan penyidikan, organisasi kejaksaan pada tujuan penuntutan, dan seterusnya. Tujuan-tujuan resmi inilah yang dicantumkan dalam deskripsi dari jabatan-jabatan yang dipangku oleh masing-masing lembaga penegak hukum. Bersamaan dengan itu, setiap organisasi tunduk pada proses “penggantian tujuan (*goal substitution*)”.⁹⁴ Dilihat dari kepentingan organisasi dan personalnya, setiap petugas dihadapkan pada kenyataan bahwa berbagai tindakan dan kebijakan menimbulkan keuntungan, sedang lainnya merupakan kerugian dan hambatan.

Ketika dihadapkan pada tantangan yang bersifat problematik seperti “kewajiban menunjuk penasihat hukum” yang dianggap sebagai hambatan, maka secara organisasi maupun personal terdapat kecenderungan APH untuk menggantikan tujuan formal yang ditentukan oleh Pasal 56 ayat (1) KUHAP dengan kebijakan dan tindakan-tindakan yang menghasilkan keuntungan maksimal dan hambatan minimal bagi organisasi (kepolisian, kejaksaan dan pengadilan), seperti kebijakan untuk meanganjurkan tersangka atau terdakwa untuk membuat SP2DPH melalui Surat Edaran Kejaksaan Agung RI NO. B-570/F/Fpk.1/9/1994. *Fenomena SP2DPH merupakan bentuk penggantian tujuan (*goal substitution*) yang dilakukan oleh APH untuk menghilangkan hambatan terhadap rutinitas pekerjaan.* Dalam hal ini, demi kelancaran rutinitas dan efisiensi kerja APH maka kepentingan tersangka atau terdakwa dan/atau penasihat hukum dikesampingkan. Kebijakan yang dijadikan sebagai instrumen untuk melakukan *goal substitution* tersebut bersumber dari kekuasaan diskresional yang dimiliki APH.

Menurut Chambliss dan Seidman,⁹⁵ diskresi tidak dapat dihindari sama sekali tetapi harus dibatasi, karena diskresi merupakan penyebab terjadinya penyalahgunaan wewenang dan ketidakadilan. Ketidakadilan distributif terlihat dari ketidak seimbangan distribusi kewenangan di antara lembaga bantuan hukum dengan tiga lembaga penegak hukum lainnya yaitu kepolisian, kejaksaan dan pengadilan. Lembaga bantuan hukum tidak memiliki kewenangan aktif di dalam KUHAP sebagaimana tiga lembaga penegak hukum lainnya. Dalam hal ini, negara melakukan ketidakadilan struktural melalui kekuasaannya dengan tidak mendistribusikan kewenangan kepada lembaga bantuan berdasarkan prinsip proporsionalitas, pemerataan dan kebutuhan.

Diperlukan pengaturan yang seimbang antara fungsi hukum dan fungsi diskresi melalui dua perangkat norma hukum, yaitu: (1) Hukum pidana

⁹³ Chamblis & Seidman (1971: 265) dalam Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum: Suatu Tinjauan Sosiologis*, Yogyakarta, Genta Publishing, 2009, hlm. 50

⁹⁴ Chamblis & Seidman, *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

materiil; dan (2) Hukum pidana formil atau hukum acara pidana. Dua perangkat norma hukum tersebut menjadi titik anjak dimulainya pembangunan hukum pidana pasca reformasi yang mengedepankan pencapaian keadilan substantif dalam penegakan hukum pidana melalui proses peradilan yang berkeadilan (*due process of law*).

Konsep Catur Wangsa dalam penegakan hukum harus benar-benar diwujudkan dan bukan sekedar retorika belaka. Empat fungsi penegakan hukum harus dapat dijalankan oleh masing-masing lembaga penegak hukum berdasarkan asas diferensiasi fungsional secara terpadu dengan koordinasi yang baik. Pada situasi transisional dari sistem hukum represif menuju sistem hukum responsif, dimana masyarakat masih harus membereskan masalah-masalah yang lebih fundamental sifatnya seperti pengentasan kemiskinan, buruknya infrastruktur, tingginya angka pengangguran, kebencanaan dan lain-lain, maka sub sistem politik akan berpengaruh dominan terhadap sub-sistem hukum sehingga hukum digunakan sebagai instrumen untuk mewujudkan stabilitas ekonomi, sosial dan politik melalui kontrol dan rekayasa sosial. Hal ini merupakan salah satu alasan yang menjelaskan mengapa RUU KUHAP belum disahkan menjadi undang-undang acara pidana yang baru padahal kebutuhannya sudah mendesak.

Berdasarkan uraian diatas, dapat disimpulkan bahwa diperlukan upaya untuk memperbaiki kinerja penegakan hukum pidana dengan membuat konsep integratif penegakan hukum pidana. Efek dari asas diferensiasi fungsional adalah timbulnya ego sektoral dan konflik kepentingan yang bersumber dari kewenangan atau kekuasaan yang dimiliki oleh masing-masing lembaga penegak hukum. Keadaan ini dapat mengganggu koordinasi dan kerjasama antar lembaga yang pada akhirnya akan menghambat kinerja penegakan hukum secara keseluruhan.

Hal itu harus diatasi dengan cara mengintegrasikan masing-masing lembaga yang memiliki potensi konflik menjadi kesatuan fungsional penegakan hukum terpadu. Sebagai alat pengintegrasikan adalah hukum itu sendiri. Konsepsi hukum sebagai alat pengintegrasikan berbagai kepentingan di masyarakat yang terkadang saling bertolak belakang (misalnya kepentingan polisi atau jaksa dengan penasihat hukum) diperkenalkan oleh Harry C Bredemeier.⁹⁶ Konsep operasional pemikiran Bredemeier menyatakan bahwa Badan peradilan (Mahkamah Agung) melalui kewenangannya yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, dapat menjalankan mekanisme untuk menciptakan integrasi di antara sesama lembaga penegak hukum dan antara lembaga penegak hukum dengan masyarakat. Dengan kewenangannya tersebut Mahkamah Agung dapat mengintegrasikan fungsi-fungsi penegakan hukum yang diemban oleh masing-masing lembaga sebagai kesatuan fungsional terpadu. Kewenangan ini tidak dimiliki oleh badan peradilan di bawahnya. Norma hukum lain yang digunakan sebagai alat pengintegrasikan adalah KUHP dan KUHAP yang sudah diperbarui.

⁹⁶ Harry C. Bredemeier dalam Suteki, *Op.Cit.*, hlm. 41

3. Pemegang Peran (*Role Occupant*)

Ranah ketiga dalam teori bekerjanya hukum Robert B. Seidman dan William J. Chamblis adalah “pemegang peran (*role occupant*)” yang dalam hal ini diduduki oleh tersangka atau terdakwa. Tersangka atau terdakwa sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP, termasuk diantaranya tersangka perkara kejahatan narkotika adalah subjek hukum yang dijadikan unit analisis utama di dalam studi ini, yang karena keadaannya dan ketidakmampuannya menjadi rawan menerima perlakuan sewenang-wenang dan tidak adil dari APH sehingga wajib didampingi oleh penasihat hukum pada setiap tingkatan pemeriksaan.

Berbicara mengenai keadilan, maka terdapat perbedaan persepsi di antara masing-masing ranah berkerjanya hukum, yaitu:

Pertama, pada ranah lembaga pembuat peraturan yang (Presiden dan DPR), keadilan dipersepsikan dalam konteks keadilan distributif. Secara konseptual keadilan distributif berkaitan dengan distribusi kekuasaan, kesempatan, peluang, keadaan atau barang yang akan berpengaruh terhadap kesejahteraan individu.⁹⁷ Kesejahteraan yang dimaksudkan meliputi aspek-aspek fisik, psikologis, ekonomi, dan sosial. Tujuan distribusi di sini adalah kesejahteraan sehingga yang didistribusikan biasanya berhubungan dengan kekuasaan yang dapat mendatangkan keuntungan atau manfaat, sumber daya, ganjaran, atau keuntungan. Keadilan distributif tidak sepihak, tetapi bisa juga interaktif karena berbagai hal yang didistribusikan ada yang milik pribadi dan sebagian milik bersama. Dalam pemikiran Aristoteles, nilai keadilan itu saling dipertukarkan di antara dua pihak, yaitu pihak yang kuat dan pihak yang lemah. Pada pertukaran nilai keadilan tersebut, kedua belah pihak saling mendapat manfaat sesuai dengan kontribusi masing-masing.

Pada konteks penelitian ini, negara melalui lembaga pembuat peraturan (Presiden dan DPR) mendistribusikan keadilan secara proporsional sesuai dengan hak, kewajiban, kewenangan dan fungsi serta kontribusi masing-masing orang atau lembaga melalui undang-undang untuk melaksanakan ketentuan yang diatur di dalam konstitusi. Hak-hak dasar tersangka atau terdakwa yang diatur di dalam Pasal 28 D ayat (1), Pasal 28 G ayat (1) dan Pasal 28 H ayat (2) UUDNRI 1945 hasil amandemen diperasionalisasikan melalui Pasal 50 sampai dengan Pasal 68 KUHAP. Dalam hal ini negara telah berupaya melindungi hak-hak tersangka atau terdakwa agar memperoleh peradilan pidana yang adil, tetapi karena kelemahan-kelemahan yang telah disebutkan dimuka maka keadilan yang substantif yang dicita-citakan itu tetap saja tidak bisa diperoleh oleh pencari keadilan.

Kedua, Kekerasan struktural yang dilakukan oleh negara sebagaimana telah dijelaskan pada sub-bab sebelumnya menyebabkan proses peradilan pidana yang adil menjadi jauh dari jangkauan dan keadilan substantif yang dijanjikan oleh hukum hanyalah mitos. Keadilan yang diterima oleh tersangka adalah keadilan yang menurut persepsi APH disebut keadilan formal (*formal*

⁹⁷Deutsch, M., *Equity, Equality, and Need: What Determines Which Values Will be Used as the Basis of Distributive Justice?* Journal of Social Issues, 1975, 31, hlm. 137-150.

justice), artinya sepanjang proses peradilan pidana telah dijalankan sesuai prosedur yang ada berarti keadilan telah tercapai. Pemaknaan keadilan hanya sebatas pada konteks “keadilan formal atau keadilan prosedural” ini juga merupakan salah satu bentuk “goal substitution” yang dipertahankan oleh APH demi memaksimalkan keuntungan dan meminimalkan hambatan.

Formal justice yang di Indonesia ditegakkan melalui hukum positif (undang-undang), dan dikatakan menjunjung tinggi prinsip *rule of law* ternyata belum mampu mewujudkan keadilan substantif, karena terbentur prosedur yang harus diikuti untuk memenuhi asas legalitas hukum modern. Atas nama undang-undang, dan “semua harus sesuai dengan prosedur hukum” adalah ungkapan untuk menyatakan “supremasi hukum” terhadap variabel sosial lainnya, yang seringkali diidentikkan dengan “supremasi undang-undang”. Akibatnya persoalan hukum tereduksi menjadi sekedar persoalan teknis yuridis, sehingga ketika hukum tersebut dijalankan, ternyata pemenuhan rasa keadilan yang menjadi tujuan hukum bisa terhalang oleh prosedur dan formalitas yang justru diciptakan oleh hukum modern itu sendiri.⁹⁸

Lebih lanjut, FX. Adjie Samekto menegaskan bahwa dalam perspektif hukum modern, hubungan-hubungan dan tindakan pemerintah kepada warganegaranya didasarkan pada peraturan dan prosedur yang bersifat impersonal dan tidak memihak (*impartial*). Hal ini dapat dipahami karena hukum modern bersumber dari nilai-nilai yang dianut masyarakat kapitalis Eropah Barat pada abad ke-sembilan belas.⁹⁹ Nilai-nilai filosofi hukum liberal yang dianut masyarakat Eropah Barat melahirkan konsep *the rule of law* yang berorientasi pada mekanisme pasar bebas, di mana aspek-aspek permintaan dan penawaran, penanaman modal untuk menghasilkan keuntungan serta kepemilikan (*ownership of property*) dapat diprediksi dan dijamin. Dengan demikian dapat diartikan bahwa konsep *the rule of law* sebenarnya tidak berkaitan dengan keadilan substantif yang diharapkan muncul sebagai hasil (*outcome*) dari pemberlakuan hukum (*law enactment*). Dalam perspektif studi hukum kritis, konsepsi *the rule of law* tak lebih dari sekedar “aturan main untuk menciptakan hasil”, sedangkan keadilan substantif yang menjadi tujuan diciptakannya hukum hanyalah mitos belaka.

Ketiga, hakikat keadilan substantif bagi bangsa Indonesia adalah keadilan sosial. Keadilan tidak dapat diformulasikan tanpa ada konteks sosialnya. Keadilan adalah salah satu pilar yang menjaga berlangsungnya kehidupan sosial.

Persoalan keadilan menjadi pelik ketika ada pertentangan antara mengutamakan kepentingan pribadi dan kepentingan bersama/sosial. Pada tingkat individu akan sulit sekali menilai keadilan tanpa menghiraukan kepentingan pribadi. Sebaliknya, adalah tidak realistis menegakkan keadilan tanpa mempertimbangkan kepentingan berbagai pihak lain. Apalagi ketika kepentingan tersebut menyangkut hak-hak asasinya. Meskipun demikian,

⁹⁸FX. Adjie Samekto, 2008, *Justice Not for All: Kritik Terhadap Hukum Modern Dalam Perspektif Studi Hukum Kritis*, Yogyakarta, Genta Press, hlm. 35

⁹⁹Gerald Tucker, 1995, Lihat FX. Adjie Samekto, *Ibid*, hlm. 53.

kompromi yang sering diambil secara umum mengarah pada posisi yang lebih tinggi bagi nilai-nilai kepentingan bersama dibandingkan dengan kepentingan pribadi. Prinsip distribusi ini diarahkan untuk menjaga kebersamaan dalam masyarakat sekaligus diarahkan agar individu tetap menjaga moralitas masing-masing. Dalam pengertian yang lebih konkrit, kepentingan bersama diutamakan tanpa mengabaikan kepentingan pribadi.

Bertolak dari pemikiran tersebut maka dalam konteks perlindungan terhadap hak-hak tersangka, prinsip-prinsip keadilan distributif yang tepat untuk diterapkan adalah prinsip proporsional, pemerataan, dan kebutuhan. Makna dari masing-masing prinsip tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut:

1) Prinsip Proporsional

Hak itu tidak diberikan kepada semua tersangka atau terdakwa, melainkan diberikan secara proporsional sesuai dengan “keadaan khusus” yang diatur di dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP. (Prinsip ini menganut prinsip perbedaan dalam kesamaan dari John Rawls).

2) Prinsip Pemerataan

Hak yang diatur di dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP harus diberikan secara merata kepada tersangka atau terdakwa yang memenuhi syarat “keadaan khusus” yang diatur oleh pasal tersebut, tanpa membedakan apakah tersangka tergolong sebagai orang mampu atau tidak mampu. (Prinsip ini menganut prinsip persamaan dalam kebebasan dari John Rawls)

3) Prinsip Kebutuhan

Hak yang diatur di dalam Pasal 56 ayat (1) KUHAP mutlak wajib diberikan oleh negara, karena tersangka atau terdakwa atas nama keadilan membutuhkan diberikannya hak tersebut akibat: (1) kebebasannya dirampas oleh negara sementara kesalahannya belum dibuktikan; dan (2) ancaman hukuman di atas lima tahun sampai dengan hukuman mati atau seumur hidup.

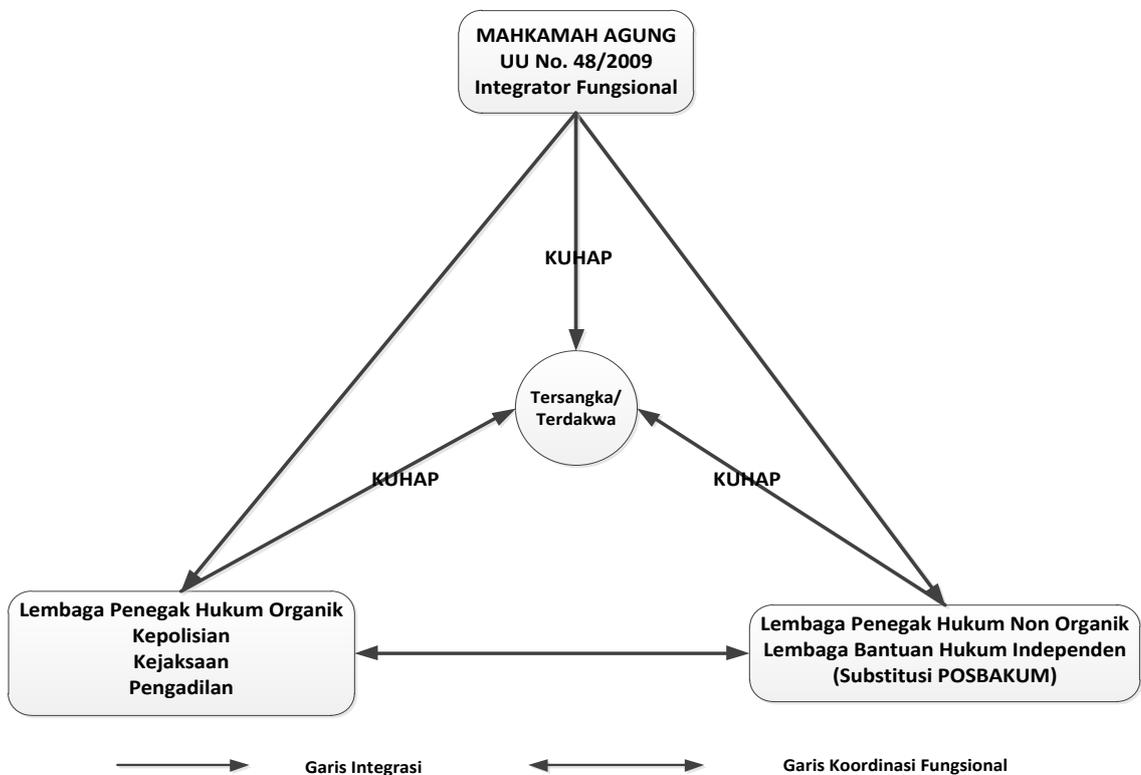
Benang merah yang menghubungkan keadilan distributif yang diberikan oleh negara dengan keadilan substantif yang “seharusnya” dapat dirasakan oleh tersangka atau terdakwa dapat diukur dari sejauh mana negara dapat menjamin bahwa keadilan itu dapat “nyata-nyata diterima” oleh pencari keadilan. Fenomena SP2DPH menunjukkan bahwa negara gagal menjamin bahwa hak yang diberikan itu benar-benar dilaksanakan dan sampai kepada subjek yang dituju yaitu tersangka atau terdakwa. Dalam konteks studi ini, keadilan substantif itu secara konkrit dimaknai apabila negara melakukan hal-hal sebagai berikut:

Pertama, melalui KUHAP negara menetapkan bahwa hak yang diatur di dalam Pasal 56 ayat (1) bersifat mutlak, dan oleh karenanya wajib diselenggarakan atas biaya negara, sehingga hak tersebut memenuhi asas kepastian hukum.

Kedua, APH yang tidak memenuhi ketentuan ini dianggap melanggar hukum dan diberi sanksi pidana, selain sanksi administratif dan hasil pemeriksaannya dinyatakan tidak sah dan batal demi hukum. Adanya sanksi pidana bagi APH yang tidak melaksanakan ketentuan KUHAP merupakan wujud prinsip pemerataan secara proporsional dari keadilan distributif.

Ketiga, hak untuk didampingi penasihat hukum pada saat diperiksa penyidik dalam perkara pidana, sebenarnya wajib diberikan oleh negara kepada setiap tersangka atau terdakwa tanpa melihat ancaman hukumannya. Hal ini sebagai konsekuensi logis dari tindakan negara melalui APH yang merampas kemerdekaan tersangka atas dugaan tindak pidana sementara kesalahannya masih harus dibuktikan. Sebab satu haripun berada di dalam tahanan, tersangka dapat mati karena kekerasan yang dilakukan polisi dan hal ini bukan tidak pernah terjadi di berbagai tempat di Indonesia.

Model operasional Pemberian Bantuan Hukum
Yang Berkeadilan yang diharapkan
Model segitiga integrasi pemberian bantuan hukum



BAB IV PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan hasil analisis atas beberapa temuan yang diperoleh selama melaksanakan penelitian, maka dapat dirumuskan beberapa kesimpulan penelitian sebagai berikut:

1. Meski dalam prakteknya Penggunaan Surat Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat Hukum (SP2DPH) dinyatakan sah oleh mahkamah agung menurut ketentuan hukum yang berlaku. Tetapi Norma hukum yang menimbulkan hak bagi tersangka atau terdakwa dan sekaligus menimbulkan kewajiban bagi penyidik. Dengan Tidak adanya pengaturan di dalam KUHAP mengenai penolakan tersangka tidak serta merta menggugurkan hak dan/atau kewajiban yang sudah ditentukan. Gugurnya hak atau kewajiban di dalam hukum acara pidana juga harus diatur oleh undang-undang yang sama.
2. Pelaksanaan hukum acara pidana (KUHAP) di Polresta Pontianak belum memenuhi asas kepastian hukum, asas keadilan terlebih asas kemanfaatan.
3. Model pemberian bantuan hukum yang berkeadilan berupa Model Segitiga Integrasi Pemberian Bantuan Hukum yang dapat diupayakan melalui lima langkah strategis sebagai berikut:
 - a. Memperbarui atau merevisi KUHAP yang sudah tidak sesuai dengan kebutuhan dan dinamika perkembangan masyarakat.
 - b. Memberikan kewenangan yang setara kepada lembaga bantuan hukum dan advokat yang dicantumkan di dalam KUHAP hasil revisi
 - c. Adanya lembaga bantuan hukum yang mandiri dan independen di luar struktur organik negara
 - d. Memfungsikan Mahkamah Agung sebagai integrator fungsional bagi empat lembaga penegak hukum yaitu: kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga bantuan hukum.

B. Saran

Berdasarkan kesimpulan atas hasil penelitian, maka dapat direkomendasikan beberapa saran kepada pihak-pihak terkait antara lain:

1. Polres Kota Pontianak

Disarankan kepada Polresta Kota Pontianak untuk meningkatkan kinerja penerapan KUHAP melalui upaya-upaya sebagai berikut:

 - a. Meningkatkan kompetensi dan profesionalisme penyidik berbasis ilmu pengetahuan dan teknologi di dalam menjalankan tugas sesuai kewenangan yang diatur di dalam Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian, Peraturan Kapolri Tentang Teknik Penyidikan, KUHAP dan Standar Perilaku Polisi.
 - b. Tidak menggunakan lagi atau setidaknya meminimalisir penggunaan Surat Pernyataan Penolakan Didampingi Penasihat Hukum (SP2DPH) karena tidak mempunyai dasar hukum, dan tetap memenuhi kewajibannya untuk

menunjuk penasihat hukum dan menyediakan meskipun tersangka menolak.

2. Lembaga Pembuat Peraturan (Presiden dan DPR)
 - a. Menyusun politik hukum pidana baru yang dapat lebih dapat menjamin tercapainya keadilan
 - b. Mengesahkan RUU KUHP dan RUU KUHAP menjadi KUHP dan KUHAP baru
 - c. Mengubah POSBAKUM yang saat ini bernaung di bawah Pengadilan Negeri menjadi lembaga hukum independen di luar struktur organik negara
 - d. Memberikan kedudukan dan kewenangan kepada lembaga bantuan hukum dan advokat yang setara dengan tiga lembaga penegak hukum lainnya
 - e. Memfungsikan Mahkamah Agung sebagai integrator fungsional empat lembaga penegak hukum yaitu kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga bantuan hukum

Daftar Pustaka

A. BUKU

- Andi Hamzah, *Hukum Acara Pidana Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, Cet. I, 2008.
- Ankie MM Hoogvelt, , *Sosiologi Masyarakat Sedang Berkembang*, Jakarta: CV Rajawali, 1985.
- Arikunto Suharsimi, *Manajemen Penelitian*, Jakarta: Rineka Cipta: 2005.
- Ashworth A and Wasik M (eds), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, 1998.
- Atmasasmita Romli , *Sistem Peradilan Pidana (Criminal Justice System) Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*, Jakarta, Putra A. Bardin, 1996.
- Bambang Poernomo, *Pola Dasar Teori dan Azas Umum Hukum Acara Pidana*, Penerbit Liberty, Yogyakarta, 1988.
- Bedner Adriaan W., Sulistyowati Irianto, Jan Michiel Otto dan Theresia Dyah Wirastrri, *Kajian Sosio Legal: Kerjasama Universitas Indonesia – Universitas Leiden – Universitas Groningen*, Denpasar, Pustaka Larasan, 2012.
- Carl Joachim Friedrich, , *Filsafat Hukum, Perspektif Historis*, Bandung, Nusamedia, 2004
- Chambliss WilliamJ., &Seidman Robert B, *Law, Order and Power*, Reading, Mass, Addison-Wesley, 1971.
- Daly Kathleen, *Crime and Justice; A Guide to Criminology*, Chapter 17th , Sidney, Law Book Co., 2011.
- Denzin Norman K.,Lincoln Ivonna S., *Handbook of Qualitatif Research*, Sage Publication Inc., Ltd., California, USA, 2009.
- Derrida dalam Roger, Cotterel, , *Sociological Perspective on Law*, Dartmouth Publishing Company and Ashgate Publishing Company, England, 2001

- Frans Hendra Winarta, *Advokat Indonesia Citra, Idealisme dan Keprihatinan*, Jakarta, Sinar Harapan, 1995.
- Friedman Lawrence M., *Sistem Hukum, Perspektif Ilmu Sosial*, Penerjemah: M. Khozim, Bandung, Nusa Media, 2009.
- FX. Adji Samekto, *Justice Not for All: Kritik Terhadap Hukum Modern Dalam Perspektif Studi Hukum Kritis*, Yogyakarta, Genta Press, 2008.
- H.L.A. Hart, *Konsep Hukum (The Concept of Law)*, Penerjemah M. Khozim, Cet. II, Bandung, Nusa Media, 2010
- Hamzah Andi, "*Hukum Acara Pidana Indonesia*", Jakarta, Sinar Grafika, 2002.
- Harun Hadiwijono, *Sari Sejarah Filsafat Bara*, Yogyakarta, Kanisius, 1980.
- Ishaq, *Pendidikan Keadvokatan*, Jakarta, Sinar Grafika, 2010.
- John Rawls, *Theory Of Justice*, Harvard University Press, 1971.
- Laden Marpaung, *Asas-asas, Teori, Praktik Hukum Pidana.*, Jakarta, Sinar Grafika, 2005.
- Lamintang P.A.F., *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1997.
- , *KUHAP Dengan Pembahasan Secara Yuridis menurut Yurisprudensi dan Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana*, Bandung, Sinar Baru, 1984.
- , *Hukum Penitensier Indonesia*, Bandung, CV. Armico, 1984.
- Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Remadja Rosda Karya, Bandung: 2009.
- Lubis Sofyan M., *Prinsip "Miranda Rule" Hak Tersangka Sebelum Pemeriksaan: Jangan Sampai Anda Menjadi Korban Peradilan*, Yogyakarta, Penerbit Pustaka Yustisia, 2010.
- Luhut M.P. Pangaribuan, *Hukum Acara Pidana: Surat-surat Resmi di Pengadilan oleh Advokat: Praperadilan, Eksepsi, Pledoi, Duplik, Memori Banding, kasasi, Peninjauan Kembali*, Jakarta, Djambatan, 2006.
- Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Bandung, Rineka Cipta, 2002.

- Mahfud Moh. MD., *Pergulatan Politik Dan Hukum Di Indonesia*, Yogyakarta, Gama Media, 1999
- Muladi dan Barda Nawawi.. *Bunga Rampai Hukum Pidana*. Bandung: Alumni, 2007
- Penegakan Hukum: Suatu Tinjauan Sosiologis, Yogyakarta, Genta Publishing, 2009.
- Najih Mokhammad.. *Politik Hukum Pidana Pasca Reformasi*. Malang: INTRANS Publishing , 2008
- Nusantara Abdul Hakim G., *KUHAP dan Peraturan Pelaksanaannya*, Jakarta: Djambatan, 1996.
- Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law And Society In Transition; Towards Responsive Law*, Harper and Row Publisher, New York, 1978,
- Poernomo Bambang , *Asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1985.
- Prodjodikoro Wirjono , *Asas-Asas Hukum Pidana Indonesia*, Bandung, PT. Eresco, 1989.
- Rahardjo Satjipto; dan Anwar & Adang, , *Sistem Peradilan Pidana: Konsep, Komponen dan Pelaksanaannya dalam Penegakan Hukum di Indonesia*, Bandung, Widya Padjajaran, , dalam Agus Rahardjo dan Angkasa, 2009.
- Rampau Rampe, *Teknik Praktek Advokat*, Jakarta, Gramedia Widiasarana Indonesia, 2001.
- Reiner Robert, , “*Justice*”, dalam James Penner et.al. (editors), *to Jurisprudence and Legal Theory (Commentary and Materials)*, London: Butterworths 2002.
- Sastrawidjaja Sofjan, *Hukum Pidana 1*, Bandung, CV. Armico, 1990.
- Soedjono D., *Pemeriksaan Pendahuluan Menurut KUHAP*, Bandung, Pen. Alumni, 1982.
- Sudarto, *Hukum Dan Hukum Pidana*, Bandung, Alumni, 1981
- Sugiyono, *Metode Penelitian Pendidikan, Pendekatan Kuantitatif, Kulaitatif dan R & D*, Bandung, CV. Alfa Beta, 2011.

Soesilo R., *Hukum Acara Pidana: Prosedur Penyelesaian Perkara Pidana Menurut KUHAP Bagi Penegak Hukum*, Politeia, Bogor, 1982.

Suteki, *Rekonstruksi Politik Hukum Tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial (Studi Privatisasi Pengelolaan Sumber Daya Air)*. Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang, 2008.

Tanya Bernard L., *Teori Hukum, Teori Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta, Genta Publishing, 2010

_____, *Politik Hukum: Agenda Kepentingan Bersama*, Yogyakarta, genta Publishing, 2011.

Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barakatullah. *Politik Hukum Pidana; Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005.

Waluyo Bambang , *Penelitian Hukum dalam Praktek*, Jakarta, Sinar Grafika, 1991,

Warasih Esmi P., *Pranata Hukum: Sebuah Telaah Sosiologis*. Cetakan Pertama, Semarang, Suryandaru, 2005.

Y.B. Suharto, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2008.

Yahya Harahap M., *Pembahasan Permasalahan Dan Penerapan KUHAP; Penyidikan dan Penuntutan*; Edisi ke dua, Jakarta, Sinar Grafika, 2007.

Yudha Pandu, *Klien dan Penasehat Hukum dalam Perspektif Masa Kini*, Jakarta, PT. Abadi Jaya, 2001.

B. PERATURAN PERUNDANG UNDANG UNDANGAN

Undang-Undang Dasar 1945 Amandemen ke-empat

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembuatan Peraturan Perundang-undangan

Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2003 Tentang Advokat

Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 Tentang Bantuan Hukum

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman

Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian

Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 Tentang Kejaksaan

Undang Undang Nomor 35 tahun 2009 tentang Narkotika

Undang Undang Nomor 5 tahun 1997 tentang Psicotropika

Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 Tentang Pelaksanaan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana
Peraturan Pemerintah Nomor 92 Tahun 2015 Tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1983 Tentang Pelaksanaan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana

Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2013 Tentang Tata Cara Pemberian Bantuan Hukum

C. JURNAL/ MAKALAH PAPER

Adnan Buyung Nasution, “*Pra Peradilan versus Hakim Komisaris, Beberapa Pemikiran Tentang Keduanya*”, Newsletter KHN, April 2002.

Bagir Manan, *Kedudukan Penegak hukum Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indonesia*, Varia Peradilan ke XXI No.243 Februari 2006.

Daniel S. Lev (1990:494) dalam Akmaludin, *Peranan Advokat Dalam Sistem Peradilan Di Indonesia*, Fakultas Hukum Universitas 45 Mataram, Ganecwara, Vol. 8, No. 2 September 2014.

Deutsch, M., *Equity, Equality, and Need: What Determines Which Values Will be Used as the Basis of Distributive Justice?* Journal of Social Issues, 1975, 31

Ediwarman, *Paradoks Penegakan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kriminologi*, Jurnal Kriminologi Indonesia, Vol. 8, No. 1, Mei 2012.

Gunther Teubner, , *Substantif and Reflexive Element in Modern Law, dalam Law and Society Review*, volume 17, nomor 2. 1983

Harkristuti Harkrisnowo dalam Agus Rahardjo dan Angkasa, *Profesionalisme Polisi Dalam Penegakan Hukum*, Jurnal Dinamika Hukum, Vol. 11, No. 3., September, 2011.

- M Yahya Harahap dalam Dedy Lontoh Tulung, *Akibat Hukum Terhadap Kewajiban Penyidik Dalam Pemeriksaan tersangka*, Jurnal Lex Crimen, Vol.II/No.1/Jan-Mrt/2013
- Muladi, *Membangun "Grand Design" Kebijakan Penegakan Hukum Yang Mengakomodasi Keadilan Di Era Demokrasi*, Makalah disampaikan dalam FGD "Reformasi Penegakan Hukum di Indonesia" Diselenggarakan oleh KEMENKOPOLHUKAM, Jakarta, Hotel Dari Pasific, 2011.
- Muladi, *Proyeksi Penegakan Hukum*, Forum Keadilan No. 20 Januari, 1994.
- Nasikun. *Hukum. Kekuasaan dan Kekerasan: Suatu Pendekatan Sosiologis*. Makalah pada Seminar tentang *Pendayagunaan Sosiologi Hukum dalam Masa Pembangunan dan Restrukturisasi Global dan Pembentukan ASHI*. FH Undip, Semarang, 20 Desember 1996
- Philipus Mandiri Hadjon, Norma Hukum sebagai Norma Kewenangan dan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) dalam rangka Perlindungan Hukum Bagi Rakyat (Tersangka/Terdakwa), dalam Dwi Windu KUHAP (Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana): Problematika Penegakan Hukumnya, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, Januari 1998.
- Rahardjo Agus dan Angkasa, *Perlindungan Hukum Terhadap tersangka Dalam Penyidikan Dari Kekerasan Penyidik Di Kepolisian Resort Banyumas*, Mimbar Hukum Vol. 23 No. 1, Februari 2011.
- _____, Profesionalisme Polisi Dalam penegakan Hukum, Jurnal Dinamika Hukum, Vol. 11, No. 3, , Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, Purwokerto . September 2011
- _____, Perlindungan Hukum Terhadap Tersangka Dalam Penyidikan Dari Kekerasan Penyidik Di Kepolisian Resort Banyumas, Mimbar Hukum Vol. 23, No. 1., Februari 2011.
- Reksodiputro Mardjono, *Bunga Rampai Permasalahan Dalam Sistem Peradilan Pidana: Kumpulan Karangan Ketiga*, Jakarta, Pusat Pelayanan Keadilan dan Bantuan Hukum, 1977.
- Sidharta, "*Posmodernisme dalam Ilmu Hukum*", paper disampaikan pada seminar tentang "Posmodernisme dan Dampaknya Terhadap Ilmu Pengetahuan", dan peluncuran buku memperingati 70 Tahun Prof.Dr.Ir. Dali Santun Naga, MMSI di Kampus Universitas Tarumanegara , 17 Februari 2005.
- Sulistiyanta, *Tinjauan Kritis Sejarah Terhadap Munculnya Negara Dan Hukum Modern*, Jurnal Ilmu Hukum, Vol. 8, No. 2, September 2005.
- Suteki, *Kebijakan Tidak Menegakkan Hukum (Non Enforcement Law) Demi Pemuliaan Keadilan Substantif*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar dalam Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.

D. KAMUS

Bryan A. Gardner, *Black's Law Dictionary*, 8th Edition, West Publishing Co. USA, 2004.

Lorens Bagus, *Kamus Filsafat*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama,

E. INTERNET

\

<http://www.antaranews.com/berita/69586/tragedi-sengkon-karta-gorontalo-kado-buruk-hut-bhayangkara>, diakses pada tanggal 12-02-2014, jam 18.20

Mata Najwa, U tube, Hukuman Salah Alamat, <http://news.detik.com/read/2014/04/29/054818/2568208/10/bebasnya-2-terdakwa-pembunuhan-pengamen-cipulir-bukti-cacatnya-penyidikan>, diakses pada tanggal 12-02-2014, jam 18.45

<http://news.detik.com/read/2014/01/06/093549/2458911/10/rekayasa-narkoba-kembali-terungkap-polisi-peras-tersangka-rp-100-juta>. Lihat: mata Najwa U tube, diakses pada tanggal 12-02-2014, jam 18.25

<http://megapolitan.kompas.com/read/2010/05/04/12411857/Korban.Rekayasa.Narkoba.Divonis.Bebas-5>, diakses pada tanggal 12-02-2014, jam 19,05

<http://news.detik.com/read/2014/01/09/090104/2462364/10/3/kisah-korban-korban-rekayasa-polisi-disiksa-hingga-diperas-rp-100-juta#bigpic>, diakses pada tanggal 12-02-2014, jam 18.45

<http://forumkeadilan.com/read/2013/03/06/rekayasa-kasus-narkoba-korban-somasi-kapolrestabes-semarang/>, diakses pada tanggal 12-02-2014, jam 18.32

<http://id.m.wikipedia.org/wiki/narkotika>. diakses tanggal 14 november 2016 jam 20.15

