

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Prosedur Pemeriksaan Perkara

Sebelum dilaksanakan pemeriksaan oleh hakim dalam persidangan sesuai dengan pasal 1 butir (2) Undang-Undang No.8 tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang di jelaskan bahwa harus melalui proses penyidikan, penyidikan adalah serangkaian tindakan penyidik dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini untuk mencari serta mengumpulkan bukti itu membuat terang tentang tindak pidana yang terjadi dan guna menemukan tersangkanya dengan demikian penyidikan baru dapat dilaksanakan oleh penyidik apabila telah terjadi suatu tindak pidana dan terhadap tindak pidana tersebut dapat dilakukan penyidikan menurut yang diatur dalam KUHAP. Penyidik adalah pejabat Polisi Negara Republik Indonesia atau pejabat pegawai negeri sipil tertentu yang diberi wewenang khusus oleh Undang-undang untuk melakukan penyidikan (Pasal 109 butir (1) KUHAP). Untuk dapat menentukan suatu peristiwa yang terjadi adalah termasuk suatu tindak pidana, menurut kemampuan penyidik untuk mengidentifikasi suatu peristiwa sebagai tindak pidana dengan berdasarkan pengetahuan tindak pidana.¹

¹ Undang-Undang Nomer 8 Tahun 1981 (KUHAP), (Bandung:Grafindo Pustaka 2003), hal. 13

Kewenangan kepolisian dalam melaksanakan proses pemeriksaan perkara pidana dijabarkan dalam Pasal 16 UU No. 2 tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, yaitu:

1. Menerima laporan atau pengaduan dari seseorang tentang adanya tindak pidana sebagaimana diatur dalam undang-undang yang menjadi dasarnya, memanggil orang untuk didengar dan diperiksa sebagai tersangka atau saksi.
2. Mendatangkan orang ahli yang diperlukan dalam hubungannya dalam pemeriksaan perkara pidana.
3. Mengadakan penghentian penyidikan, menyerahkan bekas perkara kepada penuntut umum, Pelimpahan perkara kepada penuntut umum dan pengembaliannya kepada penyidik untuk disempurnakan.
4. Memberi bantuan dan petunjuk penyidikan kepada penyidik pegawai negeri sipil serta menerima hasil penyidikan penyidik pegawai negeri sipil untuk diserahkan kepada penuntut umum.
5. Mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggungjawab.²

Penyidikan *in concreto* dimulai sesudah terjadinya suatu tindak pidana, sehingga tindakan tersebut merupakan penyelenggaraan hukum (pidana) yang bersifat represif . Tindakan tersebut dilakukan adalah untuk mencari keterangan dari siapa saja yang diharapkan dapat memberi tahu tentang apa yang telah terjadi dan dapat mengungkapkan siapa yang melakukan atau yang disangka melakukan tindak pidana tersebut. Tindakan-

² Undang-Undang Nomer 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Republik Indonesia, (Bandung: Pena pustaka, 2003), hal. 4

tindakan pertama tersebut diikuti oleh tindakan-tindakan lain yang dianggap perlu, yang pada pokoknya untuk menjamin agar orang yang benar-benar terbukti telah melakukan suatu tindak pidana bisa dilimpahkan kepada kejaksaan negeri yang nantinya akan dilimpahkan ke pengadilan untuk diperiksa, patut tidak untuk dijatuhi pidana.

Setelah proses penyidikan telah dilimpahkan ke kejaksaan negeri maka dalam menjalankan kekuasaan penuntutan hanya satu lembaga yang berwenang melaksanakan yaitu lembaga Kejaksaan Republik Indonesia. Apabila dalam penyidikan, banyak lembaga lain yang mempunyai kewenangan melakukan penyidikan terhadap tindak pidana tertentu berdasarkan undang-undang, maka kewenangan untuk menjalankan penuntutan terhadap semua tindak pidana yang masuk dalam lingkup Peradilan Umum hanya dapat dilakukan oleh Kejaksaan.³Selain itu, sesuai dengan asas dominus litis, maka penetapan dan pengendalian kebijakan penuntutan hanya berada di satu tangan yaitu Kejaksaan. Dalam hal inilah, Penuntut Umum menentukan suatu perkara hasil penyidikan yang tertuang dalam berkas perkara sudah lengkap ataukah masih kurang lengkap. Apabila berkas perkara telah lengkap, maka Penuntut Umum akan menerima penyerahan tersangka dan barang bukti, membuat Surat Dakwaan dan melimpahkannya ke Pengadilan. Apabila berkas perkara belum lengkap, maka Penuntut Umum akan memberikan petunjuk kepada Penyidik untuk segera melengkapi berkas perkara agar dapat dilimpahkan ke Pengadilan Dalam melakukan fungsinya tersebut, berdasarkan Pasal 14 KUHAP Penuntut Umum mempunyai wewenang :

³ Undang-Undang 8 Tahun 1981 (KUHAP),, hal. 13

- a. Menerima dan memeriksa berkas perkara penyidikan dari penyidik pembantu.
- b. Mengadakan prapenuntutan apabila ada kekurangan pada penyidikan dengan memperhatikan ketentuan Pasal 110 ayat (3) dan (4), dengan memberikan petunjuk dalam rangka penyempurnaan penyidikan dari penyidik.
- c. Memberikan perpanjangan penahanan, melakukan penahanan atau penahanan lanjutan dan atau mengubah status tahanan setelah perkaranya dilimpahkan oleh penyidik.
- d. Membuat surat dakwaan.
- e. Melimpahkan perkara ke pengadilan.
- f. Menyampaikan pemberitahuan kepada terdakwa tentang ketentuan hari dan waktu perkara disidangkan yang disertai surat panggilan, baik kepada terdakwa maupun kepada saksi untuk datang pada sidang yang telah ditentukan.
- g. Melakukan penuntutan.
- h. Menutup perkara demi kepentingan hukum.
- i. Mengadakan tindakan lain dalam lingkup tugas dan tanggung jawab sebagai penuntut umum menurut ketentuan undang-undang.
- j. Melaksanakan penetapan hakim.⁴

Setelah proses ditas sudah dilaksanakan, maka selanjutnya ialah pemeriksaan yang dilaksanakan oleh hakim, secara yuridis suatu kasus tindak pidana dalam hal ini adalah pidana pencurian harus mempertimbangkan

⁴*Ibid.*, hlm. 13

berbagai aspek berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 9 KUHAP menyebutkan bahwa mengadili adalah serangkaian tindakan hakim untuk menerima, memeriksa dan memutus perkara pidana berdasarkan asas bebas, jujur dan tidak memihak di sidang pengadilan dalam hal dan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini dengan demikian proses pemeriksaan perkara pidana secara yuridis normatif(substansi) menunjuk kepada peraturan induk yaitu Undang-undang No.8 Tahun 1981(KUHAP), beserta aturan lain yang memiliki keterkaitan dengan ketentuan tersebut, tahapan pemeriksaan diatur sangat rinci dalam KUHAP yang pada prinsipnya memberikan kewenangan tertentu kepada lembaga (Administratif-birokratis) untuk melaksanakan sistem, mekanisme aturan, serta menjamin hak tersangka dalam proses pemeriksaan. Pada kondisi itu,peradilan memiliki peranan kekuasaan yang luar biasa besar, mulai dari Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan dan Lembaga pemasyarakatan. Persoalannya, seberapa jauh tugas pemeriksaan perkara dilaksanakan seperti harapan banyak pihak di tujukan terhadap pengadilan, mampu atau tidak memberikan perlindungan pada masyarakat pencari keadilan karena kecenderungan yang selama ini muncul adalah bahwa peradilan pidana lebih bersifat formal administrative, dalam hal ini terdakwa tindak pidana pencurian Nomor 15/Pid.B/2011/PN.Ta dan Nomor 362/Pid.B/2015/ PN.Ta diperiksa oleh Majelis Hakim yang tersusun sebagai berikut:

1. Hakim Ketua : Yudissilen, SH.MH
2. Hakim Anggota I : Sri Wahyuni, SH
3. Hakim Anggota II : Rudi Soewasono,SH,M.Hum

4. Panitera Pengganti : Paijan, SH
5. Penuntut Umum : M.Hirmansyah.SH

Susunan Majelis hakim diatas memeriksa kasus tindak pidana pencurian terdakwa atas nama Jasmani bin Rejeb yang diputus bebas dalam persidangan Pengadilan Negeri Tulungagung⁵:

1. Hakim Ketua : Decky Arianto, SH., M.H
2. Hakim Anggota I : Dody Rahmanto, SH., M.H
3. Hakim Anggota II : Yudi Eka Putra, S.H
4. Panitera Pengganti : Yusfah Zulfiyanah, S.H
5. Penuntut Umum : Heri Pranoto, S.H

Susunan Majelis hakim diatas memeriksa kasus tindak pidana pencurian terdakwa atas nama Mochamad Irsyad Gadafi Bin Mohammad Said yang diputus pidana penjara selama 6 (enam) bulan dalam persidangan Pengadilan Negeri Tulungagung.⁶ Hakim dalam melaksanakan tugasnya yaitu dalam proses pemeriksaan pada terdakwa Jasmani bin Rejeb harus bebas artinya, tidak boleh terpengaruh intervensi dari pihak manapun, jujur adalah suatu persesuaian antara yang diyakini dalam hati nuraninya dengan yang diungkapkan dalam putusan, apa yang diputuskan semata-mata adalah yang di yakini oleh hati nuraninya.

Sedangkan tidak memihak merupakan suatu sikap yang netral dalam memperlakukan para pihak di persidangan, hakim harus mengakomodir semua

5 Putusan Kasasi Mahkamah Agung NO.15/PID.B/2011/PN.TLG

6 Putusan Pengadilan Negeri Tulungagung NO.362/PID.B/2015/PN.TLG

hak dari para pihak yang berperkara sudah selayaknya mendapatkan layanan dengan baik sesuai dengan ketentuan hukum acara yang berlaku.

Kebebasan seorang hakim dalam memeriksa suatu perkara dilindungi oleh undang-undang. Setiap bentuk tindakan atau perbuatan yang sifatnya menghina, merendahkan dan mempengaruhi lembaga peradilan baik secara langsung ataupun tidak langsung dalam fungsi dan tugasnya menegakkan hukum dan keadilan adalah suatu pelanggaran hukum dan merupakan salah bentuk *contempt of court*, pasal 3 Ayat (2) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 menyebutkan bahwa “Segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang kecuali dalam hal sebagaimana disebut dalam undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 ”selanjutnya pada ayat (3) disebutkan “Setiap orang yang dengan sengaja melanggar ketentuan sebagaimana di maksud pada ayat (2) dipidana sesuai dengan ketentuan sebagaimana di maksud pada ayat (2) dipidana sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan”. Mengenai pemeriksaan yang dilakukan oleh hakim pada terdakwa sesuai dengan ketentuan Pasal 157 angka (1) KUHAP menyebutkan bahwa “Seorang hakim wajib mengundurkan diri dari mengadili perkara tertentu apabila ia terikat hubungan hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai derajat ketiga, hubungan suami isteri meskipun sudah bercerai dengan hakim ketua sidang, salah seorang hakim anggota, penuntut umum atau panitera.” Selanjutnya ketentuan Pasal 158 KUHAP menyebutkan bahwa “Hakim dilarang menunjukkan sikap atau mengeluarkan pernyataan di sidang tentang keyakinan mengenai salah atau

tidaknya terdakwa". Urgensi akan persamaan perlakuan pada seorang terdakwa tidak ada yang di istimewa karena latar belakang terdakwa dulu sebagai pejabat maupun sebagai masyarakat biasa, tidak ada perlakuan si miskin dan si kaya untuk di prioritaskan dalam pemeriksaan. Pada hakekatnya semua warga negara dihadapan hukum sama dan tidak boleh ada deskriminasi.⁷

Sebelum hakim melaksanakan pemeriksaan dalam persidangan proses yang harus di lakukan yaitu proses pemeriksaan terdakwa yakni dalam tahapan pemeriksaan dalam pengadilan negeri hal ini mengandung pengertian bahwa perkara yang disidangkan itu merupakan perkara pidana sehingga bagi pelanggar dapat dijatuhi hukuman pidana, Pengadilan Negeri baru dapat menyidangkan suatu perkara apabila suatu perkara tersebut telah dilimpahkan oleh penuntut umum dengan permohonan untuk diadili (Pasal 137 KUHAP), setelah pengadilan menerima berkas perkara yang telah dilimpahkan oleh penuntut umum ketua mempelajari apakah perkara tersebut termasuk wewenang pengadilan yang dipimpinnya (Pasal 147 KUHAP).⁸

Dalam hal ketua pengadilan negeri berpendapat, bahwa perkara pidana itu tidak dapat masuk wewenang pengadilan negeri yang dipimpinnya, tetapi termasuk wewenang pengadilan negeri lain, ia menyerahkan surat pelimpahan perkara tersebut kepada pengadilan negeri lain yang dianggap berwenang mengadilinya dengan surat penetapan yang memuat alasannya pasal (148 ayat 1).

⁷ Abdul Manan, *Etika Hakim Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, (Surabaya:Widia Tita, 2009), hlm. 139

⁸ Moch. Faisal Salam, *Hukum Acara Pidana Dalam Praktek*, (Bandung:Mandar Maju, 2011), hlm79.

Apabila perkara tersebut merupakan masuk dalam wewenangnya sesuai dengan peraturan (pasal 147 KUHAP), maka ketua menunjuk hakim yang akan menyidangkan perkara tersebut dan akan menetapkan pula hari sidangnya, hakim dalam menetapkan hari sidang tersebut memerintahkan kepada penuntut umum supaya memanggil terdakwa dan saksi untuk datang di sidang pengadilan, diberitahukan bahwasannya panggilan dilakukan secara sah disampaikan dengan surat panggilan kepada terdakwa di alamat tempat tinggalnya apabila tempat tinggalnya tidak diketahui maka disampaikan pada kepala desa, dan apabila terdakwa dalam tahanan surat panggilan di sampaikan kepada pejabat rumah tahanan dalam hal ini adalah pegawai lembaga pemasyarakatan, penerimaan surat panggilan oleh terdakwa baik sendiri maupun melalui orang lain, dilakukan dengan tanda penerimaan.⁹

Dalam hal menyampaikan surat panggilan kepada terdakwa yang memuat tanggal, hari, serta jam sidang dan untuk perkara apa siterdakwa dipanggil yang harus sudah diterima oleh yang bersangkutan selambat-lambatnya tiga hari sebelum sidang dimulai. Panggilan yang sama di sampaikan oleh penuntut umum kepada para saksi (pasal 46 KUHAP). Pada hari yang telah di tentukan sesuai dengan penetapan hari sidang, maka sidang dapat dimulai, persidangan dipimpin oleh hakim ketua, dua orang hakim anggota, dibantu oleh seorang panitera, seorang jaksa dan kalau ada terdakwa didampingi oleh penasehat hukum.¹⁰

9 Abdul Manan, *Etika Hakim Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, (Jakarta: Kencana Prenada Group, 2011), hlm.131

10 Undang-undang No.16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan, (Bandung:Grafindo Jaya , 2005), hal. 13

Untuk keperluan pemeriksaan hakim ketua sidang membuka sidang dan menyatakan sidang terbuka untuk umum karena dalam hal ini perkara pencurian maka sidang terbuka untuk umum kecuali dalam perkara mengenai kesusilaan atau terdakwanya anak, hakim ketua memimpin sidang pemeriksaan di sidang pengadilan yang dilakukan secara lisan dalam bahasa Indonesia yang di mengerti oleh terdakwa, setelah sidang dinyatakan dimulai dan terbuka untuk umum, hakim ketua memerintahkan supaya terdakwa dibawa/dipanggil masuk ruangan sidang jika dalam tahanan si terdakwa di hadapkan dalam keadaan bebas.¹¹

Perintah hakim ketua sidang agar penuntut umum menghadirkan terdakwa secara paksa pada sidang pertama berikutnya oleh karena terdakwa sudah dua kali berturut-turut dipanggil secara sah tidak hadir di sidang pengadilan sebagaimana dimaksud pasal 154 ayat 6 yaitu dapat di artikan bahwa terdakwa dibawa tanpa dibelenggu dan dikawal ke sidang pengadilan oleh petugas Polri tanpa menutup kemungkinan dilaksanakan oleh petugas kejaksaan. Dukungan penyidik untuk menghadirkan terdakwa dan para saksi di sidang pengadilan pada hari yang telah di tetapkan oleh hakim ketua sidang, sangat menentukan kelancaran jalannya persidangan, mengingat penuntut umum harus membacakan surat dakwaan.

Keharusan sidang dinyatakan terbuka untuk umum ialah dengan itu diberikan jaminan bahwa hakim tidak akan berat sebelah atau berpihak, dengan dinyatakan terbuka untuk umum maka setiap orang diberi kesempatan untuk

¹¹ Abdul Manan, *Proses Acara Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, (Jakarta:Kencana Prenada Group, 2011), hal. 122

menghadiri sidang pengadilan, dengan demikian peradilan itu diletakkan dibawah pengawasan umum, hal ini diperlukan untuk mencegah hakim menjatuhkan hukuman yang sewenang-wenang dan melalaikan kewajibannya sebagai hakim yang tidak membedakan orang, pernyataan sidang terbuka untuk umum merupakan syarat sahnya putusan pengadilan, apabila hal itu tidak dapat dinyatakan oleh hakim ketua sidang maka putusan hakim tersebut atas perkara yang di sidangkan itu batal demi hukum.¹²

Pada permulaan sidang, hakim ketua sidang meneliti apakah orang yang di hadapkan kemuka sidang adalah orang yang sama dengan yang disebutkan dalam surat dakwaan atau sesuai dengan orang yang telah diperiksa oleh penyidik, untuk itu hakim ketua menanyakan kepada terdakwa tentang nama lengkap, tempat lahir, umur atau tanggal lahir, jenis kelamin, kebangsaan, tempat tinggal, agama dan pekerjaan serta mengingatkan terdakwa supaya memperhatikan segala sesuatu yang didengar dan dilihatnya di sidang pengadilan (pasal 155 KUHAP).¹³

Setelah itu hakim ketua sidang meminta kepada penuntut umum untuk membacakan surat dakwaan, selanjutnya setelah penuntut umum membacakan surat dakwaan, hakim sidang menyatakan kepada terdakwa apakah si terdakwa mengerti tentang apa yang di dakwakan kepadanya. Apabila terdakwa sudah mengerti dengan apa yang didakwakan oleh penuntut umum kepadanya maka hakim ketua memberi kesempatan kepada terdakwa untuk

12 Moh.Hamdan zulfa, *Realisasi dan Pengaplikasian Undang-undang No 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman*, (Yogyakarta:Batara , 2014), hlm. 24

13 Undang-Undang 8 Tahun 1981 (KUHAP),, hal 5

menjawab/menanggapi, mengajukan tangkisan-tangkisan (*exceptie*) dakwaan dari jaksa penuntut umum. Apabila terdakwa belum mengerti maksud tentang apa yang didakwakan jaksa penuntut umum kepadanya maka hakim dapat meminta agar jaksa penuntut umum menjelaskan maksud dari dakwaan yang di bacakan tersebut.

Selanjutnya hakim ketua sidang memberi kesempatan kepada jaksa penuntut umum untuk menyatakan pendapatnya, kemudian hakim ketua mempertimbangkan dan mengambil putusan (pasal 156 KUHAP) terhadap apa yang dinyatakan oleh jaksa penuntut umum yaitu keberatan atau tidak atas tanggapan terdakwa. Apabila pernyataan itu diterima maka pemeriksaan atas perkara itu di tunda/tidak di lanjutkan, kalau pernyataan itu ditolak maka sidang bisa di lanjutkan, hakim ketua dapat pula berpendapat bahwa keberatan tersebut baru dapat diputus setelah selesai pemeriksaan, maka sidang dapat di lanjutkan. Karena dalam hal ini merupakan tindak pidana pencurian maka menggunakan termasuk dalam pemeriksaan Biasa, asas yang mengatur perlindungan terhadap keseluruhan harkat serta martabat manusia antara lain diisyaratkan dalam Undang-undang Pokok Kekuasaan Kehakiman, (UU No. 48 Tahun 2009) yang menyatakan sebagai berikut:

“Setiap orang yang tersangka, ditangkap, ditahan dituntut atau dihadapkan di muka sidang pengadilan, wajib dianggap tidak bersalah sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahan terdakwa dan memperoleh kekuatan hukum yang tetap”.¹⁴

Sehubungan dengan itu Hakim dilarang menunjukkan sikap atau mengeluarkan pernyataan di sidang tentang keyakinan mengenai salah atau

14 Abdul Manan, *ProsesAcara* ,,hal. 34

tidaknya terdakwa (pasal 158 KUHP). Larangan ini wajar, untuk menghindarkan adanya *praejudite*, yakni memberikan hukuman terlebih dahulu sebelum putusan diucapkan.

Pengadilan adalah tempat yang terpenting bagi terdakwa untuk membela dirinya dan minta keadilan yang sejujur-jujurnya. Hal ini menjadi dambaan bagi setiap pencari keadilan demi tegaknya hukum dan kepastian hukum.¹⁵

Oleh karena itu dalam pemeriksaan baik hakim maupun penuntut umum dilarang mengajukan pertanyaan yang bersifat menjerat baik kepada terdakwa maupun kepada para saksi. Di samping itu, hakim juga wajib menjaga supaya tidak melakukan hal atau mengajukan pertanyaan yang mengakibatkan terdakwa dan saksi memberikan jawaban secara tidak bebas (pasal 153 ayat (2) huruf b).

Di dalam pasal 140 ayat (1) menentukan apabila penuntutan umum berpendapat bahwa penyidikan telah lengkap dan dapat dilakukan penuntutan, penuntut umum melimpahkan perkara ke pengadilan negeri dengan permintaan agar segera diadili, perkara tersebut disertai surat dakwaan (pasal 143 (1)).

Sedangkan ketentuan pasal 50 ayat (3) menentukan bahwa terdakwa berhak segera diadili oleh pengadilan.

Kalau kita perhatikan ketentuan-ketentuan tersebut di atas tidak menentukan waktu yang pasti bila penuntut umum harus melimpahkan suatu perkara ke pengadilan, demikian halnya bila pengadilan memeriksa perkara tersebut di sidang pengadilan.

15 Ahmah rizal *Mekanisme Penyelenggaraan Peradilan*, (Jakarta:Kencana Prenada Group, 2011), hal. 45

Hal ini mungkin akan dipermasalahkan oleh terdakwa penasihat hukumnya walaupun penuntut umum mempunyai wewenang untuk tidak melanjutkan penuntutannya ke pengadilan sebagaimana dimaksud pasal 14 huruf f. Untuk mengatasi permasalahan tersebut penuntut umum maupun hakim diwajibkan berpegang pada asas yang dianut KUHAP, bahwa “peradilan diselenggarakan dengan cepat, sederhana dan mudah” atau dengan kata lain dapat dirumuskan bahwa: “baik penuntut umum maupun hakim berkewajiban memeriksa perkara terdakwa dengan cepat, terutama terhadap terdakwa yang berada dalam tahanan”.¹⁶

Berdasarkan pasal 144 yang menyatakan bahwa penuntut masih mempunyai kesempatan untuk merubah surat dakwaan walaupun suatu perkara telah dilimpahkan ke pengadilan negeri dengan ketentuan sebagai berikut:

Ayat (1) Penuntut umum dapat mengubah surat dakwaan sebelum pengadilan menetapkan hari sidang baik dengan tujuan menyempurnakan maupun untuk tidak melanjutkan penuntutan.

Ayat (2) Pengubahan surat dakwaan tersebut dapat dilakukan hanya satu kali selambat-lambatnya tujuh hari sebelum sidang dimulai.

Ayat (3) Dalam hal penuntut umum mengubah surat dakwaan ia menyampaikan turunannya kepada tersangka atau penasihat hukum dan penyidik.

Pengubahan surat dakwaan dengan tujuan menyempurnakan sebagaimana dimaksud pasal 144 ayat (1) dan ayat (2) adalah dimaksudkan untuk menghindari “Surat dakwaan batal demi hukum” di sidang pengadilan,

¹⁶ Abdul Manan *Etika Hakim Dalam Penyelenggaraan Peradilan*,, hal. 133

hendaknya penuntut umum menempuh jalan yang selama ini sudah terjalin dengan pengadilan yaitu: memanfaatkan ketentuan pasal 12 ayat (2) Undang-undang No. 16 tahun 2004 (Undang-undang tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kejaksaan RI, yang menyatakan “Dalam hal surat tuduhan kurang memenuhi syarat-syarat jaksa wajib memperhatikan saran-saran yang diberikan Hakim sebelum pemeriksaan di persidangan dimulai”, hal ini tidak berarti bawah kebebasan hakim dalam menilai surat dakwaan telah dibatasi sedemikian rupa atau hakim telah dipengaruhi terlebih dahulu akan kesalahan terdakwa, akan tetapi semata-mata untuk menghindari kesalahan yang sebelumnya tidak disadari atau tidak diketahui oleh penuntut umum.¹⁷

Hal demikian, memerlukan perhatian yang sungguh-sungguh dari penuntut umum untuk lebih berhati-hati membuat surat dakwaan, dan darinya selalu pelaksana penegak hukum dituntut peningkatan sikap mental dan kemampuan melaksanakan tugas dan kewajiban.

Dalam rangka memperlancar jalannya pemeriksaan di sidang pengadilan, terdakwa, saksi, barang bukti dan lain-lain sebagainya harus telah ada di pengadilan (pasal 152 ayat (2)).

Kewajiban penuntut umum menghadirkan saksi, terdakwa barang bukti dan sebagainya, ada kalanya dihadapkan pada permasalahan antara lain:

1. Diperlukan pengawalan untuk mengawal terdakwa yang dijemput dari rumah tahanan negara.

17 Abdullah, *Aplikasi Teori Hukum Acara*, (Jakarta:Rosdakarya, 2012), hal. 7

2. Diperlukan bantuan penyidik untuk menyampaikan surat panggilan kepada saksi atau kepada terdakwa yang tidak ditahan yang bertempat tinggal di luar ibu kota kabupaten.¹⁸

Mengingat tanggung jawab penyidik telah beralih kepada penuntut umum, yaitu dalam hal penyidikan sudah dianggap selesai, penyidik menyerahkan tanggung jawab atas tersangka dan barang bukti kepada penuntut umum sebagaimana dimaksud dalam pasal 8 ayat (3) huruf b, sangkut pautnya dengan proses persidangan maupun hubungan penyidik dengan penuntut umum telah terputus. Berdasarkan instruksi bersama itu, maka walaupun suatu perkara telah diserahkan kepada penuntut umum, kewajiban penyidik untuk membantu memperlancar jalannya persidangan tetap ada.

1. Pemeriksaan saksi

Sistem pemeriksaan suatu perkara di sidang pengadilan menurut KUHAP berbeda dengan sistem pemeriksaan menurut HIR. Sistem pemeriksaan suatu perkara menurut KUHAP dimulai dengan pemeriksaan saksi-saksi, meskipun pada permulaan sidang hakim memanggil terdakwa terlebih dahulu kemudian menanyakan hal-hal mengenai diri terdakwa/identitas (pasal 155) tetapi belum langsung mengenai pokok perkaranya.¹⁹

Pemeriksaan pengadilan mengenai pokok perkaranya dimulai dengan pendengaran saksi, seperti terlihat dalam pasal 159. Berdasarkan pasal 160

¹⁸ Sugiyono, *Teori Pembuktian Tindak Pidana*, (Jakarta:Rajawali Grafindo Persada, 2014) hal. 21

¹⁹ Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981(KUHAP),,hal. 7

yang pertama-tama didengar keterangannya adalah korban yang menjadi saksi.

Hakim ketua sidang menanyakan kepada saksi keterangan tentang nama lengkap, tempat lahir, umum atau tanggal lahir, jenis kelamin, kebangsaan, tempat tinggal, agama pekerjaannya. Selanjutnya ditanyakan pula kepada saksi apakah ia kenal dengan terdakwa sebelum terdakwa melakukan perbuatan yang menjadi dasar dakwaan.

Kemudian ditanyakan pula apakah saksi mempunyai hubungan keluarga sedarah atau semenda dan sampai derajat berapa hubungan itu atau apakah ia suami atau isteri terdakwa meskipun sudah bercerai atau terikat hubungan kerja dengannya.

Bagi saksi yang hadir tetapi belum diperiksa hakim ketua sidang dapat memerintahkan untuk mencegah jangan sampai saksi berhubungan satu dengan yang lain sebelum memberi keterangan di sidang (pasal 159).²⁰

Dalam hal saksi tidak hadir, meskipun telah dipanggil dengan sah dan hakim ketua sidang mempunyai cukup alasan untuk menyangka bahwa saksi tersebut tidak akan hadir, maka hakim ketua sidang dapat memerintahkan supaya saksi tersebut dihadapkan ke persidangan.

Terhadap saksi yang sudah dipanggil secara sah, tetapi tidak hadir pada hari persidangan tanpa alasan yang sah, maka saksi tersebut dapat dikenakan pidana sebagaimana diatur dalam pasal 224 KUHP.

Seorang saksi yang hadir di persidangan, maka sebelum yang bersangkutan memberikan keterangan, saksi wajib mengucapkan sumpah

²⁰*Ibid.*, hal. 23

atau janji menurut cara agamanya masing-masing, bahwa ia memberi keterangan yang sebenarnya dan tidak lain daripada yang sebenarnya (pasal 160 ayat (3)).

Jika pengadilan menganggap perlu, seorang saksi atau ahli wajib bersumpah atau berjanji sesudah saksi atau ahli itu selesai memberikan keterangan.

Para saksi yang dihadapkan di persidangan terdapat saksi yang menguntungkan terdakwa (*saksi a de charge*) dan saksi yang memberatkan terdakwa (*saksi de charge*) baik saksi yang menguntungkan maupun yang memberatkan wajib didengar keterangannya (pasal 160 ayat (3) huruf c).

Sistem KUHAP untuk mendapatkan keterangan tentang suatu peristiwa pidana dengan cara mendengar keterangan saksi korban terlebih dahulu, hal ini didasarkan pertimbangan ia merupakan saksi utama atau "*kroon getuige*". Akan tetapi dalam praktek tidak menutup kemungkinan saksi lain didengar keterangannya terlebih dahulu.²¹

Para saksi yang telah diperiksa kemudian perkara tersebut diputus oleh pengadilan, maka prosesnya/tugasnya dianggap selesai, karena saksi tidak mempunyai hak untuk mengajukan banding atau kasasi, apabila saksi tidak puas terhadap putusan pengadilan.

Adapun hak saksi yang dapat dilakukan ialah ia dapat mengajukan ganti rugi atas dasar kerugian yang ia derita karena ia menjadi korban akibat kejahatan atau pelanggaran tersebut.

²¹*Ibid*, hlm 23

Pasal 98 KUHAP menentukan terhadap saksi yang akan menggunakan haknya yaitu:

Ayat (1) a. sebelum *requisitoir* dibacakan oleh penuntut umum, atau selambat-lambatnya sebelum hakim menjatuhkan putusannya.

Apabila saksi atau ahli tanpa alasan yang sah menolak untuk bersumpah atau berjanji sebagaimana dimaksud dalam pasal 16 ayat (3) dan ayat (4), maka pemeriksaan terhadapnya tetap dilakukan, sedangkan ia dengan surat penetapan hakim ketua sidang dapat dikenakan Sandra di tempat rumah tahanan negara paling lama empat belas hari. Dalam hal tenggang waktu penyandraan tersebut telah lampau dan saksi atau ahli tetap tidak mau disumpah atau mengucapkan janji, maka keterangan yang telah diberikan merupakan keterangan yang menguatkan keyakinan hakim (asal 161 KUHAP).

Menyimak bunyi pasal tersebut di atas ada dua macam saksi yaitu saksi biasa dan saksi ahli.

Saksi biasa yaitu saksi yaitu keterangan seorang saksi yang menjadi korban kejahatan atau orang yang melihat, mendengar dengan mata kepala sendiri dengan menguraikan secara rinci atas kejadian yang ia ketahui, saksi tidak diperkenankan memberikan pendapat atau *konklusi*. Persangkaan ataupun perkiraan yang istimewa yang terjadi karena kata akal, bukan merupakan kesaksian. Apabila saksi yang sudah memberikan kesaksiannya didepan penyidik, kemudian saksi tersebut meninggal dunia atau karena berhalangan yang sah tidak dapat hadir di sidang atau memang tidak

dipanggil karena tempat tinggalnya jauh dari pengadilan yang melaksanakan sidang karena tugas negara, maka keterangan yang telah dibuat dihadapan penyidik cukup dibacakan saja dalam persidangan. Jika keterangan saksi tersebut diberikan dibawah sumpah, maka keterangan tersebut disamakan nilainya dengan keterangan saksi di bawah sumpah yang diucapkan di sidang.²²

Dalam hal keterangan saksi di sidang berbeda dengan keterangan yang terdapat dalam berita acara, hakim ketua sidang mengingatkan saksi tentang hal itu serta minta keterangan mengenai perbedaan yang ada dan dicatat dalam berita acara pemeriksaan sidang.

Setiap kali seorang saksi selesai memberikan keterangan hakim ketua sidang menanyakan kepada terdakwa bagaimana pendapatnya tentang keterangan tersebut.

Setelah hakim ketua sidang selesai mendengar keterangan saksi, maka hakim ketua sidang memberi kesempatan kepada penuntut umum untuk meminta keterangan pada saksi, kemudian kesempatan itu diberikan pula kepada penasihat hukum terdakwa untuk mendengar keterangan saksi atas pertanyaan penuntut umum maupun penasihat hukum baik terhadap saksi maupun terhadap terdakwa, hakim ketua sidang dapat menolak pertanyaan-pertanyaan tersebut apabila pertanyaan tersebut tidak relevan.²³

22 Zulfikar, *Teori dan Praktek Pembuktian dalam beracara di pengadilan*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2009) hal. 8

23 Abdul Manan *Etika Hakim Dalam Penyelenggaraan Peradilan...*, hal.136

Hakim dan penuntut umum atau terdakwa atau penasihat hukum dengan perantaraan hakim ketua sidang, dapat saling menghadapkan saksi untuk menguji kebenaran keterangan mereka masing-masing (pasal 165 ayat (4) KUHAP).

Maksud daripada hakim ketua sidang memberi kesempatan bertanya baik kepada penuntut umum maupun kepada penasihat hukum agar supaya ada apa yang disebut “*cross-examination*” atau pertanyaan gencar. Biasanya pertanyaan gencar tersebut oleh penuntut umum diajukan kepada saksi *a de charge*, sedangkan oleh penasihat hukum pertanyaan gencar tersebut diajukan kepada saksi *de charge*.²⁴

Baik hakim maupun penuntut umum dan penasihat hukum dilarang mengajukan pertanyaan yang bersifat menjerat terhadap saksi, tujuan daripada *cross examination* ialah untuk mengorek keterangan saksi atau terdakwa atau saksi ahli, mengenai suatu hal yang menguntungkan si penanya, yang besar kemungkinan akan dipergunakan sebagai salah satu dalil dalam *requisitoir* penuntut umum atau *pledooi* penasihat hukum maupun hakim dalam menyusun vonis.

Setelah saksi memberi keterangan, ia tetap hadir di sidang kecuali hakim ketua sidang memberi izin untuk meninggalkan ruangan. Izin itu tidak diberikan jika penuntut umum atau terdakwa atau penasihat hukum mengajukan permintaan supaya saksi itu tetap menghadiri sidang.

²⁴ Joko, *Legal Teori Hukum dan Teori peradilan*, (Jakarta:Kencana Media Group, 2009), hal. 29

Tidak semua orang dapat menjadi saksi atas suatu perkara, ada orang-orang tertentu tidak diperkenankan menjadi saksi sebagaimana ditentukan dalam pasal 168 KUHAP yaitu:

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

Selain itu mereka yang karena pekerjaan, harkat martabat atau jabatannya diwajibkan menyimpan rahasia, dapat dibebaskan sebagai saksi (pasal KUHAP).

Setelah saksi memberi keterangan maka terdakwa atau penasihat hukum atau penuntut umum dapat mengajukan permintaan kepada hakim ketua sidang, agar diantara saksi tersebut yang tidak mereka kehendaki dikeluarkan dari ruangan sidang supaya saksi lainnya di panggil masuk oleh hakim ketua sidang untuk didengar keterangannya, baik seorang demi seorang maupun bersama-sama tanpa hadirnya saksi yang dikeluarkan tersebut.²⁵

²⁵ Winarto, *Praktek Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, (Jakarta:Wijata Pustaka, 2012) hal. 23

Apabila hakim ketua menganggap perlu untuk memeriksa saksi tanpa didengar oleh terdakwa, maka hakim ketua sidang dapat menyuruh terdakwa ke luar ruangan sidang, setelah itu sidang tidak dapat diteruskan sebelum kepada terdakwa diberitahukan semua hal pada waktu ia berada diluar ruangan/ia tidak hadir (pasal 173 KUHAP).

Di dalam pasal 171 menentukan orang yang boleh memberikan keterangan tanpa disumpah yaitu:

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

Apabila keterangan saksi di sidang disangka palsu, hakim ketua sidang memperingatkan dengan sungguh-sungguh kepadanya supaya memberikan keterangan yang sebenarnya dan mengemukakan ancaman pidana yang dapat dikenakan kepadanya apabila ia tetap memberikan keterangan palsu. Dalam hak saksi tetapi pada keterangannya, hakim ketua sidang atau atas permintaan penuntut umum atau terdakwa dapat memberi perintah supaya saksi itu ditahan untuk selanjutnya dituntut perkara dengan dakwaan sumpah palsu. Bagi saksi yang ternyata melakukan sumpah palsu tersebut dapat dijatuhi pidana sebagaimana diatur dalam pasal 242 KUHP.²⁶

Atas kejadian tersebut panitera membuat berita acara pemeriksaan sidang yang memuat keterangan saksi dengan menyebut alasan persangkaan bahwa keterangan saksi itu adalah palsu dan berita acara tersebut

²⁶ Undang-Undang Nomer 8 Tahun 1981(KUHAP).., hal. 20

ditandatangani oleh hakim ketua sidang serta panitera dan segera diserahkan kepada penuntut umum untuk diselesaikan menurut ketentuan undang-undang yang berlaku (pasal 174 KUHAP).

Keterangan yang diberikan dibawah sumpah, dimana ternyata keterangan itu palsu, maka keterangan palsu itu merupakan suatu kejahatan, dalam hukum pidana perbuatan tersebut dikualifikasi sebagai kejahatan sumpah palsu.

Dalam hal terdakwa atau saksi tidak paham bahasa Indonesia, maka hakim ketua sidang menunjuk seorang juru bahasan yang bersumpah atau berjanji akan menterjemahkan dengan benar semua yang harus diterjemahkan. Yang boleh menjadi juru bahasa yaitu orang yang boleh menjadi saksi, artinya orang yang memenuhi syarat-syarat untuk menjadi saksi (pasal 177 KUHAP).²⁷

Jika terdakwa atau saksi itu bisu dan tuli serta tidak pandai menulis, maka hakim ketua sidang menyampaikan pertanyaan secara tertulis dan kepada terdakwa atau saksi diperintahkan memberi jawabannya secara tertulis pula (pasal 178 KUHAP).

Sebelum hakim ketua sidang menjatuhkan putusan, maka hakim ketua sidang memperlihatkan kepada terdakwa segala barang bukti yang bersangkutan dengan perkara terdakwa, kemudian hakim ketua sidang menanyakan kepada terdakwa apakah ia mengenal benda itu dengan memperhatikan ketentuan sebagaimana diatur dalam pasal 45 KUHAP.

²⁷ Sasongko, *Penyelenggaraan Praktek Dalam Peradilan*, (Jakarta:Beta Pustaka, 2011),hal. 27

Barang bukti tersebut diperlihatkan pula kepada para saksi dan apabila dianggap perlu untuk pembuktian, hakim ketua sidang membacakan atau memperlihatkan surat atau berita acara kepada terdakwa atau saksi dan selanjutnya minta keterangan seperlunya tentang hal itu.²⁸

Dalam pemeriksaan terhadap terdakwa maka di lakukan pula pembuktian kesalahan terdakwa pidana pencurian ini dalam pasal 6 ayat (2) Undang-undang Pokok Kekuasaan Kehakiman menyatakan: “Tiada seorang juapun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan, karena alat bukti pembuktian yang sah menurut Undnag-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggungjawab, telah bersalah atas perbuatan yang dituduhkan atas dirinya”.

Ketentuan-ketentuan dari pasal 6 ayat (2) UU NO. 48 Tahun 2009, dijabarkan dalam pasal 183 KUHAP yaitu: “Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwa yang bersalah melakukannya”.

Adapun tujuan dari pembuktian adalah mencari dan menetapkan kebenaran-kebenaran yang terdapat pada suatu perkara, hadi bukan untuk mencari-cari kesalahan terdakwa. Pembuktian harus dilaksanakan untuk mencegah jangan sampai menjatuhkan hukuman kepada orang yang tidak

28 Abdul Manan, *ProsesAcara Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, (Jakarta:Kencana Prenada Group, 2011), hal. 98

bersalah. Pembuktian saja tidak cukup karena hal itu harus disertai pula dengan suatu keyakinan hakim.²⁹

Menyimak bunyi pasal 183 KUHAP di atas erat kaitannya dengan teori-teori pembuktian dalam ilmu hukum yang mengenai beberapa macam teori yaitu:

- a. Dalam pasal 183 menyebutkan bahwa hakim tidak boleh menjatuhkan pidana terhadap seseorang terdakwa apabila tidak didukung sekurang-kurangnya oleh dua alat bukti yang sah. Perkataan “sekurang-kurangnya” dua alat bukti yang sah ini mengandung pengertian bahwa apabila dalam suatu persidangan hanya diketemukan “satu” macam alat bukti, maka hakim tidak dapat menjatuhkan pidana terhadap terdakwa, kecuali dalam perkara-perkara yang diajukan dalam acara pemeriksaan cepat yakni pada tindak pidana ringan dan perkara pelanggaran lalu lintas (*rolzaken*), maka keyakinan hakim cukup didukung oleh satu alat bukti saja (pasal 205 s/d 216 KUHAP).

Berdasarkan ketentuan diatas, yang menunjuk secaa limitatip suatu minimum pembuktian yang ditetapkan oleh undang-undang karena itu hakim tidak diperkenankan menyimpang dalam menjatuhkan putusannya. Pengakuan salah oleh terdakwa belum cukup menjamin bahwa ia benar yang bersalah melakukan tindak pidana yang didakwaan sebagaimana diatur dalam pasal 189 ayat (4) KUHAP yaitu:

²⁹*Ibid.*, hal. 21

“Keterangan terdakwa saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa ia bersalah melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya, melainkan harus disertai dengan alat bukti yang lain”.³⁰

Oleh karena hakim dalam menjatuhkan putusan tidak boleh menyimpang dari ketentuan yang telah ditentukan oleh undang-undang, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa KUHAP dalam sistem pembuktian menganut sistem negatif menurut undang-undang (*negatief*).

b. Sebagai kebalikan daripada sistem pembuktian *negatief wetelijk* yaitu sistem pembuktian positif mana pembuktian dengan sistem ini mendasarkan pada semata-mata alat bukti yang sah yang disebutkan oleh undang-undang sebagaimana dimaksud dalam pasal 184, jadi tidak perlu adanya keyakinan hakim. Sistem ini dapat digunakan dalam menangani perkara-perkara perdata.

c. Teori pembuktian bebas (*vrij bewijs*)

Berdasarkan teori ini hakim di dalam memeriksa terdakwa tidak terikat pada alat-alat bukti yang diatur dalam undang-undang, hakim bebas menentukan alat-alat bukti serta cara-cara pembuktian untuk mendapatkan kebenaran materiil. Sistem ini telah memandang cukup, jika hakim berdasarkan kesimpulannya bahwa terdakwalah yang telah melakukan tindak pidana.

d. Teori pembuktian berdasarkan keyakinan hakim

³⁰ Abdul Manan, *Proses Acara Dalam Penyelenggaraan Peradilan di Indonesia*, (Jakarta: Gramedia, 2011), hal.94

Menurut teori ini hakim dapat menjatuhkan putusan berdasarkan keyakinan bahwa terdakwa betul-betul bersalah dengan keyakinan hakim itu, tetapi keyakinan itu didasarkan alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang.

Sebagaimana telah diuraikan di atas KUHAP mengenal teori negatiif wettelij, oleh karena itu dalam pembuktian perkara pidana baik sistem pembuktian *positief wettelijk*, teori pembuktian bebas dan sistem pembuktian berdasarkan keyakinan hakim saja tidak dipakai dalam sistem KUHAP.³¹

Dalam rangka melakukan pembuktian di persidangan, maka hakim harus membuktikan yaitu:

- a) Apakah betul suatu peristiwa pidana itu telah terjadi pencurian
- b) Kalau peristiwa itu telah terjadi, maka harus dibuktikan bahwa peristiwa yang telah terjadi itu merupakan suatu tindak pidana pencurian
- c) Hakim harus membuktikan pula apa yang menjadi alasan atau yang menyebabkan terjadinya peristiwa pencurian tersebut.
- d) Di dalam peristiwa yang telah terjadi itu, harus diketahui pula siapa-siapa pula yang terlibat dalam peristiwa itu.

Untuk mendapatkan kebenaran dari maksud tersebut di atas, maka perlu diuji dengan alat-alat bukti sebagaimana ditentukan oleh pasal 184 KUHAP yang menyatakan bahwa alat-alat bukti yang sah adalah:

Ayat (1)

31 Undang-Undang 8 Tahun 1981 (KUHAP).., hal. 24

- a. Keterangan saksi
- b. Keterangan ahli
- c. Surat
- d. Petunjuk
- e. Keterangan terdakwa

Atat (2) Hal yang secara umum sudah diketahui tidak perlu dibuktikan.

Adapun penyebutan urutan alat-alat bukti dimulai dengan keterangan saksi, kemudian keterangan ahli, surat-surat, petunjuk dan terakhir adalah keterangan terdakwa, hal ini menunjukkan betapa pentingnya keterangan saksi di persidangan pengadilan. Sedangkan ayat (2) pembuat undang-undang tidak memberi penjelasan apa yang dimaksud dengan hal yang umum sudah diketahui perlu dibuktikan.³²

Untuk lebih jelasnya tentang pembuktian sebagaimana dimaksud oleh pasal 184 di atas maka akan diuraikan berikut ini:

- a. Keterangan saksi

Apabila keterangan saksi akan dijadikan sebagai alat bukti, maka ia harus memenuhi syarat-syarat sebagaimana diatur dalam pasal-pasal berikut ini:

Pasal 185

- (1) Keterangan saksi sebagai alat bukti ialah apa yang saksi nyatakan di sidang pengadilan. Sebelum saksi memberikan keterangan dimuka sidang, maka terlebih dahulu ia harus

³² Bagir Manan, *Praktek Acara Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, (Jakarta, Persada Prenada Group, 2011), hal. 92

mengucapkan sumpah atau janji. Apabila keterangan saksi tidak dilakukan dibawah sumpah atau janji, maka keterangan itu tidak bernilai alat pembuktian, paling hanya dapat dijadikan keterangan tambahan saja.

- (2) Keterangan seorang saksi saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa terdakwa bersalah terhadap perbuatan yang didakwakan kepadanya.

Ketentuan ini merupakan suatu prinsip dalam pembuktian dimana “seorang saksi bukan saksi” (unustesti nullus testis).

- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak berlaku apabila disertai dengan suatu alat bukti yang sah lainnya.

- (4) Keterangan beberapa saksi yang berdiri sendiri tentang suatu kejadian atau keadaan dapat digunakan sebagai alat bukti yang sah apabila keterangan saksi itu ada hubungannya satu dengan yang lain sedemikian tupa, sehingga dapat membenarkan adanya suatu kejadian atau keadaan tertentu.

- (5) Baik pendapat maupun rekaan, yang diperoleh dari hasil pemikiran bukan merupakan keterangan saksi.

- (6) Dalam menilai kebenaran keterangan seorang saksi, hakim harus dengan sungguh memperhatikan:

- a. Persesuaian antara keterangan saksi satu dengan yang lain
- b. Persesuaian antara keterangan saksi dengan alat bukti

c. Alasan yang mungkin dipergunakan oleh saksi untuk memberi keterangan yang tertentu.

d. Cara hidup dan kesusilaan saksi serta segala sesuatu yang pada umumnya dapat tidaknya keterangan itu dipercaya³³

Dalam rangka membuktikan kesalahan terdakwa sesuai dengan yang telah didakwakan, maka diperlukan beberapa petunjuk dimanaundang-undang menyebutkan “kejadian atau keadaan yang karena ada persesuaiannya” dan seterusnya.³⁴

Dengan demikian kejadian tersebut dipandang sebagai petunjuk-petunjuk karena ada persesuaian dengan tindak pidana yang terjadi, dimana antara kejadian itu ada hubungan yang masuk akal (logis). Hubungan yang logis ini erat kaitannya dengan keterangan saksi, surat-surat dan keterangan terdakwa, penilaian yang tepat dari petunjuk-petunjuk sebagai alat bukti diserahkan kepada kebijaksanaan hakim serta kecerdikannya, yang dalam itu ia harus bertindak cermat, teliti serta bijaksana.

Selanjutnya keterangan terdakwa dalam persidangan di dalam persidangan yang dinyatakan dimuka hakim, merupakan keterangan yang menggambarkan bagaimana suatu peristiwa telah terjadi. Kalau keterangan terdakwa akan dijadikan bukti, maka ia harus diiringi oleh alat bukti yang lain.

33 Undang-Undang 8 Tahun 1981(KUHAP).., hal. 26

34 Abdul Manan, *Proses Acara Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, (Jakarta:Kencana Prenada Group, 2011), hal.13

Penggambaran peristiwa pidana itu harus jelas, misalnya terdakwa melakukan pencurian, maka terdakwa harus menerangkan kapan perbuatan itu dilakukan apakah pada waktu siang atau malam, bagaimana caranya memasuki rumah, apakah lewat pintu, lewat jendela atau lewat genteng. Setelah terdakwa dapat memasuki rumah barang-barang apa saja yang dicuri, kemudian dibawa kemana barang-barang itu apakah masih disimpan ketika ditemukan oleh polisi atau barang itu sudah dijual.

Keterangan yang diberikan oleh terdakwa harus sesuai pula dengan keterangan saksi korban pencurian, atau dibenarkan oleh saksi lain. Pembeneran itu untuk memastikan bahwa perbuatan itu telah terjadi, sehingga hakim yakin terdakwalah pelakunya sehubungan dengan itu pasal 189 KUHP memperinci keterangan terdakwa sebagai berikut:³⁵

- (1) Keterangan terdakwa ialah apa yang terdakwa nyatakan di sidang tentang perbuatan yang ia lakukan atau ia ketahui sendiri atau alami sendiri.
- (2) Keterangan terdakwa yang diberikan di luar sidang dapat digunakan untuk membantu menemukan bukti di sidang, asalkan keterangan itu didukung oleh suatu alat bukti yang sah sepanjang mengenai hal yang didakwakan kepadanya.³⁶

³⁵ Musnaam, *Teori Acara Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, (Jakarta:Prenada Group 2011), hal. 23

(3) Keterangan terdakwa hanya dapat digunakan terhadap dirinya sendiri.

(4) Keterangan terdakwa saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa ia bersalah melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya, melainkan harus disertai dengan alat bukti lain.³⁷

Dengan demikian proses pemeriksaan yang dilaksanakan oleh hakim sudah memenuhi prosedur sesuai dengan kuhap, sehingga hakim sudah bisa mengambil fakta hukum yang sebenarnya dari fakta-fakta yang terungkap dalam persidangan sebagai dasar untuk menjatuhkan putusan pada masing-masing terdakwa pelaku tindak pidana pencurian.

B. Ijtihad Hakim

1. Ijtihad Hakim Dalam Perspektif Yuridis

Proses menemukan hukum atau hakim melakukan ijtihad tidak dimaknai bahwa hakim sedang menjalankan proses pembentukan undang-undang sebagaimana tugas dan kewenangan seorang *legislator*, namun fungsi penemuan hukum itu tidak lain untuk mencari dan menemukan makna dan arti hukum yang sebenarnya karena makna hukum itu tidak selalu tersurat secara tekstual dalam rumusan undang-undang. Hukum dalam pengertian formil adalah kumpulan tulisan-tulisan dalam sebuah kertas yang bernama undang-undang atau peraturan perundang-undangan lainnya. Pengertian hukum secara eksplisit tidak lain adalah apa yang

³⁷ Moch. Faisal Salam, *Hukum Acara Pidana dalam Teori dan Praktek*, (Bandung: Mandar Maju, 2011), hal. 279

tertulis dalam setiap rumusan undang-undang, namun untuk menemukan makna implicit perlu adanya proses pemikiran dan kontemplasi, sehingga apa yang dikehendaki oleh pembentuk undang-undang dapat tercapai, meskipun tidak selalu diartikan bahwa hakim hanya sekedar menjalankan kehendak dari para pembentuk undang-undang tanpa ada pertimbangan kemanfaatan atas penerapan hukum itu sendiri.

Setiap peraturan perundang-undangan yang dilahirkan selalu akan tertinggal oleh dinamika sosial di masyarakat. Undang-undang dibentuk dan dilahirkan mengikuti kondisi hukum dan masyarakat pada saat itu, ketika undang-undang disahkan dan dinyatakan berlaku, maka dinamika hukum dan dinamika sosial telah bergerak jauh meninggalkan kondisi pada saat itu, sehingga dalam praktiknya banyak aturan yang sudah tidak sesuai lagi dengan kondisi sosial yang ada. Dalam menghadapi gejala seperti itu hakim tidak dapat berpangku tangan dan menutup mata, namun dituntut harus dapat memberikan solusi yang konstruktif bagi implementasi hukum dalam konteks perubahan sosial yang salah satunya dengan menggunakan metode penemuan-penemuan hukum (*rechtvinding*).³⁸

Menafsirkan suatu aturan undang-undang bukan berarti mengubah atau mengganti aturan yang sudah ada, namun semata-mata hanya memberikan ruang yang lebih luas bagi penerapannya agar aturan tersebut mampu menjangkau persoalan yang tidak secara tegas diatur dalam ketentuan perundang-undangan. Dalam perkembangannya penafsiran

38 Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum dan Teori Peradilan*, (Jakarta, Itni Pustaka, 2009) hal. 24

ditempatkan sebagai salah satu penemuan hukum (*rechtsvinding, legal finding*) yaitu menggali dan mencari suatu makna dibalik kalimat undang-undang.

Tidak ada suatu aturan perundang-undangan pun yang pada saat diterapkan tidak menemui hambatan sehingga perlu ada upaya harmonisasi antara aspek normatif dengan aspek implementatif, namun memberikan kesempatan yang terlalu luas untuk melenturkan undang-undang juga akan membuat undang-undang itu menjadi hilang nilai kepastian hukumnya, sedangkan upaya pelenturan undang-undang hanya dapat dilakukan jika memang sudah sedemikian sulit diterapkan dan tidak ada cara lain selain dilenturkan maknanya untuk memberikan solusi hukum terhadap persoalan yang dihadapi dan untuk menjaga daya mengingkatnya hukum itu sendiri diantara kekosongan hukum (*vacuum of law*).³⁹

Penafsiran secara *literal* dapat diartikan lebih luas tidak hanya pada arti kata-kata yang dirumuskan dalam undang-undang. Dalam keadaan tertentu jika hakim hanya sekedar menerapkan kata-kata yang tertulis dalam undang-undang, maka penerapan undang-undang akan menjadi sangat kaku dan hal itu dapat mencederai rasa keadilan para *justitiabelen* atau masyarakat secara umum. Seandainya terjadi kondisi demikian, maka hakim harus menemukan arti kata-kata yang meliputi seluruh bunyi atau rumusan yang ada dalam undang-undang yang bersangkutan, agar mendapat makna

³⁹ Nurbaedah, Pernyataan dalam seminar wawasan kebangsaan jilid 2 di auditorium IAIN Tulungagung, pada tanggal 25 Mei 2016, jam 10.00 wib

yang lebih tepat terhadap keadaan yang terjadi meski itu hanya berlaku secara kasuistis.

Kewenangan hakim dalam melakukan penemuan hukum semata-mata untuk memberikan rasa keadilan atau setidaknya-tidaknya dapat menyentuh rasa keadilan itu melalui pendekatan prosedur pencapaian yang benar. Memang harus kita akui bahwa rasa keadilan berada di tempat yang sangat abstrak, namun usaha mencapai ke arah sana harus tetap dilakukan dengan kematangan ilmu dan ketajaman intuisi, mengingat sebuah putusan setelah diucapkan bukan lagi hanya menjadi milik hakim yang memutus, namun sudah menjadi milik para pencari keadilan dan masyarakat secara luas.⁴⁰

Dalam menjalankan tugas yudisial seorang hakim dibatasi oleh undang-undang, namun bukan berarti bahwa hakim adalah corong undang-undang yang hanya menerapkan undang-undang secara kaku. Hakim menerapkan dan menjalankan undang-undang sepanjang undang-undang itu dapat memberikan keadilan, namun ketika undang-undang tidak dapat memberikan keadilan dan justru akan menimbulkan ketidakadilan, maka hakim harus berani mengambil sikap untuk menyimpanginya. Seorang hakim harus berani keluar dari paradigma bahwa menyimpangi undang-undang sebagai bentuk dosa besar, dan harus berani untuk beralih pada paradigma bahwa mengabaikan keadilan yang diyakini merupakan dosa besar yang sebenarnya karena landasan fundamental dalam memutus perkara adalah “Demi Keadilan” bukan “Demi Undang-undang”.

40 Dwi Sugiarto, Pernyataan dalam seminar wawasan kebangsaan jilid 2 di auditorium IAIN Tulungagung, pada tanggal 25 Mei 2016, jam 10.10 wib

Hakim memang sering dihadapkan pada dua pilihan yang sulit yaitu ketika antara keadilan dengan kepastian hukum tidak dapat dipersatukan dalam sebuah kesimpulan, dua prinsip tersebut idealnya dapat disandingkan dalam suatu putusan, namun memadukan keadilan dan kepastian hukum di dalam kenyataannya tidaklah mudah. Terkadang keadilan dan kepastian hukum berada pada suatu tempat yang berbeda, jika kita hendak mendekati tempat dimana keadilan berada, maka kita akan beranjak menjauhi kepastian hukum, demikian pula sebaliknya. Dalam persoalan seperti itu hakim terpaksa harus menjatuhkan pilihan dengan mengorbankan yang satu demi tegaknya yang lain. Jika seorang hakim berada pada dua pertentangan antara keadilan dan kepastian hukum, maka seyogyanya yang harus diambil adalah keputusan yang lebih mendatangkan kemanfaatan bagi hukum dan masyarakat pada umumnya.

Ketua Mahkamah Agung RI Harifin A Tumpa memberikan pandangannya menyangkut persoalan antara keadilan dengan kepastian hukum antara lain:

1. Prinsip kepastian hukum harus tetap dikedepankan oleh para penegak hukum terutama hakim.
2. Hanya dalam hal-hal yang sangat eksepsionil, penyimpangan terhadap suatu peran hukum yang telah ada dapat dilenturkan penafsirannya. Hal ini sesuai dengan fungsi hakim yang bukan hanya sekedar corong dari undang-undang, tetapi hakim wajib mencari nilai-

nilai keadilan dalam penerapan hukum yang bersifat progresif dan responsive.

3. Suatu kaidah hukum yang terjadi karena ada faktor-faktor yang eksepsional tersebut di atas, tidak dapat diartikan berlaku umum, seolah-oleh menggantikan kaidah yang telah diatur dalam undang-undang tersebut, karena hakim bukan pembentuk undang-undang, kaidah yang terjadi secara eksepsional tersebut hanya berlaku secara kasuistis.⁴¹

Dari ketiga poin di atas jelas hanya bahwa Ketua Mahkamah Agung RI ingin memberikan pesan bahwa dalam menafsirkan suatu ketentuan undang-undang, seorang hakim tidak begitu saja bisa melenturkan undang-undang tanpa ada alasan yang eksepsional dan mendesak, aturan yang sudah jelas dan tugas dalam konteks yang sesuai dengan kenyataan materilnya tidak boleh dilenturkan atau ditafsirkan lain dari arti dan makna yang sebenarnya, namun bagi persoalan-persoalan tertentu yang memang tidak mungkin suatu ketentuan diterapkan seperti apa adanya karena akan menimbulkan ketidakadilan, maka seorang hakim dapat menggunakan penafsiran-penafsiran guna melenturkan ketentuan tersebut. Kedudukan hakim diantara keadilan dan kepastian hukum harus berada di tengah-tengah antara dia bukan sebagai corong undang-undang juga bukan sebagai pembentuk undang-undang.⁴²

41 Pernyataan tersebut disampaikan oleh Ketua Mahkamah Agung pada Acara Seminar sehari problem hukum keluarga antara realita dan kepastian hukum dikutip dari Varia peradilan edisi tahun XXVV Nomor 286 September 2009 hal.7

42 Pernyataan tersebut disampaikan oleh Ketua Mahkamah Agung pada Acara Seminar sehari problem hukum keluarga antara realita dan kepastian hukum dikutip dari Varia peradilan edisi tahun XXVV Nomor 286 September 2009 hal.7

Dalam melakukan usaha pencapaian terhadap nilai-nilai keadilan, hakim diberikan keleluasaan untuk melakukan penafsiran-penafsiran, penemuan-penemuan hukum bahkan menurut aliran progresif hakim dimungkinkan untuk melakukan penciptaan hukum jika kenyataan telah mengharuskan itu, sebagaimana juga disampaikan oleh John P. Dawson bahwa:

“Bagi kami tidak terletak bahwa hakim mengambil peranan dalam penciptaan hukum, menciptakan sambil menerapkan kami percaya bahwa dalam sistem mana pun hakim, dalam memutuskan perkara yang disidangkan di depannya, selalu menyesuaikan doktrin hukum dengan situasi baru dan dengan begitu memberikan arti baru kepada doktrin itu.⁴³

Penemuan dan penciptaan hukum ditujukan untuk mempersempit rentang atau jarak antara konflik secara riil di alam nyata dengan hukum positif yang selalu mengandung kelemahan-kelemahan. Hal tersebut sebagaimana dikemukakan oleh Satjipto Rahadjo yang disitir dari bukunya Antonius Sudirman bahwa dalam undang-undang selalu terdapat beberapa kelemahan yang antara lain:

1. Kelakukannya. Kekurangan ini sebenarnya segera tampil sehubungan dengan kehendak perundang-undangan untuk menampilkan kepastian. Apabila kepastian itu hendak dipenuhi ia harus membayarnya dengan membuat rumusan-rumusan yang jelas terperinci dan tegas dengan risiko menjadi norma-norma yang kaku.
2. Keinginan perundang-undangan untuk membuat rumusan-rumusan yang bersifat umum mengandung risiko bahwa ia mengabaikan

⁴³ Antonius Sudirman, *Hati Nurani Hakim Dalam Pemberian Putusan*, (Bandung:Citra Aditya Bakti, 2007),hal.27

dan dengan demikian memperkosa perbedaan-perbedaan dan atau ciri-ciri khusus yang tidak dapat disamaratakan begitu saja. Terutama sekali dalam suasana kehidupan modern yang cukup kompleks dan spesialisasi ini, kita tidak mudah untuk membuat perempatan-perempatan (*generalization*)

Mahkamah Agung telah memberikan beberapa contoh tentang penciptaan hukum, antara lain mengenai hak penuntut umum untuk mengajukan upaya hukum peninjauan kembali yang tidak pernah diatur sebelumnya di dalam KUHAP, karena dalam pasal 263 ayat (1) KUHAP disebutkan bahwa:

“Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap kecuali putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum terpidana atau ahli warisnya dapat mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung”.

Penemuan dan penciptaan hukum bukanlah hal yang tabu untuk dilakukan oleh seorang hakim, jika penerapan hukum secara tekstual dipandang akan menimbulkan ketidakadilan, memang saat ini selalu ada kekhawatiran bagi hakim-hakim di lingkungan *judex factie* untuk menerobos kekuakuan dalam suatu aturan perundang-undangan, karena tidak selamanya terobosan hukum itu dianggap benar oleh lembaga peradilan di atasnya, sehingga tidap menutup kemungkinan bahwa terobosan itu justru akan dianggap sebagai dosa besar dalam proses penegakan hukum dan hakim akan dipandang telah melanggar tertib hukum yang berlaku.⁴⁴

44Ibid, hal. 23-28

Dalam hal penemuan hukum hakim melakukan ijtihad untuk menjatuhkan putusan yang berkaitan dengan sikap hakim untuk menerobos kekakuan Undang-undang karena tidak relevan jika di hubungkan dengan peristiwa hukum maupun fakta hukum pada realita kehidupan berbangsa dan bernegara.

Diantara sekian banyak bentuk kewenangan hukum dalam mengadili suatu perkara, terdapat pertanyaan yang sering menggelitik dan menjadi perdebatan di kalangan praktisi maupun akademisi menyangkut “bolehkah hakim memutuskan suatu perkara dengan mengesampingkan undang-undang dan menentukan sendiri hukumnya yang adil menurut ukuran hakim yang mengadilinya?” Mungkin bagi kalangan penganut paham legisme akan dengan tegas menentangnya karena faham tersebut memandang bahwa hukum hanya sebatas undang-undang dan hakim tidak boleh keluar dari ketentuan yang telah digariskan oleh undang-undang bahkan akibatnya batal demi hukum.

Berbeda halnya jika persoalan tersebut di atas dikaji berdasarkan faham hukum progresif sebagaimana yang adigagas oleh Satjipto Raharjo, bahwa hukum hendaknya mengikuti perkembangan jaman dengan segala dasar di dalamnya berdasarkan semangat mengikuti perkembangan jaman itulah gagasan progresifitas hukum dibangun. Bagi penganut faham hukum progresif tidaklah haram bagi hakim untuk menyimpangi undang-undang jika keadilan dapat diperoleh dengan menyimpangi undang-undang tersebut dan justru ketidakadilan akan muncul jika ketentuan dalam aturan

perundang-undangan tersebut diterapkan. Pemikiran yang dikemukakan oleh Satjipto Raharjo tersebut lebih melihat fenomena hukum ini sebagai sebuah realitas, artinya undang-undang bukanlah sesuatu yang sangat sempurna dan pasti akan mendatangkan keadilan jika diterapkan apa adanya, namun pemikiran Satjipto Raharjo menitikberatkan pada kenyataan bahwa hukum itu untuk manusia bukan sebaliknya manusia untuk hukum.⁴⁵

Di dalam praktiknya penerobosan hukum berkembang bukan hanya terjadi pada wilayah hukum materiil saja, namun dalam ruang lingkup hukum acara pun hakim bisa menerobos hukum dengan berbagai alasan keadilan, misalnya dalam hal pengajuan PK berdasarkan Pasal 263 ayat (1) KUHAP hanya dapat diajukan oleh terpidana atau ahli warinya ternyata Mahkamah Agung beberapa kali mengabulkan PK yang diajukan oleh Jaksa Penuntut Umum, antara lain dalam kasus Muktar Pakpahan, Djoki Candra dan Pollycarpus dengan alasan adanya kepentingan hukum yang lebih besar dibandingkan dengan sekedar berpedoman pada ketentuan pasal 263 KUHAP. Memang dalam kenyataannya terobosan yang dilakukan Mahkamah Agung tersebut menuai kritik pedas karena disamping dianggap telah merusak tatanan hukum acara juga bisa memicu adanya pengajuan PK di atas PK karena terpidana merasa belum menggunakan haknya untuk mengajukan PK padahal kesempatan itu diatur oleh undang-undang.⁴⁶

45 Bagir Manan, *Beberapa Catatan Tentang Penafsiran*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2007) hlm.27

46 Anggreni Indah, *Problematika Yuridis Asas Legalitas Dalam Kerangka Penemuan Hukum Pidana*, (Malang: Jurnal Ilmiah Universitas Brawijaya, 2013) hlm. 5

Kewenangan diskresi (ijtihad) dalam fungsi mengadili di satu pihak bisa menjadi solusi terhadap kebuntuan dalam menegakkan keadilan substantive, namun disisi lain bisa menjadi sumber malapetaka dan kekacuan hukum karena undang-undang dengan mudah dapat diterobos dan disampinginya maknanya.

Memang tidak dapat dipungkiri bahwa ketentuan undang-undang tidak selalu dapat menjawab persoalan yang timbul di masyarakat, sehingga jika hakim berpegang teguh pada penerapan undang-undang secara *letterlijk*, maka penegakan hukum itu akan terasa kering dari nilai-nilai keadilan.⁴⁷ Beberapa hal yang dalam praktik sering menimbulkan ketidakadilan dan memerlukan keberanian hakim untuk menerobos dan mengesampingkan aturan perundang-undangan yang ada.⁴⁸

2. Ijtihad Hakim Dalam Perspektif Fiqh

Pada bagian sebelumnya, telah dipaparkan metode-metode penemuan hakim yang dikenal dalam ilmu hukum dan hukum positif Indonesia. Pada bagian ini, penulis ingin memaparkan penemuan hukum dalam perspektif Islam sebagai sebuah perbandingan dan mungkin akan memperkaya *khazanah* penemuan hukum dalam praktiknya di Indonesia.

Penemuan hukum dalam perspektif hukum Islam sedikit berbeda dengan penemuan hukum pada hukumnya. Hal ini didasarkan pada sumber hukum yang berbeda serta tahapan dalam penemuan hukum tersebut.

47

48 *Ibid.*, hal.122

Namun demikian, paling tidak, penemuan hukum dalam perspektif hukum Islam (selanjutnya disebut dengan *ijtihad*) memiliki dua tujuan utama yang sama dengan penemuan hukum pada umumnya, yaitu menemukan hukum dan menerapkannya pada kasus *sariqaah*.⁴⁹

Ijtihad adalah upaya menemukan hukum dengan menggunakan potensi-potensi yang dimiliki (kecerdasan akal, kehalusan rasa, keluasan imajinasi, ketajaman intuisi dan kearifan). Ijtihad berupaya menemukan hukum yang seadil-adilnya, sesuai dengan tuntunan *syariat*. *Ijtihad*, sama seperti penemuan hukum lain, bertujuan untuk menjembatani jarak antara harapan atau tuntutan masyarakat dengan idealitas hukum. *Ijtihad* berusaha untuk menciptakan suatu keadaan yang *homeostatis* (seimbang), sehingga hukum yang dihasilkan tidak hanya menciptakan keadilan semata, melainkan juga kepastian dan kemanfaatan di masyarakat.

Ijtihad pada dasarnya terbagi atas dua bentuk, yaitu:

1. Ijtihad fi takhrij al ahkam

Ijtihad ini adalah ijtihad untuk mengeluarkan hukum dan sumbernya. Ijtihad ini pada dasarnya hanya menetapkan atau mengeluarkan hukum dari suatu sumber hukum dan menerapkannya ke peristiwa atau fakta *in concreto* tanpa melihat kondisi atau dinamika masyarakat (*circumstances*) yang ada pada saat itu.

2. ijtihad fi thatbiq al ahkam

⁴⁹ Raja Fahab Abdullah Ali Hunain dan Abdullah bin Muhammad bin saad ali khunain, (Mesir:Fiqh Murofaat,Darul asimah 1422) , hal 257-277

ijtihad ini adalah ijtihad untuk menerapkan hukum pada peristiwa konkrit. Berbeda dengan *ijrihad fi takhrij al ahkam*, *ijtihad fi tathbiq al ahkam*, selain mengeluarkan hukum dan sumbernya, juga memperhatikan kondisi atau dinamika hukum yang ada pada saat itu, sehingga penerapan hukum terhadap peristiwa konkrit dapat berjalan secara efektif. Seperti kita ketahui bahwa, efektifitas suatu hukum, selain dipengaruhi oleh substansi hukum, juga dipengaruhi oleh kultur aau lingkungan yang ada. Karena itu, ijtihad model ini, hemat penulis, dianggap paling relevan dengan kebutuhan hukum saat ini.⁵⁰

Ijtihad sebagai metode dalam melakukan penemuan hukum berdasarkan hukum Islam memiliki beragam cara atau metode. Mohammad Daud Ali mengemukakan beberapa bentuk ijtihad sebagai berikut:⁵¹

1. Ijma'

Ijma' adalah persetujuan atau persesuaian pendapat para ahli mengenai suatu masalah pada suatu tempat di suatu masa. Dalam redaksi yang lebih sederhana, *ijma'* adalah consensus para ulama mengenai hukum suatu hal atau peristiwa konkrit. Ijma' dalam konteks hukum saat ini cukup sulit untuk diterapkan, mengingat keragaman budaya, asal-usul, pemikiran, dan kenyataan sosiologis lainnya menyebabkan para ulama sulit untuk mencapai ijma' hakiki seperti yang diimplementasikan ulama-ulama terdahulu ketika struktur dan dinamika masyarakat masih bercirikan homogen.

⁵⁰*Ibid.*, hal.222-224

⁵¹*Ibid.*, hal.228-231

2. Qiyas

Qiyas atau dalam bahasa hukum kita dikenal dengan istilah analogi (*argumentum per analogiam*) adalah menyamakan hukum suatu hal atau peristiwa yang tidak terdapat ketentuannya di dalam al-Qur'an dan Sunnah Nabi dengan hal atau peristiwa lain yang sudah ada hukumnya, dikarenakan diantara keduanya terdapat kesamaan illat (penyebab atau alasan). Contoh sederhana untuk mendeskripsikan qiyas adalah hukum mengkonsumsi narkoba. Di dalam al-Qur'an tidak ada dalil yang mengatur tentang narkoba, yang ada hanyalah larangan meminum *khamr*. Dalam ijtihadnya, hakim menetapkan bahwa hukum mengkonsumsi narkoba adalah haram karena di antara narkoba dengan *khamr* ada kesamaan *illat*, yaitu sama-sama memabukkan dan/atau dapat menghilangkan kesadaran.⁵²

Berdasarkan pemaparan tersebut, dapat dipahami bahwa qiyas mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Ada dua hal atau peristiwa konkrit
- b. Salah satu hal atau peristiwa tersebut ada hukumnya di dalam al-Qur'an atau Sunnah Nabi, sementara satu hal atau peristiwa lainnya tidak ada
- c. Antara kedua peristiwa tersebut terdapat kesamaan *illat* (penyebab, alasan, dan/atau akibat)

3. Istidal

⁵²*Ibid.*, hal.232-235

Istidal adalah menarik kesimpulan dari dua hal yang berlainan. Sebagai contoh, menarik kesimpulan dari norma hukum adat dengan syariat. Norma hukum adat yang telah lazim berlaku di masyarakat dan tidak bertentangan dengan syariat, maka dapat ditarik garis hukumnya untuk dijadikan salah satu ketentuan dalam hukum Islam. Contoh yang paling umum mengenai hal ini adalah konsep pembuktian yaitu Keterangan saksi.

Apabila keterangan saksi akan dijadikan sebagai alat bukti, maka ia harus memenuhi syarat-syarat sebagaimana diatur dalam pasal-pasal berikut ini

Pasal 185

Keterangan saksi sebagai alat bukti ialah apa yang saksi nyatakan di sidang pengadilan. Sebelum saksi memberikan keterangan dimuka sidang, maka terlebih dahulu ia harus mengucapkan sumpah atau janji keteranga berikut ini sama dengan kitab *Fiqh Murafaat* dan kitab *Bidayatul Mujtahid* yang telah di positifkan dalam hukum positif yaitu UU No 8 Tahun 1981 (pasal 185). konsep harta bersama (gono gini) dalam adat sebagian besar masyarakat Indonesia. Konsep tersebut ternyata tidak bertentangan dengan syariat, dan karenanya dipositifkan dalam hukum Islam, juga dalam hukum positif Indonesia (pasal 85 kompilasi Hukum Islam, pasal 35 UU Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan; dan pasal 119 KUHPerdara).

4. Mashlahah al mursalah

Al-Maslahah al-mursalah penemuan hukum atas suatu hal atau peristiwa konkrit yang tidak terdapat dalam al-Qur'an dan Sunnah yang didasarkan pada pertimbangan kemashlahatan masyarakat atau kepentingan umum. Unsur kemanfaatan (kemashlahatan) masyarakat adalah parameter utama dalam metode penafsiran ini. *Wahbah Zuhaily*, sebagaimana dikutip oleh Abdul Manan mendefinisikan *mashlahah mursalah* sebagai upaya menemukan hukum dari beberapa sifat yang sejalan dengan tujuan syara', tetapi tidak dalil tertentu dari syara' yang membenarkan atau menggugurkan. Dengan ditetapkannya hukum demikian, maka akan tercapai kemashlahatan dan menghindari mafsadat (kerugian, kerusakan) dalam kehidupan masyarakat.⁵³

Dengan pengertian tersebut, penulis menyimpulkan bahwa dalam *mashlahah mursalah*, ada kehendak untuk menarik manfaat dan menghindari mafsadat. Dalam konteks hukum Islam, hal ini dikaitkan dengan *daruriyah*, yaitu kondisi darurat yang menuntut adanya perubahan hukum atau penyesuaian hukum terhadap hal atau peristiwa yang didalamnya mengandung keadaan darurat. Karena itu, penerapan *mashlahah mursalah* mencakup beberapa unsur, yaitu:

- a. Hal atau peristiwa yang diadili (menjadi pokok sengketa) belum diatur dalam al-Qur'an dan Sunnah
- b. Tidak ada nash (dalil, aturan) syar'i yang memerintahkan atau melarangnya

⁵³*Ibid.*, hal.236-237

- c. Ada unsur kemashlahatan (kemanfaatan) yang tercapai jika hukum demikian diterapkan⁵⁴

Namun demikian, penerapan *mashlahah mursalah* tidak semudah yang dibayangkan. Hal ini disebabkan karena unsur kemashlahatan yang dipahami oleh sebagian besar masyarakat berbeda dengan kemashlahatan dalam konteks *mashlahah mursalah* ini. Paling tidak inilah dimaksudkan oleh Hasb ash Shiddieqy yang mengemukakan bahwa penerapan prinsip *mashlahah* harus benar-benar merupakan *mashlahah haqiqiyah* (kemanfaat yang sebenar-benarnya). Kemanfaat *haqiqiyah* disini diukur dari kesepakatan *ahlul halli wal aqdh* bahwa hukum demikian benar-benar mendatangkan mashlahat dan sebesar-besarnya menolak *mafsadat* (kerugian, kerusakan) di masyarakat.

Sementara itu, Zaky ad Din Sya'ban, sebagaimana dikutip Abdul Manan, mengemukakan tiga syarat atau ketentuan yang harus diperhatikan bila mengemukakan *mashlahah mursalah*, yaitu:

- a. Pertama, kemashlahatan tersebut merupakan kemashlahatan yang tidak satupun dalil menolaknya
- b. Kedua, kemashlahatan tersebut harus merupakan hal yang konkrit, bukan sesuatu yang bersifat *imajinatif* atau samar.
- c. Ketiga, kemashlahatan harus bersifat umum, bukan pribadi atau orang perorang. Dalam arti bahwa *kemashlahatan* dimaksud bukan

⁵⁴*Ibid.*, hlm. 237-239

kemashlahatan pribadi, melainkan kemashlahatan bersama (masyarakat)⁵⁵

5. Istishan

Istishan adalah penemuan hukum dengan menyimpangi ketentuan hukum (perundang-undangan) yang ada untuk menciptakan keadilan dan kemanfaatan sosial. Dalam bahasa hukum konvensional, istishan ini dikenal dengan istilah *contra legem*, yaitu menyimpang aturan perundang-undangan yang ada dikarenakan pertimbangan tertentu untuk mewujudkan keadilan melalui putusan hakim. Baik istishan maupun *contra legem* ini biasanya dilakukan jika aturan perundang-undangan yang ada tidak dapat mengakomodir *ekspektasi* hukum dan masyarakat akan terwujudnya keadilan dan kemanfaatan sosial.

6. Istishab

Istishab adalah menetapkan hukum suatu hal atau peristiwa menurut keadaan yang terjadi sebelumnya, sampai ada dalil atau ketentuan baru yang mengatur sebaliknya. Sebagai contoh, A melakukan perjanjian hutang piutang dengan B. B mengaku sudah membayar hutangnya kepada A, namun tidak dapat menunjukkan bukti pembayaran hutangnya (kuitansi dan atau bukti lainnya). Dalam kondisi demikian, hakim menetapkan bahwa B belum membayar hutang karena B tidak dapat membuktikannya. Perjanjian hutang piutang baru berakhir jika kela B mampu membuktikan bahwa dirinya telah membayar hutang tersebut.⁵⁶

⁵⁵*Ibid.*, hal.239-240

⁵⁶*Ibid.*, hal 241-242

7. ‘Urf (adat istiadat)

‘*Urf* atau dalam bahasa lain dikenal dengan istilah adat istiadat adalah kebiasaan-kebiasaan, nilai-nilai kearifan, dan keyakinan-keyakinan yang dianut oleh suatu masyarakat pada waktu dan tempat tertentu. ‘*Urf* dapat menjadi hukum bila substansinya tidak bertentangan dengan syariat. Salah satu kaidah ushuliyah menyatakan “*al adatu muhakkamat*” yang berarti “adat istiadat dapat dikukuhkan menjadi hukum”. Hakim dalam memutus suatu perkara perlu untuk memperhatikan kelaziman atau adat istiadat yang dianut masyarakat setempat, karena boleh jadi adat istiadat tersebut tidak bertentangan dengan syara’ dan bahkan dapat memberikan kontribusi bagi perkembangan hukum positif dan hukum Islam.⁵⁷

C. Pembuktian Tindak Pidana Pencurian

a. Pembuktian Tindak Pidana Pencurian Perspektif Yuridis

Pada dasarnya pemeriksaan dalam persidangan pengadilan adalah semua kegiatan pengungkapan fakta-fakta dari sesuatu peristiwa yang telah lalu, bila fakta-fakta tersebut di rangkai dapat menggambarkan suatu peristiwa yang sebenarnya atau paling tidak mendekati kebenaran materil untuk dapat dipastikan atau tidaknya muatan tindak pidana dalam peristiwa tersebut menurut akal sebagaimana yng di dakwakan jaksa penuntut umum .

⁵⁷ M. Natsir Asnawi, *Hermeneutika Putusan Hakim*,(Yogyakarta, UII Press, 2014) hal. 25

Dalam sidang pengadilan pidana terdapat tiga pihak, yakni majlis hakim berikut panitera pengganti, jaksa penuntut umum, dan terdakwa dapat didampingi oleh penasehat hukum, dalam usaha pengungkapannya /penggalan fakta, masing-masing pihak akan berusaha dengan sebaik-baiknya untuk mendapatkan fakta yang sesuai dengan fungsi dan tugasnya. Oleh sebab itu, tiga pihak akan mengarahkan pemeriksaan dalam sidang melalui pertanyaan-pertanyaan pada saksi dan terdakwa serta dialog maupun perdebatan satu dengan yang lain untuk memperoleh fakta hukum yang menguntungkan dari sudut fungsi dan tugasnya.

Majlis hakim mengarahkan persidangan untuk mendapatkan fakta-fakta sebenarnya, baik yang meringankan atau yang memberatkan kesalahan dan beban pertanggungjawaban pidana terdakwa. Fakta-fakta tersebut pada akhirnya dirangkai hingga menggambarkan suatu peristiwa yang sesungguhnya terjadi untuk dapat dipastikan benar atau tidaknya telah terjadi tindak pidana yang didakwakan terdakwa dalam peristiwa tersebut berdasarkan syarat-syarat pembuktian dan akal.

Jaksa penuntut umum akan mengarahkan persidangan untuk mendapatkan fakta-fakta yang akan dirangkai menjadi suatu gambaran peristiwa yang sebenarnya, yang mengandung muatan tindak pidana sebagaimana yang didakwakan dalam peristiwa pencurian tersebut.⁵⁸

Sedangkan penasehat hukum dari terdakwa akan berusaha mendapatkan fakta hukum yang dapat dirangkai menjadi suatu peristiwa yang sebenarnya tidak mengandung muatan tindak pidana sebagaimana

⁵⁸*Ibid.*, hal 26

yang didakwakan, atau menjadi suatu peristiwa yang sebenarnya dapat menghapuskan kesalahan dan atau sifat melawan hukumnya perbuatan, atau setidak-tidaknya dapat meringankan kesalahan dan beban pertanggungjawaban pidana terdakwa .

Seluruh rangkaian kegiatan dalam persidangan yang dilakukan dan diikuti oleh tiga pihak tersebut dapat juga disebut dengan kegiatan atau proses pembuktian di sidang pengadilan .Bagi majlis hakim sebagai pimpinan sidang dan memutus perkara ,hasil pembuktian akan berakhir pada titik kesimpulan sebagai berikut:

1. Terbukti atau tidaknya tindak pidana yang didakwakan oleh jaksa penuntut umum.
2. Apabila terbukti ,seberapa kuat kadar kesalahan terdakwa sehingga dapat ditetapkan sejauh mana beban pertanggungjawaban pidana terdakwa yang menimbulkan peristiwa yang mengandung muatan tindak pidana yang didakwakan tersebut.
3. Apabila tidak terbukti ,maka diikuti oleh amar pembebasan terdakwa.

Namun sebelum majlis hakim sampai pada titik akhir tersebut ,sebagai pendakwa wajib jaksa penuntut umum dapat membuktikan dan meyakinkan majlis hakim bahwa telah terjadi tindak pidana dakwaan dan terdakwa bersalah melakukannya .Kewajiban jaksa penuntut umum tersebut berlandaskan prinsip dasar sistem pembebanan pembuktian “siapa yang mendakwakan sesuatu ,maka dialah yang harus membuktikan” dan system

pembuktian negative menurut undang-undang yang terbatas (*negative wettelijke*) yang dianut oleh hukum acara pidana(pasal 183 KUHAP).⁵⁹

Apabila dilihat dari keseluruhan pekerjaan dan tugas dalam persidangan oleh dan diikuti tiga pihak tersebut sampai akhirnya sampai pada kesimpulan ,baik oleh jaksa penuntut umum dalam surat tuntutan nya maupun penehat hukum dalam nota pembelaannya,maka pembuktian yang demikian ini merupakan pembuktian dalam arti yang umum dan pada dasarnya pembuktian tindak pidana ada dua artian yaitu pembuktian dalam arti luas dan pembuktian dalam arti yang sempit.

1. Pembuktian dalam arti luas mengandung dua bagian sebagai berikut:
 - a) Pertama, kegiatan persidangan pengadilan dalam usaha mendapatkan fakta-fakta hukum yang sebenarnya dari suatu peristiwa yang telah terjadi .Apabila fakta-fakta tersebut dirangkai menurut akal akan menggambarkan suatu peristiwa sebenarnya yang dalam surat dakwaan telah di kemukakan perkiraan atau dugaannya.
 - b) Kedua, kegiatan dalam persidangan pengadilan yang menurut undang-undang membahas dan menganalisis hukum terhadap fakta-fakta yang didapat dari persidangan-persidangan dengan cara-cara tertentu.Hal itu dilakukan untuk menarik kesimpulan berdasarkan alat-alat bukti,apakah benar atau tidak menurut akal telah terjadi tindak pidana sebagaimana yang didakwakan.

Kesimpulan tersebut dapat diterima akal (logika) bagi setiap orang yang normal. Kegiatan pembuktian kedua ini dilakukan oleh jaksa

⁵⁹*Ibid.*,hal. 28

penuntut umum, penasehat hukum, dan majlis hakim. Pengertian pembuktian yang kedua ini diwujudkan dalam bentuk surat tuntutan oleh jaksa penuntut umum, dan dalam pembelaan oleh penasehat hukum, sedangkan oleh majlis diwujudkan dalam vonis.⁶⁰

2. Pembuktian dalam arti sempit

Dalam arti sempit pembuktian adalah pengertian luas pada bagian kedua tersebut yang dapat dilihat dari tiga pihak masing-masing adalah :

a) Pihak jaksa penuntut umum

Pembuktian merupakan kegiatan membuktikan yang dilakukan oleh jaksa penuntut umum dengan menggunakan alat-alat bukti dan dengan cara-cara tertentu yang menurut undang-undang diarahkan pada terbuktinya tindak pidana yang didakwakan tersebut dan ditujukan untuk membentuk keyakinan hakim bahwa tindak pidana yang didakwakan telah terbukti dan terdakwa bersalah melakukannya. Kegiatan pembuktian jaksa penuntut umum diwujudkan dalam surat tuntutan dan repliknya yang diajukan dibacakan dalam persidangan. Pengertian pembuktian seperti itu merupakan pembuktian yang dilihat hanya dari sudut tugas dan fungsi jaksa sebagai wakil dari Negara yang mendakwa dan menuntut sehingga jaksa penuntut umum juga memegang kewajiban untuk membuktikan menurut system pembebanan pembuktian dalam hukum acara pidana . Pada umumnya , itulah pengertian sempit tentang pembuktian .

b) Pihak penasehat hukum

⁶⁰*Ibid.*, hal. 28

Dari sudut penasehat hukum ,pengertian pembuktian adalah kegiatan membuktikan dengan menggunakan alat-alat bukti dan cara-cara tertentu menurut undang-undang yang diarahkan pada tidak terbuktinya tindak pidana yang didakwakan dan tidak terbentuknya keyakinan hakim bahwa tindak pidana terjadi yang dilakukan oleh terdakwa ,atau setidak-tidaknya diarahkan pada hal-hal yang dapat menghapuskan kesalahan dan juga bisa untuk menghilangkan sifat melawan hukumnya perbuatan,serta hal-hal yang meringankan kesalahan dan beban pertanggungjawaban pidana terdakwa.Kegiatan pembuktian ini diwujudkan dalam nota pembelaan(*pledooi*) dan duplik.

c) Pembuktian dari sudut majlis hakim⁶¹

Dari sudut fungsi dan tugasnya dalam kegiatan pembuktian hakim juga -menggunakan alat-alat bukti menurut cara tertentu dalam undang-undang untuk melakukan penganalisan terhadap fakta-fakta melalui pertimbangan-pertimbangan hukumnya dalam usaha untuk menarik keyakinan tentang terbukti tidaknya terdakwa melakukan tindak pidana tersebut dengan apa yang telah didakwakan oleh jaksa penuntut umum ,apabila terbentur keyakinan hakim tentang kesalahan terdakwa untuk menjatuhkan pidana. Kegiatan pembuktian oleh majlis hakim ini diwujudkan dalam vonis yang dibacakan dimuka persidangan.

61 Bambang,*Teori pembuktian tindak pidana*,(Bandung, Persada Media, 2013) hal. 32

Kegiatan pembuktian harus menggunakan alat bukti(jenisnya pasal 184) dengan cara-cara tertentu (pasal 183-189) disebut dengan sistem pembuktian. sistem pembuktian adalah cara dan syarat yang telah di tentukan dalam undang-undang tentang mekanis alat bukti dan kekuatan nilai pengaruh bukti terhadap sesuatu *in-casu* tindak pidana dalam semua arti unsurnya.

Didalam pasal 6 ayat (2) Undang-undang Pokok Kekuasaan Kehakiman menyatakan: “Tiada seorang juapun dapat dijatuhi pidana, kecuali apabila pengadilan, karena alat bukti pembuktian yang sah menurut Undnag-undang, mendapat keyakinan bahwa seseorang yang dianggap dapat bertanggungjawab, telah bersalah atas perbuatan yang dituduhkan atas dirinya”.⁶²

Tentang pembuktian di dalam KUHAP diatur dalam pasal 183 s/d 202.

Ketentuan-ketentuan dari pasal 6 ayat (2) UU NO. 14 Tahun 1970, dijabarkan dalam pasal 183 KUHAP yaitu: “Hakim tidak boleh menjatuhkan pidana kepada seorang kecuali apabila dengan sekurang-kurangnya dua alat bukti yang sah ia memperoleh keyakinan bahwa suatu tindak pidana benar-benar terjadi dan bahwa terdakwalah yang bersalah melakukannya”.

Adapun tujuan dari pembuktian adalah mencari dan menetapkan kebenaran-kebenaran yang terdapat pada suatu perkara, hadi bukan untuk mencari-cari kesalahan terdakwa. Pembuktian harus

⁶²*Ibid.*,hal. 32

dilaksanakan untuk mencegah jangan sampai menjatuhkan hukuman kepada orang yang tidak bersalah. Pembuktian saja tidak cukup karena hal itu harus disertai pula dengan suatu keyakinan hakim.⁶³

Menyimak bunyi pasal 183 KUHAP di atas erat kaitannya dengan teori-teori pembuktian dalam ilmu hukum yang mengenai beberapa macam teori yaitu:

- a. Dalam pasal 183 menyebutkan bahwa hakim tidak boleh menjatuhkan pidana terhadap seseorang terdakwa apabila tidak didukung sekurang-kurangnya oleh dua alat bukti yang sah. Perkataan “sekurang-kurangnya” dua alat bukti yang sah ini mengandung pengertian bahwa apabila dalam suatu persidangan hanya diketemukan “satu” macam alat bukti, maka hakim tidak dapat menjatuhkan pidana terhadap terdakwa, kecuali dalam perkara-perkara yang diajukan dalam acara pemeriksaan cepat yakni pada tindak pidana ringan dan perkara pelanggaran lalu lintas (*rolzaken*), maka keyakinan hakim cukup didukung oleh satu alat bukti saja (pasal 205 s/d 216 KUHAP).

Berdasarkan ketentuan diatas, yang menunjuk secara limitatif suatu minimum pembuktian yang ditetapkan oleh undang-undang karena itu hakim tidak diperkenankan menyimpang dalam menjatuhkan putusannya. Pengakuan salah oleh terdakwa belum cukup menjamin bahwa ia benar yang bersalah melakukan tindak

⁶³*Ibid.*, hal. 34

pidana yang didakwa sebagaimana diatur dalam pasal 189 ayat (4) KUHAP yaitu:

“Keterangan terdakwa saja tidak cukup untuk membuktikan bahwa ia bersalah melakukan perbuatan yang didakwakan kepadanya, melainkan harus disertai dengan alat bukti yang lain”.

Oleh karena hakim dalam menjatuhkan putusan tidak boleh menyimpang dari ketentuan yang telah ditentukan oleh undang-undang, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa KUHAP dalam sistem pembuktian menganut sistem negatif menurut undang-undang (*negatief*).

- b. Sebagai kebalikan daripada sistem pembuktian *negatief wetelijk* yaitu sistem pembuktian positif mana pembuktian dengan sistem ini mendasarkan pada semata-mata alat bukti yang sah yang disebutkan oleh undang-undang sebagaimana dimaksud dalam pasal 184, jadi tidak perlu adanya keyakinan hakim. Sistem ini dapat digunakan dalam menangani perkara-perkara perdata.
- c. Teori pembuktian bebas (*vrij bewijs*)

Berdasarkan teori ini hakim di dalam memeriksa terdakwa tidak terikat pada alat-alat bukti yang diatur dalam undang-undang, hakim bebas menentukan alat-alat bukti serta cara-cara pembuktian untuk mendapatkan kebenaran materiil. Sistem ini telah memandang cukup, jika hakim berdasarkan kesimpulannya bahwa terdakwalah yang telah melakukan tindak pidana.

d. Teori pembuktian berdasarkan keyakinan hakim;

Menurut teori ini hakim dapat menjatuhkan putusan berdasarkan keyakinan bahwa terdakwa betul-betul bersalah dengan keyakinan hakim itu, tetapi keyakinan itu didasarkan alat-alat bukti yang sah menurut undang-undang.

Sebagaimana telah diuraikan di atas KUHAP mengenal teori negatiif wettelij, oleh karena itu dalam pembuktian perkara pidana baik sistem pembuktian *positief wettelijk*, teori pembuktian bebas dan sistem pembuktian berdasarkan keyakinan hakim saja tidak dipakai dalam sistem KUHAP.

Dalam rangka melakukan pembuktian di persidangan, maka hakim harus membuktikan yaitu:

1. Apakah betul suatu peristiwa pidana pencurian itu telah terjadi ,Kalau peristiwa itu telah terjadi, maka harus dibuktikan bahwa peristiwa yang telah terjadi itu merupakan suatu tindak pidana
2. Hakim harus membuktikan pula apa yang menjadi alasan atau yang menyebabkan terjadinya peristiwa tersebut.
3. Di dalam peristiwa yang telah terjadi itu, harus diketahui pula siapa-siapa pula yang terlibat dalam peristiwa itu.

Penilaian atas kekuatan pembuktian dari suatu petunjuk dalam setiap keadaan tertentu dilakukan oleh hakim dengan arif lagi bijaksana setelah ia mengadakan pemeriksaan dengan penuh kecermatan dan keseksamaan berdasarkan hati nuraninya, dalam

rangka membuktikan kesalahan terdakwa sesuai dengan yang telah didakwakan, maka diperlukan beberapa petunjuk dimana undang-undang menyebutkan “kejadian atau keadaan yang karena ada persesuaiannya” dan seterusnya.

Penggambaran peristiwa pidana itu harus jelas, misalnya terdakwa melakukan pencurian, maka terdakwa harus menerangkan kapan perbuatan itu dilakukan apakah pada waktu siang atau malam, bagaimana caranya memasuki rumah, apakah lewat pintu, lewat jendela atau lewat genteng, setelah terdakwa dapat memasuki rumah barang-barang apa saja yang dicuri, kemudian dibawa kemana barang-barang itu apakah masih disimpan ketika ditemukan oleh polisi atau barang itu sudah dijual.

Dari penjelasan diatas mengenai serangkaian acara pembuktian pidana pencurian dengan mekanisme diatas maka ada tiga fungsi pembuktian yang pertama fungsi bagi hakim pembuktian digunakan sebagai bahan pertimbangan hukum yang memperkuat atau menentukan terbentuknya keyakinan bahwa tindak pidana benar telah terjadi dan terdakwa bersalah melakukannya ,atau sebaliknya dipakai sebagai pertimbangan bahwa tindak pidana tidak terjadi sama sekali. Kedua fungsi bagi jaksa penuntut umum digunakan sebagai fakta hukum untuk pembahasan dalam surat tuntutan yang berfungsi untuk meyakinkan hakim bahwa tindak pidana benar telah terjadi. Ketiga fungsi bagi penasehat hukum barang bukti sebagai doktrin atau

pengaruh kepada hakim untuk menarik keyakinannya bahwa tindak pidana tidak terjadi, atau setidaknya barang bukti sebagai sarana untuk meringankan kesalahan dan beban pertanggungjawaban pidana terdakwa.

Walaupun dalam Undang-undang tidak menjelaskan secara detail kekuatan barang bukti, namun berdasarkan sifat dan kualitas hubungannya dengan tindak pidana dalam hal ini adalah pidana pencurian baik itu seorang terdakwa, jaksa penuntut umum, dan hakim. Setidak barang bukti sebagai acuan seorang hakim dalam memutus suatu perkara.

b. Pembuktian Pidana Pencurian Dalam Perspektif fiqh

Pada dasarnya proses pembuktian dalam hukum islam, pembuktian dalam pemeriksaan di *Aqdhiyah*(pengadilan) adalah semua kegiatan pengungkapan fakta-fakta dari sesuatu peristiwa yang telah lalu ,bila fakta-fakta tersebut di rangkai dapat menggambarkan suatu peristiwa yang sebenarnya atau paling tidak mendekati kebenaran *dhohir(materil)* untuk dapat dipastikan atau tidaknya muatan tindak pidana (*jinayah sariqah*) dalam peristiwa tersebut menurut akal (*aqli*) sebagaimana yang di dakwakan pelapor atau *Qadzaf*⁶⁴

Dalam sidang pengadilan jinayah (pidana) terdapat satu majlis, yakni *majlisul al-imamah al kubra* (hakim) dalam usaha pengungkapannya penggalian fakta ,masing-masing pihak akan berusaha dengan sebaik-

⁶⁴ Misbachhul Fuad, *Teori Pelaksanaan peradilan islam*, (Jakarta, Rosdaya Media, 2009) hal. 31

baiknya untuk mendapatkan fakta yang sesuai dengan fungsi dan tugasnya. Oleh sebab itu , *majlisul al-imamah al kubra* (hakim) akan mengarahkan pemeriksaan dalam sidang melalui pertanyaan-pertanyaan pada saksi dan terdakwa serta dialog maupun perdebatan satu dengan yang lain untuk memperoleh fakta hukum yang menguntungkan dari sudut fungsi dan tugasnya.

Majlisul al-imamah al kubra (hakim) mengarahkan persidangan untuk mendapatkan fakta-fakta sebenarnya, baik yang meringankan atau yang memberatkan kesalahan dan beban pertanggungjawaban pidana terdakwa fakta-fakta tersebut pada akhirnya dirangkai hingga menggambarkan suatu peristiwa yang sesungguhnya terjadi untuk dapat dipastikan benar atau tidaknya telah terjadi tindak pidana pencurian yang dituduhkan pada terdakwa dalam peristiwa tersebut berdasarkan syarat-syarat pembuktian dan seluruh rangkaian kegiatan dalam persidangan yang dilakukan dan diikuti oleh Majelis tersebut dapat juga disebut dengan kegiatan atau proses pembuktian di sidang pengadilan. Bagi Ketua majlis hakim sebagai pimpinan sidang dan memutus perkara ,hasil pembuktian akan berakhir pada titik kesimpulan sebagai berikut:

1. Terbukti atau tidaknya tindak pidana yang didakwakan oleh jaksa penuntut umum.
2. Apabila terbukti ,seberapa kuat kadar kesalahan terdakwa sehingga dapat ditetapkan sejauh mana beban pertanggungjawaban pidana terdakwa

yang menimbulkan peristiwa yang mengandung muatan tindak pidana yang didakwakan tersebut.⁶⁵

Apabila tidak terbukti, maka diikuti oleh amar pembebasan terdakwa. dalam proses pelaksanaan pembuktian dalam *Aqdhiyah* (pengadilan) itu dilaksanakan berdasarkan empat hal, yaitu keterangan saksi, sumpah, penolakan sumpah, dan pengakuan atau gabungan dari keempat perkara ini.

Saksi-saksi dalam pembuktian pencurian ini ada kualifikasinya guna untuk menemukan fakta-fakta hukum yaitu adil, dewasa, islam, merdeka, dan tidak diragukan niat baiknya, para fuqaha telah bersepakat bahwa proses pembuktian harus dilaksanakan oleh majlis hakim dengan syarat seperti diatas.

Kaum muslimin sepakat untuk menjadikan adil sebagai syarat dalam penerimaan kesaksian saksi berdasarkan firman Allah:⁶⁶

وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ.....

“dan persaksikanlah dengan dua orang saksi yang adil di antara kamu .⁶⁷”

fuqaha sepakat bahwa kesaksian orang fasik itu tidak diterima, berdasarkan firman Allah:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا

”Hai orang-orang yang beriman, jika datang kepadamu orang Fasik membawa suatu berita, Maka periksalah dengan teliti ...”⁶⁸

65 *Ibid.*, hal. 32

66 *Ibid.*, hal. 33

67 QS. Ath-Thalaaq : 2

68 QS. Al-Hujarat: 6

Fuqaha juga bersepakat bahwa kedewasaan yang mempunyai iktikad baik itu menjadi syarat untuk hal-hal yang menjadikan keadilan sebagai syarat sebagai saksi dalam pembuktian dalam persidangan mengenai hal ini, jumbuh *fuqaha* berpegangan pada sebuah hadis yang diriwayatkan dari Nabi Saw, bahwa beliau bersabda:⁶⁹

لَا تَقْبَلُ شَهَادَةَ حَصْمٍ وَلَا ظَنِينٍ.

“Kesaksian seorang musuh tidak diterima, dan kesaksian orang yang diragukan juga tidak diterima”.⁷⁰

Itulah pegangan mereka dari segi riwayat selain itu *fuqaha* sepakat bahwa keraguan akan iktikad baik akan berpengaruh terhadap hukum-hukum syarak sebagaimana kesepakatan mereka pada prosedur pembuktian pada jinayah sariqah

Sedang dolongan kedua, yakni Syuraih, Abu Tsaur, dan Dawud, berpendapat, kesaksian seorang ayah terhadap anaknya itu dapat diterima terlebih lagi terhadap orang selain ayah apabila tersebut sesuai dengan realita yang terjadi. Dalam hal ini mereka berpegangan pada firman Allah:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوِّمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ

“Hai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar menegakkan keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu.”⁷¹

⁶⁹*Ibid.*, hal 34

⁷⁰Ibnu Hajar Asqolani, *Buluqul Marom*, (Al-Azhar, Darul Al Islamiyah, 2006) hal.184

⁷¹ QS. An-Nisa’: 135

Menurut fuqaha keterangan yang diberikan saksi dalam persidangan tidak dapat diterima oleh majlis hakim jika tidak disumpah terlebih dahulu yang mengucapkan tiada tuhan selain allah, hal ini didasarkan dengan sabda nabi Nabi Saw:

الْبَيْتَةُ عَلَى مَنْ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ

“Saksi-saksi dibebankan atas orang yang menggugat, sedang sumpah dibebankan atas orang yang mengingkari”⁷².

Dalam hal ini Malik menyandarkan pada hadis mursal dari Ja’far bin Muhammad dari ayahnya:

أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ

“*Sesungguhnya Rasulullah Saw, memutuskan berdasarkan sumpah berikut saksi*”⁷³.

Fuqaha sepakat bahwa sumpah yang dapat diterima oleh majlis hakim untuk proses pembuktian adalah sumpah dengan menyebut nama Allah yang tiada Tuhan selain Dia.

D. Pertimbangan Hakim Dalam Memutus Perkara

a. Pertimbangan Hakim Dalam Memutus Perkara Perspektif Yuridis

Pertimbangan hakim dalam memutus perkara harus mempertimbangkan tiga unsure pokok asas yaitu, asas kepastian hukum (*certainly of law*), asas keadilan (*justice*), asas manfaat (*utillity of law*) adalah tiga hal yang hampir tidak pernah lupud dari setiap pembahasan

⁷² Ibnu Rusd, *Bidayatul Mujtahid*, (Kairo: Bidayatul Al-Kitab, 1997), hal.67

⁷³*Ibid.*, hal. 67.

ketika sedang membicarakan tentang penegakan hukum dalam tahapan pemeriksaan hakim terhadap suatu kasus dan segala aspek –aspek yang menyertainya. Para sarjana dan Para akademisi pada umumnya sepakat bahwa sebuah keadilan itu lebih mudah di rasakan dari pada menerjemahkannya ke dalam batasan ilmiah.⁷⁴

Bahwa tujuan hukum untuk mewujudkan keadilan semata-mata masih jauh lebih mudah daripada menjawab pertanyaan tentang apa yang di maksud dengan keadilan, adil itu yang bagaimana dan yang tidak adil itu bagaimana? Banyak para pakar hukum dan para sarjana yang telah berusaha memberikan batasan tentang istilah “adil” dan “keadilan” meskipun demikian hampir semua mendapat tantangan secara akademik karena setiap pendefisian itu di artikan dari sudut pandang yang berbeda - beda.⁷⁵

Beberapa Ahli penggali hukm hukum yang terkemuka memberikan pengertian antara lain:⁷⁶

1. *“Justice is a political virtue, by the rules of it, the state is regulated and these rules the criterion on what is right ”(Aristoteles)*⁷⁷
2. *“Thee virtue which result in each person receiving his due ”(Justinianus)*

⁷⁴ Fattah, *Etika Hakim Dalam Penyelenggaraan Peradilan dalam realita*, (Yogyakarta:Pena group,2014) hlm 16

⁷⁵ *Ibid.*, hal 17

⁷⁶ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory)*, (Jakarta:Kencana Predana Media Grup,2009), hlm217

⁷⁷ Adami Chazawi, *Kemahiran Praktek Hukum Pidana*, (Malang:Bayumedia Publishing, 2013) hlm, 121

3. *“The idea of justice supposes two things :a rule of conduct and sentiment which sanctions the rule.The first must be supposed common to all mankind and intended for their good;the sentiment is a desire that punishment maybe suffered by those who infringe the rule ”(Mill)⁷⁸*
4. *“Justice he always weighted the scales solely in favour of the weak and persecuted ,a justice decision based on grounds which appeal to a disinterested person ”(Eugen Ehrlich)*
5. *“Who or whatever renders to every man his due,that person or thing is just an attitude, an institution ,a law,a relationship,in which every man is given his due is just”(Brunner)*
6. *“Justice requires that freedom,equality,and security be accorded to human beings to the greatest extent consistent with the common good ”(Bodenheimer)*
7. *“Justice among men involves an impartial and fearless act of choosing solution for a dispute within a legal order,having regard to the human rights which that order protects”(Wortley)*
8. *“Justice is the right of the weaker”(Joseph joubert)*
9. *“Justice is the correct application of a law as opposed to arbitratines”(Ross)*
10. *“Justice is not a cloistered virtue :she must be allowed to suffer the scrutinyang respectful,even though outspoken,comments of ordinary men”(Lord Atkin)*

78 Justice of law (Theory of law) Judicialprudence Handboek van het nederlandse strafrecht, N.V uitgeversmatschappij 134

11. “*The process of justice is never finished, but reproduces itself, generation after generation, in ever changing forms, and today, as in the past, it calls for the bravest and best*” (**Benjamin N Cardozo**)

Dari ketentuan di atas dapat diambil kesimpulan praktis bahwa keadilan dapat diartikan memberikan sesuai dengan hak yang melekat padanya atau memberikan sesuai dengan takaran tertentu kepada mereka yang berhak menerimanya. Keadilan bukanlah sesuatu yang “harus” namun sesuatu yang “seharusnya”. Keadilan merupakan proses dimana proses tersebut tidak akan pernah ada akhirnya dan selalu menjadi usaha pencapaian dari penegak hukum dan pencari keadilan karena sudut pandang keadilan sangatlah subjektif dan selalu melekat pada suatu kepentingan, keadilan secara umum dibagi menjadi dua kelompok yaitu: keadilan komutatif (*commutative justice*) dan keadilan distributive (*distributive justice*)

1. Keadilan komutatif adalah keadilan yang di pandang berdasarkan nilai dan ukuran yang sama atau biasa disebut dengan keadilan yang sama rata.
2. Keadilan distributif adalah keadilan yang di berikan sesuai dengan kepentingan, kemampuan, dan kebutuhannya, keadilan distributif tidak melihat pada pembagian menurut jumlahnya namun semata-mata didasarkan pada seberapa besar keadilan itu yang menjadi bagiannya.

Kepastian hukum sering di artikan sebagai suatu penerapan secara *letterlijk* atau menerapkan aturan (undang-undang) sesuai dengan

pernyataan dalam undang-undang itu sendiri, pendirian semacam itu banyak di pengaruhi oleh para penganutnya yaitu aliran *positivism* yang memandang hukum semata-mata adalah kumpulan aturan-aturan, norma-norma hukum, asas-asas hukum yang telah terkodifikasi yang lazimnya disebut dengan undang-undang, padahal sebenarnya banyak hukum-hukum yang hidup di masyarakat di luar undang-undang, seperti kebiasaan-kebiasaan, adatistiadat dan norma-norma agama, kaidah dan norma-norma agama itu hidup dan diakui oleh para pendukungnya walaupun kaidah dan sanksi itu berbeda dengan kaidah dan sanksi dalam aturan hukum positif.

Dalam sistem hukum di kenal tiga aliran yang mempengaruhi penegakan hukum.⁷⁹ Pertama aliran *legisme* atau *legal positivism* bagi penganut aliran ini mempunyai prinsip bahwa hakim dalam memutus perkara hanya berdasarkan Undang-undang (*wetstoepasing*), artinya setiap menghadapi suatu perkara yang hanya berpedoman pada satu salinan huruf yang termuat dalam satu produk hukum, tetapi tidak menggali nilai-nilai yang ada di masyarakat, Aliran ini lebih dekat pada *rechtsnorms*. Kedua aliran *freire rechtsbewegung* aliran mempunyai prinsip bahwa seorang hakim tidak harus terpaku pada undang-undang, hakim harus bisa menciptakan hukum dan melakukan penemuan hukum sehingga hukum yang hidup dan berkembang di masyarakat bisa menjadi hukum positif dan berlaku sesuai dengan sesuai dengan perkembangan masyarakat yakni berjalan secara dinamis. Ketiga aliran *rechtsvinding* dimana hakim mempunyai kebebasan yang terikat (*gebonden vrijheid*) atau keterikatan

⁷⁹Moh Zainuddin, *Kerangka Ilmu Hukum*, (Yogyakarta:Granada 2012), hlm 19

yang bebas (*vrije gebondenheid*).⁸⁰ Penciptaan undang-undang yang begitu membabi buta oleh para pembentuk undang-undang di lembaga legislatif membuat suasana kehidupan hukum ini menjadi penat dengan berbagai undang-undang yang lahir hampir setiap saat, keadaan ini menimbulkan dorongan moril ke arah paradigma *legal positivism*, sehingga orang berbicara hukum akan selalu dikaitkan dengan ketentuan dalam perundang-undangan dan kreativitas pemikiran manusia tentang persoalan-persoalan hukum akan terbatas oleh paradigma undang-undang.

Sedangkan asas kemanfaatan Penegakan hukum tidak lain bertujuan untuk mengisi celah-celah kosong antara keadilan dan kepastian hukum, aliran pendukungnya di sebut aliran utilitis yang menganggap bahwa tujuan hukum semata-mata untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi warga masyarakat, terutama manfaat di tujukan pada seorang terdakwa yang secara sah dan meyakinkan telah bersalah melakukan tindak pidana mendapatkan hukuman yang setimpal dengan perbuatannya tersebut dan memberikan efek jera kepada terdakwa tersebut. Sehingga idealnya keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum dapat dipersatukan dalam sebuah putusan meskipun acap kali menimbulkan pro dan kontra.

b. Pertimbangan Hakim Dalam Memutus Perkara Perspektif

Fiqh

⁸⁰ Antonius Sudirman, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2013), hlm. 49

Fuqaha berpandangan hakim dalam memutus perkara pada terdakwa harus dipertimbangkan terlebih dahulu. keputusan hakim berdasarkan pengetahuannya didasarkan pada pembuktian dan fakta yang di gali oleh hakim di persidangan, juga pengakuan yang terungkap dalam persidangan terhadap terdakwa pencurian tersebut atas pelanggaran yang telah di perbuatnya. Demikian itu karena ulama sepakat bahwa seorang hakim dapat memvonis perkara berdasarkan pengetahuannya dalam menetapkan baik atau cacatnya orang lain. Apabila saksi-saksi memberikan kesaksian yang berlawanan dengan pengetahuannya, maka hakim tersebut tidak boleh memvonis berdasarkan pengakuan saksi tersebut itu, seorang hakim dapat memvonis perkara berdasarkan pengetahuannya dalam pengakuan lawan atau pengingkarannya.⁸¹

Ulama juga sepakat bahwa hakim dapat mengeluarkan keputusan berdasarkan pengetahuannya dalam menguatkan alasan salah satu pihak atas pihak yang lain, jika dalam hal ini tidak terjadi perselisihan dan tidak diketahui dasar hukumnya tentang permasalahan yang disidangkan dalam persidangan.

Fuqaha menurut fuqaha lain, Hakim boleh memutus salah tidaknya seorang terdakwa kasus tindak pidana pencurian ini, apabila didasarkan dengan alquran, assunnah jika dalam keadaan tertentu dasar atau hujjah yang menjadi pertimbangan untuk memutus perkara tidak dijelaskan dalam alquran secara khusus karena alquran bersifat muhtamal maka dapat menggunakan hadist sebagai hujah, dan jika hadist tidak menjelaskan secara

81 Muhammad Ridwan, *Teori Peradilan Islam*, (Bandung:Cipta Karya,2009) hal. 28

jelas, hakim memutus suatu perkara berdasarkan qiyas cara inilah yang dianggap efektif oleh fuqaha untuk memutus suatu perkara, tidak serta merta merujuk pada pengetahuan hakim, dan jika memang cara diatas tidak bisa dilakukan, maka seorang hakim boleh memutus dengan pengetahuannya sesuai dengan prosedur yang dibenarkan yaitu memutus perkara berdasarkan keterangan saksi-saksi yang disumpah terlebih dahulu ,pengakuan terdakwa dalam persidangan, keyakinan hakim.⁸²

Fuqaha yang menganjurkan pada hakim jika mengeluarkan keputusan berdasarkan Alquran, Assunnah, tidak serta merta dengan berdasarkan pengetahuannya, hal ini sesuai dengan hadis mu'ammarr dari az-Zuhri dari Urwah dari Aisyah r.a.:

أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ أَبَا جَاهِمٍ عَلَى صَدَقَةٍ فَلَا حَاهُ جُلٌّ فِي قَرِيضَةٍ فَوَقَعَ بَيْنَهُمَا شِجَاجٌ فَأَتَوْا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرُوهُ فَأَعْطَاهُمُ الْأَرْضَ ثُمَّ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: إِنِّي خَاطِبُ النَّاسِ وَمُخَيِّرُهُمْ أَنْكُمْ قَدْ رَضِيْتُمْ أَرْضِيْتُمْ قَالُوا نَعَمْ فَصَعِدَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمِنْبَرَ فَخَطَبَ النَّاسَ وَذَكَرَ الْقِصَّةَ وَقَالَ: أَرْضِيْتُمْ قَالُوا: لَا فَهَمَّ بِهِمُ الْمُهَاجِرُونَ فَتَزَلَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَعْطَاهُمْ ثُمَّ صَعِدَ الْمِنْبَرَ فَخَطَبَ ثُمَّ قَالَ: أَرْضِيْتُمْ قَالُوا: نَعَمْ.

“Sesungguhnya Nabi Saw, mengutus Abu Jahm untuk memungut sedekah (zakat), kemudian ia dimusuhi oleh seseorang karena suatu kewajiban. Maka terjadilah diantara kedua orang itu luka-luka di kepala. Lalu mereka mendatangi Nabi Saw., dan mengabarkan peristiwa itu kepadanya. Nabi Saw., lantas memberikan denda kepada mereka. Kemudian Nabi Saw., berkata, ‘Sungguh aku akan berpidato kepada orang banyak dan akan mengabarkan kepada mereka bahwa kalian telah rida. Apakah kalian telah rida? Mereka menjawab, ‘Ya’. Maka Rasulullah Saw., naik ke mimbar, kemudian berpidato kepada orang banyak dan menuturkan kisah tersebut.

⁸²Ibid.,hal. 30

*Lalu beliau bertanya ‘Apakah kalian telah rida?’ Jawab mereka, ‘Tidak’. Maka golongan Muhajirin hendak menyerang mereka, lalu Rasulullah Saw., turun dari mimbar dan memberi denda kepada mereka. Kemudian beliau naik ke mimbar lagi dan berpidato, kemudian bertanya, ‘Apakah kalian telah rida?’ Jawab mereka, ‘Ya’.*⁸³

Mereka mengatakan bahwa berdasarkan hadis ini, jelaslah bahwa Nabi Saw., tidak mengeluarkan keputusan berdasarkan pengetahuan Nabi Saw., sendiri. Pengertiannya, tuduhan berikutnya dalam berpikir menjadi otoritas hakim. Fuqaha juga sepakat bahwa tuduhan tidak baik itu mempunyai pengaruh pada ketetapan syarak. Misalnya antara lain, jumah fuqaha berpendapat bahwa orang yang membunuh secara sengaja tidak menerima warisan dari orang yang dibunuhnya. Demikian pula penolakan fuqaha terhadap kesaksian seorang ayah atas anaknya. Dan hal-hal lain yang sudah maklum dalam pendapat jumah fuqaha.⁸⁴

Sedang fuqaha yang membolehkan keputusan berdasarkan pengetahuan hakim berpegang pada dalil sam’i dan dalil logika. Dalil sam’i tersebut adalah hadis Aisyah berkenaan dengan kisah Hindun binti Utbah bin Rabi’ah dengan suaminya, Abu Sufyan bin Harb. Ketika itu Hindun mengadukan suaminya yang bernama Abu Sufyan itu kepada Nabi, lalu Nabi berkata kepada Hindun:⁸⁵

حُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ.

⁸³Ibnu Rusd, *Bidayatul Mujtahid*,...hal. 69.

⁸⁴*Ibid.*,hal. 32

⁸⁵ Ibnu Ruys,*Bidayatul Mujtahid*, (Mesir:Darul Asimah,1430) hal 38-39

“Ambillah harta yang dapat mencukupimu dan anak-anakmu dengan cara yang patut”.⁸⁶

Perintah (keputusan) dalam hadis ini, tanpa terlebih dahulu mendengarkan penjelasan/kesaksian lawan Hindun, yaitu Abu Sufyan.

Fuqaha mengharuskan hakim jika mengeluarkan keputusan berdasarkan Alquran, Assunnah, dan berdasarkan pengetahuannya harus mempertimbangkan prinsip *Al-adalah, Mashlahah wal-mursalah* dalam menjatuhkan putusan pada terdakwa, tidak serta merta menjatuhkan seperti yang dicantumkan pada Alquran, Assunnah tetapi juga mempertimbangkan keadaan terdakwa, sebab terjadinya pencurian, hal-hal yang melatarbelakangi terjadi tindak pencurian tersebut baik secara sosial, maupun ekonomi.⁸⁷

Selain penjelasan diatas Majelis hakim juga mempertimbangkan keterangan dua saksi islam yang dihadirkan dalam sidang terlebih dahulu yang sudah disumpah dengan dakwaan atau gugatan *lil muddai* terhadap terdakwa, jika terdakwa terbukti benar bersalah dan telah mencapai nisob yaitu 10 dirham maka wajib dilaksanakan potong tangan.

Para imam madzhab berbeda dalam menghukumi potong tangan, imam syafii, hanbali, dan maliki sepakat untuk melaksanakan potong tangan pada terdakwa yang melakukan pencurian telah mencapai 10 dirham yang didasarkan dengan firman Allah dan hadist sebagai berikut.⁸⁸

⁸⁶ *Ibid.* hal. 41

⁸⁷ Muhammad bin Isma'il Al-Kahlani, *Subul Al-Salam*, (Indonesia:Dahlan), jilid IV, hal. 18

⁸⁸⁸⁷ Muhammad bin Ismail Al –Kahlani Al-San'ani, *Subul Al-Salam*, (Indonesia:Dahlan), Jilid IV, hal.18

وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا
مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

*Laki-laki yang mencuri dan perempuan yang mencuri, potonglah tangan keduanya (sebagai) pembalasan bagi apa yang mereka kerjakan dan sebagai siksaan dari Allah. Dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.*⁸⁹

عَنْ عَائِشَةَ رَضِ قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص: لَا تُقَطَّعُ يَدُ سَارِقٍ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا. متفق عليه و اللفظ لمسلم و لفظ البخاري: تُقَطَّعُ يَدُ السَّارِقِ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا. و في رواية لاحمد: اقْطَعُوا فِي رُبْعِ دِينَارٍ وَ لَا تَقْطَعُوا فِي مَا هُوَ ادْتَى مِنْ ذَلِكَ. وَ كَانَ رُبْعُ الدِّينَارِ يَوْمَئِذٍ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمٍ وَ الدِّينَارُ اثْنَى عَشَرَ دِرْهَمًا.

Dari Aisyah ra., ia berkata: Rasulullah SAW bersabda, “Tangan pencuri akan dipotong jika mencuri seharga seperempat dinar atau lebih.”(HR. Muttafaq ‘alaih), lafadh ini bagi Muslim, adapun lafadh Bukhari, “Tangan pencuri dipotong karena mencuri seperempat dinar atau lebih”. (Dalam satu riwayat oleh Ahmad), “Potonglah tangan pencuri karena mencuri seperempat dinar, dan janganlah kalian potong dalam pencurian yang kurang dari itu.”.

Dalam hal ini imam hanafi dalam menafsirkan ayat dan hadist diatas tidak harus potong tangan terhadap terdakwa pencurian akan tetapi imam hanafi menafsirkan ayat dan hadist diatas hukuman dapat diganti dengan hukuman/takzir yang bertujuan untuk mengekang/membatasi ruang gerak terdakwa dan bisa membuat jera bagi terdakwa.⁹⁰

E. PENELITIAN TERDAHULU

89 Qs.Al-Maidah (5):38

90 Muhammad bin Ali bin Muhannad Al-Syaukani, *Nail Al-Autar fi Ahkam*, (Beirut: Dar Al-Fikr), jilid VII, hal, 298

Skripsi dengan Judul “Pembebanan Perkara Pencurian Pada Seorang Hakim dalam Perspektif Hukum Islam” yang ditulis oleh Ahmad Rifa’i mahasiswa Jurusan Hukum Keluarga Fakultas Syariah dan Ilmu Hukum IAIN Syekh Nurjati Cirebon, yaitu hakim memutus perkara pencurian tersebut dengan menggunakan ijtihad berdasarkan ‘urf.

Skripsi dengan Judul “Tinjauan Hukum Islam Terhadap Putusan Pengadilan Negeri Semarang No. 340/Pid.B/2012/Pn.Smg, Tentang Pemberatan Hukuman Dalam Perkara Tindak Pidana Pencurian” yang ditulis oleh Baidowi mahasiswa Jurusan Siyasah Jinayah UIN Walisongo, yaitu kontradiksi antara latar belakang hakim dalam memutus perkara perspektif hukum Islam.

Berdasarkan beberapa karya diatas,skripsi yang saya tulis lebih fokus membahas pada dasar yang digunakan oleh majelis hakim dalam memutus perkara yaitu dengan menggunakan hukum positif (yuridis) dan hukum Islam (*fiqh*), akibat hukum, ijtihad hakim dalam hukum positif dan *fiqh* dalam memutus perkara No.362/Pid.B/2015/Pn.Tlg dan Putusan Bebas No.15/Pid.B/2011/Pn.TLG.