

PROBLEMATIKA NORMATIF SYARAT SUBJEKTIF PENAHANAN DALAM PENYIDIKAN

Fahmi Arif

Program Magister Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
pahmie88@yahoo.com

Abstract

Article 21 section of the Criminal Procedure Code (KUHAP) is also referred to as a subjective requirement of detention due to a clause which emphasizes on "concerning circumstances". Viewed from the aspect of legal certainty as well as in terms of the purpose of the passing of the Criminal Procedure Code as a substitute for HIR it is a form of problem in terms of legal norms that fail in realizing a legal certainty due to the magnitude of the authority possessed by the apparatus to provide interpretation of the alarming situation. One of the goals of the replacement of the HIR system into the Criminal Procedure Code system is to realize a criminal justice system that upholds human dignity and dignity. More specifically in terms of detention is the creation of detention norms away from the arbitrary potential of the authorities in enforcing detention of suspects and defendants.

Keywords: Normative Problem, Subjective Conditions of Detention, Investigation

Abstrak

Pasal 21 ayat KUHAP disebut juga sebagai syarat subjektif penahanan dikarenakan adanya klausa yang menitik-beratkan pada "keadaan yang menimbulkan kekhawatiran". Ditinjau dari segi kepastian hukum serta dari segi tujuan dari disahkannya KUHAP sebagai pengganti HIR hal tersebut merupakan bentuk permasalahan dari segi norma hukum yang gagal dalam mewujudkan suatu kepastian hukum dikarenakan besarnya otoritas yang dimiliki aparat untuk memberikan penafsiran terhadap keadaan yang mengkhawatirkan. Salah satu tujuan dari digantinya sistem HIR ke dalam sistem KUHAP adalah untuk mewujudkan sistem peradilan pidana yang menjunjung tinggi harkat dan martabat kemanusiaan. Lebih spesifik dalam hal penahanan adalah terciptanya norma penahanan yang jauh dari potensi kesewenang-wenangan aparat dalam memberlakukan penahanan terhadap tersangka maupun terdakwa.

Kata Kunci : Problematika Normatif, Syarat Subjektif Penahanan, Penyidikan

A. Pendahuluan

A.1. Latar Belakang

Keberadaan hukum pada suatu negara selain dimaksudkan untuk memberikan rasa keadilan bagi setiap warganya adalah untuk memberikan kepastian hukum bagi aparat pemerintah dalam menjalankan tugas serta kebebasan bagi setiap warga negara untuk dapat berinteraksi dengan sesamanya tanpa adanya suatu gangguan.

Hukum dalam artiannya yang normatif yakni peraturan perundang-undangan merupakan produk politik yang riskan akan kepentingan atau tendensi dari para pembuatnya. Suatu kepentingan selalu mempunyai dua sisi positif dan negatif. Berakibat positif dalam arti yang menguntungkan rakyat Indonesia secara kolektif dan berakibat negatif dalam arti yang merugikan rakyat Indonesia atau bertentangan dengan adat dan nilai yang berlaku.

Indonesia sebagai negara hukum menjadikan hukum sebagai dasar segala aktifitas masyarakatnya sehingga keberadaan suatu hukum atau peraturan adalah suatu hal yang bersifat sentral dan baku. Hukum dengan bentuknya yang tertulis dan mengikat, yang menjadi dasar dari segala hal yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dalam sisi lain juga mempunyai artian sebagai landasan wewenang bagi para aparat hukum dalam menjalankan tugasnya sehingga tidak melampaui koridor atau ketentuan yang telah diatur dalam undang-undang.

Setiap subjek hukum yakni individu maupun korporasi yang bermasalah dengan hukum, dalam arti bahwa apa yang telah dilakukan atau memilih untuk tidak dilakukan adalah berbenturan dengan suatu ketentuan pidana, akan dihadapkan kepada suatu mekanisme penegakan hukum. Mekanisme ini diatur dalam ketentuan pidana formil atau yang kita kenal sebagai KUHAP.

Pasal 21 memberikan wewenang kepada penyidik mengenai perihal apa sajakah yang bisa menjadikan seorang tersangka mendapatkan penahanan atau tidak, yaitu yang kita sebut sebagai syarat subjektif penahanan yang tercantum dalam pasal 21 ayat 1 dan syarat objektif penahanan yang tercantum dalam pasal 21 ayat 4 KUHAP. Diberlakukan atau tidak diberlakukannya penahanan

merupakan wewenang yang dimiliki oleh penyidik dalam proses penyidikan di mana hal tersebut dititikberatkan kepada ada atau tidaknya perasaan khawatir yang dirasakan oleh penyidik dalam melakukan pemaknaan terhadap klausul yang terdapat dalam pasal 21 ayat 1 KUHAP.¹

Konsekwensi dari hidup di dalam negara hukum adalah bahwa terdapat batasan-batasan yang dibuat oleh negara terhadap rakyatnya mengenai beberapa hal yang memang dimaksudkan untuk kemaslahatan bersama atau suatu tujuan tertentu. Hal ini lah yang menjadi sifat dasar hukum yang mengikat. Dalam sisi lainnya, hukum juga dimaksudkan agar berbentuk peraturan-peraturan yang konkret dimana norma atau esensi dari peraturan tersebut bisa memberikan kepastian hukum, dapat dinilai secara objektif, dapat diukur sehingga bisa dijadikan sebuah pedoman dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Hal tersebut sesuai dengan makna azas legalitas yang di dalamnya terdapat jaminan perlindungan terhadap hak-hak individu warga negara dengan cara membatasi kekuasaan penguasa.

Pasal 21 ayat 1 KUHAP memiliki potensi untuk disalahgunakan oleh pihak atau oknum aparat yang memberikan pemaknaan.² Konsekwensi lain dari suatu pemaknaan yang subjyektif adalah timbulnya ketidaksamaan persepsi dalam lingkup aparat penegak hukum sehingga bisa menghambat proses penegakan hukum dalam keseluruhan sistem peradilan pidana.

Subyektifitas seorang penyidik berkaitan erat dengan profesionalitas seorang penyidik. Profesionalitas penyidik dalam memaknai klausa kekhawatiran serta integritas penyidik sangat berpengaruh dalam proses penegakan hukum tanpa mengesampingkan konsepsi perlindungan hukum yang terkandung dalam azas legalitas, yaitu perlindungan hukum bagi rakyat atas potensi kesewenang-wenangan penguasa.

¹ Pasal 21 ayat 1 KUHAP: Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana

² Al Wisnubroto, G Widiartana. *Pembaharuan Hukum Acara Pidana*. (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2005) Hal 3

A.2. Rumusan Masalah

1. Apakah makna keadaan yang mengkhawatirkan dalam rumusan pasal 21 ayat 1 KUHAP?
2. Apakah syarat subjektif penahanan bertentangan dengan hakikat penahanan?

A.3. Metode Penelitian

A.3.1 Jenis Penelitian

Jenis penelitian ini adalah penelitian dengan menggunakan pendekatan Yuridis Normatif,³ yaitu penelitian hukum dengan melakukan pengkajian terhadap masalah yang ada melalui peraturan perundang-undangan dengan bantuan bahan-bahan pustaka pendukungnya.

Pada penelitian ini penulis secara khusus mengkaji tentang problematika normatif syarat subjektif penahanan dalam penyidikan dan pengaturan penahanan yang sesuai dengan cita KUHAP melalui kajian atas peraturan perundang-undangan dibantu dengan teori-teori hukum khususnya hukum acara pidana serta bahan pustaka lainnya.

A.3.2 Pendekatan Penelitian

Berkaitan dengan jenis penelitian yang bersifat yuridis normatif, maka pendekatan yang digunakan adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan konsep (*conceptual approach*).⁴ Pendekatan perundang-undangan digunakan untuk meneliti peraturan perundang-undangan yang berkaitan baik secara langsung maupun tidak langsung mengenai problematika normatif syarat subjektif penahanan dalam penyidikan dan pengaturan penahanan yang sesuai dengan cita KUHAP.

A.3.3 Jenis dan Sumber Bahan Hukum

Data yang diperoleh dan diolah adalah data yang bersifat primer dan sekunder dari sumber kepustakaan yaitu:⁵

³ Soerdjono Soekanto dan Sri Mamudji.. *Penelitian Hukum Normatif. Suatu Tinjauan Singkat*. (Jakarta: Raja Grafindo Persada. 1994) Hal 13

⁴ Cholid Narbuko. Abu Achmadi. *Metodologi Penelitian*. (Jakarta: Bumi Pustaka. 1997) Hal 1

⁵ Soejono, H. Abdurrahman. *Metode Penelitian Hukum*. (Jakarta: Rineka Cipta. 2003) Hal 56

1. Bahan Hukum Primer yaitu bahan-bahan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan yang ada kaitannya dengan syarat subjektif penahanan dalam penyidikan yaitu:
 - a. Undang-undang No. 8 tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana.
 - b. *Herzien Inlandsch Reglement* (H.I.R)
 - c. Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia No. 14 tahun 2012 tentang Manajemen Penyidikan Tindak Pidana.
2. Bahan Hukum Sekunder yaitu bahan-bahan yang bersumber dari pendapat ilmiah para sarjana dan buku-buku literatur yang ada kaitannya dengan penahanan dan penyidikan.

A.3.4 Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

1. Bahan Hukum Primer: diperoleh dengan cara mengumpulkan dan menginventarisasi peraturan perundang-undangan yang berlaku lalu disesuaikan dengan pokok permasalahan yang dikaji.
2. Bahan Hukum Sekunder: diperoleh dengan cara melakukan inventarisasi terhadap buku literatur, dokumen, artikel, dan berbagai bahan yang telah diperoleh, dicatat kemudian dipelajari berdasarkan relevansi-relevansinya dengan pokok permasalahan yang diteliti yang selanjutnya dilakukan pengkajian sebagai satu kesatuan yang utuh.

A.3.5 Teknik Analisa Bahan Hukum

Bahan hukum yang diperoleh kemudian dianalisis secara kualitatif, yaitu analisis yang dilakukan dengan memahami dan merangkai data yang telah diperoleh dan disusun sistematis, kemudian ditarik kesimpulan. Kesimpulan diambil dengan menggunakan cara berpikir deduktif, yaitu dengan cara berpikir yang mendasar pada hal-hal yang bersifat umum kemudian ditarik kesimpulan secara khusus.

B. Pembahasan

B.1. Makna Keadaan yang Mengkhawatirkan dalam Rumusan Pasal 21 ayat 1 KUHAP

Dalam metode penelitian hukum normatif yang menggunakan pendekatan konsep atau *conceptual approach* dan pendekatan perundangan-undangan atau *statute approach*, digunakan metode penafsiran hukum atau interpretasi hukum dalam menemukan inti permasalahan atau dalam hal ini adalah norma hukum yang dirasa kabur sehingga pemaknaan atas norma kabur tersebut menjadi jelas dan terang. Untuk menemukan makna keadaan yang mengkhawatirkan dalam pasal 21 ayat 1 KUHAP, penelitian ini menggunakan interpretasi teleologis.

Dalam sejarah perkembangan hukum di Indonesia, aturan mengenai hukum acara pidana sebelum diberlakukannya KUHAP diatur dalam ketentuan *Herzien Inlandsch Reglement* atau HIR yang secara harfiah berarti Reglemen Indonesia Yang Diperbaharui atau RIB. Konsepsi penahanan dalam HIR diatur dalam pasal 62 untuk keadaan “kedapatan tengah berbuat” dan dalam pasal 75 untuk penahanan pada umumnya.⁶

Pasal 62 HIR merupakan jenis penahanan yang dapat dilakukan aparat terhadap perkara pidana dengan ketentuan kedapatan tengah berbuat. Penahanan dalam klausul ini tidak hanya diberlakukan terhadap tersangka atau pelaku tindak pidana

⁶ Pasal 62 HIR. Ayat 1: Ia dapat memerintahkan supaya orang yang diduga bersalah ditahan dan dibawa kepadanya; kalau orang itu sudah didengarnya dan jika keterangan cukup menunjukkan bahwa ia bersalah, maka pegawai penuntut umum itu dengan mengingat peraturan pada ayat yang berikut, dapat mengeluarkan perintah untuk menahan orang itu buat sementara; dalam hal itu harus disebutkan alasan-alasan untuk mengeluarkan perintah itu dan tempat orang itu akan ditahan.

Ayat 2: Perintah untuk menahan buat sementara seperti dimaksud dalam ayat yang lalu itu hanya dapat dikeluarkan, bila perbuatan itu, dapat dihukum dengan hukuman penjara **selama lamanya lima tahun atau dengan hukuman yang lebih berat**, atau jika perbuatan itu masuk peraturan pasal-pasal 282 ayat penghabisan, 296, 303, 335 ayat pertama, 351 ayat pertama 353 ayat pertama, 372, 378, 379a, 453 pada 10, 454, 455, 459, dan 480 Kitab Undang-undang Hukum Pidana, masuk pasal 26b. *Rechtenordonnantie* (Stbl. 1931 No.471), atau jika perbuatan itu suatu kejahatan tentang senjata api atau tentang candu atau bantuan atau percobaan untuk melakukan perbuatan yang tersebut dalam pasal ini. Untuk melakukan peraturan-peraturan ini terhadap pada orang yang belum dewasa, yang sebelum mengerjakan perbuatan itu belum berumur enam belas tahun, maka peraturan dalam pasal 47 Kitab Undang-undang Hukum Pidana tidak diperhatikan. Dalam segala hal yang lain-lain, maka perintah untuk menahan buat sementara itu tidak boleh dikeluarkan.

Ayat 3: Tentang perintah untuk menahan buat sementara yang dimaksud di sini dan di tempat lain dalam reglemen ini hendaklah diberikan sebuah salinan kepada sitertuduh. Hal memberikan salinan itu hendaklah dicatat dalam perintah itu, yaitu dengan diberi bertanggal dan ditandatangani.

namun juga dapat diperlakukan kepada orang yang secara kebetulan berada pada tempat dimana tindak pidana telah terjadi untuk kepentingan penyidikan. Selain dari kedua hal tersebut, penahanan dalam konteks umum diatur dalam ketentuan pasal 75 HIR.⁷

Perbedaan azas antara KUHAP dan HIR terdapat dalam hal cara pandang penegak hukum atas status tersangka selama proses pemeriksaan. Perbedaan cara pandang ini memberikan implikasi yang signifikan dalam menetapkan paradigma yang dipakai aparat dalam menegakkan hukum. KUHAP sudah menggunakan azas *Presumption Of Innocence* atau praduga tidak bersalah, sedangkan HIR masih menggunakan azas *Presumption Of Guilt* atau praduga bersalah dalam rumusan norma “*keterangan-keterangan cukup menunjukkan bahwa si tertuduh itu bersalah*” seperti tertuang dalam pasal 75 HIR.

Perbedaan lainnya dalam hal azas antara KUHAP dan HIR juga terdapat dalam azas yang digunakan untuk menetapkan status tersangka di mata hukum pada saat proses pemeriksaan. HIR masih menggunakan azas *Inquisatoir* atau menempatkan tersangka sebagai objek penyidikan sedangkan KUHAP menggunakan azas *Acquisatoir* yang menempatkan tersangka sebagai subjek penyidikan. Berbeda dengan aturan HIR, yang menjadi objek penyidikan dalam KUHAP adalah tindak pidana yang telah terjadi. Sedangkan HIR yang menempatkan tersangka sebagai objek penyidikan membenarkan penahanan terhadap tersangka yang dilakukan berdasarkan keperluan pemeriksaan. Perbedaan cara pandang, luasnya kewenangan aparat serta problematika lain dalam hal penahanan dalam aturan HIR diperinci dalam penjelasan pasal 75 HIR.⁸

⁷ Pasal 75 HIR Ayat 1: Kalau keterangan-keterangan cukup menunjukkan bahwa si tertuduh itu bersalah dan ia perlu sekali ditahan untuk kepentingan pemeriksaan atau untuk menjaga supaya tidak melakukan perbuatan itu dalam hal yang ditentukan pada ayat dua pasal 62, pegawai penuntut umum atau jaksa-pembantu yang melakukan pemeriksaan itu dapat mengeluarkan perintah untuk menahan buat sementara.

Ayat 2: Peraturan dalam pasal-pasal 62, 71 ayat 2 (*jika jaksa-pembantu, itu mengeluarkan perintah untuk menahan buat sementara seperti dimaksud dalam pasal 62, maka dalam dua puluh empat jam ia wajib mengirimkan salinannya kepada pegawai penuntut umum yang sedekat-dekatnya, yaitu yang dapat memberi perintah supaya perintah itu dicabut dengan segera*) dan pasal 72 berlaku untuk perintah ini.

⁸ Penjelasan pasal 75 HIR: Pasal ini mengatur tentang penyidikan, khususnya penahanan dalam hal di luar kedatangan tengah berbuat. Adapun isi ketentuan penahanan itu sebagai berikut:

a. Yang berwenang menahan: Jaksa atau Jaksa Pembantu.

KUHAP yang diharapkan bisa memberi perbaikan dalam konsep penahanan yang sebelumnya diatur dalam HIR, pada praktiknya memiliki banyak kekurangan. Kekurangan tersebut disebabkan karena rumusan norma penahanan yang masih kabur sehingga memberikan ruang bagi keleluasaan aparat dalam memberikan penafsiran mengenai apa yang dimaksud KUHAP sebagai keadaan yang mengkhawatirkan. Secara tekstual rumusan dalam pasal 21 ayat 1 KUHAP seringkali diartikan sebagai bilamana aparat memiliki perasaan khawatir bahwa tersangka atau terdakwa akan melakukan salah satu dari tiga upaya yaitu melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana, maka berdasarkan kekhawatiran tersebut aparat diperkenankan melakukan penahanan selama tindak pidana yang telah terjadi merupakan salah satu ketentuan yang diatur dalam pasal 21 ayat 4. Konsepsi kekhawatiran inilah yang kemudian diperinci kembali ke dalam rumusan pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012 yang mengatur tentang segala hal yang berkaitan dengan teknis penyidikan termasuk di dalamnya mekanisme pemberlakuan penahanan dengan harapan adanya kepastian hukum bagi aparat dalam menjalankan tugasnya. Inilah awal

-
- b. Lamanya menahan: 20 hari.
 - c. Syarat-syaratnya:
 1. Ada orang yang berbuat tindak pidana di luar kedapatan tengah berbuat.
 2. Ada keterangan-keterangan dan bahan-bahan, cukup untuk menguatkan keyakinan tentang kesalahan orang yang disangka.
 3. Penahanan itu memang sangat perlu untuk:
 - a. kepentingan pemeriksaan atau
 - b. menjaga jangan sampai tersangka mengulangi berbuat tindak pidana, atau.
 - c. menjaga jangan sampai tersangka dapat melarikan diri dan menghindari dari pidana yang akan dijatuhkan, dan
 - d. tersangka dituduh telah berbuat sesuatu pasal dari pasal-pasal yang disebutkan dalam ayat 2 pasal 62.
 - e. Penjelasan lebih lanjut:
 1. Jika Jaksa Pembantu yang mengeluarkan surat perintah, dalam tempuh 24 jam salinannya harus disampaikan kepada Jaksa.
 2. Disini pun dipakai surat perintah penahanan model A yang turunannya senantiasa harus disampaikan kepada tersangka, harus dicatat, diberi bertanggal dan ditanda-tangani.
 3. Dalam surat perintah itu harus disebutkan alasan-alasan dan tempat menahan.
 4. Cara penahanan ini sama dengan penahanan menurut pasal 62, bedanya jika menurut pasal 62 penahanan itu dilakukan dalam tindak pidana kedapatan tengah berbuat, sedangkan penahanan menurut pasal 75 dilakukan dalam hal di luar kedapatan tengah berbuat.
 5. Tersangka yang ditahan sesudah ia dibawa ke tempat tahanan, dalam 24 jam harus didengar keterangannya oleh Jaksa atau Jaksa Pembantu yang melakukan pemeriksaan.

mula kesalahan dalam memaknai syarat subjektif penahanan yang ada dalam aturan KUHAP.

Interpretasi teleologis digunakan untuk mencari maksud atau tujuan dari suatu peraturan perundang-undangan dengan cara menelaah pemikiran yang melandasi pembuatannya.⁹ Interpretasi ini digunakan untuk mengetahui maksud atau tujuan yang diinginkan dari para pembuat KUHAP sehingga diperlukan pemahaman atas sejarah pembuatan KUHAP dan pemahaman atas latar belakang pemikiran dalam proses pembentukannya.

Negara kesatuan republik Indonesia pada kurun waktu berlakunya HIR atau pada kisaran tahun 1980, hanya memiliki tiga partai politik yaitu Partai Demokrasi Indonesia atau PDI, Partai Persatuan Pembangunan atau PPP dan Partai Golongan Karya atau Golkar. Kondisi politik Indonesia waktu itu masih menempatkan Angkatan Bersenjata Republik Indonesia atau ABRI ke dalam susunan pemerintahan atau dalam hal ini termasuk juga ke dalam ranah pembuatan undang-undang atau lembaga Legislatif. Sehingga, pada kurun waktu perumusan sampai kepada pengesahan KUHAP sebagai pengganti HIR, terdapat 4 fraksi yang menduduki lembaga legislatif Indonesia yaitu Fraksi Demokrasi Indonesia dari PDI, Fraksi Persatuan Pembangunan dari PPP, Fraksi Karya Pembangunan dari Golkar dan Fraksi ABRI.

Sebelum RUU-HAP resmi disahkan untuk menggantikan HIR, terdapat suatu mekanisme yang bersifat konstitusional dengan isi penyampaian pendapat akhir dari para fraksi perihal isi KUHAP serta apa yang diharapkan oleh para pembuat RUU-HAP tersebut dari penggantian HIR. Pendapat tersebut disampaikan secara tertulis dan disampaikan oleh setiap wakil fraksi. Para wakil dari tiap-tiap fraksi adalah sebagai berikut:

1. Taufik Hidayat, S.H. dari Fraksi Karya Pembangunan
2. Drs. I.G.N. Gde Jaksa, S.H dari Fraksi Demokrasi Indonesia
3. Abdullah Syahir, S.H dari Fraksi Persatuan Pembangunan
4. H. Agus Djamili, S.H dari Fraksi ABRI.

⁹ Peter Mahmud Marzuki. *Penelitian Hukum. Edisi Revisi*. (Jakarta Prenada Media Group. 2005) Hal 152

Keempat fraksi tersebut diatas memiliki tanggapan yang berbeda-beda mengenai isi KUHAP, namun pada dasarnya tanggapan dengan bentuk penyampaian pendapat akhir dari tiap-tiap fraksi mengedepankan perlunya penggantian hukum acara pidana yang sebelumnya diatur dalam HIR ke dalam rumusan KUHAP.

Pendapat akhir Fraksi Karya Pembangunan yang disampaikan melalui wakilnya Taufik Hidayat, S.H antara lain:¹⁰

“Persyaratan untuk menahan seseorang bisa dikerucutkan ke dalam dua poin utama, yaitu:

- a. Tindak pidana yang diancam pidana sekurang-kurangnya lima tahun, kecuali terhadap pelanggaran-pelanggaran khusus yang diatur secara limitatif dalam undang-undang ini (Pasal 21 ayat 4 KUHAP).
- b. Penahanan tidak dilakukan secara **otomatis** walaupun memenuhi syarat pada sub a diatas, melainkan **harus dalam keadaan terpaksa** karena adanya kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau akan mengulangi tindak pidana lain.”

Pendapat akhir Fraksi Persatuan Pembangunan atas RUU HAP yang disampaikan oleh Abdullah Syahir, S. H. antara lain:¹¹

“Ketentuan atau syarat untuk dapat ditahan menurut pasal 21 adalah: diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, karena adanya keadaan **(bukti)** yang menimbulkan **(bukan dapat menimbulkan)**: akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana, terhadap tindak pidana yang diancam pidana lima tahun atau lebih dan juga tindak pidana sebagaimana dimaksud dalam pasal 21 ayat 4.”

Dari kedua pendapat akhir Fraksi Karya Pembangunan dan Fraksi Persatuan Pembangunan diatas dapat disimpulkan bahwa masih terdapat keraguan atas kompetensi KUHAP dalam melengkapi kekurangan yang ada dalam aturan HIR dalam hal konsepsi penahanan. Kekhawatiran atas kompetensi KUHAP tersebut dikarenakan tidak adanya kejelasan norma hukum yang diatur oleh pasal 21 ayat 1 KUHAP mengenai batasan dari keadaan yang mengkhawatirkan sehingga bisa dijadikan legalitas penahanan oleh aparat yang menerapkan. KUHAP dalam

¹⁰ *Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana beserta Penjelasan, Latar Belakang dan Proses Pembentukannya*. Disusun oleh A. Tambunan, S. H. Anggota DPR/MPR RI. Cetakan Pertama. (Bandung: Penerbit Binacipta.1982) Hal 160

¹¹ *Ibid* Hal 185

penjelasannya hanya mencantumkan klausa “cukup jelas” atas rumusan pasal tersebut sehingga timbul kekhawatiran bahwa hal tersebut akan menjadi bentuk dari kewenangan yang memiliki potensi untuk disalahgunakan oleh aparat yang berlaku sewenang-wenang.

Pendapat yang sama juga disampaikan oleh Fraksi Persatuan Pembangunan dengan menegaskan bahwa diperlukan adanya “keadaan” yang nantinya akan menjadi sebuah bukti dan bisa dilakukan pengujian untuk memberikan batasan terhadap pemaknaan kekhawatiran oleh aparat. Makna dari pasal 21 ayat 1 KUHAP bukan hanya dititikberatkan pada kekhawatiran yang dirasakan aparat seperti tertuang dalam rumusan pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012 yang mengawali rumusan pasalnya dengan klausula “jika dikhawatirkan”, melainkan dititikberatkan pada “keadaan” yang selanjutnya bisa diuji tingkat kekhawatirannya. Makna dari keadaan yang mengkhawatirkan dalam rumusan pasal 21 ayat 1 KUHAP harus didasarkan atas “ternyata dari keadaan-keadaan tertentu”.¹² Pembatasan subjektifitas aparat ke dalam keadaan yang benar-benar ternyata atau terjadi dalam memaknai klausa keadaan yang dikhawatirkan perlu dirumuskan secara jelas sehingga dapat digunakan sebagai pegangan normatif.

Berkaitan dengan pendapat diatas, pendapat kedua dari Fraksi Persatuan Pembangunan juga menegaskan bahwa makna keadaan yang mengkhawatirkan haruslah benar-benar sudah terjadi dan bisa dibuktikan sehingga tidak terjebak ke dalam konsepsi keadaan yang “dapat” mengkhawatirkan. Keadaan yang dapat mengkhawatirkan akan berdampak tidak objektif dan bertentangan dengan prinsip kepastian hukum karena bersifat perkiraan, asumsi atau tindakan antisipatif aparat.

Konsekwensi dari kepastian hukum adalah adanya suatu aturan untuk setiap hal.¹³ Aturan yang sifatnya mengatur, membatasi dan mempunyai ancaman atau sanksi bagi siapapun yang melanggar adalah bentuk dari suatu norma hukum. Berbeda dengan norma lain seperti norma keagamaan, kebudayaan, kesopanan

¹² Sudibyo Triatmojo. *Pelaksanaan Penahanan dan Kemungkinan Yang Ada dalam KUHAP*. (Bandung. Penerbit alumni. 1982) Hal 41

¹³ Satjipto Rahardjo. *Membedah Hukum Progresif, Cetakan Kedua*. (Jakarta: Penerbit Buku Kompas. 2007) Hal 165

dan norma-norma lain yang hidup di masyarakat adalah keberadaan norma hukum yang memiliki sifat konkret dan tegas. Hal tersebut dikarenakan keberadaan hukum yang diharapkan dapat dijadikan pedoman dalam berperilaku dan bermasyarakat sehingga bisa menciptakan ketertiban dan kebaikan. Sisi lain dari norma hukum yang bersifat konkret dan tegas adalah adanya ancaman atau sanksi bagi pelanggar yang bertujuan untuk kebaikan bersama.

Sifat konkret norma hukum tersebut dimaksudkan agar hukum bisa selalu diuji, dinilai, diperbaiki dan disesuaikan menurut perkembangan zaman atau kebutuhan masyarakat. Hal inilah yang menjadikan hukum sebagai salah satu ilmu pengetahuan yang bersifat ilmiah dan tidak dogmatis. Dengan kata lain, hukum haruslah memiliki ketentuan atas sanksi, perintah, kewajiban dan kedudukan. Bentuk hukum yang konkret dan bersifat rasio-formal merupakan ciri dari kepastian hukum.

Norma hukum yang berbentuk konkret atau peraturan tertulis dan bisa diterapkan (*applicable*) memberi pengaruh terhadap budaya penegakan hukum dalam lingkup aparat yang menerapkan. Kecenderungan dalam suatu institusi yang memiliki hierarkis kepemimpinan atau tingkatan jabatan adalah menjalankan norma hukum berdasarkan budaya atau kebiasaan yang telah ada sebelumnya dan yang masih berlaku.

Untuk melakukan penahanan dalam proses penyidikan, diperlukan dua syarat utama. Syarat pertama yaitu syarat subjektif atas dasar keperluan, syarat kedua yaitu syarat objektif atau dasar yuridis atau terhadap tindak pidana apakah penahanan bisa diberlakukan. Jika syarat objektif penahanan dalam pasal 21 ayat 4 KUHAP sudah terpenuhi, diperlukan pendekatan untuk melihat sejauh mana syarat subjektif bisa digunakan. Ada 2 alternatif pendekatan yang bisa digunakan:¹⁴

1. Alternatif Penentuan Keadaan

Syarat subjektif penahanan dalam formulasi HIR yang menggunakan klausa “keterangan cukup menunjukkan bahwa si tertuduh itu bersalah”

¹⁴ Sudibyo Triatmojo. 1982. *Op.cit.* Hal 40

dan dilakukan untuk kepentingan pemeriksaan serta untuk menjaga jangan sampai tersangka mengulangi tindak pidana atau melarikan diri, diperlukan klausa untuk mempertegas norma tersebut dengan penambahan klausa “harus ternyata dari keadaan tertentu”.

Formulasi KUHAP yang diharapkan bisa menjadi perbaikan dari formulasi HIR harus dengan tegas menyatakan dalam normanya makna “keadaan yang dapat mengkhawatirkan” sebagai keadaan yang benar-benar telah terjadi dan bukan bersifat asumsi atau perkiraan aparat semata.

2. Alternatif Pembatasan Penahanan

Penahanan yang dilakukan dengan dasar terpenuhinya syarat subjektif, bahwa penahanan tersebut dilakukan atas dasar terpaksa karena adanya keadaan yang mengkhawatirkan bahwa tersangka akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi tindak pidana, maka penahanan dalam proses penyidikan harusnya hanya terjadi sekali yaitu dengan batas maksimal 20 hari. Konsekwensi dari hal tersebut yaitu penahanan lanjutan pasca penahanan pertama tidak lagi diperlukan karena klausa keadaan yang mengkhawatirkan terhadap tiga ketentuan diatas terbukti tidak terjadi. Apabila penyidik tidak berhasil melimpahkan berkas perkara tersangka kepada jaksa setelah habis masa tahanan pertama, tersangka harus segera dibebaskan dari tahanan mengingat tidak terpenuhinya klausa pasal 21 ayat 1 KUHAP atau keadaan yang dapat mengkhawatirkan atau kekhawatiran penyidik terbukti tidak terjadi.

Perubahan suatu peraturan perundang-undangan tidaklah dengan seketika dapat membawa akibat perubahan cara berfikir dan bertindak para aparat pelaksanaanya. Bila dikaitkan dengan aturan penahanan yang ada dalam KUHAP serta urgensi dari digantinya sistem HIR ke dalam sistem KUHAP, pembentuk undang-undang cenderung masih berfikir secara represif dan bukan preventif.¹⁵ Berfikir secara represif adalah tindakan dari pembuat undang-undang yang membatasi tujuan kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan hanya sebatas pada terciptanya sebuah peraturan namun dengan mengesampingkan faktor budaya dan kebiasaan

¹⁵ Romli Atmasmita. *Bunga Rampai Hukum Acara Pidana*. (Bandung: Penerbit Binacipta. 1983) Hal 23

aparatus dalam menegakkan hukum serta kondisi masyarakat selaku pihak yang dikenakan hukum. Diperlukan pemahaman mengenai konsep penahanan yang diinginkan dari sistem KUHAP terhadap konsep penahanan yang sebelumnya diberlakukan berdasarkan sistem HIR selama masa transisi suatu sistem peradilan pidana dalam lingkup aparat penegak hukum. Untuk memahami konsep penahanan yang ada dalam KUHAP dan mengetahui perbedaan dari sistem sebelumnya diperlukan penjelasan norma yang jelas. Ketidakjelasan norma dalam aturan KUHAP hanya akan menjadikan budaya penyidikan untuk cenderung sama dengan sistem sebelumnya yakni pada saat masih diberlakukannya sistem HIR.

B.2. Pertentangan Antara Syarat Subjektif Penahanan dengan Hakikat Penahanan

B.2.1. Hakikat Penahanan

Penahanan termasuk ke dalam upaya paksa atau *Dwangmiddellen*. Istilah upaya paksa tidak tercantum di dalam KUHAP namun tercantum dalam pasal 26 Perkap No. 14 tahun 2012 tentang Manajemen Penyidikan Tindak Pidana.¹⁶ Penahanan pada dasarnya merupakan bentuk perampasan kebebasan seseorang yang dibenarkan oleh undang-undang hanya jika dilakukan dengan cara yang benar atau sesuai dengan ketentuan perundang-undangan.

Penahanan merupakan bentuk interaksi langsung antara aparat hukum dengan masyarakat sipil pasca penangkapan. Jika penangkapan mempunyai batasan waktu 1 hari atau 24 jam terhitung sejak diberlakukannya penangkapan, penahanan memiliki durasi waktu yang lebih panjang yang diatur dalam rumusan pasal 20 KUHAP.

Pasal 20 KUHAP pada dasarnya merupakan pasal dengan 3 ayat yang mengatur ketentuan mengenai pihak atau lembaga yang diperkenankan atau diberi

¹⁶ Pasal 26 Perkap No 14 tahun 2012. Upaya paksa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 huruf c meliputi:

- a. pemanggilan;
- b. penangkapan;
- c. penahanan;
- d. pengeledahan;
- e. penyitaan; dan
- f. pemeriksaan surat.

wewenang oleh undang-undang untuk melakukan penahanan. Pihak atau lembaga yang diperkenankan untuk melakukan penahan menurut KUHAP adalah penyidik untuk kepentingan penyidikan, jaksa atau penuntut umum untuk kepentingan penuntutan serta hakim untuk kepentingan pemeriksaan di muka pengadilan. Kewenangan tersebut disertai batasan awal masa penahanan pertama yaitu 20 hari untuk penyidikan, 20 hari untuk penuntutan dan 30 hari untuk pemeriksaan di muka pengadilan. Penahanan lanjutan atau adanya penambahan masa tahanan pasca penahanan pertama diatur lebih lanjut dalam pasal 24 untuk penyidikan, pasal 25 untuk penuntutan dan pasal 26, 27 dan 28 untuk pemeriksaan di muka pengadilan.

Terminologi penahanan yang merupakan perampasan kemerdekaan tentu menimbulkan berbagai macam kerugian. Kerugian subjek hukum atas mekanisme tersebut terjadi apabila penahanan dilakukan secara sewenang-wenang. Meskipun ganti kerugian dan rehabilitasi merupakan jaminan undang-undang apabila terjadi penangkapan atau penahanan yang tidak sah, kerugian pada nyatanya tidak hanya terjadi pada aspek materiel namun juga bisa terjadi pada sisi immateriel seperti rasa malu, rasa tertekan, dikucilkan dari masyarakat dan lain-lain. Kerugian secara immateriel inilah yang tidak bisa dipulihkan oleh undang-undang mengingat ganti rugi dan rehabilitasi hanya memberikan ganti rugi secara materiel.¹⁷ Atas dasar inilah penahanan layaknya dilakukan yaitu hanya dalam keadaan terpaksa dan bukan semata-mata untuk kepentingan aparat dalam mencari kebenaran.

Penahanan dalam penyidikan diberlakukan terhadap seseorang tanpa melalui putusan hakim di pengadilan sehingga mungkin juga diberlakukan kepada orang yang tidak bersalah.¹⁸ Untuk menghindari hal ini diperlukan upaya-upaya perlindungan sebagai batasan agar penahanan hanya diberlakukan hanya dalam keadaan terpaksa dan sangat diperlukan untuk mencegah kemungkinan yang dikhawatirkan terjadi dalam pasal 21 ayat 1.

Menurut pasal 21 ayat 1 KUHAP, penahanan dilakukan hanya dalam keadaan terpaksa bilamana terdapat keadaan yang mengkhawatirkan bahwa tersangka akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti dan atau mengulangi

¹⁷ Tolib Effendi. *Dasar-dasar Hukum Acara Pidana*. Cetakan Kedua. (Malang: Setara Press, 2015) Hal 27

¹⁸ Sudibyo Triatmojo. 1982. *Op.cit.* Hal 15

tindak pidana. Terlepas dari syarat subjektif tersebut, penahanan hanya diperkenankan terhadap tindak pidana yang terangkum dalam rumusan pasal 21 ayat 4 KUHAP atau syarat objektif.

Terpenuhinya salah satu syarat saja, misalkan hanya syarat objektif tanpa diiringi dengan adanya keperluan yang benar-benar mendesak untuk dilakukan penahanan bisa mencederai azas legalitas.¹⁹ Penahanan yang dilakukan hanya berdasarkan salah satu syarat tanpa terpenuhinya syarat lainnya bisa menjadi suatu kezaliman atau kesewenang-wenangan yang bukan termasuk kedalam dimensi relevansi atau urgensi diberlakukannya penahanan.

Adanya batasan-batasan dalam masa penahanan seperti tertuang dalam pasal 24, 25, 26, 27 dan 28 KUHAP menjadikan lembaga dalam sistem peradilan pidana untuk cenderung melakukan mata-rantai penahanan.²⁰ Mata-rantai penahanan adalah penahanan yang dilakukan berkelanjutan dari suatu lembaga kepada lembaga lainnya untuk mencegah seorang tersangka atau terdakwa untuk bebas berkeliaran dimuka umum sebelum proses peradilannya selesai. Penyidik harus segera melimpahkan berkas perkara sebelum masa penahanan dalam proses penyidikan usai kepada penuntut umum. Begitu juga seterusnya yaitu penuntut umum yang harus segera menyerahkan berkas perkara kepada hakim sebelum masa penahanan dalam penuntutan usai. Hal ini merupakan permasalahan tersendiri dalam KUHAP, mengingat seseorang yang belum terbukti bersalah harus mengalami masa penahanan yang begitu panjang dan berlaku secara berkelanjutan meskipun hal tersebut dimaksudkan untuk menjaga aspek ketenteraman dalam masyarakat yang sekaligus menjadi jalan tengah dari bentuk masa penahanan yang ditentukan secara limitatif.

Ketentuan KUHAP yang bersifat limitatif ditujukan agar tidak terjadi praktik komersialisasi oleh aparat terhadap wewenang yang diberikan.²¹ Adanya pembatasan-pembatasan dalam aturan KUHAP seperti lembaga yang berhak melakukan penahanan, syarat subjektif dan objektif untuk melakukan penahanan, lamanya waktu penahanan serta hal-hal yang bersifat prosedural seperti keharusan

¹⁹ M. Yahya Harahap. *Pembahasan Permasalahan dalam KUHAP, Penyidikan dan Penuntutan*. (Jakarta: Sinar Grafika. 2012) Hal 166

²⁰ *Ibid.* Hal 186

²¹ Hartono. *Penyidikan dan Penegakan Hukum Pidana Melalui Pendekatan Hukum Progresif. Edisi 1 Cetakan 1*. (Jakarta: Sinar Grafika. 2010) Hal 174

untuk memberikan surat perintah penahanan dan tembusannya kepada keluarga tersangka dimaksudkan agar dua tujuan utama dalam KUHAP bisa tercapai, yaitu tujuan pertama sebagai dasar hukum bagi aparat dalam menegakkan hukum dan tujuan kedua adalah kontrol bagi aparat penegak hukum untuk tidak semena-mena dalam menjalankan tugasnya.

Penahanan merupakan salah satu bentuk perampasan kemerdekaan seseorang yang merupakan hak asasi dan bersifat universal. Di sisi lainnya, penahanan juga diperlukan untuk menjaga ketentraman masyarakat agar tidak terulangnya suatu tindak pidana.

Pertentangan moril dalam KUHAP adalah antara terjaganya kebebasan individu dengan terhambatnya proses penegakan hukum melalui hukum acara pidana.²² Kehati-hatian aparat dalam melakukan penahanan mutlak diperlukan untuk menghindari adanya kesewenang-wenangan dalam menegakkan hukum terhadap masyarakat. Keberadaan hukum acara secara garis besar adalah untuk memberikan haluan bagi aparat hukum dalam menjalankan kewajibannya dan juga menjadi jaminan keamanan bagi rakyat dari kesewenang-wenangan penguasa.

Selain didasarkan pada konsep kekhawatiran yang bersifat subjyektif, penahanan juga diberlakukan berdasarkan konsep kebutuhan atau keperluan.²³ Penahanan diberlakukan dengan tujuan agar berkas perkara yang sedang didalami bisa segera diperiksa dan diselesaikan sehingga bisa segera dilimpahkan kepada penuntut umum untuk proses penuntutan yang selanjutnya dilimpahkan ke hakim untuk diperiksa di pengadilan agar tercapainya keputusan yang berkekuatan hukum tetap.

B.2.2. Permasalahan dalam Syarat Subjektif Penahanan

Azas dalam hukum acara pidana memiliki ciri keadilan. Keadilan dalam arti adanya keseimbangan antara pencarian kebenaran oleh negara dan perlindungan

²² Andi Hamzah.. *Hukum Acara Pidana Indonesia. Edisi 2 Cetakan 8.* (Jakarta: Sinar Grafika. 2014) Hal 129

²³ Nikolas Simanjuntak. *Acara Pidana Indonesia dalam Sirkus Hukum. Cetakan Pertama.* (Bogor: Penerbit Ghalia Indonesia. 2009) Hal 85

bagi tersangka dan terdakwa.²⁴ Selain dari ciri keadilan, norma hukum bentukan dari azas hukum yang bersifat konkret dimaksudkan untuk bisa memberikan kepastian hukum bagi aparat yang menerapkan. Norma hukum atau aturan hukum yang baik adalah yang bersifat konkret dan bisa langsung diterapkan oleh aparat yang memiliki wewenang. Namun apabila suatu norma hukum atau aturan hukum tidak bisa langsung diterapkan oleh aparat yang memiliki kewenangan dikarenakan kekaburan norma atau luasnya makna yang terkandung dalam suatu norma, azas hukum sebagai dasar dari suatu norma hukum memiliki peranan sebagai ukuran ideal bagi aparat dalam mengartikan suatu norma.

Pasal 21 ayat 1 KUHAP yang berisi syarat subjektif penahanan tidak mencantumkan lebih lanjut apakah yang dimaksud dengan keadaan yang mengkhawatirkan. Dalam penjelasan KUHAP pun termaktub kata “cukup jelas” untuk ketentuan pasal tersebut. Hal ini memberikan konsekwensi seakan-akan keadaan yang mengkhawatirkan dititik-beratkan kepada aparat yang memberikan pemaknaan atau subjektifitas penyidik. Untuk memperjelas makna klausa dalam pasal 21 ayat 1, selain digunakan interpretasi teleologis juga diperlukan interpretasi gramatikal dan interpretasi sistematis. Interpretasi gramatikal digunakan untuk memahami perbedaan makna antara adanya klausa keadaan dengan tidak adanya klausa keadaan. Interpretasi sistematis digunakan untuk memahami keterkaitan antara pasal 21 ayat 1 KUHAP dengan pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012.

Klausa keadaan yang mengkhawatirkan berbeda dengan klausa jika dikhawatirkan dan jika diperkirakan. Tolak ukur dari subjektifitas penyidik dalam klausa keadaan yang mengkhawatirkan dititik-beratkan kepada ada atau tidaknya keadaan yang telah terjadi. Sedangkan klausa jika dikhawatirkan dan jika diperkirakan dititik-beratkan kepada penilaian mutlak seorang penyidik. Bila disandarkan kepada aturan pelaksana atau aturan teknis penyidikan, konsep subjektifitas penahanan harusnya mendapat batasan atau kejelasan maksud dan tujuan dalam suatu aturan normanya. Pasal 21 ayat 1 KUHAP diperinci kembali

²⁴ H. Harris. *Pembaharuan Hukum Acara Pidana dalam HIR*. (Bandung: Penerbit Binacipta. 1978) Hal 36

dalam aturan Perkap No. 14 Tahun 2012 tentang Manajemen Penyidikan Tindak Pidana dalam ketentuan pasal 44.²⁵

Rumusan pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012 memiliki persamaan dengan rumusan pasal 21 ayat 1 KUHAP dimana dalam rumusan pasalnya terdapat klausa kekhawatiran. Mengacu ke dalam rumusan pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012 dan rumusan pasal 21 ayat 1 dan 4 KUHAP, maka penahanan bisa dilakukan oleh penyidik terhadap tersangka pelaku tindak pidana dengan ancaman pidana diatas 5 tahun penjara jika:

- a. Tersangka dikhawatirkan akan melarikan diri,
- b. Tersangka dikhawatirkan akan mengulangi perbuatannya,
- c. Tersangka dikhawatirkan akan menghilangkan barang bukti, dan dengan penambahan klausa:
- d. Tersangka diperkirakan mempersulit penyidikan.

Dalam artian yang lebih luas, maka secara tidak langsung rumusan pasal tersebut menyebutkan bahwa jika terdapat **kekhawatiran** pada aparat bahwa pelaku akan melarikan diri, mengulangi perbuatan, menghilangkan barang bukti serta adanya **perkiraan** dari aparat bahwa pelaku mempersulit penyidikan, aparat dibenarkan oleh undang-undang untuk melakukan penahanan.

Penahanan merupakan salah satu perbuatan perampasan kemerdekaan.²⁶ Manakala seseorang ditahan, maka orang tersebut sudah kehilangan kebebasannya untuk berbuat, berinteraksi, dan kehilangan segala hal yang berkaitan dengan produktifitas pihak yang bersangkutan. Penahanan sangat mungkin dilakukan terhadap seseorang dengan status tersangka atau terdakwa. Hanya dengan bukti berupa adanya laporan polisi serta dua alat bukti yang sah yang bisa berupa keterangan saksi, keterangan ahli, keterangan tersangka, surat maupun petunjuk,

²⁵ Pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012 tentang Manajemen Penyidikan Tindak Pidana berbunyi: tindakan penahanan terhadap tersangka dilakukan dengan pertimbangan sebagai berikut: a. Tersangka dikhawatirkan akan melarikan diri, b. Tersangka dikhawatirkan akan mengulangi perbuatannya, c. Tersangka dikhawatirkan akan menghilangkan barang bukti, dan d. Tersangka diperkirakan mempersulit penyidikan.

²⁶ Pasal 1 angka 21 KUHAP: Penahanan adalah penempatan tersangka atau terdakwa di tempat tertentu oleh penyidik, atau penuntut umum atau hakim dengan penetapannya dalam hal serta menurut cara yang diatur dalam undang-undang

maka aparat sudah memiliki dasar hukum untuk melakukan penahanan.²⁷ Dari ketentuan pasal ini, secara garis besar bisa dikatakan bahwa penahanan teramat sangat mungkin dilakukan jika aparat penyidik memiliki kekhawatiran terhadap tersangka atau terdakwa. Dalam sudut pandang teori kepastian hukum, maka konsepsi kekhawatiran yang dibebankan penafsirannya kepada aparat merupakan bentuk kegagalan hukum dalam memberikan tujuan kepastian, keadilan dan kemanfaatan.

Teori kepastian hukum dalam norma perundang-undangan di Indonesia pada umumnya dikenal sebagai azas legalitas, bahwasanya seseorang tidak dapat dihukum atau dikenai pidana tanpa adanya peraturan yang mengaturnya.²⁸ Dalam ranah hukum pidana formil, azas legalitas tertuang dalam penjelasan KUHAP angka 3 poin b.²⁹ Meskipun hal tersebut tidak tercantum dalam norma hukum atau rumusan pasal yang ada dalam KUHAP, namun segala ketentuan hukum pidana formil yang mengatur tentang mekanisme penanganan tindak pidana mulai dari penyelidikan sampai kepada pemeriksaan di muka pengadilan dan pelaksanaan putusan mengharuskan adanya dasar aturan atau norma dalam tiap-tiap prosedurnya.

Terdapat dua perbedaan mendasar antara konsep subjektifitas yang diatur dalam pasal 21 ayat 1 KUHAP dengan konsep subjektifitas yang diatur dalam pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012. Perbedaan mendasar pertama ada pada dihapusnya klausa “keadaan” yang ada dalam aturan pasal 21 ayat 1 KUHAP,³⁰ dan perbedaan kedua adalah adanya penambahan klausa dalam rumusan pasal 44

²⁷ Pasal 1 angka 22 Perkap No. 14 tahun 2012: Bukti yang cukup adalah alat bukti berupa Laporan Polisi dan 2 (dua) alat bukti yang sah, yang digunakan untuk menduga bahwa seseorang telah melakukan tindak pidana sebagai dasar untuk dapat dilakukan penahanan.

Pasal 1 angka 23 Perkap No. 14 tahun 2012: Alat bukti yang sah adalah keterangan saksi, keterangan ahli, surat, petunjuk, dan keterangan terdakwa.

²⁸ Pasal 1 KUHP: suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada.

²⁹ Penjelasan UU No 8 tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana angka 3 poin b: Penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan hanya dilakukan berdasarkan perintah tertulis oleh pejabat yang diberi wewenang oleh undang-undang dan hanya dalam hal dan cara yang diatur dengan undang-undang.

³⁰ Pasal 21 ayat 1 KUHAP: Perintah penahanan atau penahanan lanjutan dilakukan terhadap seseorang tersangka atau terdakwa yang diduga keras melakukan tindak pidana berdasarkan bukti yang cukup, dalam hal adanya **keadaan** yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan melarikan diri, merusak atau menghilangkan barang bukti, dan atau mengulangi tindak pidana.

Perkap No. 14 tahun 2012 dalam poin d yaitu: “tersangka diperkirakan mempersulit penyidikan”.³¹ Perbedaan rumusan atau norma hukum diantara kedua peraturan tersebut tentu memberi implikasi yang sangat bertolak belakang dari apa yang diinginkan oleh para pembuat KUHAP.

Memaknai secara tekstual pasal 21 ayat 1 KUHAP tanpa memahami latar belakang pembentukannya hanya akan menimbulkan kegagalan dalam memahami alasan diperlukannya pergantian antara HIR dan KUHAP. Perkap No. 14 Tahun 2012 terbukti gagal dalam memahami apa yang diinginkan oleh para pembuat KUHAP dari konsepsi penahanan dalam pasal 21 ayat 1. Cita atau visi dari digantikannya aturan HIR menjadi KUHAP perihal syarat penahanan dalam pasal 21 adalah adanya kesadaran penuh atas perlunya penjagaan atas hak azasi manusia dan perlunya penghormatan atas harkat dan martabatnya. Hal tersebut tertuang jelas melalui pendapat akhir Fraksi Karya Pembangunan yang menyampaikan bahwa penahanan tidak serta merta atau secara otomatis dilakukan terhadap pelaku tindak pidana seperti terangkum dalam rumusan pasal 21 ayat 4, melainkan dilakukan hanya dalam keadaan terpaksa.

Pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012 semakin menguatkan kesalahan pemaknaan tersebut dengan penambahan klausa dalam poin d yaitu penahanan terhadap tersangka atau terdakwa bisa dilakukan jika **diperkirakan** mempersulit penyidikan. Pemaknaan secara harfiah atau tekstual saja dalam memaknai rumusan pasal 44 tanpa pemahaman atas latar belakang digantikannya HIR oleh KUHAP akan menimbulkan kecenderungan untuk mengabaikan konsepsi syarat penahanan yang diinginkan oleh KUHAP yang menitikberatkan pada keadaan yang mengkhawatirkan dan hanya dilakukan jika dalam keadaan terpaksa melainkan akan cenderung diberlakukan oleh aparat demi mempermudah atau melancarkan proses penyidikan. Perbedaan antara aturan yang ada dalam HIR dan KUHAP dikarenakan adanya perbedaan dalam pemilihan azas yang

³¹ Pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012 tentang Manajemen Penyidikan Tindak Pidana: Tindakan penahanan terhadap tersangka dilakukan dengan pertimbangan sebagai berikut: a. Tersangka dikhawatirkan akan melarikan diri, b. Tersangka dikhawatirkan akan mengulangi perbuatannya, c. Tersangka dikhawatirkan akan menghilangkan barang bukti, dan **d. Tersangka diperkirakan mempersulit penyidikan.**

digunakan. HIR menggunakan azas *inquisitoir* atau inkisitor dan KUHAP menggunakan azas *acquisitoir* atau akusator.

Azas inkisitor berarti tersangka dipandang sebagai objek pemeriksaan.³² Perbedaan dari azas yang dipakai memberi implikasi mengenai perbedaan aturan atau norma hukum yang digunakan. Perbedaan antara norma hukum yang ada dalam aturan HIR dan KUHAP diantaranya adalah dalam memberikan definisi tentang alat bukti. Dalam rumusan pasal 164 HIR, pengakuan termasuk ke dalam kategori alat bukti.³³ Implikasi dari rumusan pasal tersebut adalah adanya kecenderungan bagi penyidik untuk mencari dan mendapatkan pengakuan dari tersangka maupun terdakwa selama proses penyidikan dikarenakan sifat pengakuan yang menjadi bagian dari alat bukti yang akan menjadi pertimbangan bagi keyakinan hakim di persidangan. Untuk mencapai maksud tersebut terkadang pemeriksa melakukan tindakan kekerasan atau penganiayaan.

Berbeda dengan rumusan alat bukti dalam aturan HIR diatas, alat bukti yang sah menurut KUHAP diatur dalam ketentuan pasal 184 dengan salah satu normanya mengklasifikasikan keterangan sebagai salah satu alat bukti dan bukan pengakuan.³⁴ Perbedaan implikasi antara rumusan yang diatur dalam KUHAP dan HIR adalah bahwa KUHAP menempatkan posisi tersangka ataupun terdakwa sebagai pihak yang dimintai keterangan dan bukan sebagai pihak yang diperiksa untuk sebuah pengakuan. Objek pemeriksaan selama proses penyidikan adalah tindak pidana yang telah terjadi atau hasil dari olah penyelidikan. Keterangan dari tersangkannya maupun terdakwa diambil dan diverifikasi guna menjadikan terang atau petunjuk terhadap pencarian pelaku tindak pidana yang telah terjadi.

Inti dari perbedaan antara aturan yang ada dalam HIR dan aturan yang ada dalam KUHAP sebagai bentuk pembaharuan dan penyempurnaan dari aturan sebelumnya adalah adanya penghormatan atas status dan hak-hak individu yang telah ditetapkan sebagai tersangka maupun terdakwa dalam setiap proses

³² Andi Hamzah. *Pengantar Hukum Acara Pidana Indonesia*. Cetakan Ketiga. (Jakarta: Ghalia Indonesia.1987) Hal 32

³³ Pasal 164 HIR: Maka yang disebut alat-alat bukti, yaitu: a. Bukti dengan surat, b. Bukti dengan saksi, c. Persangkaan-persangkaan, d. Pengakuan dan e. Sumpah.

³⁴ Pasal 184 KUHAP: Alat bukti yang sah ialah: a. Keterangan saksi, b. Keterangan ahli, c. Surat, d. Petunjuk, e. Keterangan terdakwa.

pemeriksaan yang salah satunya ditunjukkan melalui perbedaan klasifikasi alat bukti. Alat bukti dalam HIR adalah pengakuan dan alat bukti dalam KUHAP adalah keterangan. Kecenderungan oleh penyidik dalam mendapatkan pengakuan tersangka sehingga terkadang menggunakan cara-cara kekerasan telah diperbaharui oleh KUHAP dengan cara menjadikan salah satu klasifikasi alat bukti berupa keterangan tersangka atau keterangan terdakwa.

Keterangan tersangka maupun terdakwa merupakan keterangan yang diberikan secara bebas, sukarela dan tanpa adanya perasaan takut atau perasaan terintimidasi. Hal tersebut tertuang dalam rumusan pasal 52 KUHAP.³⁵ Klausula dalam rumusan pasal tersebut menginginkan adanya proses pemeriksaan yang terjadi pada tersangka maupun terdakwa berjalan sesuai dengan aturan hukum yang mengedepankan perlindungan hukum dengan cara memberikan hak bagi tersangka atau terdakwa untuk mendapatkan bantuan hukum dalam setiap proses pemeriksaan.

Perbedaan yang ada dalam aturan HIR dan KUHAP selain dari klasifikasi alat bukti adalah perbedaan dalam hal tujuan diberlakukannya penahanan. Ketentuan dalam rumusan pasal 75 HIR menyatakan bahwa penahanan diperlukan untuk:

- a. Kepentingan pemeriksaan.
- b. Menjaga jangan sampai tersangka mengulangi berbuat tindak pidana atau
- c. Menjaga jangan sampai tersangka dapat melarikan diri.

Rumusan Pasal 21 ayat 1 KUHAP menyatakan bahwa penahanan diperlukan jika adanya keadaan yang menimbulkan kekhawatiran bahwa tersangka atau terdakwa akan:

- a. Melarikan diri.
- b. Merusak atau menghilangkan barang bukti, dan atau
- c. Mengulangi tindak pidana.

Dari kedua perbedaan diatas dapat disimpulkan bahwa aturan dalam rumusan HIR masih mengedepankan perlunya dilakukan penahanan untuk kepentingan

³⁵ Pasal 52 KUHAP: dalam pemeriksaan pada tingkat penyidikan dan pengadilan, tersangka berhak memberikan keterangan secara bebas kepada penyidik atau hakim.

pemeriksaan karena berkaitan dengan klasifikasi pengakuan sebagai salah satu alat bukti yang sah. KUHAP menekankan bahwa penahanan hanya bisa dilakukan jika terdapat keadaan yang mengkhawatirkan bahwa tersangka akan melanggar satu dari ketiga ketentuan diatas.

Prinsip perlindungan hukum memiliki dua fungsi utama. Fungsi pertama adalah perlindungan hukum dengan bentuk preventif dan yang kedua adalah perlindungan hukum dengan bentuk represif. Fungsi perlindungan dalam bentuk preventif adalah rakyat mempunyai peran dalam kurun suatu kebijakan sedang dirumuskan seperti tanggapan atau keberatan yang dirasakan seandainya kebijakan tersebut akan diberlakukan atau dijadikan suatu undang-undang yang mengikat. Hal ini berada dalam ranah legislatif atau ranah pembuatan peraturan perundang-undangan.

Fungsi perlindungan dengan bentuk represif adalah adanya mekanisme yang bisa dilakukan oleh rakyat manakala mendapat kerugian dari suatu penerapan kebijakan.³⁶ Mekanisme ini bisa berbentuk formal maupun non-formal. Mekanisme formal seperti lembaga pra-peradilan yang dimaksudkan untuk menguji dan memutuskan perihal sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan, penuntutan serta ganti rugi dan rehabilitasi seperti tertuang dalam rumusan pasal 77 KUHAP serta sah atau tidaknya penetapan tersangka, penggeledahan dan penyitaan berdasarkan putusan Mahkamah Konstitusi No. 21/PUU-XII/2012.³⁷ Kelemahan dari lembaga pra-peradilan adalah sifatnya yang *accidental* atau baru menjadi suatu lembaga yang bisa digunakan untuk mencari keadilan hanya jika tersangka atau terdakwa mengajukan gugatan. Objek gugatan perihal sah atau tidaknya penangkapan dan penahanan diukur dari kelengkapan administrasi penyidikan seperti terlambat atau tidaknya penyerahan

³⁶ Philipus M. Hadjon. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Di Indonesia*, Cetakan Pertama. (Surabaya: PT Bina Ilmu. 1987) Hal 4

³⁷ Pasal 77 KUHAP: Pengadilan negeri berwenang untuk memeriksa dan memutus sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam ketentuan undang-undang ini tentang:

- a. Sah atau tidaknya penangkapan, penahanan, penghentian penyidikan atau penghentian penuntutan.
- b. Ganti kerugian atau rehabilitasi bagi seseorang yang perkara pidananya dihentikan pada tingkat penyidikan atau penuntutan.

SPDP kepada penuntut umum, diserahkan atau tidaknya surat perintah penahanan kepada tersangka atau keluarga tersangka dan lain sebagainya.

Mekanisme non-formal berkaitan dengan azas *acquisatoir* atau azas akusator yang ada dalam aturan KUHAP dan terwujud ke dalam pasal 52 yang bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum. Berkaitan dengan pasal 21 ayat 1 KUHAP tentang syarat subjektif penahanan yang menekankan adanya “keadaan” yang ditafsirkan oleh penyidik sebagai keadaan yang mengkhawatirkan, tersangka maupun terdakwa tidak memiliki hak jawab atau hak klarifikasi atas keadaan yang ditafsirkan mengkhawatirkan oleh penyidik. KUHAP sebagai salah satu peraturan perundang-undangan yang diharapkan bisa memberikan perlindungan hukum seharusnya memberikan mekanisme berupa hak jawab atau hak klarifikasi atas sangkaan penyidik dengan pertimbangan bahwa penahanan merupakan salah satu bentuk perampasan kemerdekaan. Azas praduga tak bersalah memberikan konsekwensi bagi aparat untuk menganggap seorang tersangka maupun terdakwa dalam setiap proses peradilan pidana adalah tidak bersalah selama belum ada putusan dari pengadilan yang memiliki kekuatan hukum tetap yang menyatakannya bersalah. Tujuan dari azas ini selain dari pada adanya penghormatan atas hak dan kebebasan individu adalah untuk mewujudkan proses peradilan pidana yang memberikan jaminan atas perlindungan hukum serta bebas dari perilaku kesewenang-wenangan dalam menjalankan peraturan.

C. Kesimpulan dan Saran

C.1. Kesimpulan

1. Makna keadaan yang mengkhawatirkan dalam rumusan pasal 21 ayat 1 KUHAP belum memiliki kejelasan dan pembatasan. Bila dikaitkan dengan perbedaan antara konsepsi penahanan dalam aturan HIR dengan yang ada dalam aturan KUHAP, makna keadaan yang mengkhawatirkan adalah “ternyata atau terbukti atas suatu keadaan yang benar-benar terjadi dan bisa dibuktikan” sehingga tidak dititik-beratkan kepada subjektifitas atau penilaian aparat secara mutlak.

2. Hakikat penahanan adalah upaya perampasan kemerdekaan yang hanya dilakukan dalam keadaan terpaksa bila terdapat keadaan yang mengkhawatirkan penyidik. Terdapat inkonsistensi norma antara Pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012 dengan apa yang diinginkan oleh para pembuat KUHAP akibat dari tidak adanya kejelasan makna dalam pasal 21 ayat 1 KUHAP.

Penghapusan kata “keadaan” serta penambahan kata “dikhawatirkan dan diperkirakan” dalam aturan Perkap No. 14 tahun 2012 memberikan arti yang berbeda dari apa yang diinginkan oleh para pembuat KUHAP serta urgensi dari digantikannya sistem HIR ke dalam sistem KUHAP. Tujuan dari digantinya sistem HIR ke dalam sistem KUHAP adalah untuk mewujudkan sistem penegakan hukum yang memiliki ciri keadilan, yaitu keseimbangan antara pencarian kebenaran oleh negara dan perlindungan hukum bagi tersangka atau terdakwa.

C.2. Saran

1. Diperlukan aturan hukum untuk memperjelas makna keadaan yang mengkhawatirkan dalam rumusan pasal 21 ayat 1 KUHAP agar pemberlakuan penahanan terhindar dari subjektifitas mutlak aparat yang berlawanan dengan tujuan kepastian hukum sehingga terhindar dari potensi kesewenang-wenangan. Diperlukan perbaikan dalam aturan pasal 44 Perkap No. 14 tahun 2012 selaku pelaksana teknis penyidikan agar penahanan betul-betul dilakukan atas dasar keterpaksaan dan bukan berdasarkan kekhawatiran dan perkiraan.
2. Perbedaan norma hukum antara KUHAP dan Perkap menjadikan makna serta tujuan penahanan berbeda dari hakikat penahanan. Berdasarkan azas keseimbangan sebagai ciri dari aturan KUHAP, apabila norma pasal 21 ayat 1 menekankan kepada klausa “keadaan yang mengkhawatirkan”, maka aturan teknis pelaksanaan penyidikan harus menyediakan media klarifikasi atau hak

jawab bagi tersangka atau terdakwa untuk menjawab sangkaan atau dugaan penyidik atas pemaknaan tersebut.

Alternatif lain untuk menciptakan keadilan dan keseimbangan antara penegak hukum dengan pihak yang menjalani proses penyidikan adalah dengan menambahkan hak klarifikasi atas sangkaan atau dugaan terhadap keadaan yang mengkhawatirkan ke dalam objek pra-peradilan sehingga kewenangan untuk memutuskan suatu keadaan bersifat mengkhawatirkan atau tidak diputuskan oleh hakim yang bersifat netral sesuai dengan azas akusator.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Atmasasmita, Romli. *Bunga Rampai Hukum Acara Pidana*. Bandung: Penerbit Binacipta. 1983
- Effendi, Tolib. *Dasar-dasar Hukum Acara Pidana*. Cetakan Kedua. Malang: Setara Press, Cetakan Kedua. 2015
- Hadjon, Philipus M. *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Di Indonesia*, Cetakan Pertama. Surabaya: PT Bina Ilmu. 1987
- Hamzah, Andi. *Hukum Acara Pidana Indonesia. Edisi 2 Cetakan 8*. Jakarta: Sinar Grafika. 2014
- Hamzah, Andi. *Pengantar Hukum Acara Pidana Indonesia*. Cetakan Ketiga. Jakarta: Ghalia Indonesia. 1987
- Harahap, M. Yahya. *Pembahasan Permasalahan dalam KUHAP, Penyidikan dan Penuntutan*. Jakarta: Sinar Grafika. 2012
- Harris, H. *Pembaharuan Hukum Acara Pidana dalam HIR*. Bandung: Penerbit Binacipta. 1978
- Hartono. *Penyidikan dan Penegakan Hukum Pidana Melalui Pendekatan Hukum Progresif. Edisi 1 Cetakan 1*. Jakarta: Sinar Grafika. 2010
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum. Edisi Revisi*. Jakarta: Prenada Media Group. 2005

- Narbuko, Cholid dan Achmadi, Abu. *Metodologi Penelitian*. Jakarta: Bumi Pustaka. 1997
- Rahardjo, Satjipto. *Membedah Hukum Progresif, Cetakan Kedua*. Jakarta: Penerbit Buku Kompas. 2007
- Simanjuntak, Nikolas. *Acara Pidana Indonesia dalam Sirkus Hukum. Cetakan Pertama*. Bogor: Penerbit Ghalia Indonesia. 2009
- Soejono, dan H. Abdurrahman. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Rineka Cipta. 2003
- Soekanto, Soerdjono dan Mamudji, Sri. *Penelitian Hukum Normatif. Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: Raja Grafindo Persada. 1994
- Triatmojo, Sudibyo. *Pelaksanaan Penahanan dan Kemungkinan Yang Ada dalam KUHP*. Bandung: Penerbit Alumni. 1982
- Wisnubroto, Al. dan Widiartana, G. *Pembaharuan Hukum Acara Pidana*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti. 2005

Peraturan perundang-undangan

1. Undang-undang No. 8 tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana
2. *Herzien Inlandsch Reglement (H.I.R)*
3. Peraturan Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia No. 14 tahun 2012 tentang Manajemen Penyidikan Tindak Pidana

Biodata Penulis

Nama : Fahmi Arif, S.H.
Tempat Tanggal Lahir: Pekalongan, 9 Juni 1988
Pendidikan terakhir : Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang
Pekerjaan : Mahasiswa Program Magister Ilmu Hukum
Universitas Brawijaya Malang
Email : pahmie88@yahoo.com