“JUDGE MADE LAW” Sebagai Upaya Penyelesaian Kasus Penyalahgunaan Internet yang Berkeadilan

**Oleh:
Cahyono¹**

A. Pendahuluan

Hukum, teknologi informasi dan globalisasi merupakan tiga bidang yang saling terkait. Hal ini dikarenakan perkembangan teknologi yang sangat cepat beserta penyebaran produk-produknya dimungkinkan karena adanya globalisasi dan dampaknya terasa pula di bidang hukum.² Globalisasi informasi³ adalah suatu fenomena khusus dalam peradaban manusia yang bergerak terus dalam masyarakat *global* dan merupakan bagian dari proses manusia *global*. Adapun makna globalisasi dari perspektif aliran *cyberspace globalists*, seperti dikemukakan oleh **Featherstone**⁴ bahwa globalisasi ditandai dengan tumbuhnya perkembangan teknologi informasi mutakhir maupun penemuan lainnya sehingga memungkinkan manusia untuk menjalankan fungsinya lebih cepat dan mudah.

Munculnya *cyberspace* telah mengubah tatanan dunia. Persoalan sosial kemanusiaan, ekonomi, politik, kesehatan, sains dan teknologi dijalin menjadi sebuah *network* (jaringan) dan tidak bersifat sektoral, setiap aspek kehidupan saling berinteraksi, berkorelasi dan saling berpengaruh dalam jaring kehidupan yang disebut sebagai sebuah Titik Omega: Kesadaran Semesta Digital. Dengan demikian, globalisasi informasi menyentuh seluruh aspek penting kehidupan yaitu bidang politik, sosial, budaya, hukum dsb. Salah satu contoh dampak globalisasi informasi

¹ Hakim Pengadilan Negeri Sleman, alumnus S3 FH UNS.

² Agus Raharjo, Ringkasan Disertasi, *Model Hibrida Hukum cyberspace (Studi tentang Model Pengaturan Di Indonesia)*, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang 2008, hlm. 11.

³ Adanya globalisasi informasi merupakan salah satu pertimbangan yang digunakan pembuat Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, dimana negara Indonesia sebagai bagian dari masyarakat informasi dunia.

⁴ Dalam Wasisto Raharjo Jati, 2013, *Pengantar Kajian Globalisasi Analisa Teori dan Dampaknya di Dunia Ketiga*, Jakarta : Mitra Wacana Media, hlm.27.

adalah perubahan pada model demokratisasi⁵ di Indonesia. Terkait dengan perubahan tersebut, filsuf yang juga sosiolog Jerman **Jurgen Habermas**⁶, pernah membandingkan perkembangan sosial politik di Eropa dan Asia. Menurut **Habermas** di Asia hanya dalam waktu 30 tahun terakhir ini terjadi peristiwa-peristiwa yang di Eropa menuntut waktu hampir 250 tahun lamanya.

Perubahan yang terjadi sebagai akibat dari globalisasi informasi melalui media internet dapat terlihat dengan jelas khususnya generasi muda yang disebut dengan *digital natives, multitasker* atau generasi Z⁷. Generasi Z yang merupakan penguasa telatah dunia maya yang mengisi ruang publik di media sosial dengan berbagai komentar pedas, lekas dan bergegas. Saat belajar membaca dan menulis serta beranjak remaja disekitar mereka ada *MP3 Player, game online* hingga media sosial. Generasi ini dibesarkan oleh orang tua dengan penuh perhatian dan kehati-hatian. Ketika masih bayi, mobil yang digunakan ditulisi stiker *Baby on Board*. Apapun yang diinginkan anak akan berusaha dipenuhi oleh orang tua. Sebagai anak kandung media sosial, mereka merespons apa saja yang sedang terjadi.⁸ **William J. Schroer** menggambarkan generasi X secara global sebagai *lost generation*. Dalam konteks demokratisasi generasi ini yang akan memperebutkan tampuk kepemimpinan Indonesia dalam Pemilu 2014. Dihadapan mereka adalah generasi Z yang akan memilih untuk pertama kali dan generasi Y (lahir 1977-1994) yang tumbuh di era MTV dan peralihan menuju era digital⁹.

⁵Demokrasi digital sebagai akibat dari perkembangan teknologi dan informasi. Dampak globalisasi sangat terasa pada kalangan generasi internet sebagai pengguna internet. Hal ini sangat terasa sekali pada saat pesta demokrasi pemilihan calon Presiden dan calon wakil Presiden 2014 yang lalu melalui media internet.

⁶ Bambang Sigap Sumantri, “*Keserakahan Pasar Merusak Desentralisasi* “ dalam Tinjauan Kompas 2014, Tantangan, Prospek Politik dan Ekonomi Indonesia, 2014, Jakarta: Kompas Media Nusantara, hlm. 28.

⁷Generasi Z lahir ketika dunia sudah makin lengkap dengan berbagai perkembangan teknologi digital (1995-2005). Generasi sebelum mereka adalah generasi X yang lahir pada 1966-1976 yang dianggap sebagai kumpulan orang konservatif yang dilahirkan oleh keadaan yang memaksa (masa orde baru). Dihadapan mereka adalah generasi Z dan generasi Y (lahir 1977-1994) yang tumbuh di era MTV dan peralihan menuju era digital.

⁸Amir Sodikin dan Wisnu Nugroho, “*Generasi Lekas Dan Bergegas*” dalam *Tinjauan Kompas 2014 Tantangan, prospek politik dan ekonomi Indonesia*, 2014, Jakarta: Kompas Media Nusantara, hlm.142.

⁹*Ibid.*

Generasi Z sebagaimana diuraikan di atas, menjadi raja di jagat maya. Mereka misalnya bisa dengan pedas mem-*bully* politikus yang tidak becus memimpin. Sebaliknya mereka bisa dengan lekas memuja politikus yang mereka sukai tanpa pretense politik. Mereka bergegas berpindah dari satu isu ke isu lain dengan riangnya, ciri generasi Z adalah spontan bereaksi menanggapi berbagai situasi dan kondisi yang terjadi saat itu, sehingga menjelang Pemilu Capres 2024, diprediksikan akan memunculkan Capres dan Cawapres dari kaum milineals yang menguasai dan mampu mengelola Teknologi Informasi dan selanjutnya akan memimpin dan membawa kesejahteraan bagi negeri ini. Kasus-kasus yang muncul karena penyalahgunaan internet telah membawa ke ranah hukum diantaranya muncul “Kasus hukum Prita”, Kampanye kasus “*Jogja Ora Didol*”. Kampanye ini makin menguat ketika Muhammad Arif Buwono (17 tahun) yang merupakan representasi generasi Z ditangkap aparat Satpol PP saat menebalkan mural bertuliskan *Jogja Ora Didol*, dan kasus yang ramai di dunia maya adalah “Kasus Florence” yang menjadi perhatian media dalam negeri dan media asing salah satunya *Wal Street Journal* dengan judul: *Social Media Backlash Ebbs into support for Indonesian student* dan *Australia Plus* dengan judul *Indonesia student cuod be jailed after calling Yogyakarta city “stupid” on social media*.¹⁰ Dengan banyaknya kasus-kasus yang masuk dan ditangani aparat penegak hukum terlihat “hukum” tidak memberikan keadilan bagi masyarakat, yang muncul justru “korban penegakan hukum”. Sejak Undang-undang ITE diberlakukan ada lebih 50 kasus tentang hal serupa yang menjadi sorotan¹¹ hingga tahun 2014, dan diprediksikan dimasa mendatang kasus-kasus yang berkaitan dengan ITE menjelang dan sesudah berakhirnya Pemilu Capres 2024 lebih dari jumlah tersebut, disinilah diperlukan adanya peran dari lembaga peradilan dalam memeriksa, memutus, dan mengadili kasus-kasus yang berkaitan dengan ITE dengan arif dan bijaksana, serta berkeadilan.

B. Permasalahan

¹⁰*Kasus Florence Yogya Mendunia*, <http://m.dream.co.id/news/kasus-lorence-mendunia-140902.html> diakses hari Jumat 12 September 2014 pk. 20.00 WIB.

¹¹*Florence Sihombing dan UU ITE di Indonesia yang mengekang kebebasan berekspresi*, <http://smallbusiness.yahoo.com> diakses Sabtu 13 September 2014 pk. 24.00 WIB.

1. Apakah makna dan hakikat *judge made law* dalam penegakan hukum kasus-kasus penyalahgunaan internet ?
2. Bagaimanakah *judge made law* dapat “diterapkan” dan “diimplementasikan” hakim dalam menyelesaikan kasus-kasus penyalahgunaan internet yang berkeadilan ?

C. Pembahasan

1. Makna dan hakikat *judge made law* dalam penegakan hukum penyalahgunaan internet

Penegakan hukum adalah sebuah tugas yang diemban oleh aparat penegak hukum. Oleh karena itu suatu tugas sebagaimana pendapat **Immanuel Kant** maka penegakan hukum merupakan kewajiban kategoris, “kewajiban mutlak”. Tugas adalah tugas, wajib dilaksanakan.¹² Sedangkan tugas penegakan hukum sesungguhnya adalah tugas mendistribusi keadilan. Dengan kata lain aparat hukum melalui penanganan suatu kasus melakukan distribusi keadilan bagi negara/masyarakat, korban dan juga pelaku. Pelayanan aparat penegak hukum diwujudkan dalam penegakan hukum yang bernilai dan bermanfaat bagi masyarakat dan pencari keadilan.¹³

Penegakan hukum dalam makalah ini, difokuskan pada penegakan hukum yang dilakukan oleh hakim (Pengadilan) sebagaimana ditentukan dalam Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, sebagaimana dalam Pasal 2 ayat (2) menyatakan: “*Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila*” dan Pasal 5 ayat (1): “*Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*”. Sehubungan dengan hal tersebut, **Soejono Koesoemo Sisworo** mengemukakan bahwa yang ditegakkan itu dua nilai yang satu dengan yang lain tidak dapat dipisah-pisahkan

¹²Bernard L. Tanya. *Penegakan Hukum Dalam Terang Etika*. Yogyakarta: Genta Publishing. 2011. hlm.25.

¹³*Ibid.* hlm. 27.

antara hukum dan keadilan. Dengan kata lain bahwa keadilan itu merupakan salah satu unsur konstitutif dari (hakikat pengertian hukum).¹⁴

Hakikat pengertian hukum sebagaimana pendapat **Soetandyo Wignyosoebroto**, ada lima konsep hukum yaitu:

1. Hukum adalah asas kebenaran dan keadilan yang bersifat kodrati dan berlaku universal;
2. Hukum adalah norma-norma positif di dalam sistem perundang-undangan hukum nasional;
3. Hukum adalah apa yang diputuskan oleh hakim *in concreto* dan tersistematisasi sebagai *judge made law*;
4. Hukum adalah pola-pola perilaku sosial yang terlembagakan, eksis sebagai variable sosial yang empiris;
5. Hukum adalah manifestasi makna-makna simbolik para perilaku sosial sebagai tampak dalam interaksi antar mereka.¹⁵

Memaknai hukum sebagai apa yang diputuskan hakim (*judge made law*) sebagaimana diuraikan di atas sejalan dengan apa yang tersurat dan tersirat dalam Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dimana pengadilan (hakim) menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan. Hakim dalam menjalankan tugas dan fungsinya wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Salah satu perkembangan yang sangat pesat di bidang teknologi telekomunikasi dan teknologi komputer adalah internet. Sejak saat itu pula manusia mulai berfikir dan berbuat melampaui batas-batas tradisional yang ada dalam pikiran dan teritorialnya. Cara berpikir yang tanpa batas (*the borderless way of thinking*) dan keengganan untuk berurusan dengan birokrasi yang berbelit-

¹⁴Soejono Koesoemo Sisworo, *Beberapa Aspek Filsafat Hukum Dalam Penegakan Hukum*, Makalah disampaikan dalam diskusi Panel dengan tema : “Fungsi dan Tugas Birokrasi dalam Menegakkan Hukum serta Berbagai Aspek Yang Terkait didalamnya” pada hari Selasa, 20 Desember 1988.

¹⁵Dalam Setiono, *Pemahaman terhadap Metodologi Penelitian Hukum*, Program Studi Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 2010, hlm. 20.

belit (*smash the boundaries, tar down the hierarchy and dismantle the bureaucracy*) menjadi ciri dari cara berpikir dan berbuat pengguna internet. Pada akhirnya internet menjadi simbol atau lambang kemajuan sekaligus peradaban. Internet menawarkan berbagai keunggulan, kemudahan, harapan, kesenangan dan kesempatan. Selain itu media internet sebagai hasil teknologi yang merupakan sumber dari maraknya aktivitas *illegal* di dunia maya.

Perkembangan teknologi informasi menimbulkan permasalahan hukum sehingga memunculkan pengaturan hukum siber (*cyber law*) atau teknologi informasi (*Law of Information Technology*) atau hukum dunia maya (*virtual world law*) atau hukum mayantara. Secara luas *cyber law* bukan hanya meliputi tindak kejahatan di internet, namun juga aturan yang melindungi para pelaku *e-commerce*, *e-learning*, pemegang hak cipta, rahasia dagang, paten, *e-signature* dan masih banyak lainnya. Dengan kata lain, aplikasi internet sesungguhnya memiliki aspek hukum meliputi aspek hak cipta, aspek merek dagang, aspek fitnah, pencemaran nama baik dan aspek privasi.

Ada beberapa pendekatan atau teori untuk menggambarkan hubungan antara teknologi dan hukum. **Pertama**, Pendekatan Teori Instrumental, seperti yang diungkapkan oleh **Cockfield & Priedmore**¹⁶ yang melihat bahwa “teknologi adalah teknologi” (*technology is technology*) yaitu alat yang dikembangkan secara rasional untuk memenuhi kebutuhan tertentu. Teknologi dikembangkan dengan prinsip rasionalitas dan efisiensi. Teknologi menghadirkan atau memberikan pilihan-pilihan dan kebutuhan-kebutuhan yang rasional bagi masyarakat. Oleh karena itu teknologi bersifat “netral” (tidak bersifat baik dan buruk) dan terpisah dari proses ekonomi, politik, sosial dan budaya. Produktivitasnya dapat diukur secara objektif terlepas dari budaya, sehingga teknologi dapat diterapkan secara universal.

Dalam hal terjadi penyalahgunaan teknologi, teori instrumental melihat bahwa “*guns don't kill people-people kill people*”. Pihak yang harus dipersalahkan adalah orang yang menyalahgunakan teknologi dan bukan

¹⁶J. Sitompul, *Bagaimana mengatur cyberspace* ?<http://warungcyber.web.id/?p=143> diakses Senin 7 Juli 2014 Pkl. 22.00 WIB.

teknologi itu sendiri, maka internet adalah alat atau perkakas yang siap untuk melayani tujuan dari para pemakainya. Teknologi dianggap netral, tanpa penilaian isi dari teknologi itu sendiri. Teknologi tidak ada hubungannya dengan baik atau buruk dan dapat digunakan oleh siapapun.¹⁷

Kedua: Pendekatan atau Teori *Substantif* yang melihat bahwa teknologi “tidak netral” karena teknologi berkaitan erat dengan kepentingan dari subjek yang membuat teknologi tersebut. Sejarah perkembangan teknologi komputer dan internet pada awalnya untuk memenuhi kebutuhan perang. Oleh karena itu, teknologi dapat menjadi sesuatu alat yang berbahaya karena pembuat teknologi dapat mengontrol atau mendominasi orang atau masyarakat yang menggunakan teknologi melalui teknologi yang dibuatnya. Lebih dari itu teknologi memberi dampak bagi masyarakat baik yang sesuai dengan tujuan maupun di luar tujuan pembuatan teknologi. Teknologi telah membatasi kebebasan manusia karena manusia semakin tergantung dengan teknologi dan teknologi bukanlah manusia yang memiliki kebebasan dan makhluk otonom.¹⁸

Penilaian terkait pandangan tentang teknologi (termasuk internet) datang juga dari pemikiran **Elull** dan **Heidegger** yang berpendapat bahwa teknologi mendasari suatu tipe baru sistem budaya yang mengatur kembali keseluruhan dunia sosial sebagai objek kontrol. Teknologi bukan sekedar bermakna akan tetapi telah menjadi suatu lingkungan dan suatu jalan hidup dan ini merupakan dampak yang substantif (*substantif impact*). Internet merupakan simbol material embrio masyarakat global yang menawarkan ruang baru yaitu *cyberspace*, realitas baru yaitu realitas *virtual*, komunitas baru yaitu *virtual community*.¹⁹

Pendekatan teori *instrumentalis* dan pendekatan teori *substantif* dapat diterapkan dalam pembuatan kebijakan atau regulasi. Teori Instrumentalis memberikan pendekatan yang konservatif, kaku dan melihat ke belakang (*backward-looking*) dalam pembuatan kebijakan atau regulasi. Pendekatan ini

¹⁷Andrew Feenberg, *Critical Theory of Technologi*, dikutip dalam Agus Rahardjo, *Pencegahan Cybercrime Melalui Pengembangan Prinsip Pertanggungjawaban Pidana Bagi Pengguna Internet*” dalam seminar Membangun Sistem Hukum Pidana Berbasis Budaya Hukum Nasional, FH UNSOED, Purwokerto, 29 Juni 2013, hlm. 5.

¹⁸Ibid.,

¹⁹ Ibid., hlm. 6.

disebut pendekatan “teknologi adalah hukum” (*technology is law*). Menurut teori Instrumental, perkembangan teknologi harus dilihat secara netral dan terpisah dari kepentingan politik, sosial dan budaya. Dengan demikian pendekatan dengan menggunakan teori ini akan menekankan kebutuhan untuk mengikuti hukum yang telah ada dengan menjaga konsistensi dan kepastian hukum dalam rangka menjaga nilai dan kepentingan masyarakat. Pembuat kebijakan atau regulasi akan berusaha keras untuk mengidentifikasi kepentingan atau nilai baru yang timbul akibat perkembangan teknologi. Masalah yang muncul adalah ketika pembuat kebijakan tidak berhasil mengidentifikasi dan hal ini akan menimbulkan kekosongan hukum. Selain itu, mengutamakan pendekatan ini akan mengakibatkan hukum selalu tertinggal di belakang dan tidak dapat mensejajarkan posisi sesuai dengan perkembangan teknologi.

Sedangkan pendekatan *substantif* memberikan pendekatan yang fleksibel, liberal dan melihat ke depan (*forward-looking*) dalam pembentukan kebijakan atau regulasi. Pendekatan ini disebut sebagai pendekatan “hukum adalah teknologi” (*law is technology*). Perkembangan teknologi tidak terpisahkan dari proses ekonomi, politik dan sosial. Oleh karena itu kebijakan atau regulasi perlu disesuaikan dengan perkembangan teknologi. Perubahan kebijakan sesuai dengan perkembangan teknologi merupakan upaya untuk menjaga kepentingan atau nilai masyarakat yang juga berkembang seiring dengan penerapan teknologi baru. Melalui pendekatan ini, pembuat kebijakan atau regulasi melihat kebutuhan untuk mentransformasi hukum dengan menerapkan metode atau cara pandang baru sesuai dengan perkembangan teknologi yang ada. Kelemahan pendekatan ini adalah prinsip-prinsip hukum yang telah ada dapat menjadi rusak dan tidak konsisten lagi. Selain itu hukum yang mengikuti perkembangan teknologi akan cepat berubah berakibat kepada semakin besarnya ketidakpastian hukum.

Para pelaku penyalahgunaan internet pada umumnya anak-anak muda (generasi muda) dengan istilah sebagai “anak kandung media sosial”. Mereka bisa dengan pedas mem-*bully* politikus yang dianggap tidak becus memimpin. Sebaliknya juga mereka bisa dengan lekas memuja politikus yang mereka sukai tanpa pretense politik. Mereka bisa bergegas berpindah dari satu isu ke isu lain

dengan riangnya. Generasi ini sangat dinamis, labil tak terduga, berpindah-pindah dan bertahan seketika melekat padanya.²⁰

Kasus-kasus penyalahgunaan internet banyak bermunculan diantaranya kasus yang menimpa Muhammad Arif Buwono (17 tahun) yang diadili Pengadilan Negeri Yogyakarta dan dijatuhi hukuman karena menebalkan tulisan “*Jogja Ora Didol*” yang dibuat seniman sebelumnya dihapus petugas. Kasus yang terbaru adalah “Kasus Florence” yang sempat ditahan polisi menjadi perhatian media dalam negeri dan media asing. Kasus-kasus pelanggaran penyalahgunaan internet setelah lahirnya ITE justru banyak menimbulkan “korban” penegakan hukum dari aparat penegak hukum yaitu menimbulkan “keresahan” dan “ketidakadilan” bagi masyarakat.

2. Konsep hukum sebagai *judge made law* untuk diterapkan dan diimplementasikan hakim dalam menyelesaikan kasus-kasus penyalahgunaan internet yang berkeadilan

Akhir abad ke-20 memasuki awal millennium, dunia dikejutkan oleh banyaknya temuan baru dalam bidang sains monumental diantaranya teori kuantum modern, teori *relativistik* juga teori *chaos* dan *fraktal*. Teori-teori tersebut telah mengubah cara pandang manusia tentang alam semesta. Segala sesuatu yang awalnya dianggap sangat jelas dan pasti berubah secara total. Sementara itu perkembangan teknologi telah memicu lahirnya realitas *artificial* (buatan) yang disebut *cyberspace*. Munculnya *cyberspace* telah mengubah makna tatanan dunia. Persoalan sosial kemanusiaan, ekonomi, politik, kesehatan, sains, dan teknologi dijalin menjadi sebuah *network* (jaringan) dan tidak bersifat sektoral, setiap aspek kehidupan saling berinteraksi, berkorelasi dan saling berpengaruh dalam sebuah jaring kehidupan. Dengan kata lain *cyberspace* telah mengubah makna realitas yang dipahami selama ini tidak saja dalam makna simbolik tetapi juga makna realitas materialnya misalnya makna masyarakat, interaksi sosial, komunikasi, budaya dll.

²⁰Amir Sodikin dan Wisnu Nugroho. *Mengejar Generasi Pedas, Lelas dan Bergegas* dalam Tinjauan Kompas Menatap Indonesia 2014, Tantangan, Prospek Politik dan Ekonomi Indonesia. Kompas Media Nusantara. Jakarta. 2014. hlm. 145.

Perkembangan signifikan terjadi pula pada ilmu hukum, sebagai reaksi terhadap pandangan sistem-mekanik-formal-legalistik yang dibangun positivisme hukum diantaranya teori *chaos* dalam hukum.²¹Teori *chaos* mengatakan, teori hukum yang harus dipahami sebagai teori system-mekanis (menurut pandangan positivism hukum) jelas merupakan kekeliruan yaitu kekeliruan sejak awal memotret realitas hukum. Menurut **Charles Stampford**, kaum positivism hukum telah memaksakan model pendekatan yang digunakan dalam ilmu kealaman terhadap ilmu-ilmu sosial, sehingga terjadi reduksi realitas yang luar biasa. Dalam teori *chaos* realitas hukum harus dipahami, dihayati dan dimaknai secara mendalam karena hanya melalui cara tersebut, realitas hukum yang sesungguhnya dapat diungkap.²²

Perkembangan teknologi informasi yang pesat dimungkinkan karena adanya globalisasi yang terjadi dalam masyarakat berdampak pula terhadap peranan dan pengaturan melalui hukum. Perubahan tersebut juga mempengaruhi perkembangan pendekatan-pendekatan terhadap hukum dimana teori formal, positivistis hanya sesuai dengan masyarakat yang berada dalam keadaan yang relatif stabil.²³

Perkembangan teknologi informasi pada masyarakat di dunia menjalar sangat cepat ke negara lain berkat adanya komunikasi modern. Perubahan-perubahan di dalam masyarakat dapat mengenai nilai-nilai sosial, pola-pola

²¹Dalam ilmu hukum, pendekatan ini baru muncul dalam beberapa literatur pada akhir abad ke-20. Adapun yang menggunakan pendekatan ini diantaranya Charles Stampford dalam bukunya *The Disorder of Law: A Critique of Legal Theori*, New York, USA: Basil Blackwell, 1989, Satjipto Rahardjo dalam makalah Seminar Nasional :*Menggugat Pemikiran Hukum Positivistik di era Reformasi*, Semarang, Undip 22 Juli 2000. Lihat dalam : Anthon F. Susanto, *Ilmu Hukum Non Sistematis Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum*, Yogyakarta, Genta Publishing, 2010, hlm.9.

²²*Ibid.* hlm. 11.

²³Pandangan positivisme hukum telah menimbulkan pengaruh terhadap aspek *ontologi, epistemologi* dan *aksiologi* yang pada akhirnya menyebabkan ilmu hukum terkucil dari realitas perkembangan keilmuan dewasa ini. Perkembangan teknologi telah memicu lahirnya realitas *artificial* (buatan) yang disebut *cyberspace*. Munculnya *cyberspace* telah mengubah makna tatanan dunia semacam kampung global (*global village*). Selain itu *cyberspace* juga telah mengubah makna realitas yang dipahami selama ini. Realitas mengalami *dekonstruksi* besar-besaran yaitu tidak hanya makna simbolik tetapi juga makna realitas materialnya misalnya interaksi sosial, komunikasi, budaya dan lain-lain; lihat dalam Anthon F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematis Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*, Yogyakarta :Genta Publishing, 2010, hlm.8.

perikelakuan, organisasi, susunan lembaga-lembaga kemasyarakatan, lapisan-lapisan dalam masyarakat, kekuasaan dan wewenang, interaksi sosial dsb.²⁴

Dengan demikian, proses *cybernation* dalam jagat raya *cyberspace* menimbulkan harapan akan kemudahan, kesenangan dan kesempatan ternyata tidak selamanya demikian. Hal ini dikarenakan dalam *cyberspace* juga terdapat persoalan hukum yang muncul diantaranya *cybercrime*²⁵ dengan berbagai macam bentuknya. Sebagaimana diungkapkan **Nazura Abdul Manap** yang membedakan tipe-tipe *cyber crime* menjadi 3 (tiga) yaitu:

1. *Cyber crime* against meliputi *theft* (berupa: *theft of information, theft of propoery* dan *theft of services*), *fraud/cheating, forgery* dan *mischief*;
2. *Cyber crimes against persons*, meliputi: *pornografi, cyberharassment, cyber stalking* dan *cyber-trespass*. *Cyber-trespass* meliputi: *spam E-mail, Hacking a Web Page* dan *Breaking into Personal Computer*;
3. *Cyber-terrorism*²⁶.

Adapun ruang lingkup *cyber law*²⁷ sebagai berikut:

1. Hak cipta (*copy right*);
2. Hak merek (*trade mark*);
3. Pencemaran nama baik (*defamation*);
4. Fitnah, penistaan, penghinaan (*hate speech*);
5. Serangan terhadap fasilitas komputer (*hacking, viruses, illegal acces*);
6. Pengaturan sumber daya internet seperti *IP address domein name* dll;

²⁴Soerjono Soekanto, 1999, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, ctk Kesembilan, Jakarta : Rajawali Pers, hlm.88.

²⁵*Cyber crime* adalah kejahatan yang dilakukan oleh seseorang atau kelompok orang dengan pemanfaatan jasa komputer atau internet. Kejahatan ini dapat dilakukan dengan tanpa mengakses atau melakukan penetrasi terhadap sistem dengan mengambil program orang lain untuk keperluan jahat. *Cyber crime* merupakan salah satu bentuk atau dimensi baru dari kejahatan masa kini yang mendapat perhatian luas dunia Internasional. *Cybercrime* merupakan sisi gelap dari kemajuan teknologi yang mempunyai dampak sangat luas bagi seluruh bidang kehidupan modern saat ini :“*Cyber crime is a real and growing theat to economic and social development around the world. Information teknologi touches every aspect of human life and so can electronically enabled crime*”, lihat dalam Abdul Manan, *Aspek-aspek Pengubah Hukum*, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, 2013, hlm. 177.

²⁶Sebagaimana dikutip dari D.Y. Witanto, *Problematika Penanganan Cyber Crime Dalam Perspektif Asas Teritorial Di Indonesia*, Varia Peradilan No. 321 Agustus 2012, hlm.74.

²⁷*Ibid.* hlm. 75.

7. Kenyamanan individu (*privacy*);
8. Prinsip kehati-hatian (*duty care*);
9. Tindakan kriminal biasa yang menggunakan TI sebagai alat;
10. Isu prosedural seperti yurisdiksi, pembuktian, penyidikan dll.;
11. Kontrak/transaksi elektronik dan tanda tangan digital;
12. Pornografi termasuk pornografi anak;
13. Pencurian melalui internet;
14. Perlindungan konsumen;
15. Pemanfaatan internet dalam aktivitas keseharian manusia seperti *e commerce*, *e-government*, *e-education* dan sebagainya.

Teknologi informasi memungkinkan setiap orang dimanapun dapat melakukan hubungan hukum dengan orang lain. Perkembangan tersebut memerlukan hukum untuk mengatur perilaku manusia, memecahkan masalah-masalah yang muncul dan menjadi pedoman dalam bertindak laku. Hukum sendiri dituntut untuk dapat mengikuti perkembangan jaman. Akan tetapi muncul persoalan kecepatan yang dimiliki hukum tak sebanding dengan kecepatan teknologi informasi itu sendiri. Kesan selanjutnya yang muncul adalah hukum selalu tertinggal dalam mengatur aktivitas perilaku manusia.

Ketertinggalan hukum bukan merupakan indikasi bahwa hukum termarginalisasi akan tetapi ada beberapa hal yang menyebabkannya. **Pertama**, perbedaan kepentingan dan kemauan politik dari badan pembuat hukum merupakan kendala yang tidak mudah untuk dicarikan titik temunya. **Kedua**, proses pembuatan undang-undang (dari aspek prosedural) membutuhkan waktu yang tidak sedikit padahal perkembangan teknologi berkembang sangat cepat sehingga dengan proses yang demikian lama menyebabkan hukum yang terbentuk menjadi usang dari sisi teknologinya. **Ketiga**, hukum memerlukan kepastian dan ketepatan (dari aspek substansi atau materi yang hendak diatur) sehingga membuat hukum yang memiliki sifat yang demikian bukanlah pekerjaan yang mudah.²⁸

²⁸Agus Rahardjo, *Model Hibrida Hukum cyberspace...*, *Op. Cit.*, hlm. 11.

Sebagaimana telah diuraikan dalam bahasan sebelumnya bahwa ada dua pendekatan atau teori yang berkaitan dengan pengaturan hukum tentang dunia siber yang virtual (*cyberspace*) yaitu teori instrumental dan teori substantif. **Langdon Winner** berpendapat bahwa internet ialah milik bersama sehingga setiap orang memiliki hak penuh untuk berada di dalam dunia siber, termasuk berinteraksi di dalamnya. Oleh karena itu, pemerintah tidak perlu campur tangan dengan membuat regulasi yang membatasi kebebasan mereka. Bahkan teknologi akan berkembang apabila pemerintah tidak mengontrol teknologi dan apabila halangan-halangan terhadap *free market competition* dihilangkan.

Namun pada kenyataannya masyarakat yang ada di dunia *virtual* adalah masyarakat yang berasal dari dunia nyata. Masyarakat mempunyai nilai dan kepentingan baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama yang harus dilindungi. Karakteristik internet yang *borderless* dan *ubiquitous* serta transaksi yang dapat dilakukan secara anonim membutuhkan pengaturan. Selain itu walaupun terjadi di dunia virtual, transaksi yang dilakukan masyarakat memiliki pengaruh dalam dunia nyata baik secara ekonomis maupun non ekonomis. Hak dan kewajiban seseorang dapat berpindah secara elektronik melalui internet.

Cockfield dan **Pridmore**, mendalilkan perlunya dikembangkan sintesa dari teori mainstream hukum dan teknologi yaitu teori instrumental dan teori substantif yang dapat digunakan dalam pembentukan regulasi yang berkaitan dengan dunia siber dengan 2 (dua) tahapan analisa sebagai berikut: **Tahap Pertama:** pembuat regulasi harus menentukan apakah perkembangan suatu teknologi telah mengganggu atau merusak kepentingan atau nilai yang telah diatur oleh hukum yang ada. Yang dimaksud dengan kepentingan atau nilai yang telah diatur oleh hukum yang ada misalnya kepastian hukum dalam bisnis atau perlindungan terhadap penemu. Tahap ini menggunakan pendekatan teori instrumental dengan cara melihat bahwa hukum yang telah ada cukup untuk menyesuaikan dirinya dengan perkembangan teknologi. Apabila dari hasil analisa tersebut pembuat regulasi meyakini bahwa kepentingan atau nilai yang telah dilindungi hukum yang ada tidak terganggu maka pembuat regulasi tidak perlu

membentuk regulasi yang baru untuk menanggapi perkembangan teknologi yang dikuatirkan tersebut.

Namun apabila hasil analisa tersebut di atas meyakini bahwa kepentingan yang dimaksud menjadi terganggu akibat perkembangan teknologi itu, pembuat regulasi perlu melakukan **Tahap Kedua** yaitu: memeriksa dengan cermat ruang lingkup teknologi yang berubah itu dan dampak yang mungkin ditimbulkan oleh teknologi tersebut dan membentuk regulasi untuk melindungi kepentingan atau nilai itu dengan tetap diusahakan sedapat mungkin selaras dengan hukum yang ada. Pada **Tahap Kedua** ini diterapkan teori *substantive* dengan pendekatan melihat ke depan (*forward-looking*) artinya pembuat regulasi yang baru untuk melindungi kepentingan yang terganggu akibat perkembangan teknologi. Dengan demikian pembentukan regulasi harus dilakukan dengan cermat dengan mempertimbangkan: teknologi yang berkembang, hukum yang telah ada, kepentingan atau nilai yang telah dan akan dilindungi dan hukum yang diperlukan.

Dalam rangka pencegahan penyalahgunaan internet, pemerintah bereaksi dengan membuat peraturan perundang-undangan yaitu Undang-undang Nomor 11 Tahun 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Namun undang-undang ini masih banyak kelemahan terutama dengan sifatnya sebagai *umbrella act* sehingga tidak dapat menjangkau *cybercrime* yang bersifat baru dan detail.²⁹

Terkait dengan pembentukan dan perubahan hukum terhadap *cybercrime* yang akan dilaksanakan di Indonesia, terdapat perbedaan pendapat ahli hukum di Indonesia. Ada pakar hukum pidana yang tidak setuju terhadap rumusan baru tentang kejahatan yang dilakukan oleh *cyber crime* sebab rumusan itu akan sia-sia sebab akan selalu ketinggalan zaman karena cepatnya perkembangan teknologi dewasa ini. Sementara itu peraturan perundang-undangan yang lama (tradisional) masih dapat dipergunakan, oleh karena itu perlu menghemat energi dalam menyusun peraturan baru tersebut. Sementara itu para ahli hukum pidana yang lain mengatakan bahwa dalam menghadapi *cyber crime* ini, pemerintah

²⁹Agus Raharjo, *Pencegahan Cybercrime...*, *Op.Cit.*, hlm. 8.

harus segera membuat peraturan perundang-undangan baru yang khusus dengan mempertimbangkan tata urutan yang telah berlaku secara internasional.³⁰

Indonesia masih menyamakan dan menganalogikan jenis *cybercrime* itu ke dalam bentuk kejahatan tradisional. Kedua jenis kejahatan ini memiliki perbedaan yang cukup signifikan baik cara maupun dampak yang ditimbulkan. Sebagaimana diungkapkan **Brenner** bahwa:

*“First, though it is carried out by a small percentage of the population of a society (or of the world, since for surpassing what they could achieve in the real-world where one-to-one victimization and serial crimes are the norm. Consequently, the number of cybercrimes will exponentially exceed real-world crimes. Second, cybercrime is additional to the real-world crime with which law enforcement must continue to deal; people will still rape, rob and murder. These two factors combine to create an overload; law enforcement’s ability to react to cybercrime erodes because the resources that were minimally adequate to deal with realworld crime alone are totally inadequate to deal with cybercrime and real-world crime in combination.”*³¹

Sehubungan sifat internet yang terbuka dan pelakunya memiliki keterampilan tinggi sehingga ketika melakukan kejahatan tangan-tangan mereka tidak terlihat (*invisible handshake*). Sedangkan kejahatan tradisional memiliki ruang lingkup, skala, waktu dan tempat terbatas maka penegak hukum dapat segera bereaksi secara tepat.

Permasalahan *cybercrime* tidak bisa didekati melalui pendekatan kriminalisasi saja atau menggunakan pendekatan model reaktif (*crime control model*) melalui peradilan pidana dan dilakukan oleh polisi. Model ini tidak cukup efektif untuk mencegah *cybercrime*. Hal ini dikarenakan karakteristik internet dimana bukti fisik mudah hilang atau mudah hancur. Dengan kata lain penggunaan aktivitas formal (*affirmative model*) tidak cocok untuk menangani *cybercrime*.

³⁰*Ibid.*,

³¹Susan W. Brenner, “*Distributed Security : Moving Away from Reactive Law Enforcement*” dikutip dari Agus Rahardjo, *Pencegahan cybercrime... Op.Cit.*, h. 8.

Hal inipun terjadi apabila menggunakan *due process model*; dikarenakan model ini menekankan pada kekuasaan yang dominan adalah kekuasaan yudikatif dan selalu mengacu pada konstitusi. Model ini cocok untuk kepastian hukum akan tetapi tidak cocok untuk mencegah penyalahgunaan internet secara *illegal* dimana jenis kejahatan ini memiliki kecepatan dan mobilitas yang tinggi.

Model pencegahan penyalahgunaan internet untuk aktivitas illegal yang dikembangkan adalah model pencegahan *cybercrime* dengan berbasis pada pengguna internet sendiri (*prevention based by user*). Dengan demikian tumpuan dalam mencegah *cybercrime* bukan pada pemerintah, polisi, peradilan, akan tetapi pada pengguna internet. Model ini lebih mengandalkan rasa tanggung jawab bagi dirinya sendiri dan lebih luas lagi bagi masyarakat akan rasa aman menggunakan internet.

Selain perlu kerjasama efektif yang harus dilakukan secara intern dalam negara masing-masing, diperlukan juga kerjasama antar negara. Hal ini sejalan dengan perkembangan dunia hukum Internasional dalam mencegah *cybercrime*. Salah satunya rekomendasi PBB dalam kongres ke VIII (*Eight Congress on Prevention of Crime and Treatment of Offenders*) yang membahas perkembangan industri informasi Internasional yaitu:

1. Menghimbau negara anggota untuk mengintensifkan upaya-upaya preventif dalam menanggulangi penyalahgunaan komputer dengan tindakan sebagai berikut:
 - a. Melakukan modernisasi hukum pidana formil maupun materiil;
 - b. Tindakan pencegahan dan pengamanan komputer;
 - c. Meningkatkan kepekaan warga masyarakat dan aparat penegak hukum terhadap pentingnya pencegahan kejahatan komputer;
 - d. Training atau pelatihan bagi penegak hukum, khususnya mendalami kejahatan ekonomi dan *computer crime*;
 - e. Dalam kerangka edukasi, etika penggunaan komputer menjadi kurikulum bidang studi informatika (*rules of ethic*);
 - f. Mengadopsi kebijakan perlindungan korban kejahatan komputer (*victim protection*) serta menyadari pentingnya korban untuk melapor;

2. Para negara anggota untuk berpartisipasi aktif dalam forum internasional yang menyangkut pencegahan kejahatan komputer;
3. Merekomendasikan pada *Committee on Crime Prevention Control (CCPC)* yang merupakan unit PBB untuk melakukan diseminasi membantu negara anggota dalam menghadapi kejahatan komputer. Mempertimbangkan kasus kejahatan komputer dalam hal mengimplementasikan perjanjian ekstradisi di bidang *cybercrime*.³²

Berbagai rekomendasi berupa langkah-langkah yang seharusnya dilakukan dalam rangka pencegahan kejahatan secara elektronik telah dikeluarkan berbagai organisasi Internasional. Pada prinsipnya bahwa perlu penanganan secara komprehensif yang meliputi:

1. Perlu diformulasikan *code of conducts* terhadap *cybercrime*;
2. Memerlukan kepedulian semua pihak, baik *users*, penegak hukum serta masyarakat secara luas;
3. Perlu komitmen dalam bentuk kerjasama internasional dalam mencegah *cybercrime*;
4. Belum ada suatu peraturan komprehensif untuk menuntaskan tindak kejahatan tersebut;
5. *Cybercrime* hanya dapat ditangani atau dicegah dengan teknologi tinggi dan keterampilan penegak hukum dan memahami IT (*information technology*).³³

Dalam rangka mencegah *cyber crime* tidak cukup hanya satu model pencegahan, akan tetapi diperlukan beberapa macam model pencegahan. Sebagaimana pendapat **Barda Nawawi Arief**³⁴ bahwa penggunaan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan hanya merupakan *kurieren am symptom*. Hal ini dikarenakan hukum pidana hanya merupakan pengobatan *simptomatik* dan bukan pengobatan kausatif. Dengan demikian penggunaan beberapa macam

³²Ade Maman Suherman, 2005, *Aspek Hukum Dalam Ekonomi Global*, ctk. Kedua, Jakarta : Ghalia Indonesia, hlm. 196.

³³*Ibid.*, hlm. 198.

³⁴Barda Nawawi Aries, 1998, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bakti, hlm. 47.

model penanggulangan kejahatan dapat mengatasi keterbatasan hukum pidana dalam menanggulangi *cybercrime*.

Berkaitan dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang menimbulkan permasalahan di bidang hukum, aparat penegak hukum yaitu hakim dapat menggunakan kekuasaan yang lebih luas sebagai “*judge made law*”. Apabila perundang-undangan tidak mempunyai jawaban dan tidak pula ada putusan pengadilan mengenai perkara yang sejenis yang akan diputuskan maka hakim akan mencari jawabannya pada pendapat sarjana hukum. Jika pendapat ahli hukum tidak diketemukan untuk dijadikan pedoman oleh hakim untuk memutus perkara, maka hakim dibenarkan untuk menemukan hukum dengan jalan interpretasi dan konstruksi hukum, kalau perlu mengadakan *contra legem* terhadap pasal-pasal peraturan perundang-undangan yang telah ada. Dengan demikian hakim dapat menjawab segala masalah hukum baru yang muncul. Dengan kata lain, hakim dituntut aktif (*judicial activism*)³⁵. Hakim harus berperan aktif dalam rangka mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis.

Peran seorang hakim dalam mewujudkan keadilan bagi masyarakat juga sangat penting sebagaimana ungkapan **Bismar Siregar** sebagai berikut:

“...agar mata, hati dan telinga hakim terbuka terhadap berbagai tuntutan yang berkembang dalam masyarakat. Dengan demikian dalam melaksanakan kewajibannya ia tidak hanya berdasarkan hukum tetapi berdasarkan keadilan ...Masih banyak hakim yang menjabarkan hukum secara harfiah dan mengabaikan tujuan hukum yang sebenarnya. Tujuan hukum yang sebenarnya tidak harus dirumuskan dalam kata-kata tetapi dapat dipahami dan dihayati karena bersumber pada hati nurani.”³⁶

Seorang hakim dalam memberikan putusan perlu memperhatikan faktor yang seharusnya diterapkan secara proporsional yaitu: keadilan (*gerechtigheit*), kepastian hukum (*rechtssicherheit*) dan kemanfaatan (*zweckmassigkeit*)³⁷. Dalam

³⁵ Lihat Pasal 5 ayat (1) yang berbunyi : Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

³⁶ Bismar Siregar, *Hukum Hakim Dan Keadilan Tuhan*, Gema Insani Press, Jakarta, 1995, hlm.35.

³⁷ Sudikno Mertokusumo, 2014, *Penemuan Hukum*, ctk kelima, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, hlm. 118.

praktik jarang terdapat putusan yang mengandung tiga unsur itu secara proporsional. Apabila tidak dapat diusahakan kehadirannya secara proporsional maka keadilan yang harus didahulukan.³⁸

Karakteristik penyalahgunaan internet tersebut menjadi kondusif untuk melakukan *judicial activism*. Dalam kondisi dan sistem hukum yang sedemikian ini, sangat perlu dirasakan adanya *judicial activism* di kalangan para hakim untuk mengisi kekosongan hukum dalam menggapai keadilan dalam masyarakat. Dalam melaksanakan tugas, seorang hakim melalui metode dan berbekal peralatan-peralatan dalam kotak kerja³⁹, hakim harus berperan aktif untuk mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis.

Hakim dalam melaksanakan tugas selain diharapkan lebih aktif atau proaktif⁴⁰ dalam tugas, juga kreatif dan inovatif. Hal ini dikarenakan bahwa hukum berubah dan berkembang tidak terlepas dari dinamika sosial dengan segala kepentingan yang sesungguhnya berada di belakang hukum. Oleh karena itu tugas hakim menjadi lebih kompleks tidak hanya sekedar penerap undang-undang. Sebagaimana menurut pandangan Kaum Klasik yang dikemukakan oleh **Montesquieu** dan **Immanuel Kant** bahwa hakim dalam menerapkan undang-

³⁸ Tidak jarang terjadi kepastian hukum bertentangan dengan keadilan. Kalau dalam pilihan putusan sampai terjadi konflik antara keadilan, kepastian hukum serta kemanfaatan maka keadilan yang harus didahulukan, Sudikno Mertokusumo, *Ibid.* Sedangkan **Thomas Aquinas** menyatakan bahwa esensi hukum adalah keadilan, oleh karena itu hukum harus mengandung keadilan, hukum yang tidak adil bukanlah hukum itu sendiri. **Bismar Siregar** mengatakan bahwa hakim wajib menafsirkan undang-undang agar undang-undang berfungsi sebagai hukum yang hidup (*living law*) karena hakim tidak semata-mata menegakkan aturan formal tetapi harus menemukan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Lihat dalam Bambang Sutyoso, ctk keempat, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, 2012, hlm.13.

³⁹ Kotak peralatan kerja yang berisi segala keperluan kerja yang dimiliki, lihat Paulus Efendi Lotulung, *Hukum Tata Usaha Negara Dan Kekuasaan*, Salemba Humanika, Yogyakarta, 2013, hlm. 101.

⁴⁰ Istilah hakim harus proaktif didasarkan pada pemikiran realisme dalam ilmu hukum yang meyakini bahwa meskipun hukum adalah sesuatu yang dihasilkan melalui proses yang dapat dipertanggungjawabkan secara logika imperatif namun *the life of law has not been logic, it is (socio-psychological) experience*. Hakim yang bekerja haruslah “proaktif” membuat putusan untuk menyelesaikan perkara dengan memperhatikan kenyataan-kenyataan sosial. Dengan demikian putusan hakim selalu dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat, lihat dalam Sulistyowati Irianto, *Hukum Yang Bergerak Tinjauan Antropologi Hukum*, Jakarta, Yayasan Obor Indonesia, 2009, hlm. 80.

undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan peranannya secara mandiri. Hakim hanyalah penyambung lidah atau corong undang-undang (*bouche de la loi*)⁴¹ sehingga tidak dapat mengubah kekuatan hukum undang-undang, tidak dapat menambah dan tidak pula dapat mengurangi⁴².

Dengan demikian peran aktif dari Hakim dilakukan melalui pertimbangan-pertimbangan dalam putusan dalam rangka mewujudkan keadilan sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang berkembang dinamis. Pelaksanaan *judicial activism* oleh hakim tersebut dilakukan dengan melakukan penemuan hukum. Penemuan hukum adalah proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkrit (*das sein*) tertentu. Hakim selalu dihadapkan pada peristiwa konkrit, konflik atau kasus yang harus diselesaikan atau dipecahkan dan untuk dicari hukumnya. Dengan demikian problematik yang berhubungan dengan penemuan hukum pada umumnya melekat pada profesi hakim. Selain itu hasil penemuan hukum oleh hakim merupakan hukum karena mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum karena dituangkan dalam bentuk putusan. Adapun hasil penemuan hukum oleh hakim itu merupakan juga sebagai sumber hukum.⁴³ Penemuan hukum telah dikenal sejak lama yaitu dimulai abad 19 dengan ajaran penafsiran hukum yang dikenal dengan hermeneutik yuridis. *Hermeneutika* diartikan sebagai ilmu penafsiran.⁴⁴

Problematik yang berhubungan dengan penemuan hukum pada umumnya terjadi pada profesi hakim. Hal ini dikarenakan setiap hari hakim dihadapkan pada peristiwa konkrit atau konflik untuk diselesaikan. Hasil penemuan hukum

⁴¹ Lihat dalam Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, ctk.kelima, Universitas Atma Jaya : Yogyakarta, 2014, hlm.52.

⁴² Sebagaimana pendapat **Montesquieu**, undang-undang adalah satu-satunya sumber hukum positif. Oleh karena itu demi kepastian hukum, kesatuan hukum serta kebebasan hakim, hakim harus ada di bawah undang-undang, *Ibid.*,

⁴³ Sudikno Mertokusumo. *Penemuan Hukum*, Ctk. Kelima, Yogyakarta, Universitas Atma Jaya, 2014, h. 50.

⁴⁴ *Hermeneutika* adalah teori tentang bekerjanya pemahaman dalam menafsirkan teks, dalam Paul Ricoeur : *Hermeneutika Ilmu Sosial*, ctk. Ke empat, Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2012, hlm. 57. Terjemahan dari Paul Ricoeur, *Hermeneutics and the human sciences*, Cambridge University Press, 1981, Penerjemah Muhammad Syukri.

oleh hakim merupakan hukum karena mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum karena dituangkan dalam bentuk putusan (*judge made law*).

Penemuan hukum dikenal dalam dalam praktek peradilan setelah dalam perundang-undangan terutama yang mengatur tentang kekuasaan kehakiman secara substansial mengatur mengenai beberapa ketentuan yang memungkinkan kegiatan penemuan hukum itu dilakukan.⁴⁵

Penemuan hukum oleh hakim tidak hanya menyangkut penerapan peraturan-peraturan hukum terhadap peristiwa konkrit tetapi juga penciptaan hukum dan juga pembentukan hukum. Hakim jika menghadapi "*Hard Cases*", diharapkan dengan segala keilmuannya dan kebijakannya dengan memperhatikan dan mendasarkan bukti-bukti yang ada, pendapat para ahli, ajaran, norma-norma yang hidup dalam masyarakat yang dikaitkan dengan berbagai ketentuan hukum yang berkeadilan, berkepastian dan berkemanfaatan dapat melakukan penemuan hukum. Hasil penemuan hukum merupakan sebuah hukum karena mempunyai kekuatan mengikat yang dituangkan dalam bentuk putusannya, apalagi jika diikuti dan diterima oleh hakim yang lain dan masyarakat pada umumnya. Penemuan hukum oleh hakim juga sekaligus merupakan sumber hukum juga.⁴⁶ Hakim dengan kewenangan yang luas sebagai "*judge made law*" dalam

⁴⁵ Pasal-pasal yang berkaitan dengan tugas dan kewajiban seorang hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara yaitu Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yaitu:

- a. Pasal 1 butir 1 : Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.
- b. Pasal 2 ayat (1): Peradilan dilakukan "DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA".
- c. Pasal 2 ayat (2) yang menyatakan: Peradilan Negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.
- d. Pasal 3 ayat (1) : Dalam menjalankan tugas dan fungsinya, hakim dan hakim konstitusi wajib menjaga kemandirian peradilan.
- e. Pasal 4 ayat (1) : Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang.
- f. Pasal 5 ayat (1) : Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.
- g. Pasal 10 ayat (1) : Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

⁴⁶ Bambang Sutiyoso, *Op. Cit.*, hlm. 65.

menghadapi kasus-kasus yang terkait dengan informasi dan teknologi dapat berperan aktif dalam rangka mewujudkan keadilan bagi masyarakat yang berkembang dinamis agar dapat melindungi dan mengayomi korban yang berkaitan dengan Penyalahgunaan Teknologi dan Informasi di era modern.

D. Simpulan

1. Penegakan hukum adalah sebuah tugas yang diemban oleh aparat penegak hukum. Tugas penegakan hukum sesungguhnya adalah tugas “mendistribusi” keadilan. Dengan kata lain aparat hukum melalui penanganan suatu kasus melakukan distribusi keadilan bagi negara/masyarakat, korban dan juga pelaku. Pelayanan aparat penegak hukum diwujudkan dalam penegakan hukum yang bernilai dan bermanfaat bagi masyarakat dan pencari keadilan. Penegakan hukum yang adil dapat dilakukan oleh hakim melalui putusan hakim dalam kerangka pengertian hukum sebagai “*judge made law*” yang berkeadilan;
2. Hukum yang ada (*the existing law*) memiliki keterbatasan kemampuan dalam memecahkan persoalan yang ditimbulkan oleh perkembangan teknologi informasi. Keterbatasan kemampuan tersebut dapat dilihat dalam efektivitas peraturan yang ada ketika dioperasikan dalam masyarakat yaitu tidak memenuhi rasa keadilan masyarakat. Dengan demikian perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang menimbulkan permasalahan di bidang hukum, aparat penegak hukum *in casu* hakim dapat menggunakan kekuasaan yang luas sebagai *judge made law*.

E. Rekomendasi

1. Hakim sebagai “*pars prototo*” dalam penegakan hukum harus lebih aktif, kreatif, proaktif dan inovatif mendistribusikan keadilan bagi masyarakat.
2. Hakim dalam memberi putusan selalu meningkatkan bekal “ilmu pengetahuan” dan “pengalaman” dalam rangka “*fresh judgement*”.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Anthon F. Susanto. 2010.*Ilmu Hukum Non Sistematis Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Abdul Manan. 2013.*Aspek-aspek Pengubah Hukum*. Jakarta : Kencana Prenada Media Group.
- Amir Sodikin dan Wisnu Nugroho. 2014.*Demokrasi Era Digital Mengejar Generasi Pedas, Lelas dan Bergegas* dalam Tinjauan Kompas 2014 Tantangan, prospek politik dan ekonomi Indonesia, Jakarta: Kompas Media Nusantara.
- Ade Maman Suherman. 2005.*Aspek Hukum Dalam Ekonomi Global*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Bambang Sigap Sumantri. 2014.*Keserakahan Pasar Merusak Desentralisasi*, dalam Tinjauan Kompas 2014 Tantangan, prospek politik dan ekonomi Indonesia, Jakarta: Kompas Media Nusantara.
- Barda Nawawi Arief. 1998.*Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- Bambang Sutiyoso, 2012,*Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti dan Berkeadilan*. Yogyakarta : UII Press.
- Bernard L. Tanya. 2011. *Penegakan Hukum Dalam Terang Etika*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Soerjono Soekanto. 1999.*Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*, ctk Kesembilan, Jakarta : Rajawali Pers.
- Sudikno Mertokusumo. 2014. *Penemuan Hukum*, ctk.kelima, Yogyakarta :Universitas Atma Jaya.
- Sulistiyowati Irianto. 2009.*Hukum Yang Bergerak Tinjauan Antropologi Hukum*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia;
- Wasisto Raharjo Jati, 2013, *Pengantar Kajian Globalisasi Analisa Teori dan Dampaknya di Dunia Ketiga*, Jakarta: Mitra Wacana Media.
- Jurnal, Majalah, Website**
- Agus Raharjo, Ringkasan Disertasi, *Model Hibrida Hukum cyberspace (Studi tentang Model Pengaturan Di Indonesia*, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro Semarang 2008.

Agus Rahardjo, Makalah dengan judul: “*Pencegahan Cybercrime Melalui Pengembangan Prinsip Pertanggungjawaban Pidana Bagi Pengguna Internet*” dalam seminar Membangun Sistem Hukum Pidana Berbasis Budaya Hukum Nasional, FH UNSOED, Purwokerto, 29 Juni 2013.

D.Y. Witanto, *Problematika Penanganan Cyber Crime Dalam Perspektif Asas Teritorial Di Indonesia*, Varia Peradilan No. 321 Agustus 2012.

Kasus Florence Yogya Mendunia, <http://m.dream.co.id/news/kasus-florence-mendunia-140902.html> diakses hari Jumat 12 September 2014 pk. 20.00 WIB.

Florence Sihombing dan UUTE di Indonesia yang mengekang kebebasan berekspresi, <http://smallbusiness.yahoo.com> diakses Sabtu 13 September 2014 pk. 24.00 WIB.

J. Sitompul, *Bagaimana mengatur cyberspace*<http://warungcyber.web.id/?p=143> diakses Senin 7 Juli 2014 Pkl. 22.00 WIB.

=====