



Dr. Jaholden. S.H., M.Hum. lahir di Medan, pada tanggal 28 Desember 1964, menempuh Pendidikan di Sekolah Dasar Swasta SD Bersubsidi Mandala Medan selesai pada tahun 1977, dan terus melanjutkan SLTP Swasta Perguruan Husni Thamrin Medan selesai pada tahun 1980 dan SMA Negeri 8 Medan selesai pada tahun 1983, dan selanjutnya melanjutkan pendidikan ke perguruan tinggi pada Fakultas Hukum di Universitas HKBP Nommensen Medan dan selesai pada tahun 1990, kemudian melanjutkan Pendidikan Magister Hukum (S2) pada Pascasarjana Universitas Sumatera Utara (USU) dan selesai pada tahun 2005 dan selanjutnya menempuh Pendidikan Doktor Ilmu Hukum (S3) pada PPs Universitas Sumatera Utara (USU) dan selesai pada tahun 2018.

Beberapa pekerjaan sebagai Dosen di Fakultas Hukum Universitas HKBP Nommensen Medan Sumatera Utara, dan juga menjadi Dosen Program Pascasarjana Ilmu Hukum di Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara (UMSU) sampai dengan sekarang.



BIRCU-PUBLISHING
Budapest International Research and Critics University

REFORMULASI HUKUM PIDANA INDONESIA

REFORMULASI HUKUM PIDANA INDONESIA



Penulis :
Dr. Jaholden. S.H., M.Hum

REFORMULASI HUKUM PIDANA INDONESIA

ISBN 978-623-68930-6-7

Cetakan Pertama, Maret 2021

Hak Cipta dilindungi Undang-Undang

Dilarang memperbanyak karya tulis dalam bentuk dan dengan cara apapun tanpa ijin tertulis dari penerbit.

Isi di luar tanggung jawab penerbit

Penulis:

Jaholden

Editor:

Saiful Anwar Matondang

Tri Sandi Muji Areza

Penyunting:

M. Ridwan

Desain Sampul dan Tata Letak:

Tri Sandi Muji Areza

Penerbit:

**Budapest International Research And Critics University
(Bircu-Publishing)**

Anggota Ikatan Penerbit Indonesia (IKAPI) No. 037

Redaksi:

Jl. Perjuangan, Desa Bandar Klippa, Kecamatan Percut Sei Tuan,
Kabupaten Deli Serdang, Sumatera Utara 20371

Hp: 081375313465

Email: bukharyahmedal@gmail.com

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur penulis, ucapkan atas kuasa Tuhan Yang Maha Esa dan semua Rahmat-nya, yang telah memberikan kesempatan dan kesehatan, sehingga penulis berkesempatan untuk menuangkan beberapa gagasan dan pemikiran penulis dalam sebuah karya buku ini. Tak lupa penulis sampaikan sholawat serta salam kepada Tuhan yang Maha Esa, sebagai teladan kehidupan bagi umat manusia dan pembawa kabar gembira sekaligus peringatan bagi manusia agar senantiasa berada pada jembatan kehidupan yang lurus dibalik kompleksitas kehidupan yang ada didunia ini.

Buku ini dengan judul tentang “**REFORMULASI HUKUM PIDANA INDONESIA**”, bertolak dari hasil kajian dan kontemplasi terhadap dinamika permasalahan sistem hukum yang diterapkan di Indonesia. Buku ini setidaknya mengingatkan kita akan sejarah hukum pidana indonesia dalam dan urgensi dalam pembaharuan hukum pidana di indeonesia dan beberapa asas hukum.

Tidak hanya itu buku ini juga menceritakan tentang lembaga dalam sistem hukum pidana dan pemidanaan, dan Hukum Pidana Dalam Perkembangan Masyarakat, Kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum nasional memperoleh justifikasi tidak saja oleh instrumen nasional tetapi juga oleh berbagai instrumen internasional.

Selain itu, buku ini juga membahas pembaharuan hukum pidana juga merupakan bagian dari upaya peninjauan dan penilaian kembali pokok-pokok pemikiran atau ide-ide dasar atau nilai-nilai sosio filosofik, sosio-politik dan sosio kultural yang melandasi kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum pidana selama ini. Dan juga tentang reformulasi perbaharuan hukum yang juga meliputi Reformasi kebijakan hukum pidana tentang pengaturan hukum dan juga sebuah lembaga kontrol bagi kinerja aparat penegak hukum dalam melakukan tindakan upaya paksa di tahap pemeriksaan pendahuluan.

Pada kesempatan ini, penulis mengucapkan rasa terima kasih dan penghargaan yang mendalam bagi seluruh pihak dan rekan-rekan, yang telah mensupport penulis selama ini. Dan kepada seluruh keluarga penulis ucapkan rasa terima kasih tak terhingga terutama kepada kedua orang tua dan istri serta anak-anak penulis, atas segala bentuk dukungan, dan motivasi yang luar biasa selama ini.

Akhir kata penulis menyadari sepenuhnya bahwa buku ini masih jauh dari kesempurnaan. Karena itu, saran dan kritik yang bermanfaat dan berguna sangatlah penulis harapkan, dan juga tanggapan yang bersifat konstruktif demi penyempurnaan buku ini kedepan. Semoga buku ini bisa memberikan kontribusi dan referensi ilmiah yang bermanfaat bagi perkembangan dunia ilmu pengetahuan pada umumnya.

Medan, 8 Februari 2021
Penulis,

Dr. Jaholden, S.H., M.Hum.

DAFTAR ISI

BAB I PENDAHULUAN

A. Sejarah Perkembangan Hukum Pidana Indonesia	1
1. Hukum Pidana Masa Penjajahan Belanda	3
2. Hukum Pidana Masa Penjajahan Jepang	8
B. Berlakunya Hukum Pidana Nasional	10
C. Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat	13

BAB II PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DITINJAU DARI PERSPEKTIF TEORI HUKUM

A. Pembaharuan dan Pertanggungjawaban Hukum Pidana Menurut Para Ahli	17
B. Upaya Hukum Pidana Dalam Pembaharuan	21
C. Urgensi Pembaharuan Hukum Pidana	24

BAB III SUBJEKTIVITAS HUKUM DALAM MASYARAKAT DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL

A. Kontribusi Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional	28
B. Posisi Hukum yang Hidup dalam Masyarakat dalam Pembaharuan Hukum Pidana	31
C. Pembaruan Asas-Asas Hukum Pidana	36
1. Asas Legalitas (<i>Lex Temporis Delicti</i>)	37
2. Asas Locus Delicti	40
3. Asas Non Retroaktif	42
4. Asas Kesalahan	44

BAB IV EFEKTIVITAS PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA SAAT INI

A. Pembaharuan Konsep Hukum Pidana dan Pemidanaan Saat Ini	47
B. Kebijakan Hukum Pidana Saat Ini Dalam Upaya Pembaharuan	49
C. Perbandingan Hukum Pidana Indonesia Dengan Berbagai Negara Dalam Contoh Seperti Delik Agama.....	52
1. Kanada	53
2. Firlandia	54
3. Francis	55

**BAB V POLITIK HUKUM DALAM ARAH PEMBAHARUAN HUKUM
PIDANA DI INDONESIA**

A. Politik Hukum Pidana	57
B. Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Aspek Politik Hukum	60

DAFTAR PUSTAKA	63
-----------------------------	-----------

BAB I

PENDAHULUAN

A. Sejarah Perkembangan Hukum Pidana Indoensia

Sejarah mencatat, pembicaraan mengenai sejarah hukum pidana di Indonesia terutama dalam fase pertama sebelum datangnya penjajah Belanda, tidak dapat dilepaskan begitu saja dengan pembicaraan mengenai adanya perkara pradata dan perkara padu. Perkara pradata adalah perkara-perkara yang menjadi kewenangan dari raja-raja di kepulauan nusantara, yakni perkara yang pada umumnya membahayakan negara (mahkota), keamanan dan ketertiban negara. Sedangkan perkara padu adalah perkaraperkara yang menjadi wewenang hakim perdamaian, yakni perkaraperkara yang pada umumnya melulu menjadi kepentingan rakyat perseorangan, seperti perselisihan antara rakyat yang tidak dapat didamaikan. Hukum pradata dilukiskan dalam pelbagai Pepakem atau Kitab Undang-undang, sedangkan hukum padu adalah hukum yang tidak tertulis.¹

Pemisahan antara perkara Pradata dan perkara Padu tidaklah identik dengan pemisahan menurut sistem hukum barat, yaitu pemisahan antara hukum publik dan hukum privat. Sistem hukum adat tidak mengenal pemisahan demikian, dan sejak lebih dari dua ribu tahun yang lalu kerajaan-kerajaan di Indonesia dan persekutuan-persekutuan hidup yang lain pada saat itu telah mempunyai sistem dan asas-asas hukumnya sendiri. Hingga awal abad ke dua puluh, telah diterima hukum adat dalam khasanah ilmu pengetahuan hukum sebagai suatu sistem hukum yang berlaku di kepulauan nusantara yang berasal dari kekayaan budaya bangsa Indonesia. Oleh karena itu, dalam hukum adat tidak ada pemisahan antara hukum publik dan hukum privat secara tegas. Pembagian demikian mula-mula dilakukan oleh peneliti dan penulis asing, sehingga kemudian lahir apa yang dinamakan 'delik adat'.²

¹ Tresna, *Peradilan di Indonesia dari Abad ke Abad*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1977, hal.11

² Utrech, *Hukum Pidana I*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986, hal.8.

Pengertian tentang hukum adat, setelah mempelajari berbagai definisi hukum adat, diketahui bahwa hukum adat mempunyai beberapa karakteristik. *Pertama*, hukum yang tidak dibuat dengan sengaja; *kedua*, hukum yang memperlihatkan aspekpek kerohanian yang kuat; *ketiga*, hukum yang berhubungan erat dengan dasar-dasar dan susunan masyarakat setempat. Dikemukakan juga perjuangan Van Vollen Hoeven dan B. Terhaar telah memungkinkan bangsa Indonesia menikmati satu sistem hukum yang sesuai dengan nilai-nilai hidup serta kemasyarakatan yang mereka hayati di tengah-tengah teriakan berlakunya sistem hukum Eropa yang dasarnya adalah berbeda dengan hukum adat itu.³

Menurut Ter Haar ‘delik’ atau ‘pelanggaran’ adat itu ialah setiap gangguan dari suatu pihak terhadap keseimbangan di mana pelanggaran itu dari satu pihak atau dari sekelompok orang, berwujud atau tidak berwujud, berakibat menimbulkan reaksi adat, dan dikarenakan adanya reaksi itu maka keseimbangan harus dapat dipulihkan kembali dengan pembayaran uang atau barang. Roeslan Saleh juga menyatakan, “apabila terjadi suatu pelanggaran hukum, maka petugas hukum mengambil tindakan konkrit. Inilah reaksi adat guna membetulkan hukum yang telah dilanggar. Tidak diadakan pemisahan antara pelanggaran hukum yang memungkinkan reaksi dalam lapangan hukum pidana dan pelanggaran hukum yang hanya dapat digugat dalam lapangan hukum perdata”.⁴

Jadi hukum pidana adat merupakan susunan bulat yang sama sempurnanya dengan bagian-bagian lain dari hukum adat. Perbuatan warga masyarakat yang merusak nilai kebendaan dan batin masyarakat, meski tidak mengganggu seseorang tertentu tetap menyebabkan kepala adat harus bertindak. Sebaliknya, kalau pelanggaran berasal dari luar dan yang menjadi korban seorang warga masyarakat adat tertentu, perbuatan itu berarti pelanggaran terhadap keseimbangan antar masyarakat. Masyarakat secara keseluruhan merasa terkena akibatnya dan akan bertindak sebagai kesatuan terhadap masyarakat adat lainnya di mana palanggar

³ Satjipto Rahardjo dalam Syaiful Bakhri, *Sejarah Pembaruan KUHP & KUHP*, totalmedia P3IH UMJ, Jakarta, 2011, hal.13

⁴ Hilman Hadikusumah, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1992, hal.230-231.

berasal. Sehingga dalam hal ini perasaan hukum suatu masyarakat adat sangat berpengaruh terhadap lahirnya delik adat.

Adalah suatu kenyataan bahwa di beberapa daerah di tanah air masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum tidak tertulis yang hidup dan diakui sebagai hukum di daerah yang bersangkutan, yang menentukan bahwa pelanggaran terhadap hukum itu patut dipidana. Dalam hal ini hakim dapat menetapkan sanksi berupa pemenuhan kewajiban adat setempat. Hal ini mengandung arti bahwa standar nilai dan norma yang hidup dalam masyarakat setempat masih tetap dilindungi untuk memenuhi rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat tertentu. Keadaan seperti ini tidak akan menggoyahkan dan menjamin asas legalitas. Ketentuan seperti ini ditemukan pula dalam Konsep KUHP yang tidak sematamata mengakui asas legalitas formil tetapi juga adanya pengakuan asas legalitas materiel. Hal ini menunjukkan bahwa hukum adat masih dipertimbangkan dalam politik pembaruan hukum pidana di Indonesia.⁵

1. Hukum Pidana Masa Penjajahan Belanda

Dalam sejarah hukum pidana di Indonesia berarti mempelajari bagaimana perubahan dan perkembangan hukum pidana terjadi dari dahulu sampai sekarang. Pada masa penjajahan Belanda, pembahasan mengenai sejarah hukum pidana dapat dibagi ke dalam dua tahap, yaitu masa pemerintahan VOC dan masa pemerintahan Hindia Belanda. Pentahapan itu penting dilakukan mengingat pada masing-masing tahap itu susunan hukum yang berlaku, terutama hukum asli rakyat, terjadi perubahan penting. Pada tahap pertama, Indonesia berada di bawah kekuasaan VOC. VOC sendiri merupakan badan hukum swasta yang mengadakan usahanya di Indonesia untuk mendapatkan rempah-rempah yang pada waktu itu sangat dibutuhkan di Eropa. Sedangkan pada tahap kedua, kekuasaan diambil alih oleh pemerintah Hindia Belanda yang merupakan bentukan pemerintah Belanda dalam rangka menyelenggarakan berbagai kepentingan pemerintah Belanda itu sendiri. Jadi pemerintahan pada tahap pertama dilakukan oleh 'lembaga swasta', sedangkan

⁵ Kanter dan Sianturi, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni AHM-PTHM, Jakarta, 1982, hal.43.

pemerintahan tahap berikutnya dilakukan oleh ‘negara’. Kedua bentuk pemerintahan itu mempunyai dampak yang sangat besar terhadap sistem hukum yang berlaku di Indonesia.

a. Masa Pemerintahan VOC

VOC didirikan pada tanggal 20 Maret 1602. VOC atau sering disebut kompeni, pada mulanya merupakan persekutuan dagang dengan tujuan mencari keuntungan yang sebesar-besarnya dalam lalu lintas perdagangan rempah-rempah. Tetapi kemudian untuk memajukan dan meningkatkan kegiatan usahanya, oleh pemerintah Belanda diberikan sifat-sifat kenegaraan dengan kemampuan untuk berperang dalam rangka mempertahankan monopoli dagang tersebut, yang pada akhirnya bersifat suatu kekuasaan teritorial.

Kekuasaan teritorial itu tidak hanya dalam pengertian kekerasan, tetapi untuk menjamin kekuasaan tersebut Belanda juga menanamkan kewibawaan, yaitu dengan melalui penetrasi hukum. Penetrasi hukum kompeni dimulai dengan ide untuk menerapkan kodifikasi hukum di negara jajahannya, yaitu mula-mula dengan memberlakukan *Bataviasche Statuten* tahun 1642. Hukum kompeni itu terdiri atas hukum Romawi dan hukum Belanda ditambah dengan beberapa *Plakaten* dan *Ordonantien* yang diberlakukan bagi seluruh lapisan rakyat di Batavia. Langkah lain yang dilakukan adalah dengan mengadakan unifikasi, yang oleh Jonker dikatakan bukanlah ide baru.⁶

Dalam kerangka penetrasi hukum itulah VOC berusaha untuk mengganti hukum asli rakyat Indonesia dengan hukum Eropa yang dikuasainya. Hal ini dimotivisir oleh keinginan untuk menguasai rakyat jajahan dengan mendudukkan orang-orangnya sebagai pejabat peradilan sehingga peradilan dapat berjalan sesuai dengan kehendaknya. Motivasi itu juga lahir dikarenakan adanya rasa superioritas bangsa Eropa terhadap bangsa jajahan yang menyebabkan timbul pikiran untuk mengganti berbagai asas dan ketentuan hukum yang berlaku bagi rakyat asli.

⁶ Jonker, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda*, Bina Aksara, Jakarta, 1987, hal.2

Sebagai contoh, dalam sistem pidana Jawa yang diatur dalam Kawolo Pradoto, terdapat ketentuan bahwa suatu perkara tidak akan diproses kecuali bila yang dirugikan atau ahli warisnya mengadukan perkara itu ke pengadilan (asas klacht delicten). Ketentuan itu sepenuhnya tidak disetujui oleh pemerintah VOC karena dengan demikian ia tidak dapat mengendalikan perbuatan yang dianggapnya di samping menimbulkan keresahan masyarakat juga merugikan kepentingannya. Kalau hal yang demikian itu dibiarkan, dikhawatirkan akan mengurangi kewibawaan pemerintah VOC.⁷

Sebaliknya Pasal 39 Kawolo Pradoto menyatakan, apabila seorang laki-laki berbuat cabul dengan isteri atau anak perempuan atau saudara perempuan, lalu ia ditangkap, maka orang itu diserahkan kepada Pradoto dan setelah itu ketentuan hukum akan diumumkan. Ketentuan tersebut oleh pemerintah kompeni dianggap ganjil karena delik susila semestinya merupakan delik aduan. Mereka berpendapat hal itu melanggar kebebasan, yang dalam hukum Eropa sangat bergantung pada pengaduan suami atau keluarga yang dirugikan, dan oleh karenanya dengan penetrasi hukum di bidang ini juga diusahakan untuk diganti.⁸

Selain kedua contoh di atas, masih banyak lagi ketentuan hukum asli rakyat yang dipandang tidak berkesesuaian dengan perkembangan sistem hukum modern yang berlaku di Eropa. Hal itu membawa dampak yang tidak menguntungkan bagi perkembangan dan keberlakuan hukum rakyat. Penetrasi hukum dari hari ke hari semakin kuat dan memasuki semua sektor kehidupan.

Pendirian sebagaimana tersebut di atas diikuti pula oleh Raffl es, penguasa Inggris yang pernah memerintah di Indonesia. Berdasarkan konvensi London 1814 dengan asas konkordansi, diberlakukan pula politik hukum adat yang sama. Motivasi dari penetrasi sistem hukum itu, baik oleh VOC maupun Raffl es dan Commissarisen General yang menggantikannya,

⁷ Ibid. Hal.3-16

⁸ *ibid*

telah dilakukan dengan cara sistematis dan pasti. Kalau pada mulanya penetrasi itu diawali dengan instruksi dari pejabat yang berkuasa baik secara persuasif maupun secara imperatif tanpa berdasarkan suatu perundang-undangan, maka pada tahap selanjutnya, yaitu sejak tahun 1819, penetrasi dan intervensi tersebut diletakkan dalam suatu dasar hukum yang jelas. Dasar hukum tersebut adalah “Reglemen Indonesia tahun 1819”.

Dengan demikian telah diterapkan suatu asas yang berlaku bagi rakyat jajahan pada waktu itu, yaitu tidak boleh diberlakukan apabila dipandang bertentangan dengan rasa keadilan mereka, bukan rasa keadilan rakyat. Hal itu termasuk pula terhadap hukum pidana (adat) yang berlaku dan diakui sebagai hukum oleh bangsa terjajah, tetapi tidak dipandang demikian oleh penjajah.

b. Masa Pemerintahan Hindia Belanda

Akibat perlawanan bangsa Indonesia, perdagangan rempah-rempah yang dimonopoli oleh VOC menjadi menurun sehingga berakibat VOC jatuh bangkrut. Jatuhnya citra VOC di Eropa merupakan salah satu pertimbangan bagi pemerintah Belanda untuk mengambil alih kekuasaan VOC dengan membentuk pemerintahan Hindia Belanda di Indonesia. Pada waktu pengambilalihan kekuasaan tersebut, negeri Belanda baru saja mendapatkan kedaulatan kembali dari tangan Perancis, yang pada masa berkuasanya diberlakukan Code Penal Perancis. Tahun 1870 Belanda menyusun rancangan KUHP baru. KUHP tersebut diberlakukan tanggal 1 September 1886 untuk menggantikan Code Penal Perancis. Berdasarkan asas konkordansi, KUHP Belanda itu diberlakukan pula untuk Hindia Belanda bagi orang Eropa yang berada di sana dengan berbagai perubahan disesuaikan dengan keadaan senyatanya di Hindia Belanda.

Tetapi dengan Koninklijk Besluit tanggal 12 April 1898 dalam Staatblad 1898 Nomor 30, oleh panitia De Pauly disusun KUHP baru yang khusus hendak diberlakukan terhadap bangsa Eropa yang berada di Indonesia hingga kini. Pembentukan KUHP yang hendak diperuntukkan bagi bangsa

Eropa ditunda pelaksanaannya sampai rancangan KUHP bagi penduduk asli selesai, karena pemerintah Belanda bermaksud untuk memberlakukan kedua KUHP tersebut sekaligus pada waktu yang bersamaan.

Sementara itu, rencana KUHP untuk penduduk asli dari Slingenberg telah selesai disusun, tetapi selanjutnya harus dihentikan dan tak dapat diberlakukan karena menteri daerah jajahan Idenberg berpendapat bahwa dualisme hukum pidana harus dihapuskan. Untuk maksud itu dibentuk suatu komisi untuk mengatasi hal yang dapat menyelesaikan tugasnya pada tahun 1913. Rancangan itu kemudian disahkan menjadi undang-undang, namun demikian KUHP itu baru mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 1918 untuk semua golongan penduduk.

Pada masa itu di Hindia Belanda masih ada beberapa macam peradilan untuk macam-macam golongan penduduk. Macam-macam peradilan tersebut adalah Peradilan Gubernemen untuk seluruh Hindia Belanda, Peradilan Asli untuk daerah-daerah di mana rakyat dibiarkan menyelenggarakan peradilannya sendiri, Peradilan Swapraja, Peradilan Agama, dan Peradilan desa. Masing-masing peradilan tersebut tunduk pada hukum yang berbeda, termasuk dalam lapangan hukum pidana.

Hal tersebut menciptakan keadaan yang menyebabkan tidak dapat diadakannya unifikasi hukum. Untuk peradilan Gubernemen berlaku KUHP, untuk Peradilan Swapraja sesuai dengan *Selfbestuuregelen* 1938 dan Ordonansi *Inheems* 18 Februari 1932 berlaku hukum adat. Sehingga ini pulalah yang menjadi dasar hukum berlaku dan tetap terpeliharanya hukum adat, termasuk hukum pidana adat. Jadi ada dua sistem hukum pidana yang berlaku secara legal di Hindia Belanda.

Pemerintah Hindia Belanda sebenarnya sengaja mengadakan beberapa tatanan peradilan dengan motivasi penghematan keuangan negara, mengingat daerah Hindia Belanda yang sangat luas. Selain itu daerah-daerah yang dibiarkan hidup peradilan lain selain Peradilan Gubernemen adalah daerah yang secara ekonomi tidak begitu penting. Keadaan seperti ini terus bertahan

sampai berakhirnya kekuasaan pemerintah Hindia Belanda di Indonesia sebagai akibat datangnya balatentara Jepang yang semula dipandang bangsa Indonesia sebagai ‘saudara tua’ yang akan melepaskan bangsa Indonesia dari penjajahan, termasuk penjajahan di bidang hukum.⁹

Dualisme hukum pidana di Hindia Belanda masih tetap bertahan. Tampaknya keadaan yang dualistis seperti itu sengaja dilakukan oleh pemerintah Hindia Belanda untuk memecah belah bangsa terjajah. Bahkan dalam setiap pembabakan hukum pidana di Indonesia, kerap kali terjadi dualisme seperti itu, yang kadangkala membingungkan bagi bangsa jajahan yang belum terdidik. Meskipun demikian, hal itu selalu membawa dampak positif bagi bangsa Indonesia, seperti yang semula dilakukan dengan motivasi politik untuk memperkuat kekuasaan penjajah, tetapi disisi lain menunjukkan kelemahan penjajah, sebagaimana terlihat dari tidak berhasilnya ambisi Idenberg.¹⁰

2. Hukum Pidana Masa Penjajahan Jepang

Tidak banyak yang dapat dikemukakan mengenai sejarah berlakunya hukum pidana pada masa pendudukan Jepang. Hal itu disebabkan selain masanya yang relatif singkat, juga dikarenakan memang sedikit perubahan yang dilakukan oleh penjajah Jepang terhadap hukum pidana Indonesia. Meskipun demikian, pembabakan ini masih penting dikemukakan mengingat tidak kurangnya penderitaan yang ditimbulkan semasa penjajahan Jepang, termasuk penjajahan di bidang hukum. Pada tanggal 4 Maret 1942 Jenderal Ter Poorten pemegang pemerintah Hindia Belanda yang berpusat di Bandung menyerah tanpa syarat kepada Bala Tentara Jepang.

Jatuhnya Bandung merupakan tanda berakhirnya kekuasaan pemerintah Hindia Belanda di Indonesia sehingga dimulailah masa pendudukan Jepang. Banyak penulis menyatakan bahwa masa itu sebagai masa penjajahan Jepang. Tetapi sebenarnya tidak tepat jika Jepang dikatakan mengadakan penjajahan, karena pada waktu itu

⁹ Hanafi amrani, *politik pembaruan hukum pidana*, UII press yogyakarta (anggota IKAPI) bookstore UII, Yogyakarta. hal. 23-25

¹⁰ *ibid.* Hal.26

perang masih berkobar di mana-mana dengan sengitnya. Oleh karenanya lebih tepat dikatakan sebagai masa pendudukan. Undang-undang Nomor 1 tahun 1942 yang dikeluarkan pemerintahan militer Jepang, menentukan bahwa semua badan-badan dari pemerintah yang dulu tetap diakui sah untuk sementara waktu asal tidak bertentangan dengan pemerintah balatentara Jepang. Beberapa istilah dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana disesuaikan, semata-mata untuk memperkuat kedudukan pemerintahan militer balatentara Jepang. Ketentuan ini pada mulanya terdengar lunak dan simpatik, tetapi lama kelamaan menunjukkan pemerintah militer Jepang memberlakukan sebaliknya.¹¹

Segera setelah Balatentara Jepang masuk ke Indonesia, pengadilan-pengadilan Hindia Belanda ditutup. Segala perkara diselesaikan oleh Pangreh Praja. Baru kemudian pada tanggal 29 April 1942 dengan Undang-undang Nomor 14 tahun 1942 dibentuk pengadilan sipil yang mengadili perkara-perkara pidana dan perdata. Pengadilan-pengadilan tersebut adalah: Gun Hooiin atau Pengadilan Kewedanan, Kan Hooiin atau Pengadilan Kabupaten, Kaizai Hooiin atau Pengadilan Kepolisian, dan Rihoo Hooiin atau Pengadilan Negeri. Dalam Undang-undang Nomor 14 tahun 1942 ini dihapuskan pula Raad van Justitie atau Residentigerecht.¹²

Selanjutnya, dengan Undang-undang Nomor 34 tahun 1942, jenis pengadilan ditambah lagi dengan Kootoo Hooiin atau Pengadilan Tinggi dan Saikoo Hooiin atau Mahkamah Agung. Kedua jenis pengadilan ini diatur dalam Osamu Sirei, semacam Lembaran Negara Nomor 21 tanggal 1 Juli 1943, bahwa tidak lagi memeriksa dan mengadili perkara dalam tingkatan pertama. Kemudian oleh Osamu Serei Nomor 2 tanggal 14 Januari 1944 Saikoo Hooiin dihapuskan dan kekuasaannya diserahkan kepada Kootoo Hooiin.¹³

Khusus terhadap orang-orang Jepang, menurut Osamu Serei Nomor 24 tahun 1944 ditentukan bahwa baik dalam perkara perdata maupun pidana telah diatur menurut undang-undang Jepang, jadi ada suatu pengecualian. Sehingga kalau diteliti

¹¹ Sudikno Mertokusumo, *Sejarah Peradilan dan Perundang-undangannya di Indonesia sejak Tahun 1942*, Liberty, Yogyakarta, 1970, hal.8.

¹² *Ibid.* hal 9-10

¹³ *Ibid.*

dari awal sampai berakhirnya pendudukan Jepang, bukanlah membebaskan rakyat Indonesia dari belenggu penjajahan Belanda sebagaimana dijanjikan oleh Jepang, tetapi malah diganti dengan suasana yang lebih kejam dalam rangka menguasai dunia. Di sini kesewenangwenangan terjadi dan kepastian hukum bagi rakyat tidak pernah ada dan terjamin, hak-hak asasi manusia tidak dihiraukan.¹⁴

B. Berlakunya Hukum Pidana Nasional

Undang-undang Dasar 1945 sebagai induk dari segala perundang-undangan di Indonesia, pada Pasal II Aturan Peralihan menentukan bahwa “Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-undang Dasar in Pasal 4 Aturan Peralihan UUD 1945 menentukan bahwa “Sebelum Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, dan Dewan Pertimbangan Agung dibentuk menurut Undangundang Dasar ini , segala kekuasaan dijalankan oleh Presiden dengan bantuan sebuah Komite Nasional”.

Dengan adanya Aturan Peralihan ini, Presiden pada tanggal 10 Oktober 1945 mengeluarkan Peraturan Nomor 2 yang isinya antara lain menentukan sebagai berikut: Untuk ketertiban masyarakat, bersandar atas Aturan Peralihan Undang-undang Dasar Negara RI Pasal II berhubungan dengan Pasal IV, kami, Presiden, menetapkan peraturan sebagai berikut:

Pasal 1: Segala badan-badan negara dan peraturan-peraturan yang ada sampai berdirinya Negara RI pada tanggal 17 Agustus 1945, selama belum diadakan yang baru menurut Undangundang Dasar, masih berlaku, asal saja tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar tersebut”.

Dengan adanya ketentuan ini, KUHP sebagai salah satu dari peraturan yang ada pada saat itu dinyatakan juga masih tetap berlaku selama masih belum diadakan yang baru. Dalam perkembangan selanjutnya, pemerintah Republik Indonesia mengeluarkan Undangundang Nomor 1 tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana. Dalam Pasal 1 Undang-undang tersebut ditegaskan:

¹⁴ Hanafi amrani Op.cit. hal. 27. *politik pembaruan hukum pidana*.

Dengan menyimpang seperlunya dari Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 2 tertanggal 10 Oktober 1945 menetapkan bahwa peraturan-peraturan hukum pidana yang sekarang berlaku ialah peraturan-peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1945.

Undang-undang Nomor 1 tahun 1946 tersebut di samping menentukan hukum pidana mana yang berlaku, juga merubah beberapa istilah yang tidak sesuai lagi dengan alam kemerdekaan, seperti istilah '*Netherlands Indischen*' diganti dengan 'Indonesie' atau 'Indonesisch'. Ketentuan ini dikemudian hari menurut Loeby Loqman menimbulkan banyak kesalahan bagi para ahli hukum dalam menerjemahkan WvS yang berbahasa Belanda itu, seperti dihilangkannya ketentuan tentang 'perkelahian tanding' oleh Moeljatno. Di samping itu undang-undang ini juga mengatur beberapa ketentuan pidana tambahan, yaitu mengenai 'penyebaran mata uang tidak sah' dan tentang 'penyiaran berita bohong yang dapat menimbulkan keonaran'.¹⁵

Adapun mengenai wilayah dan saat diberlakukannya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 itu di dalam pasal terakhir (Pasal XVII) ditentukan: "Undang-undang ini mulai berlaku buat pulau Jawa dan Madura pada hari diumumkan, dan buat daerah lain, pada hari yang telah ditetapkan Presiden". Seiring dengan hal itu, pemerintah Belanda yang berniat kembali ke Indonesia di pengasingan, mengeluarkan Brisbane Ordinantie 1945 yang merubah WvS voor Netherlands Indie menjadi WvS voor Indonesie yang dikuasai oleh pemerintah Belanda pada waktu mereka berusaha kembali ke Indonesia. Hal ini nantinya juga menimbulkan polemik berkepanjangan diantara ahli hukum Indonesia, bahkan menimbulkan dualisme hukum pidana di Indonesia.¹⁶

Perubahan-perubahan dalam *Brisbane Ordinantie*, terutama sekali menambahkan ancaman hukuman pada beberapa pasal yang menyangkut kejahatan terhadap keamanan negara, seperti permufakatan jahat untuk membunuh Presiden dan

¹⁵ Loeby Loqman, *Sejarah Perkembangan Hukum Pidana di Indonesia*. Dalam buku Hanafi amrani, *politik pembaruan hukum pidana*, UII press yogyakarta (anggota IKAPI) bookstore UII, Yogyakarta. hal. 28-29

¹⁶ *Ibid*.hal.30

beberapa delik lainnya yang ancaman pidananya dirubah menjadi pidana mati. Ketentuan-ketentuan yang dibuat pemerintah Hindia Belanda yang berusaha kembali ke daerah jajahannya, di pelarian, terutama ditujukan untuk kepentingan mereka sendiri yang lebih banyak berdasarkan alasan politis ketimbang alasan yuridis. WvS voor Netherlands Indonesia ini oleh pemerintah Hindia Belanda dibawa pada waktu terjadi agresi militer Belanda yang diberlakukan di daerah-daerah yang dikuasainya.¹⁷

Perubahan lain yang terjadi sekitar masa itu adalah ditambahkannya satu jenis pidana lainnya yang dikenal dengan pidana tutupan yang hingga kini belum pernah dilaksanakan dan juga belum pernah dihapuskan. Ini merupakan hal yang dari segi positif menunjukkan bahwa pemerintah Indonesia yang masih baru itu telah berusaha memperkenalkan hukum pidana Indonesia yang khas, yaitu dengan tidak memperlakukan secara sama terhadap semua terpidana, mengingat tidak semua terpidana adalah orang jahat. Pidana tutupan dimaksudkan sebagai pidana bagi mereka yang terpaksa melakukan delik karena dengan maksud yang patut dihormati.

Mengingat keganjilan-keganjilan dan kekurangan-kekurangan dari dualisme tersebut, memang pada tempatnya pembuat undang-undang kita mengakhiri dualisme itu dengan mengeluarkan Undang-undang Nomor 73 tahun 1958 yang menyatakan Undang-undang Nomor 1 tahun 1946 berlaku untuk seluruh wilayah Indonesia. Maka sejak Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958 diberlakukan, di daerah mana Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 belum berlaku sebelumnya, mulai berlaku ketentuan undang-undang tersebut. Dari apa yang dikemukakan di atas, diketahui bahwa proses pembaruan hukum pidana di Indonesia pada dasarnya sudah berlangsung sejak lama, yaitu sejak Indonesia merdeka. Usaha yang sistematis dalam rangka mengganti KUHP warisan Hindia Belanda dengan Kitab Undang-undang yang lebih sesuai dengan falsafah hidup dan kesadaran hukum masyarakat Indonesia tidak putusputusnya dilakukan. Bahkan sebagian besar produk hukum di bidang hukum pidana materiel, sejak tahun 1946 sampai tahun 1976, pada dasarnya juga menggambarkan adanya usaha pembaruan hukum pidana materiel itu. Sampai dengan

¹⁷ *Ibid.* Hal.32

tahun 1976, sekurang-kurangnya sudah ada 16 undang-undang yang dapat dianggap sebagai produk perundang-undangan yang bersifat pembaruan.

Materi pembaruan undang-undang tersebut, selain ada yang menyangkut KUHP itu sendiri, seperti Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 dan Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958, masing-masing mengandung ketentuan yang berbeda atau menyimpang dari kelaziman yang diatur oleh KUHP warisan Hindia Belanda. Penyimpangan dan perubahan tersebut, tidak dapat tidak, harus dilihat sebagai upaya untuk melakukan pembaruan terhadap KUHP. Oleh karena itu, secara substantif, produk-produk hokum tersebut dapat dikatakan sudah merupakan bagian dari usaha pembaruan KUHP itu sendiri. Artinya, proses pembaruan KUHP itu pada dasarnya telah mulai dilakukan sejak ditetapkannya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946, yaitu tidak lebih dari 1 tahun setelah Indonesia merdeka. Proses pembaruan itu berlangsung tahap demi tahap sesuai dengan tingkat perkembangan kesadaran hukum dan kebutuhan masyarakat.¹⁸

Namun, pembaruan yang bersifat substansial melalui produk undang-undang tersebut dapat dikatakan baru bersifat komplementer dan sektoral. Di samping itu, sebenarnya ada usaha-usaha yang dapat dicatat secara khusus yang sifatnya lebih sistematis dan benar-benar total bermaksud mengganti KUHP warisan Hindia Belanda itu dengan KUHP yang baru. Untuk tujuan inilah, antara lain pemerintah mendirikan Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) yang di dalamnya dibentuk suatu komisi khusus hukum pidana yang bertugas melakukan studi dan persiapan ke arah pembentukan KUHP Nasional yang baru untuk menggantikan KUHP warisan Hindia Belanda.

C. Hukum Pidana Dalam Perkembangan Masyarakat

Hukum pidana yang berlaku di Indonesia sampai saat ini adalah hukum pidana yang sebagian besar merupakan warisan dari jaman kolonial Belanda dan telah dikodifikasi dalam sebuah Kitab Undang-undang berdasarkan suatu sistem tertentu. Dengan demikian di bidang hukum pidana sendiri, Indonesia telah

¹⁸ Hanafi amrani Lop.cit. hal. 33. *politik pembaruan hukum pidana*

menetapkan bahwa terdapat satu kodifikasi dan unifikasi aturan hukum pidana yang diberlakukan untuk seluruh penduduk di wilayah Republik Indonesia, yaitu Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). Hukum pidana yang terdapat dalam KUHP memuat ketentuan tentang perbuatan yang dilarang disertai ancaman pidana bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut. Sesuai dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menganut asas legalitas, jenis-jenis perbuatan yang dapat dipidana menurut ajaran ini hanya perbuatan-perbuatan yang terdapat di dalam KUHP itu saja. Di luar ketentuan tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai perbuatan pidana, walaupun merugikan dan mengganggu ketentraman masyarakat.

Tidak dapat dipungkiri bahwa kemajuan yang dicapai melalui ilmu pengetahuan dan teknologi ternyata membawa pengaruh terhadap hukum pidana. Dengan kemajuan tersebut, baik langsung maupun tidak langsung, berpengaruh terhadap perkembangan kejahatan. Kemajuan di bidang industri misalnya, menimbulkan polusi yang akan melahirkan kejahatan lingkungan. Kemajuan di bidang ekonomi dan perdagangan, melahirkan kejahatan penyelundupan, penipuan terhadap konsumen, kejahatan perbankan, kejahatan pasar modal, dan kejahatan hak milik intelektual seperti hak cipta, hak merek dan hak paten. Perkembangan kejahatan yang semakin kompleks tersebut menuntut peninjauan kembali terhadap klasifikasi kejahatan. Ditinjau dari sifat perbuatannya, kejahatan lalu berkembang menjadi dua klasifikasi, yaitu kejahatan menurut hukum (*mala in se*) dan kejahatan menurut undang-undang (*mala prohibita*). Dasar pemikiran pengklasifikasian kejahatan ke dalam *mala in se* dan *mala prohibita* adalah perbuatan yang tercela secara moral (melanggar kaidah moral) dan sekaligus melanggar hukum. Sedangkan kejahatan yang termasuk *mala prohibita* adalah perbuatan yang dinyatakan melanggar hukum oleh undang-undang. Biasanya kejahatan jenis ini berkaitan dengan pelanggaran suatu undang-undang yang menyangkut kepentingan umum (*regulatory offences* atau *public welfare offences*).

Pengklasifikasian kejahatan ke dalam *mala in se* dan *mala prohibita* tersebut di atas dikemukakan oleh para sarjana barat dan banyak diterapkan di negara-negara *common law system*. Sementara itu, dalam konteks Indonesia, Sudarto mengelompokkan kejahatan ke dalam dua kelompok. *Pertama*, undang-undang pidana ‘dalam arti

sesungguhnya', ialah undang-undang yang menurut tujuannya bermaksud mengatur hak memberi pidana dari negara dan jaminan dan ketertiban hukum. *Kedua*, peraturan-peraturan hukum pidana dalam undang-undang tersendiri, ialah peraturan-peraturan yang hanya dimaksudkan untuk memberi sanksi pidana terhadap aturanaturan mengenai salah satu bidang yang terletak di luar bidang hukum pidana.¹⁹

Dalam sisi lainnya, suatu ketentuan undang-undang pidana dikategorikan sebagai hukum pidana administratif apabila sanksi pidana hanya bersifat komplementer terhadap bidang hukum lain. Hukum pidana dalam hal ini digunakan sebagai sarana untuk meningkatkan rasa tanggung jawab negara dalam rangka mengelola kehidupan masyarakat modern yang semakin kompleks.³ Sedangkan sanksi pidana hanya berfungsi sebagai instrumen agar ketentuan ketentuan yang ada di dalam undang-undang tersebut ditaati oleh masyarakat. Jadi tujuan pencantuman sanksi pidana adalah sebagai daya penangkal terjadinya perbuatan yang tidak dikehendaki. Adapun perbuatan yang dilarang bersifat mala prohibita, artinya perbuatan itu menjadi terlarang karena ada undang-undang yang melarang. Dalam konteks ini hukum pidana tidak hanya berfungsi melindungi nilai-nilai moral sebagaimana dalam ketentuan pidana dalam arti yang sebenarnya, tetapi digunakan sebagai sarana, yang oleh Muladi dinamakan "sarana untuk meningkatkan rasa tanggung jawab pemerintah dalam rangka melaksanakan tugastugas pemerintahannya."²⁰

Telah menjadi suatu kenyataan bahwa masyarakat terus berkembang ke berbagai bidang kehidupan yang semakin lama semakin kompleks. Perkembangan masyarakat yang kompleks tersebut membutuhkan pengaturan di berbagai bidang kehidupan. Tidak terkecuali di bidang hukum pidana yang dalam hal ini dibutuhkan untuk menegakkan peraturan-peraturan tersebut agar mendapat kekuatan untuk ditaati. Jadi dalam konteks ini telah terjadi fungsionalisasi hukum pidana terhadap ketentuanketentuan di bidang hukum administrasi. Dalam hal ini hukum pidana difungsikan sebagai hukum sanksi (*bijzonder sanctie recht*) dan sebagai hukum pembantu (*hulprecht*). Sebagai

¹⁹ Sudarto, *Pemidanaan, Pidana, dan Tindakan, Kertas Kerja Lokakarya Pembaharuan Kodifikasi Hukum Pidana Nasional*, BPHN, 1982, hal.59-60.

²⁰ Muladi, '*Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang*', Naskah Pidato Pengukuhan, Diucapkan pada Peresmian Penerimaan Jabatan Guru Besar Dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1990, hal 148

hukum sanksi, hukum pidana memberi sanksi terhadap pelanggaran-pelanggaran di bidang hukum lain, baik hukum publik maupun hukum privat. Sebagai hukum pembantu, penetapan sanksi pidana merupakan sarana untuk menegakkan hukum administrasi.

Hukum administrasi mencakup ruang lingkup yang luas dan hal ini tentu saja membawa konsekuensi terhadap hukum pidana administrasi yaitu penggunaan hukum pidana dalam bidang hukum administrasi semakin meluas karena mencakup semua aspek kehidupan masyarakat. “Penggunaan hukum pidana di dalam penyelenggaraan pemerintahan hakekatnya merupakan perwujudan dari kebijakan menggunakan hukum pidana sebagai sarana untuk menegakkan hukum administrasi, yang oleh Barda Nawawi Arief dinamakan fungsionalisasi atau operasionalisasi atau instrumentalisasi hukum pidana dibidang hukum administrasi”.²¹ Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa perundang-undangan hukum pidana tidak hanya bersifat otonom tetapi dapat bersifat komplementer, yaitu membantu menegakkan hukum administrasi dan cabang hukum lainnya.²²

²¹ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti , Bandung, 2003, hal.145

²² Fitriana Murnia , *Kebijakan Formulasi*, Dalam buku Hanafi amrani, *politik pembaruan hukum pidana*, UII press yogyakarta (anggota IKAPI) bookstore UII, Yogyakarta. hal.36

BAB II

PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DITINJAU DARI PERSPEKTIF TEORI HUKUM

A. Pembaharuan dan Pertanggungjawaban Hukum Pidana Menurut Para Ahli

Hukum merupakan suatu pedoman yang mengatur pola hidup manusia yang memiliki peranan penting dalam mencapai tujuan ketentraman hidup bagi masyarakat. Oleh karena itulah, hukum mengenal adanya *adagium ibi societas ibi ius*. *Adagium* ini muncul karena hukum ada karena adanya masyarakat dan hubungan antar individu dalam bermasyarakat. Hubungan antar individu dalam bermasyarakat merupakan suatu hal yang hakiki sesuai kodrat manusia yang tidak dapat hidup sendiri karena manusia adalah makhluk polis, makhluk yang bermasyarakat (*zoon politicon*).²³

Kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum nasional memperoleh justifikasi tidak saja oleh instrumen nasional, tetapi juga oleh berbagai instrumen internasional. Bagian ini akan mengupas secara benderang tentang bagaimana hukum yang hidup dalam masyarakat memperoleh justifikasi (pembenaran) sebagai sumber hukum yang berlaku khususnya di Indonesia (sumber hukum positif). Untuk mempermudah pembahasan, bagian ini akan memulai dengan menyajikan berbagai instrument hukum nasional yang akan disajikan secara hierarkhis mulai dari peraturan perundang-undangan yang paling tinggi, yaitu konstitusi.

Namun dalam menjalankan pembaharuan dan Mempertanggungjawabkan seseorang dalam hukum pidana bukan hanya berarti sah menjatuhkan pidana terhadap orang itu, tetapi juga sepenuhnya dapat diyakini bahwa memang pada tempatnya meminta pertanggungjawaban atas tindak pidana yang dilakukannya. Roeslan Saleh menyatakan bahwa: dalam membicarakan tentang pertanggungjawaban pidana, tidaklah dapat

²³ Darji Darmodiharjo & Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, P.T. Gramedia Pustaka Utama, 1995, Jakarta, Hal. 73

dilepaskan dari satu dua aspek yang harus dilihat dengan pandangan-pandangan falsafah. Satu diantaranya adalah keadilan, sehingga pembicaraan tentang pertanggungjawaban pidana akan memberikan kontur yang lebih jelas. Pertanggungjawaban pidana sebagai soal hukum pidana terjalin dengan keadilan sebagai soal filsafat.²⁴

Menurut Chairul Huda menyatakan bahwa “pertanggungjawaban pidana adalah pertanggungjawaban orang tentang apa yang dilakukannya”.²⁵ Tegasnya, yang dipertanggungjawabkan orang itu adalah tindak pidana yang dilakukannya. Dengan demikian, terjadinya pertanggungjawaban pidana karena telah ada tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang. Berbicara masalah pertanggungjawaban pidana tidak bisa dilepaskan dari tindak pidana. Orang tidak mungkin dipertanggungjawabkan untuk dipidana, apabila tidak melakukan tindak pidana. Pertanggungjawaban pidana pada hakikatnya merupakan suatu mekanisme yang dibangun oleh hukum pidana untuk bereaksi terhadap pelanggaran atas kesepakatan menolak suatu perbuatan tertentu. Penolakan masyarakat terhadap suatu perbuatan, diwujudkan dalam bentuk larangan (dan ancaman dengan pidana) atas perbuatan tersebut. Hal ini merupakan cerminan, bahwa masyarakat melalui negara telah mencela perbuatan tersebut. Barangsiapa atau setiap orang yang melakukan akan dicela pula. Pembuat dicela jika melakukan tindak pidana tersebut sebenarnya ia dapat berbuat lain.

Andi Zainal Abidin mengatakan, “baik-baik negara *civil law* maupun *common law*, umumnya merumuskan pertanggungjawaban pidana dirumuskan secara negatif. Hal ini berarti, dalam hukum pidana Indonesia, sebagaimana *civil law system* lainnya, undang-undang justru merumuskan keadaan-keadaan yang dapat menyebabkan pembuat tidak dipertanggungjawabkan”.²⁶ Dengan demikian, yang diatur adalah keadaan-keadaan yang dapat menyebabkan pembuat tidak dipidana (*strafuitsluitingsgronden*), yang untuk sebagian adalah alasan penghapus kesalahan.

²⁴ Roeslan Saleh, *Pikiran-pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hal.10

²⁵ Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, (Jakarta: fikahati aneska, 2009), h.al 93

²⁶ Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Cetakan ke-4, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011), hal.70

Sedangkan dalam praktek peradilan di negara-negara *common law*, diterima berbagai alasan umum pembelaan (*general defence*) ataupun alasan umum peniadaan pertanggungjawaban (*general excusing of liability*).²⁷

Konsep pertanggungjawaban pidana merupakan syarat-syarat yang diperlukan untuk mengenakan pidana terhadap seorang pembuat tindak pidana. Sementara itu, berpangkal tolak pada gagasan monodualistik (*daad en dader strafrecht*), proses wajar (*due process*) penentuan pertanggungjawaban pidana, bukan hanya dilakukan dengan memerhatikan kepentingan masyarakat, tetapi juga kepentingan pembuatnya itu sendiri. Proses bergantung pada dapat dipenuhinya syarat dan keadaan dapat dicelanya pembuat tindak pidana, sehingga sah jika dijatuhi pidana. Menurut Galligan, “apabila persyatan ini di abaikan dan tidak tampak keadaan kriminal yang menunjukkan pembuat dapat dicela, maka hukum dan institusinya telah gagal memenuhi fungsinya.”²⁸

Sedangkan menurut pandangan dualistis, sebagaimana dikemukakan oleh Herman Kontorowicz pada tahun 1933 dalam bukunya yang berjudul *Tut und Schuld* dimana beliau menentang kebenaran pendirian mengenai kesalahan (*schuld*) yang ketika itu berkuasa, yang oleh kesalahan di situ dipandang sebagai sifat daripada kelakuan (*merkmal der handlung*). Untuk adanya *strafvoraussetzungen* (syarat-syarat penjatuhan pidana terhadap pembuat) diperlukan lebih dahulu pembuktian adanya *strafbare handlung* (perbuatan pidana), lalu sesudah itu dibuktikan *schuld* atau kesalahan subjektif pembuat.²⁹

Menurut Roeslan Saleh, mengatakan bahwa” perbuatan pidana tidak termasuk hal pertanggungjawaban. Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarangnya perbuatan. Apakah orang yang telah melakukan perbuatan itu kemudian juga dipidana, tergantung pada soal apakah dia dalam melakukan perbuatan itu memang

²⁷ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*; Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana, (Jakarta: Aksara Baru, 1983), hal. 13

²⁸ Andi Zainal Abidin, *Hukum Pidana I*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1983), hal. 260

²⁹ Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, pidato diucapkan pada Upacara Peringatan Dies Natalies VI Universitas Gadjah Mada, tanggal 19 Desember 1955, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), hal. 22-23

mempunyai kesalahan atau tidak. Apabila orang yang melakukan perbuatan pidana itu memang mempunyai kesalahan, maka tentu dia akan dipidana.³⁰

Berdasarkan pandangan dualistis yang juga menjadi dasar dalam rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang akan datang, tindak pidana (*criminal act*) dan pertanggungjawaban pidana (*criminal liability*) dipisahkan. Dipidana seseorang bukan saja karena perbuatannya yang jahat (*actus reus*), tetapi juga karena dirinya patut dicela karena pikirannya yang salah (*mens rea*). Dengan demikian, pertanggungjawaban pidana berhubungan dengan keadaan yang menjadi syarat adanya pemidanaan dan konsekuensi hukum atas adanya hal itu.

Menurut Barda Nawawi Arief, dalam kaitannya dengan masalah “untuk adanya pertanggungjawaban pidana harus jelas terlebih dahulu siapa yang dapat dipertanggungjawabkan, dan ini harus dipastikan terlebih dahulu siapa yang dinyatakan sebagai pembuat untuk suatu tindak pidana tertentu. Masalah ini menyangkut subyek tindak pidana yang pada umumnya sudah dirumuskan oleh pembuat undang-undang untuk tindak pidana yang bersangkutan. Namun, dalam kenyataannya memastikan siapa si pembuat adalah tidak mudah dan sulit. Selanjutnya dia menyatakan setelah pembuat ditentukan, bagaimana selanjutnya mengenai pertanggungjawaban pidananya?. Masalah pertanggungjawaban pidana ini merupakan segi lain dari subjek tindak pidana yang dapat dibedakan dari masalah si pembuat (yang melakukan tindak pidana). Artinya, pengertian subjek tindak pidana dapat meliputi dua hal, yaitu siapa yang melakukan tindak pidana (si pembuat) dan siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Pada umumnya yang dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana adalah si pembuat, tetapi tidaklah selalu demikian. Masalah ini tergantung juga pada cara atau sistem yang ditempuh oleh pembuat undang-undang.³¹

³⁰ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*, hal. 75

³¹ Bardad nawai, *masalah pemidanaan sehubungan perkembangan delik-delik khusus dalam masyarakat modern' Kertas Kerja, pada Seminar Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat yang mengalami Modernisasi* BPHN-FH UNAIR Surabaya, Tanggal 25-27 Februari 1980 (Bandung : Bina Cipta, 1982), hal. 105-107

B. Upaya Hukum Pidana Dalam Pembaharuan Hukum

Upaya melakukan pembaharuan hukum pidana, pada hakikatnya termasuk bidang kebijakan hukum pidana yang merupakan bagian dan terkait erat dengan kebijakan penegakan hukum, kebijakan kriminal dan kebijakan sosial. Maka dari itu pembaharuan hukum pidana pada prinsipnya merupakan bagian dari kebijakan (upaya rasional) untuk memperbaharui substansi hukum dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum, menanggulangi kejahatan dalam rangka perlindungan masyarakat, serta mengatasi masalah sosial dan masalah kemanusiaan dalam rangka mencapai tujuan nasional yaitu perlindungan sosial dan kesejahteraan social.³²

Selain itu, pembaharuan hukum pidana juga merupakan bagian dari upaya peninjauan dan penilaian kembali pokok-pokok pemikiran atau ide-ide dasar atau nilai-nilai sosio filosofik, sosio-politik dan sosio kultural yang melandasi kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum pidana selama ini. Bukanlah pembaharuan hukum pidana apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP WvS). Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana haruslah dirumuskan dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan, serta pendekatan yang berorientasi pada nilai. Oleh karena itu, sudah seharusnya pembaharuan hukum pidana bersumber pada ide-ide dasar Pancasila, yang merupakan landasan nilai-nilai kehidupan kebangsaan yang dicita-citakan dan digali untuk bangsa Indonesia. Ide-ide dasar Pancasila mengandung keseimbangan nilai/ide didalamnya. Berikut keseimbangan ide/nilai yang dimaksud:³³

1. Religiustik;
2. Humanistik;
3. Nasionalisme;
4. Demokrasi;
5. Keadilan Sosial.

³² Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2011) hal. 3.

³³ Ibid.hal.4

Keseimbangan lima ide itu apabila terasa sulit digali dan diimplementasikan, maka dapat dipadatkan menjadi tiga keseimbangan saja, yakni:³⁴

1. Religiustik;
2. Sosio demokrasi (penyatuan antara ide demokrasi dan keadilan sosial)
3. Sosio nasionalisme (penyatuan antara ide humanistik dan nasionalisme)

Dan apabila ketiga ide yang dipadatkan itu masih dirasa sulit untuk digali dan dijalankan maka cukup dengan satu ide saja, yakni gotongroyong, yang mencakup keseluruhan ide yang dirumuskan sebelumnya.³⁵

Jika dikaitkan dengan konsep pembaharuan hukum pidana (sistem hukum pidana materiil dan asas-asasnya) yang sedang diperjuangkan pada saat ini, maka haruslah berlandaskan pada pokok pemikiran/ide yang disebutkan diatas. Secara prinsip, ide tersebut cukup diberi sebutan ide keseimbangan. Ide keseimbangan ini mencakup beberapa hal, yakni:³⁶

1. Keseimbangan monodualistik antara kepentingan umum dan kepentingan individu;
2. Keseimbangan antara perlindungan/ kepentingan pelaku tindak pidana (ide individualisasi pidana) dan korban tindak pidana;
3. Keseimbangan antara faktor objektif (perbuatan/lahiriah) dan subjektif (orang/ sikap batin), biasa disebut ide *daad-dader strafrecht*;
4. Keseimbangan antara kriteria formal dan materiil;
5. Keseimbangan antara kepastian hukum, kelenturan/fleksibilitas dan keadilan;
6. Keseimbangan nilai-nilai nasional dan nilai-nilai universal.

Kemudian, ide keseimbangan ini diwujudkan pula kedalam tiga permasalahan pokok hukum pidana, yaitu dalam masalah tindak pidana, masalah kesalahan/pertanggungjawaban pidana, serta masalah pidana dan pemidanaan. Secara ringkas dan diambil masing-masing satu contoh saja, berikut uraian singkat

³⁴ randy pradityo, menuju pembaharuan hukum pidana indonesia: suatu tinjauan singkat (*towards criminal law reform of indonesia: an overview*), jurnal.legislasi indonesia. vol. 14 no. 02 - juni 2017.hal.25

³⁵ Ibid.26.

³⁶ Ibid.27

pengimplementasian ide keseimbangan kedalam ketiga permasalahan pokok hukum pidana tersebut.

1. Masalah Tindak Pidana (Sumber Hukum/ Landasan Legalitas) Sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, tidak hanya didasarkan pada asas legalitas formal (berdasarkan undang-undang), tetapi juga didasarkan pada asas legalitas materiil, yaitu dengan memberi tempat kepada hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis didalam masyarakat. Maka dari itu, diperlukan adanya perluasan asas legalitas yang didasarkan pada:³⁷

- a. Landasan kebijakan legislatif nasional setelah kemerdekaan;
- b. Landasan kesepakatan ilmiah, melalui seminar nasional misalnya;
- c. Landasan sosiologis;
- d. Landasan universal dan komparatif (perbandingan).

2. Masalah Kesalahan (Pertanggungjawaban Pidana) Asas tidak ada pidana tanpa kesalahan (asas culpabilitas) yang merupakan asas kemanusiaan, dirumuskan secara eksplisit didalam konsep sebagai pasangan dari asas legalitas yang merupakan asas kemasyarakatan. Konsep pembaharuan juga tidak memandang kedua asas itu sebagai syarat yang kaku dan mutlak.³⁸

Dalam hal-hal tertentu, konsep memberi kemungkinan untuk menerapkan asas strict liability, asas vicarious liability dan asas pemberian maaf atau pengampunan oleh hakim (rechterlijk pardon atau judicial pardon). Di dalam asas pemberian maaf atau pengampunan oleh hakim terkandung beberapa pokok pemikiran, diantaranya agar menghindarkan dari kekakuan atau absolutisme pidanaaan, serta sebagai bentuk koreksi yang bersifat yudisial terhadap asas legalitas.³⁹ Hal ini semata-mata agar hakim dalam menegakkan hukum bukan hanya untuk hukum itu sendiri, melainkan harus mengejar kemanfaatan sosial.

³⁷ *Op.cit.* Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian...*, hal. 11.

³⁸ *Op.cit.* randy pradityo. hal.24

³⁹ Soedarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana* (Bandung: PT. Alumni, 2010), hal. 100

C. Urgensi Pembaharuan Hukum Pidana

Makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri. Latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosio-politik, sosio-filosofik, sosio-kultural atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum). Artinya, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek dan kebijakan yg melatar belakanginya. Dengan demikian, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya mengandung makna, suatu upaya melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yg sesuai dengan nilai-nilai sosiopolitik, sosio-filosofi, dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yg melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.

Makna dan hakikat dari pembaharuan hukum pidana dapat ditempuh dengan dua cara sebagai berikut :⁴⁰

1. Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan :
 - a) Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial dalam rangka mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat).
 - b) Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).
 - c) Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.
2. Dilihat dari sudut pendekatan nilai : Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya melakukan peninjauan dan penilaian

⁴⁰ Barda Nawawi Arief, 2010, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Prenada Madia Group, Jakarta. Hal. 29- 30

kembali dinilai nilai sosio-politik, sosio-filosofi dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif & substantif hukum pidana yang dicita-citakan.

Pembaharuan hukum pidana sudah menjadi kebutuhan yang mendesak untuk adanya perubahan mendasar dalam rangka mencapai tujuan dari pidana yang lebih baik dan manusiawi. Kebutuhan tersebut sejalan dengan keinginan kuat untuk dapat mewujudkan suatu penegakan hukum (*law enforcement*) yang lebih adil terhadap setiap bentuk pelanggaran hukum pidana di era reformasi ini. Suatu era yang sangat membutuhkan adanya keterbukaan, demokrasi, perlindungan HAM, penegakan hukum dan keadilan/kebenaran pada segenap aspek dari kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

Pada era reformasi ini, ada 3 faktor tatanan hukum pidana yang sangat mendesak dan harus segera diperbarui. *Pertama*, hukum pidana positif untuk mengatur aspek kehidupan masyarakat sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman. Sebagian tatanan hukum pidana positif merupakan produk hukum peninggalan kolonial seperti KUHP, dimana ketentuan di dalam KUHP kurang memiliki relevansi sosial dengan kondisi yang diaturnya. *Kedua*, sebagian ketentuan hukum pidana positif tidak sejalan lagi dengan semangat reformasi yang menjunjung tinggi nilai-nilai kebebasan, keadilan, kemandirian, HAM, dan demokrasi. *Ketiga*, penerapan ketentuan hukum pidana positif menimbulkan ketidakadilan terhadap rakyat, khususnya para aktivis politik, HAM, dan kehidupan demokrasi di negeri ini.⁴¹

Menurut sudarto, sedikitnya ada tiga alasan mengapa perlu segera dilakukan suatu pembaharuan hukum pidana Indonesia, yaitu :⁴²

- 1) Alasan politis, indonesia yang memperoleh kemerdekaan sejak tahun 1945 sudah wajar mempunyai KUHP ciptaan bangsa sendiri. KUHP dapat dipandang juga sebagai lambang dan kebanggaan suatu negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari kungkungan penjajahan politik bangsa asing. Apabila KUHP suatu negara yang dipaksakan untuk diberlakukan di

⁴¹ *Ibid.hal.9*

⁴² *Ibid.*

negara lain, maka dapat dipandang dengan jelas sebagai lambang atau simbol dari penjajahan oleh negara yang membuat KUHP.

- 2) Alasan sosiologis, pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan ideologi politik suatu bangsa dimana hukum itu berkembang. Ini berarti nilai sosial dan budaya bangsa itu dapat tempat dalam pengaturan hukum pidana. Ukuran mengkriminalisasikan suatu perbuatan, tergantung dari nilai dan pandangan kolektif yang terdapat di dalam masyarakat tentang norma kesucilaan dan agama sangat berpengaruh di dalam kerangka pembentukan hukum, khususnya hukum pidana.
- 3) Alasan praktis. Sehari-hari untuk pembaharuan hukum pidana adalah karena teks resmi KUHP adalah teks yang ditulis dalam bahasa Belanda. Teks yang tercantum selama ini dalam KUHP disusun oleh Moeljatno, R. Soesilo, R. Trisna, dan lain-lain merupakan terjemahan belaka. Terjemahan “partikelir” dan bukan pula terjemahan resmi yang disahkan oleh suatu undang-undang. Apabila kita hendak menerapkan KUHP itu secara tepat orang atau rakyat Indonesia harus mengerti bahasa belanda. Kiranya hal ini tidak mungkin untuk diharapkan lagi dari bangsa yang sudah merdeka dan mempunyai bahasa nasionalnya sendiri. Dari sudut ini, KUHP yang ada sekarang, jelas harus diganti dengan KUHP nasional.

Dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia, terlebih dahulu haruslah diketahui permasalahan pokok dalam hukum pidana. Hal tersebut demikian penting, karena hukum pidana yang berlaku secara nasional sebagaimana pendapat Sudarto di atas selain itu juga merupakan cerminan suatu masyarakat yang merefleksi nilai-nilai yang menjadi dasar masyarakat itu. Bila nilai-nilai itu berubah, maka hukum pidana juga haruslah berubah.⁴³

Menurut Barda Nawawi Arief, makna dan hakikat dari pembaharuan hukum pidana sebagai berikut :

⁴³ Erdianto Efandi, *Hukum Pidana Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2011. Hal. 220

- a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai atau menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat).
- b. Sebagai bagian dari kebijakan nasional, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).
- c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaiki substansi hukum (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.⁴⁴

Pembaharuan hukum pidana Indonesia adalah sebuah keharusan yang tidak bisa ditawar-tawar lagi. Problematika yang muncul terkait dengan usangnya KUHP secara internal dan berkembangnya persoalan-persoalan di tengah-tengah kehidupan masyarakat secara eksternal menambah dorongan yang kuat dari masyarakat untuk menuntut kepada negara agar segera merealisasikan kodifikasi hukum pidana yang bersifat nasional sebagai hasil jerih payah dan pemikiran bangsa Indonesia sendiri. Oleh karena itu, RUU KUHP yang sudah kesekian kalinya direvisi selayaknya segera dibahas oleh lembaga legislatif untuk disahkan.

⁴⁴ Barda Nawawi Arief, *log cit.* hal 29

BAB III

SUBJEKTIVITAS HUKUM DALAM MASYARAKAT DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL

A. Kontribusi Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional

Secara yuridis, kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum nasional memperoleh justifikasi tidak saja oleh instrumen nasional, tetapi juga oleh berbagai instrumen internasional. Bagian ini akan mengupas secara benderang tentang bagaimana hukum yang hidup dalam masyarakat memperoleh justifikasi (pembenaran) sebagai sumber hukum yang berlaku khususnya di Indonesia (sumber hukum positif). Untuk mempermudah pembahasan, bagian ini akan memulai dengan menyajikan berbagai instrument hukum nasional yang akan disajikan secara hierarkhis mulai dari peraturan perundang-undangan yang paling tinggi, yaitu konstitusi.

Sebagai dokumen akbar tentang manusia Indonesia (*the great Indonesian anthropological document*), Undang-Undang Dasar 1945 (selanjutnya akan ditulis UUD 1945) merupakan dokumen yang tidak saja mengatur tentang persoalan hukum di Indonesia, tetapi juga mengatur semua persoalan tentang manusia Indonesia.⁴⁵ UUD 1945 hakikatnya merupakan dokumen akbar tentang manusia Indonesia secara keseluruhan yang meliputi pengaturan secara konstitusional mengenai hukum, ideologi, politik, ekonomi, sosial, budaya, dan hankam. Masuk dalam pengaturan konstitusi itu adalah hak-hak masyarakat tradisional (masyarakat adat). Hak-hak masyarakat tradisional tersebut sudah barang tentu termasuk pengakuan terhadap norma-norma dan nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat itu. Meski UUD 1945 sejak awal (sebelum amandemen) memberikan pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat, tetapi harus diakui, bahwa pengakuan terhadap

⁴⁵ Ramadan Tabiu dan Eddy O.S Hiariej, "Pertentangan Asas Legalitas Formil dan Materil dalam Rancangan Undang-Undang KUHP", Jurnal Penelitian Hukum, Volume 2, Nomor 1, Maret 2015, hal. 30.

keberadaan masyarakat adat memperoleh porsi pengakuan lebih setelah adanya amandemen.

Apabila dilacak dalam UUD 1945 pasca amandemen, maka setidaknya ada tiga ketentuan yang memberikan pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat. Tiga ketentuan itu masing-masing adalah:

- a. Pasal 18B ayat (2) yang secara eksplisit menegaskan: “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat serta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”.
- b. Selain ketentuan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, terdapat pula Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 yang juga secara eksplisit memberikan pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat. Ketentuan Pasal 28I ayat (3) selengkapnya berbunyi: “Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban”.
- c. Selain kedua pasal tersebut di atas, pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat juga diberikan oleh ketentuan Pasal 32 (1) dan ayat (2) UUD 1945. Ketentuan Pasal 32 (1) UUD 1945 menegaskan : “Negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya”. Sementara ketentuan Pasal 32 ayat (2) UUD 1945 juga memberikan penegasan: “Negara menghormati dan memelihara bahasa daerah sebagai kekayaan budaya nasional”.

Tiga pasal pengakuan konstitusi pasca amandemen tentang eksistensi masyarakat adat sebagaimana dikemukakan di atas, sesungguhnya tidak dapat dilepaskan dari pergulatan yang terbangun pada saat amandemen UUD 1945 dalam membangun negara hukum Indonesia. Melalui ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil amandemen, Indonesia bertekad tidak menjadi negara yang hanya melandaskan pada

hukum tertulis saja (*rechstaat*), tetapi juga melandaskan pada hukum yang tidak tertulis untuk mengadopsi rasa keadilan masyarakat. Melalui amandemen UUD 1945 telah terjadi lonjakan paradigma negara hukum Indonesia, yaitu dari negara hukum yang hanya berorientasi pada hukum tertulis menuju negara hukum yang memberikan pengakuan pada hukum yang tidak tertulis, dengan menghapus penjelasan konsepsi Negara hukum Indonesia dan memasukannya menjadi Pasal 1 ayat (3) UUD 1945. Menurut Mahfud MD, melalui amandemen UUD 1945, yang meniadakan penjelasan konsepsi negara hukum Indonesia, kemudian dicantumkan pada Pasal 1 ayat (3), yang menyebutkan bahwa Indonesia adalah negara hukum, tanpa embel-embel itu, sebenarnya dilakukan dengan sengaja (bukan sekedar penyederhanaan semantik) dengan maksud untuk memberi tempat yang lebih luas pada pemenuhan rasa keadilan, (*the rule of law*) tanpa dominasi kepastian hukum dan formalitas (*rechstaat*).⁴⁶

Menurut Mahfud sebagaimana dikutip Eddy O.S. Hiariej, demi tegaknya keadilan, seyogianya perbuatan yang tidak wajar, tercela, atau yang tidak sesuai dengan nilai-nilai dalam masyarakat dapat dipidana meskipun secara formal tidak ada hukum tertulis yang melarangnya.⁴⁷

Secara embryonal, gagasan untuk mengadopsi hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum positif di Indonesia telah dimulai dengan keluarnya UU No. 19 tahun 1948 tentang Susunan dan Kekuasaan Badan-Badan Kehakiman dan Kejaksaan. Dalam ketentuan Pasal 10 undang-undang tersebut dinyatakan secara tegas, bahwa :

- (1) Perkara-perkara yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dosa dan sebagainya harus diperiksa dan diputus oleh pemegang kekuasaan dalam masyarakat itu, tinggal tetap pada mereka untuk diperiksa dan diputusnya.
- (2) Ketentuan dalam ayat 1 sekali-kali tidak mengurangi hak dari pihak yang berperkara untuk sewaktu-waktu memajukan perkaranya dimuka badan

⁴⁶ Moh. Mahfud MD, *Hukum Tak Kunjung Tegak*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2007, hal. 92.

⁴⁷ Eddy O.S. Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, Jakarta: Erlangga, hal. 39.

kehakiman yang melakukan peradilam umum, baik sebelum maupun sesudah ada putusan yang dimaksudkan dalam ayat (1).

Menurut Choky R. Ramadhan yang mengutip Han Bing Siong (1998),⁴⁸ ketentuan Pasal 10 UU No. 19 tahun 1948 tentang Susunan dan Kekuasaan Badan-Badan Kehakiman dan Kejaksaan, memberikan otoritas kepada pimpinan masyarakat di suatu desa yang diamanatkan untuk memutus perkara berdasarkan hukum yang berlaku di masyarakat tersebut. Pasal tersebut menjadi dasar hukum keberlakuan peradilam adat yang seiring masa kepemimpinan Soekarno dihapuskan dengan menetapkan UUDRI No. 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil. Selain pada ranah konstitusi, pengakuan terhadap eksistensi masyarakat hukum adat juga diberikan oleh berbagai peraturan perundang-undangan di bawah konstitusi.

B. Posisi Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana

Memosisikan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) dalam pembaharuan hukum pidana nasional akan dihadapkan pada kemapanan teoretis yang mengungkungnya. *Pertama*, secara embryonal, pemikiran Cartesian Newtonian yang kemudian diikuti secara berjamaah oleh John Austin, August Comte, Hans Kelsen—yang telah mendominasi dan menghegemoni pemikiran hukum, tidak memberi ruang pada berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam kerangka sistem hukum nasional. *Kedua*, berbagi dengan pemikiran Cartesian-Newtonian, teori resepsi yang digagas Snouck Hurgronje memperkuat dominasi pemikiran hukum yang demikian. Karena itu, dapat dipahami manakala dalam perdebatan intelektual yang mengiringi pembaharuan hukum pidana nasional muncul pemikiran untuk membersihkan anasir tradisional (hukum yang hidup dalam masyarakat) dalam sistem hukum pidana nasional. Masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional dikhawatirkan akan menimbulkan persoalan sebagaimana

⁴⁸ Choky R. Ramadhan, “*Konvergensi Civil Law dan Common Law di Indonesia dalam Penemuan dan Pembentukan Hukum*”, dalam jurnal Konstitusi, Volume 17, Nomor 1, Maret 2020.hal. 16

dinarasikan I Dewa Made Suartha (2015) yang dikutip Budi Suhariyanto, yang pada intinya menyatakan, rencana pembaruan hukum pidana yang menyandingkan asas legalitas dengan pengakuan terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat ini bukan tanpa persoalan. Batasan tindak pidana diperluas, tidak saja pada yang tertulis dalam undang-undang tetapi juga menurut hukum (pidana) adat baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Dalam konteks ini penyimpangan terhadap asas *lex certa* sangat mungkin terjadi.

Keberatan beberapa pihak terhadap asas legalitas materiil yang memungkinkan digunakannya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum positif, berkelindan dengan pemikiran di atas. *The Institute for Criminal Justice Reform* (ICJR), sebuah lembaga penelitian independen yang memfokuskan diri pada reformasi hukum pidana dan keadilan serta reformasi hukum pada umumnya di Indonesia, menyampaikan beberapa keberatannya terhadap diadopsinya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum positif dalam Rancangan KUHP Baru Indonesia. Beberapa catatan yang disampaikan ICJR terkait masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat yang dirumuskan dalam Pasal 2 Rancangan KUHP13 antara lain adalah sebagai berikut :⁴⁹

Pertama, Rumusan Pasal 2 RKUHP di atas, tanpa membutuhkan analisis yang panjang berarti dapat dianggap penyimpangan dari ketentuan Pasal 1 RKUHP atau asas legalitas, dengan begitu, RKUHP secara tegas memastikan bahwa ketentuan asas legalitas, tidak lagi menjadi yang utama dalam hukum pidana, sebab ketentuan ketentuan itu nyatanya bisa disimpangi.

Kedua, dalam penjelasannya, tim perumus RKUHP menyebutkan bahwa hukum yang hidup dalam masyarakat adalah hukum adat. Masalahnya, mayoritas hukum adat di Indonesia tidak tertulis, dan jangan dilupakan juga, hukum adat tidak secara tegas memisahkan hukum pidana dan hukum perdata. Hal ini berarti, hukum pidana bisa tidak tertulis, hal ini melanggar prinsip *lex scripta*. Lebih berbahaya, dengan pidana adat yang secara struktur tidak memisahkan pidana

⁴⁹ Terdapat sejumlah tokoh yang juga mempunyai peran besar dalam membangun konstruksi positivisme hukum, tetapi di mata komunitas hukum Indonesia Hans Kelsen mempunyai tempat tersendiri. Wacana tentang positivisme hukum di Indonesia lebih banyak dikaitkan dengan Hans Kelsen terutama dengan konsep hukum murninya. Karena itu tulisan ini mengambil tokoh ini sebagai representasi para pemikir positivisme hukum. Tokoh positivisme hukum yang lain dapat disebut antara lain John Austin, HLA Hart, Hans Kelsen, Ronald Dworkin dan Lon Fuller. Anthon F. Susanto, *Dekonstruksi Hukum Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2010, h. 32- 36

dan perdata, berarti prinsip *lex certa* dan *lex stricta* atau hukum pidana harus jelas dan tegas akan disimpangi.

Sebagaimana secara teoritis atas masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum, khususnya di Indonesia akan diuraikan dalam paparan berikut. Secara analitis, pemikiran Descartes—yang kemudian dilanjutkan dan dielaborasi Hans Kelsen,⁵⁰ menjadi inti ajaran positivisme hukum—hingga kini masih menyisakan problem teoretis yang belum berkesudahan. Meski hingga kini positivisme hukum masih mendominasi dan menghegemoni pemikiran hukum para pewaris hukum Eropa Kontinental—termasuk Indonesia—dokumen akbarnya perlu digelar agar penerimaan atas ajarannya tidak dilakukan secara membabi buta (*taken for granted*). Lebih-lebih bagi masyarakat Indonesia yang basis tradisionalnya lebih banyak “berhadapan” dari pada “berkelindan” dengan tradisi Eropa Kontinental.

Gagasan/ide tentang positivisme hukum bersumber dari positivisme ilmu yang digagas Rene Descartes dan Isaac Newton. Positivisme hukum merupakan perwujudan paradigma Cartesian-Newtonian. Descartes dan Newton yang terkukuhkan sebagai peletak dasar positivisme ilmu memberikan pengaruh kuat dalam positivisme hukum melalui prinsip-prinsip ajarannya : *Pertama*, *subjektivitas-antroposentris*, yaitu prinsip yang merepresentasikan kesadaran bahwa manusia merupakan pusat dunia. Kesadaran ini ditancapkan *Descartes* melalui prinsip ajarannya, ”karena berpikir aku ada” (*cogito ergo sum*). Kesadaran ini menjadi basis ontologis terhadap eksistensi realitas eksternal di luar diri sang subjek. *Kedua*, dualistik, prinsip ini merepresentasikan adanya pembagian realitas menjadi subjek dan objek, manusia dan alam, dengan menempatkan superioritas subjek atas objek. Keterpilahan ini merupakan konsekuensi alamiah dari prinsip *Descartes* untuk menemukan kebenaran objektif dan universal, yaitu prinsip jelas (*clearly*) dan terpilah (*distinctly*). Pandangan ini menganggap manusia dapat mengupas realitas yang terbebas dari konstruksi mental manusia, mengukur objek tanpa dipengaruhi objek. Dualisme meliputi pula pemisahan yang nyata dan mendasar antara kesadaran dan materi, antara pikiran dan tubuh, antara jiwa *cogitans* dan benda *extensa*, serta antara nilai dan fakta. *Ketiga*,

⁵⁰ *Ibid. Hal 37-39*

reduksionis, pandangan yang menganggap realitas dapat dipahami dengan menganalisis dan memecahnya menjadi bagian-bagian kecil, lalu dijelaskan dengan pengukuran kuantitatif. *Keempat*, mekanistik-deterministik, asumsi kosmologis bahwa alam raya merupakan sebuah mesin raksasa yang mati, tidak bernyawa dan statis, bahkan bukan alam saja, segala sesuatu yang di luar kesadaran subjek dianggap mesin yang bekerja menurut hukum-hukum matematika yang kuantitatif, termasuk tubuh manusia.

Perdebatan teoretis tentang diadopsinya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum (pidana) nasional terus mengemuka seiring masih kuatnya hegemoni positivisme hukum di Indonesia. Meski demikian, ruang diadopsinya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum (pidana) nasional juga memperoleh penguatan secara teoretis. Dalam konteks kekinian, di mana pluralisme sedang menjadi isu masyarakat internasional, kehadiran tata nilai tradisional memperoleh tempat dalam berbagai forum ilmiah. Karena itu juga mudah dipahami manakala banyak kajian teoretis yang mengambil objek kajian persoalan pluralisme, termasuk pluralisme di bidang hukum. Penguatan secara teoretis atas kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional nampak dari adanya pengakuan dari berbagai teori mutakhir di bidang hukum, antara lain ;⁵¹

Pertama, teori Segitiga Pluralisme Hukum (*Triangular Concept of Law*) Werner Menski. Memfokuskan kajiannya pada tiga tipe utama hukum, yaitu hukum yang diciptakan oleh masyarakat, hukum yang diciptakan oleh negara dan hukum yang timbul melalui nilai serta etika, Menski sampai pada kesimpulan, bahwa pandangan positivistik/legalistik/formalistic yang mengasumsikan hanya hukum negara sebagai satu-satunya hukum yang dapat menyelesaikan perselisihan dalam masyarakat merupakan pandangan yang *unsufficient* dan *unsatisfactory*.⁵² Tidak

⁵¹ Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Yogyakarta: Genta Press, 2008, hal. 32.

⁵² Ibid.hal.33

ada satu sistem hukum yang dapat berdiri sendiri tanpa pengaruh dari sistem hukum lain.

Kedua, teori Cermin (*Mirror Thesis*) Brian Z. Tamanaha. Mengutip pendapat Vago, Tamanaha menulis bahwa “*Every legal system stand in a close relationship to the ideas, aims and purposes of society. Law reflects the intellectual, social, economic, and political climate of its time*”. Hukum, menurut Tamanaha hakikatnya merupakan pantulan dari masyarakatnya. Hukum merupakan refleksi atas cita, kehendak dan keinginan dari masyarakat. Cita, kehendak dan keinginan masyarakat itulah yang seringkali telah melembaga dalam hukum yang hidup dalam masyarakat. Karena itu, hukum juga harus berbasis pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakatnya.

Ketiga, konsep *reinstitutionalization of norms* Paul Bohannon. Melalui konsep yang dibangunnya “Pelebagaan kembali norma-norma (*reinstitutionalization of norms*)”, Bohannon mengemukakan, bahwa masyarakat sejatinya memiliki pranata-pranata sendiri, baik yang berupa pranata hukum maupun non hukum. Dalam pandangannya, pembangunan hukum (undang-undang) sesungguhnya merupakan upaya untuk melembagakan kembali norma-norma hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Konsep Bohannon jelas mempertegas, bahwa norma-norma hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat hakikatnya merupakan basis dari pembangunan suatu hukum.

Keempat, asas legalitas—menurut Pasal 1 (1) WvS yang melarang sumber hukum tidak tertulis—telah “dibuka” dalam Rancangan dengan menyatakan bahwa asas tersebut tidak boleh ditafsirkan sebagai “mengurangi berlakunya hukum yang hidup yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana bilamana perbuatan itu tidak ada persamaan dalam peraturan perundang-undangan”. Menurut Barda Nawawi Arief (Beberapa Pokok Pemikiran Dalam Aturan Umum Konsep KUHP Baru), dalam “Penataran Nasional

Hukum Pidana dan Kriminologi” di Bandungan-Ambarawa 14 s/d 30 Nopember 1994) sebagaimana dikutip Mardjono Reksodiputro, menyatakan, bahwa konsep ini merupakan “karakteristik asas legalitas menurut pandangan dan pemikiran orang Indonesia yang tidak terlalu formalistik dan terpisah-pisah”.⁵³

Kelima, kelebihan dimasukkannya asas legalitas materiel dalam RUU KUHP yang memungkinkan adanya kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat antara lain: Pertama, untuk menggali nilai-nilai masyarakat Indonesia yang selama ini terabaikan dengan hukum asing. Kedua, agar penegak hukum mengedepankan keadilan daripada kepastian hukum. Meskipun selama ini hukum yang hidup itu telah ada dalam UU Drt. No. 1 Tahun 1951 maupun dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, tetapi pola pikir penegak hukum telah terkooptasi dengan KUHP (WvS), sehingga sulit menerapkan undang-undang di luar KUHP itu sendiri. Ketiga, sebagai penyeimbang asas legalitas. Namun pengaturannya harus serba hati-hati, demi menjaga keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan, baik terhadap asas legalitas formil maupun asas legalitas materiel.⁵⁴

C. Pembaruan Asas-Asas Hukum Pidana

Sebagaimana yang di kemukakan oleh Barda Nawawi Arief mengatakan mengemukakan bahwa asas-asas atau prinsip-prinsip dalam Konsep KUHP berkaitan erat dengan pokok pemikiran atau ide dasar yang melatarbelakangi disusunnya

⁵³ Tongat, said noor prasetyo, nu'man aunuh, yaris adhial fajrin , *hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional the living law in the national criminal law reform*, dalam jurnal konstitusi, volume 17, nomor 1, maret 2020. hal.5-12

⁵⁴ Ramadan Tabiu dan Eddy O.S Hiariej, “*Pertentangan Asas Legalitas Formil dan Materiil dalam Rancangan Undang-Undang KUHP*”, Jurnal Penelitian Hukum, Volume 2, Nomor 1, Maret 2015, hal. 30. Dalam jurnal Tongat, said noor prasetyo, nu'man aunuh, yaris adhial fajrin , *hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional the living law in the national criminal law reform*, dalam jurnal konstitusi, volume 17, nomor 1, maret 2020. Hal. 13

konsep. Pada intinya, ide dasar yang ingin diwujudkan dalam Konsep berorientasi pada “ide/asas keseimbangan”, yang antara lain mencakup:⁵⁵

1. keseimbangan monodualistik antara “kepentingan umum/ masyarakat” dan “kepentingan individu/perorangan”;
2. keseimbangan antara perlindungan/kepentingan pelaku tindak pidana (ide individualisasi pidana) dan korban tindak pidana;
3. keseimbangan antara unsur/faktor “objektif” (perbuatan/ lahiriah) dan “subjektif” (orang/batiniah/sikap batin), ide “daaddader strafrecht”;
4. keseimbangan antara kriteria “formal” dan “material”;
5. keseimbangan antara “kepastian hukum”, “kelenturan/ elastisitas/ fl eksibilitas” dan “keadilan”;
6. keseimbangan nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/ internasional/ universal.

Dimana akan dikemukakan perkembangan beberapa asas hukum pidana di dalam Konsep KUHP yang disusun berlandaskan pada pokok pemikiran sistem hukum nasional yang bertolak pada asas keseimbangan nilai dalam Pancasila dan asas keseimbangan tujuan pembangunan nasional, yaitu keseimbangan antara “perlindungan masyarakat” (*social defence*) dan “kesejahteraan masyarakat” (*social welfare*).

1. Asas Legalitas (*Lex Temporis Delicti*)

Dalam *tempus delicti* mengandung asas legalitas yang merupakan asas yang sangat fundamental dalam hukum pidana. Yang dimaksud dengan asas ini menurut Pasal 1 ayat (1) KUHP adalah ‘suatu perbuatan pidana tidak dapat dikenai pidana selain atas kekuatan peraturan undang-undang pidana yang sudah ada sebelum perbuatan pidana tersebut dilakukan’. Asas legalitas dianggap sebagai pondasi atau pilar utama sistem hukum pidana pada keluarga hukum pidana civil law. Asas legalitas dirumuskan dalam beberapa versi kalimat, seperti: ‘*nullum delictum nulla poena sine praevea lege poenali*’ (tiada delik, tiada pidana, tanpa undangundang pidana terlebih dahulu) atau ‘*nullum crimen nulla poena sine praevea lege*’ (tiada kejahatan, tiada pidana, tanpa undang-undang terlebih dahulu).

⁵⁵ Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-asas Hukum Pidana Indonesia (Perspektif Perbandingan Hukum Pidana)*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2014, hal.24.

Menurut Moeljatno mengartikan asas legalitas sebagai “tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan”.⁵⁶ Terdapat tujuh makna dari asas legalitas menurut Schafmeister dan J.E. Sahetapy yaitu: (i) tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang; (ii) tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi; (iii) tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan; (iv) tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas; (v) tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana; (vi) tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang; dan (vii) penuntutan pidana hanya menuntut cara yang ditentukan undang-undang.⁵⁷

Dalam doktrin hukum pidana ada enam macam fungsi asas legalitas. *Pertama*, asas legalitas dirancang untuk memberi maklumat kepada publik seluas mungkin tentang apa yang dilarang oleh hukum pidana sehingga mereka dapat menyesuaikan tingkah lakunya. *Kedua*, menurut aliran klasik, asas legalitas mempunyai fungsi untuk membatasi ruang lingkup hukum pidana. Sedangkan dalam aliran modern asas legalitas merupakan instrumen untuk mencapai tujuan perlindungan masyarakat. *Ketiga*, fungsi asas legalitas adalah untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap Negara. *Keempat*, asas legalitas itu diharapkan memainkan peranan yang lebih positif, yaitu harus menentukan tingkatan-tingkatan dari persoalan yang ditangani oleh suatu sistem hukum pidana yang sudah tidak dapat dipakai lagi. Fungsi asas legalitas untuk mengamankan posisi hukum rakyat terhadap Negara dan fungsi untuk melindungi anggota masyarakat dari tindakan sewenang-wenang pihak pemerintah merupakan dimensi politik hukum dari asas legalitas. *Kelima*, tujuan utama asas legalitas adalah untuk membatasi kesewenang-wenangan yang mungkin timbul dalam hukum pidana dan mengawasi serta membatasi pelaksanaan dari kekuasaan itu atau menormakan fungsi pengawasan dari hukum pidana itu. *Keenam*, asas legalitas memberikan kepastian hukum kepada masyarakat mengenai perbuatan-

⁵⁶ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hal.23.

⁵⁷ *Ibid.* Hal.24

perbuatan yang dilarang. Dengan adanya penetapan perbuatan terlarang itu berarti ada kepastian dalam bertingkah laku bagi masyarakat.⁵⁸

Tujuan dibentuknya asas legalitas adalah agar undang-undang pidana melindungi rakyat dari pelaksanaan kekuasaan yang tanpa batas oleh pemerintah. Asas ini juga berperan untuk memberikan jaminan kepada orang untuk tidak diperlakukan sewenang-wenang oleh aparat penegak hukum, karena sesuai dengan asas negara hukum, setiap tindakan aparat harus berdasarkan hukum yang berlaku. Ini yang dinamakan fungsi melindungi dari undang-undang.

Dalam rangka perlindungan hak-hak warga negara, keberlakuan undang-undang pidana harus dalam batas-batas sebagai berikut:⁵⁹

1. Keharusan menerapkan undang-undang pidana yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan (*lex temporis delicti* atau *existing penal law*). Konsekuensinya, kita tidak boleh menerapkan undang-undang yang dibuat setelah perbuatan dilakukan (*ex post facto penal law*).
2. Larangan mengkuafifikasi perbuatan pidana di luar yang telah dirumuskan oleh undang-undang pidana. Kualifikasi perbuatan pidana berdasarkan analogi tidak diperbolehkan.

Sampai di sini, undang-undang pidana dianggap sebagai yang terbaik karena keberadaannya dianggap berdasarkan rasio, keadilan, kehendak umum, dan kepentingan umum. Namun dalam kenyataannya bisa saja undang-undang pidana dibentuk berdasarkan kepentingan politik penguasa. Kalau hal ini terjadi maka telah tercipta keterbatasan asas legalitas untuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak warga negara. Keterbatasan asas legalitas yang lain adalah bahwa asas legalitas hanya mampu menjangkau mala prohibita, namun tidak mampu menjangkau crimina extra ordinaria, suatu perbuatan yang patut dipidana, tetapi bukan perbuatan yang dapat dipidana karena tidak dilarang oleh undang-undang pidana, sehingga akan semakin banyak perbuatan-perbuatan yang tidak dapat dituntut untuk dan atas nama asas legalitas.

⁵⁸ Deni Setyo Bagus Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*, Setara Press, Malang, 2014, hal.82-83

⁵⁹ Ibid. Hal.84

2. Asas Locus Delicti

Locus delicti atau tempat tindak pidana adalah tempat pembuat melakukan perbuatan yang dapat dipidana. Yang dimaksud dengan “tempat perbuatan dilakukan” adalah tempat pembuat melakukan perbuatan yang dapat dipidana; tempat ditentukan oleh alat yang dipergunakan dan dengan alat itu tindak pidana diselesaikan; dan tempat di mana akibat perbuatan pidana itu terjadi. Senada dengan itu Van Hamel menyatakan bahwa yang dianggap *locus delicti* adalah: tempat di mana seorang pelaku telah melakukan sendiri perbuatannya; tempat di mana alat yang dipergunakan oleh seorang pelaku itu bekerja; tempat di mana akibat langsung dari sesuatu tindakan itu timbul; dan tempat di mana suatu akibat konstitutif itu telah diambil.⁶⁰

Dalam konteks terdapat empat asas yang terkandung di dalam *locus delicti* atau tempat tindak pidana terjadi, yaitu asas wilayah atau teritorial, asas nasional pasif atau asas kepentingan, asas nasional aktif atau asas personal, dan asas universal.⁶¹

a. Asas Teritorial

Pada dasarnya tempat tindak pidana adalah tempat terjadinya perbuatan yang dilarang yang secara teoritis disebut asas wilayah atau teritorial (*territorialiteits-begín* atau *lands-begínsel*). Asas wilayah atau teritorial adalah asas yang fundamental karena menyangkut kedaulatan dari suatu negara. Prinsip ini lahir dari pendapat bahwa sebuah negara memiliki kewenangan absolut terhadap orang, benda, dan terhadap kejadian-kejadian di dalam wilayahnya sehingga dapat menjalankan yurisdiksinya terhadap siapa saja dalam semua jenis kasus hukum (kecuali dalam hal adanya kekebalan yurisdiksi, seperti yang berlaku pada diplomat asing). Oleh karena itu maka semua tindak pidana yang terjadi di dalam wilayah suatu negara, baik yang dilakukan oleh warga negaranya sendiri maupun oleh warga negara asing, maka diberlakukan hukum dari negara yang bersangkutan. Oleh karenanya, asas wilayah atau teritorial ini menjadi asas yang utama dalam Konsep KUHP.

⁶⁰ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Op.Cit, hal.34

⁶¹ *Ibid.*35.

Huala Adolf menyatakan bahwa terdapat hubungan yang erat antara suatu negara dengan kompetensi yurisdiksinya. Keeratan hubungan tersebut tertuang dalam bentuk :⁶²

1. Negara di mana suatu perbuatan pidana/kejahatan dilakukan biasanya mempunyai kepentingan yang paling kuat untuk menghukumnya;
2. biasanya si pelaku kejahatan ditemukan di negara tempat ia melakukan tindak pidana/kejahatan;
3. biasanya *local court* (pengadilan setempat) di mana tindak pidana terjadi adalah yang paling tepat, karena saksi-saksi termasuk di dalamnya barang bukti dapat ditemukan di negara tersebut;
4. adanya fakta bahwa terdapat sistem-sistem hukum yang berbeda dan karenanya akan janggal, misalnya seorang Amerika yang datang ke London harus tunduk pada dua sistem hukum Amerika dan/atau sistem hukum London.

b. Asas Nasional Pasif

Asas nasional pasif adalah asas yang menyatakan bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan pidana Indonesia juga berlaku terhadap perbuatan-perbuatan yang merugikan kepentingan negara Indonesia. Di dalam KUHP, pengaturan asas nasional pasif ini digabung dengan asas universal sebagaimana dicantumkan dalam Pasal 4. Kepentingan nasional yang akan dilindungi juga dirumuskan secara limitatif, yaitu: kejahatan tertentu terhadap keamanan negara dan martabat Presiden (Pasal 4 ke-1); kejahatan mengenai mata uang, uang kertas, meterai, dan merek (Pasal 4 ke-2); pemalsuan surat/sertifikat hutang atas tanggungan Indonesia atau tanggungan daerah/bagian daerah Indonesia (Pasal 4 ke-3). Di samping itu ada pula 'kepentingan nasional' yang juga merupakan 'kepentingan internasional/universal' yang diatur dalam Pasal 4 ke-4 KUHP jo. Undang-undang Nomor 4 tahun 1976, berupa kejahatan yang berkaitan dengan pembajakan laut (Pasal 438, 444-446); penyerahan perahu dalam kekuasaan bajak laut (Pasal 447); pembajakan pesawat udara (Pasal 479j); dan kejahatan yang mengancam penerbangan sipil (Pasal 479 l s/d o).⁶³

⁶² Huala Adolf, *Aspek-aspek Negara dalam Hukum Internasional*, Rajawali Press, Jakarta, 1991, hal.144 -145

⁶³ Ibid. Hal.146

c. Asas Personalitas

Asas nasional aktif atau asas personal adalah asas yang menyatakan bahwa ketentuan pidana dalam Undang-Undang Republik Indonesia berlaku bagi setiap warga negara Indonesia yang melakukan tindak pidana di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia. Secara teoritis, terdapat dua macam asas personal atau prinsip nasionalitas ini, yaitu:

- (a) Prinsip nasionalitas aktif, yaitu suatu negara memiliki yurisdiksi terhadap warga negaranya yang telah dilakukan tindak pidana di luar negeri. Dalam hak mengadili tentunya orang tersebut harus diekstradisi terlebih dahulu;
- (b) Prinsip nasionalitas pasif, yaitu suatu negara memiliki yurisdiksi untuk mengadili orang asing yang melakukan tindak pidana terhadap warga negaranya di luar negeri.

d. Asas Universal

Didalam Konsep KUHP dirumuskan pemberlakuan hukum pidana Indonesia berdasarkan asas universal ke dalam dua kemungkinan. Pertama, ketentuan pidana dalam Undang-undang Republik Indonesia berlaku bagi setiap orang yang berada di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang melakukan tindak pidana menurut perjanjian atau hukum internasional yang telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam Undang-Undang Republik Indonesia. Kedua, ketentuan pidana dalam Undang-Undang Republik Indonesia berlaku bagi setiap orang yang melakukan tindak pidana diluar wilayah Indonesia yang penuntutannya diambil alih oleh Pemerintah Indonesia atas dasar suatu perjanjian yang memberikan kewenangan kepada Pemerintah Indonesia untuk melakukan penuntutan pidana.⁶⁴

3. Asas Non Retroaktif

Sebagaimana telah diuraikan di atas bahwa asas legalitas tidak memperbolehkan undang-undang berlaku surut atau dikenal dengan istilah retroaktif. *Black's Law Dictionary* memberikan defnisi retroaktif sebagai *'an extending in scope or effect*

⁶⁴ Hanafi Amrani, *politik pembaruan hukum pidana*; Yogyakarta : UII Press, 2019. Hal.95

to matters that have occurred in the past'. Dari pengertian ini dapat dikatakan bahwa hukum yang diterapkan secara retroaktif mengubah akibat-akibat hukum dari tindakan yang dilakukan atau status hukum dari perbuatan dan hubungan yang terjadi sebelum penetapan undang-undang.

Namun demikian, Pasal 1 ayat (2) KUHP-WvS memungkinkan diterapkannya asas retroaktif dengan persyaratan bahwa hukum yang baru itu lebih ringan dibandingkan dengan hukum yang lama. Atau dengan kata lain, apabila terjadi perubahan Undang-undang sebelum perkara diadili, maka diberlakukan hukum yang paling menguntungkan bagi terdakwa. Pembicaraan asas retroaktif akan berhenti jika kita hanya berpedoman pada ketentuan dalam Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 1 ayat (2) KUHP, karena pasal tersebut membatasi pengertian retroaktif hanya pada keadaan transitioir atau menjadi hukum transitioir (hukum dalam masa peralihan).⁶⁵ Jadi Pasal 1 ayat (1) mengandung asas bahwa dalam menghadapi dua pilihan perundang-undangan karena adanya, harus dipilih/diterapkan hukum yang menguntungkan/meringankan terdakwa. Oleh karena itu dapat dikatakan mengandung asas subsidiaritas.

Asas legalitas dalam KUHP-WvS hanya fokus pada kepentingan pelaku, sementara dalam hal tertentu kepentingan korban diabaikan. Oleh karena itu perlu diambil jalan keluar agar ada keseimbangan antara kepentingan pelaku dan kepentingan korban. Asas retroaktif merupakan salah satu jalan keluar untuk mengatasi hal tersebut, sehingga dimungkinkan untuk diberlakukan atas dan untuk kepentingan keadilan bagi korban. Walaupun demikian, asas non retroaktif tidak diberlakukan secara mutlak. Ada beberapa syarat yang harus dipenuhi untuk menerapkan asas retroaktif.⁶⁶

- a. Substansi yang diatur bukanlah merupakan hal yang baru dan tidak ditentukan secara sewenang-wenang oleh penguasa. Substansi yang diatur harus jelas dan terperinci sehingga tidak menimbulkan penafsiran lain (*syarat lex certa*);

⁶⁵ Agus Raharjo, *Problematika Asas Retroaktif dalam Hukum Pidana Indonesia*, Jurnal Dinamika Hukum, Volume 8 Nomor 1, 2008, hal.71.

⁶⁶ Made Darma Weda, "*Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif di Indonesia*", Disertasi, Universitas Indonesia, 2006, hal.341-342

- b. Atas dasar keadilan bagi masyarakat luas, maka hukum pidana dapat diberlakukan secara retroaktif. Keadilan di sini adalah keadilan bagi masyarakat banyak; demi keadilan, kejahatan harus dihukum;
- c. harus diberlakukan secara limitatif, dalam batasan-batasan waktu, dan tertuang secara jelas dalam undang-undang. Keberlakuan surut harus jelas, berkaitan dengan locus dan tempos delicti agar tidak terjadi penyalahgunaan kekuasaan
- d. merupakan upaya terakhir dan dalam kondisi yang luar biasa atau masa transisi, dengan maksud dan tujuan untuk mengembalikan kedaulatan hukum serta melakukan perbaikan terhadap korban (*restorative justice*). Dengan demikian dapat dihindari balas dendam politik dari pihak-pihak tertentu.

Pada dasarnya waktu tindak pidana ditentukan pada saat perbuatan yang dilarang itu dilakukan atau pada saat tidak dilakukan perbuatan yang seharusnya dilakukan. Sama halnya dengan KUHPWvS yang sekarang berlaku, Konsep juga menegaskan bahwa dalam hal terdapat perubahan peraturan perundang-undangan sesudah perbuatan terjadi, diberlakukan peraturan perundang-undangan yang baru, kecuali ketentuan peraturan perundang-undangan yang lama menguntungkan bagi pembuat.

4. Asas Kesalahan

Roeslan Saleh menyatakan, dalam pengertian perbuatan pidana tidak termasuk hal pertanggungjawaban. Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada dilarangnya perbuatan. Apakah orang yang telah melakukan perbuatan itu kemudian juga dipidana, tergantung pada soal, apakah dia dalam melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau tidak. Apabila orang yang melakukan perbuatan pidana itu memang mempunyai kesalahan, maka tentu dia akan dipidana. Tetapi, manakala dia tidak mempunyai kesalahan, walaupun dia telah melakukan perbuatan yang terlarang dan tercela, dia tentu tidak dipidana.

Asas umum yang fundamental dalam pertanggungjawaban pidana adalah asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (*no punishment without guilt atau no liability without blameworthiness*), yang dalam bahasa Belanda disebut “*geen straf zonder schuld*”, dan dalam bahasa Jerman disebut “*keine strafe ohne schuld*”. Asas kesalahan ini

dalam bahasa Indonesia sering juga disebut “*asas culpabilitas*”. Barda Nawawi Arief mengistilahkan asas ini sebagai ‘asas kemanusiaan’, sebagai pasangan dari asas legalitas yang merupakan ‘asas kemasyarakatan’. Kedua asas ini merupakan manifestasi atau perwujudan dari ide keseimbangan monodualistik. Dalam konteks ini Konsep merumuskan secara eksplisit: “Tidak seorangpun yang melakukan tindak pidana dipidana tanpa kesalahan”.

Unsur kesalahan ini menguraikan dirinya dalam dua bentuk, yaitu dalam bentuk kesengajaan (*intent, opzet*) dan dalam bentuk kelalaian (*negligence, schuld*). Kesengajaan adalah mengetahui dan menghendaki (*Vorzatz bedeutet das Wissen und Wollen der Tat*). Dalam doktrin hukum pidana dikenal ada tiga bentuk kesengajaan, yaitu:

- a. Kesengajaan sebagai maksud atau tujuan (*opzet als oogmerk*). Kesengajaan sebagai maksud artinya bahwa orang yang melakukan perbuatan itu, pada perbuatannya telah dimaksudkan terjadinya akibat itu. Sengaja dalam hal ini bersifat maksud.
- b. Kesengajaan sebagai kepastian (*ozet bij zekerheidsbewustzijn*). Pada bentuk ini, sengaja itu sebagai maksud orang yang melakukan perbuatan itu ditujukan kepada suatu akibat tertentu; ia pasti tahu atau telah yakin benar bahwa oleh perbuatannya di samping akibat yang dimaksudnya (sengaja sebagai maksud), akan terjadi suatu akibat lain.
- c. Kesengajaan sebagai kemungkinan (*opzet bij mogelijkheidsbewustzijn*). Kesengajaan di sini ditujukan kepada perbuatannya; atau pada akibat dari perbuatan itu, atau pada elemen-elemen lain dari norma pidana yang bersangkutan. Jadinya juga perbuatan itu sendiri harus telah dikehendaki. Sedangkan sikap batin pada kelalaian dalam hubungannya dengan akibat perbuatan dapat terletak pada dua hal, yaitu:
 1. Terletak pada ketiadaan pikir sama sekali (*onbewuste culpa*). Dalam alam batin orang itu tidak sedikitpun ada kesadaran atau pikiran bahwa dari perbuatan yang hendak dia lakukan itu dapat menimbulkan suatu akibat

yang dilarang oleh undang-undang, padahal ia seharusnya memikirkan kemungkinan itu..

2. Terletak pada pemikiran bahwa akibat tidak akan terjadi (*bewuste culpa*). Kesalahan terletak pada sikap batin yang sudah memikirkan tentang timbulnya akibat yang dilarang, akan tetapi dalam alam batinnya begitu percaya bahwa akibat itu tidak akan timbul.

Dalam doktrin hukum pidana dikenal juga apa yang disebut sebagai culpa lata atau culpa berat atau nyata atau sembrono. Ada pula yang disebut *culpa levis* atau culpa ringan. Kedua culpa ini membantu pertanggung jawaban pidana kepada si pelaku.

Pertanggungjawaban pidana berdasarkan asas kesalahan ini adalah suatu hal yang wajar, karena tidaklah adil apabila menjatuhkan pidana terhadap orang yang tidak mempunyai kesalahan. Pernyataan seperti ini pernah dikemukakan oleh Peter Gillies. Dikatakan olehnya bahwa “*the policy basis for requiring a guilty mind is simple, it would be unjust to punish a person for conduct unaccompanied by guilty mind, for an effect people would on occasion be punished for simple inadvertance*”.⁶⁷ Oleh karena itu para penulis berkesimpulan bahwa orang yang bertanggung jawab atas apa yang telah dilakukannya haruslah melakukan perbuatan itu dengan kehendak bebas, tidak dalam keadaan terpaksa, dan mampu bertanggung jawab.

⁶⁷ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana: Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*, Cetak ketiga, Aksara Baru, Jakarta, 1983, hal.75. terdapat juga dalam buku, Hanafi Amrani, *politik pembaruan hukum pidana*; Yogyakarta : UII Press, 2019. Hal. 94-104

BAB IV

EFEKTIVITAS PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA SAAT INI

A. Pembaharuan Konsep Hukum Pidana dan Pidanaan Saat Ini

Hal baru yang terdapat di dalam Konsep adalah mengenai tujuan dan pedoman pidanaan. Dirumuskannya tujuan dan pedoman pidanaan ini menurut Prof Barda Nawawi Arief berolak dari pokok pemikiran sebagai berikut,⁶⁸

- a. Pada hakekatnya undang-undang merupakan suatu sistem hukum yang bertujuan. Dirumuskannya pidana dan aturan pidanaan dalam undang-undang pada hakekatnya hanya merupakan sarana untuk mencapai tujuan. Oleh karena itu perlu dirumuskan tujuan pidanaan.
- b. Dilihat secara fungsional dan operasional, pidanaan merupakan suatu rangkaian proses dan kebijaksanaan yang konkritasinya sengaja direncanakan melalui tahap ‘formulasi’ oleh pembuat undang-undang, tahap ‘aplikasi’ oleh badan/aparat yang berwenang, dan tahap ‘eksekusi’ oleh aparat/instansi pelaksana pidana. Agar ada keterjalinan dan keterpaduan antara ketiga tahap tersebut sebagai satu kesatuan sistem pidanaan, diperlukan perumusan mengenai tujuan dan pedoman pidanaan;
- c. Sistem pidanaan yang bertolak dari paham individualisasi pidana tidak berarti memberi kebebasan sepenuhnya kepada hakim dan aparat lainnya tanpa pedoman atau kendali/kontrol. Perumusan tujuan dan pedoman pidanaan dimaksudkan sebagai ‘fungsi pengendali/kontrol’ dan sekaligus memberikan dasar filosofis, dasar rasionalitas, dan motivasi pidanaan yang jelas dan terarah.

⁶⁸ Hanafi Amrani, *politik pembaruan hukum pidana*; Op.cit.hal. 127

Menurut Andi Hamzah memberikan arti sistem pidana dan pidana sebagai susunan (pidana) dan cara pidanan. M. Sholehuddin menyatakan, bahwa masalah sanksi merupakan hal yang sentral dalam hukum pidana karena seringkali menggambarkan nilai-nilai sosial budaya suatu bangsa. Artinya pidana mengandung tata nilai (value) dalam suatu masyarakat mengenai apa yang baik dan yang tidak baik, apa yang bermoral dan apa yang amoral serta apa yang diperbolehkan dan apa yang dilarang.⁶⁹

Sistem merupakan jalinan dari beberapa unsur yang menjadi satu fungsi. Sistem pidana memegang posisi strategis dalam upaya untuk menanggulangi tindak pidana yang terjadi. Sistem pidana adalah suatu aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pidana. Apabila pengertian sistem pidana diartikan secara luas sebagai suatu proses pemberian atau penjatuhan pidana oleh hakim, maka dapatlah dikatakan bahwa sistem pidana mencakup keseluruhan ketentuan perundang-undangan yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum) pidana.

Berarti semua aturan perundang-undangan mengenai hukum pidana substantif, hukum pidana formal dan hukum pelaksanaan pidana dapat dilihat sebagai satu kesatuan sistem pidana. Dengan demikian dapatlah dikatakan bahwa pidana tidak dapat terlepas dari jenis-jenis pidana yang diatur dalam hukum positif suatu negara. Pidana yang dilakukan oleh suatu masyarakat yang teratur terhadap pelaku kejahatan dapat berbentuk menyingkirkan atau melumpuhkan para pelaku tindak pidana, sehingga pelaku tersebut tidak lagi mengganggu di masa yang akan datang.⁷⁰

Usaha pembaharuan hukum di Indonesia yang sudah dimulai sejak proklamasi kemerdekaan tanggal 17 Agustus 1945, melalui Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945) tidak dapat dilepaskan dari

⁶⁹ Ekaputra, Mohammad dan Abul Khair, , *Sistem Pidana Di Dalam KUHP Dan, Pengaturannya menurut Konsep KUHP Baru*, USU Press, Medan, 2010, Hal. 13.

⁷⁰ Ibid.hal.14

landasan dan sekaligus tujuan nasional yang ingin dicapai seperti dirumuskan dalam Pembukaan UUD 1945, khususnya alinea ke empat. Dari perumusan tujuan nasional yang tertuang dalam alinea ke empat UUD 1945 tersebut, dapat diketahui dua tujuan nasional yang utama yaitu:

- (1) untuk melindungi segenap bangsa Indonesia, dan
- (2) untuk memajukan kesejahteraan umum berdasarkan Pancasila. Hal itu berarti ada dua tujuan nasional, yaitu “perlindungan masyarakat” (*social defence*) dan “kesejahteraan masyarakat” (*social welfare*) yang menunjukkan adanya asas keseimbangan dalam tujuan pembangunan nasional.

Pembaharuan hukum pidana menuntut adanya penelitian dan pemikiran terhadap masalah sentral yang sangat fundamental dan sangat strategis Termasuk dalam masalah kebijakan dalam menetapkan sanksi pidana, kebijakan menetapkan pidana dalam perundang-undangan. Kebijakan legislatif merupakan tahap yang paling strategis dilihat dari keseluruhan proses kebijakan, untuk mengoperasionalkan hukum pidana. Pada tahap inilah dirumuskan garis-garis kebijakan sistem pidana dan pemidanaan, yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap berikutnya, yaitu tahap penerapan pidana oleh badan pengadilan dan tahap pelaksanaan pidana oleh aparat pelaksana pidana.⁷¹

B. Kebijakan Hukum Pidana Saat Ini Dalam Upaya Pembaharuan

Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.⁷² Dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan.

⁷¹ Syaiful Bakhri, *Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia*, Total Media, Yogyakarta, 2009 Hal. 87

⁷² Muladi Dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori Dan Kebijakan Hukum Pidana* . Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2000. Hal. 92

Selanjutnya bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (“*policy-oriented approach*”) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (“*value-oriented approach*”)

Dengan pembaharuan kebijakan kriminal yang digunakan untuk mencegah kejahatan sedini mungkin, sehingga perbuatan dapat dilihat dari dua sudut pendekatan yaitu sudut pendekatan kebijakan dan sudut pendekatan nilai, sehubungan dengan masalah ini, Barda Nawawi Arief menyatakan pendapatnya sebagai berikut:⁷³

1. Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan:
 - a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana hakekatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai/ menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya);
 - b. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan);
 - c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (legal substance) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.
2. Dilihat dari sudut pendekatan nilai: Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan kembali (“*reorientasi dan reevaluasi*”) nilai-nilai sosio politik, sosio-filosofik, dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (“*reformasi*”) hukum pidana apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau WvS).⁷⁴

⁷³ Ibid. 94- 95

⁷⁴ Muladi, Proyeksi Hukum Pidana Materiil Dimasa Datang, Pidato Pengukuhan Sebagai Guru Besar Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, tanggal 24 Februari 1994, Hal 3-4

Sebagaimana Hal ini dipandang bahwa hukum (hukum pidana) merupakan perwujudan suatu unsur sosial masyarakat yang mempengaruhi ada tidaknya penjaTuhan sanksi (dipidananya) terhadap persiapan melakukan tindak pidana tersebut, sehingga perlu adanya pembaharuan kebijakan kriminal sejalan beriringan waktu yang didasarkan pada nilai-nilai sosio politik, sosio filosofik, sosio kultural dan norma-norma yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Bertolak dari sudut pendekatan kebijakan dan sudut pendekatan nilai, pengkajian menitikberatkan pada hukum pidana materiil (KUHP), mengingat bagian hukum pidana ini yang mampu merumuskan atau memformulasikan perbuatan-perbuatan apa yang dijadikan tindak pidana, bagaimana mengenai pertanggungjawaban pidananya, serta bagaimana mengenai pidana dan pемidanaannya. Dengan demikian tahap formulasi menempati posisi strategis jika dibandingkan tahap aplikasi maupun tahap pelaksanaan hukum pidana yang merupakan kelanjutan dari operasionalisasi atau penegakkan hukum pidana.

Indonesia sebagai sebuah negara yang sudah merdeka juga berupaya segera mengadakan pembaharuan KUHP (WvS) yang disesuaikan dengan politik hukum, keadaan dan perkembangan kehidupan berbangsa dan bernegara bangsa Indonesia serta diharapkan dapat memenuhi rasa keadilan dan kemanusiaan jika dibandingkan dengan undang-undang warisan kolonial.

Dengan demikian ruang lingkup kebijakan hukum pidana dapat mencakup kebijakan di bidang pidana formil, materiel serta pelaksanaan pidana itu sendiri. Ruang lingkup kebijakan hukum pidana ini sangat luas karena tidak hanya menyangkut hukum pidana dalam arti materiel (pidana dan pемidanaan) tetapi juga mengatur tentang bekerjanya hukum pidana melalui lembaga sub-sistem peradilan yang ada serta bagaimana pelaksanaan eksekusinya.⁷⁵

⁷⁵ Ibid.6-7

C. Perbandingan Hukum Pidana Indonesia Dengan Berbagai Negara Dalam Contoh Seperti Delik Agama

Dalam melakukan kebijakan formulasi hukum pidana, pembuat kebijakan (legislator) hendaknya melakukan kajian perbandingan dengan negara-negara lain. Menurut Rene David dan Brierley⁷⁶, manfaat dari perbandingan hukum adalah :

1. Berguna dalam penelitian hukum yang bersifat historis dan filosofis;
2. Penting untuk memahami lebih baik dan untuk mengembangkan hukum nasional kita sendiri;
3. Membantu dalam mengembangkan pemahaman terhadap bangsa-bangsa lain dan oleh karena itu harus saling memberikan sumbangan ataupun bantuan untuk menciptakan hubungan/suasana yang baik bagi perkembangan hubungan-hubungan internasional.

Pendapat Rene David dan Brierley di atas menunjukkan bahwa perbandingan hukum selain berguna dalam penelitian hukum, juga dapat menjadi sarana untuk pengembangan hukum nasional dan mempererat kerjasama internasional. Adanya perbandingan dengan sistem hukum negara lain, maka akan diketahui persamaan dan perbedaannya, sehingga dapat dijadikan bahan pertimbangan atau masukan ke dalam sistem hukum nasional.

Pada umumnya di hampir semua negara di dunia agama merupakan suatu kepentingan hukum yang wajib dilindungi. Sehingga setiap negara yang menggunakan internet pasti akan terkena dampak negatifnya, termasuk delik agama. Oleh karena itu setiap negara berupaya melakukan pencegahan dan penanggulangan dalam rangka perlindungan masyarakatnya dari dampak negatif penyebaran delik agama melalui internet.

Kebijakan formulasi hukum pidana dalam upaya penanggulangan delik agama di Indonesia memerlukan kajian perbandingan dengan negara-negara yang memiliki kebijakan dalam upaya penanggulangan delik agama, baik melalui kebijakan kebijakan penal maupun non penal. Kajian perbandingan ini dapat menjadi acuan atau pertimbangan dan memberikan masukan, seperti bagaimana perumusan tindak pidananya, sistem pertanggungjawaban, jenis sanksi pidana dan lain sebagainya.

⁷⁶ Barda Nawawi Arief, *Perbandingan Hukum Pidana*, (Jakarta, PT RajaGrafindo Persada, 2003), hal. 18.

Selain itu juga untuk dapat mengetahui perkembangan kejahatan yang bersarakan teknologi informasi yang terus berkembang. Meskipun demikian, para legislator harus tetap menyesuaikan dengan kondisi sosial dan budaya masyarakat Indonesia, karena hukum merupakan kebutuhan masyarakat dan akan diterapkan kepada masyarakat. Seperti ;⁷⁷

1. **Kanada**

Delik Blasphemy diatur dalam Pasal 286 (berjudul *Blasphemous Libel*):

1. *every one who publishes a blasphemous libel is guilty of an incitable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years;*
2. *It is a question of fact whether or not any matter that is published is a blasphemous libel;*
3. *No person shall be convicted of an offence under this section for expressing in good faith and decent language, or attempting to establish by argument used in good faith and conveyed in decent language, an opinion on a religious subject.*

Dari perbandingan di berbagai negara di atas maka dapat disimpulkan bahwa kebijakan formulasi delik agama dalam berbagai KUHP asing terbagi dalam beberapa pola. Pola yang pertama yaitu delik agama dirumuskan atau diatur secara khusus dalam bab tersendiri dan pola perumusan yang kedua yaitu delik agama diformulasikan atau dirumuskan tidak secara tersendiri melainkan tersebar dalam berbagai pasal yang mengatur delik agama.

Adanya 2 (dua) pola perumusan/formulasi di berbagai KUHP asing tersebut, tim perumus RUU KUHP mengadopsi pola perumusan/formulasi yang pertama yaitu delik agama diatur secara khusus dalam bab tersendiri. Selain perumusan delik agama secara khusus atau dalam bab tersendiri dalam kitab undang-undang hukum pidana negara tersebut, yang menarik juga untuk dicermati adalah negara-negara tersebut tidak berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa namun delik agama diatur dan dirumuskan dalam kitab undang-undang hukum pidananya bahkan diatur secara khusus

⁷⁷ Barda Nawawi Arief. *Perbandingan Hukum Pidana* . Ibid. Hal. 73-84

dalam bab khusus atau tersendiri. Oleh karena itu menjadi suatu yang sangat tidak pada tempatnya atas sikap sebagian kalangan yang menolak delik agama untuk diatur dan dirumuskan dalam RUU KUHP dengan dalih bahwa delik agama merupakan suatu contoh nyata terjadinya kriminalisasi berlebihan dan melanggar HAM.

2. **Firlandia**

Dalam KUHP Finlandia terdapat dalam pasal 10 KUHP Finlandia berjudul *Breach of the sanctity of religion* (pelanggaran kesucian agama) yang dimasukkan sebagai bagian dari Bab 17 (*Offences against public order*). Delik yang dimaksud berbunyi sebagai berikut:

Section 10 Breach of the sanctity of religion (563/1998).

A persona who (1) publicly blasphemes against god or, for the purpose of offending, publicly defames or desecrates what is otherwise held to be sacred by a church or religious community, as referred to in the act on the freedom of Religion or (2) by making noise, acting threatening or otherwise, disturbs worship, ecclesiastical proceedings, other similar religious proceedings or a funeral, shall be sentenced for a breach of the sanctity of religion to a fine or to imprisonment for a most six months.

(seorang yang (1) menghina Tuhan di muka umum atau dengan tujuan melukai perasaan, mencemarkan atau menodai sesuatu yang dipandang suci oleh gereja atau masyarakat agama, atau (2) dengan menimbulkan kegaduhan atau ancaman, mengganggu peribadatan, upacara keagamaan atau upacara keagamaan lainnya, atau upacara penguburan, diancam karena pelanggaran kesucian agama dengan pidana denda atau penjara paling lama 6 bulan.

Di samping itu ada pasal yang melarang agitasi etnik dalam Pasal 8 dari Chapter 11, yang lengkapnya berbunyi sebagai berikut:

Section 8 Ethnic agitation (578/1995) A person who spreads statements or other information among the public where a certain race, a national, ethnic or religious group or a comparable group is threatened, defamed or insulted shall be sentenced for ethnic agitation to a fine or to imprisonment for a most two years.

(barangsiapa menyebarkan pernyataan atau informasi lain kepada publik sehingga suatu ras tertentu, kelompok keagamaan, etnis, bangsa, atau kelompok sejenis terancam, tercemar, atau terhina diancam karena gitasi etnik dengan pidana denda atau penjara paling lama dua tahun).

Dengan adanya pasal ini maka sebenarnya penghinaan Tuhan dapat juga merupakan delik agitasi etnik.

3. Francis

Nagara Francis tidak ada bab khusus tentang delik agama. Delik agama yang berhubungan dengan agama tersebar dalam beberapa pasal dalam Chapter XIV: *Criminal Offences Against Fundamental Rights and Freedoms of a Person*, yang meliputi:

Section 150

Violation of Equality Rights of Persons on the Basis of their Attitudes Towards Religion (pelanggaran terhadap kesamaan hak orang yang berlandaskan sikap-sikapnya terhadap agama)

For a person who commits direct or indirect restriction of the rights of persons or creation of whatsoever preferences for persons, on the basis of the attitudes of such persons towards religion, excepting activities in the institutions of a religious denomination, or commits violation of religious sensibilities of persons or incitement of hatred in connection with the attitudes of such persons towards religion or atheism, the applicable sentence is deprivation of liberty for a term not exceeding two years, or community service, or a fine not exceeding forty times the minimum monthly wage.

(Setiap orang yang secara langsung atau tidak langsung membatasi hak seseorang atau pilihan seseorang berdasarkan pada landasan sikap agama,keculai aktivitas di dalam lembaga-lembaga sekte/golongan agama, atau melakukan pelanggaran terhadap rasa keagamaan seseorang atau menghasut kebencian dalam hubungannya dengan sikap orang terhadap agama atau terhadap paham atheis).

Section 151

Interference with Religious Rituals (menggangu upacara keagamaan); *For a person who commits intentional interference with religious rituals, if such are not in violation of law and are not associated with violation of*

personal rights, the applicable sentence is community service, or a fine not exceeding ten times the minimum monthly wage.

(setiap orang yang melakukan dengan sengaja mengganggu (campur tangan) terhadap ritual keagamaan, apabila tidak melawan hukum dan tidak berkaitan dengan pelanggaran hak-hak personal).

BAB V

POLITIK HUKUM DALAM ARAH PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA

A. Politik Hukum Pidana

Politik Hukum Pidana dapat juga disebut ‚Kebijakan Hukum Pidana/*Penal Policy*‘ atau Pembaharuan Hukum Pidana. Melaksanakan Politik Hukum Pidana berarti ‘usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang’. Dengan demikian apabila dilihat dari aspek ‘Politik Hukum’, maka berarti ‘Politik Hukum Pidana’ mengandung arti bagaimana negara mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan pidana yang baik untuk masa kini dan yang akan datang. Dalam kepustakaan asing istilah politik hukum pidana sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain ‚*penal policy*‘, ‚*criminal law policy*‘, atau ‚*strafrechtspolitik*‘.⁷⁸

Sedangkan apabila dilihat dari aspek ‘Politik Kriminal’, berarti suatu kebijakan untuk menanggulangi kejahatan dengan hukum pidana. Pengertian di atas sesuai dengan pendapat Marc Ancel bahwa ‘*Penal Policy*’ adalah suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada para pelaksana putusan pengadilan.⁷⁹ Jadi ‘Politik Hukum Pidana adalah kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana atau Politik Hukum Pidana adalah usaha penanggulangan kejahatan lewat pembuatan UU pidana.

⁷⁸ Barda Nawawi Arief, TT, *Kebijakan Hukum Pidana (Penal Policy)*, Bahan Kuliah Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, hal. 6, terdapat juga dalam buku *Pengantar politik hukum pidana*, DR. MARONI, S.H., M.Hum., hal. 4

⁷⁹ *Ibid*,

Politik Hukum menurut Sudarto juga dapat diartikan sebagai usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi saat itu.⁸⁰ Pada kesempatan lain Sudarto mengemukakan pengertian dari ‘politik hukum’, yaitu kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.⁸¹ Politik (kebijakan) hukum pidana itu pada intinya bagaimana hukum pidana dapat dirumuskan dengan baik dan memberikan pedoman kepada pembuat undang-undang dan pelaksanaan hukum pidana.

Legeslatif juga sangat mempunyai Kebijakan yang sangat menentukan bagi tahap-tahap berikutnya, karena pada saat perundang-undangan pidana hendak dibuat, maka sudah ditentukan tujuan yang hendak dicapai. Dalam konteks ini ruang lingkup kebijakan legislasi menekankan pada upaya berikut ini:

- a) Penggantian perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang sudah tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat;
- b) Menyempurnakan peraturan perundang-undangan yang sudah ada namun tidak sesuai dengan tuntutan dan kebutuhan masyarakat;
- c) Membentuk peraturan perundang-undangan baru yang sesuai dengan tuntutan dan memenuhi kebutuhan hukum masyarakat.⁸²

Pengertian politik hukum pidana yang dikemukakan menurut beberapa ahli antara lain sebagai berikut :

- a. Menurut Sunaryati Hartono dalam bukunya *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional* melihat politik hukum sebagai sebuah alat (tool) atau sarana dan langkah yang dapat digunakan oleh pemerintah untuk menciptakan sistem hukum nasional yang dikehendaki dan dengan sistem hukum nasional itu akan diwujudkan citacita bangsa Indonesia.⁸³

⁸⁰ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 1996, hal.27

⁸¹ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hal.20.

⁸² Prasetyo dalam Ruslan Renggong, *Hukum Pidana Khusus: Memahami Delik-delik di Luar KUHP*, Prenadamedia Group, Jakarta, hal.7-8

⁸³ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991, hal. 1

- b. Menurut Satjipto Rahardjo mendefinisikan politik hukum sebagai aktivitas memilih dan cara yang hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat.⁸⁴
- c. Menurut Padmo Wahjono dalam bukunya Indonesia Negara Berdasarkan atas Hukum⁹³ mendefinisikan politik hukum sebagai kebijakan dasar yang menentukan arahan, bentuk maupun isi dari hukum yang akan dibentuk.
- d. Menurut A. Mulder, Strafrechtspolitiek ialah garis kebijakan untuk menentukan :
 - 1. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu dirubah atau diperbaharui.
 - 2. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana.
 - 3. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.⁸⁵
- e. Menurut Soerjono Soekanto, Politik hukum pidana pada dasarnya mencakup tindakan memilih nilai-nilai dan menerapkan nilai-nilai tersebut dalam kenyataannya. Politik untuk mencegah terjadinya delinkuensi dan kejahatan : dengan lain perkataan, maka politik hukum pidana merupakan upaya untuk secara rasional mengorganisasikan reaksi-reaksi sosial rasional mengorganisasikan reaksi-reaksi sosial terhadap delinkuensi dan kejahatan.⁸⁶

Usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Jadi kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal (*criminal policy*). Sebagai bagian dari politik kriminal, politik hukum pidana identik dengan pengertian kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana.

⁸⁴ Satjipto Raharjo, Ilmu Hukum, Citra Aditya Bakti, Bandung 2000, hal. 35

⁸⁵ Padmo Wahyono, Indonesia Negara Berdasarkan atas hukum, Cet. II, Ghalia Indonesia, Jakarta 1986., hal.160

⁸⁶ Shafruddin, *Pelaksanaan Politik Hukum Pidana Dalam Menanggulangi Kejahatan*, Tesis Program Magister Ilmu Hukum Undip, 2009. <https://core.ac.uk/download/files/379/11723191.pdf>. diakses tgl 11-2-2021.

Hubungan antara politik hukum pidana dengan politik hukum dan politik kriminal dapat digambarkan dalam bagan berikut ini.

Sebagaimana dilihat dari politik hukum, maka melaksanakan politik hukum pidana mempunyai dua arti. *Pertama*, usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi yang ada pada suatu saat (termasuk kedepannya). *Kedua*, kebijakan dari negara melalui badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.⁸⁷ Melaksanakan kebijakan hukum pidana berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Disamping itu, melaksanakan kebijakan hukum pidana dapat pula berarti usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa yang akan datang. Untuk dapat membuat, merumuskan, dan melaksanakan peraturan perundang-undangan pidana yang baik, maka kebijakan atau politik hukum pidana sesungguhnya mengandung tujuan untuk memberi pedoman kepada pembuat undang-undang, pengadilan yang menerapkan undang-undang, dan para penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.⁸⁸

B. Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Politik Hukum

Pelaksanaan pembaharuan hukum menjadi satu kesatuan dalam politik hukum. Hal ini didasarkan bahwa hakikat politik hukum berhubungan erat dengan latar belakang dan pentingnya diadakan politik hukum atau pembaharuan hukum itu sendiri. Menurut Satjipto Raharjo dalam tulisannya yang berjudul “Pembangunan Hukum Yang Diarahkan Kepada Tujuan Nasional” bahwa tidak dijumpai perbedaan antara fungsi hukum sebelum dan sesudah kemerdekaan. Perbedaannya terletak pada keputusan politik yang diambil pada kedua masa tersebut dan mengimplementasikannya ke dalam sistem hukum masing-masing. Apabila keputusan politik yang diambil setelah

⁸⁷ Amrani, Hanafi . *politik pembaruan hukum pidana*; Yogyakarta : UII Press, 2019. Hal. 7

⁸⁸ *Ibid.* Hal.8

kemerdekaan 17 Agustus 1945 adalah mengutamakan kemakmuran rakyat yang sebesar-besarnya, maka keputusan demikian harus dirumuskan dalam kaidah-kaidah hukum, dan struktur hukumnya pun harus menyediakan kemungkinan untuk melakukan itu.⁸⁹ Hukum pidana juga didefinisikan sebagai bagian aturan hukum dari suatu negara yang berdaulat, berisi perbuatan yang dilarang, disertai dengan sanksi pidana bagi yang melanggar, kapan, dan dalam hal apa sanksi pidana itu dijatuhkan dan bagaimana pemberlakuan pelaksanaan pidana tersebut dipaksakan oleh Negara.

Politik hukum merupakan bagian integral dan kebijakan social (*social policy*) disamping kebijakkan kesejahteraan social (*social welfare polcy*) dan kebijakan perlindungan masyarakat (*social defence policy*) guna mencapai tujuan tertentu (*goal*). Politik hukum dengan kata lain sebagai politik penegakkan hukum dalam arti luas dalam arti penggarapan perbuatan-perbuatan melawan hukum yang mungkin terjadi yang betul-betul terjadi (*onrecht in potente dan onrecht in actoe*).⁹⁰

Dalam sisi lainya menurut sudarto dalam pembaruan hukum pidana bahwa pelaksanaan pembaharuan hukum pidana yang menyeluruh harus meliputi pembaharuan hukum pidana material (*substantif*), hukum pidana formal atau hukum acara pidana dan hukum pelaksanaan pidana (*straf-villsteckuenggestertz*). Ketiga bidang hukum pidana itu harus bersama-sama dibaharui. Kalau hanya salah satu timbul kesulitan dalam pelaksanaannya, dan tujuan dari pembaharuan itu tidak akan tercapai sepenuhnya. Adapun tujuan utama dari pembaharuan itu ialah penanggulangan kejahatan. Ketiga bidang hukum itu erat sekali hubungannya. Berkaitan, sebagaimana juga menurut Barda Nawawi Arief,⁹¹ bahwa dengan direncanakannya pembaharuan hukum pidana material, yaitu dengan telah disiapkannya konsep KUHP Baru, perlu kiranya dilakukan pengkajian seberapa jauh beberapa aspek baru tersebut menimbulkan permasalahan dilihat dari sudut hukum

⁸⁹ Nyoman Serikat Putra Jaya, Politik Hukum, 2018, hal. 68

⁹⁰ Ibid. Hal.69

⁹¹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Permasalahan Hukum Acara Pidana dalam Mengantisipasi Berlakunya Konsep KUHP Baru*. Makalah disajikan dalam Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi yang diselenggarakan Undip Semarang tanggal 12-31 Januari 1993. hal. 1. Terdapat juga dalam buku MARONI, *pengantar politik hukum pidana* (CV. Anugrah Utama Raharja),Cetakan Pertama, Desember 2016. Hal. 13

acara pidana. Seberapa jauh pula konsep KUHP baru tersebut memerlukan dukungan aturan-aturan dari bidang hukum acara pidana, atau sebaliknya seberapa jauh hukum acara pidana yang saat ini berlaku (khususnya yang terdapat didalam KUHP) memerlukan peninjauan dan penyesuaian kembali dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam konsep KUHP Baru tersebut. Sehubungan dengan alasan di atas, pada tahun 2015 ini pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat juga sedang membahas Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (RUU-KUHAP) yang disesuaikan dengan Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU-KUHP). Dalam bidang hukum pidana materiil, objek pembaharuan lebih difokuskan pada tiga persoalan pokok dalam hukum pidana yaitu tindak pidana, pertanggungjawaban dan sanksi pidana.

Dilihat dari aspek struktur hukum maka pembaharuan hukum pidana diorientasikan pada peningkatan kualitas aparat penegak hukum yang diharapkan sejajar dengan kualitas aparat penegak hukum di negara-negara yang sudah maju. Membangun struktur penegak hukum dalam hal ini yaitu kepolisian, kejaksaan, kehakiman dan lembaga pemasyarakatan yang berorientasi pada Hak Asasi Manusia (HAM) dan Kewajiban Asasi Manusia (KAM) yaitu struktur penegak hukum yang mencerminkan proses penegakan hukum sebagai keseluruhan kegiatan dari para pelaksana penegak hukum ke arah tegaknya hukum, keadilan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia, ketertiban, ketenteraman dan kepastian hukum sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945. Sedangkan pembangunan budaya hukum dalam perspektif hukum progresif berasaskan Pancasila berarti pembangunan budaya hukum di arahkan sebagai proses penanaman kesadaran hukum rakyat melalui kegiatan berupa sosialisasi, penyuluhan, penataran dan bahkan memberdayakan masyarakat dalam proses legislasi.⁹²

⁹² Arief, Barda Nawawi.. Perkembangan Sistem Pidana di Indonesia. Semarang: Pustaka Magister. 2015, Terdapat juga dalam buku Maroni, *pengantar politik hukum pidana* (CV. Anugrah Utama Raharja), Cetakan Pertama, Desember 2016. Hal. 15

DAFTAR PUSTAKA

BUKU.

- Abidin,, Andi Zainal, *Hukum Pidana I*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1983)
- Adolf, Huala, *Aspek-aspek Nagara dalam Hukum Internasional*, Rajawali Press, Jakarta, 1991
- Amrabu, Hanafi, *politik pembaruan hukum pidana*, UII press yogyakarta (anggota IKAPI) bookstore UII, Yogyakarta
- Amrani, Hanafi, *politik pembaruan hukum pidana*; Yogyakarta : UII Press, 2019.
- Anderson , Stacey, *Fiat Justitia Ruat Coelum “Demi Keadilan, Sekalipun Langit Runtuh” Pengamatan Hukum Indonesia Pada Kantor Bantuan Hukum, Studi Kasus di Pos Bakum Malang-IKADIN*, (Malang: Universitas Muhammadiyah Malang-ACICIS, 2001),
- Arief, Barda Nawawi , *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti , Bandung, 2003
- Arief, Barda Nawawi, *Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, (Semarang: Kencana Prenada Media Group, 2008
- Arief, Barda Nawawi, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2011
- Arief, Barda Nawawi, *Perbandingan Hukum Pidana*, (Jakarta, PT RajaGrafindo Persada, 2003,
- Atmasasmita , Romli, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, (Jakarta: fikahati aneska, 2009
- Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), *Hakim Komisaris dalam Sistem Peradilan di Indonesia*, (Jakarta: BPHN, 2011)
- Bakhri , Satjipto Rahardjo dalam Syaiful, *Sejarah Pembaruan KUHP & KUHP*, totalmedia P3IH UMJ, Jakarta, 2011
- Bakhri, Syaiful, *Perkembangan Stelsel Pidana Indonesia*, Total Media, Yogyakarta,2009

- Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-asas Hukum Pidana Indonesia (Perspektif Perbandingan Hukum Pidana)*, Badan Penerbit UNDIP, Semarang, 2014
- Bardad nawai, *masalah pemidanaan sehubungan perkembangan delik-delik khusus dalam masyarakat modern' Kertas Kerja, pada Seminar Perkembangan Delik-delik Khusus dalam Masyarakat yang mengalami Modernisasi BPHN-FH UNAIR Surabaya, Tanggal 25-27 Februari 1980* (Bandung : Bina Cipta, 1982
- Deni Setyo Bagus Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*, Setara Press, Malang, 2014
- Efandi, Erdianto, *Hukum Pidana Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2011.
- Friedman , Lawrence M., *American Law And Introduction, Second Edition*, (New York: W.W. Norton & Company, 1997), diterjemahkan oleh Wishnu Basuki, *Hukum Amerika Sebuah Pengantar*, (Jakarta: Tatanusa, 2001
- Hadikusumah, Hilman, *Pengantar Ilmu Hukum Adat Indonesia*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1992
- Hiariej, Eddy O.S., *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, Jakarta: Erlangga
- Huda, Chairul, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan*, Cetakan ke-4, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2011
- Loeby Loqman, *Sejarah Perkembangan Hukum Pidana di Indonesia*. Dalam buku Hanafi amrani, *politik pembaruan hukum pidana*, UII press yogyakarta (anggota IKAPI) bookstore UII, Yogyakarta
- Lubis , M. Solly, "Politik Hukum", *Modul Perkuliahan Politik Hukum*, (Program Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, Medan, 2006
- Jan Rummelink, *Hukum Pidana; Komentar atas Pasal-Pasal Terpenting Dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, (Jakarta: Gramedia, 2003), hal. 14. Lihat juga: Mahmud Mulyadi, *Criminal Policy, Pendekatan Integral Penal Policy dan Non-Penal Policy Dalam Penanggulangan Kejahatan Kekerasan*, (Medan: Pustaka Bangsa Press, 2008), hal. 81-88. Lihat juga: Herbert L. Packer, *The Limits of The Criminal Sanction*, (California: Standford University Press, 1968), hal. 11. Lihat juga: C. Ray Jeffery, *Crime Prevention Through Environmental Design*, (London: SAGE Publication, 1977
- Jonker, *Buku Pedoman Hukum Pidana Hindia Belanda*, Bina Aksara, Jakarta, 1987

- Jaya, Nyoman Srikat Putra, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Semarang: Pustaka Rizki Putra, 2017
- Jaya, Nyoman Srikat Putra, *Politik Hukum*, Semarang: Semarang, Universitas Diponegoro, 2018
- MD , Moh. Mahfud, *Hukum Tak Kunjung Tegak*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2007
- Mertokosuma, Sudikno, *Sejarah Peradilan dan Perundang-undangannya di Indonesia sejak Tahun 1942*, Liberty, Yogyakarta, 1970
- Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000
- Moeljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, pidato diucapkan pada Upacara Peringatan Dies Natalies VI Universitas Gadjah Mada, tanggal 19 Desember 1955, (Jakarta: Bina Aksara, 1985
- Muladi Dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori Dan Kebijakan Hukum Pidana* . Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2000
- Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Dimasa Datang*, Pidato Pengukuhan Sebagai Guru Besar Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, tanggal 24 Februari 1994
- Murnia, Fitriana, *Kebijakan Formulasi*, Dalam buku Hanafi amrani, *politik pembaruan hukum pidana*, UII press yogyakarta (anggota IKAPI) bookstore UII, Yogyakarta
- Reksodiputro , Mardjono, *Menyelaraskan Pembaruan Hukum*, (Jakarta: Komisi Hukum Nasional, 2009
- Saleh , Roeslan, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*, (Jakarta: Aksara Baru, 1983
- Saleh , Roeslan, *Pikiran-pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982
- Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Yogyakarta: Genta Press, 2008
- Shilda, Darji Darmodiharjo &, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, P.T. Gramedia Pustaka Utama, 1995, Jakarta,
- Sianturi, Kanter dan, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*, Alumni AHM-PTHM, Jakarta, 1982

Saleh , Roeslan , Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana: Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana, Cetak ketiga, Aksara Baru, Jakarta, 1983, hal.75. terdapat juga dalam buku, Hanafi Amrani, *politik pembaruan hukum pidana*; Yogyakarta : UII Press, 2019

Soedarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana* (Bandung: PT. Alumni, 2010

Tresna, *Peradilan di Indonesia dari Abad ke Abad*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1977,

Utrech, *Hukum Pidana I*, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986

JURNAL / MAKALAH.

Agus Raharjo, *Problematika Asas Retroaktif dalam Hukum Pidana Indonesia*, Jurnal Dinamika Hukum, Volume 8 Nomor 1, 2008

Choky R. Ramadhan, “*Konvergensi Civil Law dan Common Law di Indonesia dalam Penemuan dan Pembentukan Hukum*”, dalam jurnal Konstitusi, Volume 17, Nomor 1, Maret 2020

Khair, Ekaputra, Mohammad dan Abul, *Sistem Pidana Di Dalam KUHP Dan, Pengaturannya menurut Konsep KUHP Baru*, USU Press, Medan, 2010

Made Darma Weda, “*Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif di Indonesia*”, Disertasi, Universitas Indonesia, 2006

Muladi, ‘Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang’, Naskah Pidato Pengukuhan, Diucapkan pada Peresmian Penerimaan Jabatan Guru Besar Dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1990

Ramadan Tabiu dan Eddy O.S Hiariej, “*Pertentangan Asas Legalitas Formil dan Materiil dalam Rancangan Undang-Undang KUHP*”, Jurnal Penelitian Hukum, Volume 2, Nomor 1, Maret 2015

Ramadan Tabiu dan Eddy O.S Hiariej, “*Pertentangan Asas Legalitas Formil dan Materiil dalam Rancangan Undang-Undang KUHP*”, Jurnal Penelitian Hukum, Volume 2, Nomor 1, Maret 2015, hal. 30. Dalam jurnal Tongat, said noor prasetyo, nu'man aunuh, yaris adhial fajrin , *hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional the living law in the national criminal law reform*, dalam jurnal konstitusi, volume 17, nomor 1, maret 2020

- Marbun , Rocky, “Grand Design Politik Hukum Pidana dan Sistem hukum Pidana Indonesia Berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945”, *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 1, No. 3, Tahun 2014
- Pradityo ,Randy, menuju pembaharuan hukum pidana indonesia: suatu tinjauan singkat (*towards criminal law reform of indonesia: an overview*), *jurnal.legislasi indonesia*. vol. 14 no. 02 - juni 2017
- Sunaryo, Sidik, “Ambiguitas Isu Hukum dan Keadilan (Sisi Lain Dari Pemilihan Presiden)”, *Jurnal Konstitusi*, Vol. II, No. 1, Juni 2009,
- Sudarto, *Pemidanaan, Pidana, dan Tindakan, Kertas Kerja Lokakarya Pembaharuan Kodifi kasi Hukum Pidana Nasional*, BPHN, 1982
- Sunarto,Edy, *Bantuan Hukum Bagi Tersangka Dalam Proses Peradilan Pidana Pada Tingkat Penyidikan Di Mapolresta Padang*, (Padang: Program Studi Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Andalas, 2011),
- Tongat, said noor prasetyo, nu'man aunuh, yaris adhial fajrin , *hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional the living law in the national criminal law reform*, dalam *jurnal konstitusi*, volume 17, nomor 1, maret 2020
- Wacana tentang positivisme hukum di Indonesia lebih banyak dikaitkan dengan Hans Kelsen terutama dengan konsep hukum murninya.. Tokoh positivisme hukum yang lain dapat disebut antara lain John Austin, HLA Hart, Hans Kelsen, Ronald Dworkin dan Lon Fuller. Anthon F. Susanto, *Dekonstruksi Hukum Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2010
- Wibowo, Basuki Rekso, *Pembenahan Administrasi Peradilan*, (Jakarta: Pusat Penelitian dan Pengembangan Sistem Hukum Nasional Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia, 2012