



**PENYIMPANGAN ASAS-ASAS UMUM HUKUM PIDANA
DALAM KEBIJAKAN PERUNDANG-UNDANGAN DI
INDONESIA**

TESIS

Disusun dalam Rangka Memenuhi Persyaratan

Program Magister Ilmu Hukum

Oleh :

DRS. AMHAL KAFAHMI, SH.

NIM : B4A099014

Pembimbing

Prof. Dr. H. Barda Nawawi Arief, S.H.

PROGRAM PASCASARJANA MAGISTER ILMU HUKUM

UNIVERSITAS DIPONEGORO SEMARANG

2002

**PENYIMPANGAN ASAS-ASAS UMUM HUKUM PIDANA
DALAM KEBIJAKAN PERUNDANG-UNDANGAN DI
INDONESIA**

Oleh :

DRS. AMHAL KAFAHMI, SH.

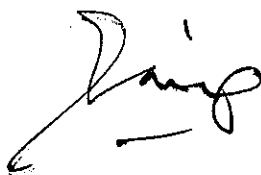
NIM : B4A099014

Dipertahankan di hadapan Dewan Penguji

Pada Tanggal : 03 Januari 2003

**Tesis Ini Telah Diterima Sebagai Persyaratan
Memperoleh Gelar Magister Ilmu Hukum**

Pembimbing



Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH.

Mengetahui

Ketua Program Magister Ilmu Hukum



Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, SH.

NIP : 130 350 519

MOTTO:

وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا
<الحشر: ٧>

“Apa yang diberikan Rasul kepadamu maka terimalah dia.

Dan apa yang dilarangnya bagimu maka tinggalkanlah.”

(Surah Al-Hasyr ayat 7).

PERSEMBAHAN

Kupersembahkan kepada Istriku tercinta

Diajeng Dewi Tuti Hidayati

Anak-anakku tersayang

Fakhis Sofkhal Falakh

Fahriza Ilmal Haq

dan semua pihak yang telah membantu

penulisan Tesis ini

PENYIMPANGAN ASAS-ASAS UMUM HUKUM PIDANA DALAM KEBIJAKAN PERUNDANG-UNDANGAN DI INDONESIA

Oleh : Drs. Amhal Kaefahmi, S.H.

ABSTRAK

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya 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. Upaya untuk memperbaharui KUHP (sebagai buku induk hukum pidana) baik secara parsial maupun total, telah dilakukan beberapa kali. Kebijakan perundang-undangan selama ini pun banyak pula yang merumuskan kebijakan yang dapat dikategorikan melakukan reformasi dan reorientasi hukum pidana meskipun masih sering disebut sebagai penyimpangan terhadap KUHP. Tetapi perumusan kebijakan yang menyimpang tersebut sering tidak disertai dengan aturan/ketentuan yang dapat mengoperasionalkan penyimpangan itu, sehingga dalam praktek hukum sering mengalami kesulitan, karena hukum pidana di Indonesia masih terikat pada aturan/ketentuan (*general rules*) dalam KUHP.

THE GENERAL PRINCIPLES OF PENAL DEVIATION IN THE LEGISLATION POLICY ON INDONESIA

Oleh: Drs. Amhal Kaefahmi, S.H.

Abstract

The substantial penal reform contains to attempt a penal reorientation and reform which suitable with local values as such social-politics, social-philosophy and social-cultural Indonesia society. This values base social policy, criminal policy and law enforcement policy in Indonesia. Effort to penal reform KUHP (the leading legislation) both partially or totally, had done many times. The legislation policy also to do penal reformation and reorientation, although this effort to be believed as a KUHP deviation. But, repeatedly formulation of the deviation KUHP not included the operational deviant regulations, so many troubles in law practices because Indonesia's penal still captivated with general rules or regulations in the KUHP.

PRAKATA

Puji syukur alkhamdulillah penulis panjatkan kehadirat Allah SWT, yang telah memberi kekuatan lahir dan batin kepada penulis, sehingga meskipun melalui perjalanan panjang akhirnya penulis dapat merampungkan penulisan tesis sebagai persyaratan akhir untuk mencapai gelar Magister Hukum di Program Pascasarjana Universitas Diponegoro.

Sangat penulis sadari, bahwa perjalanan panjang penulis sampai dapat merampungkan karya ilmiah ini, sangat tidak terlepas dari bantuan dan dukungan banyak pihak serta lingkungan di sekitar penulis. Secara khusus, penulis ingin menyampaikan terima kasih yang sangat dalam kepada Prof. Dr. H. Barda Nawawi Arief, SH. dan Prof. Dr. I.S. Susanto SH., karena mempunyai arti tersendiri. Di mata penulis, beliau berdua tidak hanya sebagai guru tetapi sekaligus pengayom, di mana pada saat kritis dalam masa studi penulis di Undip, yaitu ketika penulis memutuskan untuk tidak lagi melanjutkan studi, beliau berdua berkenan memberi rekomendasi penulis untuk mendapatkan BPPS, dan terlebih lagi bimbingan, nasehat serta dorongan semangat beliau berdua membangkitkan gairah penulis untuk segera merampungkan karya ilmiah ini. Kepada Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, SH. dan Prof. Dr. Muladi, SH. yang meskipun pertemuan tatap muka di perkuliahan relatif sangat singkat, tetapi pengetahuan beliau berdua yang luas sekali mengenai hukum, telah membuka hati penulis untuk lebih mencintai hukum dan keadilan. Penulis merasa bangga dan berterima kasih dapat mengatakan bahwa penulis pernah menjadi mahasiswa beliau.

Kepada guru dan sekaligus senior penulis, yaitu Eko Soponyono, SH., MH dan Sri Purwaningsih, SH., Mhum penulis ucapkan terima kasih pula atas bantuan dan dorongan semangatnya. Ucapan terima kasih dan rasa bangga juga penulis haturkan kepada guru-guru penulis di Program Magister Ilmu Hukum Undip khususnya di Bidang Kajian Sistem Peradilan Pidana, yaitu yang terhormat Prof. Dr. Drs. A. Gunawan Setiardo, Prof. Dr. J.E. Sahetapy, SH., Prof. Dr. Koesnadi Hardjasoemantri, SH., Prof. Dr. Loeby Looqman, SH., Prof. Dr. Romli Atrnasasmita, SH., L.L.M., Prof. Dr. Dimiyati Hartono, SH., Prof. Dr. Mr R. Soetojo, Prof. Ronny Hanitijo Sumitro, SH., Prof. Dr. Esmi Warassih Pujirahayu, SH., MS., Dr. Mumpuni Martoyo, SH., Dr. Nyoman Serikat Putra Jaya, SH., MH., dan Drs. Yusmilarso, MA.

Karya ilmiah ini, penulis persembahkan kepada istriku tercinta, Dewi Tuti Hidayati, yang telah memberikan dorongan, perhatian dan pengorbanan yang tulus atas setiap upaya penulis merampungkan dan meningkatkan penulisannya. Kepada anak-anakku Fakhis Sofkhal Falakh dan Fahriza Ilmal Haq, putra bangsa di masa depan, inilah karya bapakmu, semoga kalian berdua nanti dapat membuat karya yang lebih baik dari ini. Kerinduan dan air mata yang tertahan selama ini karena sering penulis tinggalkan, mudah-mudahan mendapat ridho-Nya.

Desember 2002

Penulis

DAFTAR ISI

	Halaman
Halaman judul	v
Halaman Pengesahan	vi
Motto dan Persembahan	vii
Prakata	viii
Abstrak.....	ix
Abstract	x
Daftar Isi.....	xi
Bab I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Penelitian	1
B. Identifikasi dan Perumusan Masalah	11
C. Kerangka Pemikiran	13
D. Tujuan Penelitian	16
E. Kegunaan Penelitian	16
F. Metode Penelitian	17
G. Sistematika Penulisan	21
Bab II PENYIMPANGAN ASAS-ASAS UMUM HUKUM PIDANA DALAM KEBIJAKAN PERUNDANG- UNDANGAN	22
A. Hakikat dan Dimensi Perkembangan Asas-asas Hukum Pidana	22
B. Asas-asas yang Terkandung dalam Hukum Pidana	39
1. Asas Berlakunya Hukum Pidana Menurut Waktu	42
2. Asas Berlakunya Hukum Pidana Menurut Tempat	57
3. Asas Tidak Tertulis dalam Hukum Pidana	70
C. Masalah-masalah sentral dalam Hukum Pidana	81

D. Hukum dan Keadilan	92
E. Kebijakan Legislatif dalam Merumuskan dan Menetapkan Penyimpangan Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana	100
Bab III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN	113
A. Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana dalam Kebijakan Perundang-undangan saat ini	113
1. Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana dalam Masalah Tindak Pidana	118
a. Penyimpangan Terhadap Asas Legalitas	118
b. Penyimpangan Terhadap Asas Ne bis in idem dan Daluwarsa	130
c. Penyimpangan Terhadap Kualifikasi Yuridis Kejahatan dan Pelanggaran	133
2. Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana dalam Masalah Pertanggungjawaban Pidana	137
3. Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana dalam Masalah Pidana dan Pidanaaan	150
B. Pokok Pikiran Konsep KUHP Baru dalam Mengakomodasi Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana	157
1. Pokok Pikiran tentang Tindak Pidana	159
2. Pokok Pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana ...	171
3. Pokok Pikiran tentang Pidana dan Pidanaaan	179
Bab IV KESIMPULAN	195
A. Kristalisasi Hasil Penelitian Keseluruhan	195
B. Rekomendasi	198

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Proklamasi kemerdekaan tanggal 17 Agustus 1945 pada hakekatnya merupakan perwujudan dari cita-cita luhur bangsa Indonesia untuk membentuk negara kesatuan Republik Indonesia yang merdeka, berdaulat, bersatu, adil dan makmur sebagaimana ditegaskan dalam Pembukaan Undang Undang Dasar 1945.

Dengan berdirinya negara kesatuan Republik Indonesia berarti telah terputus ikatannya dengan ketatanegaran sebelumnya. Proklamasi kemerdekaan merupakan garis pemisah antara tata hukum sebelumnya dengan tata hukum Indonesia. Dengan demikian, proklamasi kemerdekaan seperti terungkap dalam pembukaan UUD 1945 sekaligus mengamanatkan usaha pembangunan dan pembaharuan hukum nasional Indonesia. Pembangunan hukum nasional pada dasarnya merupakan upaya untuk membangun suatu tata hukum nasional yang berlandaskan kepada jiwa dan kepribadian bangsa, yang konkritisasinya berarti pembentukan kaidah-kaidah hukum baru untuk mengatur berbagai bidang kehidupan masyarakat. Dengan demikian berarti bahwa pembangunan hukum harus diarahkan untuk memenuhi kebutuhan dan mengantisipasi perubahan sosial, dan guna mewujudkan cita-cita masyarakat

UPT-PUSTAK-UNDIP

adil makmur.¹ Hal ini sekaligus mengamankan adanya pembaharuan hukum di Indonesia.

Usaha pembaharuan hukum di Indonesia yang sudah dimulai sejak lahirnya UUD 1945 tidak dapat dilepaskan dari landasan sekaligus tujuan negara Indonesia sebagaimana ditegaskan dalam pembukaan UUD 1945 yaitu melindungi segenap bangsa, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut serta melaksanakan ketertiban dunia. Tujuan negara sebagaimana diamanatkan dalam pembukaan UUD 1945 tersebut merupakan garis kebijakan umum yang menjadi landasan sekaligus tujuan dari setiap usaha pembaharuan hukum, termasuk pembaharuan di bidang hukum pidana.

Di dalam kaitan itu, apabila melihat fungsi dari hukum, termasuk hukum pidana adalah untuk mengatur hubungan antara negara atau masyarakat dengan warganya dan hubungan antar manusia, agar kehidupan dalam masyarakat berjalan dengan lancar dan tertib. Oleh karena itu, tugas hukum adalah untuk mencapai kepastian hukum (demi adanya ketertiban) dan keadilan dalam masyarakat.²

Kepastian hukum dan keadilan adalah dua faktor yang saling menunjang di dalam mempertahankan keseimbangan antara kepentingan-kepentingan di dalam masyarakat. Dilema yang sering ditemui dalam menentukan nilai dasar hukum yang dituangkan dalam peraturan perundang-undangan adalah kedua

¹ M. Busyro Muqoddas Dkk, **Politik Pembangunan Hukum Nasional**, UII Press, Yogyakarta, 1992, hlm. Vi.

² Soerjono Soekanto, **Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia**, UI Press, Jakarta, 2000, hlm. 55

masalah tersebut, artinya jika nilai kepastian hukum dan kemanfaatan sosial yang ditonjolkan, maka ia akan mampu merekayasa mobilitas pembangunan, tapi dalam pelaksanaannya ia juga sering melindas nilai-nilai keadilan dan hak-hak masyarakat. Namun sebaliknya, jika nilai kepastian hukum dan keadilan yang diutamakan, maka ia dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat, tetapi ia lamban dalam mendorong mobilitas pembangunan. Suatu negara yang hanya bertujuan untuk mencapai kepastian hukum saja di dalam bentuknya yang negatif akan menjadi negara kekuasaan (*Machtsstaat*). Berbeda dengan kepastian hukum yang bersifat umum, maka keadilan lebih menekankan pada faktor atau keadaan-keadaan yang khusus. Keadilan merupakan suatu keadaan keseimbangan yang membawa ketentraman di dalam hati orang yang apabila diganggu akan menimbulkan kegoncangan.³

Unsur yang paling penting dari kepastian hukum adalah bahwa proses hukum itu dapat diramal (*predictable*). Kepastian hukum adalah jaminan bagi masyarakat bahwa mereka akan diperlakukan adil dalam menjalankan hak-hak dan kewajibannya dalam kehidupannya. Kepastian hukum mengharuskan diciptakannya peraturan-peraturan hukum atau kaidah-kaidah yang berlaku secara umum. Dan, unsur yang penting dan pokok dari peraturan hukum adalah asas hukum, karena asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum, dan juga sebagai alasan bagi lahirnya peraturan hukum, atau merupakan *ratio legis* dari peraturan hukum.

³ Ibid, hlm 57

Satjipto Rahardjo menyebut asas hukum sebagai “jantungnya” peraturan hukum.⁴ Dengan demikian berarti tidak boleh ada peraturan-peraturan maupun produk hukum yang bertentangan atau menyimpang dari asas-asas hukum umum. Namun demikian, dalam wilayah hukum pidana terdapat produk yudikatif maupun legislatif yang menyimpang dari asas-asas umum hukum pidana.

Penyimpangan terhadap asas umum hukum pidana dalam produk yudikatif misalnya, diterimanya Peninjauan Kembali (PK) yang diajukan jaksa sehingga membatalkan putusan Mahkamah Agung (MA) sebelumnya yang membebaskan Dr. Muchtar Pakpahan. Kendati peraturan jelas menyatakan bahwa PK hanya dapat dilakukan oleh terpidana atau ahli waris, dan itu bersifat limitative sebagaimana diatur dalam Pasal 263 KUHAP, namun jaksa mengajukan PK, dan diterima oleh hakim. Diterimanya PK jaksa dalam perkara Muchtar Pakpahan itu, berarti MA telah memasukkan unsur baru dalam KUHAP. Ini berarti telah terjadi penyimpangan azas dalam khazanah hukum Indonesia yang dilakukan oleh MA, khususnya penyimpangan terhadap azas legalitas.

Penyimpangan asas hukum dalam perkara Muchtar Pakpahan itu memunculkan perdebatan publik yang bertentangan secara diametral. Di satu sisi, MA dinilai telah mengubah ketentuan dan prosedur baku tentang PK yang tercantum dalam KUHAP. MA dianggap telah melampaui batas proporsi yang digariskan undang-undang. PK yang sebelumnya dimaksudkan demi

⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 45.

melindungi kepentingan terpidana, sudah mulai dimanfaatkan oleh jaksa. Di dalam kaitan ini, advokad senior Todung Mulya Lubis menilai, “ telah terjadi tragedi dalam hukum.” Namun di sisi yang lain, muncul interpretasi atas KUHAP bahwa memang dimungkinkan memberikan kewenangan PK bagi jaksa, jika hal itu dimaksudkan demi kepentingan publik dan rasa keadilan.

Di dalam kaitan ini, terlihat bahwa MA membuka peluang kemungkinan PK bagi jaksa terhadap kasus pidana, yang dianggap belum memenuhi rasa keadilan dan perlindungan kepentingan umum. Penyimpangan asas sebagaimana diakomodasi Mahkamah Agung (MA) itu, tampak adanya pergeseran paradigma dari perlindungan kepentingan individu bergeser kepada perlindungan kepentingan umum dan rasa keadilan.

Di dalam produk legislatif, penyimpangan asas-asas umum hukum pidana, misalnya, terdapat dalam UU nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dan UU nomor 31 tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi dan lain-lain. Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam UU tersebut adalah penyimpangan terhadap asas *non retroaktif*, asas *delicta non retroacta*, asas *ne bis in idem*, asas pidana maksimal, asas pertanggung-jawaban individual dan sebagainya.

Penyimpangan asas *non retroaktif* misalnya, terlihat dalam Pasal 43 ayat (1) UU nomor 26/2000 yang menyebutkan, “pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM *ad hoc*.” Pasal 47 ayat (1) UU nomor 26/2000 juga menyebutkan, “pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum

berlakunya undang-undang ini tidak menutup kemungkinan penyelesaiannya dilakukan oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi.”

Berkaitan dengan penyimpangan asas *non retroaktif* dalam UU nomor 26/2000 itu, dianggap tidak melanggar standar asas legalitas di dalam hukum pidana internasional, sebab kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*) sebagai salah satu bentuk kejahatan berat HAM (*gross violation of human rights*) sebagaimana diatur dalam UU nomor 26/2000, semata-mata merupakan perluasan yurisdiksi (*jurisdiction extension*) dari kejahatan perang (*an outgrowth of war crimes*) dan diterima sebagai hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) serta telah diputuskan oleh pengadilan yang bersifat *ad hoc*.⁵ Di samping itu, apabila pelanggar HAM berat mendapat pengampunan (*impunity*) berdasarkan asas *non retroaktif* kaitannya dengan maxim “*nullum crimen sine lege*” maka sangat tidak adil apabila yang bersalah dibiarkan bebas (*unpunished*). Guru besar hukum pidana UNDIP Muladi berpendapat, maxim “*nullum crimen sine lege*” bukan merupakan batasan kedaulatan, tetapi merupakan “*principle of justice*.”⁶

Di dalam hukum pidana internasional, perkembangan asas legalitas terjadi melalui berbagai instrumen internasional sejak tahun 1946, yang mengaitkan asas legalitas tidak hanya pada hukum nasional, tetapi juga pada ketentuan hukum internasional pada saat perbuatan tersebut dilakukan,

⁵ Tentang masalah ini mengacu pada Pengadilan Nurenberg dan Pengadilan Tokyo yang merupakan penerapan hukum yang sudah ada di dalam International Agreement tentang “war criminals”. Jadi bukan berarti menciptakan hukum baru.

⁶ Muladi, “*Prinsip-prinsip Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat di Era Demokrasi*,” Makalah 27 April 2000.

termasuk ketentuan berupa “*general principle of law recognized by the community of nation.*”⁷ Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana seperti itu membawa friksi tersendiri dan terjadi perbenturan dalam memahami asas-asas hukum pidana yang selama ini dikenal dan dianut. Masuknya hukum internasional ke dalam hukum nasional itu tentu saja membawa konsekwensi tentang bagaimana sebaiknya penyimpangan-penyimpangan asas tersebut diatur dan rambu-rambu apa yang digariskan dalam kebijakan legislatif. Artinya, bolehkah ada penyimpangan penyimpangan seperti itu apabila dilihat dari ide kepastian hukum.

Penyimpangan asas hukum sebetulnya bukan merupakan hal baru. Pasal 1 ayat (1) KUHP tentang asas legalitas, yang di dalamnya terkandung asas *non retroaktif* dapat disimpangi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, yaitu apabila terjadi perubahan undang-undang dan perubahan itu menguntungkan terdakwa. Asas hukum merupakan kristalisasi nilai-nilai yang ada di masyarakat, sehingga penyimpangan asas hukum dapat terjadi, apabila nilai-nilai yang ada di masyarakat juga berubah. Hukum selalu mengalami perubahan seiring dengan proses dan interaksi antar manusia dan masyarakat. Satjipto Rahardjo melihat hukum sebagai cara untuk menggali bagaimana kedalaman dan luasnya, sehingga dilakukan pencarian secara terus menerus.⁸

⁷ Sejak Pengadilan Nurenberg dan Tokyo yang menghukum penjahat-penjahat perang, tanpa adanya kaidah-kaidah hukum yang nyata, beberapa negara telah mengadili kasus-kasus “*crimes against humanity*” tanpa mempersoalkan azas legalitas, seperti Israel dalam kasus Adolf Eichmann pada tahun 1960, Perancis dalam kasus Barbie pada tahun 1988, Canada dalam kasus Imre Finta pada tahun 1989, Rwanda pada tahun 1993 dan Former Yugoslavia pada tahun 1994. Demikian pula Statuta Roma (1990) tentang “*the International Criminal Court*” (ICC) Art. 21 dan 22 melarang berlakunya suatu ketentuan *non-retroactivity racione personae*.

Pendapat senada dikemukakan Lon L. Fuller yang menambahkan, agar peraturan perundang-undangan dapat diterima masyarakat maka peraturan perundang-undangan itu harus dapat menyerap rasa keadilan masyarakat dan disusun dalam sistem yang teratur.⁹

Berkaitan dengan perubahan hukum (khususnya hukum pidana) tersebut, Garis kebijakan hukum pidana Indonesia masih berpegangan bahwa sumber hukum yang utama dan pertama adalah perundang-undangan dengan tanpa mengesampingkan sumber hukum yang lain. Oleh karena itu, penyimpangan asas-asas umum hukum pidana tersebut harus dirumuskan dan ditetapkan dalam kebijakan perundang-undangan agar dapat dijadikan pegangan, demi kepastian hukum dan keadilan.

Bertitik tolak dari pokok-pokok pemikiran di atas, maka penelitian ini bermaksud melakukan reorientasi dan evaluasi terhadap asas-asas umum hukum pidana yang sering ditetapkan dalam perundang-undangan selama ini. Pokok permasalahan difokuskan pada masalah menetapkan dan merumuskan penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam perundang-undangan sebagai bahan penyempurnaan atau penyusunan kembali kebijakan legislatif yang akan datang. Pemilihan pokok masalah yang demikian, didasarkan pada pertimbangan pertimbangan sebagai berikut:

1. Hukum merupakan bagian dari kebudayaan masyarakat, dan oleh karena itu hukum tidak dapat dipisahkan dari jiwa serta cara

⁸ Satjipto Rahardjo, "Mengajarkan Keteraturan Menemukan Ketidak-teraturan" (*Teaching Order Finding Disorder*), Pidato Mengakhiri Masa Jabatan Sebagai Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum UNDIP, 15 Desember 2000.

⁹ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, London, 1974, hlm. 39.

berfikir dari masyarakat yang mendukung kebudayaan tersebut. Hukum merupakan penjelmaan dari jiwa dan cara berfikir masyarakat yang bersangkutan, yakni merupakan struktur rohaniyah masyarakat. Dalam konteks ini terdapat suatu tantangan yang berat, yaitu bagaimana merumuskan dan membangun suatu sistem nilai nasional yang sesuai dengan kebutuhan zaman, namun tetap berpijak pada nilai-nilai kultural bangsa. Pembaharuan hukum nasional harus mempertimbangkan bukan hanya aspek filosofis dan ideologis, tetapi juga aspirasi yang tumbuh dalam masyarakat. Artinya memenuhi tuntutan ideal dan menjawab kenyataan sosial sekaligus. Oleh karena itu strategi pembaharuan hukum nasional harus mampu merumuskan kebutuhan hukum masyarakat.

2. Pembaharuan hukum pidana menuntut adanya penelitian dan pemikiran terhadap masalah sentral yang sangat fundamental dan strategis. Termasuk dalam klasifikasi ini adalah masalah kebijakan dalam menetapkan asas-asas hukum pidana. Kebijakan menetapkan asas-asas hukum pidana dalam perundang-undangan, yang dapat juga disebut kebijakan legislatif, merupakan tahap yang paling strategis dilihat dari keseluruhan proses kebijakan untuk mengoperasionalisasikan perundang-undangan, karena pada tahap ini dirumuskan garis-garis kebijakan asas-asas hukum pidana yang sekaligus merupakan landasan legalitas bagi tahap-tahap

berikutnya, yaitu tahap aplikatif oleh badan pengadilan dan tahap eksekusi oleh aparat pelaksana pidana. M. Cherif Basiouni sebagaimana dikutip Barda Nawawi Arief menyebut ketiga tahap itu dengan istilah: tahap formulasi (proses legislasi), tahap aplikasi (proses peradilan/judicial) dan tahap eksekusi (proses administrasi).¹⁰

3. Penyimpangan terhadap asas-asas hukum pidana ini perlu dilakukan pengkajian secara seksama sehubungan dengan adanya kebijakan dan “nafas” baru di bidang konsepsi dan filsafat perundang-undangan di Indonesia. Adanya perubahan pandangan mengenai konsepsi dan filsafat yang berbeda secara fundamental mengenai asas-asas umum hukum pidana pada saat ditetapkan oleh pembuat WvS (KUHP). Perubahan pandangan yang mendasar ini sudah selayaknya pula mempunyai pengaruh dan konsekwensi di bidang politik kriminal, khususnya dalam kebijakan memilih, merumuskan dan menetapkan asas-asas hukum dalam perundang-undangan di Indonesia.
4. Merumuskan dan menetapkan asas-asas umum hukum pidana dalam perundang-undangan sebagai salah satu sarana untuk “mengejawantahkan” ide kepastian hukum dan keadilan merupakan salah satu bagian dari kebijakan kriminal atau politik kriminal. Melaksanakan politik kriminal antara lain berarti

¹⁰ Barda Nawawi Arief, **Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara**, Undip, Semarang, hlm. 3.

membuat perencanaan untuk masa yang akan datang dalam menghadapi atau menanggulangi masalah-masalah yang berhubungan dengan kejahatan. Termasuk dalam perencanaan ini adalah merumuskan asas-asas umum hukum pidana. Sebagai salah satu bagian dari politik kriminal, maka kebijakan apa yang selama ini ditempuh (*what is*) dan kebijakan bagaimana yang seharusnya ditempuh oleh pembuat undang-undang (*what ought to be*) dalam merumuskan dan menetapkan asas-asas hukum pidana, merupakan suatu masalah yang selama ini belum pernah dilakukan penelitian di Indonesia. Peninjauan terhadap asas-asas hukum pidana itu sangat fundamental dalam rangka usaha pembaharuan hukum, karena pembaharuan hukum bukan merupakan usaha yang bersifat menetapkan apa yang sudah berlaku, tetapi lebih merupakan suatu usaha penetapan apa yang seharusnya atau sebaiknya berlaku.¹¹

B. Identifikasi dan Perumusan Masalah

Bertolak dari latar belakang penelitian yang dikemukakan di atas, maka permasalahan pokok dalam penelitian ini berkisar pada masalah kebijakan perundang-undangan dalam menetapkan dan merumuskan asas-asas umum hukum pidana guna menunjang usaha pembentukan perundang-undangan yang berkepastian hukum dan berkeadilan.

¹¹ Ibid, hlm. 2.

Kebijakan menetapkan suatu asas hukum pidana sebagai salah satu sarana pembentukan hukum yang berkepastian hukum sekaligus berkeadilan, merupakan persoalan pemilihan dari berbagai alternatif. Dengan demikian, pemilihan dan penetapan asas-asas hukum pidana tidak dapat dilepaskan dari berbagai pertimbangan yang rasional dan bijaksana sesuai dengan keadaan dan perkembangan masyarakat. Apabila dalam merumuskan dan menetapkan asas-asas hukum pidana itu lebih diorientasikan pada ide kepastian hukum saja yang terkadang mengusik rasa keadilan dalam masyarakat, maka hal demikian itu masih dapat dipermasalahkan, terlebih semakin berkembangnya ide keseimbangan dalam hukum serta berkembangnya hukum internasional yang dalam beberapa hal dapat mengesampingkan atau menyimpang dari asas-asas umum hukum pidana atau secara komprehensif harus menampung pula aspirasi internasional.¹²

Banyak kritik yang dilontarkan orang terhadap pembangunan hukum yang lebih menonjolkan kepastian hukum, sehingga kurang memberi rasa keadilan. Oleh karena itu, apakah asas-asas umum hukum pidana yang lebih menekankan pada sisi kepastian hukum masih patut dipertahankan sebagai salah satu sarana politik kriminal? Pertanyaan serupa ini merupakan masalah yang sangat mendasar dilihat dari sudut kebijakan perundang-undangan yang berkepastian hukum dan berkeadilan.

Berdasarkan uraian di atas, maka ruang lingkup masalah pokok dalam penelitian ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

¹² Muladi, "*Prinsip-prinsip Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat di Era Demokrasi*", (Makalah) Jakarta, 27 April 2000, hlm. 23.

1. Bagaimanakah penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam kebijakan perundang-undangan di Indonesia saat ini?
 - Asas-asas umum hukum pidana apakah yang disimpangi dalam kebijakan perundang-undangan di Indonesia?
 - Apakah yang dijadikan dasar argumentasi dalam mempertahankan penyimpangan asas-asas umum hukum pidana?
2. Sejauh manakah Rancangan (Konsep) KUHP Baru mengakomodasi Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana Kaitannya dengan Masalah Sentral Hukum Pidana?
 - Bagaimanakah Pokok Pikiran Konsep KUHP Baru dalam Masalah Tindak Pidana?
 - Bagaimanakah Pokok Pikiran Konsep KUHP Baru dalam Masalah Pertanggungjawaban Pidana?
 - Bagaimanakah Pokok Pikiran Konsep KUHP Baru dalam Masalah Pidana dan Pemidanaan?

C. Kerangka Pemikiran

1. Asas-asas Hukum

Adanya suatu tuntutan etis bagi pembentukan suatu hidup bersama yang baik, diperlukan pertimbangan tentang asas, prinsip atau dasar hidup bersama. Oleh karena itu, dicari pedoman dalam memikirkan hukum dan membentuk hukum supaya sesuai dengan cita-cita hidup dan kebutuhan kebutuhan hidup.

Theo Huijbers menyebut asas hukum sebagai prinsip-prinsip yang dianggap dasar atau fundamen hukum atau pengertian-pengertian dan nilai-nilai yang menjadi titik tolak berpikir tentang hukum serta titik tolak bagi pembentukan undang-undang dan interpretasi undang-undang.¹³ Di dalam kaitan ini H.L.A. Hart berpendapat, undang-undang harus dibuat dengan berpedoman pada prinsip-prinsip moral, yang disebutnya sebagai suatu “minimum hukum kodrat”.¹⁴ Namun prinsip ini hanya sebagai prinsip regulatif, yakni, undang-undang tersebut tetap hukum walaupun melawan prinsip-prinsip moral. Gustav Radbruch mengatakan, diperlukan sedikit “*natural law*” yang berfungsi sebagai prinsip konstitutif hukum.

Oleh karena itu, di dalam pembentukan perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan asas-asas hukum yang telah digariskan. Untuk wilayah hukum pidana, asas-asas umum yang dijadikan pedoman adalah apa yang terdapat dalam Buku I KUHP yang merupakan buku induk hukum pidana. Artinya, kebijakan perundang-undangan yang memuat ketentuan pidana di luar KUHP terikat dengan asas-asas yang ada dalam KUHP, kecuali perundang-undangan tersebut menentukan lain.

Pasal 103 KUHP merumuskan, “ketentuan-ketentuan dalam Bab I sampai dengan Bab VIII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lainnya diancam dengan pidana, kecuali jika oleh undang-undang ditentukan lain”.

2. Kebijakan Hukum Pidana

¹³ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, hlm. 81.

¹⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, London, 1984, hlm. 76.

Usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik menurut Barda Nawawi Arief, pada hakekatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan, karena merupakan bagian dari politik kriminal. Dilihat dari sudut ini, maka politik hukum pidana identik dengan pengertian “kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana”.¹⁵ Lebih lanjut dikatakan Barda Nawawi, usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakekatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Oleh karena itu, kebijakan hukum pidana merupakan bagian pula dari kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*).

Guru besar hukum pidana Undip Sudarto, mendefinisikan politik kriminal sebagai suatu usaha yang rasional dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan.¹⁶ Sedangkan Marc Ancel sebagaimana dikutip Barda Nawawi Arief merumuskannya sebagai “*the rational organization of the control of crime by society*”. G.P. Hoefnagels juga mengemukakan bahwa “*criminal policy is the rational organization of the rational reaction to crime*”.¹⁷ Dengan demikian berarti bahwa politik kriminal pada hakekatnya juga merupakan bagian integral dari politik sosial, yaitu kebijakan atau upaya untuk mencapai kesejahteraan sosial.

¹⁵ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 28.

¹⁶ Sudarto, **Hukum dan Hukum Pidana**, Alumni, Bandung, 1981, hlm.38.

¹⁷ Op. Cit., 1996, hlm. 2.

D. Tujuan Penelitian

Berdasarkan uraian dalam latar belakang dan pokok-pokok permasalahan seperti telah dikemukakan di atas, maka tujuan penelitian ini adalah:

1. Untuk mengetahui dan menjelaskan asas-asas umum hukum pidana yang menyimpang dalam kebijakan perundang-undangan di Indonesia saat ini.
2. Untuk mengetahui dan menjelaskan rancangan (konsep) KUHP Baru dalam mengakomodasi penyimpangan asas-asas hukum pidana kaitannya dengan masalah sentral hukum pidana.

E. Kegunaan Penelitian

Hasil-hasil dari penelitian ini diharapkan dapat berguna untuk:

1. Secara teoritis diharapkan dapat melengkapi bahan-bahan penelitian dan studi perbandingan mengenai asas-asas umum hukum pidana, sehingga memberikan sumbangan bagi pengembangan ilmu.
2. Secara praktis diharapkan dapat menambah informasi yang lebih konkrit dan memberikan dasar konsep atau dasar teoritik sekiranya dalam kebijakan perundang-undangan di Indonesia akan mengambil kebijakan yang menyimpang dari asas-asas umum hukum pidana.

F. Metode Penelitian

Metode penelitian secara umum dapat dikatakan sebagai suatu pendekatan umum ke arah fenomena yang dipilih oleh peneliti untuk diselidiki atau suatu pedoman yang mengarahkan penelitian. Hakikat penelitian itu pun merupakan suatu penemuan informasi lewat prosedur tertentu atau lewat prosedur terstandar. Dengan prosedur tertentu itu diharapkan orang lain dapat mengikuti, mengulangi atau menguji kemali kesahihan (*validitas*) dan keterandalan (reliabilitas informasi yang diteliti).

Bertolak dari pengertian metode penelitian di atas, maka dalam menggambarkan atau mendeskripsikan metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini, penulis lebih menekankan pada penjelasan mengenai pendekatan penulis terhadap permasalahan yang diteliti. Di dalam kaitan ini sekaligus dikemukakan pula penjelasan mengenai prosedur diperolehnya data dan cara pembahasannya.

1. Metode Pendekatan

Berdasarkan perumusan masalah dan tujuan penelitian, dapat diidentifikasi bahwa permasalahan pokok dalam penelitian ini termasuk salah satu kebijakan kriminal, khususnya kebijakan perundang-undangan di dalam merumuskan dan menetapkan asas-asas umum hukum pidana yang menyimpang. Oleh karena itu, pendekatan yang digunakan adalah pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy-oriented approach*). Istilah kebijakan sebagai terjemahan dari istilah *policy* ini menurut Robert

R. Mayer dan Ernest Greenwood dapat dirumuskan sebagai suatu keputusan yang menggariskan cara yang paling efektif dan paling efisien untuk mencapai suatu tujuan yang ditetapkan secara kolektif.¹⁸

Namun karena sasaran utama dalam penelitian ini pada masalah kebijakan perundang-undangan dalam menetapkan dan merumuskan asas-asas umum hukum pidana, maka pendekatannya terutama ditempuh lewat pendekatan yuridis normatif yang bertumpu pada data sekunder dan ditunjang serta dilengkapi dengan pendekatan yuridis historis dan yuridis komparatif.

Pendekatan yuridis normatif digunakan untuk mengetahui sejauh mana asas-asas hukum, sinkronisasi vertikal/horisontal, dan sistematik hukum diterapkan, yang bertumpu pada data sekunder. Data sekunder dalam bidang hukum dapat dibedakan menjadi tiga, yaitu bahan-bahan hukum primer, bahan-bahan sekunder, dan bahan-bahan hukum tersier. Secara deduktif, penelitian ini dimulai dari analisa pasal-pasal dalam beberapa perundang-undangan yang didalamnya terdapat penyimpangan asas-asas umum hukum pidana. Pendekatan historis dan pendekatan komparatif lebih berfungsi sebagai unsur penunjang. Pendekatan historis digunakan untuk melihat bagaimana sejarah hingga munculnya asas-asas umum hukum pidana sebagaimana yang dibahas dalam penelitian ini. Sedangkan pendekatan komparatif digunakan untuk membandingkan asas-

¹⁸ Robert R. Mayer dan Ernest Greenwood, *The Design of social policy / Rancangan Penelitian Kebijakan Sosial*, Terj. Sutan Zanti Arbi dan Wayan Ardhana, Pustekom Dikbud dan Rajawali, Jakarta, 1984, hlm. 65.

asas umum hukum pidana dalam penelitian ini dengan asas-asas umum hukum pidana dalam sistem hukum yang lain.

2. Jenis dan Sumber Data

Jenis data dalam penelitian ini meliputi data primer dan data sekunder. Namun penelitian ini menitik beratkan pada data sekunder, sedangkan data primer lebih bersifat penunjang.

Sumber data yang digunakan terdiri dari sumber primer dan sumber sekunder. Untuk data sekunder, sumber primer yang digunakan terutama berpusat pada perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, khususnya perundang-undangan yang dikeluarkan antara tahun 1997 – 2001. Adapun sumber sekunder yang digunakan berupa konsep rancangan undang-undang khususnya Konsep KUHP Baru, pendapat para ahli hukum, hasil-hasil penelitian dan kegiatan ilmiah lainnya. Untuk data empiris digunakan data primer dari pengamatan terhadap praktek pengadilan.

3. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian ini adalah deskriptif analitis. Dikatakan deskriptif, karena penelitian ini diharapkan mampu memberikan gambaran secara rinci, sistematis dan menyeluruh mengenai segala hal yang berhubungan dengan penyimpangan asas-asas umum hukum pidana. Di dalam kaitan ini, istilah analisis mengandung makna mengelompokkan,

menghubungkan, membandingkan dan memberi makna asepek-aspek penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dari segi teori maupun praktek.

4. Metode Pengumpulan Data

Mengingat penelitian ini memusatkan perhatian pada data sekundair, maka pengumpulan data ditempuh dengan melakukan penelitian kepustakaan dan studi dokumen. Di dalam pengumpulan data, sebanyak mungkin data yang diperoleh dan dikumpulkan diusahakan mengenai masalah-masalah yang berhubungan dengan penelitian ini.

Data sekunder yang digunakan dalam penelitian ini dikumpulkan dari sumber primer berupa perundang-undangan dan yurisprudensi¹⁹ dan dari sumber sekunder berupa Rancangan (Konsep) KUHP, sumber-sumber hukum dan perundang-undangan negara lain, hasil-hasil penelitian dan kegiatan ilmiah lainnya baik nasional maupun internasional, pendapat para ahli dan ensiklopedi

5. Penyajian Data Dan Analisa.

Analisa dapat dirumuskan sebagai suatu proses penguraian secara sistematis dan konsisten terhadap gejala-gejala tertentu.²⁰ Berpijak dari

¹⁹ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodeologi Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia, 1982, hlm. 24. Lihat pula Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif*, Rajawali, Jakarta, 1985, hlm. 14.

²⁰ Soerjono Soekanto, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982, hlm. 137

pengertian ini, maka erat kaitannya antara metode analisa dengan pendekatan masalah.

Penguraian sistematis terhadap gejala dan data yang diperoleh dalam penelitian ini, pertama-tama disajikan sejauh mungkin dikemukakan secara kuantitatif. Data yang diperoleh itu kemudian dianalisa secara kualitatif dengan melakukan analisa deskriptif dan preskriptif. Analisa kualitatif ini dilakukan secara deskriptif dan preskriptif, karena penelitian ini tidak hanya bermaksud mengungkapkan atau melukiskan data sebagaimana adanya tetapi juga bermaksud melukiskan realitas kebijakan perundang-undangan (legislatif) sebagaimana yang diharapkan. Dalam melakukan analisa kualitatif yang bersifat deskriptif dan preskriptif ini pun bertitik tolak dari analisa yuridis-sistematis yang untuk pendalamannya dikaitkan atau dilengkapi dengan analisa yuridis historis dan yuridis komparatif.²¹

G. Sistematika Penulisan

Di dalam penulisan tesis ini dibagi menjadi 4 (empat) Bab, yakni Bab I tentang Pendahuluan sebagaimana diuraikan di depan. Bab II berisi Tinjauan Pustaka mengenai Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam kebijakan perundang-undangan di Indonesia, yang meliputi: (a) Hakikat dan dimensi perkembangan asas-asas hukum; (b) Asas-asas yang terkandung dalam hukum pidana; (c) Masalah sentral dalam hukum pidana; (d) Hukum

²¹ Sunaryati Hartono, **Kembali ke Metode Penelitian Hukum**, FH-UNPAD, Bandung, 1984, hlm. 38.

dan keadilan; dan (e) Kebijakan legislatif dalam merumuskan dan menetapkan penyimpangan asas-asas umum hukum pidana. Bab III uraian Hasil Penelitian dan Pembahasan, yang meliputi: (a) Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam kebijakan perundang-undangan saat ini; dan (b) Rancangan (Konsep) KUHP Baru dalam mengakomodasi asas-asas hukum pidana yang menyimpang. Bab IV Kesimpulan yang berisi (a) Kristalisasi hasil penelitian keseluruhan; dan (b) Rekomendasi.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA MENGENAI PENYIMPANGAN ASAS-ASAS UMUM HUKUM PIDANA DALAM KEBIJAKAN PERUNDANG-UNDANGAN

A. Hakikat dan Dimensi Perkembangan Asas-asas Hukum

Kata “penyimpangan” dapat diartikan sebagai proses, cara, perbuatan menyimpang atau menyimpangkan. Apabila penyimpangan tersebut dikaitkan dengan masalah hukum dapat diartikan sebagai sikap/ tindakan di luar ukuran (kaidah) yang berlaku.²² Sedangkan asas-asas hukum adalah prinsip-prinsip yang dianggap dasar atau fundamen hukum dan merupakan unsur ideal dari hukum.²³ Asas-asas hukum dapat pula disebut sebagai pengertian-pengertian dan nilai-nilai yang menjadi titik tolak berpikir tentang hukum dan juga merupakan titik tolak bagi pembentukan undang-undang dan interpretasi undang-undang tersebut.²⁴

Karena sebagai fundamen hukum maka asas hukum merupakan unsur yang penting dan pokok dari peraturan hukum yang oleh Satjipto Rahardjo disebutnya sebagai “jantungnya” peraturan hukum.²⁵ Disebut demikian, karena pertama, asas hukum merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum, sehingga peraturan-peraturan hukum itu pada

²² Depdikbud, *Kamus Besar Bahasa Indonesia “Edisi Kedua”*, Balai Pustaka, Jakarta, 1994, hlm. 942.

²³ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum Dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994, hlm. 15.

²⁴ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, Hlm. 81.

²⁵ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2000, hlm. 45.

akhirnya bisa dikembalikan kepada asas-asas tersebut, dan kedua, asas hukum juga merupakan *ratio legis* dari peraturan hukum atau dapat disebut sebagai alasan bagi lahirnya peraturan hukum.

G.W. Paton sebagaimana dikutip Satjipto Rahardjo menyebut asas hukum sebagai suatu sarana yang membuat hukum itu hidup, tumbuh dan berkembang. Oleh karena itu, asas hukum dapat membuat hukum dinamis. Karena sifat dinamisnya itu maka asas hukum tidak akan habis kekuatannya dengan melahirkan suatu peraturan hukum, melainkan akan tetap ada dan akan melahirkan peraturan-peraturan selanjutnya.

Meskipun asas hukum bukan peraturan hukum, namun tidak ada hukum yang bisa dipahami tanpa mengetahui asas-asas hukum yang ada di dalamnya. Asas hukum memberi makna etis kepada peraturan-peraturan hukum serta tata hukum. Karena asas hukum mengandung tatanan etis, maka asas hukum merupakan jembatan antara peraturan-peraturan hukum dengan cita-cita sosial dan pandangan etis masyarakatnya. Melalui asas hukum tersebut, peraturan hukum berubah sifatnya menjadi bagian dari suatu tatanan etis.

Di samping sebagai jembatan antara peraturan-peraturan hukum dengan cita-cita sosial dan pandangan etis masyarakat, asas-asas hukum juga merupakan ukuran legitimitas dalam prosedur pembentukan, penemuan dan pelaksanaan hukum. Sebagai konsekwensinya adalah apabila ada peraturan perundang-undangan (hukum) yang tidak didukung oleh suatu asas hukum, maka peraturan tersebut tidak dapat dikatakan mempunyai sifat hukum. Asas-

asas di dalam hukum berkedudukan lebih tinggi dari undang-undang dan penguasa. Kendati demikian rumusan asas-asas hukum tergantung dari konstelasi sosial politik tertentu, dan berlakunya juga tergantung dari keadaan masyarakat. Oleh karena itu, pemanfaatan dari asas-asas tersebut tergantung dari kondisi sosial, artinya, asas ini *open-ended*, *multi-interpretable* dan *Gesellschaftsgebunden*.

Timbulnya asas-asas hukum dapat ditelusuri dari adanya kenyataan bahwa pada umumnya manusia menginginkan keserasian dalam kehidupan pribadi maupun dalam kehidupan antar-pribadi. Ronny Hanitijo Soemitro mengatakan, dalam aspek kehidupan pribadi manusia mempunyai dua tujuan pokok, yaitu: keserasian antara dirinya dengan Tuhan, yang tercakup dalam bidang agama/kepercayaan, dan keserasian antara dirinya dengan hati nurani yang tercakup dalam bidang moral-etika.²⁶ Dalam aspek kehidupan antar-pribadi, manusia juga mempunyai dua tujuan pokok, yaitu: pertama, keserasian dalam pergaulan hidup dengan sesama anggota masyarakat yang tercakup dalam bidang sopan-santun; dan kedua, keserasian antara ketertiban dengan ketentraman, yang tercakup dalam bidang hukum.

Keempat unsur yang tercakup dalam dua aspek kehidupan manusia tersebut, terjalin dalam suatu wadah fisik (*somatologis*) maupun psikhis (*psichologis*). Secara fisik manusia merupakan suatu organisme yang serasi, sedangkan secara psikhis manusia dikendalikan oleh tiga asas, yaitu asas kenikmatan yang menimbulkan hasrat untuk hidup bebas, asas kenyataan yang

²⁶ Ronny Hanitijo Sumitro, op.cit, hlm. 16

menimbulkan hasrat untuk hidup tertib, dan asas keserasian yang menimbulkan hasrat untuk hidup serasi.

Antara asas kenikmatan dan asas kenyataan tersebut dalam kenyataannya merupakan antinomi yang berpasangan dan sekaligus menimbulkan ketegangan, dan ketegangan tersebut dapat ditanggulangi oleh asas keserasian. Oleh karena itu, antara hasrat kebebasan dan hasrat ketertiban selalu diawasi oleh hasrat keserasian. Di samping keserasian dalam aspek psikhis ini, manusia juga mempunyai keserasian fisik yang merupakan kodrat alam, sehingga di dalam kehidupannya manusia cenderung untuk selalu berusaha agar terjadi keserasian antara hasrat keserasian psikhis dengan kodrat keserasian fisik.

Keserasian antara hasrat keserasian psikhis dengan kodrat keserasian fisik itu menjadi nilai-nilai yang merupakan gagasan-gagasan mengenai tujuan yang dikehendaki yang mula-mula menghasilkan nilai ketertiban dan nilai ketentraman. Di satu pihak, apabila menitikberatkan pada nilai keserasian hasrat kerohanian menghasilkan spiritualisme, sedangkan di pihak lain jika menitikberatkan pada nilai keserasian kodrat kejasmanian menimbulkan materialisme. Demikian pula apabila menitikberatkan pada kehidupan pribadi akan menghasilkan individualisme, sedangkan menitikberatkan pada kehidupan bersama akan menimbulkan kolektivisme. Oleh karena itu, kedua nilai yang merupakan antinomi ini pun harus diserasikan. Pasangan nilai-nilai tersebut menghasilkan asas-asas atau "*beginselen*" yang merupakan dasar-dasar materiil atau sendi-sendi maupun arahan bagi pembentukan norma

hukum secara dinamis. Asas-asas hukum tersebut membentuk isi norma hukum yang dirumuskan oleh pihak yang berwenang melakukan kegiatan itu. Tanpa asas-asas hukum, norma-norma hukum akan kehilangan kekuatan mengikatnya.

Berkaitan dengan asas-asas hukum ini, dapat dipisahkan antara asas-asas hukum yang “umum” dan asas-asas hukum yang “*typisch*”, yang sejajar dengan pembedaan asas-asas hukum konstitutif dan asas-asas hukum regulatif. Moempoeni Martojo menyebut asas hukum umum sebagai asas hukum yang berlaku untuk semua bidang hukum, sedangkan asas hukum *typisch* (menurut tipenya) merupakan asas hukum yang berlaku hanya untuk bidang hukum tertentu atau khusus.²⁷ Selanjutnya Moempoeni juga membedakan asas hukum *typis* menjadi asas hukum konstitutif, yaitu asas hukum yang menjadi landasan atau dasar, dan asas hukum regulatif, yaitu asas hukum yang fungsinya mengatur.

Menurut Roeslan Saleh, asas yang bersifat umum dari aspek hukum adalah berdasarkan pengalaman-pengalaman yang fundamental (*modus quo*) tentang kenyataan, dan karena sifat umum dari aspek hukum merupakan dasar tiap-tiap tertib hukum, maka asas-asas hukum umum ini harus dipositifkan dalam tiap-tiap tertib hukum yang berlaku.²⁸

Asas-asas hukum umum dan konstitutif merupakan dasar tiap-tiap tertib hukum. Oleh karenanya asas-asas hukum memperlihatkan “konstansi yuridis” yang tinggi sekali. Ditambahkan Roeslan Saleh, dalam stelsel hukum

²⁷ Moempoeni Martojo, *Politik Hukum Dalam Sketsa*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2000, hlm. 18.

²⁸ Roeslan Saleh, *Segi Lain Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984, hlm. 69.

yang belum berkembang, memeperlihatkan wataknya yang kaku, satu jenis, satu bentuk dan tertutup. Sedangkan stelsel-stelsel yang sudah berkembang, asas-asas hukum umum dan konstitutif ini terbuka, di samping diperdalam dan diperhalus oleh asas-asas regulatif dan moral yuridis. Asas-asas hukum regulatif mempunyai konstansi yuridis yang lebih terbatas daripada yang konstitutif, yang berfungsi hanya dalam stelsel-stelsel hukum yang telah jauh berkembang.

Asas-asas hukum yang *typisch* tidak berdasarkan pada sifat yang umum dari aspek hukum, tetapi dalam struktur *typisch* dari kehidupan bermasyarakat. Asas-asas hukum *typisch* ini berfungsi dalam semua aspek pengalaman dan mengikat fungsi-fungsi yang *typisch* dalam aspek pengalaman menjadi kesatuan struktur yang *typisch* pula.

Konstansi relatif dari semua asas-asas hukum terwujud dalam bentuk yuridis. Konstansi relatif dari asas-asas hukum yang *typisch* dan umum berhubungan dan tidak dapat dipisahkan dari dinamik yuridisnya asas-asas tersebut. Menurut Roeslan Saleh, konstansi dari asas-asas hukum materiil tidak boleh kaku dan statis. Asas-asas tersebut tidak dinyatakan secara tetap dan sempurna tetapi menunjukkan arti yuridisnya dalam pertumbuhan hukum yang semakin kaya dan semakin dalam

Lebih jauh dikatakan Roeslan Saleh, konstansi dan dinamik relatif dari asas-asas hukum materiil ini menyimpulkan bahwa proses pembentukan hukum yang dinamis ada dalam tangan alat-alat hukum yang berkompeten. Dalam proses pembentukan hukum itulah asas-asas hukum konstansi yang

relatif dapat megembangkan artinya yang dinamik. Tanpa asas-asas hukum materiil itu maka hukum yang dibentuk, tidak dapat berlaku.

Dengan demikian dapat dikatakan, bahwa asas-asas hukum konstitutif merupakan asas-asas yang harus ada dalam kehidupan suatu sistem hukum, sedangkan asas-asas hukum regulatif diperlukan untuk dapat berprosesnya sistem hukum tersebut. Asas-asas hukum tersebut ada yang berlaku umum, yaitu harus selalu ada pada setiap sistem hukum, dan ada asas-asas hukum khusus yang merupakan perwujudan dari kekhususan masyarakat dan kebudayaan yang tercermin dalam sistem hukumnya. Pembentukan norma-norma hukum yang tidak didasarkan pada asas-asas hukum konstitutif akan menghasilkan norma-norma yang secara materiil bukan merupakan norma hukum, dan sejajar dengan itu, apabila asas-asas hukum regulatif tidak diperhatikan, maka yang dihasilkan adalah norma-norma hukum yang tidak adil.

Selain pembedaan asas-asas hukum menjadi asas-asas hukum umum dan khusus atau *tipihs* maupun asas-asas hukum yang konstitutif dan regulatif, terdapat pula asas-asas etika moral yang bersifat universal, yang merupakan asas-asas hukum yang diakui dan dijadikan asas dalam hubungan masyarakat/ bangsa/negara di dunia. Selain itu, asas-asas hukum yang dijadikan dasar negara/sumber tertib hukum di suatu negara, di mana masing-masing negara mempunyai asas hukum yang dianggap menjadi sumber tertib hukumnya sendiri, berbeda dengan asas hukum negara lain; asas-asas hukum yang diletakkan dalam konstitusi suatu negara yaitu asas-asas hukum yang

disahkan menjadi asas-asas hukum dalam konstitusinya sendiri; asas-asas hukum yang dicantumkan dalam hukum positif yang dicantumkan secara eksplisit maupun implisit berupa ketentuan-ketentuan hukum.

Selain pembagian asas hukum sebagaimana dikemukakan di atas, asas-asas hukum juga dapat dibedakan menjadi dua bagian yaitu, pertama, asas-asas hukum obyektif yang merupakan prinsip-prinsip yang menjadi dasar bagi pembentukan peraturan-peraturan hukum, dan kedua, asas-asas hukum subyektif yaitu prinsip-prinsip yang menyatakan kedudukan subyek berhubungan dengan hukum. Dilihat dari sifatnya, asas-asas hukum obyektif dibedakan menjadi asas-asas hukum obyektif yang bersifat moral, yaitu prinsip-prinsip yang telah ada pada para pemikir zaman Klasik dan abad pertengahan dan asas-asas hukum obyektif yang bersifat rasional yaitu prinsip-prinsip yang termasuk pengertian hukum dan aturan hidup bersama yang rasional. Prinsip-prinsip ini telah diterima sejak dahulu, akan tetapi baru diungkapkan secara nyata sejak dimulainya zaman modern, yakni sejak timbulnya negara-negara rasional dan hukum yang dibuat oleh kaum yuris secara professional. Sedangkan asas-asas hukum subyektif -baik yang bersifat moral maupun rasional- merupakan hak-hak yang ada pada manusia dan yang menjadi titik tolak pembentukan hukum.

Perbedaan antara asas-asas hukum rasional dan asas-asas hukum moral terletak dalam hal bahwa asas-asas hukum rasional umumnya dianggap sebagai bertalian dengan suatu aturan hidup bersama yang masuk akal, dan karenanya diterima sebagai titik tolak bagi pembentukan suatu tata hukum

yang baik. Sedangkan asas-asas hukum moral lebih dipandang sebagai unsur idiil, yang belum tentu dapat diwujudkan dalam tata hukum yang direncanakan.

Di antara asas-asas hukum rasional disebut baik asas-asas bagi hukum obyektif (undang-undang) maupun bagi hukum subyektif, antara lain: hak manusia sebagai pribadi; kesamaan hak di depan pengadilan; perlindungan terhadap yang kurang mampu; tidak ada ganti rugi tanpa kesalahan. Sedangkan dalam asas moral hukum yang paling umum berbunyi: lakukanlah yang baik, hindarkanlah yang jahat; jangan merugikan orang lain; jangan membunuh; jangan berdusta.²⁹

Berkaitan dengan asas rasional dan asas moral hukum tersebut HLA. Hart berpendapat, undang-undang harus dibuat dengan berpedoman pada prinsip-prinsip moral, yang disebutnya sebagai suatu "minimum hukum kodrat", namun prinsip moral itu hanya sebagai prinsip regulatif, artinya, undang-undang itu tetap hukum, walaupun melawan prinsip-prinsip moral.³⁰

Oleh karena itu, di dalam membentuk peraturan hukum (undang-undang/tata hukum), tidak dapat dilakukan secara sewenang-wenang, tetapi harus didasari oleh prinsip-prinsip atau asas-asas tertentu, yang lebih tinggi daripada hukum yang ditentukan manusia, sebab asas hukum memberi makna etis kepada peraturan-peraturan hukum serta tata hukum. Karena asas hukum mengandung tuntutan etis, maka asas hukum merupakan jembatan antara peraturan-peraturan hukum dengan cita-cita sosial dan pandangan etis

²⁹ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, hlm. 87 – 88.

³⁰ HLA. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, hlm. 76.

masyarakatnya. Pembentuk undang-undang harus selalu menyesuaikan perundang-undangan dalam arti materil kepada hubungan-hubungan hukum baru dan kebutuhan-kebutuhan baru.

Dilihat dari sejarah perkembangan hukum, para pemikir zaman dahulu, umumnya menerima suatu hukum yang berbeda dengan hukum positif, yakni yang disebut dengan hukum alam atau hukum kodrat.³¹ Hukum alam atau hukum kodrat ini tidak tertulis, dianggap tidak berubah dan berlaku untuk segala zaman. Hukum alam atau hukum kodrat lebih kuat daripada hukum positif, karena menyangkut makna kehidupan manusia sendiri. Hukum kodrat mendahului hukum yang dirumuskan dalam undang-undang dan berfungsi sebagai asas baginya.³² Dengan demikian maka hukum adalah aturan, dan basis bagi aturan itu ditentukan dalam aturan alamiah yang terwujud dalam kodrat manusia.

Pemikiran tentang masalah hukum kodrat ini muncul kembali yang menandakan bahwa hidup manusia bersifat dinamis yang tercermin dalam pandangan-pandangannya. Manusia melalui pikirannya melihat dirinya dalam suatu situasi *histories actual* tertentu, dan gambaran manusia tentang dirinya terus berubah dalam lintasan sejarah. Adanya kesadaran tentang perubahan

³¹ Ada yang membedakan antara hukum alam dan hukum kodrat. Hukum alam dengan padanan kata *lex naturae* lebih menandakan pada arti yang paling umum, yaitu sebagai daya yang menyebabkan segala apa yang ada di dunia ini berjalan menurut aturan yang telah ditetapkan atau cara segala yang ada berjalan sesuai dengan aturan semesta alam. Dalam kaitan ini menurut para sofis Yunani (abad ke 5 SM), dan juga menurut Thomas Hobbes, Ch. Darwin, H. Spencer, hukum alam itu menguasai kehidupan manusia juga. Sedangkan hukum kodrat sebagai padanan kata *lex naturalis* menandakan bahwa terdapat tuntutan fundamental dalam hidup manusia, yang menjadi nyata dalam wujudnya sebagai makhluk yang berakal budi.

³² Thomas Aquinas menerima hukum kodrat sebagai prinsip-prinsip segala hukum positif, yang berhubungan secara langsung dengan manusia dan dunia sebagai ciptaan Tuhan. Dalam kaitan ini lihat Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, Hal. 82.

pandangan-pandangan tertentu membuktikan juga, bahwa manusia mampu mengatasi situasi historisnya, dan mampu menetapkan prinsip-prinsip aturan hidup yang kurang lebih tetap.

Oleh karena itu, prinsip-prinsip hukum sangat penting dalam penyusunan peraturan-peraturan, tetapi prinsip-prinsip itu umumnya tidak dianggap lagi sebagai prinsip abadi. Hanya prinsip-prinsip yang paling umum yang dianggap tetap dan dasar tiap-tiap tata hukum. Hukum kodrat yang dahulu disusun secara terperinci dan dianggap sebagai abadi, sekarang diterima sebagai dasar dan norma hukum namun mempunyai kelonggaran untuk berubah sesuai dengan perkembangan zaman.

Dengan adanya kelonggaran untuk berubah sesuai dengan perkembangan zaman itulah, maka para ahli hukum senantiasa berusaha untuk melembagakan (menginstitutionalisasikan) prinsip-prinsip hukum dengan memasukkannya dalam undang-undang. Perubahan asas-asas hukum itu tidak dapat terlepas dari orientasinya terhadap ideologi nasional, kondisi manusia, alam dan tradisi bangsa maupun dari perkembangan internasional yang diakui oleh masyarakat yang beradab. Letak pentingnya nilai-nilai dan asas-asas hukum itu diidentifikasi Muladi sebagai mengandung prinsip-prinsip sebagai berikut:³³

1. Asas-asas hukum merupakan tendens-tendens yang dituntut oleh rasa susila dan berasal dari kesadaran hukum atau keyakinan kesusilaan kita, yang secara langsung dan jelas menonjol;
2. Asas-asas hukum merupakan ungkapan-ungkapan yang sangat umum sifatnya, yang bertumpu pada perasaan, yang hidup di setiap orang;

³³ Muladi, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, BP, Undip, Semarang, 1997, hlm 143-144.

3. Asas hukum merupakan fikiran fikiran yang memberi arah/pimpinan, yang menjadi dasar kepada tata hukum yang ada;
4. Asas hukum dapat diketemukan dengan menunjukkan hal hal yang sama dari peraturan yang berjauhan satu sama lain;
5. Asas hukum merupakan suatu yang ditaati oleh orang-orang, apabila mereka ikut bekerja dalam mewujudkan undang-undang;
6. Asas hukum dipoitifkan baik dalam perundang-undangan maupun yurisprudensi;
7. Asas hukum tidak bersifat transendental atau melampui alam kenyataan yang dapat disaksikan oleh pancaindra;
8. Artikulasi dan pembabaran asas-asas hukum tergantung dari kondisi-kondisi sosial, sehingga bersifat *open-ended*, multi *interpretable* dan *gesellschaftsgebunden* dan bukannya bersifat absolut seperti pandangan yuridis yang tradisional;
9. Asas-asas hukum berkedudukan relatif otonom dan melandasi fungsi pengendalian masyarakat, penyelenggaraan ketertiban dan penanggulangan kejahatan;
10. Asas hukum merupakan legitimitas dalam prosedur pembentukan, penemuan dan pelaksanaan hukum;
11. Asas hukum berkedudukan lebih tinggi dari undang-undang dan pejabat-pejabat resmi (penguasa), sehingga tidak merupakan keharusan untuk mengaturnya dalam hukum positif.

Menyimak uraian di atas dapat dikatakan, hukum berisi nilai-nilai dan asas-asas yang berkedudukan relatif otonom. Oleh karena itu fungsi pengendalian masyarakat, penyelenggaraan ketertiban dan penanggulangan kejahatan harus berorientasi pada asas-asas tersebut. Asas-asas ini bukannya transendental atau melampui alam kenyataan yang dapat disaksikan pancaindra.

Kendati tidak ada satu konsepsi rumusan hukum yang memuaskan, karena hukum banyak seginya dan sedemikian luas, sehingga tidak mungkin orang menyatukannya dalam satu rumus secara memuaskan,³⁴ tetapi satu prinsip yang jelas adalah, bahwa hukum mempunyai ciri yang tetap yaitu: pertama, hukum merupakan suatu organ peraturan-peraturan yang abstrak , dan kedua, hukum merupakan suatu proses sosial untuk mengadakan tertib

³⁴ L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum* (terj), Noordhoff – Kolff, Jakarta, 1957, hlm. 13.

hukum dan mengatur kepentingan-kepentingan manusia,³⁵ dan hukum merupakan gejala sosial.³⁶ Secara sederhana dapat dikatakan, hukum merupakan suatu rangkaian aturan yang menguasai tingkah laku dan perbuatan tertentu dari manusia dalam hidup bermasyarakat.

Meskipun peraturan hukum hanya merupakan salah satu saja dari lambang-lambang yang dipakai oleh norma-norma hukum untuk “membedakan dirinya”, namun peraturan hukum merupakan sarana yang paling lengkap untuk mengutarakan apa yang dikehendaki oleh norma hukum. Peraturan hukum menggunakan berbagai kategori sarana untuk menampilkan norma hukum sehingga dapat ditangkap oleh masyarakat. Peraturan hukum menggunakan pengertian-pengertian atau konsep-konsep untuk menyampaikan kehendaknya. Pengertian-pengertian ini merupakan abstraksi dari barang-barang yang pada dasarnya bersifat konkrit, individual. Tingkat abstraksi yang dipakai dalam suatu sistem hukum dapat digunakan sebagai petunjuk mengenai tingkat kematangan dari sistem yang bersangkutan. Kategori-kategori hukum merupakan syarat-syarat yang harus ada pada setiap sistem hukum, sebab tanpa kategori-kategori hukum itu tidak mungkin ada suatu sistem hukum.

Mengenai pengertian hukum, Paton menyebutnya sebagai suatu kategori tertentu dalam konteks berpikir secara hukum. Untuk menyusun suatu pengertian hukum yang benar-benar memberikan kepastian kepada pemakainya, menurut Satjipto Rahardjo tidaklah mudah. Pengertian-

³⁵ Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1993, hlm. 17.

³⁶ E. Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Penerbitan dan Balai Buku Indonesia, Jakarta, hlm. 8.

pengertian hukum yang memiliki kadar kepastian yang relatif kurang itu, pengisiannya untuk menjadi pasti diserahkan kepada praktek penafsiran, terutama oleh pengadilan.³⁷

Tentang pengertian-pengertian hukum tersebut dapat dilihat dari pandangan-pandangan tentang hukum, yaitu pandangan *legalistic*, pandangan fungsional, dan pandangan kritis. Pandangan yang pertama yaitu ajaran hukum legalisme yang memandang hukum identik dengan undang-undang. Dalam pandangan ini sistem hukum dipandang sebagai "*logische geschlossenheit*", sebagai unsur tertutup yang logis tidak bertentangan satu sama lain. Hukum dipandang sebagai seperangkat aturan-aturan yang diharapkan agar ditaati oleh para anggota masyarakat.

Kedua, ajaran hukum fungsional yang juga dikenal dengan istilah "*Sociological Jurisprudence*" yang memandang hukum sebagai gejala masyarakat, sebagai sesuatu yang hidup dalam suasana masyarakat. Pandangan hukum fungsional ini mempelajari fungsi dari asas kemasyarakatan dan faktor-faktor politik sosial dan politik ekonomi, motif-motif psikologi dan faktor-faktor keputusan yang non juridis lain. Pendekatan secara fungsional dari hukum berarti senantiasa mengukur norma-norma hukum didasarkan pada efektifitasnya, bagaimana bekerjanya hukum dalam kenyataannya. Jadi lebih menitik beratkan kepada tujuan, yakni kemanfaatan sosial dan tidak mempunyai ukuran legitimasi.

³⁷ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 45.

Pandangan ketiga yaitu ajaran hukum kritis yang memandang hukum sebagai bagian dari masyarakat atau dengan kata lain hukum dalam masyarakat. Ajaran hukum kritis ini menentang ajaran hukum legalistik dan sekaligus menentang pandangan hukum yang melihat hukum sebagai instrumen belaka dalam melakukan kebijakan penguasa. Ajaran kritis ini dimaksudkan untuk menanggulangi penyalahgunaan pengetahuan dan kekuasaan dari sekelompok ahli yang karena kedudukannya mempunyai kemampuan untuk menentukan apa yang "baik" dalam artian yang berfungsi untuk masyarakat.

Mengenai pengertian hukum pidana Wirjono Prodjodikoro mendefinisikan sebagai peraturan hukum mengenai pidana.³⁸ Sedangkan kata "pidana" adalah hal yang "dipidanakan", yaitu yang oleh instansi yang berkuasa dilimpahkan kepada seorang oknum sebagai hal yang tidak enak dirasakannya dan juga hal yang tidak sehari-hari dilimpahkan. Senada dengan pengertian ini, Moeljatno mengatakan, hukum pidana adalah bagian dari keseluruhan hukum yang berlaku di suatu negara, yang mengadakan dasar-dasar dan aturan-aturan untuk:

1. menentukan perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan, yang dilarang, yang disertai ancaman atau sanksi yang berupa pidana tertentu bagi barang siapa melanggar larangan tersebut;

³⁸ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, PT. Eresco, Bandung, 1989, hlm.

2. menentukan kapan dan dalam hal apa kepada mereka yang telah melanggar larangan-larangan itu dapat dikenakan atau dijatuhkan pidana sebagaimana yang telah diancamkan;
3. menentukan dengan cara bagaimana pengenaan pidana itu dapat dilaksanakan apabila ada orang yang disangka telah melanggar larangan tersebut.

Guru besar hukum pidana Undip, Sudarto mendefinisikan hukum pidana sebagai aturan hukum, yang mengikat kepada suatu perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu suatu akibat yang berupa pidana.³⁹ Ditambahkan Sudarto, pada dasarnya hukum pidana berpokok pada dua hal, yaitu pertama, perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu yakni, perbuatan yang dapat dipidana atau perbuatan yang dilakukan oleh orang, yang memungkinkan adanya pemberian pidana atau disingkat “perbuatan jahat” (*Verbrechen* atau *crime*), dan kedua, pidana yaitu penderitaan yang sengaja dibebankan kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat tertentu itu.

L.J. Van Apeldoorn membedakan hukum pidana menjadi hukum pidana materiil dan hukum pidana formil.⁴⁰ Hukum pidana materiil menunjuk pada perbuatan pidana dan yang oleh sebab perbuatan itu dapat dipidana, sedangkan hukum pidana formal adalah yang mengatur cara hukum pidana materiil dapat dilaksanakan. Andi Zainal Abidin juga menyatakan bahwa hukum pidana materiil mengandung petunjuk-petunjuk dan uraian-uraian

³⁹ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 9

⁴⁰ L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Noordhoff – Kolff, Jakarta, 1957, hlm. 282.

tentang tindak pidana (*strafbare feiten*), peraturan tentang syarat-syarat dapat dipidananya seseorang (*strafbaarheid*), penunjukan orang yang dapat dipidana dan ketentuan tentang pidananya; ia menetapkan siapa dan bagaimana orang itu dapat dipidana, sedangkan hukum pidana formal mengatur tentang cara negara dengan perantaraan para pejabatnya menggunakan haknya untuk memidana.⁴¹

B. Asas-asas yang Terkandung dalam Hukum Pidana

Di dalam ilmu pengetahuan tentang hukum pidana (*positif*) dikenal beberapa asas yang sangat penting, yaitu asas-asas yang dapat membuat suatu hubungan dan susunan hukum pidana yang berlaku dapat dipergunakan secara sistematis, kritis dan harmonis. Dengan mengenal, menghubungkan dan menyusun asas di dalam hukum pidana positif itu, pada hakekatnya berarti menjalankan hukum secara sistematis, kritis, dan harmonis sesuai dengan dinamika garis-garis yang ditetapkan dalam politik hukum pidana.⁴²

Asas-asas hukum pidana dapat digolongkan menjadi dua golongan, yaitu pertama, asas yang dirumuskan di dalam KUHP atau perundang-undangan lainnya, dan kedua, asas yang tidak dirumuskan dan menjadi asas hukum pidana yang tidak tertulis, dan dianut di dalam yurisprudensi.

⁴¹ Andi Zainal Abidin, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, 1987, hlm. 4.

⁴² Pembahasan mengenai politik hukum pidana dan kebijakan perundang-undangan di Indonesia akan dikemukakan dalam "pokok bahasan ke II".

Asas-asas umum hukum pidana yang dirumuskan dalam perundang-undangan hukum pidana sebagaimana dirumuskan dalam KUHP, biasanya dibedakan menjadi dua bagian, yaitu:

1. Asas berlakunya undang-undang hukum pidana menurut waktu, yang mempunyai arti penting bagi penentuan saat kapan terjadinya perbuatan pidana;
2. Asas berlakunya undang-undang hukum pidana menurut tempat, yang mempunyai arti penting bagi penentuan tentang sampai di mana berlakunya undang-undang hukum pidana suatu negara itu berlaku apabila terjadi perbuatan pidana;

Ada pula pakar hukum pidana yang membedakan asas hukum pidana menjadi tiga (tiga) bagian dengan menambahkan asas berlakunya undang-undang hukum pidana menurut orang sebagai pembuat atau peserta.⁴³ Namun para pakar hukum sering memasukkan asas yang ketiga ini sekaligus dalam asas berlakunya hukum pidana menurut tempat.

Sedangkan asas-asas hukum pidana tidak tertulis yang diakui oleh para ahli, misalnya asas tiada pidana tanpa kesalahan (asas *culpabilitas*), di samping beberapa asas yang berlaku sangat luas dalam ilmu pengetahuan hukum pidana. Dalam beberapa hal ada yang dirumuskan terbatas dalam undang-undang, antara lain;

- a. Alasan pembenar (*rechtsvaardigingsgronden*), yaitu menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, sehingga menjadi perbuatan yang benar;

⁴³ Bambang Poernomo, *Azas-Azas Hukum Pidana*, Galia Indonesia, Jakarta, 1993, hlm. 56 –57.

- b. Alasan Pemaaf (*schulduitsluitingsgronden*), yaitu menghapuskan sifat kesalahan dari terdakwa meskipun perbuatannya bersifat melawan hukum tetapi tidak dipidana;
- c. Alasan penghapus penuntutan (*onvervolgbaarheid*), yaitu pernyataan tidak menuntut karena tidak dapat diterima oleh badan penuntut umum yang disebabkan konflik kepentingan dengan lebih mengutamakan kemanfaatannya untuk tidak menuntut.

Tidak dirumuskannya asas kesalahan dan asas-asas penghapusan pidana di dalam perundang-undangan menurut Bambang Poernomo, pertama, akan mengalami kesulitan untuk membuat batasan berhubung dengan sifatnya asas-asas itu terus menyesuaikan (*fleksibel*) terhadap perkembangan ilmu pengetahuan, dan kedua, asas hukum pidana tentang kesalahan dan penghapusan pidana itu mempunyai arti penting untuk menentukan dipidana atau tidak dipidananya seseorang meskipun telah terbukti perbuatannya akan tetapi tidak dipenuhi unsur dari asas-asas tersebut.

Sebagai contoh putusan pengadilan berkaitan dengan prinsip/asas “tiada pidana tanpa kesalahan” ini adalah kasus pengantar susu yang mengantar susu kepada para pelanggan, tetapi susu tersebut telah dicampur air oleh majikannya. Dalam perkara ini, putusan pengadilan tidak menghukum pengantar susu tersebut karena tidak ada kesalahan. Dipakainya asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (“*geen straf zonder schuld*”) tersebut selaras dengan rasa keadilan. Mengenai asas tiada pidana tanpa kesalahan ini Wirjono Prodjodikoro mengatakan, adalah bertentangan dengan hak asasi manusia

apabila dimungkinkan seseorang dijatuhi hukuman pidana meskipun terang sama sekali tidak ada kesalahan kerohanian dari pihak pelaku.⁴⁴

Selanjutnya akan dikemukakan tentang asas-asas hukum pidana, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, meliputi: (1) asas berlakunya hukum pidana menurut waktu; (2) asas berlakunya hukum pidana menurut tempat; dan (3) asas-asas tidak tertulis dalam hukum pidana.

1. Asas Berlakunya Hukum Pidana Menurut Waktu

Sumber utama tentang berlakunya undang-undang hukum pidana menurut waktu, tersimpul di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang berbunyi, “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan”.

Pasal 1 ayat (1) KUHP merupakan sendi-sendi hukum /asas legalitas, yang mempunyai beberapa pengertian, yaitu:

- a. mempunyai makna sebagaimana adagium di dalam ilmu hukum pidana “*nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*”, tidak ada delik kejahatan (yuridis), tidak ada pidana, tanpa peraturan yang mengancam pidana lebih dahulu;
- b. Mempunyai makna “undang-undang hukum pidana tidak mempunyai kekuatan berlaku surut” atau “*non retroaktif*”,
- c. Mempunyai makna “*lex temporis delicti*”, yang artinya undang-undang berlaku terhadap delik yang terjadi pada saat itu.

⁴⁴ Wirjono Prodjodikoro, 1989, hlm.72.

Guru besar hukum pidana Undip Sudarto mengatakan, terhadap pengertian bahwa suatu tindak pidana harus dirumuskan/disebutkan dalam peraturan undang-undang, terdapat dua konsekwensi yaitu pertama, perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang sebagai suatu tindak pidana juga tidak dapat dipidana, sehingga hukum tidak tertulis tidak berkekuatan untuk diterapkan; dan kedua, ada larangan penggunaan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang. Sedangkan pengertian bahwa peraturan undang-undang harus ada sebelum terjadinya tindak pidana berarti aturan undang-undang pidana tidak boleh berlaku surut (*retro-aktif*).⁴⁵

Sedangkan Johann Anselm von Feuerbach berpendapat, asas legalitas mengandung tiga macam peraturan (norma) yaitu:

- a. setiap penerapan/penjatuhan pidana (*straf*) harus berdasarkan suatu undang-undang pidana (*nulla Poena sine lege*) atau tanpa undang-undang, pidana pun tak ada;
- b. Penerapan pidana hanya diperbolehkan jika perbuatan pelaku yang dilarang/diperintahkan oleh undang-undang benar telah terjadi (*nulla poena sine crimine*) atau tanpa kejahatan, pidana pun tak ada; dan
- c. Perbuatan pembuat yang dilarang/diperintahkan oleh undang-undang membawa akibat hukum, sehingga sanksi yang ditetapkan oleh undang-

⁴⁵ Sudarto, Hukum Pidana I, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 22 - 23

undang dapat diterapkan (*nulla crimen sine poena legali*) jika pidana tidak ditetapkan dalam undang-undang, kejahatan pun tak ada.

Melihat pengertian-pengertian yang terkandung dalam Pasal 1 ayat (1) di atas dapat dikatakan bahwa hukum pidana tidak mempunyai kekuatan yuridis yang retrospektif).⁴⁶

Di dalam kaitan ini Van Eck berpendapat,⁴⁷ Pasal 1 ayat (1) W.v.S. yang memuat asas legalitas, mengandung tiga ketentuan, yaitu : 1. adanya kaidah hukum pidana tertulis; 2. kaidah pidana yang tertulis harus dicantumkan dalam kaidah hukum pidana; dan 3. kaidah hukum itu harus mendahului tindakan.

Menurut asas umum di dalam semua hukum dinyatakan bahwa undang-undang hanya mengikat apa yang terjadi dan tidak mempunyai kekuatan berlaku surut. Kendati demikian, apabila dalam hal tertentu diperlukan bahwa peraturan perundang-undangan hukum pidana itu berlaku surut, harus dengan alasan tertentu pula, karena pembentuk undang-undang atau peraturan umum sebagai instansi yang lebih tinggi berhak untuk memberikan kekuatan berlaku surut bagi peraturan tersebut.⁴⁸ Menurut Sudarto, asas non retroaktif ini dapat diterobos oleh pembentuk undang-undang, karena hal itu sepenuhnya hak pembentuk undang-undang sendiri.

⁴⁶ Di dalam asas tersebut dapat dimengerti bahwa; 1. harus ada norma yuridis yang tertulis, yang dapat dilanggar; 2. norma yuridis itu harus berlaku sebelum adanya pelanggaran; 3. harus ada ketentuan tentang hukuman secara tertulis; 4. ketentuan itu harus ada sebelum pelanggaran. Terhadap asas ini D. van Eck meragukan berlakunya secara universal. Lihat Huijbers, *Filsafat Hukum*, 1995, Hal. 88.

⁴⁷ Andi Zainal Abidin, 1987, hlm. 172.

⁴⁸ Perumusan seperti itu dapat dilihat dalam Pasal 26, 35, dan 36 Ab jo. Pasal 143 IS.

Di sini berlaku asasn "*lex posterior derogat legi priori*" (aturan yang ditetapkan kemudian emendesak peraturan yang terdahulu,⁴⁹

Dengan demikian apabila asas legalitas tidak dirumuskan lagi di dalam rumusan undang-undang hukum pidana yang lebih rendah dari Undang Undang Dasar, akan menimbulkan kesulitan karena badan pembentuk undang-undang tidak dapat mengubah Undang Undang Dasar. Lain halnya jika mengubah undang-undang yang tingkatannya lebih rendah apabila keadaan diperlukan mudah untuk membuat peraturan baru yang mengatakan undang-undang berlaku surut.

UUDS 1950 pernah memuat asas legalitas seperti yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, dengan maksud apabila diperlukan perubahan oleh pembentuk undang-undang dapat mengadakan perubahan dari dalam KUHP yang prosedurnya lebih mudah. Tetapi pendapat sebaliknya mengatakan, karena asas legalitas tercantum di dalam UUDS berarti badan pembentuk undang-undang tidak mungkin mengubah asas hukum yang terkandung dalam konstitusi/undang-undang tertinggi.

Menurut Bambang Poernomo, penyimpangan terhadap asas legalitas yang telah tercantum dalam undang-undang, pada dasarnya banyak menimbulkan keberatan-keberatan dan lebih baik dihindari, kecuali apabila keadaan kepentingan umum dibahayakan dan hanya terhadap perbuatan-perbuatan yang menurut sifatnya membahayakan kepentingan umum, dapat dibuat peraturan dalam undang-undang khusus untuk menetapkan

⁴⁹ Sudarto, op cit, hlm. 25

penyimpangan asas legalitas, dengan memberlakukan undang-undang berlaku surut.⁵⁰

Menurut Barda Nawawi Arief, ketentuan-ketentuan/asas-asas umum hukum pidana yang terdapat dalam Buku I KUHP dapat diterobos oleh undang-undang lain, dan itu merupakan hal yang wajar, sebab kedudukannya sama atau sederajat, yaitu sama-sama sederajat sebagai undang-undang.⁵¹

Di beberapa negara ajaran asas legalitas merupakan asas yang pokok dalam sistem hukum pidana sebagai perlindungan terhadap rakyat, karena di dalamnya termuat asas keadilan dan asas kepastian hukum, sehingga orang mengetahui sebelumnya klasifikasi perbuatan mana yang bersifat perbuatan pidana. Di Inggris, asas legalitas tidak dirumuskan secara khusus dalam perundang-undangan hukum pidananya, karena sistem hukum di Inggris tidak selalu harus merupakan undang-undang, dan asas legalitas yang berupa maxim "*actus non facit reum nisi mens sit rea*" telah diterima sebagai doktrin dan di dalam praktek ditaati oleh pengadilan.⁵²

Timbulnya asas legalitas semula diperuntukkan bagi kebebasan individu dan perlindungan rakyat, maka timbul pemikiran baru bahwa dasar "*individuele rechtszekerheid en rechtsgelijkheid*" ("kepastian hukum dan persamaan hukum") harus ditolak karena kepentingan masyarakat lebih diutamakan. Oleh karena itu asas legalitas disimpangi dan dikembangkan

⁵⁰ Bambang Poernomo, 1993, hlm. 71.

⁵¹ Barda Nawawi Arief, Pelengkap Bahan Kuliah Hukum Pidana I, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 19.

⁵² Ibid, hlm 72.

tidak murni untuk dikembangkan sesuai dengan paham sosialis seperti terjadi di Russia tahun 1926 dan di Jerman tahun 1935.

Berkaitan dengan asas legalitas itu, sebetulnya ada pendapat yang pro dan kontra. Para sarjana yang menyetujui asas legalitas (Simons, van Hammel, van Hattum) berpendapat bahwa asas ini lebih menjamin kepastian hukum individu dari tindakan sewenang-wenang hakim. Vos juga setuju dengan asas legalitas dengan mengatakan bahwa asas tersebut sangat bermanfaat, karena di samping kekuatan pencegahan umum ancaman pidana, juga menjamin kepastian hukum. Demikian pula Han Bing Siong yang mempertahankan asas legalitas karena apa yang patut dipidana harus diserahkan kepada pembuat undang-undang dan bukan hakim.

Pendapat serupa tetapi lebih moderat dikemukakan oleh Pompe. Kendati menyetujui asas legalitas tetapi Pompe menyetujui penggunaan analogi terbatas dalam peradilan pidana. Alasannya adalah asas itu telah mempunyai arti, makna dan tujuan yang lain dari zaman liberal, di mana asas legalitas "berubah" menjadi "*the magna charta*" bagi penjahat. Menurut Pompe, asas legalitas bukan merupakan asas yang mutlak, sebab dalam keadaan mendesak demi keadilan dan kemanfaatan boleh disingkirkan. Namun demikian, keadilan dan kemanfaatan tersebut harus betul-betul untuk seluruh masyarakat, bukan hanya untuk sebagian besar rakyat sebagai mana ajaran utilitarisme, atau terhadap massa sebagai mana diajarkan oleh demokrasi liberal, atau terhadap golongan tertentu, yaitu kaum proletar seperti diperjuangkan oleh kaum komunis.

Berkaitan dengan hal di atas Utrecht mengemukakan, keberatan-keberatan terhadap asas legalitas adalah karena asas tersebut dianggap kurang melindungi kolektivitas, sehingga (pada hakekatnya) banyak kejahatan yang pembuatnya patut dipidana (*strafwaardig*) menjadi tidak terpidana, terutama delik ekonomi. Di samping itu asas legalitas menghindarkan berlakunya hukum pidana adat yang masih hidup dan akan hidup.⁵³ Dalam kaitan ini Djodiguno berpendapat, kalau perlu hakim boleh menyimpang dari Pasal 1 ayat (1) KUHP, tetapi ia wajib memberikan pertanggungjawaban mengapa ia terpaksa berbuat menyimpang.⁵⁴

Ada empat macam sifat ajaran yang terkandung dari asas legalitas, yaitu:⁵⁵

- a. asas legalitas hukum pidana yang mendasarkan titik berat pada perlindungan individu untuk memperoleh kepastian dan persamaan hukum, terhadap penguasa agar tidak sewenang-wenang. Dalam ajaran ini, GW. Paton berpijak pada adagium "*nulla poena sine lege*", sedangkan menurut LB. Curzon, adagium yang dipakai dinamakan "*nullum crimen sine lege*". Perlindungan individu diwujudkan adanya keharusan dibuatnya undang-undang lebih dahulu, untuk menentukan perbuatan pidana ataupun pemidanaan;
- b. asas legalitas hukum pidana yang mendasarkan titik berat pada dasar dan tujuan pemidanaan agar dengan sanksi itu hukum pidana

⁵³ E. Utrecht, Pengantar dalam Hukum Indonesia, Penerbitan dan Balai Buku Indonesia, Jakarta 1956. hlm. 324.

⁵⁴ Andi Zainal Abidin, 1987, hlm. 175.

⁵⁵ Ibid,

bermanfaat bagi masyarakat serta tidak ada pelanggaran hukum yang dilakukan oleh anggota masyarakat, sehingga masyarakat harus mengetahui lebih dahulu rumusan peraturan yang memuat tentang perbuatan pidana dan ancaman pidananya. Adagium yang dipakai oleh ajaran ini dicetuskan oleh von Feurbach yang dinamakan "*nullum delictum nulla poena sine praevia lege*" atau menurut rumusan V. Bemmelen dinamakan "*nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali;*"

- c. asas legalitas hukum pidana, yang mendasarkan titik berat pada dua unsur yang sama pentingnya, yaitu adanya keseimbangan antara pembatasan hukum bagi rakyat dan penguasa. Menurut ajaran ini yang diatur oleh hukum pidana tidak hanya memuat ketentuan tentang perbuatan pidana saja agar orang mau menghindari perbuatan itu, tetapi harus diatur pula tentang ancaman pidananya agar penguasa tidak sewenang-wenang dalam menjatuhkan pidana. Adagium dalam ajaran ini berpangkal dari van Feurbach yang disusun kembali menjadi tiga postulat oleh van Der Donk dengan nama "*Rondom den regel-nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali;*"
- d. asas legalitas hukum pidana, yang mendasarkan titik berat pada perlindungan hukum lebih utama kepada negara dan masyarakat daripada kepentingan individu, dengan pokok pikiran tertuju pada "*a crimes is a socially dangerous act of commission or ommission as*

prescribed in criminal law". Pada ajaran ini asas legalitas bukan merupakan perlindungan individu akan tetapi kepada negara dan masyarakat, bukan kejahatan yang ditetapkan oleh undang-undang saja akan tetapi menurut ketentuan hukum berdasarkan ukuran membahayakan masyarakat. Oleh karena itu tidak mungkin ada perbuatan jahat yang timbul kemudian dapat meloloskan diri dari tuntutan hukum. Adagium yang dipakai dalam ajaran ini menurut GW. Paton dinamakan "*nullum crimen sine poena*."⁵⁶

Masalah prinsipil yang terkandung dalam asas legalitas sebagaimana diuraikan di atas, pada dasarnya satu sama lain bersumber pada satu prinsip bahwa dalam menentukan perbuatan pidana harus lebih dulu dinyatakan dengan peraturan dalam undang-undang yang berlaku secara umum. Sumber pokok di dalam asas legalitas inilah yang harus diadakan pilihan mana yang menurut politik hukum untuk dipilih menjadi dasar berlakunya peraturan hukum pidana yang berpegang pada "peraturan undang-undang" ataukah "peraturan hukum".

Kedua landasan asas legalitas itu mempunyai tujuan sama untuk memperoleh kepastian hukum, dengan perbedaan pokok pada rumusan yang terikat dalam peraturan undang-undang penerapannya lebih sempit dan dibandingkan dengan rumusan yang mempunyai landasan peraturan hukum akan mendapat ruang gerak penerapan hukum yang lebih luas. Asas legalitas dengan pengertian yang berlandaskan peraturan hukum akan

⁵⁶ Bambang Poernomo, 1993, hlm. 74.

menjadi dasar hukum pidana yang lebih memuaskan, karena tidak mudah tertinggal dengan perkembangan masyarakat dan dapat meliputi peraturan undang-undang maupun hukum di luar undang-undang.

Menurut Andi Zainal Abidin, asas legalitas yang dirumuskan dalam bahasa latin *Nullum crimen sine lege* dan *nulla poena sine lege* seperti yang terdapat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia juga diakui oleh banyak negara, baik yang “liberal-kapitalis” maupun “sosialis”. Asas legalitas pertama kali diterapkan di Austria pada tahun 1787.⁵⁷

Di banyak negara, tambah Zainal Abidin, perkembangan asas legalitas mengalami “pasang surut”, misalnya di Jerman, asas tersebut pernah dihapuskan pada tanggal 28 Juni 1935 seiring dengan pengertian yang diberikan oleh Frans von Liszt bahwa asas legalitas sebagai “*Der Magna Charta des Verbrechenpara*”, jadi seolah-olah KUHP itu menjadi pegangan dari para penjahat untuk dapat berbuat sesuatu asal tidak tegas-tegas tercantum dalam KUHP.⁵⁸ Uni Soviet pun pernah menghapuskannya pada tahun 1922, karena dipandang hanya merupakan alat kaum borjuis” yang menguasai tata hukum positif untuk mempertahankan kedudukannya di lapangan sosial-ekonomi dan untuk menindas kaum “proletar”. Di dalam Kodex Uni Soviet 1922 menetapkan antara lain bahwa suatu perbuatan yang kendatipun tidak tercantum dengan tegas dalam undang-undang, pembuatnya tetap dipidana, apabila membahayakan keutuhan masyarakat (*socially dangerous*).

⁵⁷ Andi Zainal Abidin, 1987, hlm. 46.

⁵⁸ Sudarto, Hukum Pidana I, hlm. 30.

Asas legalitas dewasa ini tidak dapat dikatakan hanya sebagai lambang/ciri negara-negara liberal, karena ternyata di negara sosialis juga menerapkan kembali asas legalitas. Yugoslavia (sebelum terpecah menjadi beberapa negara, -pen) menerima asas legalitas tahun 1951, diikuti Hongaria pada tahun 1959, juga Polandia, Portugal, Swiss, Chili, Columbia dan Uruguay. Di Jerman juga mengakui asas legalitas dan bahkan secara tegas melarang diterapkannya analogi. Dalam konperensi *Commission of Jurists* yang diadakan di Lagos, Nigeria (1961) telah diterima suatu keputusan, bahwa prinsip *retroactif* bertentangan dengan "the rule of law".

Uni Soviet sejak 1958, menetapkan Asas-asas Dasar Perundang-undangan Pidana Uni Soviet, yang harus diikuti oleh para pembuat undang-undang di masing-masing negara bagian yang mengintrodusir kembali asas legalitas. Dalam Asas-asas Dasar Perundang-undangan Pidana Uni Soviet itu antara lain ditetapkan, bahwa hanya perbuatan-perbuatan dan pengabaian-pengabaian yang dirumuskan secara tertulis dalam undang-undang saja yang merupakan perbuatan pidana. Bahkan dalam Pasal 7 Asas-asas Dasar Perundang-undangan Pidana itu mengintrodusir ajaran yang dapat disejajarkan dengan ajaran melawan hukum yang materiil.

Menurut ajaran sifat melawan hukum yang materiil (*materieele wederrechtelijkheid*), yang di Indonesia untuk pertama kalinya dipertahankan oleh Moelyatno disebutkan, bahwa di samping perbuatan seseorang harus memenuhi syarat-syarat formal, karena adanya asas legalitas, perbuatan itu harus pula betul-betul dirasakan oleh masyarakat

sebagai perbuatan yang tidak boleh atau tidak patut dilakukan, karena bertentangan dengan, atau menghambat akan tercapainya tata dalam pergaulan masyarakat yang dicita-citakan.

Berkaitan dengan asas legalitas itu Roeslan Saleh berpendapat, asas legalitas merupakan dasar yang pokok tentang perbuatan pidana, karena tanpa adanya ketentuan hukum pidana lebih dahulu mengenai apa yang dilarang (dan apa yang diperintahkan untuk dilakukan) maka tidak diketahui adanya perbuatan pidana.

Berlakunya asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP sebenarnya tidak secara mutlak, karena KUHP bukan UUD melainkan sekedar kodifikasi undang-undang hukum pidana, dan selain itu derajat undang-undang selalu dimungkinkan dapat diubah oleh pembentuk undang-undang jika dipandang perlu. Hal ini berbeda apabila perumusan asas legalitas dimasukkan dalam UUD yang tidak secara mudah untuk mengadakan perubahan.

Penyimpangan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP telah ditetapkan pembentuk undang-undang di dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP yang berbunyi sebagai berikut: "Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam undang-undang, dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa".

Ketentuan di dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP merupakan pengecualian dari ketentuan yang terdapat dalam Pasal 2 AB yang menetapkan bahwa undang-undang hanya mengikat terhadap hal-hal yang akan datang dan

tidak boleh diperlakukan surut. Namun Hezewinkel-Suringa berpendapat, akan lebih bermanfaat apabila Pasal 1 ayat (2) dihapuskan, sehingga ketentuan pidana yang diberlakukan adalah ketentuan pidana yang berlaku pada saat delik dilakukan. Dengan demikian akan terdapat keadilan, karena semua pembuat delik diperlakukan sama. Bambang Poernomo juga mengemukakan tentang perlunya meninjau kembali asas kemanfaatan dari hukum peralihan yang perumusannya sebagaimana dituangkan dalam Pasal 1 ayat (2), atau ditiadakan sama sekali dengan pertimbangan bahwa:

- a. tidak ada hukum yang berdiri sendiri tanpa pengaruh dari lapangan hukum yang lain sehingga hukum pidana akan tetap memperhatikan perkembangan hukum pada umumnya, bahkan lapangan ilmu yang lain;
- b. dasar perubahan undang-undang yang baru adalah karena perubahan perasaan/keyakinan/kesadaran hukum rakyat, yang melalui badan pembentuk undang-undang mengadakan undang-undang baru, untuk perbuatan pidana yang terjadi kemudian, sehingga perubahan undang-undang yang karena sifatnya berlaku sementara tidak termasuk perubahan di sini;
- c. perubahan undang-undang baru yang menyangkut berat atau ringannya ancaman pidana tidak akan mempunyai arti, karena di dalam prakteknya hakim tetap memegang asas kebebasan di dalam menjatuhkan pidana yang diancamkan;
- d. di dalam perkembangan pembentukan undang-undang baru karena kemajuan teknik perundang-undangan, jarang sekali merupakan

pedoman pelaksanaan di dalam aturan penutup yang memuat cara dan saat berlakunya undang-undang yang bersangkutan;

- e. asas *lex temporis delicti* yang berlaku secara tertulis maupun tidak tertulis sudah menjadi asas yang menjamin kepastian hukum serta keadilan hukum.

Adanya hukum peralihan seperti tercantum, di dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, menimbulkan beberapa kesulitan menyangkut rumusan kalimat: “perubahan undang-undang” dan “aturan yang paling menguntungkan/meringankan”. Maksud rumusan kalimat perubahan undang-undang ditafsirkan menjadi beberapa pendapat yaitu:

- a. perubahan undang-undang dalam arti undangn-undang pidana saja;
- b. perubahan dalam arti mencakup undang-undang di luar undang-undang hukum pidana yang berkaitan;
- c. perubahan undang-undang dalam arti suatu perubahan perasaan atau keyakinan/kesadaran hukum yang ada dalam pembentuk undang-undang;
- d. dalam arti suatu perubahan perasaan hukum maupun perubahan keadaan karena waktu.

Tentang yang dimaksud dengan perubahan undang-undang dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP apakah undang-undang pidana saja atau semua aturan hukum ada tiga macam teori yang dapat digunakan untuk menjelaskannya, yaitu:⁵⁹

⁵⁹ Sudarto, Hukum Pidana I, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 28 – 29.

- a. teori formil seperti yang dianut oleh Simons yang berpendapat bahwa ada perubahan apabila ada perubahan dalam redaksi/teks dari undang-undang pidana sendiri. Perubahan undang-undang lain, walaupun berhubungan dengan undang-undang pidana, bukan perubahan undang-undang sebagaimana dimaksud Pasal 1 ayat (2) KUHP.
- b. Teori materiil terbatas yang dikemukakan oleh van Geuns, bahwa perubahan undang-undang yang dimaksud harus diartikan perubahan keyakinan/pendirian hukum pembuat undang-undang. Perubahan karena zaman atau keadaan tidak dapat dianggap sebagai perubahan undang-undang sebagaimana dimaksud Pasal 1 ayat (2) KUHP.
- c. Teori materiil tak terbatas, berpendapat bahwa perubahan undang-undang dalam arti luas dan perubahan undang-undang meliputi semua macam perubahan perasaan, hukum pembuat undang-undang menurut teori materiil terbatas, maupun perubahan keadaan karena waktu.

Maksud dari rumusan kalimat aturan yang paling meringankan atau menguntungkan merupakan penilaian atas isi peraturan undang-undang yang baru terhadap yang lama, yang di dalam praktek dapat meliputi tentang perumusan norma baru, penambahan unsur baru di dalam norma yang lama, ketentuan waktu *verjaring*, delik yang mempunyai sifat pengaduan dan pengurangan pidana. Pemakaian istilah "dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa" juga masih menimbulkan persoalan yaitu:

- a. sebagai konsekwensi dipergunakan kata "terdakwa" adalah bahwa selama keputusan pengadilan belum menjadi keputusan tetap, maka

ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP dapat dipergunakan untuk perkara yang dimajukan dalam tingkat *verzet* dan banding, sedangkan untuk perkara yang dimajukan pada tingkat kasasi mengalami kesukaran berhubung dengan syarat-syarat beracaranya berlainan dengan *verzet* dan banding;

- b. Dipergunakannya kata “aturan” yang paling ringan bagi terdakwa, dan tidak mempergunakan undang-undang yang paling ringan, maka pengertiannya penyempit pada ketentuan tertentu saja, sehingga dimungkinkan beberapa ketentuan yang ringan yang diambil dari undang-undang yang baru maupun yang lama karena kedua-duanya menguntungkan bagi terdakwa, misalnya ketentuan normanya dipakai undang-undang yang lama dengan unsur-unsur deliknya masih belum diperluas, sedangkan ketentuan beracaranya dipakai undang-undang yang baru karena memuat ketentuan khusus yang mempercepat dan menyederhanakan proses pemeriksaan.

2. Asas Berlakunya Hukum Pidana Menurut Tempat

Asas berlakunya undang-undang hukum pidana menurut tempat, dapat dibedakan menjadi empat asas, yaitu:⁶⁰ 1. asas territorial/*territorialiteitsbeginsel* (mengenai tempat terjadinya delik); 2. asas personal/nasional aktif/*personaliteitsbeginsel* (peraturan undang-undang pidana Indonesia berlaku bagi setiap warga negara Indonesia); 3. asas

⁶⁰ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang, 1990, hlm. 32.

perlindungan atau nasional yang *pasif/bescermingsbeginsel* atau *passief nationaliteitsbeginsel* (peraturan hukum pidana Indonesia berlaku terhadap tindak pidana yang menyerang kepentingan hukum nenara Indonesia); dan 3. asas universal/*universaliteitsbeginsel* (peraturan hukum pidana Indonesia berlaku terhadap tindak pidana yang dilakukan dalam negeri atau di luar negeri, baik dilakukan warga sendiri maupun warga asing).

Pompe sebagaimana dikutip Bambang Poernomo mengatakan, asas perlindungan merupakan sumber semua asas-asas, oleh karena itu keempat asas tersebut dapat dipersatukan menjadi satu asas perlindungan untuk kepentingan dan kewibawaan dari setiap subyek hukum yang harus dilindungi.⁶¹

Asas berlakunya undang-undang hukum pidana berdasarkan asas hukum menurut tempat, yang mengandung keempat asas tersebut di atas, terdapat dalam ketentuan dari pasal 2 – 9 KUHP. Pasal 2 KUHP mengandung asas territorialitas yang menyatakan aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia berlaku bagi setiap orang yang melakukan perbuatan pidana di dalam wilayah Indonesia. Asas territorial berarti perundang-undangan hukum pidana berlaku bagi semua perbuatan pidana yang terjadi di dalam wilayah negara, yang dilakukan oleh setiap orang, baik sebagai warga negara maupun orang asing.

Pasal 2 KUHP menegaskan, “Aturan pidana dalam perundang-undangan Indonesia berlaku bagi setiap orang yang melakukan perbuatan

⁶¹ Bambang Poernomo, 1993, hlm. 58.

pidana di dalam Indonesia”. Setiap orang berarti baik orang Indonesia maupun orang asing yang melakukan tindak pidana. Dalam melakukan tindak pidana tersebut orang tidak perlu berada di wilayah Indonesia, karena seseorang yang ada di luar negeri pun dapat melakukan delik di Indonesia.

Utrecht berpendapat, yang menjadi ukuran asas ini adalah, bahwa peristiwa pidana/perbuatan pidana/delik terjadi di dalam batas wilayah Republik Indonesia dan bukan ukuran, pembuat harus berada di dalam batas wilayah Indonesia. Oleh sebab itu, seseorang dapat melakukan delik di Indonesia, meskipun pelakunya berada di luar wilayah Indonesia.

Asas territorial mempunyai dasar logika sebagai perwujudan atas kedaulatan negara untuk mempertahankan ketertiban hukum di dalam wilayah negara, dan kepada siapa saja yang melakukan perbuatan pidana berarti orang itu melanggar ketertiban hukum itu. Asas territorialitas untuk berlakunya undang-undang hukum pidana merupakan asas yang prinsip sebagai dasar utama kedaulatan hukum, sedangkan asas-asas yang lain dipandang sebagai pengecualian yang bersifat perluasannya.

Perluasan asas territorial ini ditentukan Pasal 3 KUHP yang memperluas kemungkinan berlakunya perundang-undangan hukum pidana pada jalur laut dan ruang udara, pada khususnya mengenai tempat terjadinya perbuatan pidana dalam kapal laut dan kapal udara. Dengan perluasan tersebut, Pasal 3 KUHP berbunyi: “ketentuan pidana perundang-undangan Indonesia berlaku bagi setiap orang yang di luar wilayah

Indonesia melakukan tindak pidana di dalam kendaraan air atau pesawat udara Indonesia”⁶².

Pasal 3 yang telah diubah dan ditambah dengan UU No. 4 tahun 1976 ini berarti memperluas asas territorial yang meliputi perbuatan pidana di dalam perahu Indonesia yang berada di luar wilayah berlaku peraturan hukum pidana Indonesia, yang berarti merupakan *penyimpangan* asas territorial karena bagi setiap orang di dalam perahu tersebut berlaku peraturan hukum pidana Indonesia meskipun berada di luar wilayah.⁶³ Ketentuan Pasal 3 ini masih diperluas dengan Pasal 8 yaitu perbuatannya dilakukan tidak terbatas di dalam perahu melainkan juga di luar perahu.

Menurut Jonkers, perluasan asas tersebut tidak boleh diartikan meliputi seluruh kapal laut atau perahu, melainkan hanya kapal perang dan kapal dagang di laut bebas. Pasal 3 KUHP hanya menjelaskan bahwa delik-delik yang diwujudkan di dalam kendaraan air Indonesia dikuasai oleh hukum pidana Indonesia. Kapal atau perahu Indonesia di laut bebas dipersamakan dengan wilayah Indonesia.⁶⁴

Berkaitan dengan asas-asas berlakunya hukum pidana menurut tempat ini, Pompe mempersatukannya menjadi satu asas perlindungan (*bechermingsbeginsel*), karena asas itu dimaksudkan untuk melindungi

⁶² Ketentuan sejenis dapat dilihat pada Pasal 91 ayat (2) dan (3) *Penal Code of Yugoslavia* tahun 1951 yang telah diubah dan ditambah dengan *Official Gazette of the Federal People's Republik of Yugoslavia* No. 30 of July 29, 1959. Juga Pasal 3 *Penal Code* Republik Korea (18 September 1953, Act NO. 239), lihat Zainal Abidin, 1987, hlm. 198.

⁶³ Bambang Poernomo, 1993, hlm 60

⁶⁴ Andi Zainal Abidin, *Asas-asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, 1987, hlm. 208

kewibawaan (*gezag*) negara terhadap orang-orang yang melakukan perbuatan pidana di dalam wilayah maupun di luar wilayah negara (*territorialiteitbeginsel* dan *personaliteitbeginsel*) dan untuk melindungi kepentingan (*belangen*) yang bersifat nasional maupun universal yang dilanggar oleh perbuatan pidana tertentu (*passief nationaliteitbeginsel* dan *universaliteitbeginsel*).

Menurut Bambang Poernomo, ada satu konstruksi pemikiran lain berkenaan dengan asas territorial bagi berlakunya undang-undang hukum pidana, yakni untuk mempertahankan kedaulatan hukum di dalam wilayah negara dan kepentingan nasional. Pengertian wilayah negara dapat di perluas untuk jalur laut dan ruang udara, sedangkan kepentingan nasionalnya dapat diperluas ke luar wilayah negara untuk kepentingan nasional aktif (*personaliteitbeginsel* atau *actief nationaliteitbeginsel*) dan kepentingan nasional pasif (*passiefnationaliteitbeginsel* atau *beschermingsbeginsel*), dan bagi asas nasional pasif masih diperluas dengan universalitas.

Berdasarkan konstruksi pemikiran di atas, maka di dalam KUHP dengan asas territorial itu belum cukup untuk melindungi kepentingan territorial dan nasionalnya, sehingga diperlukan dua perluasan dengan asas nasional aktif yang diatur dalam Pasal 5 – 6 KUHP, dan dengan asas nasional pasif yang diatur dalam Pasal 4 ke 1, 2, 3, Pasal 7 dan 8 KUHP. Asas nasional pasif juga masih perlu diperluas dengan asas universalitas yang diatur dalam Pasal 4 ke-4 dan ke-2 kalimat pertama.

Pangkal diadakannya asas personalitas adalah kewarganegaraan pembuat delik, sebagaimana dimaksud Pasal 5 KUHP yang mengandung sistem bahwa hukum pidana Indonesia mengikuti warganegaranya ke luar Indonesia. Adapun yang diatur oleh Pasal 5 ini adalah kaidah hukum Indonesia atas warga negara Indonesia yang di luar Indonesia melakukan: 1) salah satu kejahatan yang tersebut dalam Bab I dan Bab II Buku Kedua dan dalam pasal-pasal 160, 161, 240, 279, 450, dan 451 KUHP; dan 2) suatu perbuatan yang dipandang sebagai kejahatan menurut undang-undang negara, di mana perbuatan dilakukan.

Selengkapnya Pasal 5 ayat (1) KUHP berbunyi, "Aturan pidana dalam perundangan-undangan Indonesia berlaku bagi warga negara yang di luar Indonesia melakukan:

ke-1. salah satu kejahatan tersebut dalam Bab I dan II Buku Kedua dan pasal-pasal: 160, 161, 240, 179, 450, dan 451;

ke-2. salah satu perbuatan yang oleh suatu aturan pidana dalam perundangan-undangan Indonesia sebagai kejahatan sedangkan menurut perundang-undangan negara di mana perbuatan dilakkukan, diancam dengan pidana."

Menurut Jonkers, tindak pidana sebagai mana tersebut dalam Pasal 5 ayat (1) KUHP itu diadakan berkaitan bilamana perbuatan tersebut tidak diancam dengan hukum pidana di luar negeri.⁶⁵ Namun demikian, ketentuan yang terdapat dalam Pasal 5 tersebut pemberlakuannya dibatasi oleh Pasal 6

⁶⁵ Andi Zainal Abidin, 1987, hlm. 197.

KUHP sehingga tidak boleh dijatuhkan pidana mati untuk perbuatan yang tidak diancam pidana mati menurut undang-undang negara di mana perbuatan itu dilakukan. Pasal 6 KUHP menegaskan, “Berlakunya Pasal 5 ayat (1) ke-2 dibatasi sedemikian rupa sehingga tidak dijatuhkan pidana mati menurut perundang-undangan negara di mana perbuatan dilakukan, terhadapnya tidak diancam dengan pidana mati.”

Asas personal aktif yang terkandung dalam Pasal 5 KUHP dapat dibagi dalam tiga golongan masalah yaitu:

- a. Pada ayat (1) ke-1 menentukan beberapa perbuatan pidana yang membahayakan kepentingan nasional bagi Indonesia, dan perbuatan-perbuatan itu tidak dapat diharapkan dikenai pidana ataupun sungguh-sungguh dituntut oleh undang-undang hukum pidana negara asing, oleh karena pembuatnya adalah warga negara Indonesia dan karena kurang perhatian terhadap kepentingan khusus negara Indonesia, maka kepada setiap warga negara Indonesia yang berada di luar wilayah Indonesia melakukan perbuatan tertentu itu berlaku KUHP.
- b. Ayat (1) ke-2 memperluas ketentuan golongan pertama, dengan syarat-syarat: 1. perbuatan-perbuatan yang terjadi harus merupakan kejahatan menurut KUHP, dan 2. perbuatan itu juga diancam pidana oleh undang-undang hukum pidana negara asing di mana perbuatan itu terjadi. Dua syarat tersebut harus terpenuhi, sebab apabila menurut hukum pidana negara asing tidak diancam dengan pidana, maka KUHP tidak berlaku sekalipun sebagai kejahatan. Dengan demikian dapat

dikatakan bahwa ketentuan Pasal 5 ayat (1) ke-1 mempunyai tujuan khusus, sedangkan Pasal 5 ayat (1) ke-2 mempunyai tujuan umum yang bersyarat, sehingga keduanya tidak dapat meniadakan yang lain.

- c. Pada ayat (2) untuk menghadapi kejahatan yang dilakukan dengan perhitungan yang masak dan agar tidak lolos dari tuntutan hukum, yaitu apabila orang asing di luar negeri melakukan kejahatan (golongan kedua) dan sesudah itu melakukan naturalisasi menjadi warga negara Indonesia, maka penuntutan atas kejahatan Pasal 5 ayat (1) ke-2 masih dapat dilaksanakan.

Ratio asas personalitas adalah untuk melindungi negara Indonesia. Ada beberapa delik yang begitu besar bahayanya bagi negara, sehingga dianggap perlu untuk memidana warga negara Indonesia yang melakukan delik-delik tertentu di mana saja warga negara itu berada, sekalipun ia berada di luar negeri. Contoh pelaksanaan asas personalitas aktif adalah Pasal 4 UU. No. 11 tahun 1980 tentang Tindak Pidana Suap.

Pasal 6 KUHP “membatasi” ketentuan Pasal 5 ayat (1) ke-1 agar tidak memberikan keputusan pidana mati terhadap terdakwa apabila undang-undang hukum pidana negara asing tidak mengancam pidana mati, sebagai asas keseimbangan politik hukum. Diadakannya Pasal 5 dan 6 KUHP menurut Bambang, dimaksudkan untuk mengawasi warga negara Indonesia agar di luar negeri tidak melakukan kejahatan, sehingga mempunyai titik berat asas personal. Akan tetapi kedua pasal itupun bermaksud menjamin kepentingan nasional Indonesia atas perbuatan warga

negara yang tidak bertanggung jawab, dengan menitik-beratkan asas nasional aktif.

Pengertian asas nasional pasif adalah asas yang menyatakan berlakunya undang-undang hukum pidana Indonesia di luar wilayah negara bagi setiap orang, warga negara atau orang asing yang melanggar kepentingan hukum Indonesia, atau melakukan perbuatan pidana yang membahayakan kepentingan nasional Indonesia di luar negeri. Van Hattum menyebut asas nasionalitas passif sebagai asas perlindungan murni, sedangkan Hazewinkel-Suringa menyatakan sebagai asas untuk melindungi kepentingan umum yang besar, dan tidak ditujukan pada kepentingan individual. Disebut sebagai asas perlindungan karena titik berat asas ini ditujukan kepada perlindungan kepentingan (nasional) yang dibahayakan oleh perbuatan pidana yang dilakukan seseorang di luar negeri. Di dalam KUHP pasal-pasal yang menunjukkan asas nasional pasif ini adalah Pasal 4 ke-1, ke-2 dan ke-3 serta Pasal 8.

Ketentuan dalam Pasal 4 KUHP itu diperluas oleh Pasal 7 dan dan Pasal 8 KUHP. Rumusan Pasal 7 KUHP dimaksudkan untuk memperlakukan undang-undang hukum pidana Indonesia di luar wilayah bagi setiap pejabat Indonesia, sedangkan Pasal 8 menentukan undang-undang hukum pidana Indonesia di luar wilayah bagi nakhoda dan penumpang perahu Indonesia yang sekalipun sedang berada di luar perahu melakukan perbuatan pidana yang berhubungan dengan pelayaran. Tetapi jika dilihat isi Pasal 7 KUHP dapat dikatakan bahwa pasal tersebut

memperluas Pasal 5 KUHP karena kejahatan yang berkaitan dengan jabatan, dan Pasal 8 KUHP memperluas Pasal 3 KUHP karena kejahatan yang dilakukan tidak terbatas di dalam perahu akan tetapi di luar perahu.

Pasal 7 KUHP mengandung campuran asas nasionalitas aktif dan asas nasionalitas passif. Dikatakan bersifat campuran, karena hukum pidana Indonesia mengikuti pegawai-pegawainya ke luar wilayah Indonesia (asas personal atau asas nasional aktif), sedangkan kejahatan dalam jabatan oleh pegawai negara melanggar kepentingan negara dan masyarakat Indonesia, dengan kata lain melanggar kepentingan Indonesia, karena memerosotkan kewibawaan pemerintah Republik Indonesia.

Pengertian asas universal adalah asas yang menyatakan setiap orang yang melakukan perbuatan pidana dapat dituntut undang-undang hukum pidana Indonesia di luar wilayah negara untuk kepentingan hukum bagi seluruh dunia. Dengan demikian, titik taut asas universalitas ialah jenis perbuatan yang sedemikian rupa sehingga kita merasa berkewajiban untuk menerapkan hukum pidana, tanpa memandang siapa yang membuat delik, di mana dan terhadap kepentingan siapa pembuat delik. Asas universalitas merupakan pengecualian terhadap hukum pidana yang egosentris yang dimaksudkan untuk melindungi kepentingan dunia.

Pasal 4 ke-2 kalimat pertama dan ke-4 KUHP mengandung asas universal yang melindungi kepentingan hukum dunia terhadap kejahatan dalam mata uang atau uang kertas dan pembajakan laut, yang dilakukan oleh setiap orang, dan di mana saja dilakukan. Hal ini selaras dengan

Conventie Genewa tahun 1929. Sedangkan Pasal 4 ke-4 KUHP sesuai dengan jiwa Declaration of Paris 1856 yang melarang perompakan di laut, sehingga dengan demikian berdasarkan deklarasi Paris yang memuat hukum antar negara itu tidak memperdulikan kewarganegaraan perampok maupun yang dirampok, maka hukum pidana Indonesia dapat diberlakukan pada pembuat delik.

Konvensi internasional yang telah disahkan berkaitan dengan asas universalitas antara lain: Konvensi Tokyo tahun 1963, Konvensi *The Hague* tahun 1970, dan Konvensi Montreal tahun 1976. Dengan semangat konvensi internasional tersebut Indonesia mengeluarkan UU. No. 4 tahun 1976 yang mengubah Pasal 3 KUHP dan menambah Pasal 4 angka 4 sebagaimana berikut: “salah satu kejahatan yang tersebut dalam Pasal 438, 444 sampai dengan Pasal 446 tentang pembajakan laut dan Pasal 447 tentang penyerahan kendaraan air kepada bajak laut dan Pasal 479 huruf j tentang penguasaan pesawat udara secara melawan hukum, Pasal 479 huruf l, m, n, dan o tentang kejahatan yang mengancam keselamatan penerbangan sipil.”

Bertalian dengan hal ini, maka setelah Pasal 95 KUHP, ditambahkan Pasal 95a yang memberikan tafsir otentik tentang perkataan “pesawat udara Indonesia”, Pasal 95b merupakan tafsir otentik perkataan “dalam penerbangan”, serta pengertian tentang istilah “dalam dinas”. Berkaitan dengan ini ditambahkan sebuah Bab baru setelah Bab XXIX KUHP dengan Bab XXIX A tentang kejahatan penerbangan dan kejahatan terhadap

sarana/prasarana penerbangan yang terdiri dari Pasal 479 huruf a sampai dengan Pasal 479 huruf r dengan sanksi-sanksi yang berbeda satu sama lain.

Pengaturan atas perbuatan pidana tertentu secara terperinci dan dimaksudkan dapat diberlakukan di luar wilayah Indonesia, sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 4 – 8 itu, ternyata penyusunannya tidak sistematis sehingga timbul kontradiksi di dalam isinya. Pada dasarnya, jaminan hukum bagi kepentingan bangsa dan negara dengan asas territorial saja dirasakan belum cukup, sehingga harus diperluas dengan asas nasional yang aktif, asas nasional yang pasif, dan asas universal, yang dipakai sebagai dasar berlakunya perundang-undang hukum pidana. Perlu diadakan pilihan untuk mengatur asas-asas berlakunya undang-undang hukum pidana, apakah dirumuskan secara umum ataukah dirumuskan secara terperinci.

Menurut Bambang Poernomo, untuk jaminan hukum di dalam dan di luar wilayah negara akan lebih baik menentukan asas-asas berlakunya hukum pidana secara rumusan umum yang menyatakan bahwa: pertama, perundang-undangan hukum pidana Indonesia berlaku bagi setiap orang yang melakukan perbuatan pidana di dalam wilayah Indonesia, dan kedua, perundang-undangan hukum pidana Indonesia berlaku bagi setiap orang yang di luar wilayah Indonesia melakukan perbuatan pidana, termasuk perbuatan yang dilakukan di dalam atau di luar kapal atau pesawat terbang, dan terhadap orang tersebut tidak dituntut atau dipidana oleh pengadilan negara asing. Terhadap hal-hal yang mempunyai sifat khusus, kejahatannya dapat ditegaskan melalui perjanjian ekstradisi, atau berbentuk *treaty*, atau

yang lebih luas lagi, mengingat hukum internasional mengenal asas "*aut punier aout dedere*" artinya pembuat harus dipidana oleh negara di mana ia berlindung atau diserahkan kepada negara yang dapat dan menghendaki memidana.⁶⁶

Pasal 2-5, 7 dan 8 KUHP berlaku dengan pengecualian yang diakui dalam hukum internasional. Ketentuan ini tersimpul dalam Pasal 9 KUHP yang membatasi kekuatan berlakunya hukum suatu negara. Pengecualian yang lazim diakui oleh hukum internasional dan perjanjian internasional, terutama mengenai daerah hukum *extritorial* bagi Duta-duta Negara asing, Kepala Negara asing yang sedang berkunjung, Anak buah Kapal Perang asing.

Pengecualian sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 9 KUHP yang merupakan penyimpangan terhadap asas berlakunya hukum menurut tempat didasarkan atas:

- a. asas personal penuh masih tetap berlaku terhadap orang-orang yang membawa hukum dari negara asalnya, karena yang penting atas perbuatan itu ada hukum yang menuntutnya;
- b. asas oppurtunitas yang diperluas, terhadap orang-orang yang akan lebih menguntungkan untuk tidak dituntut karena menjaga hubungan antar negara.

Dapat dikemukakan pula bahwa menurut kepustakaan mengenai asas penyimpangan di dalam hukum pidana dapat dibedakan antara

⁶⁶ Bambang Poernomo, 1993, hlm. 66.

penyimpangan dari peraturan hukum negara dan penyimpangan dari peraturan hukum internasional. Penyimpangan terhadap hukum negara terdiri atas (a) asas immunitas terhadap Raja dan Anggota Parlemen; dan (b) asas penghapusan penuntutan terhadap orang-orang tertentu yang melakukan delik harta kekayaan dan orang-orang tertentu yang melakukan delik pers, sedangkan penyimpangan dari hukum internasional terdiri atas; (a) exterritorial yang diartikan bahwa hukum suatu negara tidak berlaku bagi seseorang tertentu dari negara asing; dan (b) extraterritorial yang diartikan sebagai wilayah negara asing yang berada di dalam suatu negara, seperti kapal perang asing dan tentara negara asing yang berpangkalan di suatu negara karena persetujuan. Di Indonesia tidak mengenal immunitas Raja dan hak exterritorial tentara negara asing. Hak exterritorial ini yang sering dipandang sebagai penyimpangan asas hukum, karena selama mereka berada di wilayah negara asing itu tidak berlaku hukum dari negara asing tersebut.

3. Asas-asas Tidak Tertulis dalam Hukum Pidana

Apapun yang menjadi alasannya, kita tidak mungkin terlalu mengharapkan pembentukan asas-asas hukum melalui rumusan undang-undang, oleh karena adanya kesepakatan bahwa sumber hukum tidak hanya undang-undang. Asas-asas yang tidak tertulis atau tidak dirumuskan dengan tegas dalam KUHP akan tetapi telah dianggap berlaku di dalam praktik hukum pidana meliputi empat hal yaitu:

- b. tidak dipidana tanpa kesalahan (*geen straf zonder schuld*);
- c. alasan pembenar (*rechtsvaardigingsgronden*);
- d. alasan pemaaf (*schulduitinggronden*);
- e. alasan penghapusan penuntutan (*onvervolgbaarheid/vervolgbaarheid uitsluiten*).

Pengertian asas-asas yang terkandung dalam keempat asas sebagaimana disebutkan di atas, yang dipandang sebagai dasar untuk alasan meniadakan pidana bagi seseorang yang dituduh melanggar peraturan hukum pidana memang tidak dirumuskan secara tegas dalam KUHP, tetapi tentang hal-hal yang berkaitan dengan penghapusan pidana seperti itu, disebutkan oleh pasal-pasal tertentu, yaitu Pasal 48, 49, 50, dan 51 KUHP. Adapun keempat asas umum hukum pidana yang tidak tertulis itu dapat diuraikan sebagai berikut:

Asas tiada pidana tanpa kesalahan dan asas penghapusan kesalahan merupakan dua hal yang mempunyai titik kesamaan, akan tetapi penggunaannya berbeda. Tiada pidana tanpa kesalahan adalah asas penghapusan pidana yang bersifat umum dan luas, yang biasanya "*schuld*" itu mengandung tiga macam sifat atau elemen yang terdiri atas; pertama, tentang adanya kemampuan bertanggung jawab dari pembuat; kedua, tentang adanya keadaan batin tertentu dari pembuat yang dihubungkan dengan kejadian dengan bentuk kesengajaan atau kealpaan; dan ketiga, karena tidak terdapatnya pertanggungjawaban dari suatu kejadian atas pembuat.

Syarat kemampuan bertanggung jawab dari pembuat merupakan elemen yang pokok di dalam asas kesalahan yang terletak di dalam alam batin si pembuat sebagai syarat utama keadaan batin yang harus sedemikian rupa dapat menginsyafi arti perbuatannya. Ketidakmampuan bertanggung jawab berlaku bagi seseorang yang tidak dapat menginsyafi perbuatannya, karena faktor umur (masih anak-anak) yang keadaan batinnya belum sempurna, dan atau meskipun sudah cukup umur akan tetapi keadaan serta fungsi batinnya tidak dapat menginsyafi perbuatannya berhubung dengan pertumbuhan jiwa yang tidak normal atau penyakit jiwa. Bagi mereka ini tidak dapat dipidana karena tidak terpenuhinya elemen pertama dari asas tidak dipidana tanpa kesalahan.

Elemen kedua dari asas kesalahan yang berbentuk kesengajaan atau kealpaan, merupakan hubungan antara keadaan batin dan kejadian karena kelakuan pembuat yang di dalam KUHP dirumuskan menjadi delik. Di negara Anglo-saxon elemen kedua dari asas kesalahan ini dikenal tiga bentuk kesalahan, yaitu; sengaja (*intention*), kealpaan berat (*recklessness/gross negligence*), dan lalai (*negligence*). R. Cross dan P.A. Jones dalam bukunya "*An Introduction to Criminal Law*" sebagaimana dikutip Bambang Poernomo mendefinisikan ketiga bentuk kesalahan itu sebagai berikut: "*intention*" *it was customary for English and American legal writers to devine in term or foresight of consequences couple with a*

*desire for them, "recklessness" is the wrongful disregard of a foreseen risk, and "negligence" is noncompliance with a standard of conduct.....*⁶⁷

Elemen ketiga dari asas kesalahan dan merupakan dasar untuk alasan penghapus pidana adalah tentang terdapatnya pertanggungjawaban dari suatu keadaan batin si pembuat. Elemen ini dapat dipandang terjadinya keadaan tertentu terhadap perbuatan pidana yang kesalahannya dihapuskan (alasan pemaaf) karena alasan tertentu yang tidak termasuk dalam hal umur atau penyakit jiwa, seperti misalnya seorang dokter yang melakukan daya paksa (Pasal 48 KUHP), seseorang yang memukul orang lain karena perbuatan pembelaan terpaksa (Pasal 49 ayat (2) KUHP).

Alasan pembeda yang merupakan suatu keadaan tertentu dari perbuatan seseorang yang menghapuskan atau meniadakan sifat melawan hukum sehingga perbuatan yang bersangkutan tidak melawan atau bertentangan dengan hukum. Contoh dalam asas ini, misalnya perbuatan seseorang karena pembelaan terpaksa (*noodweer*) dalam Pasal 49 ayat (1) KUHP yang berbunyi "barang siapa terpaksa melakukan perbuatan untuk pembelaan, karena ada ancaman atau serangan ketika itu yang melawan hukum, terhadap diri sendiri atau orang lain; terhadap kehormatan kesusilaan (*eerbaarheid*) atau harta benda sendiri atau orang lain, tidak dipidana"; perbuatan seseorang karena melaksanakan undang-undang dalam Pasal 50 KUHP yang berbunyi "barang siapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan ketentuan undang-undang, tidak dipidana".

⁶⁷ Bambang Poernomo, 1993, hlm 82.

Alasan penghapus penuntutan (*“vervolgbaarheid uitsluiten”*) sebagai dasar penghapus pidana ini bukan berarti yang dihapuskan kesalahannya atau dihapuskan sifat melawan hukumnya, tetapi karena perbuatan itu menurut politik kriminal pemerintah lebih baik tidak menuntut akan bermanfaat daripada kalau menuntut.

Di dalam KUHP ada beberapa pasal yang merupakan dasar logika untuk alasan penghapus penuntutan, misalnya Pasal 367, 370 376 394 KUHP karena hubungan hidup kekeluargaan, dan Pasal 61, 62 KUHP karena kebebasan pers, dan bagi *parlementaire immuniteit* untuk kepentingan bebas berbicara di dalam persidangan parlemen.

Peniadaan pidana yang berdasar alasan penghapus penuntutan (*vervolgbaarheid uitsluiten*) dibandingkan dengan peniadaan pidana dengan alasan yang lain dipandang lebih praktis, karena tidak perlu memakan waktu dan membuang tenaga untuk sampai pada putusan hakim untuk melepaskan dari segala tuntutan hukum, melainkan cukup pernyataan tidak diterimanya penuntutan oleh Jaksa Penuntut Umum atas dasar pertimbangan politik kriminal pemerintah melalui saluran penghentian penuntutan.

Asas hukum yang tidak tertulis yang hidup di dalam doktrin maupun yang diakui oleh praktik hukum dalam yurisprudensi antara lain asas *“geen straf zonder schuld”* dan tentang faham *“materiele wederrechtelijkheid”*

Pasal 44 KUHP yang menentukan tentang tidak dipidananya seseorang melakukan perbuatan pidana, disebabkan karena jiwanya cacat

dalam tubuhnya atau terganggu karena penyakit. Ketentuan Pasal 44 KUHP ini merupakan perumusan yang tertulis dari elemen "*geen straf zonder schuld*" yang mengenai ada atau tidak adanya kemampuan bertanggung jawab. Yang menjadi persoalan adalah apabila dalam hal-hal tertentu yang belum ada undang-undangnya yang mengatur, misalnya bagaimanakah sikap hakim terhadap kanak-kanak, orang yang terkena hipnotis, *psychopath*, dan lain-lainnya.

Mengenai kedudukan norma hukum di luar undang-undang ini ada dua pandangan, yaitu:

- a. Hakim harus melaksanakan undang-undang, kecuali apabila suatu ketentuan dari undang-undang memberikan ketegasan untuk tidak perlu dijalankan atau boleh menyimpang dan apabila tidak ada ketegasan demikian terhadap hal-hal baru yang timbul kemudian sebagai perubahan hukum harus ditempuh jalan dengan memperbarui dengan undang-undang baru.
- b. Hakim pada waktu menjalankan tugas untuk keadilan, tidak hanya mempertimbangkan aturan undang-undang, akan tetapi dapat menjalankan asas hukum tidak tertulis yang menjadi dasar isi keputusannya meskipun hal itu tidak dengan tegas tercantum dalam undang-undang.

Bagi ahli hukum yang berpegangan pada asas legalitas dalam arti yang sempit, yang memandang bahwa undang-undang adalah satu-satunya bentuk kepastian hukum sehingga hal-hal yang di luar undang-undang tidak

dapat diterapkan dengan alasan untuk kepastian hukum ala revolusi Perancis, barangkali pandangan yang pertama yang dianggap paling cocok. Pengaruh hasil revolusi Perancis di bidang hukum yang menandai sebagai peristiwa untuk memperoleh jaminan hukum bagi individu secara mutlak pada abad ke 18, sangat berkeberatan terhadap asas hukum tidak tertulis.

Apabila sasarannya adalah untuk mencapai tujuan keadilan hukum, maka pandangan yang kedua dapat dibenarkan. Hal ini sesuai dengan tugas hakim yang memberikan putusan dengan cara menemukan hukumnya (*rechtsvinding*) dan keadilan yang dikehendaki kadang-kadang hanya tersedia dalam undang-undang yang tidak sempurna, maka hakim dapat melaksanakan cita-cita keadilan itu dengan mempertimbangkan asas-asas umum yang terdapat di dalam hukum tidak tertulis. Artinya keadilan yang didasarkan dalam asas-asas umum yang ditemukan dalam hukum tak tertulis.

Di dalam praktek hukum dan yurisprudensi penerapan asas hukum tak tertulis mengenai "*geen straf zonder schuld*" dapat diterima, misalnya dalam keputusan arrest HR 14 Februari 1916 NJ 1916 blz. 681 yang membuat pertimbangan hukum bahwa meskipun tukang antar susu telah melakukan perbuatan yang diancam dengan undang-undang, yakni menyerahkan susu yang telah dicampur dengan air, akan tetapi ia dianggap tidak mempunyai kesalahan sama sekali, karena ia menyerahkan susu tersebut dengan etikat baik yang di luar pengetahuannya telah dicampur air oleh majikannya.

Pada tahun 1956 Mahkamah Agung Indonesia juga memutuskan perkara Reg. No. 138 K/Kr/1955 tanggal 1 Desember 1956 yang membebaskan terdakwa karena tidak terdapatnya salah satu sifat/elemen kesalahan (*schuld*) sehingga tidak dipidana tanpa kesalahan. Di dalam perkara “perkawinan” yang dituntut dengan Pasal 279 ayat (1) ke-1 dan ke-2 dan Pasal 436 ayat (1) KUHP itu, dalam putusannya MA membebaskan para terdakwa karena kesalahannya dimaafkan, karena para terdakwa dianggap tidak mengetahui bahwa mereka telah melanggar undang-undang. Di dalam kaitan ini Bambang Poernomo berpendapat, memperhatikan sikap batin para terdakwa dalam kasus itu, sebenarnya lebih tepat apabila putusannya adalah “dilepaskan dari segala tuntutan hukum” dengan dasar hukum karena terdakwa tidak dapat dihukum atau bukan sebagai kejahatan/pelanggaran, meskipun perbuatannya itu sendiri telah terbukti.

Tidak dipidananya seseorang karena asas-asas hukum tak tertulis berdasarkan “*materiele wederrechtelijkheid*” dikenal sebagai “*buiten wettelijke rechtvaardingsgrond*” yaitu keadaan tertentu dari perbuatan seseorang yang meniadakan sifat melawan hukumnya perbuatan yang terletak di luar undang-undang.

Vos adalah salah seorang pelopor yang membela perkembangan pandangan “*materiele wederrechtelijkheid*” dengan mengemukakan beberapa alasan yaitu:

- a. Pasal 48 KUHP memberikan kelongaran kepada hakim untuk meniadakan sifat melawan hukumnya perbuatan seseorang yang

melanggar undang-undang sehingga tidak dipidana karena alasan penghapusan pidana;

- b. Pasal 302 dan 351 KUHP memuat perumusan dalam menghadapi kejadian yang kongkret menyerahkan kebijaksanaan pada hakim yang pada pokoknya merupakan "*materiele wederrechtelijkheid*";
- c. Adanya kebebasan bagi hakim di dalam menentukan tinggi rendahnya pidana, juga memberikan tempat bagi perkembangan "*materiele wederrechtelijkheid*".

Pandangan seperti itu juga mempengaruhi dalam menentukan sifat melawan hukum suatu perbuatan. Ada dua ukuran untuk menentukan sifat melawan hukum tersebut, yakni, sifat melawan hukum yang formal (*formeele wederrechtelijkheidbegrip*) yaitu perbuatan yang bertentangan dengan hukum positif (tertulis), dan sifat melawan hukum yang materil (*materiele wederrechtelijkheidbegrip*) yaitu perbuatan yang bertentangan dengan asas-asas umum/norma hukum tidak tertulis.

Sifat melawan hukum formal lebih menitikberatkan pada pandangan bahwa suatu perbuatan dinyatakan melawan hukum apabila ada persesuaian dengan rumusan delik atau dinyatakan ada pengecualian yang dinyatakan tertulis dalam undang-undang seperti daya paksa, pembelaan terpaksa sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 48 dan 49 KUHP. Sebaliknya sifat melawan hukum yang materil beranggapan bahwa tidak selamanya perbuatan melawan hukum itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan atau pengecualiannya yang dinyatakan secara tertulis, tetapi ada

kalanya perbuatan itu melawan hukum di luar undang-undang. Terhadap perbuatan melawan hukum yang materiil itu Von Liszt menyatakan apabila perbuatan itu bertentangan dengan tujuan hidup bersama dan asas-asas peraturan hukum.

Penolakan terhadap pandangan sifat melawan hukum yang materiil dikemukakan oleh Simons. Menurutnya, apabila suatu perbuatan telah masuk dalam rumusan delik dan dalam undang-undang tidak ditentukan pengecualiannya, maka hakim harus menjalankan undang-undang. Sedangkan sarjana yang menerima pandangan sifat melawan hukum yang materiil seperti Vos, Jonkers, Hezewinkel-Suringa berpendapat bahwa Pasal 1 ayat (1) KUHP penerapannya harus dalam peranan yang negatif yaitu secara formil memenuhi rumusan delik akan tetapi secara materiil tidak melawan hukum sehingga perbuatan itu tidak dipidana.⁶⁸

Beberapa contoh sangat populer yang didasarkan atas asas-asas umum dalam hukum tidak tertulis berkaitan dengan pandangan sifat melawan hukum yang materiil ini adalah seorang dokter yang melakukan abortus karena alasan medis tidak terkena Pasal 348 KUHP, serombongan ekspedisi yang membunuh atas permintaan seorang anggotanya yang mengalami luka-luka parah tanpa pertolongan tidak dikenai Pasal 344 KUHP, dan seorang bapak yang memukul seorang pemuda yang menggoda anak perempuannya tidak dikenai Pasal 351 KUHP.

⁶⁸ Bambang Poernomo, 1993, hlm. 118.

Perbuatan melawan hukum yang dinyatakan sebagai elemen delik biasanya disebut dengan perkataan “melawan hukum” (*wederrechtelijk*), akan tetapi di dalam KUHP banyak dipergunakan perkataan lain yang bersifat implicit seperti, dengan tanpa mendapat izin (Pasal 303), tanpa wenang (Pasal 507 ayat (i), 548, 549, 551), tanpa izin (Pasal 450, 496, 500, 502, 507 ayat (2) 509, 510, 518), dengan melampui kekuasaan (Pasal 430), tanpa tujuan yang patut (Pasal 302), tidak menurut kebiasaan (Pasal 494 ayat (1), tidak mentaati peraturan yang ditentukan oleh aturan umum (Pasal 517), tanpa mengindahkan acara-cara yang ditentukan dalam peraturan umum (Pasal 429).

Perkembangan pandangan sifat melawan hukum yang materiil, dapat dibedakan menjadi dua pandangan, yaitu; sifat melawa hukum yang materiil terbatas murni dalam norma-norma hukum, dan sifat melawan hukum yang materiil yang luas berdasarkan sendi-sendi budaya yang dihukumkan. Kendati demikian, melihat pandangan sifat melawan hukum yang materiil itu, dapat ditarik benang merah bahwa adanya kecenderungan diterimanya pandangan sifat melawan hukum yang materiil itu dalam pengertian yang terbatas sebagai perbuatan melawan hukum yang bertentangan dengan undang-undang, asas-asas umum, dan norma-norma hukum tidak tertulis.

Pandangan yang “*materiele wederrechtelijkheid*” sebagaimana dikemukakan di atas telah pula diterapkan dalam praktek peradilan di Indonesia, yaitu dalam keputusan MA Reg. No. 72 K/Kr/1970 tanggal 27

Mei 1972 (Yur. Ind. MA III/1972) yang memberikan pertimbangan hukum bahwa meskipun apa yang dituduhkan adalah suatu delik formil, namun secara materiil hakim harus memperhatikan adanya kemungkinan keadaan dari para terdakwa, sehingga atas dasar "*materiele wederrechtelijkheid*", para terdakwa dilepas dari segala tuntutan hukum.

Praktek hukum atas pandangan sifat melawan hukum yang materiil dalam fungsi negatif dapat dijumpai dalam putusan Pengadilan Negeri Tegal No. 580/1952 tanggal 19 Desember 1952, yang dalam pertimbangan hukumnya hakim menyebutkan bahwa dalam suatu peristiwa dianggap tidak berlaku oleh karena *in casu* dianggap tidak selaras dengan Hukum Tertinggi yang tercantum dalam pepatah lain "*salus populi suprema est lex*" (kemakmuran rakyat adalah hukum tertinggi). Putusan ini mestinya membebaskan terdakwa dari segala tuduhan, karena perbuatannya dibenarkan berdasarkan sifat melawan hukum yang materiel.

C. Masalah-masalah Sentral dalam Hukum Pidana

Di dalam konteks hukum pidana, asas-asas hukum sebagaimana dikemukakan di atas harus mewarnai baik hukum pidana materiil, hukum pidana formil maupun hukum pelaksanaan pidana. Di dalam tesis ini pembahasan lebih difokuskan pada konteks hukum pidana materiil, yang permasalahannya akan berkisar pada tiga permasalahan pokok hukum pidana yakni perumusan perbuatan yang dilarang/kriminalisasi (tindak

pidana), pertanggungjawaban pidana (kesalahan) dan sanksi yang diancamkan, baik pidana maupun tindakan.

Berkaitan dengan permasalahan pokok hukum pidana materiil yang pertama yakni, masalah kriminalisasi, dapat dijelaskan bahwa di samping *the limiting principles* dalam kriminalisasi sebagaimana dikenal, misalnya; hukum pidana jangan untuk pembalasan semata-mata, harus ada korban, hukum pidana bersifat subsidair, memperhitungkan biaya dan hasil, *enforceable* dan didukung masyarakat, atau seperti yang dikemukakan Jeremy Bentham yang mengatakan bahwa pidana janganlah diterapkan/digunakan apabila "*groundless, needless, unprofitable or inefficicous*",⁶⁹ maka dalam implementasinya juga memperhatikan Asas Perimbangan Kepentingan yang pada dasarnya tidak lepas dari hak-hak asasi manusia sebagai berikut:⁷⁰

1. Penerimaan Ajaran Sifat Melawan Hukum materiil.
2. Pengakuan terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum pidana positif.
3. Melakukan kriminalisasi terhadap *Contempt of court* untuk melindungi kebebasan peradilan (*a fair, independent and impartial trial or tribunal*). Hal ini sejawa dengan *UN Basic Principles on the independence of the judiciary*.
4. Melakukan kriminalisasi terhadap kejahatan *genocide*.

⁶⁹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 39.

⁷⁰ *Ibid*,

5. Melakkukan kriminalisasi terhadap perbuatan-perbuatan sebagai mana tercantum di dalam *UN Declaration against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*.
6. Menyempurnakan perumusan tentang kejahatan perkosaan dalam kaitannya dengan perlindungan hak-hak azasi wanita dan anak, sesuai dengan *convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women* dan *Convention on the Rights of the Child*.
7. Pencantuman Tindak Pidana Terhadap agama dan Kehidupan Keagamaan, di samping mencerminkan Pancasila juga sejiwa dengan *Universal Declaration of Human Rights (freedom of religion)*.

Masalah kriminalisasi atau perbuatan yang dilarang/perbuatan pidana/tindak pidana apabila ditinjau dari segi asal usul kata, maka istilah tindak pidana merupakan padanan kata bahasa belanda *strafbaar feit*. Di dalam kebijakan perundang-undangan istilah tindak pidana juga sering disamakan dengan istilah perbuatan pidana (di dalam UU Drt. 1951 No. 1), peristiwa pidana (di dalam Konstitusi RIS maupun UUDS 1950), dan lain-lain. Di dalam beberapa kepustakaan, istilah tindak pidana juga digunakan dalam istilah perbuatan jahat,⁷¹ pelanggaran pidana, perbuatan yang boleh dihukum, perkara hukuman perdata, dan lain sebagainya. Sedangkan di

⁷¹ Depdikbud, **Kamus Besar Bahasa Indonesia** "Edisi Kedua", Balai Pustaka, Jakarta, 1994, hlm. 2054.

dalam ilmu pengetahuan hukum secara universal dikenal dengan istilah “delik”.

Pengertian “tindak pidana” di tengah-tengah masyarakat juga dikenal dengan istilah “kejahatan” yang menunjukkan pengertian perbuatan melanggar norma dengan mendapat reaksi masyarakat melalui putusan hakim agar dijatuhi pidana. Sedangkan pengertian kejahatan menurut arti kriminologi mencakup semua perbuatan tercela atau tidak susila

Pengertian dari istilah “*strafbaar feit*” menurut Vos adalah suatu kelakuan manusia yang diancam pidana oleh peraturan undang-undang atau kelakuan yang pada umumnya dilarang dengan ancaman pidana. Pompe membedakan pengertian *strafbaar feit* definisi menurut teori dan definisi menurut hukum positif. Definisi menurut teori memberikan pengertian *strafbaar feit* adalah suatu pelanggaran terhadap norma, yang dilakukan karena kesalahan si pelanggar dan diancam dengan pidana untuk mempertahankan tata hukum dan menyelamatkan kesejahteraan umum; sedangkan definisi menurut hukum positif adalah suatu kejadian (*feit*) yang oleh peraturan undang-undang dirumuskan sebagai perbuatan yang dapat dihukum. Sejalan dengan definisi yang dikemukakan Pompe tersebut, J.E. Jonkers juga mendefinisikan *strafbaar feit* menjadi dua pengertian, yaitu definisi pendek yang mengartikan *strafbaar feit* sebagai suatu kejadian (*feit*) yang dapat diancam pidana oleh undang-undang; dan definisi panjang atau lebih mendalam yang mengartikannya sebagai suatu kelakuan yang melawan hukum berhubung dilakukan dengan sengaja atau alpa oleh orang

yang dapat dipertanggungjawabkan. Simons juga berpendapat, *strafbaar feit* adalah perbuatan yang melawan hukum dengan kesalahan yang dilakukan oleh orang yang dapat dipertanggungjawabkan.⁷²

Mengenai istilah perbuatan pidana dan tindak pidana, belum ada kesamaan dalam penafsirannya. Moelyatno menafsirkan perbuatan pidana adalah terpisah dari pertanggungjawaban pidana. Pengertian tindak pidana belum diungkap secara jelas pemisahannya dengan pertanggungjawaban pidana, maka dapat dianggap bahwa tindak pidana termasuk di dalamnya unsur pertanggungjawaban pidana, sehingga pengertian tindak pidana berbeda dengan pengertian tindak pidana.

Simons dan Jonkers merumuskan pengertian *strafbaar feit* dengan memasukkan unsur "*schuld*" (kesalahan) dan "*toerekeningsvatbaar*" (pertanggungjawaban) di dalamnya, sehingga tidak ada kesulitan dalam memahami dasar pemikiran tentang pemisahan antara perbuatan pidana dan pertanggungjawaban dalam hukum pidana. Di sisi yang lain rumusan *strafbaar feit* yang klasik dari Van Hammel dan rumusan *strafbaar feit* yang teoritis dari Pompe hanya dijumpai unsur *schuld* saja, sehingga dasar pemikiran yang ada harus tersusun menjadi perbuatan pidana dan kesalahan dalam hukum pidana.

Kendati antara perbuatan dan orang yang berbuat ada hubungan yang erat dan tidak mungkin dipisah-pisahkan sebagaimana pendapat Van Hattum, namun Moelyatno berpendapat bahwa perbuatan pidana adalah

⁷² Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 90 – 93.

perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana, barang siapa melanggar larangan tersebut. Dengan pengertian yang hampir sama, Vos merumuskan "*strafbaar feit*" sebagai suatu kelakuan manusia yang diancam pidana oleh peraturan undang-undang. Jadi suatu kelakuan yang pada umumnya dilarang dengan ancaman pidana.

Konsekwensi dari rumusan *strafbaar feit* sebagaimana dikemukakan di atas, maka muncul pemikiran baru yang membuat pemisahan antara "perbuatan yang dilarang dengan ancaman pidana" yang berarti berkaitan tentang perbuatan pidana, dan "orang yang melanggar larangan yang dapat dipidana" yang berkaitan tentang kesalahan

Berkaitan dengan masalah sentral hukum pidana yang kedua yaitu masalah kesalahan (pertanggungjawaban pidana) dapat dikemukakan, bahwa baik negara-negara sosialis maupun negara-negara liberal menerima asas *actus non facit reum nisi mens sit rea* atau *actus non est reus nisi mens sit rea* (suatu perbuatan tidak menjadikan seseorang bersalah kecuali pikirannya adalah salah). Di negara-negara Anglo-saxon asas ini berbunyi "*an act does not make a man guilty of a crime unless his mind be also guilty*"⁷³ ("suatu perbuatan tak dapat menjadikan seseorang bersalah bilamana maksudnya tak bersalah"). Di sini, perbuatan dan sikap batin seseorang dipersatukan dan menjadi syarat perbuatan pidana.

Asas yang melahirkan doktrin *mens rea* ini disebut sebagai dasar dari hukum pidana, Di dalam praktek ditemukan bahwa

⁷³ Christopher L. Ryan, *Criminal Law* (Fifth edition), Blackstone Press, London, 1998, hlm. 59

pertanggungjawaban pidana menjadi lenyap jika ada kondisi-kondisi tertentu yang memaafkan, yang dalam hukum pidana Anglo-American disebut sebagai *mistake*, *accident*, *provocation*, *duress*, dan *insanity*. Kedudukan keadaan-keadaan memaafkan dalam pertanggungjawaban pidana bersifat derivatif, tetapi ada prinsip yang lebih fundamental mengenai hal itu adalah apa yang disebut dengan "*moral culpability*".⁷⁴

Jerome Hall sebagaimana dikutip Roeslan Saleh mengatakan, yang disebut *moral culpability* adalah suatu dasar dari pertanggungjawaban dalam perbuatan pidana, sedangkan *mens rea* adalah *voluntary doing of morally wrong act for bidden by penal law*. Ditambahkan Hall, terlepas dari baik atau tidak baiknya motif dilakukannya kejahatan atau pelanggaran, namun prinsip umum tentang pertanggungjawaban pidana adalah "menghendaki atau karena kelalaian melakukan suatu perbuatan yang secara moral adalah salah.

Adanya pendapat yang mengatakan bahwa pengertian perbuatan dan syarat-syarat pemidanaan dipersamakan, Andi Zainal Abidin berpendapat, yang harus didahulukan adalah unsur *actus reus*, yaitu perbuatan pidana (*criminal act*), karena sesuai dengan syarat-syarat pemidanaan yang mendahulukan adanya perbuatan pidana, baru diselidiki sikap batin si pembuat.

Perbuatan pidana (*actus reus/criminal act*) mencakup unsur-unsur yang meliputi perbuatan, yaitu persesuaian dengan undang-undang

⁷⁴ Roeslan Saleh, *Pikiran-pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982. hlm. 21 - 22.

(*tatbestandmassigkeit*), perlawanan hukum (*rechtswidrigkeit*), alasan pembenar (*fahlen von personlichen strafausschieszunggrunden*), dan dalam beberapa delik juga unsur melawan hukum yang subyektif (*subjective onrechtselement*) seperti yang terdapat dalam Pasal 362 KUHP (delik pencurian). Hermann Kantorowicz menyebutkan bahwa unsur *actus reus* adalah apa yang dinamakan *zumutbarkeit* yang berarti bahwa terdakwa dapat diharapkan berbuat lain daripada perbuatan yang telah dilakukan yang merupakan delik.

Salah satu unsur esensial delik adalah sifat melawan hukum (*wederrechteljkheid*) yang dinyatakan dengan tegas dalam undang-undang atau tidak di dalam suatu pasal undang-undang pidana. Dengan demikian elemen dari *actus reus* adalah *unlawfulness*. Dalam kaitan ini Curzon menyatakan, "*No actus reus no crime. Proof of actus reus is essential; if this is impossible, then no crime has been committed by the accused person.*"

Di beberapa negara seperti Inggris dan Italia ditentukan bahwa unsur *actus reus* adalah *unlawful act* (perbuatan melawan hukum) *intention* dan tidak adanya alasan-alasan pemaaf dan alasan-alasan pembenar. *Actus reus* atau *criminal act* adalah perbuatan kriminal, yang merupakan salah satu bagian esensial asas hukum *actus non facit reum nisi mens sit rea*. Dalam kaitan itu Clark & Marshal mengatakan, "*actus non facit reum nisi mens sit rea is the product of an effort to capture a theory of criminal responsibility*

resting upon and requiring concurrence of a wrongful intent and wrongful act in a maxim."

Bertolak dari pendapat Clark & Marshall itu maka dapat dikemukakan bahwa selain sikap batin tertentu (*certain states of mind*) diperlukan pula beberapa bentuk perbuatan yang nampak keluar yang dilarang serta dicela oleh masyarakat (*forms of overt behaviour forbidden by society*). Dengan merujuk kata-kata *wrongful act, forbidden by society* dan *unlawful act* menunjukkan bahwa di negara-negara dengan system Anglo-Saxon dan Amerika Serikat mengenal pula ajaran sifat melawan hukum yang materiil. Konsep sistem hukum di negara-negara sosialis menggunakan istilah *socially dangerous act* (perbuatan yang membahayakan masyarakat. Konsep *socially dangerous act* seperti itu sejajar dengan konsep yang dikemukakan Vrij yang disebut *subsocialiteit*.

Menurut Vrij, di samping unsur-unsur delik berupa kemampuan bertanggungjawab, kesalahan (dolus maupun culpa), perlawanan hukum materiil, dan *subsocialiteit* yang berupa bahwa perbuatan tersebut membahayakan masyarakat. Terhadap unsur ini, Andi Zainal Abidin tidak sependapat, karena bisa jadi perbuatan-perbuatan pidana yang dilakukan seseorang itu tidak membahayakan masyarakat, karena di dalam Buku II dan III KUHP banyak ditemukan delik yang sesungguhnya tidak membahayakan masyarakat, termasuk juga delik undang-undang (*delik mala in prohibita*).

Social danger (membahayakan masyarakat) ialah perbuatan yang bertentangan dengan tujuan hukum pidana negara sosialis yang dirumuskan di dalam Pasal 1 tiap-tiap KUHP negara-negara sosialis. Sedangkan konsep melawan hukum di negara-negara non-sosialis, seperti Indonesia diartikan sebagai bertentangan dengan undang-undang dan hukum tak tertulis.

Kalau *actus reus* menyangkut perbuatan yang melawan hukum (*unlawful act*), maka *mens rea* mencakup unsur-unsur pembuat delik, yaitu sikap batin atau keadaan psikis pembuat. Di Inggris, Amerika Serikat, Australia, dan selandia Baru menyebut *mens rea* sebagai "*mental element*", yang kalau unsur-unsurnya terbukti adanya menyebabkan pertanggungjawaban pembuat delik. Unsur-unsurnya adalah kemampuan bertanggung jawab, kesalahan (*baik dolus maupun culpa*), tidak adanya alasan pemaaf (*verontschuldigungsgrond*).

Mens rea erat sekali hubungannya dengan asas "*Keine Strafe ohne Schuld*" ("tidak ada pidana jika orang tidak bersalah") yang merupakan asas tidak tertulis, yang sejajar pula dengan asas yang dipakai di negara-negara dengan sistem Anglo Saxon dan Amerika Serikat yaitu "*act does not make a person guilty unless mind is guilty.*"

Penegasan asas pertanggungjawaban pidana sebagaimana diuraikan di atas, di dalam implikasinya nampak dari hal-hal sebagai berikut:

1. Penegasan terhadap *Minimum age of criminal responsibility* sebagai reaksi dari *Convention on the Rights of the Child* dan *The Beijing*

Rules (Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice).

2. Penegasan berlakunya asas Tiada Pidana Tanpa Kesalahan (asas *culpabilitas*), yang merupakan asas fundamental dalam mempertanggungjawabkan pidana pembuat karena telah melakukan tindak pidana). Hal ini merupakan penegasan lebih lanjut dari hak asasi berupa *presumption of innocence*.

Berkaitan dengan masalah pokok ketiga, yaitu sanksi (pidana dan tindakan) dapat dikemukakan beberapa hal sebagai berikut:

1. Perumusan pidana mati sebagai pidana pokok yang bersifat khusus. Pidana ini hanya dijatuhkan terhadap tindak-tindak pidana yang berat. Pengaturan semacam ini terdapat di dalam *International Covenant on Civil and Political Rights*.
2. Usaha untuk selalu mengembangkan *alternative to imprisonment*. Hal ini sesuai dengan *UN Standard Minimum Rules for Non Custodial Measures* dan selaras dengan perkembangan di berbagai negara di dunia, sebagaimana terngkap di dalam *UN Congress on Crime Prevention and the Treatment of Offenders*.
3. Penegasan tujuan pemidanaan, baik atas dasar tujuan *prevensi social*, *prevensi general*, Penyelesaian konflik maupun pembebasan rasa bersalah. Pernyataan bahwa pidana tidak boleh menderitakan dan tidak boleh merendahkan martabat manusia, selaras dengan *UN Declaration*

against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

Di dalam perkembangan akhir-akhir ini, masalah korban kejahatan juga sering “didudukan” sebagai masalah pokok hukum pidana materiil seiring dengan adanya *UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and the Abuse of Power*, yang mendesak anggota-anggota PBB untuk menjamin korban kejahatan dalam hal-hal *access to justice, restitution, compensation and other assistance*.

D. Hukum dan Keadilan

Suatu tata hukum harus dibentuk dengan tujuan keadilan, karena keadilan merupakan makna dari hukum.⁷⁵ Paul Scholten berpendapat, “hukum itu terikat secara positif dan sekaligus memperjuangkan keadilan”.⁷⁶ Berkaitan dengan hal itu Lon L. Fuller dalam bukunya “*The Morality of Law*” menyatakan, agar peraturan perundang-undangan dapat diterima masyarakat

⁷⁵ Di sini dipisahkan istilah “hukum” yang mengandung suatu tuntutan keadilan dan istilah hukum dalam arti undang-undang yang menandakan norma-norma yang *de facto* digunakan untuk memenuhi tuntutan keadilan tersebut.

⁷⁶ Paul Scolten, “*De Structuur Der Rechtswetenschap*” ceramah pada pertemuan *Koninklijke Nederlandsche Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde*, 17 Maret 1942, diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta, *Struktur Ilmu Hukum*, FH. Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 1997, hlm. 9.

maka peraturan perundang-undangan itu harus dapat menyerap rasa keadilan masyarakat dan disusun dalam sistem yang teratur, sebab ciri hukum adalah yang menentukan tuntutan kearah hukum dan keadilan yang ideal. Mengenai rumusan hukum dan keadilan yang ideal tersebut, Fuller menyebutnya sebagai "*the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules*"⁷⁷ ("usaha untuk menundukkan tingkah laku manusia ke bawah peraturan-peraturan").

Pembentukan tata hukum harus berpedoman pada prinsip-prinsip umum atau asas-asas tertentu, yang menyangkut kepentingan umum suatu bangsa yang diambil dari keyakinan-keyakinan yang hidup dalam masyarakat tentang suatu kehidupan yang adil dan baik. Oleh karena itu untuk memahami hukum suatu bangsa dengan sebaik-baiknya tidak bisa hanya melihat pada peraturan-peraturan hukumnya saja, melainkan harus menggali sampai kepada asas-asas hukumnya. Asas-asas hukum itu mengandung nilai-nilai dan tuntutan etis. Dalam kaitan ini Paul Scholten mengatakan, asas hukum positif tetapi sekaligus ia melampui hukum positif dengan cara menunjuk kepada suatu penilaian etis.⁷⁸

Karena adanya ikatan oleh asas-asas hukum itu, maka hukum merupakan suatu sistem. Artinya, peraturan-peraturan hukum yang berdiri sendiri-sendiri itu terikat dalam satu susunan kesatuan disebabkan karena mereka bersumber pada satu induk penilaian etis tertentu. Untuk mengukur

⁷⁷ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, London, 1974, Hlm. 122.

⁷⁸ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2000, hlm. 49.

sistem hukum yang mengandung suatu moralitas etis itu Lon L. Fuller mengajukan delapan asas yang disebutnya *principles of legality*,⁷⁹ yaitu:

1. Suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan yang tidak boleh mengandung sekadar keputusan-keputusan yang bersifat ad hoc.
2. Peraturan-peraturan yang telah dibuat itu harus diumumkan.
3. Tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut. Membolehkan pengaturan secara beraku surut berarti merusak integritas peraturan yang ditujukan untuk berlaku bagi waktu yang akan datang.
4. Peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti.
5. Suatu system tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain.
6. Peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan.
7. Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah peraturan sehingga menyebabkan seorang akan kehilangan orientasi.
8. Harus ada kecocokan antara pertauran yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.

John Rawls berpendapat bahwa semua system hukum akan gagal, bila tidak disemangati suatu sikap moral pribadi yang sejati (*justice as fairness*). Di dalam bukunya yang terkenal tentang keadilan (*A Theory of Justice*) John Rawls mengatakan, "*A conception of right is a set of principles, general in*

⁷⁹ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven and London, 1974, hlm. 39.

form and universal in application that is to be publicly recognized as a final court of appeal for ordering the conflicting claims of moral person."⁸⁰

Oleh karena itu, dalam suatu negara harus ada peraturan-peraturan hukum yang bersifat umum dan tetap. Hukum harus disusun secara sistematis, rasional dan merupakan susunan yang logis, sehingga bangunan hukum yang tidak seperti itu dianggap sebagai menyimpang.

Di lain pihak, Charles Sampford berpendapat bahwa sesungguhnya hukum itu tidak merupakan bangunan yang penuh dengan keteraturan dan logis rasional, melainkan manusia yang berkepentingan dan ingin melihat bahwa hukum itu memang seperti itu. Menurut Sampford, hukum dibangun dari hubungan antar manusia dengan berbagai variasi dan kompleksitas yang menjurus kepada kecenderungana asimetris. Hukum tunduk kepada kekuatan-kekuatan *centripetal* yang menciptakan suatu institusi yang terorganisir, tetapi pada waktu yang sama juga tunduk kepada kekuatan-kekuatan *centrifugal* menciptakan konflik dan ketidakaturan (*disorder*).⁸¹ Bahkan dalam bahasa yang lebih "ekstrim" Denis J. Brion melihat dunia hukum bukan sebagai keadaan yang serba teratur, melainkan dalam keadaan kacau (*chaos*).⁸²

Berkaitan dengan hal itu, Satjipto Rahardjo juga melihat bahwa hukum merupakan suatu cara untuk menggali bagaimana kedalaman dan luasnya, sehingga dilakukan pencarian secara terus menerus. Skema dan hubungan

⁸⁰ John Rawls, *A Theory of Justice*, Belknap Press, USA, 1971, hlm. 135.

⁸¹ Charles Sampford, *The Disorder Of Law – A Critique Of Legal Theory*, Basil Blacwell, New York, 1989, hlm. 203.

⁸² Denis J. Brion, The "Chaotic Indeterminacy of Tord Law" dalam *Radical Philosophy of Law*, 1995, hlm. 179.

hukum yang dirumuskan dalam perundang-undangan tidak otomatis menghilangkan kompleksitas dan hubungan social antar individu dengan sekalian variasinya. Di belakang hukum positif terdapat interaksi antar manusia yang menentukan apa yang akan terjadi dengan peraturan tertulis itu, “dalam hukum terbaca dan ditemukan skema-skema rasional, tetapi itu harus dipastikan melalui proses dan interaksi antar manusia dalam masyarakat.”⁸³

Baik dilihat dari pengertian-pengertian yang bersifat linguistik, maupun dari konsepsi-konsepsi filsafat ada suatu ikatan yang erat sekali antara hukum dan keadilan. Kerap kali “keadilan” dan “adil” ditemukan dalam naskah undang-undang. Pengertian keadilan memainkan peranan operatif yang besar pula. Pengertian akeadilan dipakai sebagai pengertian-pengertian hukum dalam memberikan dasar pada suatu keputusan hukum. Kendati demikian, keadilan bukanlah suatu pengertian dari kategori yang sama seperti pengertian-pengertian yuridis (misalnya, hak milik, perjanjian, kejahatan), tetapi lebih berada dalam kategori pengertian-pengertian dasar yang bersifat ilmu hukum (tertib hukum, norma hukum, hubungan hukum).

Eratnya hubungan antara hukum dan keadilan ini sebagaimana dikemukakan oleh Ulpianus dari Romawi yang mengatakan bahwa “hukum berasal dari keadilan seperti keadilan itu adalah ibunya”. Ditambahkannya, “keadilan adalah kehendak yang tetap ada dan berlaku terus untuk memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya”. Demikian pula

⁸³ Satjipto Rahardjo, “Mengajarkan Keteraturan Menemukan Ketidak-teraturan (*Teaching Order Finding Disorder*)”, Pidato Mengakhiri Masa Jabatan Sebagai Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum UNDIP, 15 Desember 2000, hlm. 17.

Cicero melukiskan keadilan sebagai hasrat dalam untuk memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya. Apa yang dikatakan Ulpianus dan Cicero ini banyak dipedomani orang terutama dalam menerangkan tentang hakekat hukum, yang “mengalirkan” makna bahwa cita-cita hukum dilahirkan oleh cita-cita keadilan, atau bahwa pertimbangan-pertimbangan berhubungan dengan keadilan mendahului ketentuan-ketentuan hukum.

Lord Alfred Denning sebagaimana dikutip Roeslan Saleh merumuskan keadilan sebagai sesuatu yang oleh anggota masyarakat yang berbudi lurus (*right-minded*), yaitu mereka yang mempunyai jiwa yang tepat (*right-spirit*) adalah pantas dan patut. Keadilan bukan sesuatu yang bersifat sementara melainkan sesuatu yang bersifat abadi, dan bukan hasil dari akal (*intellect*) melainkan hasil dari jiwa (*spirit*).⁸⁴ Dengan demikian dapat dikemukakan bahwa keadilan sangat erat hubungannya dengan kehendak (*voluntas*) dan perasaan (*affectio*), sehingga dalam keadilan itu unsure subyektif memainkan peranan yang menentukan, yaitu keyakinan dari mereka yang mempunyai jiwa yang tepat.

Karena menyangkut unsur perasaan sehingga bersifat subyektif itulah banyak ahli yang mengatakan bahwa yang disebut keadilan itu hanya kata-kata kosong belaka dan tidak mempunyai arti apa-apa, karena tidak didasarkan kepada kenyataan-kenyataan. Vilhelm Lundstedt sebagaimana dikutip Roeslan Saleh menampik keadilan itu dengan mengatakan, sebenarnya tidak pernah

⁸⁴ Roeslan Saleh, *Pikiran-Pikiran Tentang Pertanggungjawaban Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, hlm.11

ada yang disebut keadilan maupun kepatutan yang bersifat obyektif. Yang disebut suatu penilaian yang bersifat adil adalah sama halnya dengan penilaian-penilaian tentang perasaan terhadap nilai-nilai dan karenanya ditentukan oleh sikap-sikap yang bersifat emosional; jadi bersifat subyektif.

Senada dengan pemikiran Lundstedt, Alf Ross juga menimbang keadilan sebagai kesamaan, dan dengan dalil keadilan itu akan ada syarat-syarat bagi kesamaan dalam membagi untung dan rugi. Kesamaan dalam arti yang mutlak tidak akan pernah merupakan isi dari keadilan. Oleh karena itu, kesamaan seharusnya berarti bahwa setiap orang, mempunyai posisi yang benar-benar sama dengan orang-orang lain. Arti dari kesamaan itu sendiri harus ditentukan berdasarkan ukuran-ukuran yang juga digunakan untuk memutuskan apakah dalam keadaan tertentu ada kesamaan atau tidak ada kesamaan. Dan, ukuran-ukuran seperti itu adalah norma-norma kesusilaan dan norma-norma yuridis yang berlaku menurut waktu dan tempat.

Hans Kelsen melihat keadilan dalam dua hal, yaitu, suatu sifat dari tertib masyarakat, dan suatu perbuatan manusia yang terpuji. Keadilan akan ada bilamana kelakuan manusia sesuai dengan ketertiban yang didasarkan kepada kepatutan. Kendati tidak ada keadilan mutlak, namun dengan adanya keadilan relatif bisa ditemukan dalam tiap-tiap ketertiban masyarakat, di mana kebenaran dan kejujuran mendapat perlindungan. Berkaitan dengan itu Julius Stone menambahkan, terlepas dari kenyataan bawa isi dari keadilan itu kelihatannya relatif, namun harus dianggap ada sesuatu yang sifatnya tetap. Aktifitas masyarakat yang selalu terjadi dalam hubungan-hubungan konkrit

yang bersifat sosial historis, mengendaplah prinsip-prinsip khusus yang menganggap kejadian-kejadian tertentu sebagai adil atau tidak adil. Prinsip-prinsip tersebut dalam kenyataannya merupakan ukuran-ukuran bagi keadilan itu. Norma-norma dari hukum positif, syarat-syarat defacto dan keyakinan-keyakinan kesusilaan yang terikat dengan itu termasuk ke dalam hal-hal yang bersifat empiris, dan dari inilah didapatkan pula ukuran bagi keadilan

Pandangan tentang keadilan yang bersifat positivistic dikemukakan oleh Gustav Radbruch. Menurutnya, hukum merupakan suatu kenyataan yang harus melayani keadilan, dan undang-undang juga harus dipandang sebagai suatu percobaan untuk melayani keadilan. Keadilan di satu pihak adalah suatu prinsip hukum khusus, di samping aspek yang lainnya, yaitu "kena sasaran" dan "kepastian hukum." Giorgio Del Vecchio juga mengemukakan, keadilan adalah suatu sikap kesadaran yang fundamental, yang unsur-unsurnya meliputi, sifat timbal balik, sifat sama berhak, sifat saling ada, keseimbangan prestasi, dan prinsip imbalan.

Berdasarkan uraian di atas, Roeslan Saleh mengemukakan bahwa mengenai cita-cita keadilan menunjukkan hal-hal tertentu yang bersifat tetap (konstan), dan penilaian-penilaian yang mendasarkan diri pada keadilan adalah penilaian-penilaian yang mampu untuk diberikan dasar yang bersifat rasional. Para ahli hukum cenderung melihat dan menganggap keadilan sama dengan hukum, yaitu sebagai suatu kerjasama dari factor-faktor yang sangat ruwet dan sebagai suatu pengaturan dari berbagai unsur-unsur normatif.⁸⁵

⁸⁵ *Ibid*, hlm. 19.

E. Kebijakan Legislatif dalam Merumuskan dan Menetapkan Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana

Istilah “kebijakan” di sini merupakan padanan istilah “*policy*” (Inggris) atau “*politiek*” (Belanda). Bertolak dari kedua istilah asing tersebut, maka istilah “kebijakan legislatif” dapat pula disebut dengan istilah “politik legislatif”. Pengertian kebijakan legislatif menurut Barda Nawawi Arief, merupakan kebijakan (*policy*) dalam menetapkan dan merumuskan sesuatu di dalam peraturan perundang-undangan. Dan, kebijakan legislatif juga sering disebut dengan istilah kebijakan formatif.⁸⁶ Kaitannya dengan hukum pidana Colin Howard berpendapat, peranan badan pembuat undang-undang dalam ukum pidana dan penerapannya sangat penting, karena peranan legislatif tidak hanya menentukan kebijakan dasar emengenai pidana, tetapi juga sebagai pedoman bagi badan-badan kekuasaan pembedanaan.⁸⁷

Kebijakan (politik) legislatif tersebut tidak dapat dilepaskan dari prospektif hukum yang dicanangkan dalam politik hukum. Menurut Solly Lubis, Prospektif hukum merupakan sistem hukum yang menjadi idaman untuk masa depan, yang diupayakan melalui pembinaan dan pembaharuan hukum, yang mampu merubah suasana hukum dari sistem hukum yang sedang

⁸⁶ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 245.

⁸⁷ Colin Howard, *An Analysis of Sentencing Authority, ini Reshaping the Criminal Law*, Ed by P.R. Glazebrook, Steven & Sons, London, hlm.405.

berjalan kepada sistem hukum yang diinginkan dan berorientasi kepada pandangan hidup, wawasan dan kepentingan bangsa.⁸⁸ Sedangkan politik hukum adalah kebijakan politik yang menentukan aturan hukum apa yang seharusnya berlaku mengatur berbagai hal kehidupan bermasyarakat dan bernegara.

Mengutip pendapat Teuku Mohammad Radhi, selanjutnya Lubis mengatakan, hukum dibuat untuk suatu kurun waktu tertentu sesuai dengan kebutuhan hukum pada kurun waktu bersangkutan. Karenanya dapat dipahami apabila aturan-aturan hukum yang berasal dari masa lampau dalam banyak hal tidak *responsive* lagi terhadap kebutuhan-kebutuhan masa kini di mana kehidupan masyarakat telah sama sekali berubah.

Hukum yang dimaksud meliputi hukum yang tertulis dan tidak tertulis, dari bentuk dan tingkatan, yang menurut pandangan sistemik-konseptual-strategik, adalah bersumber pada UUD 1945 sebagai konsep dasar sistem pengelolaan kehidupan nasional, yang sekaligus merupakan induk hukum positif yang melandasi pengelolaan segenap bisang kehidupan bangsa Indonesia, yang mewakili dan mencerminkan pandangan hidup bangsa kita.

Victor M. Tschikvadze & Samuel L. Zivs sebagaimana dikutip Lubis mengatakan, "*The system approach also important feature of something as a unity and differentiation, the interaction and in terreletion of the sparate part of elemens*". Dengan demikian, pandangan dan pendekatan sistemik sebagaimana dimaksud di atas berarti upaya pembinaan hukum nasional itu

⁸⁸ M. Solly Lubis, *Serba-Serbi Politik dan Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 1989, hlm. 100.

dilihat dalam kedudukan dan peranannya sebagai bagian yang integral dalam kerangka besar sistem pengelolaan kehidupan nasional, dalam kesatuan landasan filosofi, wawasan strategi dan tujuannya. Strategis berarti mempunyai pandangan dengan kemampuan fikir konseptual yang memberi pengarah dan mempunyai daya giring kepada suatu tujuan tertentu, yang mengarah kepada pembinaan hukum dan mampu menunjukkan sasaran-sasaran (*objectives*) secara serasi dan tepat.

Garis kebijakan politik yang dipilih itu akan menjadi landasan strategis bagi pengembangan asas dan sistem hukum yang sesuai dengan pandangan dan tuntutan hidup bangsa dan kepentingan nasional. Oleh karena itu, pembahasan mengenai kebijakan legislatif tersebut menjadi penting, karena kebijakan legislatif merupakan suatu perencanaan atau program dari pembuat undang-undang mengenai apa yang akan dilakukan dalam menghadapi problem tertentu dan cara bagaimana melaksanakan sesuatu yang telah direncanakan atau diprogramkan itu. Oleh karenanya dalam kebijakan legislatif mengandung pilihan dari berbagai alternatif mengenai cara atau metode yang seharusnya ditempuh dalam mencapai tujuan tertentu.

Tahapan dalam kebijakan legislatif merupakan tahap yang paling strategis, terutama apabila dilihat dari keseluruhan proses kebijakan untuk mengoperasionalkan suatu peraturan perundangan. Dalam kebijakan legislatif dirumuskan garis-garis kebijakan yang merupakan landasan legalitas terhadap tahap selanjutnya, baik dalam tahap penerapan pidana (tahap aplikasi) oleh

alat penegak hukum, maupun dalam tahap pelaksanaan pidana (tahap eksekusi) oleh aparat pelaksana pidana.

Pembahasan tentang kebijakan legislatif ini juga tidak dapat dilepaskan dari pengertian kebijakan atau politik hukum pidana, yang dalam kaitan ini dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik kriminal. Soedarto menjabarkan politik hukum sebagai berikut:

- a. usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.⁸⁹
- b. Kebijakan dari negara melalui badan-badan berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bias digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.⁹⁰

Dengan demikian dapat dikemukakan bahwa melaksanakan “politik hukum pidana” (*penal policy*) berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang baik, yang memenuhi syarat keadilan dan daya guna. Juga, merupakan usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang. Apabila politik hukum pidana tersebut dikembalikan kepada pengertian dasar dari politik hukum, maka politik hukum pidana memberikan arah terhadap pengintegrasian yang selanjutnya akan dilakukan oleh suatu sistem hukum pidana.

⁸⁹ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1981, hlm.159.

⁹⁰ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, 1983, hlm. 20.

Pendapat senada juga dikemukakan Marc Ancel yang mengartikan "*penal policy*" sebagai 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 penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan. A. Mulder menjelaskan politik hukum pidana / *penal policy / strafrechtspolitik* sebagai garis kebijakan untuk menentukan:

- a. seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbaharui;
- b. apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana;
- c. cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

Berkaitan dengan pengertian di atas Barda Nawawi Arief mengatakan, kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal atau kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana, sebab berkaitan dengan usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik, yang pada hakekatnya juga tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan.⁹¹

Marc Ancel merumuskan politik kriminal sebagai suatu usaha yang rasional dari masyarakat dalam menanggulangi kejahatan (*the rational organization of the control of crime by society*). G. Peter Hoefnagels juga

⁹¹ Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 29.

mengemukakan, "*criminal policy is the rational organization of the social reaction to crime*". Barda Nawawi Arief menambahkan, upaya penanggulangan kejahatan pada hakikatnya merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*), sehingga tujuan utama dari politik kriminal adalah perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan masyarakat

Dikatakan Barda Nawawi, kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*), sebab usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakekatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum, khususnya penegakan hukum pidana. Di samping itu, usaha penanggulangan kejahatan lewat pembuatan undang-undang (hukum) pidana pada hakekatnya juga merupakan bagian integral dari usaha perlindungan masyarakat (*social welfare*) yang merupakan bagian dari kebijakan atau politik sosial (*social policy*). Pengertian kebijakan sosial (*social policy*) menurut Barda Nawawi Arief, adalah segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan masyarakat atau mencakup "*social welfare policy*" dan "*social defence policy*".

Kebijakan atau politik hukum pidana (*penal policy*) ini salah satu implementasinya adalah melakukan pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) yang berkaitan erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri. Barda Nawawi mengatakan, 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).

Ditegaskan Barda Nawawi, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya 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 social, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Dengan demikian berarti 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*).

Dilihat dari sudut pendekatan-kebijakan, pembaharuan hukum merupakan bagian dari kebijakan social, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum, yang pengertiannya dapat dijelaskan sebagai berikut:

- a. Sebagai bagian dari kebijakan soasial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah social dalam rangka mencapai tujuan nasional.
- 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 (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.

Sedangkan dilihat dari sudut pendekatan-nilai, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian 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.

M. Cherif Bassiouni sebagaimana dikutip Barda Nawawi mengatakan. Problem dari pendekatan yang berorientasi pada kebijakan adalah kecenderungan untuk menjadi pragmatis dan kuantitatif serta tidak memberi kemungkinan untuk masuknya faktor-faktor yang subyektif, misalnya nilai-nilai, ke dalam proses pembuatan keputusan. Berkaitan dengan nilai-nilai yang ingin dicapai atau dilindungi oleh hukum pidana, Bassiouni menambahkan, tujuan-tujuan yang ingin dicapai oleh pidana pada umumnya terwujud dalam kepentingan-kepentingan sosial yang mengandung nilai-nilai tertentu yang perlu dilindungi. Kepentingan-kepentingan sosial itu adalah:

- a. tertib masyarakat;
- b. perlindungan warga masyarakat dari kejahatan, kerugian atau bahaya-bahaya yang tidak dapat dibenarkan, yang dilakukan oleh orang lain;
- c. memasyarakatkan kembali (*resosialisasi*) para pelanggar hukum;

- d. memelihara atau mempertahankan integritas pandangan-pandangan dasar tertentu mengenai keadilan sosial, martabat kemanusiaan dan keadilan individu.

Lebih lanjut ditegaskan Bassiouni, dalam melakukan kebijakan hukum pidana diperlukan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*) yang lebih bersifat pragmatis dan rasional, dan juga pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value judgement approach*). Sedangkan menurut Barda Nawawi, antara pendekatan kebijakan dan pendekatan yang berorientasi pada nilai jangan terlalu dilihat sebagai suatu “*dichotomy*”, karena dalam pendekatan kebijakan sudah seharusnya juga mempertimbangkan factor-faktor nilai.⁹² Sehubungan dengan hal ini Roeslan Saleh berpendapat bahwa keharusan rasionalitas dalam hukum pidana tidak berarti dapat meninggalkan pertimbangan-pertimbangan etis atau sebaliknya mengaburkan pertimbangan-pertimbangan etis tersebut, tetapi batas-batas yang bersifat etis itu harus dirumuskan sebaik-baiknya dan diteliti-telitinya.⁹³

Bertolak dari paparan di atas dapat dikemukakan bahwa kebijakan hukum pidana dapat mencakup ruang lingkup kebijakan di bidang hukum pidana materiil, di bidang hukum pidana formal dan di bidang hukum pelaksanaan pidana. Pokok pembahasan dalam tesis ini lebih menitikberatkan pada kebijakan di bidang hukum pidana materiil (*substantif*), yang difokuskan

⁹² Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hal. 40.

⁹³ Roeslan Saleh, **Pikiran-pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana**, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, hal. 44.

pada masalah sentral dalam hukum pidana materiil, yaitu menyangkut, kriminalisasi, pertanggungjawaban pidana, dan pidana dan pemidanaan.

Bertolak dari pendekatan kebijakan kaitannya dengan masalah kriminalisasi, Sudarto berpendapat bahwa dalam hal menentukan kriminalisasi itu harus memperhatikan beberapa hal sebagai berikut.⁹⁴

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata material spiritual berdasarkan Pancasila. Oleh karena itu maka penggunaan hukum pidana harus bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan penguguran terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;
- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian atas warganya;
- c. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*);
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overvelasting*).

Mengenai masalah kriminalisasi ini, di dalam laporan Simposium Pembaharuan Hukum Pidana tahun 1998 di Semarang dinyatakan bahwa masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai

⁹⁴ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, 1977, hal. 44 – 48.

dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejauh mana perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.

Di samping pertimbangan-pertimbangan di atas, Bassiouni dalam bukunya *Substantive Criminal Law* sebagaimana dikutip Barda Nawawi mengatakan, *the decision to criminalize should be based on certain policy factors which take into account a variety of factors, including:*⁹⁵

1. *the proportionality of the means used in relationship to the outcome obtained;*
2. *the cost analysis of the outcomes obtained in relationship to the objectives sought;*
3. *an appraisal of the objectives sought in relationship to other priorities in the allocation of human-power; and*
4. *the social impact of criminalization and decriminalization in term of its secondary effects.*

J. Andenaes dalam bukunya *The General Part of the Criminal Law of Norway* sebagaimana dikutip Barda Nawawi Arief juga mengemukakan,

*if one bases the penal law on the concept of social defence, the task will then be to develop it as rationally as possible. The maximum results must be achieved with the minimum of expense to society and the minimum of suffering for the individual. In this task, one must build upon the results of scientific research into the causes of crime and the effectiveness of the various form of sanction.*⁹⁶

Berkaitan dengan masalah pertanggungjawaban pidana di dalam kebijakan hukum pidana ini Marc Ancel mengemukakan, pertanggungjawaban yang didasarkan pada kebebasan individu merupakan kekuatan penggerak

⁹⁵ Barda Nawawi Arief, 1996, hlm 35 dalam catatan kaki M. Cherif Bassiouni, *Substantive Criminal Law*, Ch. Thomas Publisher, USA, 1978, hlm. 82.

⁹⁶ Ibid, hlm. 38 dalam catatan kaki J. Andenaes, *The General Part of the Criminal Law of Norway*, 1965, hlm. 60.

yang utama dari proses penyesuaian sosial (*the main driving force of the process of social readaption*). menurutnya, kejahatan merupakan manifestasi dari kepribadian si pelaku. Di samping itu, kebijakan hukum pidana yang modern hampir selalu mensyaratkan adanya kebebasan individu, dan tujuan utama setiap perlakuan readaptasi sosial harus diarahkan pada perbaikan terhadap penguasaan diri sendiri.⁹⁷

Pertanggungjawaban yang dimaksud Marc Ancel di sini berlainan dengan pandangan klasik yang mengartikannya sebagai pertanggungjawaban moral secara murni (*the purely moral responsibility*), dan berbeda pula dengan pandangan positivist yang mengartikannya sebagai pertanggungjawaban menurut hukum atau pertanggungjawaban obyektif (*legal or objective view of responsibility*). Ditambahkannya, pertanggungjawaban pribadi (*individual responsibility*) menekankan pada perasaan kewajiban moral pada diri individu dan sekaligus mendorongnya untuk menyadari moralitas sosial.⁹⁸

Sehubungan dengan konsepsi-konsepsi pertanggungjawaban pidana yang lebih menekankan pada pendekatan humanistik di atas, Sudarto menyatakan bahwa apabila membicarakan pidana, maka harus membicarakan orang yang melakukan kejahatan.⁹⁹ Demikian pula Barda Nawawi Arief mengatakan, ide individualiasasi pidana tersebut mengandung beberapa karakteristik, yang antara lain:¹⁰⁰

1. pertanggungjawaban pidana bersifat pribadi/perorangan (asas personal);

⁹⁷ Ibid, hlm. 42.

⁹⁸ Ibid,

⁹⁹ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru Bandung, 1983, hlm. 102.

¹⁰⁰ Barda Nawawi Arief, *Op.cit.*, hlm. 43.

2. pidana hanya diberikan kepada orang yang bersalah (asas culpabilitas);
3. pidana harus disesuaikan dengan karakteristik dan kondisis si pelaku, ini harus ada kelonggaran/fleksibilitas bagi hakim dalam memilih sanksi pidana, dan harus ada kemungkinan modifikasi pidana (perubahan/penyesuaian) dalam pelaksanaannya.

Berkaitan dengan ide individualisasi pidana ini, Sheldon Glueck sebagaimana dikutip Barda Nawawi mengemukakan empat prinsip yang harus mendasari proses individualisasi pelaku kejahatan, yaitu:¹⁰¹

1. *The treatment (sentence-imposing) feature of the proceedings must be sharply differentiated from the guiltfinding phase;*
2. *The decision as to treatment must be made by a board or tribunal specially qualified in the interpretation and evaluation of psychiatric, psylogical, and sociological data;*
3. *The treatment must be modifiable in the light of scientific reports of progress;*
4. *The right of the individual must be safeguarded against possible arbrtrariness or other unlawful action on the part of the treatment tribunal.*

¹⁰¹ Ibid,

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana dalam Kebijakan Perundang-undangan Saat Ini

Telah dikemukakan dalam tinjauan pustaka pendapat Colin Howard, bahwa peranan badan pembuat undang-undang dalam hukum pidana dan penerapannya sangatlah penting, karena peranan legislatif tidak hanya menentukan kebijakan dasar mengenai pidana, namun juga pedoman bagi badan-badan kekuasaan pemidanaan.¹⁰² Peranan legislatif dalam hal merumuskan dan menetapkan asas-asas hukum pidana yang menyimpang itu harus dapat dioperasionalkan dalam penerapannya, baik di tingkat penyidikan, penuntutan, pemidanaan, dan pelaksanaan pidana. Telah dikemukakan pula, bahwa penelitian ini tidak hanya terhadap asas-asas umum hukum pidana, tetapi sekaligus “aturan/ketentuan umum” (“*general rules*”) dalam Buku I KUHP. Juga, dalam hal-hal tertentu dibahas pula asas-asas umum hukum pidana di luar Buku I KUHP atau yang tidak dirumuskan dengan tegas dalam KUHP (hukum tidak tertulis), namun diakui dalam praktik hukum pidana, seperti doktrin-doktrin dan ajaran-ajaran hukum pidana.

¹⁰² Colin Howard, *An Analysis of Sentencing Authority, in Reshaping the Criminal Law*, Ed. By P.R. Glazebrook, Steven & Sons, London, hlm. 405.

Sehubungan hal di atas, di dalam penelitian ini ditemukan, bahwa ternyata terdapat masalah di dalam pelaksanaan ketika menerapkan kebijakan perundang-undangan yang terdapat penyimpangan asas-asas hukum pidana. Kendatipun penyimpangan terhadap aturan umum (*general rules*) hukum pidana dalam buku I KUHP (WvS) yang di dalamnya termasuk asas-asas hukum pidana dimungkinkan, sebagaimana digariskan dalam Pasal 103 KUHP, namun demikian, apabila perundang-undangan yang memuat penyimpangan tersebut tidak ada aturan dan pedoman untuk mengoperasionalkannya, maka berlaku ketentuan umum yang terdapat dalam Bab I sampai dengan Bab VIII dari buku kesatu KUHP.

Pasal 103 KUHP merumuskan, bahwa:

“Ketentuan-ketentuan dalam Bab I sampai dengan Bab VIII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lainnya diancam dengan pidana, kecuali jika oleh undang-undang ditentukan lain”.

Kenyataan yang diperoleh dalam penelitian ini adalah, bahwa dalam kebijakan legislatif yang merumuskan dan menetapkan kebijakan yang menyimpang tersebut ada beberapa di antaranya yang di dalamnya tidak dibuatkan pedoman atau ketentuan/aturan yang dapat mengoperasionalkan ketentuan yang menyimpang tersebut. Dengan demikian maka berlaku ketentuan-ketentuan/aturan-aturan umum dalam buku kesatu KUHP.

Telah dikemukakan pula dalam tinjauan pustaka bahwa asas-asas hukum merupakan salah satu bagian penting atau bahkan menjadi fundamen hukum, atau “jantungnya” peraturan hukum.¹⁰³ Maka dari itu, penyimpangan

¹⁰³ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000, hlm. 45.

asas-asas umum hukum pidana dalam kebijakan perundang-undangan berarti melakukan penyimpangan terhadap fundamen hukum pidana, dan bahkan “mematikan” hukum pidana. Karena masalah ini merupakan masalah kebijakan, maka pendekatannya pun harus dilakukan dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*). Pendekatan kebijakan yang dimaksud di sini mencakup pengertian pendekatan rasional, pendekatan fungsional dan pendekatan nilai. Karena ketiga pendekatan tersebut saling tali menali, berkaitan erat satu dengan yang lain, maka pembahasan berikut ini tidak dilakukan secara terpisah tetapi merupakan satu kesatuan.

Rangkaian kesatuan pembahasaan berikut ini dimulai dengan melakukan tinjauan terhadap praktek kebijakan legislatif selama ini dalam menetapkan asas-asas hukum pidana yang menyimpang dari asas-asas umum hukum pidana maupun aturan umum (*general rules*) yang ada dalam KUHP sebagai buku induk hukum pidana (*materiil*). Selanjutnya ditinjau pula dasar pembenaran kebijakan penyimpangan asas-asas hukum pidana dilihat dari aspek keadilan dan perkembangan hukum internasional serta dari sudut Rancangan (Konsep) KUHP Baru.

Dari beberapa perundang-undangan di Indonesia yang diteliti ditemukan beberapa asas yang menyimpang dari asas-asas umum hukum pidana sebagaimana yang dirumuskan dalam KUHP sebagai buku induk hukum pidana. Undang-undang yang diteliti itu adalah UU No. 5/1997 tentang Psikotropika; UU No. 22/1997 tentang Narkotika; UU No. 5/1999 tentang Larangan Monopoli dan Usaha Tidak Sehat; UU No. 8/1999 tentang

Perlindungan Konsumen; UU. No. 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi; UU. No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM; dan UU. No. 20/2001 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Apabila penyimpangan asas-asas hukum pidana tersebut ditinjau dari masalah pokok hukum pidana, yakni masalah tindak pidana (kriminalisasi); pertanggungjawaban pidana; dan masalah pidana dan ppidanaan, maka dapat dilihat dalam bagan sebagai berikut:

No.	Masalah Pokok Hk. Pidana	Undang-undang	Asas/ aturan/ ketentuan yang disimpangi
1.	Tindak Pidana (Kriminalisasi)	UU. No. 5/1997 UU.No.22/1997 UU. No. 8/1999 UU. No. 31/1999 UU. No. 26/2000 UU. No.20/2001	- Asas Legalitas - Asas ne bis in idem - Kualifikasi Yuridis "Kejahatan" dan "Pelanggaran"
2.	Pertanggungjawaban Pidana (Kesalahan)	Idem	- pertanggungjawaban individual - pertanggungjawaban terhadap Korporasi
3.	Pidana dan Ppidanaan	Idem	Aturan/ketentuan (<i>general rules</i>) pidana minimal khusus

Penyimpangan terhadap aturan-aturan hukum pidana, termasuk di dalamnya asas-asas umum hukum pidana, sebagaimana terdapat dalam Buku I KUHP dalam perundang-undangan di Indonesia memang dimungkinkan apabila perundang-undangan tersebut mengatur pula pedoman pengoperasionalannya. Pasal 103 KUHP menegaskan,

“Ketentuan-ketentuan dalam Bab I sampai dengan Bab VIII buku ini juga berlaku bagi perbuatan-perbuatan yang oleh ketentuan perundang-undangan lainnya diancam dengan pidana, kecuali jika oleh undang-undang ditentukan lain”.

Sebagaimana telah diuraikan di atas, bahwa aturan-aturan dan asas-asas umum hukum pidana dalam Buku I KUHP merupakan landasan yang sangat penting, dan menjadi titik tolak bagi pembentukan dan interpretasi perundang-undangan hukum pidana, maka penyimpangan-penyimpangan asas-asas hukum pidana merupakan masalah yang sangat penting untuk dilakukan penelitian. Di dalam pembahasan ini, telaah terhadap penyimpangan-penyimpangan asas-asas umum hukum pidana tersebut, tidak hanya terhadap penyimpangan “*general rules*” dalam Buku I KUHP, tetapi dibahas juga asas-asas tidak tertulis, yang diakui dan diterapkan di dalam praktik hukum pidana. Pembahasan mengenai hal tersebut, lebih difokuskan pada masalah-masalah sentral hukum pidana materiel, yaitu, masalah tindak pidana (kriminalisasi), masalah pertanggungjawaban pidana (kesalahan), dan masalah pidana dan pemidanaan, sebagaimana terlihat dalam bagan di atas. Uraian berikut sistematikanya juga didasarkan pada masalah sentral dalam hukum pidana.

1. Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana dalam Masalah Tindak Pidana (kriminalisasi)

Berdasarkan penelitian yang dilakukan terhadap beberapa perundang-undangan, kaitannya dengan masalah sentral hukum pidana yang pertama, yakni masalah tindak pidana, ditemukan beberapa penyimpangan asas hukum pidana, yaitu: (a) asas legalitas; (b) asas *ne bis in idem*; dan (3) asas hukum pidana menyangkut kualifikasi yuridis antara kejahatan dan pelanggaran.

a. Penyimpangan Terhadap Asas Legalitas

Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam masalah pokok hukum pidana yang pertama yakni masalah “tindak pidana” adalah menyangkut sumber atau dasar hukum ditetapkannya tindak pidana. Dalam menetapkan sumber hukum atau dasar patut dipidananya suatu perbuatan, KUHP bertolak dari pendirian bahwa sumber hukum yang utama adalah undang-undang (hukum yang tertulis), sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang berbunyi, “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan”. Pasal 1 ayat (1) KUHP ini merupakan perumusan asas legalitas.

Pemuatan asas legalitas sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) tersebut menandakan asas legalitas dalam pengertian yang formal. Kendati demikian, asas legalitas yang di dalamnya terkandung asas non retroaktif ini dapat disimpangi selama ada perubahan undang-undang, dan

perubahan tersebut menguntungkan bagi terdakwa. Penyimpangan asas legalitas itu dapat dilihat dalam bunyi Pasal 1 ayat (2) KUHP sebagai berikut, “Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling menguntungkan bagi terdakwa”.

Asas legalitas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 KUHP tersebut, dalam pelaksanaannya terdapat penyimpangan-penyimpangan, baik dalam produk legislatif (produk perundangan-undangan) maupun dalam proses yudikatif (praktek pengadilan)

Penyimpangan asas legalitas dalam produk yudikatif yang pernah terjadi, misalnya, diterimanya Peninjauan Kembali (PK) yang diajukan jaksa sehingga membatalkan putusan Mahkamah Agung (MA) sebelumnya yang memberikan putusan bebas murni atas perkara Muchtar Pakpahan yang didakwa mendalangi aksi unjuk rasa buruh di Medan tahun 1994. Kendati peraturan jelas menyatakan bahwa PK hanya dapat dilakukan oleh terpidana atau ahli waris, dan itu bersifat limitative sebagaimana diatur dalam Pasal 263 KUHAP, namun jaksa mengajukan PK, dan itu diterima oleh hakim. Dengan masuknya unsur baru dalam KUHAP berupa PK oleh jaksa, berarti telah terjadi penyimpangan asas hukum pidana yang digariskan dalam KUHAP.

Penyimpangan asas hukum berupa diterimanya PK yang diajukan jaksa tersebut telah memunculkan perdebatan yang bertentangan secara diametral. Di satu sisi, MA dinilai telah mengubah ketentuan dan prosedur

baku tentang PK yang tercantum dalam KUHP. MA dianggap telah melampaui batas proporsi yang ditentukan undang-undang. Dalam kaitan ini, advokat senior Todung Mulya Lubis menyebutnya sebagai “telah terjadi tragedy dalam hukum”.¹⁰⁴ PK yang sebelumnya dimaksudkan demi melindungi kepentingan terpidana, sudah mulai dimanfaatkan oleh jaksa. Namun di lain pihak, muncul interpretasi atas KUHP bahwa memang dimungkinkan memberikan kewenangan PK bagi jaksa, jika hal itu dimaksudkan demi kepentingan publik dan rasa keadilan.

Terlepas dari kontroversi tersebut, terlihat bahwa MA membuka kemungkinan peluang PK bagi jaksa terhadap kasus pidana yang dianggap belum memenuhi rasa keadilan dan perlindungan kepentingan umum. Di sini tampak adanya pergeseran paradigma dari perlindungan dan kepentingan individu bergeser kepada perlindungan kepentingan umum dan rasa keadilan. Menurut Soetandyo Wignyosoebroto, konsep keadilan saat ini harus bergeser dari keadilan distributif atau keadilan yang diberikan oleh *tribunus-tribunus* (kepala suku/pemimpin) menjadi keadilan yang dibicarakan bersama atau keadilan komutatif.¹⁰⁵

Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam produk legislatif (kebijakan perundang-undangan) dapat dibedakan menjadi dua hal yaitu, penyimpangan asas-asas hukum pidana dalam KUHP dan penyimpangan asas-asas hukum pidana di luar KUHP. Penyimpangan asas-

¹⁰⁴ Hal tersebut juga diulas Satjipto Rahardjo dalam pidato mengakhiri masa jabatan sebagai Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum UNDIP, 15 Desember 2000.

¹⁰⁵ Wawancara wartawan Kompas dengan Soetandyo Wignyosoebroto, “Keadilan Komutatif, *Win-win Solution*”, Harian Kompas, 25 November 2000, hlm. 6.

asas hukum pidana yang terdapat dalam KUHP adalah penyimpangan yang memang sudah diatur dalam KUHP, sedangkan penyimpangan asas-asas hukum pidana di luar KUHP adalah produk-produk legislatif lain yang menyimpang dari asas-asas hukum pidana yang digariskan dalam KUHP sebagai buku induk hukum pidana materil yang telah dikodifikasi.

Sebagaimana dikemukakan sebelumnya bahwa penyimpangan asas-asas umum hukum pidana yang telah dirumuskan sendiri dalam KUHP adalah yang terdapat dalam Buku I aturan umum Pasal 1 ayat (1) KUHP yang memuat asas legalitas. Asas legalitas tersebut dapat disimpangi sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP, yakni apabila terdapat perubahan undang-undang dan perubahan tersebut menguntungkan terdakwa. Pasal 1 ayat (1) KUHP berbunyi “tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan”, sedangkan ayat (2) berbunyi: “jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa”.

Dengan demikian berarti, KUHP sebagai undang-undang induk dalam hukum pidana sudah mengatur perihal penyimpangan asas-asas umum hukum pidana. Artinya penyimpangan asas hukum pidana bukanlah hal baru.

Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana di luar KUHP, (khususnya penyimpangan asas legalitas, termasuk di dalamnya asas non retroaktif) adalah Ordonantie 22 September 1945 S. 1945 – 135 yang

berlaku tanggal 7 Oktober 1945 yang memuat ketentuan dalam Pasal 18 dan Pasal 19 yang menyatakan bahwa ordonantie ini berlaku surut sampai 10 Mei 1940 dan tidak memberlakukan Pasal 1 WvS.

Penyimpangan terhadap asas legalitas yang di dalamnya termasuk asas non retroaktif lainnya adalah seperti terdapat dalam UU. No. 26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Pasal 43 UU. Nomor 26/2000 menyebutkan, "Pelanggaran hak asasi yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc". Sedangkan Pasal 47 ayat (1) undang-undang ini juga menyatakan, "Pelanggaran yang berat yang terjadi sebelum berlakunya Undang-undang ini tidak menutup kemungkinan penyelesaiannya dilakukan oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi".

Ketentuan di atas dipertegas lebih lanjut di dalam penjelasan (umum) Undang-undang ini yang menyatakan, "mengenai pelanggaran hak asasi manusia yang berat seperti genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang berdasarkan hukum internasional dapat digunakan asas retroaktif, diberlakukan pasal mengenai kewajiban untuk tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang sebagaimana tercantum dalam Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi:

"Dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis".

Memperhatikan pasal-pasal dalam UU. No. 26/2000 beserta penjelasannya di atas, berarti ada penyimpangan asas-asas umum hukum pidana yaitu asas legalitas yang di dalamnya termasuk asas non retroaktif. Secara garis besar, dalam asas legalitas mencakup "*nullum delictum sine praevia nulla poena lege poenali*" yang juga mengkait larangan untuk menerapkan "*ex post facto criminal law*", dan kaitannya dengan pemberlakuan surut hukum pidana dan sanksi pidana (*non-retroactive application of criminal law and criminal sanction*).¹⁰⁶

Sekalipun asas legalitas berkaitan dengan pembatasan legislatif (*legislative constraint*), hal tersebut ternyata menyentuh pula aturan tentang penafsiran judicial, yaitu larangan atau pembatasan penggunaan analogi. Larangan penafsiran secara analogi sudah diakui dalam sistem hukum pidana di seluruh dunia termasuk Indonesia. Jika penafsiran tersebut tetap dipergunakan dalam kasus pelanggaran hak asasi manusia, maka pembuat undang-undang telah memandang kasus tersebut sebagai kejahatan biasa (*ordinary crimes*) sehingga mengurangi makna dan esensi dari pelanggaran hak asasi manusia itu sendiri.¹⁰⁷

Sejarah hukum pidana pernah mencatat peristiwa yang memberlakukan undang-undang hukum pidana berlaku surut yaitu:¹⁰⁸

¹⁰⁶ Muladi, (makalah) "Asas Legalitas (Principle of Legality) Dalam Kaitannya Dengan Pengadilan HAM", Jakarta, 17 Februari 2000, hlm. 1.

¹⁰⁷ Romli Atmasasmita, (makalah) "Latar Belakang Penyusunan RUU Tentang Pengadilan HAM", Jakarta, 16 Februari 2000, hlm. 5.

¹⁰⁸ Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, edisi revisi, Ghalia Indonesia, 1992, hlm. 71 - 72.

- a. Di Jerman pada tahun 1933 diadakan undang-undang yang memuat ketentuan bahwa undang-undang tanggal 23 Maret 1933 berlaku surut sampai tanggal 31 Januari 1933, sebagai peraturan untuk melindungi kepentingan rakyat dan negara. Dengan UU 23 Maret 1933 ini Marines van de Lubbe dan kawan-kawannya dijatuhi pidana berat atas dakwaan telah membakar *Reichtstaatgebouw* pada tanggal 27 Februari 1933. Peristiwa hukum pidana berlaku surut ini dinamakan *Lex van de Lubbe*.
- b. Di Nederland mengadakan peraturan dengan pertimbangan untuk keselamatan negara perlu menetapkan peraturan hukum pidana istimewa terhadap perbuatan-perbuatan tertentu yang dilakukan selama peperangan berlangsung, yang menurut sifatnya merupakan perbuatan tercela sehingga harus mendapat pidana tanpa berpatokan pada ketentuan Pasal 1 Sr. Peraturan tersebut adalah *Besluit* 22 Desember 1943 S. No. D. 61 jo. Wet 10 Juli 1947 S. No. 233.
- c. Di Hindia Belanda pernah mengeluarkan Ordonantie 22 September 1945 S. 1945 – 135 yang berlaku tanggal 7 Oktober 1945, memuat ketentuan dalam Pasal 18 dan Pasal 19 bahwa ordonantie ini berlaku surut sampai 10 Mei 1940 dan tidak memberlakukan Pasal 1 WvS.

Menurut Schaffmeister, tujuan dari asas legalitas adalah¹⁰⁹ (1) memperkuat kepastian hukum; (2) menciptakan keadilan dan kejujuran bagi terdakwa; (3) mengefektifkan “*deterrent function*” dari sanksi pidana; (4) mencegah penyalahgunaan kekuasaan; dan (5) memperkuat penerapan

¹⁰⁹ Muladi, (makalah) “*Prinsip-prinsip Pengadilan Pidana bagi Pelanggaran HAM Berat di Era Demokrasi*”, Jakarta, 27 April 2000, hlm. 16.

"rule of law". Namun demikian, khusus mengenai kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*) sebagai salah satu bentuk kejahatan HAM berat (*gross violation of human rights*), apabila diterapkan secara retroaktif, dianggap tidak melanggar standas asas legalitas di dalam hukum pidana internasional, sebab kejahatan tersebut semata-mata merupakan perluasan yurisdiksi (*jurisdiction extention*) dari kejahatan perang (*an outgrowth of war crimes*) dan diterima sebagai hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) serta telah diputuskan oleh pengadilan internasional yang bersifat *ad hoc*.¹¹⁰

Di dalam praktek yudikatif (pengadilan), penyimpangan asas non retroaktif sebagaimana ditandakan dalam UU. Nomor 26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, diterapkan dalam putusan sela majelis hakim di Pengadilan HAM Ad Hoc Jakarta Pusat, tanggal 28 Maret 2002, berkaitan dengan keberatan (eksepsi) penasehat hukum mantan Kapolda Timtim, dalam perkara dugaan adanya pelanggaran HAM berat di Timtim pasca jajak pendapat. Menurut para penasehat hukum tersebut, UU. No.26/2000 (khususnya pasal-pasal yang memberlakukan asas retroaktif) bertentangan dengan asas legalitas (*nullum delictum nulla poena sine lege*) dan asas non retroaktif sebagaimana tercantum dalam Pasal 28I Perubahan Kedua UUD 1945.

Menurut majelis hakim yang menangani perkara tersebut, hukum internasional sudah mengakui dan menerima prinsip yurisdiksi universal

¹¹⁰ Tentang masalah seperti ini mengacu pada Pengadilan Nurenberg dan Pengadilan Tokyo yang merupakan penerapan hukum yang sudah ada di dalam *International Agreement* tentang "war criminals". Jadi bukan berarti menciptakan hukum baru.

dalam memerangi dan menghapus kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Demikian pula jaksa yang menangani perkara itu berpendapat, penyimpangan asas non retroaktif tersebut berdasarkan pada hukum kebiasaan internasional yang mengacu pada prinsip-prinsip keadilan. “*Impunity*” terhadap pelaku pelanggaran HAM yang berat akan dirasakan lebih tidak adil dibandingkan dengan tidak menerapkan asas legalitas. Dalam hal tidak ada persoalan asas legalitas, sebab tidak ada peraturan perundang-undangan yang baru, yang terjadi adalah penerapan hukum kebiasaan internasional dalam peradilan ad hoc dengan *locus* (tempat) dan *tempus* (waktu) tertentu yang sudah dikenal dalam praktik hukum internasional di Nurenberg, Tokyo, Rwanda, dan bekas Yugoslavia. Dalam hal ini berlaku asas *nullum delictum nulla poena sine iure*.¹¹¹ Ditambahkannya, pelanggaran HAM berat adalah kejahatan luar biasa yang perbuatannya dapat mengguncang kemanusiaan (*deeply shock the conscience of humanity*) dan dapat mengancam perdamaian dan keamanan internasional.

Muladi juga berpendapat, di samping berdasarkan atas sandaran hukum internasional, juga, apabila pelanggar HAM berat mendapat “*impunity*” berdasarkan asas non-retroaktif kaitannya dengan maxim “*nullum crime sine lege*”, maka sangatlah tidak adil apabila yang bersalah dibiarkan bebas (*unpunished*), sebab, maxim “*nullum crimen sine lege*” itu

¹¹¹ Harian Kompas, “Sidang Pengadilan HAM Ad Hoc Timtim Asas Nonretroaktif Tak Dapat Diterima”. Sabtu, 30 Maret 2002, hlm. 7.

bukan merupakan batasan kedaulatan, tetapi merupakan "*principle of justice*". Abdul Hakim Garuda Nusantara juga berpendapat, adanya asas yang menyatakan "seseorang hanya dapat dipidana berdasarkan undang-undang yang berlaku pada saat perbuatan pidana dilakukan", adalah merupakan pendekatan yang bersifat legistis (*legistis approach*), bukan pendekatan keadilan (*justice approach*)¹¹²

Sejak pengadilan Nurenberg dan Tokyo, beberapa negara telah mengadili kasus-kasus "*crimes against humanity*" tanpa mempersoalkan asas legalitas, seperti Israel dalam kasus Adolf Eichmann pada tahun 1960, Perancis dalam kasus Barbie pada tahun 1988, Kanada dalam kasus Imre Finta pada tahun 1989, Rwanda pada tahun 1993, dan Former Yugoslavia pada tahun 1994.

Dengan demikian, apabila pelanggaran HAM yang berat dipersoalkan dari sisi asas legalitas, yang tidak memungkinkan ketentuan tersebut berlaku surut (*the principle of non-retroactivity*), maka pemahamannya harus ditinjau dari pendekatan bahwa pemidanaan terhadap kejahatan-kejahatan tersebut dalam pengadilan nasional dapat dilakukan karena merupakan dari "*the international customary law*" atau paling tidak merupakan asas-asas yang telah diterima oleh masyarakat dunia (*the general principles of law recognized by civilized nations*) dan telah diterapkan oleh praktek pengadilan internasional *ad hoc* (*judicial decision*),

¹¹² Abdul Hakim Garuda Nusantara, (makalah) "Mengadili Kasus-kasus Pelanggaran HAM: Pengalaman Beberapa Negara", Jakarta, 15 Februari 2000, hlm. 1.

sehingga dapat dijadikan sumber hukum baik hukum nasional maupun internasional.¹¹³

Berkaitan dengan hal itu, kebijakan kriminalisasi dari UU Pengadilan HAM yang menyimpang dari asas non retroaktif sebagai bagian dari asas legalitas, nampaknya tidak terlepas dari tujuan dibuatnya UU tersebut, yaitu melindungi hak asasi manusia, baik perseorangan maupun masyarakat, dan menjadi dasar dalam penegakan, kepastian hukum, keadilan, dan perasaan aman baik bagi perseorangan maupun masyarakat, terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Ini berarti merupakan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia.¹¹⁴ Oleh karena itu, semua perumusan delik dalam undang-undang Pengadilan HAM terfokus pada perbuatan-perbuatan yang “menghancurkan” harkat dan martabat manusia secara luas dan sistematis.

Kebijakan kriminalisasi demikian memang sesuai dengan statuta-statuta internasional yang mengatur tentang masalah pelanggaran HAM berat (*gross violation of human rights*) yang mencakup “*genocide*” dan “*crimes against humanity*” seperti dalam Art.3 *the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 1994* yang menyatakan bahwa perbuatan tersebut merupakan bagian dari “*a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, racial or religious grounds*”. Demikian pula dalam Statuta Roma (1998) tentang “*The International Criminal Court*” juga menyebutkan, untuk dapat

¹¹³ Muladi, (makalah) “Prospek Pengaturan Pengadilan HAM di Indonesia”, Jakarta, 9 Januari 2000, hlm. 10 – 11.

¹¹⁴ Lihat Pasal 1 dalam penjelasan umum UU. No. 26/2000.

dikategorikan sebagai kejahatan HAM berat berupa “*crime against humanity*” harus mengandung elemen bahwa perbuatan tersebut “*committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population*” (Art.7).

Berdasar uraian di atas, maka dapat dikemukakan bahwa berkaitan dengan asas non-retroaktivitas, secara materiil dan filosofis tidak ada persoalan, karena merupakan perluasan yurisdiksi (*jurisdiction extension*) dari kejahatan perang (*an outgrowth of war crimes*) dan diterima sebagai hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) serta telah diputuskan oleh pengadilan internasional yang bersifat *ad hoc*.¹¹⁵ Yang menjadi masalah adalah jika dilihat secara formal

Dengan demikian dapat dikemukakan bahwa asas retroaktif dapat diberlakukan dalam rangka melindungi hak asasi tersebut. Oleh karena itu UU. No. 26/2000 mengatur pula tentang Pengadilan HAM *ad hoc* untuk memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini.

Penyimpangan terhadap asas legalitas dalam UU. No 26 tahun 2000 selaras dengan perkembangan hukum internasional dan beberapa konvensi internasional yang mengadili para penjahat perang tanpa mempertimbangkan asas legalitas, sebagai mana terjadi dalam Pengadilan Tokyo, Nurenberg, Rwanda, dan di bekas Yugoslavia. Penyimpangan asas legalitas terhadap para penjahat perang dan atau pelanggar berat HAM

¹¹⁵ Log. Cit, hlm 19.

tersebut, senafas dengan rasa keadilan. Artinya, sangat tidak adil apabila orang yang bersalah tidak dihukum karena terbentur dengan asas legalitas.

b. Penyimpangan Terhadap Asas *ne bis in idem* dan Daluwarsa

Penyimpangan Asas umum hukum pidana lain yang berkaitan dengan pokok masalah hukum pidana yang pertama, yakni “tindak pidana” kaitannya dengan sumber hukum atau dasar hukum ditetapkannya tindak pidana adalah penyimpangan asas *ne bis in idem* dan daluwarsa di dalam undang-undang nomor 26/2000.

Undang-undang tentang Pengadilan HAM memang hanya menyebutkan bahwa pelanggaran HAM yang berat tidak berlaku kadaluwarsa. Hal ini dapat dilihat pada Angka 2 dari penjelasan umum dan Pasal 46 undang-undang ini yang menyebutkan bahwa terhadap pelanggaran HAM yang berat tidak berlaku kadaluwarsa. Dengan demikian, pada prinsipnya UU No. 26/2000 tidak menganut asas *ne bis in idem*, apabila dilihat dari ketentuan mengenai kadaluwarsa, yang diatur di dalam Pasal 78 KUHP, yang “setipe” dengan ketentuan mengenai asas *ne bis in idem* yang diatur dalam Pasal 76 KUHP, berdasarkan alasan hapusnya kewenangan penuntutan pidana.

Pasal 78 KUHP merumuskan:

- (1) “Kewenangan menuntut pidana hapus karena daluwarsa:
ke-1. mengenai semua pelanggaran dan kejahatan yang dilakukan dengan percetakan, sesudah satu tahun;

- ke-2. mengenai kejahatan yang diancam dengan denda, kurungan, atau pidana penjara paling lama tiga tahun, sesudah enam tahun;
 - ke-3. mengenai kejahatan yang diancam dengan pidana penjara lebih dari tiga tahun, sesudah dua belas tahun;
 - ke-4. mengenai kejahatan yang diancam dengan pidana mati atau pidana penjara seumur hidup, sesudah delapan belas tahun.
- (2) Bagi orang yang pada saat melakukan perbuatan umurnya belum delapan belas tahun maasing-masing tenggang daluwarsa di atas dikurangi sepertiga.

Tentang hapusnya kewenangan menuntut pidana dan menjalankan pidana, Pasal 76 KUHP menyebutkan,

- (1) Kecuali dalam hal putusan Hakim masih mungkin diulangi (*herziening*), orang tidak boleh dituntut dua kali karena perbuatan yang oleh hakim Indonesia terhadap dirinya telah diadili dengan putusan yang menjadi tetap. (Dalam artian Hakim Indonesia, termasuk juga Hakim pengadilan Swapraja dan Adat, di tempat-tempat yang mempunyai pengadilan-pengadilan tersebut).
- (2) Jika putusan yang menjadi tetap berasal dari Hakim lain, maka terhadap orang itu dan karena perbuatan pidana itu pula, tidak boleh diadakan penuntutan dalam hal:
 - Ke-1. putusan berupa pembebasan dari tuduhan atau pelepasan dari tuntutan hukum;
 - Ke-2. putusan berupa pidanaan dan pidananya telah dijalani seluruhnya atau telah diberi ampun atau wewenang untuk menjalankannya telah hapus karena daluwarsa.

Berdasarkan pasal-pasal dalam KUHP di atas, maka dalam UU. No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM terdapat penyimpangan asas kaitannya dengan asas *ne bis in idem*. Terutama apabila dikaji berdasarkan alasan hapusnya kewenangan menuntut pidana yang terdiri dari:

- 1. tidak adanya pengaduan pada delik-delik aduan;
- 2. *ne bis in idem* (Pasal 76 KUHP);
- 3. matinya terdakwa (Pasal 77 KUHP);
- 4. daluwarsa (Pasal 78 KUHP);

5. telah adanya pembayaran denda maksimum kepada pejabat tertentu untuk pelanggaran yang hanya diancam dengan denda saja (Pasal 82 KUHP);
6. ada abolisi atau amnesti (di luar KUHP).¹¹⁶

Kebijakan legislatif mengenai tidak berlakunya asas *ne bis in idem* terhadap pelanggaran HAM yang berat sebagaimana dituangkan dalam UU No. 26/2000 tersebut, nampaknya didasarkan pada perkembangan hukum pidana internasional, khususnya dalam pengadilan internasional yang bersifat *ad hoc* berdasarkan ketentuan statuta Pengadilan Internasional di bekas Yugoslavia, sebagaimana dalam artikel 10 yang menegaskan bahwa asas *ne bis in idem* tidak berlaku apabila peradilan nasional memperlakukan pelanggaran HAM berat sebagai tindak pidana biasa (*ordinary Crimes*) dan peradilan yang telah berlangsung dilakukan secara tidak independen dan memihak, didisain untuk menjadi perisai terhadap pertanggungjawaban pidana internasional dan penuntutannya dilakukan secara acak-acakan (*not diligently prosecuted*).¹¹⁷

Namun demikian, ketentuan mengenai tidak berlakunya asas *ne bis in idem* dalam UU No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM Berat ini tidak diatur secara tegas sebagaimana pengaturan dalam Statuta Pengadilan Internasional di bekas Yugoslavia seperti dikemukakan di atas. Di samping itu, ketentuan tidak berlakunya daluwarsa dalam UU No. 26/2000 tidak pula ditegaskan secara jelas batasan daluwarsanya, misalnya, sampai

¹¹⁶ Barda Nawawi Arief, *Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Badan Penyediaan Bahan Kuliah Fak. Hukum UNDIP, Semarang, 1993, hlm. 57.

¹¹⁷ Muladi, "Prospek Pengaturan Pengadilan HAM di Indonesia", Jakarta, 9 Januari 2000, hlm. 4

dideklarasikannya negara Indonesia tanggal 17 Agustus 1945; mulainya Orde Baru; atau jatuhnya Orde Baru; atau batasan yang lain.

Pengaturan seperti itu sangat penting agar dalam pelaksanaannya terdapat landasan yang kuat, sehingga terdapat kepastian hukum dan keadilan. Tanpa aturan dan ukuran yang jelas perihal penyimpangan *asas ne bis in idem* dan *asas daluwarsa* ini, dapat menimbulkan masalah dalam praktek, khususnya dalam menentukan batasan *daluwarsa* tersebut.

c. Penyimpangan Terhadap Kualifikasi Yuridis Kejahatan dan Pelanggaran

Penyimpangan lain yang terdapat dalam perundangan-undangan saat ini yang berkaitan dengan masalah tindak pidana (*kriminalisasi*) adalah banyaknya perundang-undangan yang tidak lagi merumuskan kualifikasi yuridis antara kejahatan dan pelanggaran. Di dalam KUHP membedakan secara jelas kualifikasi yuridis antara kejahatan dan pelanggaran. Kejahatan dirumuskan dalam Buku II dan pelanggaran dirumuskan dalam Buku III KUHP, yang antara keduanya (*pelanggaran dan kejahatan*) mempunyai konsekwensi yuridis yang berbeda.

Perundang-undangan yang tidak lagi membedakan kualifikasi yuridis antara kejahatan dan pelanggaran tersebut antara lain UU. No. 20/2001 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 31/1999 tentang Pemberantasan tindak Pidana Korupsi; UU. No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM; UU No. 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana

Korupsi; UU No. 8/1999 tentang Perlindungan Konsumen; UU No. 5/1999 tentang Larangan Monopoli dan Usaha Tidak Sehat; UU No. 22/1997 tentang Narkotika.

Pembahasan menyangkut kebijakan legislatif yang tidak lagi membedakan kualifikasi yuridis antara kejahatan dan pelanggaran dapat dijelaskan sebagai berikut:

UU. No. 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, UU. No. 26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, tidak ada perbedaan tentang kualifikasi delik antara “kejahatan” dan “pelanggaran”. Demikian pula UU. No. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak sehat sebagaimana tercermin dalam Pasal 48 dan 49 maupun UU. No. 8/1999 tentang Perlindungan Konsumen sebagaimana tercermin dalam Pasal 61 s/d 63 tidak membedakan kualifikasi delik antara kejahatan dan pelanggaran. Yang menarik adalah perundang-undangan menyangkut narkotika dan obat-obatan terlarang (Narkoba), yakni UU Psikotropika (No. 5/1997) dan UU Narkotika (No. 22/1997). Kendati kedua undang-undang tersebut mengatur masalah Narkoba, tetapi pengaturan kualifikasi deliknya berbeda, yakni UU Psikotropika (No. 5/1997) menyebut/menegaskan kualifikasi tindak pidana yang diatur dalam UU ini sebagai “kejahatan” (Pasal 68), tetapi UU Narkotika (No. 22/1997) sama sekali tidak menyebutkan kualifikasinya, padahal ada tindak pidana yang diancam dengan pidana ringan berupa “kurungan” (Pasal 86, 88, dan 94).

Tidak ditegaskannya perbedaan antara kejahatan dan pelanggaran di beberapa undang-undang tersebut dapat menimbulkan masalah, karena perundang-undangan pidana di luar KUHP tetap terikat pada aturan pemidanaan menurut KUHP yang masih membedakan antara “kejahatan” dan “pelanggaran” dan berkait pula tentang akibat-akibat yuridisnya, .

Tidak ditegaskannya kualifikasi delik di dalam UU tersebut, bisa jadi, karena pembuat UU sudah tidak lagi membedakan akibat hukum/pemidanaan untuk “percobaan” dan “pembantuan”, yaitu keduanya diancam pidana sama dengan pelaku delik. Padahal akibat hukum dari perbedaan “kejahatan” dan “pelanggaran” bukan hanya pada kedua masalah tadi, tetapi juga pada masalah-masalah lain, seperti dalam hal ada “concursum”, “daluwarsa penuntutan dan pelaksanaan pidana”, berlakunya “asas nasional aktif” dalam Pasal. 5 ayat (1) ke-2 KUHP, dan sebagainya.

Penetapan kualifikasi delik sebagai “kejahatan” merupakan “penetapan kualifikasi yuridis” yang mempunyai akibat/konsekwensi yuridis dalam praktek, baik dalam arti konsekwensi yuridis-materiel (yaitu terikat pada aturan umum dalam KUHP) maupun konsekwensi yuridis-formal (dalam (KUHP), sepanjang tidak ditentukan lain oleh undang-undang. Menurut Barda Nawawi Arief, penetapan kualifikasi yuridis ini diperlukan untuk “menjembatani” berlakunya aturan umum KUHP terhadap hal-hal yang tidak diatur dalam UU di luar KUHP.¹¹⁸

¹¹⁸ Barda Nawawi Arief, (Makalah) “Strategi Kebijakan Penanggulangan Korupsi Dan Evaluasi Terhadap Undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi”, Bahan Masukan Untuk Tim Pakar Departemen Hukum dan Perundang-undangan, 1999, hlm.13-14.

Oleh karena aturan umum KUHP membedakan antara “aturan umum untuk kejahatan” dan “aturan umum untuk pelanggaran”, maka apabila aturan umum KUHP itu juga diberlakukan terhadap UU di luar KUHP (berdasarkan Pasal 103 KUHP), maka UU di luar KUHP itu juga harus menyebut kualifikasi yang jelas dari tindak pidana yang diaturnya, apakah “kejahatan” atau “pelanggaran”

Tidak dibedakannya kualifikasi tindak pidana berupa “kejahatan” dan “pelanggaran” dalam beberapa kebijakan perundang-undangan sebagaimana disebutkan di atas, barangkali sebagai antisipasi terhadap Konsep KUHP baru yang tidak lagi membedakan kualifikasi tindak pidana berupa kejahatan dan pelanggaran.

Tidak lagi diadakan penggolongan dalam dua macam tindak pidana berupa kejahatan dan pelanggaran itu, karena tidak dapat dipertahankannya lagi kriteria pembedaan kualitatif antara “*rechtsdelict*” dan “*wetsdelict*” yang melatarbelakangi penggolongan dua jenis tindak pidana itu. Penggolongan dua jenis tindak pidana itu pada zaman Hindia Belanda memang relevan dengan kompetensi pengadilan waktu itu, yakni “pelanggaran” pada dasarnya diperiksa oleh *Landgerecht* (Pengadilan Kepolisian) dengan hukum acaranya sendiri, dan “kejahatan” diperiksa oleh *Landraad* (Pengadilan Negeri) atau *Raad van Justitie* (Pengadilan Tinggi) dengan hukum acaranya sendiri pula. Padahal pembagian kompetensi seperti itu tidak dikenal lagi saat ini.

Di samping itu, menurut Barda Nawawi Arief, pandangan mutakhir mengenai “*afkoop*” (seperti pada Pasal 82 KUHP) sebagai alasan penghapus penuntutan tidak hanya berlaku terbatas untuk “pelanggaran” saja, tetapi dapat berlaku untuk semua tindak pidana walaupun dengan pembatasan ancaman maksimum pidananya.¹¹⁹

2. Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana dalam Masalah Pertanggungjawaban Pidana

Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam masalah pokok hukum pidana yang kedua, yaitu “pertanggungjawaban pidana” adalah berkaitan dengan subjek tindak pidana. Apabila KUHP merumuskan subyek tindak pidana adalah orang perorangan, namun dalam beberapa perundang-undangan (UU. No. 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, UU. No. 5/1997 tentang Psikotropika, UU. No. 22/1997 tentang Narkotika, UU. No. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, UU. No. 8/1999 tentang Perlindungan Konsumen) ditemukan bahwa subjek tindak pidana tidak hanya “orang perorangan” tetapi juga “korporasi”/badan usaha. Juga, menyangkut pertanggungjawaban pengganti (*vicarious liability*) komandan atau atasan terhadap kesalahan bawahan atau anak buah (UU. No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM). Masalah

¹¹⁹ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, him. 93.

pertanggungjawaban pengganti (*vicarious liability*) ini tidak terdapat dalam “*general rules*” KUHP, tetapi dikenal dalam ajaran/doktrin hukum pidana.

Kebijakan tentang pertanggungjawaban atasan atau komandan atas kesalahan bawahan atau anak buah sebagaimana dirumuskan dalam UU. No. 26/2000 tentang Pengadilan HAM, dapat dilihat dalam Pasal 42 yang menyatakan:

- (1) Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada di dalam yurisdiksi Pengadilan HAM, yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando dan pengendaliannya yang efektif, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif dan tindak pidana tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut, yaitu:
 - a. komandan militer atau seseorang tersebut mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat; dan
 - b. komandan militer atau seseorang tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.
- (2) Seorang atasan, baik polisi maupun sipil lainnya, bertanggungjawab pidana terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan oleh bawahannya yang berada di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif, karena atasan tersebut tidak melakukan pengendalian terhadap bawahannya secara patut dan benar, yakni:
 - a. atasan tersebut mengetahui atau secara sadar mengebaikan informasi yang secara jelas menunjukkan bahwa bawahan sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat; dan
 - b. atasan tersebut tidak mengambil tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kewenangannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan, dan penuntutan.
- (3) Perbuatan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) diancam dengan pidana yang sama sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36, 37, 38, dan 40.

Bila disimak ketentuan Pasal 42 UU. No. 26/2000, maka perlu dipahami bahwa suatu perintah harus mengandung suatu keharusan untuk tidak bertindak atau bertindak dengan cara tertentu itu merupakan perintah dinas atau perintah jabatan seperti yang dimaksud Pasal 51 KUHP yang menyatakan bahwa:

- (1) Barang siapa melakukan perbuatan untuk melaksanakan perintah jabatan yang diberikan oleh penguasa yang berwenang, tidak dipidana.
- (2) Perintah jabatan tanpa wewenang, tidak menyebabkan hapusnya pidana, kecuali jika diperintah, dengan itikad baik mengira bahwa perintah diberikan dengan wewenang, dan pelaksanaannya termasuk dalam lingkungan pekerjaannya.

Ketentuan Pasal 51 KUHP di atas, nampaknya berbeda dengan Pasal 103 KUHP Militer yang mengancam dengan pidana setiap militer bawahan yang dengan sengaja tidak melaksanakan perintah atasannya. Jadi, seorang bawahan diliputi oleh suatu paksaan untuk mematuhi perintah atasannya. Dia tidak wajib patuh menurut Pasal 51 KUHP tetapi dipaksa untuk patuh menurut Pasal 103 KUHP Militer

Di dalam masalah pelanggaran dikenal apa yang dinamakan pertanggungjawaban individual (*individual criminal responsibility*). Orang dianggap mempunyai pertanggungjawaban pidana apabila yang bersangkutan di samping telah melakukan perbuatan yang memenuhi unsure-unsur tindak pidana dan bersifat melawan hukum serta tidak ada alasan pemaaf, juga mempunyai kemampuan bertanggungjawab, melakukannya dengan kesalahan (sengaja atau alpa) serta tidak ada alasan pemaaf.

Pertanggungjawaban individual (*individual responsibility*) dalam Pasal 1 ayat (5) UU. No. 26/2000 disebutkan bahwa setiap orang adalah perorangan,

kelompok orang, baik sipil, militer, maupun polisi yang bertanggungjawab secara individual. Apabila dihubungkan dengan doktrin hukum pidana, maka yang dikenal adalah pertanggungjawaban individual, yaitu pembuat kejahatan yang diperiksa dan diadili.

Ketentuan mengenai pertanggungjawaban individual di dalam undang-undang nomor 26/12000, tidak hanya menyangkut pertanggungjawaban pidana dari bawahan/pasukan yang melakukan pelanggaran HAM yang berat, tetapi juga sipil/ polisi/ militer yang menjadi atasan/ komandan dari bawahan/pasukannya tersebut dapat dipertanggungjawabkan secara pidana terhadap pelanggaran HAM berat yang terjadi yang dilakukan oleh bawahan/pasukannya.

Mencermati Pasal 42 ayat (1), kaitannya dengan komandan militer, dan ayat (2), kaitannya dengan atasan baik polisi maupun sipil, dalam UU. No. 26/2000 sebagaimana disebutkan di atas, maka mereka bertanggungjawab secara pidana terhadap pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan bawahannya yang berada di bawah komando, kekuasaan atau pengendaliannya yang efektif. Menurut Muladi, hal ini memberikan pengertian bahwa perbuatan yang dilakukan oleh bawahan tidak menghapuskan tanggung jawab atasan, apabila ia mengetahui bahwa bawahan tersebut sedang melakukan kejahatan atau telah melakukannya dan atasan gagal untuk mengambil

tindakan yang diperlukan untuk mencegah perbuatan atau memidana pelaku atau yang dikenal dengan istilah "*crimes by omission*"¹²⁰

Oleh karena itu, yang dapat dipertanggungjawabkan tidak hanya perbuatan yang bersifat aktif (*crime by commission*), tetapi juga yang bersifat pasif (*crime by omission*). Mengenai kejahatan dengan "pembiaran" (*crime by omission*) ini berkaitan dengan hubungan antara komandan militer dengan kekuatan yang berada di bawah komando dan pengendaliannya yang bersifat efektif dan atasan yang lain (*superiors*) dengan bawahannya (*subordinates*) yang berada di bawah komandonya dan kekuasaannya yang efektif.

Berkaitan dengan pertanggungjawaban pidana yang bersifat individual (*individual criminal responsibility*) dalam UU. No. 26/2000 tersebut; selanjutnya Muladi mengatakan, pelaku kejahatan tersebut tidak dapat berdalih bahwa perbuatannya dilakukan untuk kepentingan atau karena perintah negara dan melemparkan tanggung jawan kepada negara (*state responsibility*). Alasan bahwa si pelaku melakukan kejahatan atas perintah dari pemerintahnya atau karena perintah atasan (*crimes by obedience*) bukan merupakan alasan pembenar. Di samping itu, kedudukan resmi pelaku tidak dapat dijadikan alasan untuk membebaskan yang bersangkutan dari tanggung jawab atau pengurangan hukuman.

Pendapat yang terus berkembang tambah Muladi, mengharapkan agar pertanggungjawaban individual atas kejahatan terhadap perdamaian dan

¹²⁰ Muladi, (makalah) Prinsip-prinsip Pengadilan Pidana bagi Pelanggaran HAM Berat di Era Demokrasi, Jakarta 27 April 2000, hlm. 12. Hal ini juga dapat dilihat dalam Art. 28 "*the International Criminal Court*" (ICC) (1998).

keamanan kemanusiaan tidak menghapuskan tanggung jawab negara di bawah hukum internasional baik perbuatan aktif maupun perbuatan *omisi*.¹²¹

Di sini terlihat bahwa UU. No. 26/2000 telah pula mengakomodasi ketentuan-ketentuan seperti yang diatur dalam kesepakatan-kesepakatan internasional, misalnya, "*Statuta of International Tribunal for the Former Yugoslavia*", "*the International Criminal Court*", "Protokol Konvensi Jenewa 1949", dan sebagainya. Statuta-statuta internasional tersebut antara lain menyebutkan bahwa kegagalan untuk berbuat sesuatu itu menunjukkan bahwa pelanggaran yang dilakukan bawahan tidak membebaskan atasan dari tanggung jawab pidana dan tanggung jawab disiplin, "*if he know or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and superior failed to take the necessary and reasonable measure to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.*"

Apabila pertanggungjawaban individual sebagaimana dipaparkan di atas dikaitkan dengan ide "individualisasi pidana", maka pemahaman tentang pembedaan terhadap pertanggungjawaban pidana dari si pelaku/ pembuat dapat dikaji berdasarkan beberapa karakteristik dari "ide individualisasi pidana",¹²² yang antara lain bahwa:

- pertanggungjawaban pidana adalah bersifat pribadi/ perorangan (asas personal);

¹²¹ Art. 5 ILC report on the draf Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 19 July 1991.

¹²² Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Hukum Pidana**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 43.

- pidana hanya diberikan kepada orang yang bersalah (asas culpabilitas/ asas tiada pidana tanpa kesalahan);
- pidana harus disesuaikan dengan karakteristik dan kondisi si pelaku, ini berarti harus ada kelonggaran, fleksibilitas bagi hakim dalam memilih sanksi pidana (baik jenis maupun berat/ ringannya sanksi); dan
- harus ada kemungkinan modifikasi pidana (perubahan/ penyesuaian) dalam pelaksanaannya.

Karena pertanggungjawaban pidana tidak secara tegas diatur di dalam pasal tersendiri di dalam KUHP, maka pemahaman tentang pertanggungjawaban pidana dapat lebih dipahami berdasarkan doktrin-doktrin dan ajaran-ajaran di dalam ilmu hukum pidana. Selain itu, dapat disimak dalam Konsep KUHP (1999-2000), yang di dalamnya secara tegas mengatur tentang kesalahan, yakni;

Pasal 31 Konsep,

“pertanggungjawaban pidana adalah diteruskannya celaan yang obyektif yang ada pada tindak pidana dan secara subyektif kepada seseorang memenuhi syarat untuk dapat dijatuhi pidana karena perbuatannya itu”.

Pasal 32 Konsep:

- (1) Tidak seorang pun dapat dipidana tanpa kesalahan.
- (2) Dalam hal tertentu, seseorang dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain, jika ditentukan dalam suatu undang-undang.
- (3) Untuk tindak pidana tertentu, undang-undang dapat menentukan bahwa seseorang dapat dipidana semata-mata karena telah dipenuhinya unsur-unsur tindak pidana tersebut tanpa memperhatikan adanya kesalahan.

Berdasarkan uraian di atas maka dapat dikemukakan bahwa pertanggungjawaban individual terhadap pelaku pelanggaran HAM berat di

dalam UU. No. 26/2000 lebih mengacu pada hukum pidana internasional, karena KUHP (WvS) tidak mengatur tentang pertanggungjawaban pidana dan kesalahan seperti di dalam Konsep KUHP yang memuat prinsip pertanggungjawaban individual dari pelaku pelanggaran HAM berat.

Pertanggungjawaban individual dari pelaku pelanggaran HAM berat juga sesuai apabila dikaitkan dengan karakteristik dari ide individualisasi pidana dalam Konsep KUHP di atas, maka pertanggungjawaban individual di dalam UU. No. 26/2000 dengan penekanan pada Pasal 31 ayat (2) dan (3) Konsep KUHP tentang kesalahan, ketentuan yang mendukung asas pertanggungjawaban individual di dalam UU. No. 26/2000 yang tidak semata-mata menjatuhkan pidana terhadap si pelaku, tetapi juga menjatuhkan pidana kepada atasan/ komandan yang memberikan perintah untuk melakukan tindak pidana pelanggaran HAM yang berat karena telah ditentukan di dalam undang-undang.

Kaitannya dengan pertanggungjawaban pidana di dalam UU. No. 26/2000 adalah dicantumkannya masalah kompensasi, restitusi, dan rehabilitasi. Di dalam Pasal 35 ayat (1) UU Pengadilan HAM ini menyebutkan, setiap korban HAM yang berat atau ahli warisnya dapat memperoleh kompensasi, restitusi, dan rehabilitasi.

Pengertian ketiga hal di atas diuraikan dalam penjelasannya, yaitu, yang dimaksud dengan “kompensasi” adalah ganti kerugian yang diberikan oleh negara, karena pelakunya tidak mampu memberikan ganti kerugian sepenuhnya yang menjadi tanggungjawabnya. Yang dimaksud dengan

“restitusi” adalah ganti kerugian yang diberikan kepada korban atau keluarganya oleh pelaku atau pihak ketiga, yang berupa; (a) pengembalian harta milik, (b) pembayaran ganti kerugian untuk kehilangan atau penderitaan; atau (c) penggantian biaya untuk tindakan tertentu. Sedangkan yang dimaksud dengan “rehabilitasi” adalah pemulihan pada kedudukan semula, misalnya kehormatan, nama baik jabatan, atau hak-hak lain.

Tentang masalah ganti rugi terhadap korban, UU. No. 8/1999 tentang Perlindungan Konsumen juga mengatur di dalam Pasal 60 dengan maksimum Rp. 200.000.000; Perumusan ganti rugi terhadap korban (Pasal 60) dan denda sebagai sanksi administratif, yang masuk ke kas negara (Pasal 62) UU Perlindungan Konsumen ini nampak terjadi “jurang” yang dalam, apabila dibandingkan dengan ganti rugi sebagai sanksi administratif dalam Pasal 62 ayat (1) yang merumuskan maksimum denda sebesar dua miliar rupiah, dan ayat (2) yang dapat mencapai lima ratus juta rupiah. Namun demikian, adanya perhatian terhadap korban semacam ini merupakan kebijakan perundang-undangan yang patut dihargai.

Masalah korban kejahatan semakin menarik perhatian untuk diperhatikan, sehubungan dengan adanya *UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victim and the Abuse of Power*, yang mendesak anggota-anggota PBB untuk menjamin korban kejahatan dalam hal hal-hal *access to justice, restitution, compensation and other assistance*.¹²³

¹²³ Muladi, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, BP UNDIP, Semarang, 1997, hlm. 150.

Adapun masalah ganti rugi sebagaimana diuraikan di depan, Konsep KUHP telah “mengantisipasi” sebagai pidana tambahan, untuk memudahkan hakim dalam memutus restitusi bagi korban kejahatan apabila dipandang perlu. Dalam kaitan ini Barda Nawawi Arief berpendapat, pidana ganti rugi menurut konsep KUHP dapat dijatuhkan bersama dengan pidana pokok, tetapi juga dapat dipilih atau dijatuhkan secara mandiri di samping (sebagai alternatif dari) pidana pokok.¹²⁴

Mengenai sistem pemberian restitusi dan kompensasi kepada korban kejahatan, Stephen Schafer sebagai mana dikutip Barda Nawawi Arief mengidentifikasi adanya 5 (lima) system, yaitu; (1) ganti rugi (“*damages*”) yang bersifat keperdataan, diberikan melalui proses perdata; (2) kompensasi yang bersifat keperdataan, diberikan melalui proses pidana; (3) restitusi yang bersifat perdata dan bercampur dengan sifat pidana diberikan melalui proses perdata; (4) kompensasi yang bersifat perdata diberikan melalui proses pidana dan disokong oleh sumber-sumber penghasilan negara; dan (5) kompensasi yang bersifat netral, diberikan melalui proses khusus.

Pertanggungjawaban pidana seperti di atas, di tingkat internasional juga banyak dibicarakan dengan apa yang disebut “*criminal responsibility of states*”. Kendati ada perbedaan pendapat berkisar antara lain pada kualifikasi perbuatan yang dilakukan negara, khususnya dalam hukum publik internasional, apakah masuk kerangka hukum pidana (*penal prosecution*)

¹²⁴ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm.62.

ataukah hukum perdata (*tort liability*). Menurut Muladi, yang terpenting dalam kaitan itu adalah “*the principles of proportionality*”.¹²⁵

Pertanggungjawaban negara atas perbuatan salah yang dilakukan oleh organ-organ dan pejabat negara, dapat dibenarkan dari segi teori hukum sehubungan dengan perkembangan bahwa “*corporation*” bisa menjadi subyek hukum pidana (*collective responsibility*) atas dasar prinsip-prinsip “*vicarious liability*” dan prinsip “kepelakuan fungsional”. Di dalam kaitan ini I.S. Susanto mengatakan, korporasi dewasa ini diterima sebagai subyek hukum dan diperlakukan “sama” dengan subyek hukum lain yakni manusia (alamiah), sehingga korporasi dapat bertindak seperti manusia pada umumnya.¹²⁶

Tentang pertanggungjawaban korporasi sebagaimana dimaksudkan di depan, di dalam produk perundangan-undangan juga ada beberapa yang mencantumkan pertanggung jawaban korporasi, yaitu UU. No. 5/1997 tentang Psikotropika dan UU. No. 22/1997 tentang Narkotika, UU. No. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, UU. No. 8 tentang Perlindungan Konsumen, dan UU. No. 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.

Pertanggungjawaban pidana terhadap korporasi di dalam UU Psikotropika diatur dalam Pasal 59 (3) dan Pasal 70, sedangkan dalam UU Narkotika diatur dalam ayat (4) Pasal 78 s/d 82. UU. Perlindungan Konsumen merumuskan subjek tindak pidana sebagaimana dimaksud Pasal 62 adalah

¹²⁵ Muladi, Ibid

¹²⁶ I.S. Susanto, *Kejahatan Korporasi*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, hlm. 15.

merujuk pada Pasal 1 sub-3, sedangkan UU. Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dirumuskan dalam Pasal 1 sub-5. Namun dalam UU No. 5/1999, ketentuan demikian dibatasi oleh Pasal 50 sub (h) dan (i) yang mengecualikan berlakunya ketentuan UU ini terhadap:

- (h) pelaku usaha yang tergolong dalam usaha kecil;
- (i) kegiatan usaha koperasi yang secara khusus bertujuan untuk melayani anggotanya.

Dengan adanya subjek tindak pidana berupa korporasi (berbadan hukum atau tidak), maka sistem pidana dan pertanggungjawaban pidananya juga harus berorientasi pada korporasi itu, yakni, harus ada ketentuan khusus mengenai: (a) jenis-jenis sanksi khusus untuk korporasi; (b) kapan dikatakan korporasi melakukan tindak pidana; dan (c) siapa yang dapat dipertanggungjawabkan. Menyangkut pertanggungjawaban pidana terhadap korporasi sebagaimana diatur dalam beberapa undang-undang tersebut di atas, kebijakan formulasinya tidak menegaskan tentang kapan atau dalam hal bagaimana korporasi dikatakan telah melakukan tindak pidana, dan kapan atau dalam hal bagaimana korporasi dapat dipertanggungjawabkan. UU tersebut hanya mengataur tentang siapa yang dipertanggungjawabkan.

Menurut UU Narkotika, korporasi hanya dikenakan pidana denda yang lebih besar dari denda yang diancamkan untuk tindak pidana dalam Pasal 78 s/d 82. Namun ada ketentuan umum dalam Pasal 91 yang menyatakan,

“penjatuhan pidana terhadap segala tindak pidana narkotika dalam UU ini, kecuali yang dijatuhi pidana kurungan atau denda tidak lebih dari 5 juta rupiah, dapat pula dipidana dengan pidana tambahan berupa pencabutan hak sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Penjelasan Pasal 91 UU No. 22/1997 tersebut menunjuk pada pidana pencabutan hak menurut KUHP, yaitu Pasal 35 ayat (1) butir 1, 2, dan 6 yaitu: hak memegang jabatan, hak memasuki angkatan bersenjata, dan hak menjalankan pencaharian tertentu. Padahal pencabutan hak menurut KUHP adalah pencabutan hak yang bersifat individual, tidak ditujukan pada korporasi.

Di dalam UU Psikotropika, jika tindak pidana dilakukan oleh korporasi, maka di samping dipidanya pelaku tindak pidana, korporasi juga dikenakan pidana. Sedangkan dalam UU Narkotika dan UU Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, ditegaskan bahwa ketentuan pidana terhadap korporasi berlaku juga untuk pengurus korporasi.

Adapun sanksi pidana yang dapat dijatuhkan kepada korporasi menurut UU Psikotropika adalah sebagai berikut:

- a. Menurut Pasal 59 (3), korporasi yang melakukan tindak pidana dalam Pasal 59 hanya dikenakan denda 5 (lima) milyar rupiah;
- b. Menurut Pasal 70, korporasi yang melakukan tindak pidana dalam Pasal 60 s/d 64 dikenakan:
 1. pidana denda sebesar 2 kali yang diancamkan; dan
 2. dapat dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan izin usaha.

Sedangkan menurut UU Narkotika, korporasi hanya dikenakan pidana denda (lihat ayat 4 dari Pasal 78 s/d 82) yang lebih besar dari denda yang diancamkan untuk tindak pidana dalam Pasal 78 s/d 82, yang jumlahnya berkisar antara 1 – 7 milyar rupiah. Namun ada ketentuan umum dalam Pasal

91 yang menyatakan bahwa penjatuhan pidana terhadap segala tindak pidana narkotika dalam UU ini, kecuali yang dijatuhi pidana kurungan atau denda tidak lebih dari 5 juta rupiah, dapat pula dipidana dengan pidana tambahan berupa pencabutan hak sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Yang menjadi masalah berkaitan dengan Pasal 91 UU Narkotika ini adalah, apakah ketentuan tersebut berlaku untuk korporasi atau tidak, karena dalam pasal itu tidak disebut-sebut penjatuhan pidan terhadap korporasi. Meskipun pasal tersebut dapat dirafsirkan berlaku untuk korporasi, karena pasal itu mengandung pernyataan umum tentang penjatuhan pidana terhadap segala tindak pidana narkotika dalam UU ini. Tetapi dalam penjelasan Pasal 91 menunjuk pada pidana pencabutan hak menurut KUHP (yaitu Pasal 35 ayat (1) butir 1, 2, dan 6 yaitu: hak memegang jabatan; hak memasuki Angkatan Bersenjata; dan hak menjalankan pencaharian tertentu). Tetapi pencabutan hak menurut KUHP itu bersifat individual, tidak ditujukan pada korporasi. Oleh karena itulah maka seyogyanya ditegaskan secara eksplisit, bahwa terhadap korporasi dapat dijatuhi pidana tambahan, khususnya pencabutan izin usaha.

3. Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana dalam Masalah Pidana dan Pidanaan

Penyimpangan terhadap aturan umum (*general rules*) KUHP, termasuk di dalamnya asas-asas umum hukum pidana dalam kebijakan perundang-undangan menyangkut masalah pokok hukum pidana yang ketiga, yaitu "pidana dan pidanaan" adalah kaitannya dengan dicantumkannya ancaman

pidana minimal khusus. Kebijakan perundang-undangan yang mencantumkan ancaman pidana minimal khusus itu terdapat dalam UU No. 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, UU. No. 26/2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, UU. No. 5/1997 tentang Psikotropika, UU. No. 22/1997 tentang Narkotika, UU tentang Perbankan, UU tentang Lingkungan Hidup.

Pasal-pasal dalam perundang-undangan di atas yang menunjukkan adanya ancaman pidana minimal khusus adalah: UU No.26/2000 tentang Pengadilan HAM dapat disimak dalam Pasal 36 dan 37 (10 – 25 tahun), Pasal 38 dan 39 (5 – 15 tahun), dan Pasal 40 (10 – 20 tahun). UU No. 5/97 tentang Psikotropika terdapat dalam Pasal 59. UU No. 22/97 tentang Narkotika terdapat dalam Pasal 78 s/d 82; 87). UU No. 31/19999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terdapat dalam Pasal 2 dan 12 (4 – 20 tahun); Pasal 3 (1 – 20 tahun); Pasal 5, 9, 11 (1 – 5 tahun); Pasal 6 dan 8 (3 – 15); Pasal 7 dan 10 (2 – 7 tahun); Pasa 21 – 22 (3 – 12 tahun); dan Pasal 23 (1 – 6 tahun).

Kebijakan mencantumkan ancaman pidana minimal khusus merupakan penyimpangan asas pemidanaan dalam KUHP. Di dalam merumuskan ancaman pidana, KUHP menganut sistem maksimal. Oleh karena itu, aturan/sistem/asas pemidanaan dalam KUHP berorientasi pada sistem maksimal dan tidak ada aturan/sistem pemidanaan untuk menerapkan sistem minimal khusus.

Mengenai penyimpangan asas-asas umum hukum pidana yang berkaitan dengan masalah sistem perumusan pidana dan pemidanaan adalah terdapatnya beberapa kebijakan legislatif (undang-undang) yang merumuskan

sanksi pidana minimal khusus, yang meskipun hanya tercantum dalam perumusan delik-delik tertentu.

Kebijakan mencantumkan ancaman pidana minimal khusus merupakan penyimpangan terhadap asas pemidanaan sebagaimana diatur dalam sistem KUHP. Dalam merumuskan ancaman pidana, KUHP mengentut sistem maksimal. Oleh karena itu, aturan/sistem pemidanaan dalam KUHP berorientasi pada sistem maksimal. Tidak ada aturan/sistem pemidanaan untuk menerapkan sistem minimal khusus.

Pengaturan pidana minimal khusus sebagaimana dituangkan dalam beberapa kebijakan perundang-undangan, kiranya sangat beralasan apabila ditengok berdasarkan Konsep KUHP yang “dirancang” menggunakan pola minimal khusus dalam hal pidana dan pemidanaan. Menurut Barda Nawawi Arief, dianutnya pidana minimal khusus ini didasarkan pada pokok pemikiran sebagai berikut:¹²⁷

- guna menghindari adanya disparitas pidana yang sangat menyolok untuk delik-delik yang secara hakiki berbeda kualitasnya;
- untuk lebih mengefektifkan pengaruh prevensi general, khususnya bagi delik-delik yang dipandang membahayakan dan meresahkan masyarakat;
- dianalogkan dengan pemikiran, bahwa apabila dalam hal-hal tertentu maksimum pidana (umum maupun khusus) dapat diperberat, maka minimum pidana pun hendaknya dapat diperberat dalam hal-hal tertentu.

¹²⁷ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 138.

Penyimpangan UU di luar KUHP terhadap sistem yang ada di dalam KUHP memang dapat dilakukan, Namun seharusnya disertai dengan pedoman atau aturan penerapan pidana minimal yang bersifat khusus pula. Tanpa pedoman/ aturan khusus, bisa menimbulkan masalah karena dalam aturan umum KUHP belum ada aturan pemidanaan untuk menerapkan ancaman pidana minimal. Tidak adanya aturan pemidanaan khusus untuk menerapkan sistem minimal itu mungkin tidak menjadi masalah untuk pelaku (*pleger*) yang melakukan delik selesai (*voltooid delicten*).

Perlunya dibuatkan pedoman atau aturan khusus dalam menerapkan pidana minimal khusus tersebut adalah sangat penting, karena pidana minimal khusus sebagai pidana dalam undang-undang padasarnya hanya merupakan sarana untuk mencapai tujuan di dalam suatu sistem hukum. Mengenai pedoman pemidanaan sebagaimana dimaksud ini, Barda Nawawi Arief mengatakan sebagai berikut:

1. Pada hakekatnya undang-undang merupakan suatu sistem (hukum) yang bertujuan (*purposive system*). Dirumuskannya pidana dan aturan pemidanaan dalam undang-undang pada hakekatnya hanya merupakan sarana untuk mencapai tujuan.
2. Dilihat secara fungsional dan operasional, pemidanaan merupakan suatu rangkaian proses dan kebijakan yang konkritisasinya sengaja direncanakan melalui beberapa tahap. Dimulai dari tahap formulasi oleh pembuat undang-undang (tahap kebijakan legislatif), kemudian tahap aplikasi oleh badan yang berwenang (tahap kebijakan yudikatif) dan

akhirnya tahap eksekusi oleh aparat/instansi pelaksana pidana (tahap kebijakan eksekutif/administratif). Agar ada keterjalinan dan keterpaduan antara ketiga tahap itu sebagai satu kesatuan system pemidanaan, diperlukan perumusan dan pedoman pemidanaan.

3. Sistem pemidanaan yang bertolak dari paham individualisasi pidana, tidak berarti memberi kebebasan sepenuhnya kepada hakim dan aparat-aparat lainnya tanpa pedoman atau kendali/kontrol.

Dengan demikian dapat dikemukakan, bahwa perumusan pedoman pemidanaan dalam kaitan ini adalah pedoman atau aturan mengenai penerapan pidana minimal khusus adalah dimaksudkan sebagai fungsi pengendali/kontrol dan sekaligus memberikan dasar filosofis, dasar rasionalitas dan motivasi pemidanaan yang jelas dan terarah.

Penggunaan ancaman pidana minimal khusus untuk tindak pidana yang dipandang sangat membahayakan dan mempunyai dampak sangat luas sebagaimana diatur dalam beberapa undang-undang yang disebutkan di atas, kiranya cukup beralasan. Namun karena adanya ancaman pidana minimal khusus di berbagai undang-undang itu tidak disertai dengan aturan atau pedoman pemidanaan untuk menerapkan ancaman pidana minimal khusus dapat menjadi masalah apabila ada masalah "penyertaan, percobaan, concursus, recidive, dan lain-lain alasan peringanan/pemberatan pidana".

Dengan tidak adanya aturan/pedoman pemidanaan itu, maka tidak begitu jelas apakah pidana minimal itu dapat diperingan (dalam hal ada factor yang meringankan) atau dapat diperberat (dalam hal ada factor yang

memperberat. Dalam kenyataan praktek, hakim mengalami kesulitan menerapkan ancaman pidana minimal ini, sehingga ada hakim yang menjatuhkan pidana di bawah ancaman minimal.

Tidak adanya aturan/pedoman pemidanaan dalam beberapa undang-undang seperti di atas, mungkin karena pembuat undang-undang sudah merasa membuat ketentuan, bahwa "percobaan, pembantuan, dan permufakatan jahat" dipidana sama berat dengan pelaku (Pasal 15 UU. No. 31/1999, Pasal 41 UU. No. 26/2000). Jadi pembuat UU tidak memandang "percobaan, pembantuan, dan permufakatan jahat" itu sebagai faktor-faktor yang meringankan pidana, sehingga dipandang tidak perlu membuat aturan khusus untuk menerapkan sistem pidana minimal khusus terhadap ketiga faktor yang meringankan itu. Namun demikian, yang perlu diperhatikan adalah, bahwa "faktor yang meringankan" itu tidak hanya ketiga faktor obyektif di atas. Di dalam "penjelasan Pasal 4 UU. No. 31/1999" disebutkan adanya faktor obyektif lain yang dapat menjadi factor meringankan, yaitu adanya "pengembalian kerugian keuangan/perekonomian negara". Demikian pula dalam Pasal 35 ayat (1) UU. No. 26/2000 berkaitan dengan restitusi yang diberikan oleh pelaku. Di samping itu, faktor meringankan dapat juga dilihat dari faktor subjektif si pelaku.

Dengan adanya faktor-faktor yang meringankan lainnya itu, maka menjadi masalah juga adalah, apakah pidana minimal khusus itu juga dapat diperingan. Demikian pula dengan adanya faktor pemberat pidana berupa "keadaan tertentu" seperti disebut dalam "penjelasan Pasal 2 ayat (2)" UU-

TPK 1999 (yaitu dilakukan pada waktu negara dalam keadaan bahaya; pada waktu terjadi bencana alam nasional; pengulangan; negara dalam keadaan krisis ekonomi dan moneter). Menurut Pasal 2 ayat (2) UU-TPK 1999, apabila TPK pada ayat (1) dilakukan dalam keadaan tertentu sebagaimana disebutkan tadi, maka maksimum pidananya diperberat dengan pidana mati. Yang menjadi masalah adalah, apakah pidana minimalnya juga dapat diperberat, demikian pula apabila ada alasan pemberatan pidana berupa "perbarengan/concursus"

B. Pokok Pikiran Konsep KUHP Baru dalam Mengakomodasi Penyimpangan Asas-asas Umum Hukum Pidana

Apabila dalam pembahasan di atas lebih membicarakan tentang kebijakan legislatif dalam merumuskan dan menetapkan asas-asas yang menyimpang dalam perundang-undangan saat ini, maka dalam bagian ini akan dibahas tentang Konsep KUHP Baru sebagai rancangan perundang-undangan hukum pidana yang diharapkan ideal (*ius constituendum*). Penggunaan istilah “KUHP Baru” di dalam tesis ini, sekadar menunjukkan adanya perbedaan dengan KUHP “lama”, yaitu KUHP (WvS) yang sekarang masih berlaku.

Apabila dirunut melalui sejarah hukum pidana dapat dikemukakan, bahwa gelombang pembaharuan hukum pidana di beberapa negara setelah usai Perang Dunia II, mulai terlihat. Usaha pembaharuan tersebut didorong oleh perubahan-perubahan dalam masyarakat yang terjadi sesudah perang dunia, dan terjadinya perubahan di bidang ketatanegaraan bagi negara-negara yang baru merdeka. Beberapa negara yang mempunyai KUHP Baru setelah perang dunia itu antara lain: Yugoslavia (1951); Korea (1953); Uni Soviet dengan *Fundamentals of Criminal Legislation* (1958); Mali (1961); Swedia (1965); Polandia (1969).¹²⁸

Di Indonesia, upaya mengadakan pembaharuan dalam hukum pidana dimulai dengan dibentuknya UU. No. 1/1946, yang hendak menyesuaikan

¹²⁸ Sudarto, “Suatu Dilemma dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia”, Pidato Pengukuhan Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Undip, 21 Desember 1974.

peraturan hukum pidana dengan keadaan pada waktu itu, sebelum pembentukan undang-undang hukum pidana yang baru dapat dilakukan.

Dimulai dengan adanya rekomendasi Seminar Hukum Nasional I tahun 1963 yang menyerukan agar rancangan kodifikasi hukum pidana nasional secepat mungkin diselesaikan, maka pada tahun 1964 dibicarakan konsep yang pertama tentang "Azas-azas dan dasar-dasar pokok tata hukum pidana dan hukum pidana Indonesia". Setelah itu, berturut-turut disusun Konsep 1968, Konsep 1971/1972, Konsep 1982/1983 yang kemudian menjadi Konsep 1987/1988, dan Konsep 1991/1992 yang mengalami pengkajian terus menerus sampai yang terakhir menjadi Konsep 1999/2000. Pembahasan pada bagian ini bertolak dari konsep KUHP yang terakhir.

Sebagaimana telah dikemukakan dalam tinjauan pustaka, bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya 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.¹²⁹ Sudarto ketika mengucapkan pidato pengukuhan jabatan guru besar ilmu hukum pidana Undip juga menyinggung bahwa hukum pidana seharusnya merupakan pencerminan dari nilai-nilai budaya yang hidup dalam masyarakat bersangkutan. Oleh karena

¹²⁹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 30-31.

itu tambah Sudarto, dalam batas tertentu dapat dikatakan, bahwa hukum pidana suatu bangsa dapat merupakan indikasi dari peradaban bangsa itu.

Di dalam pembahasan ini diuraikan beberapa pokok pemikiran Konsep rancangan KUHP Baru (yang selanjutnya disebut Konsep saja) dalam mengakomodasi penyimpangan asas-asas umum hukum pidana maupun asas-asas hukum pidana dalam doktrin/ajaran hukum pidana yang selama ini dipergunakan dalam praktik hukum pidana. Uraian tentang pokok pikiran Konsep akan disajikan dengan bertolak pada tiga materi/substansi atau menurut masalah-sentral dalam hukum pidana, yaitu: (1) tentang tindak pidana; (2) masalah kesalahan atau pertanggungjawaban pidana; dan (3) masalah pidana dan ppidanaan.

1. Pokok Pikiran tentang Tindak Pidana

Masalah sentral pertama dalam hukum pidana yaitu masalah tindak pidana kaitannya dengan sumber hukum atau dasar patut dipidananya suatu perbuatan, konsep KUHP bertolak dari pendirian bahwa sumber hukum yang utama adalah undang-undang (hukum tertulis) atau bertolak dari pengertian asas legalitas yang formal. Hanya saja perumusan Pasal 1 ayat (1) dalam KUHP (WvS) diperluas oleh Konsep KUHP yang memperluas perumusannya secara materiel dengan menegaskan bahwa ketentuan dalam Pasal 1 ayat (1) itu tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup di dalam masyarakat. Dengan demikian, di samping sumber hukum tertulis sebagai kriteria atau patokan formal yang utama, konsep

masih memberi tempat kepada sumber hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar menetapkan patut dipidananya suatu perbuatan.

Pasal 1 Konsep selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

- (1) Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
- (2) Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi.
- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup atau hukum adat yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
- (4) Terhadap perbuatan yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) berlaku ketentuan dalam Pasal 93.

Penegasan asas legalitas yang memperluas dengan perumusan materiel sebagaimana dituangkan dalam konsep KUHP Pasal 1 ayat (3) di atas, tidak dijumpai dalam KUHP saat ini (WvS). Kendati demikian menurut Barda Nawawi Arief, berlakunya hukum yang hidup di dalam masyarakat sebagaimana dirumuskan dalam Konsep KUHP Baru itu hanya untuk delik-delik yang tidak ada bandingannya (persamaannya) atau tidak telah diatur di dalam undang-undang.¹³⁰

Penegasan Konsep KUHP yang memperluas perumusan asas legalitas, yang mengakui eksistensi berlakunya hukum yang hidup (hukum tidak tertulis/hukum adat) sebagai dasar patut dipidananya suatu perbuatan,

¹³⁰ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 88.

berarti dimungkinkannya penyimpangan terhadap asas *lex certa* sebagaimana diatur dalam asas legalitas yang dirumuskan dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP (WvS). Di dalam kaitan ini, Muladi juga berpendapat, bahwa penyimpangan dilakukan dengan mengakui berlakunya hukum yang hidup yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana bilamana perbuatan itu tidak ada padanannya/bandingannya/persamaannya dalam peraturan perundang-undangan.¹³¹

Perluasan perumusan asas legalitas sebagaimana disebutkan tadi nampaknya tidak dapat dilepaskan dari pokok pemikiran untuk mewujudkan dan sekaligus menjamin asas keseimbangan antara kepentingan individu dan kepentingan masyarakat, dan antara kepastian hukum dengan keadilan. Dengan demikian berarti menerapkan ajaran sifat melawan hukum meteriel dan menempatkan asas-asas keadilan yang bersifat umum sebagai pasangan dari kepastian hukum.

Tetap diakuiinya eksistensi hukum yang tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat itu antara lain didasarkan pada UU. No. 1 Drt.1951. Beberapa Keputusan Pengadilan yang berlandaskan UU. No. 1 Drt. 1951 kaitannya dengan diakuiinya hukum yang hidup dalam masyarakat itu adalah: Putusan Mahkamah Agung No. 666K/Pid/1984 yang memidana pemuda asal Sulawesi Tengah yang meninggalkan gadis yang telah dihamilinya untuk kawin dengan gadis lain,; Putusan Pengadilan Negeri

¹³¹ Muladi, "Proyeksi Hukum Pidana Meteriel Indonesia di Masa Datang", Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Ilmu Hukum Pidana Fakultas Hukum Undip, 24 Februari 1990.

Denpasar No. 104/PN/Dps/Pid/1980, kemudian Putusan No. 2/Pid/B/1985/PN Denpasar, selanjutnya Putusan No. 25/Pid/B/1986/PN Denpasar, yang semuanya menyangkut *delik adat lokika sanggraha*; dan Putusan Pengadilan Negeri Mataram tanggal 29 Oktober 1987 menyangkut delik adat menurut Adat Suku Bali di wilayah Lombok yang dinamakan *Garnia Gamana*, yang diatur dalam Kitab Hukum Paswara Th. 1910/No. 6a, dan di kalangan suku Sasak, Lombok dinamakan Bero

Pasal 5 ayat (3) sub (b) Undang-undang No. 1 Drt. 1951 menyatakan:

“.....bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak yang terhukum..... Bahwa, bilamana hukuman adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui hukuman kurungan atau denda yang dimaksud diatas, maka..... Terdakwa dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukuman adat yang tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa diganti seperti tersebut di atas”

Di samping UU. No.1 Drt. 1951, eksistensi berlakunya hukum yang hidup di masyarakat itu juga didasarkan pada Resolusi Bidang Hukum Pidana, UU. No. 14/1970 tentang Kekuasaan Kehakiman, dan Seminar Hukum Nasional yang antara lain menyatakan:

Resolusi Bidang Hukum Pidana Seminar Hukum Nasional ke-1 Tahun 1963:

- Resolusi butir IV yang berbunyi,

“Yang dipandang sebagai perbuatan-perbuatan jahat tadi adalah perbuatan-perbuatan yang dirumuskan unsur-unsurnya dalam KUHP ini maupun dalam perundang-undangan lain. Hal ini tidak menutup pintu bagi larangan perbuatan-perbuatan menurut Hukum Adat yang hidup dan tidak menghambat pembentukan masyarakat yang dicita-citakan tadi, dengan sanksi adat yang masih dapat sesuai dengan martabat bangsa”.

- Resolusi butir VIII yang berbunyi,

“Unsur-unsur Hukum Agama dan Hukum Adat dijalinan dalam KUHP”.

UU. No. 14 tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman.

- Pasal 14 ayat (1):

“Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak/kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.

- Pasal 23 ayat (1):

“Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan-alasan dan dasar-putusan itu, juga harus memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis”.

- Pasal 27 (1):

“Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup”.

Seminar Hukum Nasional IV/1979. Dalam laporan sub B.II mengenai Sistem Hukum Nasional”, dinyatakan antara lain:

- a. Sistem Hukum Nasional harus sesuai dengan kebutuhan dan kesadaran hukum rakyat Indonesia.
- b. Hukum Nasional sejauh mungkin diusahakan dalam bentuk tertulis. Di samping itu hukum yang tidak tertulis tetap merupakan bagian dari hukum nasional.

Perluasan asas legalitas dari yang bersifat formal (KUHP) ke asas legalitas yang bersifat materiel, yang memberi kemungkinan kepada hukum yang hidup (hukum tidak tertulis) sebagai sumber hukum (dalam Konsep sebagaimana disebutkan di depan, maka batas-batas tindak pidana juga diperluas, tidak hanya yang secara tegas dirumuskan dalam undang-undang, tetapi juga meliputi perbuatan-perbuatan yang menurut “hukum yang hidup” dipandang sebagai suatu delik. Jadi batas-batas tindak pidana tidak hanya didasarkan pada kriteria formal menurut undang-undang, tetapi juga kriteria materiel menurut hukum yang hidup. Alur pemikiran yang demikian

dilanjutkan oleh pembuat Konsep dengan menegaskan dianutnya pandangan sifat melawan hukum yang materiel.

Eksistensi nilai-nilai yang bersumber pada hukum adat dan hukum yang dalam masyarakat seperti dijelaskan di depan, di samping dapat menjadi sumber hukum yang bersifat positif, dapat berfungsi pula sebagai sumber hukum yang bersifat negatif. Artinya, nilai-nilai tersebut dapat dijadikan alasan pembenar pembenar (*rechtvaardigingsgrond*) yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan atau dapat berfungsi sebagai alasan-alasan yang memperingan pembedaan (*mitigating circumstance*), dan sebaliknya mungkin justru menjadi alasan yang memberatkan pembedaan (*aggravating circumstance*).

Kebijakan perumusan asas legalitas secara material pernah pula dirumuskan sebagai “kebijakan konstitusional” dalam Pasal 14 ayat (2) UUDS 1950 yang berbunyi, “Tiada seorang jua pun boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi hukuman, kecuali karena aturan hukum yang sudah ada dan berlaku terhadapnya”. Istilah “aturan hukum” (*recht*) yang tentunya lebih luas pengertiannya dari sekadar “aturan undang-undang” (*wet*), karena dapat berbentuk “hukum tertulis” ataupun “hukum tidak tertulis”.

Beberapa pasal dalam konsep KUHP yang menyatakan tentang dasar patut dipidananya perbuatan yang melawan hukum, baik secara formal maupun secara material dirumuskan dalam Pasal 15 sebagai berikut:

- (1) Tindak pidana adalah perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana.

- (2) Untuk dapat dipidananya perbuatan yang dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang-undangan, perbuatan tersebut harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan kesadaran hukum masyarakat.
- (3) Setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar.

Berdasarkan Pasal 15 ayat (3) konsep KUHP yang menyatakan bahwa setiap tindak pidana dianggap selalu bertentangan dengan hukum berarti konsep berpendirian, bahwa sifat melawan hukum merupakan unsur mutlak dari tindak pidana. Berkaitan dengan hal ini Barda Nawawi Arief berpendapat, walaupun dalam perumusan delik tidak dirumuskan secara tegas adanya unsur melawan hukum, namun delik itu harus selalu dianggap bersifat melawan hukum.

Dengan penegasan Pasal 15 ayat (3) di atas, maka Konsep berpendirian bahwa sifat melawan hukum merupakan unsur mutlak dari tindak pidana. Artinya, walaupun dalam perumusan delik tidak dirumuskan secara tegas adanya unsur melawan hukum, namun suatu perbuatan yang telah dirumuskan sebagai tindak pidana dalam undang-undang harus selalu dianggap bersifat melawan hukum. Jadi perumususan formal dalam undang-undang harus dilihat sebagai faktor atau ukuran objektif untuk menyatakan suatu perbuatan bersifat melawan hukum. Ukuran formal atau objektif itu pun masih harus diuji secara materiel pada diri si pelaku, apakah ada alasan pembenar atau tidak, dan apakah perbuatan itu betul-betul bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat.

Menyimak pasal-pasal di dalam Konsep KUHP berkenaan masalah tindak pidana sebagaimana diuraikan di atas, kaitannya dengan asas

legalitas, maka dapat dikemukakan, perumusan formal dalam undang-undang hanya merupakan ukuran formal atau ukuran obyektif untuk menyatakan suatu perbuatan bersifat melawan hukum. Ukuran formal/obyektif itu masih harus diuji secara materiel pada diri si pelaku, apakah ada alasan pembenar atau tidak, dan apakah perbuatan itu, betul-betul bertentangan dengan kesadaran hukum rakyat.

Dengan demikian dapat dikemukakan pula bahwa konsep KUHP menganut asas keseimbangan antara patokan formal (kepastian hukum) dan patokan materiel (nilai keadilan). Namun karena kedua patokan tersebut dalam prakteknya seringkali saling mendesak, maka Pasal 16 menegaskan bahwa hakim harus sejauh mungkin mengutamakan nilai keadilan daripada nilai kepastian hukum. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 16 Konsep yang merumuskan: "Dalam mempertimbangkan hukum yang akan diterapkan, hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum".

Berkaitan dengan perumusan Pasal 16 tersebut, hakim harus selalu mengkaji apakah perbuatan yang dituduhkan itu bertentangan dengan hukum dalam arti kesadaran hukum rakyat dan hasil pengkajiannya harus dikemukakan sebagai bahan pertimbangan dalam putusannya. Dan di dalam menjatuhkan putusan tersebut, hakim harus lebih mengutamakan aspek keadilan daripada aspek kepastian hukum. Penegasan seperti dirumuskan dalam pasal-pasal di atas, tidak dijumpai dalam perumusan KUHP yang berlaku saat ini.

Selain daripada itu, nilai keadilan yang harus dikedepankan oleh hakim (lihat Pasal 16), akan mempunyai “nilai lebih” apabila di dalam menentukan patokan tersebut mendapatkan dukungan pertimbangan dari lembaga saksi ahli yang mencakup para tokoh masyarakat, cendekiawan, dan lain sebagainya. Dengan demikian dapat diperoleh data mengenai kenyataan-kenyataan yang berlaku dalam masyarakat, dan kenyataan-kenyataan yang merupakan kebenaran.¹³² Di dalam menyongsong datangnya “era hukum pidana baru Indonesia”,¹³³ maka asas keseimbangan antara patokan formal (kepastian hukum) dan patokan materiel (nilai keadilan) sebagaimana diakomodasi di dalam Konsep KUHP, merupakan dua faktor yang saling menunjang di dalam mempertahankan keseimbangan antara kepentingan-kepentingan di dalam masyarakat. Hal semacam ini menurut hemat penulis memang sangatlah penting bagi suatu negara yang sedang membangun, seperti Indonesia, yang berarti sedang berada dalam proses perubahan sosial. Meski demikian tetap diperlukan adanya ketertiban dalam proses perubahan itu.

Akan tetapi, apabila hanya ketertiban semata yang dikedepankan maka dapat menimbulkan negara kekuasaan (*machstaat*). Ketertiban tersebut harus didasarkan pada pengakuan terhadap martabat manusia sebagai warga masyarakat, yang terwujud di dalam keadilan.

¹³² Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum Dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia*, UI Press, Jakarta, hlm. 59.

¹³³ Barda Nawawi Arief, “*Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)*” Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar dalam Ilmu Hukum Fakultas Hukum Undip, 25 Juni 1994.

Diakomodasinya patokan materiel di dalam Konsep KUHP kaitannya dengan sumber hukum untuk menentukan suatu perbuatan pidana tersebut akan semakin urgen apabila dilihat dari hakekat hukum yang merupakan bagian dari kebudayaan masyarakat. Oleh karena itu, hukum tidak dapat dipisahkan dari jiwa serta cara berfikir dari masyarakat yang mendukung kebudayaan tersebut, atau hukum merupakan penjelmaan dari jiwa dan cara berpikir masyarakat yang bersangkutan, yakni yang merupakan struktur rohanyah masyarakat.

Berkaitan dengan masalah sentral hukum pidana yang pertama yaitu masalah tindak pidana (kriminalisasi) dapat dikemukakan, bahwa Konsep tidak lagi membedakan kualifikasi tindak pidana berupa “kejahatan” dan “pelanggaran”. Menurut penulis, saat ini susah sekali mengkualifikasi perbuatan itu kejahatan atau pelanggaran karena bedanya sangat tipis. Di samping itu, didasarkan pada sudah tidak relevannya penggolongan dua jenis tindak pidana itu berkaitan dengan kompetensi pengadilan yang tidak lagi memisahkan antara *Landgerecht* (Pengadilan Kepolisian) dan *Landraad* (Pengadilan Negeri) atau *Raad van Justitie* (Pengadilan Tinggi). Serta pandangan mutakhir mengenai afkoop (seperti pada Pasal 82 KUHP/WvS) sebagai alasan penghapus penuntutan tidak hanya berlaku terbatas untuk “pelanggaran” saja, tetapi dapat berlaku untuk semua tindak pidana walaupun dengan pembatasan ancaman maksimum pidananya.¹³⁴

¹³⁴ Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Citra Aditya Bakti, Jakarta, 1996, hlm. 93.

Meskipun konsep tidak lagi mengenal pembagian kejahatan dan pelanggaran sebagai suatu “kualifikasi tindak pidana”, namun di dalam pola kerjanya, konsep masih mengadakan pengklasifikasian bobot delik sebagai berikut:

1. delik yang dipandang “sangat ringan”, yaitu yang hanya diancam dengan pidana denda ringan (kategori I atau II) secara tunggal. Delik-delik yang dikelompokkan di sini ialah delik-delik yang dulunya diancam dengan pidana penjara/kurungan di bawah 1 (satu) tahun atau denda ringan atau delik-delik baru yang menurut penilaian bobotnya di bawah 1 (satu) tahun penjara.
2. Delik yang dipandang “berat”, yaitu delik-delik yang pada dasarnya patut diancam dengan pidana penjara di atas 1 (satu) tahun s/d 7 (tujuh) tahun. Delik yang dikelompokkan di sini akan selalu dialternatifkan dengan pidana denda lebih berat dari kelompok pertama, yaitu denda kategori III atau IV. Delik dalam kelompok ini ada juga yang diberi ancaman minimal khusus.
3. Delik yang dipandang “sangat berat/sangat serius”, yaitu delik yang diancam dengan pidana penjara di atas 7 (tujuh) tahun atau diancam dengan pidana lebih berat (yaitu pidana mati atau penjara seumur hidup). Untuk menunjukkan sifat berat, pidana penjara untuk delik dalam kelompok ini hanya diancamkan secara tunggal atau untuk delik-delik tertentu dapat dikumulasikan dengan pidana denda kategori V atau diberi ancaman minimal khusus.

Meskipun Konsep tidak lagi mengadakan penggolongan kualifikasi tindak pidana dalam “kejahatan” dan “pelanggaran”, melainkan berdasarkan klasifikasi bobot delik sebagai mana dikemukakan di atas, namun dalam hal-hal tertentu di dalam Konsep terdapat penyimpangan pola klasifikasi bobot delik, yaitu antara lain khusus untuk delik yang selama ini dikenal dengan “kejahatan ringan”, polanya adalah diancam dengan maksimum 6 (enam) bulan penjara dengan alternatif denda kategori II.

Di samping tetap ada penggolongan kriminalisasi delik berdasarkan klasifikasi bobot, Konsep juga dalam hal-hal tertentu tetap mempertahankan karakteristik akibat hukum dari delik yang digolongkan sangat ringan. Hal seperti ini dapat dilihat dalam Pasal 19 Konsep yang menyatakan, “percobaan melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana denda kategori I tidak dipidana”.

Ancaman pidana denda di dalam Konsep ditetapkan berdasarkan sistem kategori, sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 75 yaitu: kategori I (Rp. 150.000); kategori II (Rp. 750.000); kategori III (3.000.000); kategori IV (Rp. 7.500.000); kategori V (Rp. 30.000.000); dan kategori VI (Rp.300.000.000).

2. Pokok Pikiran tentang Pertanggungjawaban Pidana

Istilah pertanggungjawaban pidana di dalam Konsep dirumuskan dalam Pasal 31, yaitu ialah diteruskannya celaan yang obyektif kepada seseorang yang memenuhi syarat untuk dapat dijatuhi pidana karena perbuatannya itu. Di dalam kaitan ini Konsep menegaskan bahwa asas kesalahan (asas *culpabilitas*) merupakan asas yang sangat fundamental dalam mempertanggungjawabkan pembuat yang telah melakukan tindak pidana. Hal ini dapat disimak dalam Pasal 32 ayat (1) Konsep yang menyatakan, "Tidak seorang pun dapat dipidana tanpa kesalahan."

Bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik, Konsep memandang bahwa asas kesalahan (asas *culpabilitas*) merupakan pasangan dari asas legalitas yang harus dirumuskan secara eksplisit dalam undang-undang. Penegasan seperti ini tidak dijumpai dalam KUHP (WvS) maupun dalam konsep-konsep sebelumnya

Namun demikian, kendati pada prinsipnya Konsep KUHP bertolak dari pertanggungjawaban pidana berdasarkan kesalahan (*Liability bases on fault*), namun dalam hal-hal tertentu konsep juga memberikan kemungkinan adanya penyimpangan atau perkecualian seperti yang dikenal dalam *Common Law System*, yaitu doktrin pertanggungjawaban yang ketat (*Strict liability*) yaitu *Liability Without Fault* dalam Pasal 32 ayat (3), dan pertanggungjawaban pengganti (*Vicarious liability*) yaitu *The Legal responsibility of one person for the wrongful acts of another* dalam Pasal 32 ayat (2).

Pasal 32 ayat (3) Konsep menyatakan,

“Untuk tindak pidana tertentu, undang-undang dapat menentukan bahwa seseorang dapat pidana semata-mata karena telah dipernuhinya unsur-unsur tindak pidana tersebut tanpa memperhatikan adanya kesalahan.”

Pasal 32 ayat (2) Konsep menyebutkan,

“Dalam hal tertentu, seseorang dapawabkan atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain, jika ditentukan dalam suatu undang-undang”.

Perumusan kedua pasal menyangkut pertanggungjawaban yang ketat dan pertanggungjawaban pengganti sebagaimana dikemukakan di atas, tidak dijumpai di dalam KUHP (WvS). Bahkan ada yang berpendapat bahwa dianutnya doktrin *strict liability* dan *vicarious liability* adalah bertentangan dengan asas *mens-rea* (asas kesalahan). Namun penulis sependapat dengan apa yang dikemukakan Barda Nawawi Arif yang mengemukakan bahwa perkecualian atau penyimpangan dari suatu asas jangan dilihat semata-mata sebagai suatu pertentangan (kontradiksi) tetapi juga harus dilihat sebagai pelengkap (*complement*) dalam mewujudkan asas keseimbangan.

Menyimak pasal-pasal lain yang berkaitan dengan masalah pertanggungjawaban pidana di dalam Konsep dapat dikemukakan, bahwa pertanggungjawaban pidana berdasarkan kesalahan terutama dibatasi pada perbuatan yang dilakukan dengan sengaja (*dolus*). Dapat dipidananya delik culpa hanya bersifat perkecualian (*eksepsional*) apabila ditentukan secara tegas oleh undang-undang. Sedangkan pertanggungjawaban terhadap akibat-akibat tertentu dari suatu tindak pidana yang oleh undang-undang diperberat ancaman pidananya, hanya dikenakan pada terdakwa apabila ia

sepatutnya sudah dapat menduga kemungkinan terjadinya akibat itu atau apabila sekurang-kurangnya ada kealpaan. Dengan demikian dapat dikemukakan, bahwa Konsep KUHP tidak menganut doktrin “*Erfolgshaftung*” (doktrin “menanggung akibat”) secara murni, tetapi tetap diorientasikan pada asas kesalahan.

Pasal 33 Konsep menegaskan:

- (1) Seseorang hanya dapat dipertanggungjawabkan jika orang tersebut melakukan tindak pidana dengan sengaja atau kealpaan.
- (2) Perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilakukan dengan sengaja, kecuali peraturan perundang-undangan menentukan secara tegas bahwa suatu tindak pidana yang dilakukan dengan kealpaan dapat dipidana.
- (3) Seseorang hanya dapat dipertanggungjawabkan terhadap akibat tertentu dari suatu tindak pidana yang oleh undang-undang diperberat ancaman pidananya, jika sepatutnya sudah dapat menduga kemungkinan terjadinya akibat tersebut atau sekurang-kurangnya ada kealpaan.

Melihat perumusan Pasal 33 ayat (2) di atas, dapat dikemukakan bahwa pada prinsipnya hanya tindak pidana yang dilakukan dengan sengaja saja yang dapat dipidana. Apabila suatu perbuatan yang dilakukan dengan kealpaan akan dinyatakan sebagai tindak pidana, maka hal itu harus dinyatakan dengan tegas dalam perumusan delik yang bersangkutan.

Dengan penegasan Pasal 33 ayat (2) di atas, unsur sengaja tidak perlu lagi dicantumkan dalam perumusan delik. Sedangkan istilah-istilah yang mengandung unsur sengaja, seperti istilah-istilah “mengetahui”, “yang diketahuinya”, “padahal diketahuinya”, “sedangkan ia mengetahui”, tetap dipertahankan karena mempunyai fungsi tertentu. Fungsi tertentu tersebut menurut Barda Nawawi mempunyai dua aspek, yaitu aspek material (dilihat

dari sudut undang-undang) dan aspek formal/prosedural (dilihat dari sudut penegak hukum). Dilihat dari aspek materiel, dicantumkannya istilah-istilah yang mengandung unsur sengaja itu berfungsi sebagai penekanan dari pihak pembuat undang-undang mengenai unsur tertentu dari kesengajaan yang harus dipenuhi, yaitu ingin menekankan pada unsur "mengetahui" (bukan unsur "kehendak" atau "menghendaki" yang juga merupakan unsur kesengajaan). Dilihat dari unsur formal/prosedural, jaksa dan hakim harus membuktikan unsur kesengajaan yang secara tegas disebut/ditekankan oleh pembuat undang-undang, yaitu dalam hal ini unsur "mengetahui".

Ditambahkan Barda Nawawi, di samping alasan-alasan di atas, tetap dipertahankannya istilah/unsur kesengajaan yang bersifat khusus itu karena pada umumnya unsur khusus itu dalam perumusan delik tidak ditujukan pada "perbuatan terlarang", tetapi pada hal-hal atau keadaan-keadaan lain yang berhubungan dengan perbuatan terlarang itu.

Di dalam masalah pertanggungjawaban pidana kaitannya dengan alasan penghapus pidana, khususnya dalam alasan pemaaf Konsep berpendirian, bahwa di dalam hal ada "kesesatan" ("error"), baik *error facti* maupun *error iuris*, pada prinsipnya si pembuat tidak dapat dipertanggungjawabkan dan oleh karena itu tidak dipidana. Kendati demikian, apabila kesesatannya itu (keyakinannya yang keliru itu) patut dicelakan/ dipersalahkan kepadanya,, maka si pembuat tetap dapat dipidana. Pendirian konsep yang demikian dirumuskan dalam Pasal 36. Hal ini

berbeda dengan doktrin tradisional yang menyatakan bahwa “*error facti non nocet*” dan *error iuris nocet*”.

Pasal 36 ayat (1) menegaskan:

“Tidak dipidana, jika pelaku tindak pidana tidak mengetahui atau sesat mengenai keadaan yang merupakan unsur tindak pidana atau jika pelaku berkeyakinan bahwa perbuatannya tidak merupakan suatu tindak pidana, kecuali ketidaktahuan, kesesatan, atau keyakinannya tersebut patut dipersalahkan kepadanya.”

Walaupun pada prinsipnya seseorang sudah dapat dipidana apabila terbukti melakukan tindak pidana dan kesalahannya, namun dengan pertimbangan-pertimbangan tertentu Konsep memberi kewenangan kepada hakim untuk memberi maaf/pengampunan (*Rechterlijkpardon*) kepada si pembuat tanpa menjatuhkan pidana atau tindakan apapun. Di samping itu, walaupun pada prinsipnya seseorang dapat tidak dipertanggungjawabkan atau tidak dipidana karena adanya alasan penghapus pidana, namun Konsep KUHP memberi kewenangan/kemungkinan kepada hakim untuk tidak memberlakukan alasan penghapus pidana tertentu berdasarkan asas “*culpa in causa*”, yaitu apabila terdakwa sendiri patut dicela/dipersalahkan menyebabkan terjadinya keadaan atau situasi darurat yang sebenarnya dapat menjadi dasar adanya alasan penghapus pidana tersebut.

Pedoman mengenai *rechterlijkpardon* yang dimaksud dalam Konsep KUHP ditegaskan dalam Pasal 51 ayat (2) sebagai bagian dari pedoman pembedaan sebagai berikut:

“Ringannya perbuatan, keadaan pribadi dari pembuat atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, dapat dijadikan pertimbangan untuk tidak menjatuhkan pidana atau mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan.”

Di sisi yang lain, Konsep juga memberi pedoman kepada hakim sekiranya tidak memberlakukan alasan penghapus pidana tertentu berdasarkan asas *culpa in causa* di dalam Pasal 52 Konsep yang perumusannya sebagai berikut:

“Seseorang yang melakukan tindak pidana tidak dibebaskan dari pertanggungjawaban pidana berdasar alasan penghapus pidana, apabila dia sendiri patut dicela atau dipersalahkan sebagai penyebab terjadinya keadaan yang dapat menjadi alasan penghapus pidana tersebut”.

Berdasarkan Pasal 51 ayat (2) mengenai *rechterlijke pardon* dan Pasal 52 menyangkut *culpa in causa* sebagaimana ditegaskan Konsep tersebut dapat dikemukakan, bahwa Konsep memberi kewenangan pada hakim untuk memberi maaf atau pengampunan kepada si pembuat tanpa menjatuhkan pidana atau tindakan apapun. Namun demikian, apabila terdakwa sendiri patut dicela/dipermasalahkan menyebabkan terjadinya keadaan atau situasi darurat yang sebenarnya dapat menjadi dasar alasan penghapus pidana hakim dapat menjatuhkan pidana.

Di samping beberapa hal di atas, perlu dikemukakan pula kaitannya dengan masalah “kemampuan bertanggung jawab”, bahwa di samping konsep mengatur masalah “tidak mampu bertanggung jawab” (Pasal 34) sebagai alasan pemaaf, Konsep juga mengatur masalah “kurang mampu bertanggung jawab”(dalam Pasal 35) sebagai alasan “pengurangan pidana”.

Pasal 34 berbunyi:

“Setiap orang yang menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental melakukan tindak pidana, tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya dan tidak dapat dijatuhi pidana, tetapi dapat dikenakan tindakan”.

Sedangkan Pasal 35 merumuskan:

“Setiap orang yang pada waktu melakukan tindak pidana kurang dapat dipertanggungjawabkan karena menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa, atau retardasi mental, pidananya dapat dikurangi atau dikenakan tindakan”.

Satu hal lagi di dalam masalah pertanggungjawaban pidana yang berbeda dengan KUHP (WvS) adalah adanya ketentuan di dalam Konsep yang menyatakan bahwa korporasi merupakan subjek tindak pidana. Pertanggungjawaban pidana yang menempatkan korporasi sebagai subyek tindak pidana, merupakan kemajuan besar yang menghapus keragu-raguan selama ini. Realitas yang terjadi adalah bahwa dewasa ini korporasi semakin memegang peranan yang penting dalam kehidupan masyarakat, khususnya dalam bidang perekonomian. Menurut Muladi, doktrin yang mewarnai KUHP (WvS) yakni *Universitas Delinquere Non Potest* sudah mengalami perubahan sehubungan dengan diterimanya konsep pelaku fungsional (*funtioneel daderschap*).¹³⁵

Pasal 44 Konsep merumuskan,

“Korporasi dapat dipertanggungjawabkan dalam melakukan tindak pidana”.

Pertanggungjawaban korporasi tersebut dilanjutkan dengan Pasal 45 di dalam hal penuntutan dan pemidanaan terhadap tindak pidana yang dilakukan oleh atau untuk suatu korporasi. Pasal 45 menyatakan,

”Jika tindak pidana dilakukan oleh atau untuk korporasi, penuntutan dan penjatuhan pidananya dapat dilakukan terhadap korporasi dan atau pengurusnya”.

¹³⁵ Muladi, “*Proyeksi Hukum Pidana Materil Indonesia di Masa Datang*”, Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum Pidana Undip, Semarang, 24 Februari 1990.

Mengenai pertanggungjawaban pidana yang harus ditanggung oleh pengurus korporasi adalah sepanjang pengurus tersebut mempunyai kedudukan fungsional dalam struktur organisasi korporasi. Hal tersebut dirumuskan dalam Pasal 47 yang menyatakan,

“pertanggungjawaban pidana pengurus korporasi dibatasi sepanjang pengurus mempunyai kedudukan fungsional dalam struktur organisasi korporasi”.

Perumusan korporasi sebagai subjek hukum di samping orang perorangan di dalam Konsep tersebut, merupakan kebijakan yang perlu disambut gembira. Pandangan tentang korporasi sebagai subjek kejahatan memang belum populer dan dipandang “baru”, dalam arti baik sebagai pelaku maupun pertanggungjawabannya secara pidana, meskipun pelaku bisnis sebagai subjek hukum, sebenarnya sudah dikenal beberapa abad lampau, misalnya V.O.C. yang didirikan pemerintah Belanda tahun 1602 dapat dipandang sebagai perintis korporasi modern di bidang bisnis yang dibangun dengan modal tetap yang berupa saham.¹³⁶

I.S. Susanto mengatakan, sebagai subjek hukum yang keberadaannya ditentukan oleh perundang-undangan menjadikan ihwal yang menyangkut korporasi seperti hak, kewajiban, perilaku dan keleluasaan jangkauannya serta pertanggungjawabannya ditentukan oleh hukum.¹³⁷ Ditambahkannya, kesulitan yang muncul antara lain karena

¹³⁶ M.B Clinard & P.C. Yeager, *Corporate Crime*, Free Press, New York, 1980, hlm. 22.

¹³⁷ I.S. Susanto, *Kejahatan Korporasi di Indonesia Produk Kebijakan Rezim Orde Baru*, pidato pengukuhan Guru Besar Undip, 12 Oktober 1999.

kurangnya visi pembuat undang-undang tentang ihwal korporasi di samping kesulitan yang timbul dari konstruksi hukum itu sendiri.

Menurut hemat penulis, pertanggungjawaban korporasi sebagaimana dirumuskan dalam Konsep tersebut adalah sangat tepat, sebagaimana Pasal 45 secara jelas merumuskan bahwa penuntutan dan penjatuhan pidana dapat dilakukan terhadap korporasi dan atau pengurusnya. Hal tersebut sangat tepat, mengingat besarnya kerugian yang ditimbulkan oleh kejahatan korporasi, yang antara lain meliputi, kerugian di bidang ekonomi/materi; kerugian di bidang kesehatan dan keselamatan jiwa; maupun kerugian di bidang sosial dan moral. Kerugian yang ditimbulkan oleh kejahatan korporasi, juga dapat merusak nilai-nilai demokrasi dan sekaligus menghambat proses demokrasi, seperti kolusi antara korporasi dan pejabat pemerintah yang dilakukan secara tertutup/tidak transparan, sementara transparansi merupakan hal penting bagi demokratisasi.

3. Pokok Pemikiran Tentang Pidana dan Pidanaan

Menyangkut masalah sentral yang ketiga di dalam hukum pidana adalah tentang pidana dan pidanaan. Di dalam tinjauan pustaka telah dikemukakan pendapat Nigel Walker yang mensyaratkan *limiting principles* yang harus dipenuhi dalam penggunaan hukum pidana, yang antara lain adalah:¹³⁸ tidak semata-mata untuk tujuan pembalasan; harus menimbulkan

¹³⁸ Nigel Walker, *Sentencing in a Rational Society*, Penguin Books, 1972, hlm. 43 – 52. (*limiting principles declare that the criminal law should not be used for certain purposes or in, certain circumstances*).

kerugian atau korban yang jelas; apabila masih ada cara lain yang lebih baik dan lebih murah; kerugian yang ditimbulkan karena ppidanaan harus lebih kecil daripada akibat kejahatan; harus mendapat dukungan masyarakat; dan harus dapat diterapkan dengan efektif.

Selaras dengan pendapat Nigel Walker di atas, maka yang merupakan hal baru di dalam Konsep adalah adanya perumusan mengenai "tujuan dan pedoman ppidanaan" (Pasal 50 -59). Dirumuskannya tujuan dan pedoman bertolak dari pokok-pokok pemikiran sebagai berikut:¹³⁹

- a. Pada hakikatnya undang-undang merupakan suatu sistem (hukum) yang bertujuan (*purposive system*). Dirumuskannya pidana dan ppidanaan dalam undang-undang pada hakikatnya hanya merupakan sarana untuk mencapai tujuan. Oleh karena itu perlu dirumuskan tujuan dan pedoman ppidanaan;
- b. Dilihat secara fungsional dan operasional, ppidanaan merupakan suatu rangkaian proses dan kebijakan yang konkritisasinya 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 itu sebagai satu kesatuan sistem ppidanaan, diperlukan perumusan tujuan dan pedoman ppidanaan;

¹³⁹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 117.

- c. Sistem pemidanaan yang bertolak dari paham individualisasi pidana tidak berarti tidak memberi kebebasan sepenuhnya kepada hakim dan aparat-aparat lainnya tanpa pedoman atau kendali/kontrol. Perumusan tujuan dan pedoman pemidanaan dimaksudkan sebagai “fungsi pengendali/kontrol” dan sekaligus memberikan dasar filosofis, dasar rasionalitas dan motivasi pemidanaan yang jelas dan terarah

Bertolak dari pemikiran sebagaimana dikemukakan di atas, maka konsep pertama-tama merumuskan tentang tujuan pemidanaan. Dalam mengidentifikasi tujuan pemidanaan, konsep bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok, yaitu perlindungan masyarakat dan perlindungan/pembinaan individu pelaku tindak pidana, atau keseimbangan dua kepentingan antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Pandangan mono-dualistik tersebut biasanya dikenal dengan istilah “*Daad-dader Strafrecht*”, yaitu hukum pidana yang memperhatikan segi-segi objektif dari “perbuatan” (*Daad*) dan juga segi-segi subjektif dari “orang/pembuat” (*Dader*).

Bertolak dari keseimbangan dua sasaran pokok itu, maka syarat pemidanaan menurut Konsep juga bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan mono-dualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu; antara faktor objektif dan faktor subjektif. Oleh karena itu syarat pemidanaan juga bertolak dari dua pilar yang sangat fundamental di dalam hukum pidana, yaitu asas legalitas (yang merupakan asas kemasyarakatan) dan asas kesalahan/asas culpabilitas (yang merupakan

asas kemanusiaan). Berbeda dengan KUHP yang sekarang berlaku (WvS), yang hanya merumuskan asas legalitas, sedangkan konsep merumuskan kedua asas itu secara eksplisit di dalam Pasal 1 (untuk asas legalitas) dan Pasal 32 (untuk asas culpabilitas).

Berkaitan dengan pedoman pemidanaan, Konsep merumuskan bermacam-macam pedoman pemidanaan, yaitu:

- a. ada pedoman yang bersifat umum untuk memberi pengarah kepada hakim mengenai hal-hal apa yang sepatutnya dipertimbangkan dalam menjatuhkan pidana;
- b. Ada pedoman yang bersifat khusus untuk memberi pengarah pada hakim dalam memilih atau menjatuhkan jenis-jenis pidana tertentu;
- c. Ada pedoman bagi hakim dalam menerapkan sistem perumusan ancaman pidana yang digunakan dalam perumusan delik.

Diadakannya pedoman untuk menerapkan sistem perumusan ancaman pidana antara lain juga dimaksudkan untuk memberikan sifat fleksibilitas dalam rangka menghindari sifat kaku/absolut/imperatif dari suatu sistem perumusan ancaman pidana, baik perumusan tunggal maupun perumusan alternatif. Di samping itu, diadakannya pedoman juga dimaksudkan sebagai jembatan untuk menginformasikan prinsip-prinsip atau ide-ide yang melatarbelakangi disusunnya KUHP (Konsep), antara lain:¹⁴⁰

¹⁴⁰ Barda Nawawi Arief, 1996, hlm. 119.

- a. prinsip subsidiaritas di dalam memilih jenis sanksi pidana;
- b. ide individualisasi pidana;
- c. ide untuk mengefektifkan jenis pidana yang bersifat non custodial atau mengefektifkan jenis alternatif pidana selain pidana perampasan kemerdekaan dalam rangka menghindari / membatasi penggunaan pidana penjara (kebijakan selektif dan limitatif);
- d. ide untuk mengefektifkan penggabungan jenis sanksi yang bersifat "pidana (*strafpunishment*) dengan jenis sanksi yang lebih bersifat "tindakan" (*maatregel/treatment*), walaupun disadari adanya kekaburan mengenai batas-batas kedua sanksi ini;
- e. ide untuk menghindari eksekusi dari pidana pendek.

Prinsip subsidiaritas yang diharapkan dapat memberikan suatu arah pedoman bagi hakim dalam melaksanakan tugasnya itu, antara lain: jangan jatuhkan pidana penjara atau kurungan jika dipandang cukup hanya dengan pidana denda; jangan jatuhkan pidana penjara atau kurungan yang tidak bersyarat jika pidana bersyarat dipandang telah cukup; dan jangan jatuhkan pidana perampasan kemerdekaan yang lama jika pidana yang waktunya pendek telah dapat menyelesaikan persoalan.¹⁴¹

Menyangkut pola pemidanaan sebagaimana diatur dalam Konsep yang berbeda dengan KUHP yang berlaku sekarang (WvS) adalah:

¹⁴¹ Roeslan Saleh, *Segi Lain Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984, hlm. 23.

- a. Di dalam pidana pokok, Konsep tidak lagi mengenal pidana kurungan, yang menurut pola KUHP biasanya diancamkan untuk tindak pidana pelanggaran;
- b. Konsep tidak lagi membedakan jenis tindak pidana berupa “kejahatan” dan “pelanggaran”;
- c. Tentang pola lamanya pidana, Konsep mengenal pola minimum khusus;
- d. Pola maksimum khusus pidana penjara dalam KUHP (WvS) adalah 3 minggu – 15 tahun, sedangkan dalam Konsep berkisar antara 1 tahun – 15 tahun

Menyangkut pedoman penerapan sistem pemidanaan, Konsep mengatur dalam Pasal 54, 55, 56 Pedoman penerapan sistem tunggal, di mana hakim diberi wewenang untuk tidak menjatuhkan pidana penjara yang dirumuskan secara tunggal:

- apabila syarat-syarat terpenuhi pengadilan dapat menjatuhkan pidana denda;
- untuk delik-delik tertentu, dapat menjadi system kumulatif;
- delik-delik yang diancam pidana denda secara tunggal adalah delik yang dipandang sangat ringan;
- hakim dimungkinkan menjatuhkan pidana tambahan atau tindakan tertentu saja.

Sedangkan pedoman penerapan sistem alternatif, di mana hakim diberi kesempatan untuk memilih jenis pidana yang dicantumkan dalam pasal yang bersangkutan, ada beberapa kemungkinan yang dapat dijatuhkan hakim terhadap pelaku tindak pidana yang diancam pidana secara alternatif (penjara atau denda), yaitu:

- menjatuhkan pidana penjara saja, atau denda saja;
- menjatuhkan pidana penjara dan pidana denda bersama-sama;
- pidana pengawasan (maksimum 3 tahun) dan denda (separah dari maksimum) bersama-sama.

Adapun kelemahan sistem pemidanaan yang dirumuskan secara tunggal adalah sebagai berikut:

- sifatnya yang sangat kaku, absolut dan bersifat imperatif;
- tidak memberi kelonggaran pada hakim untuk menentukan jenis pidana apa yang dianggap paling sesuai untuk terdakwa;
- kurang memberi kesempatan pada hakim untuk melakukan individualisasi pidana yang berorientasi pada orang.
- oleh karena itu untuk mengatasinya, hakim diberi kewenangan untuk tidak menjatuhkan pidana penjara yang dirumuskan secara tunggal.

Menyangkut masalah pidana di dalam Konsep, dapat dikemukakan pasal-pasal sebagai berikut:

- Pasal 60 ayat (1) Pidana pokok terdiri atas:
 - a. pidana penjara;
 - b. pidana tutupan;
 - c. pidana pengawasan;
 - d. pidana denda; dan
 - e. pidana kerja sosial.

- Pasal 61 : Pidana mati merupakan pidana yang bersifat khusus dan selalu diancam secara alternatif.
- Pasal 62 ayat (1) Pidana tambahan terdiri atas:
 - a. pencabutan hak tertentu;
 - b. perampasan barang tertentu dan atau tagihan;
 - c. pengumuman putusan hakim;
 - d. pembayaran ganti kerugian; dan
 - e. pemenuhan kewajiban adat.
- Pasal 94 ayat (1) Setiap orang yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 34 dan Pasal 35, dapat dikenakan tindakan berupa:
 - a. perawatan di rumah sakit jiwa;
 - b. penyerahan kepada pemerintah; atau
 - c. penyerahan kepada seseorang.

Dilihat dari pokok pemikiran yang lebih menitikberatkan pada perlindungan kepentingan masyarakat, maka wajar Konsep masih tetap mempertahankan jenis-jenis sanksi pidana yang berat, yaitu pidana mati dan pidana seumur hidup. Namun pidana mati di dalam Konsep tidak dimasukkan di dalam deretan pidana pokok, namun ditetapkan tersendiri sebagai jenis pidana yang bersifat khusus atau eksepsional. Perumusan pidana mati dalam pasal tersendiri tersebut, seperti halnya dalam KUHP Polandia, Uni Soviet (waktu itu, pen) dan disebut sekaligus bahwa pidana itu merupakan pidana pengecualian.¹⁴²

Pertimbangan utama digesernya kedudukan pidana mati itu didasarkan pada pemikiran, bahwa dilihat dari tujuan pemidanaan dan tujuan diadakan/digunakannya hukum pidana (sebagai salah satu sarana kebijakan kriminal dan kebijakan sosial). Pidana mati pada hakikatnya memang bukanlah sarana utama (sarana pokok) untuk mengatur,

¹⁴² Sudarto, "Suatu Dilemma dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia", Pidato pengukuhan jabatan Guru Besar Tetap dalam Hukum Pidana Undip, tanggal 21 Desember 1974.

menertibkan dan memperbaiki masyarakat. Pidana mati hanya merupakan sarana perkecualian. Pemikiran seperti itu diidentikkan Barda Nawawi Arief dengan sarana amputasi atau operasi di bidang kedokteran yang pada hakikatnya juga bukan sarana/obat yang utama, tetapi hanya merupakan perkecualian sebagai sarana/obat terakhir.¹⁴³

Kendatipun pidana mati masih dipertahankan sebagai jenis sanksi pidana terutama jika dikaitkan sebagai sarana perlindungan masyarakat (jadi lebih berorientasi atau menitikberatkan kepentingan masyarakat), namun dalam penerapannya diharapkan bersifat selektif, hati-hati dan berorientasi juga pada perlindungan/kepentingan individu (pelaku tindak pidana). Oleh karena itu, di dalam Konsep ada ketentuan mengenai “penundaan pelaksanaan pidana mati” atau “pidana mati bersyarat” dengan masa percobaan selama 10 tahun. Pasal 82 Konsep sebagai berikut:

- (1) Pelaksanaan pidana mati dapat ditunda dengan masa percobaan selama 10 tahun, jika:
 - a. reaksi masyarakat terhadap terpidana tidak terlalu besar;
 - b. terpidana menunjukkan rasa menyesal dan ada harapan untuk diperbaiki;
 - c. kedudukan terpidana dalam penyertaan tindak pidana tidak terlalu penting; dan
 - d. ada alasan yang meringankan.
- (2) jika terpidana selama masa percobaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) menunjukkan sikap dan perbuatan yang terpuji, maka pidana mati dapat diubah menjadi pidana seumur hidup atau pidana paling penjara lama 20 (dua puluh) tahun dengan Keputusan Menteri Hukum dan Perundang-undangan.
- (3) Jika terpidana selama masa percobaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak menunjukkan sikap dan perbuatan yang terpuji serta tidak ada harapan untuk diperbaiki, maka pidana mati dapat dilaksanakan atas perintah Jaksa Agung.

¹⁴³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm.97.

Aspek lain dari perlindungan masyarakat adalah perlindungan terhadap korban dan pemulihan keseimbangan nilai yang terganggu di dalam masyarakat. Untuk memenuhi aspek ini, Konsep menyediakan jenis sanksi berupa “pembayaran ganti kerugian” dan “pemenuhan kewajiban adat”. Kedua jenis sanksi ini dimasukkan sebagai jenis pidana tambahan, karena dalam kenyataan sering terungkap, bahwa penyelesaian masalah secara yuridis formal dengan menjatuhkan sanksi pidana pokok saja kepada terdakwa belum dirasakan oleh warga masyarakat sebagai suatu penyelesaian masalah secara tuntas.

Penetapan ganti rugi yang harus dibayar oleh terdakwa kepada korban atau ahli warisnya tersebut, seiring perkembangan ilmu hukum pidana dan kriminologi yang memperluas optik perhatiannya, yang tidak hanya yang tidak hanya berfokus pada kejahatan dan pembuatnya, tetapi juga kepada pihak lain selain pembuat, misalnya korban, saksi, dan anggota masyarakat lain. menurut Sudarto, Korban suatu tindak pidana tidak hanya orang yang langsung terkena benda hukumnya yang dilindungi oleh ketentuan pidana yang bersangkutan, akan tetapi juga keluarganya, dan masyarakat seluruhnya. Bahkan pelaku sendiri ada pula yang dapat disebut sebagai korban.¹⁴⁴

Menyangkut masalah korban (*victims*) kejahatan, Resolusi PBB No. 40/34, tanggal 15 Desember 1985 tentang *Declaration of Basic Principles of Justice, for Victims of Crime and Abuse of Power*, mendefinisikan

¹⁴⁴ Sudarto, Log. Cit.

sebagai: “Persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws proscribing abuse of power”.¹⁴⁵

Deklarasi PBB tersebut juga menganjurkan, agar terhadap korban kejahatan, paling sedikit diperhatikan 4 (empat) hal sebagai berikut:

1. Jalan masuk untuk memperoleh keadilan dan diperlakukan secara adil (*Access to justice and fair treatment*);
2. Pembayaran ganti rugi (*restitution*) oleh pelaku tindak pidana pada korban, keluarganya atau orang lain yang kehidupannya tergantung pada korban;
3. Apabila terpidana tidak mampu, negara diharapkan membayar santunan (*compensation*) finansial kepada korban, keluarganya atau mereka yang menjadi tanggungan korban; dan
4. Bantuan materiil, medis, psikologis dan sosial kepada korban, baik melalui negara, sukarelawan maupun masyarakat.

Dirumuskannya pidana tambahan berupa ganti kerugian dalam Konsep tersebut (seiring dengan perkembangan yang diakibatkan oleh semakin majunya *victimologi*), akan memudahkan hakim dalam memutuskan ganti rugi demi kepentingan korban kejahatan. Perhatian terhadap korban kejahatan, sangat penting, karena selama ini korban

¹⁴⁵ UNO General Assembly, Fortieth Session Agenda Item 98.

kejahatan hanya berkedudukan sebagai saksi korban dan kurang mendapatkan perlakuan yang memadai dalam sistem peradilan pidana. Menurut Muladi, perlakuan yang adil terhadap korban sesuai dengan konsep solidaritas dan kesetiakawanan sosial di kalangan bangsa kita.¹⁴⁶

Berkaitan dengan pidana ganti rugi maupun perhatian terhadap korban sebagaimana dirumuskan dalam Konsep tersebut, di dalam hukum Islam ada ketentuan yang serupa, yang dinamakan *diat*. *Diat* adalah harta benda yang wajib ditunaikan oleh sebab tindakan kejahatan, kemudian diberikan kepada korban kejahatan atau walinya. *Diat* meliputi denda sebagai pengganti *qishash* (hukuman mati) dan denda selain *qishash*.¹⁴⁷

Diat dalam hukum Islam, pertanggungjawabannya dapat berupa pertanggungjawaban kolektif, dalam pengertian bahwa jika mampu, diat tersebut “dipikul” terpidana sendiri. Apabila belum cukup ditanggung keluarga. Masih belum cukup, dibayar bersama pengusaha yang mau berpartisipasi. Jika masih belum cukup maka ditanggung oleh negara lewat “*baitul maal*” atau kas negara.

Berkaitan dengan *diat* sebagai penjabaran denda dan ganti kerugian terhadap korban tersebut, selaras dengan deklarasi PBB menyangkut masalah korban (*victims*) dan ide keadilan berdasarkan konsep solidaritas dan kesetiakawanan sosial, di samping merupakan penjabaran dari ide

¹⁴⁶ Muladi, “Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang”, dalam **Kumpulan Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Undip**, Badan Penerbit Undip, Semarang, 1995, hlm. 164.

¹⁴⁷ Sayyid Sabiq, **Fiqh Sunnah Jilid 10**, alih bahasa H. A. Ali, Al-Maarif, Bandung, 1990, hlm. 91.

individualisasi pidana yang berorientasi pada faktor orang (pelaku tindak pidana)

Bertolak dari pemikiran, bahwa pemidanaan harus juga berorientasi pada faktor orang (pelaku tindak pidana), maka ide individualisasi pidana juga melatarbelakangi aturan umum pemidanaan di dalam Buku I Konsep. Ide atau pokok pemikiran “individualisasi pidana” ini antara lain terlihat dalam aturan umum Konsep sebagai berikut:

- a. Seperti telah dikemukakan di atas, Konsep menegaskan di dalam Pasal 32 bahwa tiada pidana tanpa kesalahan merupakan asas yang sangat fundamental;
- b. Dalam ketentuan alasan penghapus pidana, khususnya alasan pemaaf, dimasukkan masalah error, daya paksa, pembelaan terpaksa yang melampaui batas, tidak mampu bertanggung jawab dan masalah anak di bawah 12 tahun;
- c. Di dalam pedoman pemidanaan (Pasal 51) hakim diwajibkan mempertimbangkan beberapa afaktor antara lain motif, sikap batin dan kesalahan pembuat; cara pembuat melakukan tindak pidana; riwayat hidup dan keadaan social ekonominya; bagaimana pengaruh pidana terhadap masa depan si pembuat; pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan; pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarga korban; dan atau apakah tindak pidana dilakukan dengan berencana;

- d. Di dalam pedoman pemberian maaf/pengampunan oleh hakim antara lain juga dipertimbangkan faktor keadaan pribadi si pembuat dan pertimbangan kemanusiaan;
- e. Di dalam ketentuan mengenai peringanan dan pemberatan pidana (Pasal 124 dan 126) dipertimbangkan beberapa faktor antara lain:
- Apakah tindak pidana yang dilakukan merupakan percobaan dan atau pembantuan;
 - apakah ada kesukarelaan terdakwa menyerahkan diri kepada pihak yang berwajib; atau kesukarelaan terdakwa memberi ganti rugi atau memperbaiki kerusakan yang timbul;
 - apakah tindak pidana dilakukan oleh wanita hamil;
 - apakah ada kekurangmampuan bertanggungjawab sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35;
 - apakah pelaku adalah pegawai negeri yang melanggar kewajiban jabatannya/menyalahgunakan kekuasaannya;
 - apakah ia menyalahgunakan keahlian/profesinya;
 - apakah tindak pidana yang dilakukan pada waktu terjadi huru hara atau bencana alam atau dilakukan pada waktu negara dalam keadaan bahaya.

Sisi lain dari ide individualiasi pidana yang dituangkan di dalam Konsep adalah adanya ketentuan mengenai “modifikasi / perubahan / penyesuaian / peninjauan kembali putusan pemidanaan yang telah berkekuatan tetap” yang didasarkan pertimbangan karena adanya

“perubahan/perkembangan/perbaikan pada diri si terpidana itu sendiri”. Jadi dalam pemikiran Konsep, pengertian individualisasi pidana tidak hanya berarti bahwa pidana yang akan dijatuhkan harus disesuaikan/diorientasikan pada pertimbangan yang bersifat individual, tetapi juga pidana yang telah dijatuhkan harus selalu dapat dimodifikasi/diubah disesuaikan dengan perubahan dan perkembangan individu (si terpidana) yang bersangkutan.

Ketentuan mengenai hal ini diatur dalam Pasal 53 yang antara lain menyatakan:

- (1) Putusan pidana dan tindakan yang setelah memperoleh kekuatan hukum tetap dapat dilakukan perubahan atau penyesuaian dengan mengingat perkembangan narapidana dan tujuan pemidanaan.
- (2) Perubahan atau penyesuaian sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan atas permohonan narapidana, orang tua, wali atau penasehat hukumnya, atau atas permintaan jaksa penuntut umum atau hakim pengawas.
- (3) Perubahan atau penyesuaian sebagaimana dalam ayat (1) tidak boleh lebih berat dari putusan semula dan harus dengan persetujuan narapidana.
- (4) Perubahan atau penyesuaian sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat berupa:
 - a. pencabutan atau penghentian sisa pidana atau tindakan; atau
 - b. penggantian jenis pidana atau tindakan lainnya.

Aspek lain dari individualisasi pidana adalah perlu adanya keleluasaan bagi hakim dalam memilih dan menentukan sanksi apa (pidana/tindakan) yang sekiranya tepat untuk individu/pelaku tindak pidana yang bersangkutan. Jadi diperlukan adanya “fleksibilitas atau elastisitas pemidanaan”, walaupun tetap dalam batas-batas kebebasan menurut undang-undang.

Bertolak dari pemikiran demikian, maka di dalam Konsep ditentukan hal-hal sebagai berikut:

- a. Sanksi yang tersedia dalam Konsep berupa “pidana’ (yang terdiri dari “pidana pokok” dan “pidana tambahan”) dan “tindakan”. Namun di dalam penerapannya, hakim dapat menjatuhkan berbagai alternatif sanksi sebagai berikut:
- menjatuhkan “pidana pokok” saja;
 - menjatuhkan “pidana tambahan” saja;
 - menjatuhkan “tindakan” saja;
 - menjatuhkan “pidana pokok” dan “pidana tambahan”;
 - menjatuhkan “pidana pokok” dan “tindakan”;
 - menjatuhkan “pidana pokok”, “pidana tambahan” dan “tindakan”.
- b. Walaupun pada prinsipnya sanksi yang dapat dijatuhkan adalah pidana pokok yang tercantum (diancamkan) dalam perumusan delik yang bersangkutan (dalam Buku Kedua), namun hakim dapat menjatuhkan jenis sanksi lainnya (pidana pokok / pidana tambahan / tindakan) yang tidak tercantum, sepanjang dimungkinkan/diperbolehkan menurut aturan umum Buku Kesatu.

Bertolak dari uraian di atas dapat dikemukakan, bahwa dalam masalah pidana dan ppidanaan, Konsep memperhatikan adanya asas keseimbangan antara kepentingan masyarakat, lingkungan, korban dan kepentingan individu atau keseimbangan dua sasaran pokok, yaitu perlindungan masyarakat dan perlindungan/pembinaan individu pelaku tindak pidana.

BAB IV

KESIMPULAN

A. Kristalisasi Hasil Penelitian Keseluruhan

Permasalahan pokok yang ditinjau dalam penelitian ini adalah: (1) mengenai bagaimana penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam kebijakan perundang-undangan di Indonesia saat ini, dan (2) mengenai seberapa jauh pokok pikiran Konsep KUHP Baru mengakomodasi penyimpangan asas-asas umum hukum pidana kaitannya dengan masalah sentral hukum pidana.

Secara keseluruhan, kesimpulan yang diperoleh dari penelitian dan pembahasan terhadap dua masalah pokok sebagaimana diuraikan di atas adalah sebagai berikut:

1. Kebijakan merumuskan dan menetapkan asas-asas umum hukum pidana yang menyimpang dalam perundang-undangan dapat dilakukan berdasarkan Pasal 103 KUHP, namun di dalam penelitian ini ditemukan, bahwa penyimpangan tersebut ada beberapa di antaranya yang tidak disertai pedoman ataupun aturan untuk mengoperasionalkan penyimpangan tersebut, sehingga dikhawatirkan terjadi kesulitan di dalam praktek. Oleh karena itu, perumusan dan penetapan penyimpangan asas tersebut perlu disempurnakan agar dapat dioperasionalkan di dalam pelaksanaannya;

2. Asas-asas umum hukum pidana maupun ketentuan-ketentuan/aturan-aturan (*general rules*) dalam Buku I KUHP yang disimpangi dalam kebijakan perundang-undangan di Indonesia saat ini adalah:
 - a. Asas legalitas sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP;
 - b. Asas *ne bis in idem* dan daluwarsa dalam Pasal 76 dan 78 KUHP;
 - c. Asas tentang ketentuan/aturan mengenai kualifikasi yuridis antara kejahatan dan pelanggaran sebagaimana ketentuan dalam Buku II (kejahatan) dan Buku III (pelanggaran) KUHP;
 - d. Asas pertanggungjawaban pidana individual menyangkut subjek tindak pidana
 - e. Asas tentang ketentuan/aturan (*general rules*) menyangkut ancaman pidana maksimal khusus.

3. Dasar-dasar pembenaran/argumentasi dipertahankannya penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam kebijakan perundang-undangan, adalah:
 - a. Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam beberapa kebijakan perundang-undangan saat ini sesuai dengan politik hukum pidana, yaitu mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang baik, yang memenuhi syarat keadilan dan daya guna, khususnya untuk mengadakan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa yang akan datang;

- b. Penyimpangan asas-asas umum hukum pidana dalam kebijakan perundang-undangan saat ini sesuai dengan adanya kebijakan dan “nafas” baru di bidang konsepsi dan filsafat perundang-undangan di Indonesia yang berbeda secara fundamental pada saat ditetapkan oleh pembuat WvS (KUHP);
 - c. Perkembangan hukum pidana internasional melalui berbagai instrumen internasional menegaskan dan menetapkan beberapa asas umum hukum pidana yang menyimpang dalam praktek pengadilan pidana internasional.
4. Pokok pikiran Konsep KUHP Baru dalam mengakomodasi penyimpangan asas-asas umum hukum pidana, adalah :
- a. Kaitannya dengan masalah tindak pidana atau perbuatan menyangkut asas legalitas adalah diperluasnya rumusan asas legalitas formal seperti dalam KUHP (WvS) ke perumusan material dengan menegaskan, bahwa asas legalitas tersebut tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup di dalam masyarakat. Konsep juga tidak membedakan kualifikasi yuridis antara kejahatan dan pelanggaran.
 - b. Di dalam hal pertanggungjawaban pidana Konsep KUHP Baru menegaskan,
 - asas kesalahan (culpabilitas) merupakan asas yang fundamental;

- memberi kemungkinan adanya pertanggungjawaban yang ketat (*strict liability*) dan pertanggungjawaban pengganti (*vicarious liability*);
 - memberikan kewenangan pada hakim untuk memberikan *rechterlijk pardon* maupun mengesampingkan alasan penghapusan pidana berdasar asas *culpa in causa*.
- c. Menyangkut masalah pidana dan ppidanaan, Konsep KUHP Baru merumuskan beberapa hal sebagai berikut:
- dirumuskannya tujuan dan pedoman ppidanaan;
 - adanya ketentuan penundaan pidana mati/pidana mati bersyarat;
 - terdapat jenis sanksi berupa pembayaran ganti kerugian dan pemenuhan kewajiban adat;
 - diakomodasinya asas modifikasi pidana maupun asas fleksibilitas/elastisitas ppidanaan.

B. Rekomendasi

Sehubungan dengan hasil-hasil penelitian yang dikemukakan di atas, maka beberapa rekomendasi yang dapat diajukan adalah:

- (1) Pelaksanaan kebijakan perundang-undangan yang merumuskan dan menetapkan asas-asas umum hukum pidana yang menyimpang tersebut akan efektif dan efisien, apabila didukung oleh sistem nilai dan teknik

pembentukan perundang-undangan yang memadai. Oleh karena itu, perlu dikaji secara seksama dalam merumuskan dan menetapkan asas-asas yang menyimpang tersebut dengan memperhatikan perkembangan ilmu hukum tanpa mengesampingkan asas-asas maupun ketentuan-ketentuan (*general rules*) yang ada dalam KUHP yang sekiranya masih relevan;

- (2) Guna mewujudkan pelaksanaan kebijakan perundang-undangan yang memuat penyimpangan asas-asas umum hukum pidana, perlu disediakan pedoman atau aturan secara khusus agar dapat dioperasionalkan di dalam pelaksanaannya;
- (3) Rancangan (Konsep) KUHP Baru yang telah mengakomodasi penyimpangan asas-asas umum hukum pidana sesuai dengan aspirasi masyarakat Indonesia dan perkembangan hukum internasional, dapat segera diundangkan sebagai undang-undang;
- (4) Apabila Rancangan (Konsep) KUHP Baru belum dapat diundangkan sebagai pengganti KUHP (WvS) yang berlaku saat ini, kiranya perlu dipikirkan untuk memasukkan asas-asas umum hukum pidana yang relevan sebagaimana dirumuskan dalam Konsep KUHP Baru ke dalam KUHP (WvS) sebagai bagian dari pembaruan KUHP secara parsial.