

IDE KESEIMBANGAN DALAM PEMBAHARUAN SISTEM PEMIDANAAN DI INDONESIA

TESIS

Diajukan Untuk Memenuhi Syarat Memperoleh
Gelar Magister Dalam Ilmu Hukum



Oleh :

RAMA PUTRA

NIM. B4A 007 074

Dibawah Bimbingan :

Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, S.H

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
UNIVERSITAS DIPONEGORO
SEMARANG
2009**

**IDE KESEIMBANGAN DALAM
PEMBAHARUAN
SISTEM PEMIDANAAN DI INDONESIA**

Disusun Oleh :

Rama Putra, S.H

B4A 007 074

Dipertahankan di depan Dewan Penguji
pada tanggal 23 Maret 2009

Tesis ini telah diterima
Sebagai persyaratan untuk memperoleh gelar
Magister Ilmu Hukum

Pembimbing
Magister Ilmu Hukum

Mengetahui
Ketua Program

Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, S.H
Suprpto, S.H, M.H
NIP. 130 350 519

Prof. Dr. Paulus Hadi
NIP. 130 531 702

PERNYATAAN KEASLIAN KARYA ILMIAH

Dengan ini saya, **Rama Putra**, menyatakan bahwa Karya Ilmiah/Tesis ini adalah asli hasil karya saya sendiri dan Karya Ilmiah ini belum pernah diajukan sebagai pemenuhan persyaratan untuk memperoleh gelar kesarjanaan Strata Satu (S1) maupun Magister (S2) dari Universitas Diponegoro maupun Perguruan Tinggi lain.

Semua informasi yang dimuat dalam Karya Ilmiah ini yang berasal dari penulis lain baik yang dipublikasikan atau tidak, telah diberikan penghargaan dengan mengutip nama sumber penulis secara benar dan semua isi dari Karya Ilmiah/Tesis ini sepenuhnya menjadi tanggung jawab saya sebagai penulis.

Semarang, 23 Mei 2009
Penulis,

RAMA PUTRA
NIM. B4A 007 074

MOTTO

“Pembaharuan hukum pidana tetap berkisar pada manusia, sehingga ia tidak boleh sekali-kali meninggalkan nilai-nilai kemanusiaan, ialah kasih sayang terhadap sesama” (Prof. Sudarto, S.H)

“Dunia hukum bukan hanya berisi keteraturan, tetapi juga ketidak teraturan. Hukum pidana dan kriminologi adalah bidang hukum yang memiliki logika sosial lebih transparan, disitu tersimpan atau tercermin lebih banyak masalah manusia dan masyarakat” (Prof. Dr. Satjipto Rahardjo, S.H)

“Dilihat dari aspek pengembangan ilmu hukum pidana, ada sesuatu yang dirasakan kurang memuaskan, pemprihatinkan dan selayaknya patut diwaspadai dari penyajian ilmu hukum pidana positif selama ini, karena lebih berorientasi pada KUHP (WvS) warisan zaman Hindia Belanda” (Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, S.H)

KATA PENGANTAR

Dewasa ini Indonesia sedang menggarap pembaharuan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Nasional untuk menggantikan KUHP yang berlaku sekarang yang bersal dari peninggalan pemerintah Hindia Belanda yaitu *Wet Boek van Strafrecht* (WvS) 1918. KUHP (WvS) yang bukan karya budaya bangsa ini, telah tidak selaras lagi dengan keadaan masyarakat setelah kemerdekaan 17 Agustus 1945, lebih-lebih setelah dasawarsa 1970-an dengan diawalinya pelaksanaan Pelita I yang membawa perubahan yang cukup pesat, sehingga semakin nampak kesenjangan antara hukum pidana khususnya dengan realita sosial masyarakat Indonesia.

Dalam rangka pembaharuan hukum pidana Nasional ini, maka sangat diperlukan suatu konsep/ide dasar yang melandasi pembaharuan tersebut, sehingga hukum pidana Nasional sesuai dengan nilai-nilai bangsa Indonesia. Tesis ini mencoba memberikan suatu pemikiran/gagasan terhadap upaya pembaharuna hukum pidana Nasional.

Terkait dengan materi Tesis ini, **Prof. Barda Nawawi Arief** dalam sebuah kuliah umumnya di Fakultas Hukum Universitas Islam Riau (UIR) tahun 2005 pernah mengatakan, bahwa pembaharuan sistem hukum pidana merupakan suatu “masalah

besar” yang sedang dihadapi oleh bangsa Indonesia. Masalah besar yang dihadapi itu ialah masalah memperbaharui dan mengganti produk-produk kolonial dibidang hukum pidana, khususnya pembaharuan KUHP (WvS) warisan zaman Hindia Belanda yang merupakan “induk” dari keseluruhan sistem hukum pidana saat ini. Sementara itu **Jerome Hall** mengatakan, *”Improvement of the criminal law should be a permanent ongoing enterprise and detained records should be kept”* (pembaharuan atau pengembangan hukum pidana harus merupakan suatu usaha permanen yang terus menerus dan berbagai catatan/dokumen rinci mengenai hal itu seharusnya disimpan dan dipelihara), maka untuk menunjang hal tersebut, dibutuhkan pemikiran-pemikiran dari generasi muda sebagai dokumentasi guna menambah referensi dalam rangka “segera” mewujudkan KUHP Indonesia yang berkarateristik kebangsaan. Untuk itu diharapkan Tesis ini dapat menunjang atau turut serta dalam memecahkan “masalah besar” diatas.

Pada kesempatan ini penulis ingin mengucapkan terimakasih Kepada Yang Terhormat :

1. **Prof. Dr. dr. Susilo Wibowo, MS. Med, Sp. And**, Rektor Universitas Diponegoro yang berkenan memberikan kesempatan kepada penulis untuk mengikuti pendidikan S2 di Program Magister Ilmu Hukum UNDIP;

2. **Prof. Dr. Barda Nawawi Arief, S.H**, selaku pembimbing sekaligus tim penguji yang dengan sabar membimbing penulis, serta berbagai masukan dan kritikan yang konstruktif untuk penyempurnaan dalam penulisan Tesis ini;
3. **Prof. Dr. Paulus Hadisuprpto, S.H, M.H**, selaku Ketua Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro dan juga menjadi Tim Penguji dengan berbagai masukan dan kritiknya yang konstruktif untuk penyempurnaan dalam penulisan Tesis ini;
4. **Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H, M.S**, Dekan Fakultas Hukum UNDIP
5. **Prof. Dr. Nyoman Serikat Putra Jaya, S.H, M.H**, selaku tim penguji yang telah banyak memberikan masukan kepada penulis;
6. **Eko Suponyono, S.H, M.H**, selaku tim penguji yang selalu memberikan ide-ide segar setiap kali diskusi dengan beliau;
7. **Ani Purwanti, S.H, M.Hum**, sebagai sekretaris bidang akademik dan **Amalia Diamantina, S.H, M.Hum**, sebagai sekretaris bidang keuangan Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro;

8. Tata Usaha MIH UNDIP yang telah banyak membantu penulis dalam mengurus administrasi;
9. Teman-teman konsentrasi Sistem Peradilan Pidana Program Magister Ilmu Hukum UNDIP angkatan 2007;
10. Pengurus Ikatan Mahasiswa dan Alumni Magister Ilmu Hukum (IMA-MIH) UNDIP periode 2008-2010;
11. Pengurus Nasional Forum Mahasiswa Pascasarjana Se Indonesia periode 2009-2011;
12. Ikatan Keluarga Masyarakat Riau dan Kepulauan Riau (IKAMASRI) Semarang periode 2008-2011;
13. Teman-teman seperjuangan di Asrama Mahasiswa Riau “Hang Jebat” Rumpun Pelajar Mahasiswa Riau (RPMR) Semarang, kebersamaan ini akan selalu dikenang.

Tidak lupa penulis berhutang budi kepada pihak-pihak yang telah memberikan semangat dan masukan berupa pendapat ilmiah serta bahan penulisan :

1. Almarhum Bapak **Ramli Zein, S.H, M.S**, guru penulis sewaktu kuliah di Fakultas Hukum UIR, banyak kegairahan untuk lebih dalam menuntut ilmu yang beliau berikan, khususnya ketika kuliah filsafat hukum dan etika profesi hukum yang beliau ajarkan diakhir-akhir masa hidup beliau;

2. **M. Soleh** (Peserta Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP; dosen Fakultas Hukum Universitas Mataram, NTB);
3. **Faisal** dan **Shitqan Prabowo** (Mahasiswa S2 Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta).

Terima Kasih juga penulis haturkan kepada pihak-pihak dibawah ini atas saran, semangat dan dorongan yang diberikan kepada penulis dalam menyelesaikan tugas ini :

1. Pertama-tama penulis ingin menyampaikan terimakasih dan ta'zim yang sangat khusus kepada kedua orang tua penulis, ayahanda almarhum **Asri Ja'afar** dan ibunda **Zarniati**. Begitu banyak pengorbanan, do'a dan cinta kasih yang telah beliau berikan kepada penulis, terutama pengorbanan ibu sepeninggal almarhum ayah sewaktu penulis baru saja hijrah dari Pekanbaru ke Semarang untuk melanjutkan pendidikan S2 di Program Pascasarjana UNDIP. Keinginan almarhum ayah untuk menyekolahkan penulis, sungguh sangat terlihat dari semangat beliau mengusahakan biaya, walaupun beliau pensiunan PNS tetapi beliau berusaha mencari biaya dengan membujuk saudara-saudara penulis, terutama kakak, dan dengan biaya yang ditanggung secara bersama-sama akhirnyapun penulis dapat menyelesaikan pendidikna S2 ini, tetapi sayang beliau telah dipanggil

oleh Yang Maha Kuasa sebelum melihat penulis meraih gelar Magister dalam Ilmu Hukum Pidana, untuk itu tidak berlebihan rasanya apabila sekali lagi penulis menghaturkan penghargaan yang setinggi-tingginya buat almarhum ayahanda **Asri Ja'afar**, semoga dikehidupan yang kekal nanti kita dapat berkumpul kembali. Penulis tidak dapat menahan haru dan membendung air mata ketika ibunda dan kakak menangis sewaktu baru saja mendengar kabar kalau penulis dapat mempertahankan Tesis dihadapan dewan penguji pada tanggal 23 Maret 2009. Dan juga rasa terimakasih yang sangat mendalam penulis haturkan kepada Kakak **Shinta, Lidya**, Abang **Erwinda**, dan Abang **Oktavianus** serta ketiga keponakan tersayang **Obby, Esha, Syarin** (Om Yong sayang kalian, rajin belajar ya, raih cita-cita setinggi mungkin);

2. Kepada **Nuri Evirayanti, S.H, M.H** beserta keluarga besar di Jambi, terimakasih atas semangat dan dorongannya sehingga penulis dapat cepat selesai. Terimakasih “dinda” perjalanan panjang ke UNDIP telah mempertemukan kita. semoga menjadi ikatan keluarga yang tidak terpisahkan selamanya, amin;
3. **Prof. Dr. Syafrinaldi, S.H, MCL** (sewaktu itu menjabat sebagai Direktur Program Pascasarjana UIR) dan bapak

Zulherman Idris, S.H, M.H (sewaktu itu menjabat sebagai Dekan Fakultas Hukum UIR) karena telah memberi penulis rekomendasi untuk melanjutkan pendidikan S2 di Program Magister Ilmu Hukum UNDIP;

4. Tidak lupa terimakasih kepada bapak **Zul Akrial, SH, M.Hum** dan bapak **M. Musa, S.H, M.H** (keduanya alumni Program Magister Ilmu Hukum UNDIP), dibawah bimbingan beliau penulis menyelesaikan Skripsi Program Strata 1 (S1) dan mendapat gelar Sarjana Hukum (SH) pada Fakultas Hukum UIR tahun 2007.

Akhirnya dengan memanjatkan puji dan syukur kepada Allah SWT atas selesainya Tesis ini, penulis senang tiasa membuka diri kepada siapapun yang ingin memberikan kritik dan masukan terhadap Tesis ini sebagai wujud penghormatan terhadap “kebebasan akademik”.

Asrama Mahasiswa Riau “Hang Jebat”, Semarang, Sabtu Legi
23 Mei 2009.
Penulis,

R.P.

ABSTRAK

Pembaharuan dan pembangunan sistem hukum nasional, khususnya di bidang hukum pidana merupakan salah satu agenda dalam politik hukum di Indonesia. Usaha ini harus dilakukan secara konsisten, sistemik, integral dan berkelanjutan. Gagasan pembaharuan sebagai upaya rekonstruksi dan restrukturisasi sistem induk hukum pidana nasional (yaitu KUHP) merupakan agenda yang harus segera diwujudkan. Tesis ini akan menelaan Konsep KUHP 2008 sekaligus mengkaji tentang ide-ide dasar yang melatar belakangi prinsip-prinsipnya. Untuk mempermudah pemahaman dan pembahasan, analisisnya berangkat dari 3 (tiga) materi/subtansi/masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu masalah “Tindak Pidana atau Perbuatan yang Bersifat Melawan Hukum (*criminal act*)”, Masalah “Pertanggungjawaban Pidana atau Kesalahan (*criminal responsibility*)”, dan Masalah “Pidana” dan “Pemidanaan (*punishment and treatment system*)”, masing-masing merupakan sub sistem dan sekaligus pilar-pilar dari keseluruhan bangunan sistem hukum pidana (pemidanaan).

Dari latar belakang tersebut diatas, maka dalam tesis ini ditetapkan dua masalah pokok, yaitu : Ide dasar keseimbangan apa sajakah yang terdapat dalam sistem pemidanaan khususnya dalam rangka pembaharuan Konsep KUHP baru? dan Bagaimanakah ide keseimbangan itu sebaiknya diwujudkan atau diformulasikan dalam pembaharuan sistem hukum pidana (pemidanaan) nasional?

Penelitian ini bersifat yuridis normatif. Penelitian yuridis normatif dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder yang meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tertier. Kemudian data tersebut dianalisis secara yuridis kualitatif, artinya tanpa menggunakan rumus akan tetapi disajikan dalam bentuk uraian dan konsep.

Hasil penelitian ini menunjukkan, bahwa sistem pemidanaan dalam Konsep KUHP Baru disusun dengan bertolak pada berbagai pokok pemikiran yang secara garis besar dapat disebut “Ide Keseimbangan”, yang mencakup : keseimbangan monodualistik antara kepentingan umum/masyarakat dan kepentingan individu/perseorangan; keseimbangan antara ide perlindungan/kepentingan korban dan ide individualisasi pidana; keseimbangan antara unsur/faktor obyektif (perbuatan/lahiriah) dan subyektif (orang batiniah/sikap batin) (ide *daad-dader*

strafrecht); keseimbangan antara kriteria formal dan materiel; keseimbangan antara kepastian hukum, kelenturan/elastisitas/fleksibilitas dan keadilan; dan keseimbangan nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/internasional/universal. Dari hasil penelitian ini ditemukan beberapa kekurangan/kelemahan dari penyusunan Kosep KUHP. Kekurangan/kelemahan tersebut dapat dilihat dari : tidak adanya keseimbangan antara pidana penjara dan pidana pengawasan, tidak adanya pedoman yang rinci terhadap korporasi yang melakukan tindak pidana, tidak adanya pembedaan antara tujuan pembedanaan dan tujuan hukum pidana/KUHP.

Kata Kunci: Ide Keseimbangan, Pembaharuan Hukum Pidana, Konsep KUHP, Sistem Pembedanaan.

ABSTRACT

The reform and the development of the national law system, especially in penal sector was one of agenda within law politic in Indonesia. This effort shall be done consistently, systematically, internally, and continuously. The idea of reform as the construction and reconstruction and restructure effort of the main national penal system (that is Penal Code) is the agenda that shall be realized. This thesis will review the concept of Penal Code 2008 as well as evaluate the basic idea that stands as the principle. In order to ease the understanding and comprehension, the analysis starts from 3 (three) materials/ substances/ main problems of Penal, which are problems “Criminal Action or Action that Fights against the Law (Criminal Act), the Problem of “the Criminal Responsibility”, and the Problem of “Penal” and “the Penalizing (punishment and treatment system)”, each is the subsystem as well as the pillar of the entire system of Penal (Penalization).

Based upon the background, upon the thesis there are two main problems, which are: the variety of the main idea of equality that is upon the system of penalization, especially in order to reform the Concept of the new Penal Code? And how is the equality idea shall be realized or formulized upon the national Penal System reform (Penalization)?

The research characteristic is juridical normative. It is completed by examining the literature or secondary data that includes primary law material, secondary law material, and the tertiary law material. Then, the data is analyzed with juridical qualitative approach, with the meaning that it is off formula; nevertheless it is served upon the concept and composition.

Research result showed that the sentencing system within penal code concept was arranged based on various ideas which mainly called as “Balance Idea”, including : monodualistic balance between public interest/ society and individual; balance between protection idea/ victim interest and criminal individualization idea; balance between element/ objective factor (deed/physical) and subjective (moral person/ moral behavior) (*daad-dader strafrecht* idea); balance between both formal and materiel criteria; balance between law certainty, elasticity/flexibility and justness; and balance between national values and global/international/universal values. From research result found some lack and weakness from penal code concept arranging. That

lack/weakness could be seen from: there was no balances between both prison and monitoring criminal, was no detail direction concerning corporation which executed criminal act, the nonexistence of the difference between the aim of the penalization and the aim of the Penal law/Penal Code.

Keywords: Balance Idea, Penal Reform, Penal Code Concept, The Sentencing System

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Halaman Pengesahan	ii
Pernyataan Keaslian Karya Ilmiah	iii
Kata Pengantar	iv
Abstrak	xi
Abstract	xiii
Daftar Isi	xv
Motto	xix

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian	1
B. Permasalahan	10
C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian	10
1. Tujuan Penelitian	10
2. Kegunaan Penelitian	10
a. Kegunaan Teoritis	10
b. Kegunaan Praktek	11
D. Kerangka Pemikiran	11
1. Pengertian dan Ruang Lingkup Sistem Pemidanaan	11

2. Kebijakan Pembaharuan Sistem Pidana di Indonesia -----	16
E. Metode Penelitian -----	18
1. Metode Pendekatan -----	18
2. Jenis Data -----	22
3. Metode Pengumpulan Data -----	23
4. Metode Analisis Data -----	24
F. Sistematika Penulisan-----	25

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Latar Belakang Pembaharuan Sistem Pidana di Indonesia -----	27
B. Pengertian dan Ruang Lingkup Kebijakan Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia-----	44
C. Perkembangan Teori-Teori Pidana-----	60
1. Teori Absolut (Teori Retributif) -----	61
2. Teori Relatif -----	66
3. Teori Gabungan -----	69
D. Perkembangan Pokok Pemikiran Dalam Hukum Pidana (Aliran-Aliran Dalam Hukum Pidana)-----	72
1. Aliran Klasik (<i>Classical School</i>)-----	73
2. Aliran Modern (<i>positive School</i>)-----	79

3. Aliran Neo Klasik (<i>neoclassic school</i>) -----	85
---	----

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Ide Keseimbangan Dalam Konsep KUHP 2008-----	88
1. Sistem Pidana Dalam Konsep 2008 -----	91
2. Sistem Aturan Umum Pidana Dalam Konsep 2008 -----	96
2.1. Tindak Pidana-----	97
2.2. Pertanggungjawaban Pidana-----	102
2.3. Pidana dan Pidana-----	105
2.3.1. Tujuan Pedoman dan Syarat Pidana-----	105
2.3.2. Ide-Ide Dasar Sistem Pidana-----	117
B. Kebijakan Formulasi Ide Keseimbangan Dalam Pembaharuan Sistem Pidana (Sistem Hukum Pidana) Nasional -----	119
1. Implementasi Ide Keseimbangan dalam Tindak Pidana atau Perbuatan yang Bersifat Melawan Hukum (<i>criminal act</i>)-----	123
2. Implementasi Ide Keseimbangan dalam Pertanggungjawaban Pidana -----	147

3. Implementasi Ide Keseimbangan dalam Pidana dan Pemidanaan -----	160
---	-----

BAB IV PENUTUP

A. Simpulan -----	176
B. Saran-----	180

DAFTAR KEPUSTAKAAN -----	182
---------------------------------	------------

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG PENELITIAN

Pembaharuan sistem hukum pidana atau yang lebih populer dikenal dengan istilah *penal reform*, tentu akan selalu menarik untuk diperbincangkan, apalagi di tengah masyarakat yang semakin kritis dan berkembang sesuai dengan angin perubahan yang terus berhembus kencang. Pembaharuan sistem hukum pidana sebagaimana dikatakan **Barda Nawawi Arief**, merupakan suatu “masalah besar” yang sedang dihadapi oleh bangsa Indonesia.¹ Masalah besar yang dihadapi itu ialah masalah memperbaharui dan mengganti produk-produk kolonial di bidang hukum pidana, khususnya pembaharuan KUHP (WvS) warisan zaman Hindia Belanda yang merupakan “induk” dari keseluruhan sistem hukum pidana sampai saat ini.²

Walaupun usaha pembaharuan hukum pidana telah lama didengungkan dan dicanangkan oleh para ahli hukum pidana

¹ Barda Nawawi Arief, “Peranan Pendidikan Tinggi Hukum Dalam Proses Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia”, ceramah umum pada Fakultas Hukum Universitas Swadaya Gunung Jati (UNSWAGATI) Cirebon, tanggal 21 Desember 1996; dipublikasikan dalam ***Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana***, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005, hlm. 153.

² *ibid.*

Indonesia, namun masih saja merupakan tema menarik dan aktual menjadi kajian untuk diwacanakan. Lagi pula, pembaharuan hukum pidana Indonesia dalam bentuk Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RUU KUHP, selanjutnya disebut “Konsep”) telah beberapa kali mengalami perubahan sejak pertama kali dibuat.³ Usaha pembaharuan KUHP secara menyeluruh/total dimulai dengan adanya resolusi Seminar Hukum Nasional I Tahun 1963 di Jakarta, yang mendesak agar menyelesaikan KUHP Nasional dalam waktu singkat.⁴

Di sisi lain, dari segi substansi KUHP yang ada sekarang ini boleh dikatakan sudah ketinggalan zaman.⁵ Dikatakan

³ Pada tahun 1964 dikeluarkan Konsep KUHP pertama kali, diikuti dengan Konsep KUHP 1968, 1971/1972, Konsep Basaroesin (Konsep BAS) 1977, Konsep 1979, Konsep 1982/1983, Konsep 1984/1985, Konsep 1986/1987, Konsep 1987/1988, Konsep 1989/1990, Konsep 1991/1992 yang direvisi sampai 1997/1998, Konsep 1999/2000, Terakhir kali Konsep KUHP dikeluarkan tahun 2008. Lihat Rama Putra, “Kebijakan Ide Keseimbangan Sebagai Landasan Pembaharuan Sistem Hukum Pidana di Indonesia”, Makalah disajikan dalam forum diskusi Pada Program Magister Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, 07 April 2008, hlm. 1.

⁴ Lihat K. Wantjik Saleh, **Seminar Hukum Nasional 1963-1979**, Galia Indonesia : Jakarta, 1980, hlm. 22. Bisa juga ditelusuri dalam Barda Nawawi Arief, **Kumpulan Hasil Seminar Nasional Ke I s/d VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008 Tentang Undang-Undang Dasar 1945 Sebagai Landasan Konstitusional Grand Design Sistem dan Politik Hukum Nasional**, Penerbit Pustaka Magister : Semarang, 2008, hlm. 6-7. Lihat juga Rama Putra, “Segelintir Gagasan Menuju Hukum Pidana Indonesia yang Berkarateristik Kebangsaan” ; Refleksi Satu Tahun Perjalanan Menuntut Ilmu dari Riau ke Jawa Tengah (23 Juli 2007 – 23 Juli 2008), Non Publisir, hlm. 2.

⁵ Setelah perang dunia II hampir semua KUHP di dunia ini sudah ketinggalan zaman. Lihat Andi Zainal Abidin Farid dan Andi Hamzah, **Bentuk-Bentuk Khusus Perwujudan Delik (Percobaan, Penyertaan dan Gabungan Delik) dan Hukum Panitensier**, Penerbit PT. Raja Garfindo Persada : Jakarta, 2006, hlm. 1.

ketinggalan zaman karena sudah banyak pasal-pasal yang tidak berlaku lagi. **Sudarto** mengatakan, ada tiga alasan mengapa perlu memperbaharui KUHP : ⁶

1. Dipandang dari segi politik;
Negara Republik Indonesia yang sudah merdeka adalah wajar mempunyai KUHP-nya, yang diciptakannya sendiri. KUHP yang diciptakan sendiri bisa dipandang sebagai lambang (simbol) dan merupakan kebanggaan dari suatu negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari suatu negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari kungkungan penjajahan politik.
2. Dipandang dari sudut sosiologis;
Pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik suatu bangsa dimana hukum itu berkembang. Ini berarti bahwa nilai-nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu mendapat tempat dalam pengaturan dihukum pidana. Dari hasil penelitian yang dilakukan lembaga pembinaan hukum nasional pada tahun 1973 ditiga daerah, yaitu Aceh, Bali dan Manado, dapat diketahui masih banyak keinginan-keinginan dari sebagian masyarakat yang belum tertampung dalam KUHP sekarang.
3. Dipandang dari sudut Praktek Sehari-hari.
Tidak banyak orang yang menyadari sekarang ini, bahwa teks resmi dari KUHP ini adalah tetap teks yang ditulis dalam bahasa Belanda. Teks yang tercantum dalam KUHP yang disusun oleh **Moeljatno** dan **R. Soesilo** dan lain-lain itu merupakan terjemahan belaka; terjemahan “partikelir” dan bukan terjemahan resmi yang disahkan oleh undang-undang. Sehubungan dengan kenyataan itu, maka sebenarnya apabila hendak menerapkan KUHP itu secara tepat, maka orang harus mengerti bahasa Belanda. Kiranya hal ini tidak mungkin diharapkan dari bangsa yang sudah merdeka dan mempunyai bahasa nasionalnya sendiri. Maka dari sudut ini-pun KUHP yang sekarang ini harus diganti dengan KUHP nasional.

⁶ Sudarto, **Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat; Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana**, Sinar Baru : Bandung, 1983, hlm. 66.

Pendapat lain dikemukakan oleh **Mudjono**, sewaktu menjabat Menteri Kehakiman. Kebutuhan pembaharuan hukum pidana adalah dengan alasan : ⁷

1. KUHP yang berlaku sekarang merupakan warisan zaman Hindia Belanda. Ia diciptakan untuk suatu masyarakat kolonial dan norma-norma yang ada didalamnya-pun sesuai dengan kebutuhan zamannya. Tambahan lagi, KUHP yang setelah merdeka diganti namanya dari *wetboek van Strafrecht* (WvS) dengan KUHP, naskah resminya hingga kini masih berbahasa belanda, sedangkan isinya mengikuti *Wetboek van Strafrecht Nederland* dari tahun 1886 sebagai akibat dari asas konkordansi, meskipun disana-sini ada penyesuaian dengan keadaan serta kebutuhan fisik daerah jajahan.
2. Setelah negara merdeka, secara praktis pada tempatnyalah harus memiliki KUHP Baru, suatu Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Nasional, yang sesuai dengan aspirasi dari suatu bangsa yang merdeka. Sangatlah janggal dirasakan apabila didalam iklim kemerdekaan untuk terus menggunakan KUHP dari kekuasaan kolonial yang notabene dipergunakan pula sebagai alat untuk menindas bangsa yang dijajahnya
3. KUHP sekarang ini sebagaimana ini dikemukakan, mulai berlaku pada tahun 1918, adalah pencerminan pula dari *Wetboek van Strafrecht Nederland* pada tahun 1886 yang merupakan sumber WvS Hindia Belanda, dan yang kemudian setelah kemerdekaan melalui UU No. 1 Tahun 1946 dinyatakan sebagai KUHP Indonesia, dapat diduga bahwa dengan perubahan yang terjadi dalam masyarakat, sebagai norma yang terdapat didalamnya lambat laun menjadi tidak sesuai lagi dengan kebutuhan masyarakat bangsa masa kini. Berbagai ketentuan yang diwujudkan politik hukum pidana pada masa lampau, atau yang mencerminkan nilai-nilai dalam masyarakat pada masa hampir seabad yang lalu tentang apa yang baik dan apa yang buruk, dapatlah kiranya dipertanyakan tentang keserasiannya dengan kebutuhan masyarakat pada zaman dimana hidup sekarang ini.

⁷ Mujono, **Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional**, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Bina Cipta, 1980, hlm. 16-17.

Beberapa pakar hukum pidana di Indonesia seperti **Barda Nawawi Arief**⁸, **Muladi**⁹, dan **Nyoman Serikat Putra Jaya**¹⁰, berpendapat bahwa, RUU KUHP (sistem hukum pidana materiel), ingin disusun dengan bertolak pada berbagai pokok pemikiran yang secara garis besar dapat disebut “**Ide Keseimbangan**”. Artinya, draf RUU KUHP tidak hanya berorientasi pada aspek kepastian hukum, melainkan juga memperhatikan aspek keseimbangan antara kepastian hukum dan keadilan, serta aspek kepastian hukum dan elastisitas.

Selanjutnya **Barda Nawawi Arief** mengatakan, ide keseimbangan ini antara lain mencakup :¹¹

1. Keseimbangan monodualistik antara “kepentingan umum/masyarakat” dan “kepentingan “individu/perorangan”;
2. Kepentingan antara perlindungan/kepentingan pelaku tindak pidana (ide individualisme pidana) dan korban tindak pidana;
3. Keseimbangan antara unsur/faktor “objektif” (perbuatan/lahiriah) dan “subjektif” (orang/batiniah/sikap batin); ide daad-dader strafrecht;

⁸ Kompas, Jum’at, 15 Agustus 2003, Dalam [www.hukumonline.com](http://72.14.235.104/search?q=cache:8GyOYfH4D30J:kompas.com/kompas, diakses tanggal 31 Maret 2008. Lihat juga <a href=), diakses tanggal 19 Februari 2009.

⁹ Muladi, “Pembaharuan Hukum Pidana Materiil Indonesia”, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional dan Kongres Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (ASPEHUPIKI), Hotel Savoy Homan, Bandung, 17 Maret 2008.

¹⁰ Nyoman Serikat Putra Jaya, “Pembaharuan Hukum Pidana”, Bahan Kuliah Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro (UNDIP), Universitas Jenderal Soedirman (UNSOED), Universitas 17 Agustus 1945 (UNTAG), Non Publisir, Semarang, 2007, hlm. 27.

¹¹ Barda Nawawi Arief, **Kapita Selekta Hukum Pidana**, PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2003, hlm. 48.

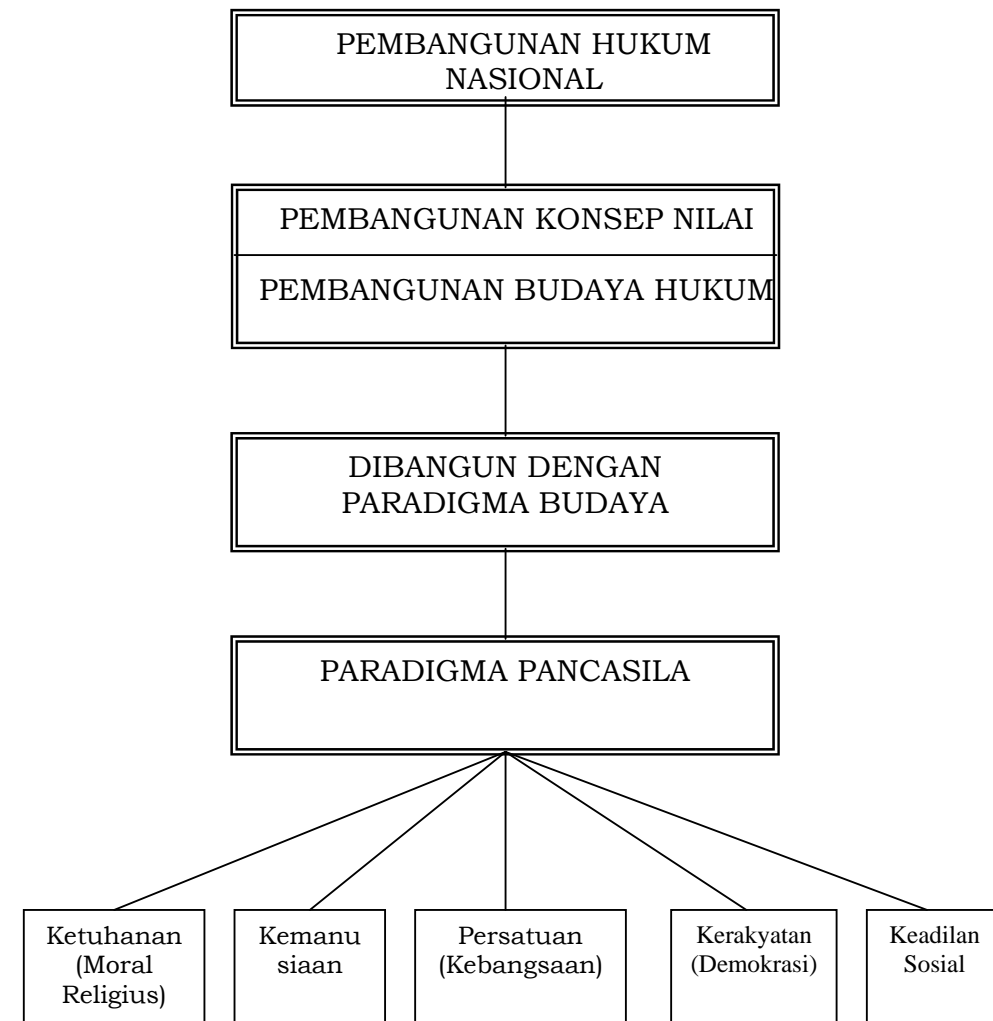
4. Keseimbangan antara kriteria “formal” dan “materiel”;
5. Keseimbangan antara “kepastian hukum”, “kelenturan/elastisitas/fleksibilitas”, dan “keadilan”;
6. Keseimbangan nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/internasional/universal.

Kajian nilai tidak semata-mata kajian terhadap nilai-nilai moralitas umum yang melandasi hukum pidana, seperti nilai keadilan, kebenaran, kejujuran, kepercayaan dan nilai kasih sayang¹², tetapi juga nilai-nilai kesusilaan nasional (NKN) atau nilai-nilai berkehidupan kebangsaan yang dicita-citakan oleh masyarakat/bangsa Indonesia di berbagai bidang. Sekiranya yang dicita-citakan Sistem Hukum Nasional adalah Sistem Hukum Pancasila, maka sepatutnyalah dikaji dan dikembangkan Sistem Hukum Pidana yang mengandung nilai-nilai Pancasila, yaitu hukum pidana yang berorientasi pada nilai-nilai "Ketuhanan Yang Maha Esa", hukum pidana yang ber-"Kemanusiaan yang adil dan beradab", hukum pidana yang mengandung nilai-nilai "persatuan" (a.l. tidak membedakan suku/golongan/agama, mendahulukan kepentingan bersama), hukum pidana yang dijiwai nilai-nilai "kerakyatan yang dipimpin hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan" (antar lain mengutamakan

¹² Sudarto pernah mengatakan, “pembaharuan hukum pidana tetap berkisar pada manusia, sehingga ia tidak boleh sekali-kali meninggalkan nilai kemanusiaan, ialah nilai kasih sayang terhadap sesama”. Selengkapnya lihat Sudarto, ***Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat***, Sinar Baru : Bandung, 1983 hlm. 102.

kepentingan/kesejahteraan rakyat, penyelesaian konflik secara bijaksana/musyawarah/kekeluargaan), dan hukum pidana yang ber "keadilan sosial".¹³

Untuk lebih jelasnya **Barda Nawawi Arief** menggambarkan dengan diagram berikut ini :¹⁴



¹³ Barda Nawawi Arief, "Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)", teks pidato pengukuhan guru besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 25 Juni 1994, hlm. 19.

¹⁴ Barda Nawawi Arief, **Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan**, Penerbit Prenada Media Group : Jakarta, 2007, hlm. 28.

Dalam rangka pembaharuan hukum pidana, tentunya harus dilakukan reorientasi terhadap ide-dasar/konsep/filosofi yang melatarbelakangi dan melandasi sistem kewenangan memidana menurut KUHP yang saat ini berlaku, untuk disesuaikan dengan kebijakan (politik) hukum nasional dan kebijakan pembangunan nasional. Bertolak dari kajian mendasar inilah diharapkan adanya sistem pemidanaan yang bersifat nasional. Selama sistem pemidanaan nasional belum dimantapkan (antara lain belum diwujudkan dalam KUHP Baru/Nasional), maka produk perundang-undangan pidana selama ini tetap dirasakan belum memuaskan karena sistem pemidanaannya kebanyakan masih berinduk atau berorientasi pada sistem pemidanaan menurut KUHP (WvS).¹⁵ Sebagaimana dimaklumi, aturan/sistem pemidanaan umum dalam KUHP mengandung ciri-ciri antara lain sebagai berikut : ¹⁶

- a. berorientasi pada “orang” sebagai pelaku/subjek tindak pidana, tidak berorientasi

¹⁵ Barda Nawawi Arief, ***Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana...***, Op.Cit, hlm. 12.

¹⁶ Barda Nawawi Arief, “RUU KUHP Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia”, Makalah disajikan dalam kuliah umum di Fakultas Hukum Universitas Islam Riau, Pekanbaru, 24 Desember 2005, hlm. 6. Lihat juga Barda Nawawi Arief, “Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia”, Bahan Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi XI Tahun 2005, Kerja sama Fakultas Hukum Universitas Surabaya (UBAYA), Forum Pemantau Pemberantasan Korupsi, dan Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (ASPEHUPIKI), di Hyatt Hotel, Surabaya, tgl. 14-16 Maret 2005, hlm. 18.

- pada “badan hukum/korporasi” maupun “korban” ;
- b. berorientasi pada sistem pidana minimal umum, maksimal umum dan maksimal khusus; tidak berorientasi pada sistem pidana minimal khusus;
 - c. berorientasi pada adanya perbedaan kualifikasi tindak pidana berupa “kejahatan” dan “pelanggaran”.

Bertolak dari pernyataan di atas adalah, bahwa tolok ukur praktis mengenai hukum di Indonesia tidak lain adalah Pancasila sebagai abstraksi dari nilai-nilai luhur kehidupan manusia Indonesia.¹⁷ Maka suatu ironi jika asas-asas hukum pidana Indonesia apabila tidak mengimplementasikan nilai-nilai Pancasila, sedangkan Negara lain (yang tidak berpancasila) mengimplementasikan nilai-nilai Pancasila.¹⁸ Oleh karena itu, seyogyanya Indonesia perlu merumuskan kebijakan hukum pidana pada masa yang akan datang yang bernuansa ke Indonesiaan.¹⁹

¹⁷ Tongat, *Pidana Seumur Hidup Dalam Sistem Hukum Pidana di Indonesia*, Penerbit UMM Press : Malang, 2004, hlm. 23.

¹⁸ Nilai Pancasila mengandung nilai keseimbangan, antara lain : Nilai Ketuhanan (moral religius), Nilai Kemanusiaan (humanistik), dan Nilai Kemasyarakatan (nasionalistik, demokratik, keadilan sosial). Lihat Barda Nawawi Arief, **“Wawasan Ilmu Hukum Pidana”**, Bahan Matrikulasi Pada Program Magister Ilmu Hukum, Universitas Diponegoro, Semarang, Selasa, 28 Agustus 2007.

¹⁹ Mahmud Mulyadi, “Kearifan Lokal Sebagai Alas Filosofis Tujuan Pemidanaan Indonesia”, Makalah disajikan pada Training Advokasi Nasional Tingkat Lanjut, ditaja oleh Ikatan Senat Mahasiswa Hukum Indonesia (ISMAHI) dan Badan Eksekutif Mahasiswa (BEM) Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya, Palembang, 5-8 Desember 2005, hlm. 31.

B. PERMASALAHAN

1. Ide dasar keseimbangan apa sajakah yang terdapat dalam sistem pidana nasional khususnya dalam rangka pembaharuan Konsep KUHP baru?
2. Bagaimana ide keseimbangan itu sebaiknya diwujudkan atau diimplementasikan (diformulasikan) dalam pembaharuan sistem hukum pidana (pidana) nasional?

C. TUJUAN DAN KEGUNAAN PENELITIAN

1. Tujuan Penelitian

- a. Untuk mengetahui ide keseimbangan yang terdapat dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP).
- b. Untuk mengetahui bagaimana ide keseimbangan itu sebaiknya diimplementasikan atau diformulasikan dalam pembaharuan sistem hukum pidana (pidana) nasional.

2. Kegunaan Penelitian

Sedangkan kegunaan yang diharapkan dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

a. Kegunaan Teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat sebagai penunjang materi pendidikan hukum, khususnya kajian

dibidang pembaharuan dan pengembangan hukum pidana atau kajian tentang politik hukum pidana dan menambah atau memperkaya pengetahuan dalam bidang ilmu hukum pidana yang dianggap masih terbatas dalam perpustakaan Indonesia. Penelitian ini juga diharapkan bermanfaat bagi para peneliti, yang berkeinginan melakukan studi atau penelitian mengenai pengembangan dan pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) dimasa yang akan datang.

b. Kegunaan Praktek

Hasil dari penelitian ini diharapkan dapat berguna untuk memberi informasi kepada masyarakat luas yang merupakan bagian dari proses pembaharuan hukum pidana, serta masukan bagi para pengambil kebijakan seperti eksekutif dan legislatif.

D. KERANGKA PEMIKIRAN

1. Pengertian dan Ruang Lingkup Sistem Pidanaaan

Barda Nawawi Arief dalam sebuah kuliah umumnya di Fakultas Hukum Universitas Islam Riau (UIR) pernah mengungkapkan, bahwa sistem pidanaaan adalah sistem penegakan hukum pidana atau sistem hukum pidana.²⁰ Sementara itu **Hulsman** mengemukakan, bahwa sistem

²⁰ Barda Nawawi Arief, *RUU KUHP...*, Op.Cit, hlm. 2.

pemidanaan (*the sentencing system*) adalah “aturan perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana dan pemidanaan” (*the statutory rules relating to penal sanctions and punishment*).²¹ Apabila pengertian “pemidanaan” diartikan sebagai suatu “pemberian atau penjatuhan pidana”, maka pengertian “sistem pemidanaan” dapat dilihat dari 2 (dua) sudut, yaitu : ²² Pertama, dalam arti luas, sistem pemidanaan dilihat dari sudut fungsional, yaitu dari sudut bekerjanya atau prosesnya. Dalam arti luas ini, sistem pemidanaan dapat diartikan sebagai : ²³

- a. Keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk fungsionalisasi/operasionalisasi/konkretisasi pidana;
- b. Keseluruhan sistem (perundang-undangan) yang mengatur bagaimana hukum pidana itu ditegakkan atau dioperasionalkan secara konkret sehingga seseorang dijatuhi sanksi (hukum) pidana.

Sudarto mengatakan, bahwa kalau dilihat dari sudut fungsional (dalam arti luas), maka sistem pemidanaan merupakan sistem aksi.²⁴ Ada sekian banyak aktifitas yang

²¹ L.H.C. Hulsman, *The Dutch Criminal Justice System From A Comparative Legal Perspective*, di dalam D.C. Fokkema (Ed), *Introduction to Dutch Law For Foreign Lawyers* (Kluwer Deventer, The Netherlands 1978), hlm. 320.

²² Barda Nawawi Arief, *“Perkembangan Sistem Pemidanaan di Indonesia”*, Op.Cit, hlm. 1-2.

²³ *ibid.*

²⁴ Sudarto, *Kapita Selektta Hukum Pidana*, Alumni : Bandung, 1981, hlm. 11.

dilakukan oleh aparat perlengkapan negara dalam penegakan hukum. Yang dimaksud dengan alat penegakan hukum itu biasanya kepolisian, setidaknya-tidaknya badan yang mempunyai wewenang kepolisian dan kejaksaan. Akan tetapi kalau penegakan hukum itu diartikan secara luas, seperti yang dikemukakan diatas, maka penegakan hukum itu menjadi tugas pula dari pembentuk undang-undang, hakim, instansi pemerintah (*bestuur*), aparat eksekusi pidana.²⁵

Dengan pengertian demikian, maka sistem pemidanaan identik dengan sistem penegakan hukum pidana yang terdiri dari sub-sistem Hukum Pidana Materiel/Substantif, sub-sistem Hukum Pidana Formal dan sub-sistem Hukum Pelaksanaan Pidana. Selanjutnya dikatakan **Barda Nawawi Arief**, bahwa ketiga subsistem itu merupakan satu kesatuan sistem pemidanaan, karena tidak mungkin hukum pidana dioperasionalkan/ditegakkan secara konkret hanya dengan salah satu subsistem itu.²⁶

Kedua, dalam arti sempit, sistem pemidanaan dilihat dari sudut normatif/substantif, yaitu hanya dilihat dari norma-norma hukum pidana substantif. Hukum pidana substantif

²⁵ Lihat juga Mompang L. Pangabean, "Peradilan Indonesia Dimata Masyarakat Dalam Konteks Studi Kasus Rakyat Menggugat", Makalah disajikan dalam Seminar Nasional "Rakyat Menggugat Peradilan Negara", diselenggarakan oleh Basis Demokrasi (*Independent Student Movement for Indonesia Democracy*), Yogyakarta, 08 Maret 2008, hlm. 2.

²⁶ Barda Nawawi Arief, **Perkembangan...**, Op.Cit, hlm. 2.

dapat dianggap sebagai sekumpulan syarat-syarat yang secara formal memberikan wewenang untuk menerapkan sanksi-sanksi kriminal.²⁷

Dalam arti sempit ini, maka sistem pidana dapat diartikan sebagai :²⁸

- a. Keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk pidana;
- b. Keseluruhan sistem (aturan perundang-undangan) untuk pemberian/penjatuhan dan pelaksanaan pidana;

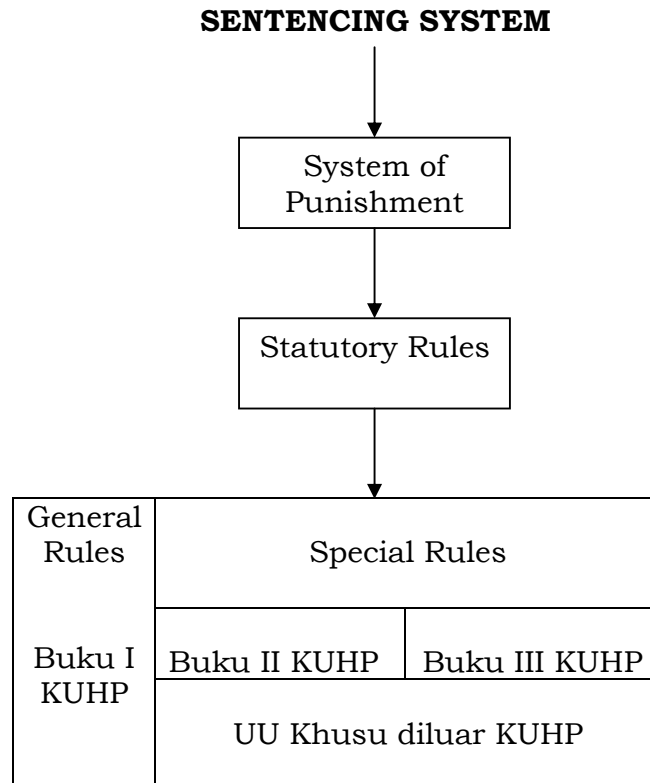
Keseluruhan peraturan perundang-undangan (*“statutory rules”*) yang ada di dalam KUHP maupun di dalam UU khusus di luar KUHP, pada hakikatnya merupakan satu kesatuan sistem pidana, yang terdiri dari “aturan umum” (*“general rules”*) dan “aturan khusus” (*“special rules”*). Aturan umum terdapat di dalam Buku I KUHP, dan aturan khusus terdapat di dalam Buku II dan III KUHP maupun dalam UU Khusus di luar KUHP.²⁹ Untuk melihat gambaran dan kedudukan sistem

²⁷ L.H.C. Hulsman, ***Sistem Peradilan Pidana dalam Perspektif Perbandingan Hukum***, di dalam Soedjono Dirdjosisworo (Penyadur), Penerbit CV. Rajawali : Jakarta, 1984, hlm. 107.

²⁸ Barda Nawawi Arief, ***RUU KUHP...***, Op.Cit, hlm. 2-3.

²⁹ *ibid*, hlm. 3.

hukum pidana substantif (sistem pemidanaan susbtantif) yang berlaku saat ini dapat digambarkan sebagai berikut : ³⁰



Berdasarkan uraian di atas, Tesis hanya membatasi ruang lingkup ide keseimbangan dalam pengertian sistem pemidanaan dalam arti yang kedua (dalam arti sempit) atau sistem hukum pidana substantif (materiel). Patut dikemukakan, bahwa Konsep RUU KUHP yang digunakan sebagai acuan dalam Tesis ini adalah Konsep RUU 2008 (untuk singkatnya disebut “Konsep” atau RKUHP).

³⁰ Barda Nawawi Arief, *Perkembangan...*, Op.Cit, hlm. 3.

2. Kebijakan Pembaharuan Sistem Pidanaan di Indonesia

Pembaharuan sistem hukum pidana (pidanaan) di Indonesia dimulai sejak berdirinya Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diproklamasikan pada tanggal 17 Agustus 1945. Didalam pasal II Aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945, menentukan “Segala Badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut undang-undang dasar ini”.

Dibuatnya aturan peralihan ini dimaksudkan untuk menghindari terjadinya kekosongan hukum, ini berarti tentunya peraturan-peraturan yang berlaku pada zaman kolonial masih tetap berlaku dimana pemberlakuan peraturan-peraturan zaman kolonial itu disesuaikan dengan kedudukan Negara Kesatuan Republik Indonesia sebagai negara merdeka.

Pada tanggal 26 Februari 1946 pemerintah mengeluarkan undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana.³¹ Sejak saat itulah dapat dikatakan pembaharuan hukum pidana di Indonesia dimulai.³² Akan

³¹ Nyoman Serikat Putra Jaya, ***Relevansi Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional***, PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005, hlm. 78.

³² *ibid*

tetapi **Moeljatno** – seorang guru besar hukum pidana dari Universitas Gadjah Mada, mengatakan : ³³

walaupun UU No. 1 tahun 1946 telah berusaha untuk disesuaikan dengan suasana kemerdekaan, namun pada hakikatnya asas-asas dan dasar-dasar tata hukum pidana dan hukum pidana masih tetap dilandaskan pada ilmu hukum pidana dan praktek hukum pidana kolonial; Pada hakikatnya asas-asas dan dasar-dasar tata hukum pidana dan hukum pidana kolonial masih tetap bertahan dengan selimut dan wajah Indonesia.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, istilah “politik” diartikan sebagai berikut : ³⁴

- a. Pengetahuan mengenai ketatanegaraan atau kenegaraan (seperti sistem pemerintahan, dasar-dasar pemerintahan);
- b. Segala urusan dan tindakan (kebijakan, siasat dan sebagainya) mengenai pemerintah negara atau terhadap negara lain;
- c. Cara bertindak (dalam menghadapi atau menangani suatu masalah), kebijakan.

Rumusan kebijakan di atas secara umum dapat dikatakan bahwa kebijakan merupakan upaya untuk mengarahkan ataupun cara bertindak untuk menyelesaikan urusan-urusan pemerintah dalam mewujudkan kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat. Sementara itu **Robert R. Mayer**

³³ Moeljatno, “Atas Dasar Atau Asas-asas Apakah Hendaknya Hukum Pidana Kita Dibangun?”, Prasaran disampaikan dalam Kongres Persatuan Sarjana Hukum Indonesia (PERSAHI) II, di Surabaya pada tanggal 15-19 Juli 1964, hal. 2-3 ; dipublikasikan dalam Moeljatno, ***Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia dan Rancangan Undang-Undang Tentang Asas-Asas dan Dasar-Dasar Pokok Tata Hukum Indonesia***, PT. Bina Aksara : Jakarta, 1985, hlm. 14-15.

³⁴ Lihat Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga : Jakarta, 2002, hlm. 780.

dan **Ernest Greenwood**, merumuskan kebijakan (*policy*) sebagai suatu keputusan yang menggariskan cara yang paling efektif dan paling efisien untuk mencapai tujuan yang ditetapkan secara kolektif.³⁵

Sementara itu **Barda Nawawi Arief** menjelaskan kebijakan (*policy*) sebagai berikut :³⁶

Istilah “kebijakan” berasal dari kata “*politic*”, “*politics*” dan “*policy*” (Inggris) atau “*politiek*” (Belanda). Politik berarti “*acting of judging wisely, prudent*”, jadi ada unsur “*wise*” dan “*prudent*” yang berarti bijaksana. “*politics*” berarti “*the science of the art of government*”. *Policy* berarti (a) *plan of action*, suatu perencanaan untuk melakukan suatu tindakan dari negara, (b) *art of government*, dan (c) *wise conduct*.

Upaya penanggulangan dan pencegahan kejahatan dapat dilakukan melalui suatu kebijakan kriminal (*criminal policy*) dengan menggunakan sarana penal (hukum pidana) dan sarana non penal.

E. METODE PENELITIAN

1. Metode Pendekatan

Penelitian ini merupakan penelitian hukum yang bertujuan untuk mempelajari aturan-aturan hukum yang

³⁵ Lihat Dalam Sutan Zanti Arbi dan Wayan Ardhana, **Rancangan Penelitian Kebijakan Sosial**, Pustekkom Dikbud dan CV. Rajawali : Jakarta, 1984, hlm. 65.

³⁶ Barda Nawawi Arief, “Kebijakan Kriminal (Criminal Policy)”, Bahan Penataran Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan : Bandung.

berkaitan dengan pembaharuan hukum pidana di Indonesia khususnya pembaharuan KUHP (WvS). Jenis penelitian ini jika mengacu pada buku **Soerjono Soekanto** dan **Sri Mamudji** adalah penelitian hukum *normative* yaitu meliputi penelitian terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku, perbandingan hukum dan sejarah hukum.³⁷ Akan tetapi jika merujuk kepada **Bambang Sunggono**, maka jenis penelitian ini tergolong Penelitian Doktrinal.³⁸

Pembahasan mengenai ide dasar pembaharuan hukum pidana adalah bertolak dari hukum normatif. Menurut **Barda Nawawi Arief**, apabila diartikan dalam kajian hukum normatif, maka ruang lingkup atau jenis-jenis Ilmu Hukum Pidana Normatif berkaitan erat dengan jenis-jenis hukum pidana yang dikaji (hukum pidana sebagai objek kajian) yang meliputi hukum positif (*ius constitutum*), hukum pidana yang akan datang (*ius constituendum*), hukum pidana asing (*ius comperandum*; hukum yang menjadi kajian perbandingan) dan hukum adat (hukum tidak tertulis).³⁹ Untuk lebih jelasnya dapat dilihat tabel berikut ini :⁴⁰

³⁷ Lebih Lanjut Lihat Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, **Penelitian Hukum Normatif**, Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2004, hlm. 13-14. Bandingkan dengan Amiruddin dan H. Zainal Asikin, **Pengantar Metode Penelitian Hukum**, PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2006, hlm. 30.

³⁸ Bambang Sunggono, **Metodologi Penelitian Hukum**, PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2006, hlm. 81.

³⁹ Lihat Barda Nawawi Arief, "Pembaharuan/Rekonstruksi Pendidikan dan Pengembangan Ilmu Hukum Pidana Dalam Konteks Wawasan Nasional

No	Jenis Hukum Pidana (objek kajian)	Jenis (nama) Ilmu Hukum Pidana Normatif	Keterangan
1	HP Positif (<i>ius constitutum</i>)	Ilmu HP (Positif)	Pengertian “normatif” (yang seharusnya) dapat diartikan : <ul style="list-style-type: none"> • Secara sempit : hanya no. 1 (hukum pidana positif) • Secara luas : meliputi No. 1 s/d 4.
2	HP yang akan datang (<i>ius constutendum</i>)	Politik HP (<i>penal policy</i>)	
3	HP Asing (<i>ius comperandum</i> ; hukum yang menjadi objek kajian perbandingan)	Perbandingan hukum pidana	
4	HP Adat (tidak tertulis)	Hukum Pidana Adat	

Sebagaimana uraian diatas, bahwa penelitian ini merupakan penelitian normatif, yaitu penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder,⁴¹ maka jenis data penelitian ini meliputi data sekunder. Penggunaan data sekunder akan diajukan pada data sekunder yang bersifat publik, baik yang berupa arsip maupun data resmi pada instansi-instansi pemerintah.⁴²

Melihat objek masalah yang akan ditelusuri dalam penelitian ini adalah KUHP dan konsep KUHP (RKUHP) dalam

dan Global”, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional dan Kongres Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (ASPEHUPIKI), Hotel Savoy Homan, Bandung, 17 Maret 2008, hlm. 6.

⁴⁰ ibid

⁴¹ Ronny Hanitijo Soemitro, “Perbandingan Antara Penelitian Hukum Normatif Dengan Penelitian Hukum Empiris”, Dalam Jurnal Masalah-Masalah Hukum, diterbitkan oleh Universitas Diponegoro, Nomor 9, Semarang, 1991, hlm. 44.

⁴² Soerjono Soekanto, **Pengantar Penelitian Hukum**, UI-Press : Jakarta, 1986, hlm. 12.

rangka pembaharuan sistem pemidanaan, maka penelitian ini menggunakan metode yang berpijak pada analisis hukum. Objek permasalahan termasuk dalam penelitian dan pengkajian di dalam bidang ilmu hukum dan lebih khusus lagi merupakan penelitian di bidang ilmu politik hukum pidana (pembaharuan hukum pidana). Penelitian ini bersifat yuridis normatif dengan menggunakan pendekatan interdisipliner. Atas objek masalah yang akan ditelusuri dalam penelitian ini dianalisis berdasarkan obyek penelitian ilmu hukum yang akan mencakup : Hukum Positif, yaitu hukum yang berlaku pada waktu tertentu.⁴³ Sebagaimana yang dimaksud **Soerjono Soekanto** dan **Sri Mamudji**, untuk penelitian hukum normatif atau kepastakaan cakupannya meliputi asas-asas hukum, sistematik hukum, sinkronisasi vertikal dan horizontal hukum, perbandingan hukum serta sejarah hukum.⁴⁴ Karena itu, metode penelitian yang dipergunakan adalah penelitian yuridis normatif untuk mengkaji kaidah-kaidah hukum yang berlaku bagi usahan pembaharuan sistem pemidanaan (sistem hukum pidana nasional).

⁴³ Bandingkan dengan Peter Mahmud Marzuki, "Pengertian Penelitian Hukum dan Masalah Hukum", bahan Seminar Nasional "Metodologi Penelitian Hukum", ditaja oleh Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 20 Mei 2009.

⁴⁴ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, **Penelitian Hukum Normatif**, Op.Cit., hlm. 14.

2. Jenis Data

Penelitian yuridis normatif dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder yang meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tertier.⁴⁵ Kemudian data tersebut dianalisis secara yuridis kualitatif, artinya tanpa menggunakan rumus akan tetapi disajikan dalam bentuk uraian dan konsep.

Selaras dengan tipe penelitian yaitu yuridis, maka data diperoleh melalui studi atau penelitian kepustakaan (*library research*) dengan mengkaji peraturan perundang-undangan, doktrin serta literatur penting yang berkaitan dengan objek yang diteliti. Selain itu untuk lebih menunjang akurasi data bila perlu dilakukan pula studi atau penelitian lapangan (*field research*). Dari data yang telah berhasil diperoleh atau dikumpulkan ini, selanjutnya akan diolah dan dianalisis secara yuridis normatif.

Data yang diteliti adalah data yang diperoleh dari penelitian kepustakaan, khususnya dibidang pembaharuan hukum pidana Indonesia. Data dalam penelitian ini selain berupa buku teks juga berupa disertasi, tesis, pidato pengukuhan guru besar, artikel, jurnal, makalah sumber

⁴⁵ Soerjono Soekanto, ***Pengantar Penelitian Hukum***, Op.Cit., hlm. 52-51.

internet dan bahan-bahan dari media. Pengumpulan data dengan studi kepustakaan tersebut saling memberikan verifikasi, koreksi, perlengkapan dan pemerincian.⁴⁶

3. Metode Pengumpulan Data

Adapun teknik pengumpulan data dilakukan dengan penelitian kepustakaan guna mendapatkan landasan teoritis berupa pendapat-pendapat atau tulisan-tulisan para ahli dan pihak-pihak (instansi) pemerintah yang berwenang, juga untuk memperoleh informasi baik dalam bentuk ketentuan formal maupun data melalui naskah resmi yang ada.⁴⁷ Prosedur analisis yang dipergunakan dalam tesis ini adalah analisis normatif kualitatif.

Penelitian ini menjadikan bahan kepustakaan sebagai tumpuan utamanya. Tinjauan pustaka ini dilakukan untuk melihat sampai sejauh mana masalah ini pernah ditulis atau diteliti oleh orang lain, kemudian akan ditinjau, apa yang ditulis, bagaimana pendekatan dan metodologinya, apakah ada persamaan atau perbedaan. Selanjutnya, dengan tinjauan pustaka ini penulis dapat menghindari penulisan yang sama. Sedangkan penelitian lapangan lebih bersifat sebagai penunjang atau pelengkap yang secara operasional dilakukan

⁴⁶ Anton Bakker dan Achmad Charris Zubair, *Metodologi Penelitian Filsafat*, Kanisius : Yogyakarta, 1990, hlm. 94.

⁴⁷ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Yurimetri*, Ghalia Indonesia : Jakarta, 1990, hlm. 107.

dalam bentuk wawancara dengan responden yang mempunyai kapasitas dalam bidang yang relevan dengan penelitian ini.

Untuk menunjang data kepustakaan yang diharapkan sudah dapat menjadi bahan untuk penyelesaian penelitian ini, bila perlu dilakukan penelitian lapangan dalam bentuk wawancara dari responden yang terdiri dari praktisi Hukum dan teoritis hukum atau orang yang berkompeten dibidangnya. Sedangkan alat penelitian yang digunakan dalam penelitian lapangan adalah wawancara yang dilakukan secara langsung dalam bentuk dialog.

4. Metode Analisis Data

Bahan-bahan yang telah berhasil didapat atau dikumpulkan selanjutnya akan disajikan secara selektif dan sistematis, langkah berikutnya data tersebut dibahas/dianalisis dengan metode deskriptif analisis artinya dari semua bahan hukum yang berhasil dikumpulkan dipakai untuk menggambarkan permasalahan dan sekaligus pemecahannya dan dilakukan secara kualitatif normatif.

F. SISTEMATIKA PENULISAN

Penulisan tesis ini terdiri dari 4 (empat) Bab, dimana tiap-tiap bab menguraikan secara tersendiri hasil penelitian yang secara garis besar akan disusun dengan sistematika sebagai berikut :

- BAB I Pendahuluan, pada bab ini diuraikan mengenai latar belakang penelitian, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, kerangka pemikiran, metode penelitian serta sistematika penulisan.
- BAB II Tinjauan Pustaka, pada bab ini menjelaskan mengenai latar belakang pembaharuan sistem pemidanaan di Indonesia, pengertian dan ruang lingkup kebijakan pembaharuan hukum pidana, perkembangan teori-teori pemidanaan serta perkembangan pokok pikiran dalam hukum pidana (aliran-aliran dalam hukum pidana)
- BAB III Hasil penelitian dan pembahasan, bab ini merupakan hasil dan pembahasan yang diperoleh dari penelitian, yaitu ide keseimbangan dalam sistem pemidanaan dan kebijakan formulasi ide keseimbangan dalam pembaharuan sistem pemidanaan (sistem hukum pidana) Nasional.

BAB IV Penutup, berdasarkan hasil pembahasan, maka akan ditarik simpulan dan juga diuraikan saran-saran bagi pihak terkait berdasarkan temuan yang diperoleh dari hasil penelitian.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. LATAR BELAKANG PEMBAHARUAN SISTEM PEMIDANAAN DI INDONESIA

Untuk memulai pembahasan mengenai latar belakang pembaharuan hukum pidana Indonesia, penulis akan mengawali dengan pernyataan dari **C.S.T. Kansil** dan **Christine S.T. Kansil** berikut ini : ⁴⁸

Setiap Negara yang merdeka dan berdaulat harus mempunyai suatu Hukum Nasional yang baik dalam bidang kepidanaan maupun dalam bidang keperdataan, mencerminkan kepribadian jiwa dan pandangan hidup Bangsaanya. Kalau Perancis dapat menunjukkan Code Civil-nya yang menjadi kebanggaannya. Swiss mempunyai Zivil Gezetzbuch-nya yang juga terkenal. RRC dan Philipina sudah mempunyai Code Civil-nya juga. Maka Indonesia sampai dewasa ini belum juga dapat menunjukkan kepada tamu-tamu asingnya Kitab Undang-Undang Nasional, baik dalam bidang kepidanaan maupun bidang keperdataan.

Sebagaimana diketahui bahwa wilayah Indonesia pernah dijajah oleh bangsa Belanda selama kira-kira tiga setengah abad, maka KUHP Indonesia yang berlaku sampai saat ini adalah berasal dari negeri Belanda. Kemudian setelah Indonesia merdeka, berdasarkan pasal II aturan Peralihan

⁴⁸ C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, ***Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia***, Balai Pustaka : Jakarta, 2000, hlm. 200-2001. Lihat juga A. Qodri Azizy, ***Hukum Nasional; Eklektisisme Hukum Islam dan Hukum Umum***, Penerbit Teraju : Jakarta, 2004, hlm. 142.

Undang-Undang Dasar 1945, peraturan hukum pidana yang berasal dari zaman penjajahan Belanda tersebut tetap berlaku. Pasal II aturan Peralihan Undang-Undang Dasar 1945 berbunyi “Segala Badan Negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini”. Dengan adanya ketentuan tersebut, maka segala aturan hukum yang berlaku sebelum adanya Undang-Undang Dasar tersebut, dinyatakan tetap berlaku sebagai hukum Republik Indonesia sendiri, khususnya peraturan-peraturan hukum pidana yang berlaku pada zaman Hindia Belanda dahulu tetap berlaku dalam Negara Republik Indonesia.⁴⁹

Hukum pidana positif di Indonesia saat ini terdiri dari KUHP (WvS) dan berbagai UU khusus di luar KUHP. KUHP yang berlaku saat ini berasal dari *WvS voor Nederlandsch-Indie* (*Stadsblad* 1915 No. 732) dan dinyatakan berlaku oleh Pemerintah Hindia Belanda pada tanggal 1 Januari 1918. Kemudian dengan kekuatan undang-undang No. 1 tahun 1946 dan undang-undang No. 73 tahun 1958, istilah *Wetboek van Strafrecht* (WvS) disebut Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dan dinyatakan berlaku untuk seluruh wilayah Republik

⁴⁹ Andi Zainal Abidin Farid, **Hukum Pidana I**, Penerbit Sinar Grafika : Jakarta, 2007, hlm. 60.

Indonesia sampai saat sekarang ini, meskipun dengan beberapa perubahan.

Perkembangan aturan umum Buku I KUHP sejak UU No. 1/1946 sampai saat ini, tidak mengalami perubahan yang mendasar. Dikatakan demikian, karena asas-asas/prinsip-prinsip umum (*“general principle”*) hukum pidana dan pembedaan yang ada dalam KUHP masih seperti WvS Hindia Belanda. Memang di dalam perkembangannya ada perubahan/penambahan/pencabutan beberapa pasal di dalam aturan umum Buku I, namun hal itu hanya perubahan parsial yang tidak mendasar dan tidak merubah keseluruhan sistem pembedaan. Perubahan/perkembangan itu antara lain : ⁵⁰

- a. UU No. 1/1946 (Pasal VIII) : Menghapus Pasal 94 Bab IX Buku I KUHP tentang pengertian istilah “kapal Belanda” (*“Nederlandsche schepen”*) ;
- b. UU No. 20/1946 (Pasal 1) : Menambah pidana pokok baru dalam Pasal 10 sub a KUHP dengan pidana tutupan;
- c. UU No. 73/1958 (Pasal II) : Menambah Pasal 52a (tentang pemberatan pidana karena melakukan kejahatan dengan menggunakan bendera kebangsaan);
- d. UU No. 4/1976 : Mengubah dan menambah perluasan asas teritorial dalam Pasal 3 KUHP (diperluas ke pesawat udara) dan asas universal dalam Pasal 4 ke-4 KUHP (diperluas ke beberapa kejahatan penerbangan); serta menambah Pasal 95a (tentang pengertian “pesawat udara Indonesia”), Pasal 95b (tentang pengertian “dalam

⁵⁰ Barda Nawawi Arief, “RUU KUHP Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia”, Makalah disajikan dalam kuliah umum di Fakultas Hukum Universitas Islam Riau, Pekanbaru, 24 Desember 2005, hlm. 4-5.

- penerbangan”), dan Pasal 95c (tentang pengertian “dalam dinas”);
- e. UU No. 3/1997 tentang Pengadilan Anak (Pasal 67) : Menyatakan tidak berlaku lagi Pasal 45, 46, dan 47 KUHP.

Dengan tidak adanya perubahan yang mendasar dari asas-asas umum sistem pemidanaan di dalam KUHP seperti dikemukakan di atas, maka masih sangat relevan pernyataan 44 tahun yang lalu dari Tim Penyusun Konsep Pertama Buku I KUHP Baru tahun 1964 yang menyatakan di dalam "penjelasan umum" nya, bahwa : ⁵¹

Walaupun UU No. 1 tahun 1946 telah berusaha untuk disesuaikan dengan suasana kemerdekaan, namun pada hakikatnya asas-asas dan dasar-dasar tata hukum pidana dan hukum pidana masih tetap dilandaskan pada ilmu hukum pidana dan praktek hukum pidana kolonial. Pada hakikatnya asas-asas dan dasar-dasar tata hukum pidana dan hukum pidana kolonial masih tetap bertahan dengan selimut dan wajah Indonesia.

Usaha penyusunan KUHP Nasional telah dimulai sejak berdirinya Lembaga Pembinaan Hukum Nasional (LPHN) pada tahun 1958 yang dibentuk dengan keputusan Presiden (Kepres). Dalam lembaga ini dibentuk komisi-komisi untuk

⁵¹ Lihat Moeljatno, “Atas Dasar Atau Asas-asas Apakah Hendaknya Hukum Pidana Kita Dibangun?”, Prasaran disampaikan dalam Kongres Persatuan Sarjana Hukum Indonesia (PERSAHI) II di Surabaya pada tanggal 15-19 Juli 1964, hal. 2-3 ; dipublikasikan dalam Moeljatno, ***Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia dan Rancangan Undang-Undang Tentang Asas-Asas dan Dasar-Dasar Pokok Tata Hukum Indonesia***, PT. Bina Aksara : Jakarta, 1985, hlm. 14-15. Lihat juga Barda Nawawi Arief, ***Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana***, PT Citra Aditya Bakti : Bandung, 1998, hal. 101.

berbagai bidang hukum, salah satunya adalah dibidang hukum pidana. Pada tahun 1963 diadakan Seminar Hukum Nasional I⁵², dalam Seminar Hukum Nasional I tersebut diputuskan garis-garis pokok dalam bidang hukum pidana, antara lain sebagai berikut :⁵³

- a. Menyerukan dengan sangat agar supaya rancangan kodifikasi Hukum Pidana Nasional selekas mungkin diselesaikan;
- b. Dalam KUHP baru itu bagian umum antara lain asas legalitas hendaknya disusun secara progresif sesuai dengan kepribadian Indonesia dan perkembangan revolusi, setelah mempelajari perkembangan aturan-aturan pidana umum dalam KUHP negara-negara lain (kajian komparasi, pen);
- c. Dalam KUHP baru ini ditentukan perbuatan mana yang tidak boleh dilakukan serta ancaman-ancaman pidananya apabila larangan-larangan itu melanggar, dengan tujuan agar supaya dengan ridla Tuhan Yang Esa cita-cita bangsa Indonesia jangan dihambat dan dihalangi oleh perbuatan-perbuatan jahat tadi, sehingga baik negara, masyarakat dan badan-badan, maupun warga negara serta penduduk lainnya mendapat pengayoman serta membimbing mereka kearah masyarakat sosialis Indonesia yang adil dan makmur, berdasarkan Pancasila;
- d. Yang dipandang sebagai perbuatan-perbuatan jahat tadi adalah perbuatan-perbuatan yang

⁵² Lihat K. Wantjik Saleh, **Seminar Hukum Nasional 1963-1979**, Galia Indonesia : Jakarta, 1980, hlm. 22. Bisa juga ditelusuri dalam Barda Nawawi Arief, **Kumpulan Hasil Seminar Nasional Ke I s/d VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008 Tentang Undang-Undang Dasar 1945 Sebagai Landasan Konstitusional Grand Design Sistem dan Politik Hukum Nasional**, Penerbit Pustaka Magister : Semarang, 2008. Lihat juga Nyoman Serikat Putra Jaya, **Relevansi Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional**, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005, hlm. 82.

⁵³ Wirjono Prodjodikoro, **Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia**, Penerbit PT. Eresco : Bandung, 1989, hlm. 19.

dirumuskan unsur-unsurnya dalam KUHP ini maupun dalam undang-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 saksi adat yang masih dapat sesuai dengan martabat bangsa.

Pada tahun 1964 Departemen Kehakiman mengeluarkan konsep undang-undang tentang “asas-asas dan dasar-dasar pokok tata hukum pidana Indonesia” untuk menggantikan sama sekali Buku I KUHP. Konsep ini kemudian mendapat kritikan yang sangat tajam dari **Moeljatno**. Menurut **Sudarto**, karena kritikan yang sangat tajam dari **Moeljatno** inilah, maka orang tidak pernah mendengar lagi tentang konsep tersebut.⁵⁴

Seperti yang telah dikemukakan dalam Bab I, menurut **Sudarto** ada tiga alasan mengapa kita perlu mempunyai atau memperbaharui KUHP, yaitu :⁵⁵

1. Alasan Politik;
2. Alasan Sosiologis;
3. Alasan Praktis (kebutuhan dalam praktek).

Dipandang dari sudut politik negara Republik Indonesia yang merdeka adalah wajar mempunyai KUHP yang dicita-

⁵⁴ Sudarto, *Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, Jakarta : Bina Cipta 1986, hlm. 32.

⁵⁵ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat : Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*, Sinar Baru : Bandung, 1983, hlm. 66-68.

ciptakannya sendiri. KUHP yang diciptakan sendiri bisa dipandang sebagai lambang (simbol) dan merupakan suatu kebanggaan dari suatu negara yang telah merdeka dan melepaskan diri dari kungkungan penjajahan politik. KUHP dari suatu negara yang dipaksakan untuk diberlakukan pada suatu negara lain, bisa dipandang simbol dari penjajahan negara yang membuat KUHP itu.⁵⁶

Dipandang dari sudut sosiologis, pengaturan dalam hukum pidana merupakan pencerminan dari ideologi politik suatu bangsa dimana hukum itu berkembang. Ini berarti bahwa nilai-nilai sosial dan kebudayaan dari bangsa itu mendapat tempat dalam pengaturan di hukum pidana. Dari hasil penelitian yang dilakukan lembaga pembinaan hukum nasional pada tahun 1973 ditiga daerah, yaitu Aceh, Bali dan Manado, dapat diketahui masih banyak keinginan-keinginan dari sebagian masyarakat yang belum tertampung dalam KUHP sekarang.

Dipandang dari sudut praktek sehari-hari, tidak banyak orang yang menyadari sekarang ini, bahwa teks resmi dari KUHP ini adalah tetap teks yang ditulis dalam bahasa Belanda.

⁵⁶ Terhadap pandangan politik diatas **Muladi** mengatakan, bahwa bilamana dikaitkan dengan kondisi Nasional Indonesia masalahnya tidak hanya menyangkut kebanggaan nasional saja, melainkan tercakup didalamnya pemikiran integritas hukum sesuai dengan Wawasan Nusantara. Lihat Muladi, **Lembaga Pidana Bersyarat**, Cetakan V, Penerbit PT Alumni : Bandung, 2008, hlm. 1.

Teks yang tercantum dalam KUHP yang disusun oleh **Moeljatno**⁵⁷ dan **R. Soesilo**⁵⁸ dan lain-lain itu merupakan terjemahan belaka; terjemahan “partikelir” dan bukan terjemahan resmi yang disahkan oleh undang-undang. Sehubungan dengan kenyataan itu, maka sebenarnya apabila hendak menerapkan KUHP itu secara tepat, maka orang harus mengerti bahasa Belanda. Kiranya hal ini tidak mungkin diharapkan dari bangsa yang sudah merdeka dan mempunyai bahasa nasionalnya sendiri. Maka dari sudut ini-pun KUHP yang sekarang ini harus diganti dengan KUHP nasional.

Selain ketiga alasan tersebut, **Muladi** mengatakan berdasarkan kajian yang komprehensif, hukum nasional harus bersifat adaptif.⁵⁹ Hal ini dikatakan, bahwa KUHP Nasional dimasa-masa datang harus dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan-perkembangan baru, khususnya perkembangan Internasional yang sudah disepakati oleh masyarakat beradab. Khusus sepanjang yang menyangkut alasan sosiologis, hal ini dapat menyangkut, baik hal-hal yang bersifat ideologis yang bersumber dari filsafat bangsa Pancasila maupun hal-hal yang

⁵⁷ Moeljatno, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*, Penerbit PT. Bumi Aksara : Jakarta, 2003.

⁵⁸ R. Soesilo, *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komenta-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal*, Politeia : Bogor, 1993.

⁵⁹ Muladi, “Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang”, teks pidato Pengukuhan Guru Besar dalam bidang Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari 1990, hlm. 3.

berkaitan dengan kondisi manusia, alam, dan tradisi Indonesia, sepanjang hal-hal tetap dalam kerangka bagian budaya bangsa (*subculture*) dan bukan merupakan budaya tandingan (*counter culture*).

Sementara itu **Nyoman Serikat Putra Jaya** mengatakan, bahwa pemberlakuan *Wetboek van Strafrecht vor Nederlandsch Indie* (KUHP yang berlaku sekarang) pada tahun 1931 juga mendapat sorotan dari ahli-ahli hukum adat dari negeri Belanda.⁶⁰ Pada tahun 1964 dikeluarkan Konsep KUHP pertama kali, diikuti dengan Konsep KUHP 1968, 1971/1972, Konsep Basaroedin (Konsep BAS) 1977, Konsep 1979, Konsep 1982/1983, Konsep 1984/1985, Konsep 1986/1987, Konsep 1987/1988, Konsep 1989/1990, Konsep 1991/1992 yang direvisi sampai 1997/1998, Konsep 1999/2000, Terakhir kali Konsep KUHP dikeluarkan tahun 2008.⁶¹

Dari sejarah perjalanan Konsep telah berjalan dalam kurun waktu yang panjang dan belum pernah mendapat perhatian yang penuh dari pihak DPR. Hal ini menunjukkan bahwa politik hukum pidana kodifikasi masih belum dipandang sebagai kebijakan yang mendesak, karena masih bisa

⁶⁰ Nyoman Serikat Putra Jaya, ***Relevansi Hukum...***, Op.Cit, hlm. 84.

⁶¹ Lihat Rama Putra, "Kebijakan Ide Keseimbangan Sebagai Landasan Pembaharuan Sistem Hukum Pidana di Indonesia", Makalah disajikan dalam forum diskusi Pada Program Magister Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, 07 April 2008, hlm. 1.

digunakan KUHP lama, dengan kata lain secara politik legislasi Konsep KUHP belum menjadi agenda utama. Dari beberapa literature, hal ini disebabkan : ⁶²

- a. Masih banyaknya materi pengaturan tindak pidana yang menimbulkan sikap pro dan kontra di masyarakat, misalnya dalam kasus pasal mengenai pornografi dan pornoaksi, tindak pidana terhadap keamanan Negara, tindak pidana penodaan agama, dan sebagainya;
- b. Pembahasan Konsep memerlukan waktu yang lama karena banyaknya substansi yang hendak diatur dalam undang-undang tersebut;
- c. Masih kuatnya anggapan atau asumsi bahwa KUHP yang telah ada masih memiliki relevansi dengan keadaan sekarang dan telah dibuatnya undang-undang secara khusus yang mengatur tindak pidana tertentu jika KUHP tidak mengatur mengenai hal tersebut ;
- d. Bahwa yang diperlukan saat sekarang bukan KUHP baru tetapi proses penegakan hukum dan sistem peradilan pidana yang bebas dari mafia peradilan, yakni terwujudnya penyidik yang profesional, advokad yang bersih, jaksa dan hakim yang memiliki integritas dan kredibilitas.

Dari uraian diatas dapatlah dikatakan bahwa penyusunan Konsep KUHP Nasional telah dimulai dari konsep 1964 sampai dengan konsep 2008. Hal ini dimaksudkan untuk menggantikan KUHP (WvS) peninggalan pemerintah kolonial Belanda dengan segala perubahannya merupakan salah satu usaha yang terus menerus dan berlanjut serta permanen dalam rangka pembaharuan/pembangunan/pengembangan hukum

⁶² Mokhammad Najih, ***Politik Hukum Pidana Pasca Reformasi ; Implementasi Hukum Pidana Sebagai Instrumen dalam Mewujudkan Tujuan Negara***, In-Trans Publishing : Malang, 2008, hlm. 65-66.

pidana yang bersifat nasional yang sesuai dengan kepribadian bangsa Indonesia.⁶³

Pada tahun 1974 **Sudarto** melalui Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, membahas secara khusus Konsep Rancangan KUHP 1968/1972. Beliau lalu mengatakan, bahwa dilema yang dihadapi dalam pembaharuan hukum pidana adalah apabila hanya mengadakan revisi dari apa yang ada sekarang, itu bukanlah suatu pembaharuan, dan apabila yang ada itu ditinggalkan, harus menemukan alternatifnya yang tepat dan disinilah dapat timbul kesulitan-kesulitan yang bersifat dogmatis dan praktis.⁶⁴

Menurut **Sudarto**, Buku I sangat penting artinya untuk seluruh tata hukum pidana, karena disitu terdapat asas-asas yang menjadi landasan dari penerapan hukum pidana yang tidak hanya terdapat dalam KUHP saja, tetapi juga ada di luar KUHP. Maka dalam pelaksanaan politik hukum pidana

⁶³ **Jerome Hall** mengatakan "*improvement of the criminal law should be a permanent on going enterprise and detaile record should be kept*" ("Perbaikan/pembaharuan/pengembangan hukum pidana harus merupakan suatu usaha permanen yang terus menerus dan berbagai catatan/dokumen rinci mengenai hal itu seharusnya disimpan/dipelihara"). Periksa Jay A. Sigler, **Understanding Criminal Law**, (Boston Toronto, Little, Brown & Company, 1981, hlm. 269. Dalam Barda Nawawi Arief, **Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana**, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005, hlm. 155.

⁶⁴ Sudarto, "Suatu Dilema dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia", teks pidato Pengukuhan Guru Besar dalam bidang Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 21 Desember 1974, hlm. 17-18.

sekarang ini harus dicari dan diterapkan dulu asas-asas hukum pidana yang memang cocok dengan masyarakat Indonesia dan yang membawa bangsa Indonesia pada aspirasinya dibidang hukum ini.⁶⁵

Dalam rangka ini, orientasi tidak dapat lepas, baik dari ideologi nasional, kondisi manusia, alam dan tradisi bangsa, maupun dari perkembangan Internasional yang diakui oleh masyarakat beradap. **Muladi** menyebutnya Asas Perimbangan Kepentingan yang Berwawasan Pancasila Sebagai Pengejawantahan “Asas Hukum Pidana Nasional (AHPN)”.⁶⁶

Menurut **Muladi** sebagaimana dikutip **Nyoman Serikat Putra Jaya**, disinilah letak pentingnya nilai-nilai dan asas-asas hukum berbagai pandangan pakar hukum diidentifikasi mengandung prinsip sebagai berikut : ⁶⁷

1. 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 ada pada setiap orang;

⁶⁵ Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan...*, Op.Cit, hlm. 19. Periksa dalam Nyoman Serikat Putra Jaya, *Relevansi Hukum...*, Op.Cit, hlm. 88.

⁶⁶ Muladi, *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro : Semarang, 1995, hlm. 49.

⁶⁷ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Relevansi Hukum...*, Op.Cit, hlm. 88-90.

3. Asas-asas hukum merupakan pikiran-pikiran yang memberi arah/pimpinan yang menjadi dasar pada tata hukum yang ada;
4. Asas-asas hukum dapat ditemukan dengan menunjukkan hal-hal yang sama dari peraturan yang berjauhan satu sama lain;
5. Asas hukum merupakan sesuatu 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 melampaui alam kenyataan yang dapat disaksikan oleh pancaindera;
8. Artikulasi dan pembabaran asas-asas hukum bergantung dari kondisi-kondisi sosial sehingga bersifat "*open ended, multiinterpretable* 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 legitimasi 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 menganutnya dalam hukum positif.

Sementara itu **Roeslan Saleh**, dengan merujuk kepada pendapat **Paul Scholten** mengemukakan asas-asas hukum merupakan pikiran-pikiran dasar yang ada dalam dan dibelakang tiap-tiap sistem hukum, yang telah mendapat bentuk sebagai aturan perundang-undangan dan putusan pengadilan, ketentuan dan keputusan itu dapat dipandang

sebagai penjabarannya, menyebutkan tiga ciri asas-asas hukum :⁶⁸

1. Pertama-tama, dia menunjukkan bahwa asas hukum adalah fundamental dari sistem hukum, oleh karena dia adalah pikiran-pikiran dasar dari sistem hukum;
2. Selanjutnya, dia menunjukkan bahwa asas-asas hukum bersifat lebih umum dari pada ketentuan undang-undang dan keputusan-keputusan hukum oleh karena ketentuan undang-undang dan keputusan-keputusan hukum adalah penjabatan asas-asas hukum;
3. Akhirnya, defenisi ini menunjukkan bahwa beberapa asas hukum berada sebagai dasar dari sistem hukum; beberapa lagi dibelakangnya, jadi diluar sistem hukum itu sendiri, sungguhpun demikian mempunyai pengaruh terhadap sistem hukum tersebut.

Asas-asas hukum mempunyai fungsi sebagai fundamental dari sistem hukum dan sekaligus juga sebagai penguji kritis terhadap sistem hukum positif. Asas-asas hukum yang sifatnya umum dan abstrak itu masih terlalu umum dan abstrak untuk dapat dijadikan pedoman bertingkah laku dalam pergaulan masyarakat. Disamping itu, asas-asas hukum berfungsi untuk menguji secara kritis apakah aturan hukum itu atau keputusan hukum itu sesuai dengan asas-asas hukum atau bertentangan dengan asas-asas hukum, sudah selayaknya

⁶⁸ Loc.Cit

untuk ditinjau yang pada akhirnya dinyatakan dicabut atau tidak berlaku.⁶⁹

Dalam hubungannya dengan pembaharuan sistem pemidanaan di Indonesia khususnya pembuatan Rancangan Konsep KUHP Nasional sebagai pengganti KUHP (WvS) yang sekarang berlaku, maka nilai-nilai Pancasila harus meresap kedalam pasal-pasal Konsep KUHP Nasional, yaitu harus berorientasi pada nilai-nilai "Ketuhanan Yang Maha Esa", hukum pidana yang ber-"Kemanusiaan yang adil dan beradab", hukum pidana yang mengandung nilai-nilai "persatuan" (antara lain tidak membedakan suku/golongan/agama, mendahulukan kepentingan bersama), hukum pidana yang dijiwai nilai-nilai "kerakyatan yang dipimpin hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan" (antara lain mengutamakan kepentingan/kesejahteraan rakyat, penyelesaian konflik secara bijaksana/musyawarah/kekeluargaan), dan hukum pidana yang ber "keadilan sosial".⁷⁰ Sementara itu **J.E. Sahetapy** berpendapat, jika hukum di Indonesia (termasuk hukum pidana, pen) bersumber pada Pancasila, maka setiap produk perundang-undangan tidak

⁶⁹ *ibid*, hlm. 91.

⁷⁰ Barda Nawawi Arief, "Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)", teks pidato pengukuhan guru besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 25 Juni 1994, hlm. 19.

mungkin terlepas dari sumbernya, yakni dari mana hukum dijiwai, dipersepsikan dan dalam penjabarannya atau diwujudkan dalam bentuk manifestasinya harus selalu bernafaskan Pancasila. Jika tidak, hukum itu tidak lagi berfungsi dalam arti sebenarnya sehingga lebih tepat disebut sebagai instrumen. Hukum dalam pengertian ini hanya demi kepentingan tertentu yang samasekali tidak dijiwai oleh semangat dan idealisme Pancasila.⁷¹

Sehubungan dengan hal ini, **Muladi** mengemukakan lima karakteristik operasional hukum pidana materiil dimasa mendatang, yaitu :⁷²

1. Hukum pidana nasional mendatang dibentuk tidak hanya sekedar alasan sosiologis, politis dan praktis semata-mata, tetapi secara sadar harus disusun dalam kerangka ideologi nasional Pancasila;
2. Hukum pidana pada masa datang tidak boleh mengabaikan aspek-aspek yang berkaitan dengan kondisi manusia, alam dan tradisi Indonesia;
3. Hukum pidana mendatang harus dapat menyesuaikan diri dengan kecendrungan-kecendrungan universal yang tumbuh didalam pergaulan masyarakat beradap;
4. Sehubungan dengan pengakuan bahwa sistem peradilan pidana, politik kriminal dan politik penegakan hukum adalah bagian politik sosial. Dengan mengingat pula sifat yang sangat keras dari sistem peradilan pidana dan salah satu tujuan pemidanaan yang bersifat pencegahan,

⁷¹ J.E. Sahetapy, "Hukum dalam Konteks Politik dan Budaya, Dalam Kebijakan Pembangunan Sistem Hukum", Analisis CSIS (Januari-Februari, XXII), No. 1, 1993, hlm. 55-56.

⁷² Muladi, "**Proyeksi Hukum...**", Op.Cit, hlm. 8-9.

maka hukum pidana mendatang harus memikirkan pula aspek-aspek yang bersifat preventif;

5. Hukum pidana dan sistem peradilan pidana pada dasarnya merupakan bagian dari sistem yang lebih besar, yakni sistem politik, ekonomi, sosial, budaya, hankam dari sistem ilmu pengetahuan dan teknologi. Dalam kondisi semacam ini, kedudukan hukum pidana sebagai *dependent variable*. Yang berlu ditonjolkan disini adalah bahwa hukum pidana mendatang harus selalu tanggap terhadap perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi guna meningkatkan efektivitas fungsinya didalam masyarakat.

Berdasarkan hal diatas bagi bangsa Indonesia, pembaharuan hukum pidana (KUHP) merupakan suatu keharusan. Kecenderungan tersebut bukan hanya terjadi di Indonesia tetapi juga terjadi diberbagai negara, seperti dikatakan oleh **Sudarto** bahwa sesudah perang dunia II banyak negara mengusahakan pembaharuan dalam hukum pidananya.⁷³ Sementara itu **Andi Zainal Abidan Farid** dan **Andi Hamzah** mengatakan Setelah perang dunia II hampir semua KUHP di dunia ini sudah ketinggalan zaman.⁷⁴

⁷³ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Penerbit Alumni : Bandung, 1981, hlm. 60.

⁷⁴ Lihat Andi Zainal Abidin Farid dan Andi Hamzah, *Bentuk-Bentuk Khusus Perwujudan Delik (Percobaan, Penyertaan dan Gabungan Delik) dan Hukum Panitensier*, Penerbit PT. Raja Garfindo Persada : Jakarta, 2006, hlm. 1. Lihat juga Andi Hamzah, *Delik-Delik Tertentu (Speciale Delicten) di dalam KUHP*, Penerbit Sinar Grafika : Jakarta, 2009, hlm. 1.

B. PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP KEBIJAKAN PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA

Istilah “kebijakan” merupakan terjemahan dari kata “politik. Menurut **Miriam Budiardjo**, pengertian politik (*politics*) adalah usaha untuk menentukan peraturan-peraturan yang dapat diterima baik oleh sebagian besar warga, untuk membawa masyarakat ke arah kehidupan bersama yang harmonis. Untuk mencapai *the good life* ini menyangkut bermacam-macam kegiatan yang antara lain menyangkut proses penentuan tujuan dari sistem, serta cara-cara melaksanakan tujuan itu.⁷⁵ **Charles O. Jones** mendefinisikan kebijakan sebagai keputusan tetap yang dicirikan konsistensi dan pengulangan tingkah laku dari mereka yang membuat dan dari mereka yang memenuhi keputusan tersebut.⁷⁶ Dalam bidang hukum dikenal istilah “kebijakan hukum pidana” seperti yang dikatakan oleh **G.P. Hoefnagels** sebagai bagian integral yang tidak terpisahkan dari kebijakan sosial (*social policy*) yang dalam perkembangannya melahirkan istilah “kebijakan penegakan hukum” (*law enforcement policy*).⁷⁷

⁷⁵ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Penerbit PT. Gramedia Pustaka Utama : Jakarta, 2008, hlm. 15.

⁷⁶ Charles O. Jones, *Pengantar Kebijakan Publik*, Grafindo : Jakarta, 1994, hlm. 74.

⁷⁷ G.P. Hoefnagels, *The Other Side of Criminology*, Kluwer Deventer : Holland, 1973, hlm. 57.

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, pengertian kebijakan dirumuskan sebagai berikut : ⁷⁸

Rangkaian konsep dan asas yang menjadi garis besar dan dasar rencana dalam pelaksanaan suatu pekerjaan, kepemimpinan dan cara bertindak (tentang pemerintahan, organisasi, dsb), pernyataan cita-cita, tujuan, prinsip, atau maksud sebagai garis pedoman untuk memajemen dalam usaha mencapai sasaran.

Sedangkan pengertian Kebijakan Hukum Pidana adalah sebagai berikut : Serangkaian konsep dan asas yang menjadi garis besar rencana suatu negara untuk melaksanakan hukum pidana sebagai pedoman dalam usaha mencapai sasaran tertentu.

Sementara itu **Barda Nawawi Arief** sebagaimana mengutip pendapat **Marc Ancel** menyatakan bahwa, *modern criminal science* terdiri dari tiga komponen, yaitu : “*Criminology*”, “*Criminal Law*”, dan “*Penal Policy*”.⁷⁹ Dikemukakan oleh **Marc Ancel**, bahwa *penal policy* adalah suatu ilmu sekaligus seni yang pada hakikatnya 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

⁷⁸ Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga : Jakarta, 2002.

⁷⁹ Barda Nawawi Arief, ***Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana***, PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005, hlm. 21.

penyelenggara atau pelaksana putusan pengadilan.

Selanjutnya, dikatakan oleh **Marc Ancel** :⁸⁰

Diantara studi mengenai faktor-faktor kriminologis di satu pihak dan studi mengenai teknik perundang-undangan di lain pihak, ada tempat bagi suatu ilmu pengetahuan yang mengamati dan menyelidiki fenomena legislatif dan bagi suatu seni yang rasional, dimana para sarjana dan praktisi, para ahli kriminologi dan sarjana hukum dapat bekerjasama tidak sebagai pihak yang saling berlawanan atau saling berselisih, tetapi sebagai kawan sekerja yang terkait didalam tugas bersama, yaitu terutama untuk menghasilkan suatu kebijakan pidana yang realistis, humanis dan berpikiran maju (progresif) lagi sehat.

(Between the study of criminological factor on the one hands, and the legal technique on the other, there is room for a science wich observes legislative phenomenon and for a rational art within wich scholar and practitioner, criminologist and lawyers can come together, not as antagonists or in pratricidal strife, but as fellowworkers engaged in a human, and healthily progressive penal policy)

Akhirnya dikemukakan pula oleh **Marc Ancel**, bahwa sistem hukum pidana pada abad XX masih tetap harus diciptakan. Sistem demikian hanya dapat disusun dan disempurnakan oleh usaha bersama semua orang yang beritikad baik dan juga oleh semua ahli dibidang ilmu-ilmu sosial.⁸¹ Masalah kebijakan hukum pidana termasuk dalam suatu bidang yang seyogianya menjadi pusat perhatian

⁸⁰ Marc Ancel, ***Social Defence, A Modern Approach to Criminal Problems***, (London, Routledge & Kegan Paul, 1965), hlm. 4-5, dalam Barda Nawawi Arief, *ibid*, hlm. 21-22.

⁸¹ *ibid*, hlm. 22.

kriminologi. Terlebih memang “pidana” sebagai salah satu reaksi atau respons terhadap kejahatan, merupakan salah satu objek studi kriminologi.⁸² Malahan menurut **G.P. Hoefnagels** didalam bukunya berjudul “*The Other Side of Criminology*”, mengemukakan pengertian kriminologi sebagai berikut : ⁸³

Criminology is primarily a science of others than offenders. In this sence I invert criminology. The history of criminology is not so much a history of offenders, as a history of the reactions of those in power.

G. Peter Hoefnagels mengemukakan pula definisi mengenai *criminal policy* sebagai berikut : ⁸⁴

1. *criminal pilicy is the science of responses;*
2. *criminal policy is the science of crime prevention;*
3. *criminal policy is a policy of designating human behavior as crime;*
4. *criminal policy is a rational total of the responses to crime.*

Bertolak dari definisi tersebut, **G. Peter Hoefnagels** mengemukakan, bahwa kebijakan kriminal berperan sebagai ilmu pengetahuan tentang kebijakan sebagai bagian dari kebijakan umum yaitu kebijakan penegakan hukum. Kebijakan kriminal merupakan organisasi yang rasional dari reaksi masyarakat terhadap kejahatan dan juga merupakan perwujudan sebagai ilmu pengetahuan dan penerapannya.

⁸² G.P. Hoefnagels, ***The Other Side of Criminology***, Kluwer Deventer, 1973, hlm. 44-45. Dalam Barda Nawawi Arief, *ibid*, hlm. 22.

⁸³ *ibid*, hlm. 23.

⁸⁴ *ibid*, hlm. 2.

Istilah “kebijakan”, menurut **Barda Nawawi Arief** diambil dari istilah “policy” (Inggris) atau “politiek” (Belanda). Bertolak dari kedua istilah asing ini, maka istilah “kebijakan hukum pidana” dapat pula disebut dengan istilah “politik hukum pidana”. Dalam kepustakaan asing istilah “politik hukum pidana” ini sering dikenal dengan berbagai istilah, antara lain “*penal policy*”, “*criminal law policy*”, atau “*strafrecht policy*”. Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun politik kriminal.⁸⁵ **Paulus Hadisuprpto** berpendapat, bahwa politik kriminal merupakan kebijakan atau usaha yang rasional dalam menanggulangi kejahatan.⁸⁶

Sementara itu **Sudarto** mendefenisikan “Politik Hukum” adalah usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada waktu itu.⁸⁷ Selanjutnya **Sudarto** mengatakan “politik hukum” memberi petunjuk apakah perlu ada pembaharuan hukum, sampai berapa jauh pembaharuan itu harus dilaksanakan dan bagaimana bentuk pembaharuan itu? Hal ini menyangkut ius

⁸⁵ ibid, hlm. 24.

⁸⁶ Paulus Hadisuprpto, ***Delikueni Anak ; Pemahaman dan Penanggulangannya***, Penerbit Banyumedia Publishing : Malang, 2008, hlm. 82.

⁸⁷ Sudarto, ***Hukum dan Hukum Pidana***, Alumni : Bandung, 1986, hlm. 151.

constituendum, ialah hukum yang akan datang yang dicita-citakan.⁸⁸

Pembentukan undang-undang merupakan proses sosial dan proses politik yang sangat penting artinya dan mempunyai pengaruh yang luas, karena itu (undang-undang) akan memberi bentuk dan mengatur atau mengendalikan masyarakat. Undang-Undang oleh penguasa digunakan untuk mencapai dan mewujudkan tujuan-tujuan sesuai dengan yang dicita-citakan. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa undang-undang mempunyai 2 (dua) fungsi, yaitu :⁸⁹

1. Fungsi untuk mengekspresikan nilai-nilai, dan
2. Fungsi instrumental

Berpikak pada kedua fungsi hukum diatas, maka dikatakan bahwa hukum bukan merupakan satu tujuan, melainkan sebagai sarana untuk mewujudkan apa yang dicita-citakan. Hal ini berarti, apabila kita mau membicarakan “politik hukum di Indonesia”, maka mau tidak mau kita harus memahami terlebih dahulu “apa yang menjadi cita-cita dari bangsa indonesia merdeka”.⁹⁰

⁸⁸ ibid

⁸⁹ Lihat juga Nyoman Serikat Putra Jaya, “Politik Hukum”, Badan Penyediaan Bahan Kuliah Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro, Semarang, 2007, hlm. 13.

⁹⁰ ibid

Pada kesempatan yang lain **Sudarto** mengatakan “politik hukum” adalah kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat untuk mencapai apa yang dicita-citakan.⁹¹ Senada dengan pernyataan diatas **Solly Lubis** juga menyatakan bahwa politik hukum adalah kebijakan politik yang menengttukan peraturan hukum yang seharusnya berlaku mengatur berbagai hal kehidupan bermasyarakat dan bernegara.⁹²

Atas dasar pendapat para pakar diatas dapat dilihat dengan jelas, bahwa politik dan hukum mempunyai hubungan yang erat, karena politik berhubungan dengan negara, sedangkan hukum berhubungan dengan suatu aturan, norma, peraturan perundang-undangan yang diproduksi oleh negara. Kedekatan hubungan antara politik dan hukum ini tidak saja pada tataran formulasi, tetapi juga dapat dilihat pada tatanan aplikasi dan eksekusi. Hubungan yang erat antara politik dan hukum ini mendapat perhatian dari **Mahfud MD**. Beliau menjelaskan, bahwa hukum merupakan produk politik. Hukum dipandang sebagai dependent variabel (variabel terpengaruh)

⁹¹ Sudarto, **Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat**, Op.Cit, hlm. 20.

⁹² Solly Lubis, **Serba-Serbi Politik dan Hukum**, Mandar Maju : Bandung, 1989, hlm. 49.

dan politik sebagai independent variabel (variabel berpengaruh).⁹³ Dengan asumsi yang demikian, selanjutnya

Mahfud MD merumuskan politik hukum sebagai : ⁹⁴

Kebijakan hukum yang akan atau telah dilaksanakan secara rasional oleh pemerintah; mencakup pula pengertian tentang bagaimana politik mempengaruhi hukum dengan cara melihat konfigurasi kekuatan yang ada dibelakang pembuatan dan penegakan hukum itu. Disini hukum tidak dapat hanya dipandang sebagai pasal-pasal yang bersifat imperative atau keharusan-keharusan, melainkan harus dipandang sebagai sub sistem yang dalam kenyataan bukan tidak mungkin sangat ditentukan oleh politik, baik dalam perumusan materi dan pasal-pasalnya maupun dalam implementasi dan penegakannya.

Berdasarkan pendapat tersebut terlihat jelas bahwa secara umum politik/kebijakan hukum selalu ada dan menglingkupi bekerjanya hukum dalam masyarakat, baik pada tahap formulasi dimana ide-ide dasar, kepentingan, keinginan baik yang disukai, maupun yang tidak merupakan ekspresi dan keinginan masyarakat diangkat dan dituangkan dalam bentuk rumusan aturan perundang-undangan yang kemudian disahkan oleh lembaga yang berwenang. Selanjutnya politik hukum juga akan mempengaruhi proses aplikasai dimana aturan yang sudah disahkan oleh lembaga yang berwenang diterapkan dalam proses penegakan hukum dan yang terakhir

⁹³ Mahfud MD, **Politik Hukum di Indonesia**, Penerbit LP3S : Jakarta, 1998, hlm. 1-2.

⁹⁴ Loc.Cit.

akan mempengaruhi pula pada tahap eksekusi. Sedangkan secara khusus politik hukum juga mempengaruhi berbagai sistem tata hukum yang ada, seperti hukum perdata, hukum pidana, hukum tata negara, hukum administrasi dan lain-lain, dimana sistemem tata hukum tersebut saling bertautan, saling pengaruh mempengaruhi serta saling mengisi. Oleh karena itu, membicarakan suatu bidang atau unsur-unsur atau sub sistem hukum yang berlaku di Indonesia tidak bisa disahkan dari yang lain, sehingga mirip dengan tubuh manusia, unsur hukum bagaikan organ yang keberadaannya tidak bisa dipisahkan dari organ yang lain.⁹⁵

Hukum pidana yang merupakan bagian dari sistem hukum atau sistem norma-norma, termasuk bidang hukum publik. Dimana menurut **Utrecht** terlihat bahwa hukum pidana mempunyai kedudukan istimewa, yang harus diberi tempat tersendiri diluar kelompok hukum publik dan hukum privat. Utrecht melihat hukum pidana sebagai suatu hukum sanksi istimewa, baik atas pelanggaran hukum privat maupun atas pelanggaran hukum publik. Hukum pidana melindungi kepentingan yang diselenggarakan oleh peraturan-peraturan hukum privat maupun peraturan-peraturan hukum publik.

⁹⁵ Ilham Bisri, ***Sistem Hukum Indonesia; Prinsip-Prinsip dan Implementasi Hukum di Indonesia***, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, hlm. 39.

Hukum pidana melindungi kedua macam kepentingan itu dengan membuat sanksi istimewa. Sanksi istimewa itu perlu, oleh karena kadang-kadang perlu diadakan tindakan pemerintah yang lebih keras.⁹⁶

Pidana dan pembedaan merupakan masalah yang selalu mendapat perhatian banyak pakar, karena langsung berhubungan dengan kepentingan mendasar manusia, untuk menentukan apakah suatu perbuatan dikategorikan sebagai tindak pidana, pantaskah suatu perbuatan dikategorikan sebagai tindak pidana, berapa lama jumlah sanksi yang tepat bagi suatu perbuatan yang dikategorikan sebagai tindak pidana, diperlukan bantuan ilmu yaitu kebijakan hukum pidana.⁹⁷

Pada bagian lain **Sudarto** menyatakan, bahwa melaksanakan “politik hukum” berarti mengadakan pemilihan untuk mencapai hasil perundang-undangan pidana yang paling baik dalam arti memenuhi syarat keadilan dan daya guna.⁹⁸ Sementara itu dalam kesempatan yang lain **Sudarto** mengatakan, bahwa pelaksanaan “politik hukum pidana”

⁹⁶ Riduan Syahrani, **Rangkuman Intisari Ilmu Hukum**, Edisi Revisi, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2004, hlm. 75.

⁹⁷ Hartiwingsih, “Kebijakan Hukum Pidana dalam Menanggulangi Masalah Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Indonesia”, Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2007, hlm. 265-266.

⁹⁸ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai...**, Op.Cit, hlm. 25.

berarti, “usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.”⁹⁹ Lebih lanjut

Sudarto mengatakan : ¹⁰⁰

Pembentukan undang-undang merupakan proses sosial dan proses politik yang sangat penting artinya dan mempunyai pengaruh luas, karena ia akan memberi bentuk dan mengatur atau mengendalikan masyarakat. Undang-undang ini digunakan oleh penguasa untuk mencapai dan mewujudkan tujuan-tujuan tertentu. Dengan demikian, maka dapat dikatakan bahwa undang-undang itu mempunyai dua fungsi :

- 1) fungsi untuk mengekspresikan nilai-nilai; dan
- 2) fungsi instrumental.

Pemikiran **Sudarto** diatas dikembangkan oleh **Barda Nawawi Arief** yang mengatakan, dilihat sebagai bagian dari politik hukum, maka politik hukum pidana mengandung arti, bagaimana mengusahakan atau membuat dan merumuskan suatu perundang-undangan pidana yang baik.¹⁰¹ Pengertian demikian terlihat pula dari defenisi “*penal policy*” dari **Marc Ancel** yang menyatakan “suatu ilmu sekaligus seni yang bertujuan untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik”. Dengan demikian, yang dimaksud dengan “peraturan hukum positif” (*the positive rules*)

⁹⁹ Sudarto, **Hukum Pidana dan Perkembangan...**, Op.Cit, hlm. 93

¹⁰⁰ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, **Politik Hukum Pidana ; Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi**, Penerbit Pustaka Pelajar : Yogyakarta, 2005, hlm. 14.

¹⁰¹ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai...**, Loc.Cit.

dalam defenisi **Marc Ancel** itu jelas peraturan perundang-undangan hukum pidana. Oleh karena itu, istilah “*penal policy*” menurut **Marc Ancel** adalah sama dengan istilah “kebijakan atau politik hukum pidana”.¹⁰²

Sementara itu menurut **A. Mulder**, “*strafrechtspolitik*” adalah garis kebijakan untuk menentukan :¹⁰³

1. Seberapa jauh ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku perlu diubah atau diperbaharui;
2. Apa yang dapat diperbuat untuk mencegah terjadinya tindak pidana;
3. Cara bagaimana penyidikan, penuntutan, peradilan dan pelaksanaan pidana harus dilaksanakan.

Defenisi **Mulder** diatas bertolak dari pengertian “sistem hukum pidana” menurut **Marc Ancel** yang menyatakan, bahwa setiap masyarakat yang terorganisir memiliki sistem hukum pidana yang terdiri dari :

1. Peraturan-peraturan hukum pidana dan sanksinya;
2. Suatu prosedur hukum pidana; dan
3. Suatu mekanisme pelaksanaan

Usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari

¹⁰² ibid.

¹⁰³ A. Mulder, ***Strafrechtspolitik***, Delikt en Delinkwent, 1980, hlm. 333, dalam Barda Nawawi Arief, ibid, hlm. 25-26.

tujuan penanggulangan kejahatan. Jadi kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal. Dengan kata lain, dilihat dari sudut politik kriminal, maka politik hukum pidana identik dengan pengertian “kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana”.

Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian dari usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Oleh karena itu, **Barda Nawawi Arief** mengatakan bahwa, politik atau kebijakan hukum pidana juga merupakan bagian dari kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*).¹⁰⁴

Disamping itu, usaha penanggulangan kejahatan lewat pembuatan undang-undang (hukum) pidana pada hakikatnya juga merupakan bagian integral dari usaha perlindungan masyarakat (*social defence*) dan usaha mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*). Oleh karena itu, adalah wajar apabila kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian dari integral dari kebijakan atau politik sosial (*social policy*). Selanjutnya **Barda Nawawi Arief** mengatakan, bahwa kebijakan sosial (*social policy*) dapat diartikan sebagai segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan

¹⁰⁴ *ibid*, hlm. 26.

masyarakat. Jadi, didalam pengertian “*social policy*”, sekaligus tercakup didalamnya “*social welfare policy*” dan “*social defence policy*”.¹⁰⁵

Dilihat dari sudut sistem hukum (“*legal system*”) yang terdiri dari “*legal substance*”, “*legal structure*” dan “*legal culture*”, maka pembaharuan sistem hukum pidana (*penal system reform*) dapat meliputi ruang lingkup yang sangat luas, yaitu mencakup :¹⁰⁶

1. Pembaharuan “substansi hukum pidana”, yang meliputi pembaharuan hukum pidana materiel (KUHP dan UU di luar KUHP), hukum pidana formal (KUHAP), dan hukum pelaksanaan pidana;
2. Pembaharuan “struktur hukum pidana”, yang meliputi antara lain pembaharuan atau penataan institusi/lembaga, sistem manajemen/tata-laksana dan mekanismenya serta sarana/prasarana pendukung dari sistem penegakan hukum pidana (sistem peradilan pidana); dan
3. Pembaharuan “budaya hukum pidana”, yang meliputi antara lain masalah kesadaran hukum, perilaku hukum, pendidikan hukum dan ilmu hukum pidana.

Ketiga bidang hukum pidana itu harus bersama-sama diperbaharui. Kalau hanya salah satu bidang yang diperbaharui dan yang lain tidak, maka akan timbul kesulitan

¹⁰⁵ ibid, hlm. 27.

¹⁰⁶ Barda Nawawi Arier, ***RUU KUHP...***, Op.Cit, hlm. 1-2.

dalam pelaksanaannya, dan tujuan dari pembaharuan hukum pidana ialah penanggulangan kejahatan.¹⁰⁷

Makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana terkait erat dengan latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana itu sendiri. Latar belakang dan urgensi diadakannya pembaharuan hukum pidana dapat ditinjau dari aspek sosio politik, socio filosofis dan socio kultural atau dari berbagai aspek kebijakan (khususnya kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum). Hal ini berarti, makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana juga terkait erat dengan berbagai aspek itu. Artinya, pembaharuan hukum pidana juga pada hakikatnya harus merupakan perwujudan dari perubahan dan pembaharuan terhadap berbagai aspek dan kebijakan yang melatar belakangi itu. Dengan demikian **Barda Nawawi Arief** memberikan definisi pembaharuan hukum pidana sebagai : ¹⁰⁸

Suatu upaya untuk melakukan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofis dan socio-cultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan sosial, kebijakan kriminal dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia.

Secara singkat dapat dikatakan, bahwa pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya harus ditempuh dengan

¹⁰⁷ Sudarto, **Hukum Pidana dan Perkembangan...**, Op.Cit, hlm. 60.

¹⁰⁸ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai...**, Op.Cit, hlm. 27-28.

pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*) dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*value oriented approach*).¹⁰⁹

Bertolak dari pemikiran-pemikiran diatas, **Barda Nawawi Arief** menyimpulkan makna dan hakikat pembaharuan hukum pidana sebagai berikut : ¹¹⁰

1. Dilihat Dari Sudut Pendekatan Kebijakan (“*policy oriented approach*”)

Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai/menunjang tujuan Nasional. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan). 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.

¹⁰⁹ *ibid*, hlm. 28.

¹¹⁰ *ibid*, hlm. 28-29

2. Dilihat Dari Sudut Pendekatan Nilai (“*value oriented approach*”)

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (“reorientasi dan reevaluasi”) dari nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofis dan sosio-kultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan, karena bukan pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) apabila orientasi nilai hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya konsep KUHP baru) sama saja dengan orientasi dari hukum pidana lama warisan kolonial penjajah belanda (WvS).

C. PERKEMBANGAN TEORI-TEORI PEMIDANAAN

Secara tradisional, teori-teori tentang pidana pada umumnya dapat dibagi dalam dua kelompok teori, yaitu teori absolut dan teori relatif. Namun dalam perkembangannya muncul teori yang ketiga yang merupakan gabungan dari kedua teori diatas, yang dikenal dengan teori gabungan. Dibawah ini akan dijelaskan masing-masing teori tersebut.

1. Teori Absolut (Teori Retributif)

Teori absolut (teori retributif) memandang bahwa pemidanaan merupakan pembalasan atas kesalahan yang dilakukan. Teori ini pada berorientasi pada perbuatan dan terletak pada terjadinya kejahatan itu sendiri. Teori absolut mencari dasar pemidanaan dengan memandang kemasa lampau, yaitu memusatkan argumentasinya pada tindakan yang sudah dilakukan. Menurut **JE. Sahetappy** teori absolut adalah teori tertua, setua sejarah manusia.¹¹¹ Teori absolut memandang pidana sebagai pembalasan terhadap pelaku kejahatan. Meskipun kecenderungan untuk membalas ini pada prinsipnya adalah suatu gejala normal, akan tetapi pembalasan tersebut dilihat sebagai suatu reaksi keras yang bersifat emosional dan karena itu cenderung irrasional.

Sementara itu **Andi Hamzah** mengemukakan, dalam teori absolut atau teori pembalasan, pidana tidaklah bertujuan untuk yang praktis, seperti memperbaiki penjahat (terpidana, pen). Kejahatan itu sendiri yang mengandung unsur-unsur untuk dijatuhkannya pidana. Pidana secara mutlak ada,

¹¹¹ J.E. Sahetappy, *Suatu Study Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana*, Penerbit CV. Rajawali : Jakarta, 1982, hlm. 198.

karena dilakukannya suatu kejahatan dan tidak perlu memikirkan manfaat dari penjatuhan pidana.¹¹²

Karl O. Christiansen mengidentifikasi lima ciri pokok dari teori retribusi (teori absolut) sebagai berikut :¹¹³

- a. *The purpose of punishment is just retribusi* (tujuan pidana hanyalah sebagai pembalasan);
- b. *Just retribution is ultimate aim, and not in itself a means to any other aim, as for instance social welfare which from this point of view is without any significance whatsoever* (pembalasan adalah tujuan utama dan didalamnya tidak mengandung saran-saran untuk tujuan lain seperti kesejahteraan masyarakat);
- c. *Moral guilt is the only qualification for punishment* (kesalahan moral sebagai satu-satunya syarat untuk pemidanaan);
- d. *The penalty shall be proportional to the moral guilt of the offender* (pidana harus disesuaikan dengan moral pelaku);
- e. *Punishment point into the past, it is pure reproach, and its purpose is not to improve, correct, educate or resocialize the offender* (pidana melihat kebelakang, ia sebagai pencelaan yang murni dan bertujuan tidak memperbaiki, mendidik dan meresosialisasi pelaku).

Menurut **Johannes Andenaes**, tujuan utama (primair) dari pidana menurut teori absolut adalah “untuk memuaskan tujuan keadilan” (*to satisfy the claims justice*), sedangkan

¹¹² Andi Hamzah, **Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia, dari Retribusi ke Reformasi**, Pradnya Paramita : Jakarta, 1986, hlm. 26.

¹¹³ M. Sholehuddin, **Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana; Ide Dasar Double Track System & Implementasinya**, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2003, hlm. 35. Lebih lanjut **M Sholehuddin** mengatakan dalam teori tetributif, pemidanaan diberikan karena si pelaku harus menerima sanksi itu demi kesalahannya. Pemidanaan menjadi retribusi yang adil bagi kerugian yang sudah diakibatkan – karenanya teori ini disebut juga teori Proporsionalitas.

pengaruh-pengaruhnya yang menguntungkan adalah sekunder.¹¹⁴ Tuntutan keadilan yang sifatnya absolut ini terlihat jelas dalam pendapat **Immanuel Kant** dalam bukunya berjudul “*Philosopy of Law*”, sebagai berikut : ¹¹⁵

“... pidana tidak pernah dilaksanakan semata-mata sebagai sarana untuk mempromosikan tujuan/kebaikan lain, baik bagi si pelaku itu sendiri maupun bagi masyarakat, tetapi dalam semua hal harus dikenalkan hanya karena orang yang bersangkutan telah melakukan suatu kejahatan. Bahkan walaupun seluruh anggota masyarakat sepakat untuk menghancurkan dirinya sendiri (membubarkan masyarakatnya), pembunuh terakhir yang masih berada dalam penjara harus dipidana mati sebelum resolusi/keputusan pembubaran masyarakat itu dilaksanakan. Hal ini harus dilakukan karena setiap orang seharusnya menerima ganjaran dari perbuatannya, dan perasaan balas dendam tidak boleh tetap ada pada anggota masyarakat, karena apabila tidak demikian mereka semua dapat dipandang sebagai orang yang ikut ambil bagian dalam pembunuhan itu yang merupakan pelanggaran terhadap keadilan umum”.

Selanjutnya **Muladi** dan **Barda Nawawi Arief** menyatakan bahwa **Kant** memandang pidana sebagai “*kategorische imperatif*”, yaitu seseorang harus dipidana oleh hakim karena ia telah melakukan kejahatan. Pidana bukan merupakan suatu alat untuk mencapai tujuan, melainkan mencerminkan keadilan. Dengan demikian, menurut **Muladi** dan **Barda**

¹¹⁴ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni : Bandung, 1984, hlm. 11.

¹¹⁵ *ibid.*

Nawawi Arief, Kant berpendapat bahwa pidana merupakan suatu tuntutan kesusilaan.¹¹⁶

Tokoh lain penganut teori absolut yang terkenal ialah **Hegel**, ia mengemukakan teori yang dikenal dengan *quasi-mathematic*, yaitu :¹¹⁷

- *Wrong being (crime) is the negation of right; and*
- *Punishment is the negation of that negation.*

Selanjutnya **Nigel Walker** menjelaskan ada dua golongan penganut teori retribusi. Pertama, penganut teori retributif murni yang memandang pidana harus sepadan dengan kesalahan si pelaku. Kedua, penganut teori retributif tidak murni, yang dipecah lagi menjadi :¹¹⁸

- a. Penganut retributif yang terbatas (*the limiting retributivist*) yang berpendapat bahwa pidana tidak harus cocok/sepadan dengan kesalahan; hanya saja tidak boleh melebihi batas yang cocok/sepadan dengan kesalahan terdakwa.
- b. Penganut retributif yang distributif (*retribution in distribution*), disingkat dengan teori *distributive*, yang berpendapat bahwa pidana janganlah dikenakan pada orang yang tidak bersalah, tetapi pidana juga tidak harus cocok/sepadan dan dibatasi oleh kesalahan. Prinsip “tiada pidana tanpa kesalahan” dihormati, tetapi dimungkinkan adanya pengecualian, misalnya dalam hal *strict liability*.

¹¹⁶ *ibid.*

¹¹⁷ *ibid*, hlm. 12.

¹¹⁸ Lihat *ibid*

Nigel Walker akhirnya menjelaskan bahwa hanya penganut *the pure retributivist* saja yang mengemukakan alasan-alasan atau dasar pembeda untuk pemidanaan. Terhadap pernyataan tentang sejauh manakah pidana perlu diberikan kepada pelaku kejahatan, teori retributif menjelaskan sebagai berikut : ¹¹⁹

1. bahwa dengan pidana tersebut akan memuaskan perasaan balas dendam si korban, baik perasaan adil bagi dirinya, temannya dan keluarganya. Perasaan tersebut tidak dapat dihindari dan tidak dapat dijadikan alasan untuk menuduh tidak menghargai hukum. Tipe retributif ini disebut *vindicative*.
2. pidana dimaksudkan untuk memberikan peringatan kepada pelaku kejahatan dan anggota masyarakat yang lain bahwa setiap ancaman yang merugikan orang lain atau memperoleh keuntungan dari orang lain secara tidak wajar, akan menerima ganjarannya. Tipe retributif ini disebut *fairness*.
3. pidana dimaksudkan untuk menunjukkan adanya kesebandingan antara apa yang disebut dengan *The gravity of the offence* dengan pidana yang dijatuhkan. Tipe retributif ini disebut dengan: *proportionality*. Termasuk ke dalam kategori *the gravity* ini adalah kekejaman dari kejahatan atau dapat juga termasuk sifat aniaya yang ada dalam kejahatannya baik yang dilakukan dengan sengaja ataupun karena kelalaiannya.

John Kaplan, dalam bukunya "*Criminal Justice*" membagi teori retributif ini menjadi dua, yaitu :¹²⁰

1. teori pembalasan (*the revenge theory*)

¹¹⁹ Romli Atmasasmita, **Kapita Selektta Hukum Pidana dan Kriminologi**, Mandar Maju : Bandung, 1995, hlm. 83-84.

¹²⁰ Muladi dan Barda Nawawi Arief, **Teori-Teori...**, Op.Cit, hlm. 13.

2. teori penembusan dosa (*the expiation theory*)

Pembalasan mengandung arti, bahwa hutang penjahat telah dibayarkan kembali (*the criminal is paid beck*), sedangkan penembusan dosa mengandung arti, bahwa si penjahat membayar kembali hutangnya (*the criminal pays back*). Jadi pengertiannya tidak jauh berbeda. Menurut **John Kaplan** tergantung dari cara orang berfikir pada saat orang menjatuhkan suatu sanksi. Apakah dijatuhkannya sanksi itu karena kita “menghutangkan sesuatu padanya” ataukah disebabkan “ia berhutang sesuatu pada kita”.

2. Teori Relatif

Teori relatif (teori tujuan) berporos pada 3 (tiga) tujuan utama pemidanaan, yaitu : *Preventif*, *deterrence* dan *reformatif*.¹²¹ Menurut **Adami Chazawi** teori relatif berpokok pangkal bahwa pidana adalah alat untuk menegakkan tata tertib dalam masyarakat. Tujuan pidana adalah tata tertib masyarakat dan untuk menegakkan tata tertib itu diperlukan pidana.¹²²

Muladi dan **Barda Nawawi Arief** mengemukakan bahwa menurut teori ini memidana bukanlah untuk memuaskan tuntutan absolut dari keadilan. Pembalasan itu sendiri tidak

¹²¹ *ibid*, hlm. 31.

¹²² Adami Chazawi, ***Pelajaran Hukum Pidana Bagian I; Stelsel Pidana, Teori-Teori Pemidanaan & Batas Berlakunya Hukum Pidana***, Penerbit Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2002, hlm. 157.

mempunyai nilai, tetapi hanya sebagai sarana untuk melindungi kepentingan masyarakat. Oleh karena itu, **J. Andenaes** menganggap teori ini dapat disebut sebagai “teori perlindungan masyarakat” (*the theory of social defence*).¹²³

Nigel Walker berpendapat bahwa teori ini lebih tepat disebut sebagai teori atau aliran reduktif (*the reductive point of view*), karena dasar pembenaran menurut teori ini adalah untuk mengurangi frekuensi kejahatan. Dengan demikian pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, tetapi mempunyai tujuan-tujuan tertentu yang bermanfaat. Oleh karena itu, teori relatif ini sering disebut teori tujuan (*utilitarian theory*). Dasar pembenaran dari teori ini adalah adanya pidana terletak pada tujuannya. Pidana dijatuhkan bukan karena orang membuat kejahatan (*quia peccatum est*), melainkan supaya orang jangan melakukan kejahatan (*nepeccatur*).¹²⁴

Berdasarkan tujuan pidana yang dimaksud untuk pencegahan kejahatan ini, selanjutnya dibedakan dibedakan dalam prevensi khusus yang ditujukan terhadap terpidana dan prevensi umum yang ditujukan terhadap masyarakat pada umumnya. **Van Hamel** sebagai mana dikutip oleh **Andi**

¹²³ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori...*, Op.Cit, hlm. 17.

¹²⁴ *ibid*, hlm. 16.

Hamzah, menunjukkan bahwa prevensi khusus suatu pidana adalah : ¹²⁵

- a. Pidana harus memuat suatu unsur menakutkan supaya mencegah penjahat yang mempunyai kesempatan untuk tidak melakukan niat buruknya;
- b. Pidana harus mempunyai unsur memperbaiki terpidana;
- c. Pidana mempunyai unsur membinasakan penjahat yang tidak mungkin diperbaiki;
- d. Tujuan satu-satunya suatu pidana ialah mempertahankan tata cara tertib hukum.

Van Bemmelen mengemukakan suatu yang berbeda. Menurutnya, selain prevensi spesial dan prevensi general, ada suatu hal lagi yang juga termasuk dalam golongan relatif ini, yaitu suatu yang disebutnya sebagai “daya untuk mengamankan”. Dalam hal ini dijelaskan bahwa merupakan kenyataan, khususnya pidana pencabutan kemerdekaan, lebih mengamankan masyarakat terhadap kejahatan selama penjahat tersebut berada di dalam penjara dari pada kalau dia tidak dalam penjara.¹²⁶

Karl O. Christiansen, merincikan karakteristik atau ciri-ciri dari teori relatif, sebagai berikut : ¹²⁷

- a. *The Purpose of punishment is prevention;*
- b. *Prevention is not a final, but a means to a more supream aim, e.g. social welfare;*

¹²⁵ Andi Hamzah, **Sistem Pidana...**, Op.Cit, hlm. 31.

¹²⁶ Muladi dan Barda Nawawi Arief, **Teori-Teori...**, Op.Cit, hlm. 19.

¹²⁷ Nyoman Serikat Putra Jaya, **Kapita Selekta Hukum Pidana**, Badan Penerbit Universitas Diponegoro : Semarang, 2005, hlm. 32.

- c. *Only breaches of the law which are imputable to the perpetrator as intent or negligence quality for punishment;*
- d. *The penalty shall be determined by its utility as an instrument for the prevention of crime;*
- e. *The punishment is protective, it points into the future; it may contain an element of reproach, but neither reproach nor retributive elements can be accepted if they do not serve the prevention of crime for the benefit of social welfare.*

Dengan demikian menurut teori relatif, pidana bukanlah sekedar untuk melakukan pembalasan atau pengimbangan kepada orang yang telah melakukan suatu tindak pidana, akan tetapi pidana itu mempunyai tujuan-tujuan lain yang bermanfaat. Dasar pembenaran adanya pidana terletak pada tujuannya.¹²⁸

3. Teori Gabungan

Teori gabungan mendasarkan pidana pada asas pembalasan dan asas pertahanan tata tertib masyarakat. Dengan kata lain dua alasan itu adalah menjadi dasar dari penjatuhan pidana. Teori gabungan ini dapat dibedakan menjadi 2 (dua) golongan besar, yaitu : ¹²⁹

- a. Teori gabungan yang mengutamakan pembalasan, tetapi pembalasan itu tidak boleh melampau batas dari apa yang perlu dan cukup untuk dapat dipertahankannya tata tertib masyarakat;
- b. Teori gabungan yang mengutamakan perlindungan tata tertib masyarakat, tetapi

¹²⁸ *ibid.*

¹²⁹ H.J. Scharavendijk, ***Buku Pelajaran tentang Hukum Pidana Indonesia***, J.B. Wolter : Jakarta, Groingen, 1955, hlm. 218.

penderitaan atas dijatuhinya pidana tidak boleh lebih berat dari pada perbuatan yang dilakukan terpidana.

Van Bemmelen merupakan salah satu tokoh dari penganut teori gabungan yang menitik beratkan pada unsur pembalasan, ia mengatakan : ¹³⁰

Pidana bertujuan membalas kesalahan dan mengamankan masyarakat. Tindakan bermaksud mengamankan dan memelihara tujuan. Jadi pidana dan tindakan keduanya bertujuan mempersiapkan untuk mengembalikan terpidana kedalam kehidupan masyarakat.

Sementara itu **Muladi** membagi teori-teori pembedaan menjadi tiga kelompok, yaitu : ¹³¹

- a. Teori Retributif (*retributivism*);
- b. Teori Teleologis (*teleological theory*);
- c. Teori Retributif Teologis (*teleological retributivist*).

Dua dari teori yang terdahulu mempunyai makna yang tidak berbeda dengan penjelasan diatas. Adapun teori retributif teleologis (*teleological retributivist*) berpandangan bahwa tujuan pembedaan bersifat plural, karena menghubungkan prinsip-prinsip teleologis, misalnya "*utilitarianism*", dan prinsip-prinsip

¹³⁰ Andi Hamzah, **Sistem Pidana...**, Op.Cit, hlm. 32.

¹³¹ Muladi, **Lembaga Pidana Bersyarat**, Op.Cit, hlm. 49-51.

retributivist di dalam suatu kesatuan, sehingga seringkali pandangan ini disebut sebagai aliran integratif.¹³²

Pandangan ini menganjurkan adanya kemungkinan untuk mengadakan artikulasi terhadap teori pidanaaan yang mengintegrasikan beberapa fungsi sekaligus : “*retribution*” dan yang bersifat “*utilitarian*” misalnya pencegahan dan rehabilitasi, yang kesemuanya dilihat sebagai sasaran-sasaran yang harus dicapai oleh suatu rencana pidanaaan. Pidana dan pidanaaan terdiri dari proses kegiatan terhadap pelaku tindak pidana, yang dengan suatu cara tertentu diharapkan untuk dapat mengasimilasikan kembali narapidana kedalam masyarakat. Secara serentak, masyarakat menuntut agar kita memperlakukan individu tersebut dengan suatu yang juga dapat memuaskan permintaan atau kebutuhan pembalasan. Lebih lanjut diharapkan bahwa pemberlakuan terhadap pelaku tindak pidana tersebut dapat menunjang tujuan-tujuan bermanfaat, yang manfaatnya harus ditentukan secara kasuistis. Hal inilah yang sering menimbulkan anggapan pidana seabgai seni (*punishment as an art*).¹³³

¹³² ibid, hlm. 51.

¹³³ ibid, hlm. 52.

D. PERKEMBANGAN POKOK PEMIKIRAN DALAM HUKUM PIDANA (ALIRAN-ALIRAN DALAM HUKUM PIDANA)

Beragamnya pemikiran tentang tujuan pemidanaan sebagaimana yang dianut orang dewasa ini, sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari pengaruh pemikiran para ahli hukum pidana beberapa abad yang lalu, yang pernah mengeluarkan pendapat mereka tentang dasar pembenaran dan tujuan penjatuhan pidana. Dari pemikiran-pemikiran tentang tujuan pemidanaan tersebut, maka munculah aliran-aliran dalam hukum pidana yang membawa pemikiran-pemikiran baru, yang tidak lagi mencari dasar hukum atau pembenaran dari pidana, akan tetapi berusaha memperoleh suatu sistem hukum yang praktis dan bermanfaat.¹³⁴ Sistem hukum pidana dimaksud adalah “sistem hukum pidana” yang mendasarkan pada perbuatan (*daadstrafrecht*) atau yang mendasarkan pada orang yang melakukan tindak pidana (*daderstrafrecht*).¹³⁵

¹³⁴ Utrecht, **Hukum Pidana I**, Penerbit Pustaka Tinta Mas : Surabaya, 1994, hlm. 115.

¹³⁵ Menurut William A. Shrode dan Voich sebagaimana dikutip oleh Esmi Warassih Puji Rahayu mengatakan, bahwa sebagai suatu sistem, maka sistem hukum pidanapun idealnya mempunyai karakteristik atau lebih memberikan pendekatan pada hal-hal pokok sebagai berikut : Berorientasi pada tujuan (*purposive behavior*); Pendekatan bersifat menyeluruh yang jauh dari sikap fragmentaris (*wholism*); Selalu berinteraksi dengan sistem yang lebih besar (*openess*); Operasionalisasi bagian-bagiannya akan menciptakan nilai-nilai tertentu (*value transformation*); Keterkaitan dan kecocokan antar sub sistem (*control mechanism*). Lihat Esmi Warassih Puji Rahayu, **Pranata Hukum; Sebuah Telaah Sosiologis**, Suryandaru Utama : Semarang, 2005, hlm. 42 dan 79.

Secara garis besar, aliran-aliran dalam hukum pidana terdiri dari 3 (tiga) aliran, yaitu :¹³⁶ aliran klasik (*classical school*), aliran modern (*positive School*) dan aliran neo klasik (*neoclassic school*).¹³⁷

1. Aliran Klasik (*Classical School*)

Aliran klasik ini terutama menghendaki hukum pidana yang tersusun sistematis dan menitik beratkan pada kepastian hukum. Dengan pandangannya yang *indeterministis* mengenai kebebasan kehendak manusia, maka aliran ini lebih menitik beratkan kepada perbuatan dan tidak berorientasi kepada orang yang melakukan tindak pidana. Hukum pidana yang dikehendaki adalah hukum pidana perbuatan (*daadstrafrecht*). Perumusan undang-undang dan perbuatan yang melawan hukum merupakan titik sentral yang menjadi perhatian hukum pidana. Perbuatan disini diartikan secara abstrak dan dilihat secara yuridis belaka – terlepas dari orang yang melakukannya. Aliran klasik ini ingin mengobyektifkan hukum pidana dari sifat-sifat pribadi si pelaku.¹³⁸ Oleh karena itu aliran klasik mengutamakan alasan menghormati individu (*liberalisme*)

¹³⁶ Lihat Muladi, “Politik Hukum Pidana, Dasar Kriminalisasi dan Dekriminalisasi Serta Beberapa Perkembangan Asas dalam KUHP”, Makalah disajikan dalam Diskusi Panel Ahli “Meninjau RUU Tentang KUHP dalam Konteks Perlindungan HAM”, diselenggarakan oleh Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), Jakarta, 01 Nopember 2001.

¹³⁷ Lihat Nyoman Serikat Putra Jaya, “Sistem Peradilan Pidana (Criminal Justice System)”, Bahan Kuliah Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, Non Publisir, hlm. 28.

¹³⁸ Muladi, ***Lembaga Pidana Bersyarat***, Op.Cit, hlm. 29.

untuk membendung kekuasaan yang sewenang-wenang, maka perhatiannya ditujukan adanya tingkah laku tata lahir yang diatur dalam undang-undang tentang perbuatan mana yang dilarang dan diancam pidana.¹³⁹

Dalam hal pidana dan ppidanaan , aliran ini pada awal timbulnya sangat membatasi kebebasan hakim untuk menetapkan jenis pidana dan ukuran ppidanaan. Dikenallah pada waktu itu sistem pidana yang ditetapkan secara pasti (*definite sentence*) yang sangat kaku (rigid), seperti terlihat pada *The French Penal Code* 1791. Peranan hakim di dalam menentukan kesalahan seseorang sangat dikurangi. Artinya, pidana yang ditentukan oleh undang-undang tidak mengenal sistem peringanan dan pemberatan yang didasarkan atas faktor-faktor usia, keadaan jiwa si pelaku, kejahatan-kejahatan yang dilakukannya terdahulu maupun keadaan-keadaan khusus dari perbuatan/kejahatan yang dilakukan. Jadi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Perancis ini tidak membolehkan individualisasi dalam penerapan pidana. Demikian juga dengan penjatuhan sanksi, pada prinsipnya penjatuhan pidana dianggap sebagai satu-satunya sanksi (*single track system*).

¹³⁹ Bambang Poernomo, ***Kapita Selektta Hukum Pidana***, Penerbit Liberty : Yogyakarta, 1988, hlm. 8.

Aliran klasik berpijak pada 3 (tiga) tiang, yaitu : ¹⁴⁰

- a. asas legalitas, yang menyatakan bahwa tidak ada pidana tanpa undang-undang, tiada tindak pidana tanpa undang-undang, tiada penuntutan tanpa undang-undang;
- b. asas kesalahan, yang berisi bahwa orang hanya dipidana untuk tindak pidana yang dilakukannya dengan sengaja atau karena kealpaan;
- c. asas pengimbangan (pebalasan) yang sekuler, yang berisi bahwa pidana secara konkrit tidak dikenakan dalam maksud untuk mencapai hasil yang bermanfaat, melainkan setimpal dengan berat ringannya perbuatan yang dilakukan.

Dua tokoh yang dikenal dalam aliran klasik ini adalah **Cesare Beccaria** dan **Jeremy Bentham**. **Cesare Beccaria** lahir di Italia pada tanggal 15 Maret 1738, menulis sebuah essay yang sangat terkenal, yakni "*Dei delitti e delle pene*" (1764) dan diterbitkan untuk pertama kali di Inggris pada tahun 1767 dengan judul "*On Crimes and Punishment*". Tulisan ini memberikan sumbangan yang besar dalam pembaharuan peradilan pidana dan sumbangan utama **Cesare Beccaria** yang dikatakan sebagai tema aliran klasik adalah doktrin pidana harus sesuai dengan kejahatan (*punishment should fit the crime*).

Cesare Beccaria dalam menulis karyanya tersebut, dipengaruhi oleh "doktrin kontrak sosial" : hak-hak manusia dan hakekat masyarakat pada umumnya, sehingga **Cesare**

¹⁴⁰ Muladi dan Barda Nawawi Arief, **Teori-Teori...**, Op.Cit, hlm. 26-27. Lihat juga Nyoman Serikat Putra Jaya, "**Sistem...**", Op.Cit., hlm. 29.

Beccaria meyakini, bahwa tiap-tiap individu menyerahkan kebebasan atau kemerdekaannya secukupnya kepada negara agar kehidupan masyarakat dapat terus berlangsung. Oleh karena itu hukum seharusnya hanya ada untuk melindungi dan mempertahankan keseluruhan kemerdekaan yang dikorbankan terhadap persamaan kemerdekaan yang dilakukan oleh orang lain. Prinsip dasar yang dijadikan pedoman adalah “kebahagiaan yang terbesar untuk orang yang sebanyak-banyaknya”.¹⁴¹ Filsafat yang sangat mempengaruhi **Beccaria** adalah filsafat kebebasan kehendak, yang didasarkan atas faham hedonisme. Faham ini sering disebut “*the pleasurepain principle*” yang artinya “*man chose that would give pleasure and avoided those that would give pain. Therefore punishment should be assigned to each crime in a degree that would result in more pain than pleasure for those who committed the forbidden act*”.¹⁴²

Sebagai konsekuensinya, maka hukum harus dirumuskan dengan jelas dan tidak memberikan kemungkinan bagi hakim untuk melakukan penafsiran. Lembaga pembuat undang-undang adalah satu-satunya institusi yang berhak menetapkan pidana, diformulasikan secara tertulis serta tertutup bagi

¹⁴¹ Lihat Muladi, **Lembaga Pidana Bersyarat**, Op.Cit., hlm. 30.

¹⁴² Sue Titus Reid, **Crime and Criminology**, The Dryden Press : Hinsdale, Illinois, 1975, hlm. 114-115, dalam Muladi, **Lembaga Pidana Bersyarat**, ibid.

penafsiran oleh hakim. Undang-Undang tersebut harus diterapkan secara sama terhadap semua orang, oleh karena itu tidak dimungkinkan pembelaan terhadap penjahat. Hakim semata-mata merupakan alat undang-undang yang hanya menentukan salah tidaknya seseorang, kemudian menentukan dipidana atau tidaknya orang tersebut. Tugas hakim disini hanyalah mengaplikasikan undang-undang melalui metode *silogime*, yang pada akhirnya menjatuhkan pidana atau membebaskannya dari pidana.

Ditambahkan oleh **Beccaria**, bahwa tujuan penjatuhan pidana adalah untuk kelangsungan hidup masyarakat dan mencegah orang melakukan kejahatan. Pencegahan akan datang, tidak dari pidana yang berat, tetapi dari pidana yang patut (*appropriate*), yang dikenakan secara tepat (*promp*) dan pasti (*inevitable*). Atas dasar yang demikian ini, **Beccaria** tidak percaya efektivitas pidana yang berat, utamanya pidana mati.¹⁴³

¹⁴³ Secara tegas **Cesare Beccaria** menolak pidana mati dengan alasan sebagai berikut :

- pidana mati tidak dapat mencegah seseorang melakukan tindak pidana dan merupakan tindakan yang brutal dan kejam;
- pidana mati menya-nyiakan sumber daya manusia, yang merupakan modal utama suatu negara;
- pidana mati menggoncangkan rasa susila masyarakat (*general moral sentiment*), yang sebenarnya oleh hukum justru harus diperkuat; dan
- berdasarkan doktrin kontrak sosial, maka tidak seorang-pun yang mempunyai hak alamiah akan menyerahkan jiwanya dan tidak

Sementara itu tokoh lain dari aliran klasik ialah **Jeremy Bentham** (1748-1832), seorang filosof dari Inggris yang diklasifikasikan sebagai penganut *utilitarian hedonist*. Salah satu teorinya yang sangat penting adalah *felicific calculus*. Teori ini menyatakan, bahwa manusia merupakan makhluk rasional yang lebih memilih secara sadar kesenangan dan sebaliknya menghindari kesusahan. Oleh karena itu, pidana harus dijatuhkan pada tiap kejahatan sedemikian rupa sehingga kesusahannya menjadi lebih berat dari pada kesenangan yang ditimbulkan oleh kejahatan. Hal ini bersumber dari pemikiran yang menyatakan, bahwa pidana harus sesuai/seimbang dengan kejahatannya, sebagaimana ide filsafat **Cesare Beccaria** : “*let the punishment fit the crime*”.

Sebagai seorang pemikir teoritis, **Bentham** selalu melihat kejahatan secara abstrak. Ia sama sekali gagal melihat penjahat sebagai manusia, sebagai kehidupan, sebagai pribadi yang kompleks dan beraneka ragam. Sebagai seorang pembaharu hukum pidana, ia melihat suatu prinsip baru mengenai kontrol sosial, yaitu apa yang dinamakan *utilitarianism* yang menyatakan, bahwa suatu perbuatan tidak dinilai dengan sistem irasional yang absolut, tetapi melalui prinsip-prinsip

seorangpun dengan kontrak sosial dapat dianugerahi hak untuk hidup dan mati.
Selengkapnya lihat Muladi, **Lembaga Pidana Bersyarat**, Op.Cit., hlm. 31.

yang dapat diukur. Sangat disayangkan, **Bentham** juga tidak menerangkan lebih lanjut dasar teoritis dari prinsip tersebut dan juga tidak menjelaskan bagaimana prinsip tersebut diukur secara obyektif dan secara empiris.¹⁴⁴

2. Aliran Modern (*Positive School*)

Aliran modern timbul pada abad ke 19 dan sering disebut dengan aliran positif, karena dalam mencari sebab kejahatan menggunakan metode ilmu alam dan bermaksud untuk langsung mendekati dan mempengaruhi penjahat secara positif sejauh masih dapat diperbaiki.

Menurut aliran ini, perbuatan seseorang tidak dapat dilihat secara abstrak dari sudut yuridis semata-mata terlepas dari orang yang melakukannya, tetapi harus dilihat secara konkrit bahwa dalam kenyataannya perbuatan seseorang itu dipengaruhi oleh watak pribadinya, faktor-faktor biologis maupun faktor lingkungan kemasyarakatan. Jadi aliran ini bertitik tolak pada pandangan *determinisme* untuk menggantikan “doktrin kebebasan kehendak”. Karena manusia dipandang tidak mempunyai kebebasan kehendak tapi dipengaruhi oleh watak dan lingkungannya, maka ia tidak dapat dipersalahkan atau dipertanggungjawabkan dan

¹⁴⁴ *ibid*, hlm. 32.

dipidana. Jadi aliran ini menolak padangan pembalasan berdasarkan kesalahan yang subjektif.¹⁴⁵

Pertanggungjawaban seseorang berdasarkan kesalahan harus diganti dengan sifat berbahayanya si pembuat (*etat dangereux*). Bentuk pertanggungjawaban terhadap si pembuat lebih bersifat tindakan perlindungan masyarakat. Dan apabila digunakan digunakan istilah pidana, maka pidana menurut aliran ini harus tetap diorientasikan pada sifat-sifat si pembuat. Jadi aliran ini menghendaki adanya individualisasi pidana yang bertujuan pada resosialisasi si pelaku.

Aliran modern dipelopori oleh antara lain, **Lambroso**, **Lacassagne** dan **Ferri** yang kemudian dilanjutkan oleh **Von Liszt**, **A. Prins** dan **Van Hamel**. Pada tahun 1888, **Von Liszt**, **A. Prins** dan **Van Hamel** secara bersama-sama mendirikan “International Kriminalistische Vereinigung” (disingkat IKV) atau International Association for Criminology.

Sementara itu menurut **Muladi**, pemikiran yang menjadi landasan aktivis IKV ini adalah : ¹⁴⁶

- a. fungsi utama hukum pidana adalah memerangi kejahatan sebagai suatu gejala masyarakat;
- b. ilmu hukum pidana dan perundang-undangan hukum pidana harus memperhatikan hasil-hasil penelitian antropologi dan sosiologis;

¹⁴⁵ ibid, hlm. 33.

¹⁴⁶ ibid, hlm. 37. Lihat juga Nyoman Serikat Putra Jaya, **Sistem...**, Op.Cit., hlm. 30.

- c. pidana merupakan salah satu alat yang paling ampuh yang dimiliki oleh negara untuk memerangi kejahatan. Namun pidana bukan satu-satunya alat, sehingga pidana jangan diterapkan terpisah, melainkan selalu dalam kombinasi dengan tindakan-tindakan sosial lainnya, khususnya dalam kombinasi dengan tindakan-tindakan preventif.

Pada tahun-tahun setelah perang dunia II, aliran modern ini berkembang lagi menjadi aliran atau gerakan perlindungan masyarakat (*social defence*). Tokoh terkenal dari aliran social defence adalah Filippo Gramatica yang pada tahun 1945 mendirikan “Pusat Studi Perlindungan Masyarakat” (*The study-center of social defence*) di Genoa. Pada tahun itu juga, diselenggarakan Konggres Internasional ke I mengenai perlindungan masyarakat di San Remo.

Pada tahun 1948 tercapai pengakuan internasional terhadap gerakan ini, dengan terbentuknya suatu seksi atau bagian dari PBB mengenai Lembaga Perlindungan Masyarakat (*The institution of the social defence section of the United Nation*). Tujuan utama dari lembaga ini adalah “pencegahan kejahatan dan pembinaan para pelaku” (*the prevention of crime and treatment of offenders*). Kongres Internasional II mengenai perlindungan sosial diadakan di Liege pada tahun 1949 dan menghasilkan berdirinya “Masyarakat Internasional Mengenai Perlindungan Sosial” (*the international society of social defence*).

Setelah Kongres II tahun 1949, aliran *social defence* ini terbagi dalam 2 (dua) pandangan/konsepsi, yaitu : ¹⁴⁷

1. konsepsi radikal (*ekstrim*), dan
2. konsepsi moderat (*reformist*).

Konsepsi yang radikal dipelopori oleh **Filippo Gramatica**, dengan karya tulisnya yang berjudul “*Subjective Criminal Law*”. Karya tulis lainnya yang menimbulkan banyak perhatian dan sekaligus diragukan orang adalah yang berjudul “*La Lotta Contra La Pena*” (*The Fight Against Punishment*). Secara prinsipil, ajaran Gramatica menolak konsepsi-konsepsi mengenai tindak pidana, penjahat dan pidana.¹⁴⁸

Konsepsi moderat (*reformist*) dipelopori oleh **Marc Ancel** yang menamakan gerakannya sebagai *defence social nouvelle* (*new social defence*) atau perlindungan masyarakat baru. Aliran ini bertujuan mengintegrasikan ide atau konsepsi-konsepsi perlindungan masyarakat ke dalam konsepsi baru hukum pidana.

Menurut **Marc Ancel**, tiap masyarakat mensyaratkan adanya tertip sosial, yaitu seperangkat peraturan yang tidak hanya sesuai dengan kebutuhan kehidupan komunal, tetapi juga harus sesuai dengan aspirasi warga masyarakat pada

¹⁴⁷ ibid, hlm. 38.

¹⁴⁸ Muladi dan Barda Nawawi Arief, **Teori-Teori...**, Op.Cit, hlm. 36.

umumnya. Oleh karena itu, peranan yang besar dari hukum pidana merupakan kebutuhan yang tidak dapat dielakkan bagi suatu sistem hukum. Perlindungan terhadap individu maupun masyarakat tergantung kepada perumusan yang tepat mengenai hukum pidana dan hal ini tidak kurang pentingnya dari kehidupan masyarakat itu sendiri. Oleh karena itu, sistem hukum pidana, tindak pidana, penilaian hakim terhadap si pelanggar dalam konteks hukum yang murni maupun sanksi pidana merupakan lembaga-lembaga (institusi) yang harus tetap dipertahankan. Hanya saja dalam menggunakan sistem hukum pidana, aliran modern ini menolak menggunakan fiksi-fiksi yuridis dan tehnik-tehnik yuridis yang terlepas dari kenyataan sosial. Hal ini merupakan reaksi terhadap ekseseks legisme dari aliran klasik dan aliran neo klasik.

Marc Ancel menolak pandangan aliran klasik dan neo klasik yang memperlakukan kejahatan sebagai suatu konsepsi hukum yang murni dan sanksi pidana merupakan konsekuensi yang diperlukan menurut hukum terhadap pelanggaran tata-ketertiban yang ada. **Marc Ancel** juga menolak untuk mempertimbangkan, bahwa tujuan pidana atau sanksi-sanksi lain adalah pengembalian atau pembaharuan kembali tertip hukum tersebut secara abstrak (*the abstract restoration of that*

legal order). Selanjutnya **Marc Ancel** menyatakan, bahwa kejahatan merupakan masalah kemanusiaan dan masalah sosial (*a human and social problem*) yang tidak begitu saja mudah dipaksa untuk dimasukkan ke dalam perumusan suatu peraturan perundang-undangan. Hal ini tidak berarti, bahwa hakim pidana tidak memutus berdasarkan undang-undang dan harus menolak penerapan pidana. Hanya saja dalam hal ini **Marc Ancel** menyatakan, bahwa problem kemanusiaan dan problem kemasyarakatan dari suatu tindak pidana dapat diselesaikan atau dipecahkan secara tuntas melalui bekerjanya suatu keadilan distributif secara abstrak.¹⁴⁹ Aliran modern ini tidak menolak konsepsi pertanggungjawaban, malah kebijaksanaan pidananya justru bertolak pada konsepsi pertanggungjawaban yang bersifat pribadi (*individual responsibility*).

Menurut **Marc Ancel**, pertanggungjawaban yang didasarkan pada kebebasan individu merupakan kekuatan penggerak yang utama dari proses penyesuaian sosial (*the main driving force of the process of social readaptation*). Diakui **Marc Ancel**, bahwa masalah determinisme dan indeterminisme merupakan problem filosofis yang berada diluar ruang lingkup kebijakan pidana dan hukum pidana. Akan tetapi ditegaskan,

¹⁴⁹ Muladi, **Lembaga Pidana Bersyarat**, Op.Cit, hlm. 40.

bahwa kebijakan pidana modern hampir selalu mensyaratkan adanya kebebasan individu atau bagaimanapun juga tidak dapat mengabaikan kenyataan mengenai perasaan individu dan masyarakat tentang pertanggungjawaban yang bersifat perorangan. Oleh karena itu, masalah pertanggungjawaban seharusnya tidak boleh dilupakan atau diabaikan. Reaksi terhadap perbuatan anti sosial justru dipusatkan pada konsepsi pertanggungjawaban ini. Pertanggungjawaban dalam hal ini berlainan dengan pandangan klasik yang mengartikannya sebagai pertanggungjawaban moral semata-mata, dan berbeda pula dengan pandangan positivis yang mengartikannya sebagai pertanggungjawaban menurut hukum atau pertanggungjawaban obyektif.¹⁵⁰

3. Aliran Neo Klasik (*neoclassic school*)

Perkembangan berikutnya, pada abad ke 19 muncul-lah aliran neo klasik (*neoclassic school*) yang berasal dari aliran klasik, yaitu kepercayaan pada kebebasan kehendak manusia. Penganut aliran ini beranggapan bahwa pidana yang dihasilkan oleh aliran klasik terlalu berat dan merusak semangat kemanusiaan yang berkembang pada saat itu. Sebagai contoh dapat dikemukakan disini KUHP Perancis 1791 yang sangat keras, yang kemudian diperbaiki pada tahun 1810, perbaikan

¹⁵⁰ *ibid*, hlm. 41

ini didasarkan atas beberapa kebijaksanaan peradilan, dengan merumuskan pidana minimal dan maksimal, serta mengakui adanya asas-asas tentang keadaan yang meringankan (*principle of extenuating circumstances*). Perbaikan lebih lanjut terjadi pada tahun 1819, yang memungkinkan lebih banyak kebijaksanaan peradilan berdasarkan keadaan-keadaan obyektif.

Aliran neo klasik ini mulai mempertimbangkan kebutuhan adanya pembinaan individu dari pelaku tindak pidana. Para penganut aliran ini kebanyakan berasal dari Sarjana di Inggris. Aliran ini menyatakan bahwa konsep keadilan sosial berdasarkan hukum tidak realistis, dan bahkan tidak adil.

Salah satu hasil yang sangat penting dari aliran neo klasik adalah masuknya kesaksian ahli di pengadilan, untuk membantu juri dalam mempertimbangkan derajat pertanggungjawaban seorang pelaku tindak pidana. Untuk pertama kali ahli ilmu-ilmu sosial dan ilmu-ilmu alam diijinkan tampil di pengadilan, sekalipun putusan terakhir tetap ditangan jury atau hakim, bila mana perkara tersebut diadili tanpa jury.¹⁵¹

¹⁵¹ ibid, hlm. 42.

Untuk membedakan karakteristik aliran klasik, aliran modern dan aliran neo klasik berdasarkan uraian diatas, dapat dilihat dalam tabel berikut ini :

Aliran Klasik (Classical School)	Aliran Modern (Positive School)	Aliran Neo Klasik (neoclassic school)
<ol style="list-style-type: none"> 1. Defenisi hukum dari kejahatan 2. Pidana harus sesuai dengan kejahatannya 3. Doktrin kebebasan kehendak 4. Pidana mati untuk beberapa tindak pidana 5. Tidak ada riset empiris 6. Pidana yang ditetapkan secara pasti 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Menolak defenisi hukum dari kejahatan 2. Pidana harus sesuai dengan pelaku tindak pidana 3. Doktrin determinisme 4. Penghapusan pidana mati 5. Riset empiris 6. Pidana yang tidak ditentukan secara pasti. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. modifikasi dari doktrin kebebasan kehendak (<i>doctrine of free will</i>) yang dapat dipengaruhi patologi, ketidakmampuan, penyakit gila atau lain-lain keadaan; 2. diterima berlakunya keadaan-keadaan yang meringankan; 3. modifikasi dari doktrin pertanggungjawaban untuk mengadakan peringanan pembedaan, dengan kemungkinan adanya pertanggungjawaban sebagian di dalam kasus-kasus tertentu seperti penyakit jiwa, usia dan keadaan-keadaan lain yang dapat mempengaruhi pengetahuan dan kehendak seseorang pada saat terjadinya kejahatan; 4. masuknya kesaksian ahli di dalam acara peradilan guna menentukan derajat pertanggungjawaban.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. IDE KESEIMBANGAN DALAM KONSEP KUHP 2008

Konsep atau ide dasar yang dipakai dalam tesis ini adalah gagasan tentang suatu objek atau fenomena tertentu yang bersifat mendasar, yang dijadikan patokan atau orientasi sudut pandang, yaitu mengenai ide dasar/pokok pemikiran/konsep pembaharuan sistem pidana di Indonesia. Sebagai gagasan yang bersifat mendasar, maka ide dasar lebih merupakan *cita*, yakni gagasan dasar mengenai suatu hal. Misalnya *cita hukum* atau *rechtsidee*, merupakan konstruksi pikir (ide) yang mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan. Atau seperti yang dikatakan **Rudolf Stammler**, cita hukum merupakan *leitster* (bintang pemandu) bagi tercapainya cita-cita masyarakat.¹⁵² Oleh karena itu, cita hukum akan mempengaruhi dan berfungsi sebagai asas umum yang mempedomani (*guiding principle*), norma-kritik (kaidah evaluasi) dan faktor yang memotifasi dalam penyelenggaraan hukum (pembentukan, penemuan, penerapan hukum) dan perilaku hukum. Jadi, dirumuskan dan dipahaminya cita hukum akan

¹⁵² A. Hamid S. Attamini, "Peranan Keputusan Presiden RI dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negara", Disertasi pada Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia : Jakarta, 1990, hlm. 308.

memudahkan penjabarannya ke dalam berbagai perangkat aturan wewenang dan aturan perilaku serta memudahkan terjaganya konsistensi dalam penyelenggaraan hukum.¹⁵³

Ide dasar juga dapat dianalogikan dengan apa yang oleh **Oppenheimer** disebut *staatsidee*, yakni hakikat yang paling dalam dari negara yang dapat memberi bentuk pada negara, atau hakikat negara yang menentukan bentuk negara.¹⁵⁴ Dengan demikian, sebuah ide dasar selalu bersifat konstitutif. Artinya, ide dasar itulah yang menjadi sumber yang mengalir pada implementasi berikutnya dari pembaharuan hukum pidana dan penjelasan yang dianggap relevan untuk ditelaah. Atau mengikuti alur pikir **Gustav Radbruch** mengenai *rechtsidee* yang menurutnya berfungsi sebagai dasar yang bersifat konstitutif bagi hukum positif.¹⁵⁵

Oleh karena itu, berbicara mengenai ide keseimbangan dalam pembaharuan sistem pidana, maka akan berbicara tentang gagasan dasar/pokok pemikiran/konsep/nilai dasar pembaharuan sistem hukum pidana Indonesia. Kajian/penelitian mengenai pokok-pokok pemikiran (ide dasar) menjadi sangat penting untuk diteliti, karena membangun atau

¹⁵³ Bernard Arief Sidharta, ***Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum; Sebuah Penelitian Tentang Fundasi Keilmuan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia***, Mandar Maju : Bandung, 1999, hlm. 181.

¹⁵⁴ A. Hamid S. Attamini, ***Peranan...***, Op.Cit., hlm. 50.

¹⁵⁵ *ibid*, hlm. 309.

melakukan pembaharuan hukum (“*law reform*”, khususnya “*penal reform*”) pada hakikatnya adalah “membangun/memperbaharui pokok-pokok pemikiran/konsep/ide-dasar-nya”, bukan sekedar memperbaharui/mengganti perumusan pasal (UU) secara tekstual. Oleh karena itu, penelitian tekstual mengenai Konsep/RUU KUHP harus didahului atau disertai dengan penelitian konseptual.

Menurut **Barda Nawawi Arief** kajian konseptual mengenai pokok-pokok pemikiran (ide dasar) Asas-Asas Hukum Pidana (Materiel) Nasional sudah cukup lama dilakukan, yaitu sejak dibahasnya Konsep I tahun 1964 sampai sekarang. Konsep pertama tahun 1964 berjudul “Konsep RUU Tentang Asas-Asas dan Dasar-Dasar Pokok Tata Hukum Pidana dan Hukum Pidana Indonesia”. Konsep pertama ini dibahas dalam Kongres Persatuan Sarjana Hukum Indonesia (PERSAHI) di Surabaya tahun 1964, antara lain oleh almarhum **Prof. Moeljatno** yang mengajukan prasaran berjudul “Atas Dasar Atau Asas-Asas Apakah Hukum Pidana Kita Dibangun?”. Pokok-pokok pemikiran tersebut bergulir terus dan diperkaya oleh pemikiran-pemikiran yang berkembang sampai saat ini. Jadi masalah ini sudah merupakan proses kajian yang cukup panjang (sekitar 44 tahun) dan bahkan “bergenerasi” (dari

generasi “kakek guru” sampai ke “cucu murid”). Hasil kajian itu kemudian dicoba untuk dituangkan, diimplementasikan, dan diformulasikan dalam Konsep/RUU KUHP.¹⁵⁶

Untuk itu, ada baiknya ditelusuri dan dikaji ulang (*review/reorientasi/re-evaluasi*) latar belakang pokok-pokok pemikiran atau ide dasar Asas-Asas Hukum Pidana di dalam Konsep (RUU KUHP). Menurut pandangan **Barda Nawawi Arief**, latar belakang pokok-pokok pemikiran atau ide dasar hukum pidana di dalam konsep (RUU KUHP) dapat dilihat dari 2 (dua) sudut, yaitu “dari sudut/aspek kebijakan pembaharuan hukum pidana nasional” dan “dari sudut/aspek kesatuan hukum pidana”.¹⁵⁷

1. Sistem Pemidanaan Dalam Konsep 2008

Untuk mendapatkan gambaran yang menyeluruh dari sistem pemidanaan yang tertuang dalam Ketentuan Konsep 2008, dibandingkan dengan sistematika KUHP (WvS), berikut disajikan tabel perbandingan sebagai berikut :

¹⁵⁶ Barda Nawawi Arief, “Pokok-Pokok Pemikiran (Ide Dasar) Asas-Asas Hukum Pidana Nasional”, Makalah Disajikan dalam Seminar Nasional tentang “Asas-asas Hukum Pidana Nasional”, diselenggarakan oleh BPHN Depkeh dan HAM bekerja sama dengan Fakultas Hukum UNDIP, di Hotel Ciputra, Semarang, tgl. 26 – 27 April 2004, hlm. 2; dipublikasikan dalam ***Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan***, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005, hlm. 1.

¹⁵⁷ Selengkapnya lihat ibid, hlm. 2-11.

KUHP		Konsep KUHP 2008	
Buku I Aturan Umum		Buku I Ketentuan Umum	
Bab	Isi/Materi	Bab	Isi/Materi
I	Batas-batas berlakunya aturan pidana dalam perundang-undangan (pasal 1-9)	I	Berlakunya ketentuan pidana dalam peraturan perundang-undangan (pasal 1-14)
II	Pidana (pasal 10-43)	II	Tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana (pasal 15-49)
III	Hal-hal yang menghapuskan, Mengurangi atau Memberatkan Pidana (pasal 44-52a)	II	Pemidanaan, pidana dan tindakan (pasal 50-136)
IV	Percobaan (Pasal 53-54) IV	IV	Gugurnya Kewenangan Penuntutan dan Pelaksanaan Pidana (Pasal 137-148)
V	Penyertaan dalam Tindak Pidana (Pasal 55-62)	V	Batasan Pengertian (Pasal 149-191)
VI	Perbarengan Tindak Pidana (Pasal 63-71)	VI	Ketentuan Penutup (Pasal 192)
VII	Mengajukan dan Menarik Kembali Pengaduan dalam Hal Kejahatankejahatan yang Hanya Dituntut atas Pengaduan (Pasal 72-75)		
VIII	Hapusnya Kewenangan Menuntut Pidana dan Menjalankan Pidana (Pasal 76-85)		
IX	Arti beberapa istilah yang dipakai dalam Kitab Undang-Undang (Pasal 86-101)		
	Aturan Penutup (Pasal 103)		
Buku II Kejahatan		Buku II Tindak Pidana	
I	Kejahatan terhadap Keamanan Negara (Pasal 104-129)	I	Tindak Pidana terhadap Proses Kehidupan Ketatanegaraan (Pasal 193-223)
II	Kejahatan-kejahatan terhadap Martabat Presiden dan Wakil Presiden (Pasal 130-139)	II	Tindak Pidana terhadap Martabat Presiden dan Wakil Presiden (Pasal 224-227)
III	Kejahatan-kejahatan terhadap Negara Sahabat dan terhadap Kepala Negara Sahabat serta Wakilnya (Pasal 139a-145)	III	Tindak terhadap Negara Sahabat, Kepala Negara Sahabat, dan Perwakilan Negara Sahabat (Pasal 228-237)
IV	Kejahatan terhadap Melakukan Kewajiban dan Hak Kenegaraan (Pasal 146-153)	IV	Tindak Pidana terhadap Kewajiban dan Hak Kenegaraan (Pasal 238-245)
V	Tindak Pidana terhadap Ketertiban Umum (Pasal 246-287)	V	Tindak Pidana terhadap Ketertiban Umum (Pasal 246-287)
VI	Perkelahian Tanding (Pasal 182-186)	VI	Tindak Pidana terhadap Penyelenggaraan Pengadilan (Pasal 288-289)
VII	Kejahatan yang Membahayakan Keamanan Umum bagi Orang atau Barang (Pasal 187-206)	VII	Tindak Pidana terhadap Agama dan Kehidupan Beragama (Pasal 290-297)
VIII	Kejahatan terhadap Penguasa Umum (Pasal 207-241)	VIII	Tindak Pidana yang Membahayakan Keamanan Umum bagi Orang, Barang, dan Lingkungan Hidup (Pasal 298-337)
IX	Sumpah Palsu dan Keterangan Palsu (Pasal 242)	IX	Tindak Pidana terhadap Kekuasaan Umum dan Lembaga Negara (Pasal 338-374)
X	Pemalsuan Mata Uang dan Uang Kertas (Pasal 244-252)	X	Tindak Pidana Sumpah Palsu dan Keterangan Palsu (Pasal 375)

XI	Pemalsuan Materai dan Merk (Pasal 253-262)	XI	Tindak Pidana Pemalsuan Mata Uang dan Uang Kertas (Pasal 376-383)
XII	Pemalsuan Surat (Pasal 263-276)	XII	Tindak Pidana Pemalsuan Segel, Cap Negara, dan Merek (Pasal 384-394).
XIII	Kejahatan terhadap Asal-usul dan Perkawinan (Pasal 277-280)	XIII	Tindak Pidana Pemalsuan Surat (Pasal 395-405)
XIV	Kejahatan terhadap Kesusilaan (Pasal 281-303 bis)	XIV	Tindak Pidana terhadap Asasl-usul dan Perkawinan (Pasal 406-410)
XV	Meninggalkan Orang yang Perlu Ditolong (Pasal 304-309)	XV	Tindak Pidana Kesusilaan (Pasal 411-441)
XVI	Penghinaan (Pasal 310-321)	XVI	Tindak Pidana Menelantarkan Orang (Pasal 442-446)
XVII	Membuka Rahasia (Pasal 322-323)	XVII	Tindak Pidana Penghinaan (Pasal 447-456)
XVIII	Kejahatan terhadap Kemerdekaan Orang (Pasal 324-337)	XVIII	Tindak Pidana Pembocoran Rahasia (Pasal 457-459)
XIX	Kejahatan terhadap Nyawa (Pasal 338-350)	XIX	Tindak Pidana terhadap Kemerdekaan Orang (Pasal 460-474)
XX	Penganiayaan (Pasal 351-358)	XX	Tindak Pidana terhadap Nyawa (Pasal 475-483)
XXI	Menyebabkan Mati atau Luka-luka Karena Kealpaan (Pasal 359-361)	XXI	Tindak Pidana Penganiayaan (Pasal 484-488)
XXII	Pencurian (Pasal 362-367)	XXII	Tindak Pidana yang Mengakibatkan Mati atau Luka-luka Karena Kealpaan (Pasal 489-490)
XXIII	Pemerasan dan Pengancaman (Pasal 368-371)	XXIII	Tindak Pidana Pencurian (Pasal 491-497)
XXIV	Penggelapan (Pasal 372-377)	XXIV	Tindak Pidana Pemerasan dan Pengancaman (Pasal 498-501)
XXV	Perbuatan Curang (Pasal 378-395)	XXV	Tindak Pidana Penggelapan (Pasal 502-507)
XXVI	Perbuatan Merugikan Pemihutang atau Orang yang Mempunyai Hak (Pasal 396-405)	XXVI	Tindak Pidana Perbuatan Curang (Pasal 508-533)
XXVII	Menghancurkan atau Merusakkan Barang (Pasal 406-412)	XXVII	Tindak Pidana Merugikan Kreditor atau Orang yang Berhak (Pasal 534-543)
XXVIII	Kejahatan Jabatan (Pasal 413-437)	XXVIII	Tindak Pidana Penghancuran atau Perusakan Barang (Pasal 544-550)
XXIX	Kejahatan Pelayaran (Pasal 438-479)	XXIX	Tindak Pidana Jabatan (Pasal 551-580)
XXIXA	Kejahatan Penerbangan dan Kejahatan Terhadap Sarana/Prasarana Penerbangan (Pasal 479a-479r)	XXIXA	Tindak Pidana Pelayaran (Pasal 581-619)
XXX	Penadahan Penerbitan dan Percetakan (Pasal 480-485)	XXXI	Tindak Pidana Penerbangan dan Tindak Pidana terhadap Sarana serta Prasarana Penerbangan (Pasal 620-637)
XXXI	Aturan tentang Pengulangan Kejahatan yang Bersangkutan dengan Berbagai-bagai Bab (Pasal 486-488)	XXXI	Tindak Pidana Pemudahan (Pasal 638-645)
Buku III Pelanggaran		XXXIII	Ketentuan Penutup (Pasal 646-647)
I	Tentang Pelanggaran Keamanan Umum bagi Orang atau Barang dan Kesehatan (Pasal 489-502)		
II	Pelanggaran Ketertiban Umum (Pasal 503-520)		
III	Pelanggaran terhadap Penguasa Umum (Pasal 521-528)		
IV	Pelanggaran Mengenai Asal-usul dan Perkawinan (Pasal 529-530)		
V	Pelanggaran terhadap Orang yang Memerlukan Pertolongan (Pasal 531)		

VI	Pelanggaran Kesusilaan (Pasal 532- 547)		
VII	Pelanggaran mengenai Tanah, Tanaman, dan Pekarangan (Pasal 548-551)		
VIII	Pelanggaran Jabatan (Pasal 552-559)		
IX	Pelanggaran Pelayaran (Pasal 560- 569)		

Dari sistematika Konsep yang dikemukakan di atas terlihat, bahwa “Ketentuan Umum” Buku I Konsep hanya terdiri dari 6 (enam) Bab. Sistematika demikian lebih sederhana dibandingkan dengan KUHP (WvS) yang berlaku saat ini, yang terdiri dari 9 (sembilan) Bab.

Perubahan/penyederhanaan sistematika Konsep yang demikian dilatar belakangi oleh perbedaan orientasi antara KUHP dengan Konsep. Sistematika KUHP yang berlaku saat ini, tidak berorientasi/berdasarkan urutan 3 (tiga) masalah pokok dalam hukum pidana, sedangkan Sistematika Konsep berorientasi pada ketiga masalah pokok itu, yaitu masalah “tindak pidana”, masalah “pertanggungjawaban pidana”, dan masalah “pidana dan pemidanaan”. Ketiga masalah pokok inilah yang merupakan sub-sub sistem dari keseluruhan sistem pemidanaan. Sistematika Konsep yang demikian, merupakan refleksi dari pandangan dualistis (ide keseimbangan, pen).

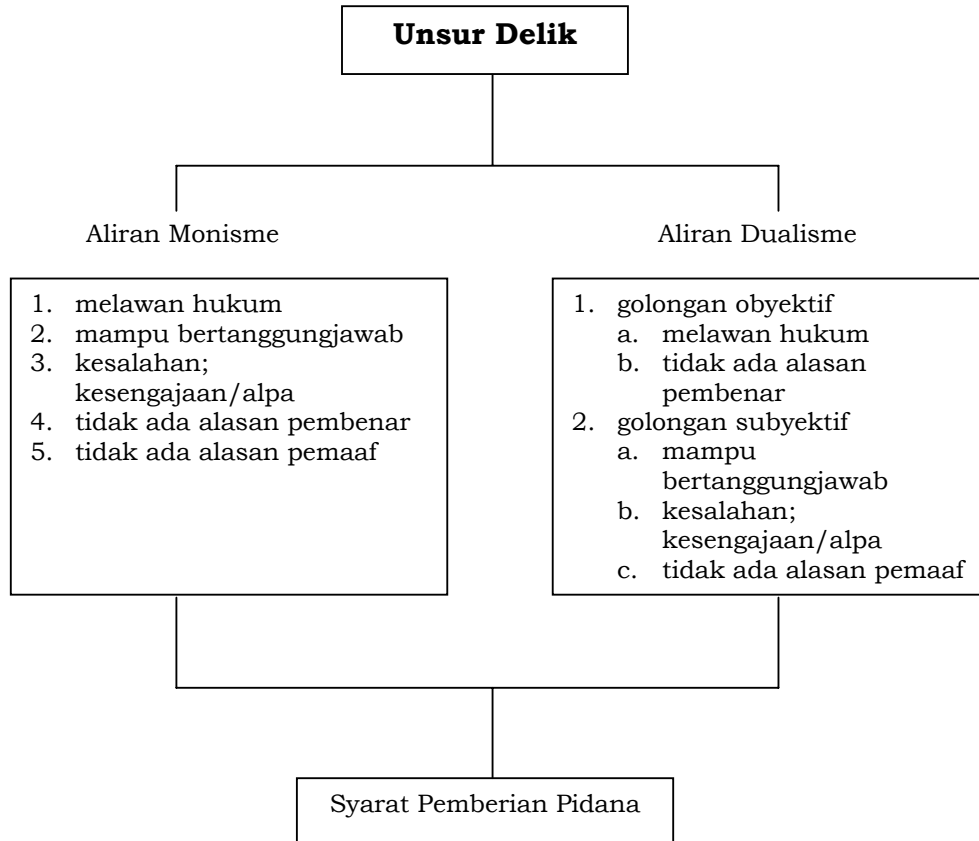
Karena Konsep bertolak dari pandangan dualistis yang memisahkan antara tindak pidana dengan pertanggungjawaban pidana, maka Konsep juga membuat sub-bab khusus tentang “Tindak Pidana” (disingkat TP) dan sub-bab khusus tentang

“Pertanggungjawaban Pidana” (disingkat PJP); sedangkan di dalam KUHP yang berlaku saat ini tidak ada bab/sub-bab tentang PJP (Kesalahan). Sehubungan dengan pemisahan itu pula, maka Konsep memisahkan ketentuan tentang “alasan pembeda” dan “alasan pemaaf”. Alasan pembeda ditempatkan di dalam sub-bab “Tindak Pidana”, dan “alasan pemaaf” ditempatkan dalam sub-bab “Pertanggung-jawaban Pidana”.

Dipisahkannya ketentuan tentang “TP” dan “PJP”, di samping merupakan refleksi dari pandangan dualistis, juga sebagai refleksi dari ide keseimbangan antara “perbuatan” (“*daad*”/”*actus reus*”, sebagai faktor objektif) dan “orang” (“*dader*” atau “*mens rea*”/”*guilty mind*”, sebagai faktor subjektif). Jadi Konsep tidak berorientasi semata-mata pada pandangan mengenai hukum pidana yang menitikberatkan pada “perbuatan atau akibatnya” (*Daadstrafrecht/Tat-strafrecht* atau *Erfolgstrafrecht*) yang merupakan pengaruh dari aliran Klasik (aliran monisme, pen), tetapi juga berorientasi/berpijak pada “orang” atau “kesalahan” orang yang melakukan tindak pidana (*Daderstrafrecht/ Täterstrafrecht/Schuldstrafrecht*), yang merupakan pengaruh dari aliran Modern (dualisme, pen).¹⁵⁸

¹⁵⁸ Lihat Barda Nawawi Arief, “Sistem Pemidanaan Dalam Ketentuan Umum Konsep RUU KUHP 2004”, Bahan Sosialisasi RUU KUHP 2004, diselenggarakan oleh Departemen Hukum dan HAM, Hotel Sahid, Jakarta, tanggal, 23-24 Maret 2005, hlm. 7.

Kedua aliran diatas (monisme dan dualisme) ada kesamaan pendapat, bahwa delik harus mencocoki perumusan undang-undang, sehingga **Martiman Prodjohamidjojo** menggambarannya dengan skema sebagai berikut : ¹⁵⁹



2. Sistem Aturan Umum Pidanaan Dalam Konsep 2008

Telah dikemukakan pada uraian sebelumnya, bahwa 3 (tiga) masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu “tindak pidana”, “pertanggungjawaban pidana (kesalahan)”, dan

¹⁵⁹ Martiman Prodjohamidjojo, *Memahami Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia 2*, Penerbit PT. Padya Paramita : Jakarta, 1997, hlm. 18-19.

“pidana dan pemidanaan”, masing-masing merupakan “sub-sistem” dan sekaligus “pilar-pilar” dari keseluruhan bangunan sistem pemidanaan. Berikut diuraikan secara singkat mengenai ketiga sub-sistem tersebut dalam Konsep KUHP 2008.

2.1. Tindak Pidana

a. Dasar Patut Dipidananya Perbuatan

Dasar patut dipidananya perbuatan, berkaitan erat dengan masalah sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan. Seperti halnya dengan KUHP (WvS), Konsep tetap bertolak dari asas legalitas formal (bersumber pada UU). Namun Konsep juga memberi tempat kepada “hukum yang hidup/hukum tidak tertulis” sebagai sumber hukum (asas legalitas materiel).

Pernyataan diatas didasarkan pendapat **Barda Nawawi Arief** dalam bukunya berjudul “Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana”. Beliau menyatakan, dalam menetapkan sumber hukum atau dasar patut dipidananya suatu perbuatan, Konsep KUHP Baru bertolak dari pendirian bahwa sumber hukum yang utama adalah undang-undang (hukum tertulis). Jadi, bertolak dari asas legalitas dalam pengertian yang formal. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (1) Konsep. Namun, berbeda dengan asas legalitas yang dirumuskan di dalam KUHP

(WvS) selama ini, Konsep memperluas rumusannya secara “materiel” dengan menegaskan bahwa ketentuan dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya “hukum yang hidup” di dalam masyarakat. Dengan demikian, disamping sumber hukum tertulis (undang-undang) sebagai kriteria/patokan formal yang utama, Konsep juga masih memberi tempat kepada sumber hukum tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat sebagai dasar menetapkan patut dipidananya suatu perbuatan.¹⁶⁰

Dengan diakuinya “hukum yang hidup dalam masyarakat” sebagai sumber hukum (sumber legalitas) materiel, Konsep memandang perlu memberikan pedoman, kriteria atau rambu-rambu mengenai sumber hukum materiel yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum (sumber legalitas). Menurut **Barda Nawawi Arief** kriteria/rambu-rambunya, antara lain diusulkan rambu-rambu sebagai berikut : **Pertama**, Sesuai dengan nilai-nilai nasional (Pancasila), yaitu sesuai dengan nilai moral religius, nilai kemanusiaan/humanis, nilai kebangsaan, nilai demokrasi (kerakyatan/hikmah kebijaksanaan), dan nilai keadilan sosial. **Kedua**, Sesuai dengan prinsip-prinsip hukum

¹⁶⁰ Patut dicatat, bahwa berlakunya hukum yang hidup di dalam masyarakat hanya untuk delik-delik yang tidak ada bandingannya (persamaannya) atau tidak telah diatur di dalam undang-undang. Selengkapnya Lihat Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, Cetakan ke-3, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005, hlm. 78.

umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa (“*the general principle of law recognized by the community of nations*”).¹⁶¹

Sejalan dengan keseimbangan asas legalitas formal dan materiel itu, Konsep juga menegaskan keseimbangan unsur melawan hukum formal dan materiel dalam menentukan ada tidaknya tindak pidana. Penegasan ini diformulasikan dalam Pasal 11 Konsep 2008 yang lengkapnya berbunyi :

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

Adanya formulasi ketentuan umum tentang pengertian tindak pidana dan penegasan unsur sifat melawan hukum materiel di atas, patut dicatat sebagai suatu **perkembangan baru** karena ketentuan umum seperti itu tidak ada dalam KUHP (WvS).¹⁶²

¹⁶¹ Barda Nawawi Arief, **Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan**, PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005, hlm. 14.

¹⁶² Selengkapnya dapat dilihat dalam Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai...**, Op.Cit., hlm. 96-116.

b. Bentuk-Bentuk Tindak Pidana (*forms of criminal offence*)

Sebagaimana dimaklumi, aturan pembedaan dalam KUHP (WvS) tidak hanya ditujukan pada orang yang melakukan tindak pidana, tetapi juga terhadap mereka yang melakukan perbuatan dalam bentuk “percobaan”, “permufakatan jahat”, “penyertaan”, “perbarengan” (*con-cursus*), dan “pengulangan” (*recidive*). Hanya saja di dalam KUHP, “permufakatan jahat” dan “recidive” tidak diatur dalam Aturan Umum Buku I, tetapi di dalam Aturan Khusus (Buku II atau Buku III).

Dalam Konsep, semua bentuk-bentuk tindak pidana atau tahapan terjadinya/dilakukannya tindak pidana itu, dimasukkan dalam Ketentuan Umum Buku I. Bahkan dalam perkembangan terakhir (Konsep 2008) ditambah dengan ketentuan tentang “**persiapan**” (*preparation*) yang selama ini tidak diatur dalam KUHP. Hal ini tentunya merupakan perkembangan baru dari Konsep.

Aturan umum “permufakatan jahat” dan “persiapan” dalam Buku I Konsep, agak berbeda dengan “percobaan”. Perbedaannya adalah : ¹⁶³

- a. Penentuan dapat dipidananya “percobaan” dan lamanya pidana ditetapkan secara umum dalam

¹⁶³ Barda Nawawi Arief, “Sistem Pidana dalam Ketentuan Umum Konsep RUU KUHP 2004”, Bahan Sosialisasi RUU KUHP 2004, Op.Cit., hlm. 10-11.

Buku I, kecuali ditentukan lain oleh UU; pidana pokoknya (maksimum/minimum) dikurangi sepertiga.

- b. Penentuan dapat dipidananya “permufakatan jahat” dan “persiapan” ditentukan secara khusus/tegas dalam UU (dalam perumusan tindak pidana ybs.). Aturan umum hanya menentukan pengertian/batasan kapan dikatakan ada “permufakatan jahat” atau “persiapan”, dan lamanya pidana pokok (yaitu dikurangi dua pertiga). Lihat Konsep Pasal 15 (“persiapan”) dan 13 (“permufakatan jahat”).

Khususnya mengenai bentuk/tahapan tindak pidana yang berupa “percobaan”, ketentuan yang diatur tidak hanya mengenai unsur-unsur (kapan) dapat dipidananya “percobaan”, tetapi diatur juga tentang batasan “perbuatan pelaksanaan”, masalah “percobaan tidak mampu”, masalah “pengunduran diri secara sukarela (*Rücktritt*)” dan “tindakan penyesalan (*Tätiger Reue*)”. Adapun ketentuan umumnya sbb. :¹⁶⁴

- a. Untuk **percobaan tidak mampu** (alat/objeknya) tetap dipidana, tetapi maksimum pidananya dikurangi setengah (Pasal 19);
- b. Untuk **percobaan tidak selesai karena *Rücktritt*** (pengunduran diri secara sukarela), tidak dipidana (Psl. 17 ayat 1);
- c. Untuk **percobaan tidak selesai karena *Tätiger Reue*** :
 - c.1. tidak dipidana, apabila pembuat dengan kehendaknya sendiri mencegah tercapainya tujuan atau akibat perbuatannya (Pasal 17 ayat 2);
 - c.2. tetap dipidana, apabila telah menimbulkan kerugian atau me-nurut peraturan

¹⁶⁴ ibid, hlm. 12.

perundang-undangan telah merupakan tin-dak pidana tersendiri (Pasal 17 ayat 3).

Pengulangan (*recidive*) juga diatur secara umum dalam Buku I (sebagai alasan pemberatan pidana yang umum). Jadi berbeda dengan KUHP saat ini, yang mengaturnya sebagai alasan pemberatan pidana yang khusus untuk delik-delik tertentu (diatur dalam Buku II dan III). Dikatakan ada “pengulangan” menurut Konsep (Psl. 24), apabila orang melakukan pengulangan tindak pidana dalam waktu 5 (lima) tahun sejak :¹⁶⁵

- a. menjalani seluruh atau sebagian pidana pokok yang dijatuhkan;
- b. pidana pokok yang dijatuhkan telah dihapuskan; atau
- c. kewajiban menjalani pidana pokok yang dijatuhkan belum kedaluwarsa.

Pemberatan pidananya diatur dalam Pasal 135, yaitu maksimumnya diperberat sepertiga. Namun ketentuan Pasal 135 ini tidak berlaku untuk anak (Pasal 113 Konsep).¹⁶⁶

2.2. Pertanggungjawaban Pidana (Kesalahan)

Dalam Bab PJP (Kesalahan), Konsep menegaskan secara eksplisit dalam Pasal 37 (1) “asas tiada pidana tanpa kesalahan” (“*Geen straf zonder schuld*”; “*Keine Strafe ohne*

¹⁶⁵ ibid

¹⁶⁶ ibid, hlm. 13.

Schuld”; “*No punishment without Guilt*”; asas “*Mens rea*” atau “*asas Culpabilitas*”) yang di dalam KUHP tidak ada. Asas *culpabilitas* ini merupakan salah satu asas fundamental, yang oleh karenanya perlu ditegaskan secara eksplisit di dalam Konsep sebagai pasangan dari asas legalitas. Penegasan yang demikian merupakan perwujudan pula dari ide keseimbangan monodualistik.

Konsep tidak memandang kedua asas/syarat itu sebagai syarat yang kaku dan bersifat absolut. Oleh karena itu, Konsep juga memberi kemungkinan dalam hal-hal tertentu untuk menerapkan asas “*strict liability*”, asas “*vicarious liability*”, dan asas “pemberian maaf/pengampunan oleh hakim” (“*rechterlijk pardon*” atau “*judicial pardon*”).

Patut dicatat, bahwa ketentuan mengenai “*rechterlijk pardon*” tidak ditempatkan dalam Bab PJP, tetapi di dalam Bab Pidanaan. Di dalam asas “*judicial pardon*” terkandung ide/pokok pemikiran : ¹⁶⁷

1. menghindari kekakuan/absolutisme pidanaan;
2. menyediakan “klep/katup pengaman” (“*veiligheidsklep*”);
3. bentuk koreksi judicial terhadap asas legalitas (“*judicial corrective to the legality principle*”);
4. pengimplementasian/pengintegrasian nilai atau paradigma “hikmah kebijaksanaan” dalam Pancasila;

¹⁶⁷ ibid, hlm. 12.

5. pengimplementasian/pengintegrasian “tujuan pidana” ke dalam syarat pidana (karena dalam memberikan maaf/pengampunan, hakim harus mempertimbangkan tujuan pidana); jadi syarat atau justifikasi pidana tidak hanya didasarkan pada adanya “tindak pidana” (asas legalitas) dan “kesalahan” (asas culpabilitas), tetapi juga pada “tujuan pidana”.

Di samping itu, di dalam Bab PJP ini Konsep juga mengatur tentang masalah “Kekurangmampuan Bertanggung Jawab” (*verminderde toerekeningsvatbaarheid*; *Diminished Mental Capacity*; *Diminished Responsibility*), masalah “pertanggungjawaban terhadap akibat yang tidak dituju/tidak dikehendaki/tidak disengaja” (*Erfolgshaftung*), dan masalah “kesesatan” (*Error/Dwaling/Mistake*), yang semuanya itu juga tidak diatur di dalam KUHP saat ini.

Karena masalah PJP berhubungan juga dengan masalah “subjek tindak pidana”, maka di dalam Bab PJP ini ada pula ketentuan tentang subjek berupa “korporasi”, yang selama ini juga belum diatur dalam KUHP (WvS).¹⁶⁸ Sementara itu menurut **Muladi**, dalam hukum pidana nasional berbagai negara, berbagai konferensi internasional pertanggungjawaban

¹⁶⁸ ibid, hlm. 15. Pertanggungjawaban korporasi yang tidak dikenal dalam KUHP disebabkan adanya perkembangan dalam ilmu hukum pidana. Konsep dahulu berasumsi bahwa hanya manusia alamiah (*natuurlijkpersoon*) yang mungkin dapat dikenai pidana. Namun dalam perkembangannya, badan hukum (*rechtspersoon*) pun dapat dipertanggungjawabkan secara pidana. Istilah “korporasi” dipilih karena korporasi memiliki makna yang lebih luas daripada badan hukum (*rechtspersoon*). Korporasi meliputi juga perkumpulan yang belum berbadan hukum.

korporasi (*corporate criminal responsibility*) baik secara teoritik maupun praktek sudah dapat diadopsi dengan baik dengan berbagai variasinya. Sebagai contoh adalah “*Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption*” (1999) dan “*EU Convention on Cyber Crimes*” (2001) yang banyak dijadikan acuan, hal tersebut dirumuskan sebagai berikut : ¹⁶⁹

“Legal persons can be held liable for the criminal offence – committed for their benefit by any natural persons, acting either individually or as part of an organ of the legal persons, who has a leading positions within the legal persons, based on :

- *a power of representation of the legal person; or*
- *an authority to take decisions on behalf of the legal persons; or*
- *an authority to exercise control within the legal person as well as for the involvement of such a natural persons as accesory or instigator in the above-mentioned offences”*

2.3. Pidana dan Pemidanaan

2.3.1. Tujuan, Pedoman dan Syarat Pemidanaan

Berbeda dengan KUHP (WvS) yang sekarang berlaku, di dalam Konsep dirumuskan secara eksplisit/tegas tentang “Tujuan dan Pedoman Pemidanaan”. Setiap sistem mempunyai tujuan. Sistem ketatanegaraan, sistem pembangunan nasional, sistem pendidikan nasional, sistem pendidikan hukum dan sebagainya juga

¹⁶⁹ Muladi, “‘State Responsibility’ dalam Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat”, Paper disampaikan dalam Seminar Nasional kerjasama Komnas HAM dan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 05 Februari 2009, hlm. 2.

mempunyai tujuan (visi dan misi). Demikian pulalah dengan sistem hukum (termasuk hukum pidana). Agar ada keterjalinan sistem, maka tujuan pemidanaan dirumuskan secara eksplisit dalam Konsep KUHP. Disamping itu, perumusan yang eksplisit itu dimaksudkan agar “tidak dilupakan”, dan terutama untuk menegaskan bahwa tujuan pemidanaan merupakan bagian integral dari sistem pemidanaan, sehingga dirumuskannya hal ini, bertolak dari pokok pemikiran bahwa : ¹⁷⁰

- a. sistem hukum pidana merupakan satu kesatuan sistem yang bertujuan (*“purposive system”*) dan pidana hanya merupakan alat/sarana untuk mencapai tujuan;
- b. “tujuan pidana” merupakan bagian integral (sub sistem) dari keseluruhan sistem pemidanaan (sistem hukum pidana) di samping sub sistem lainnya, yaitu subsistem “tindak pidana”, “pertanggungjawaban pidana (kesalahan)”, dan “pidana”;
- c. perumusan tujuan dan pedoman pemidanaan dimaksudkan sebagai fungsi pengendali/kontrol/pengarah dan sekaligus memberikan dasar/landasan filosofis, rasionalitas, motivasi, dan justifikasi pemidanaan;
- d. dilihat secara fungsional/operasional, sistem pemidanaan merupakan suatu rangkaian proses melalui tahap “formulasi” (kebijakan legislatif), tahap “aplikasi” (kebijakan judisial/judikatif), dan tahap “eksekusi” (kebijakan administratif/eksekutif); oleh

¹⁷⁰ Lihat Barda Nawawi Arief, ***Tujuan dan Pedoman Pemidanaan Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana dan Perbandingan Beberapa Negara***, Badan Penerbit Universitas Diponegoro : Semarang, 2009, hlm. 3-4.

karena itu agar ada keterjalinan dan keterpaduan antara ketiga tahap itu sebagai satu kesatuan sistem pidana, diperlukan perumusan tujuan dan pedoman pidana.

Dilihat dari kajian komparasi, “tujuan pidana” dirumuskan secara eksplisit, bahkan ada juga beberapa negara yang merumuskan “tujuan hukum pidana/KUHP”.¹⁷¹ Dari pengamatan sementara penulis hanya ada dua negara yang membedakan antara “tujuan pidana” dan “tujuan hukum pidana/KUHP” antara lain : KUHP Armenia dan KUHP Belarus. Untuk lebih jelasnya, berikut akan disajikan dalam bentuk tabel berikut ini : ¹⁷²

No	Negara	Tujuan Hukum Pidana (KUHP)	Tujuan Pidana
1	Armenia	<ul style="list-style-type: none"> • Membedakan antara “tujuan hukum pidana/KUHP (<i>The objectives of the criminal code</i>) dengan “tujuan pidana” (<i>The purpose of punishment</i>). • Tujuan “criminal code” (Pasal. 2) : melindungi hak-hak dan kebebasan manusia dan penduduk, hak-hak badan hukum, harta kekayaan, langkungan, tatanan/ketertiban dan keamanan publik , tatanan konstitusi dari pelanggaran/gangguan jahat dan juga untuk mencegah kejahatan. 	<ul style="list-style-type: none"> • Tujuan “<i>punishment</i>” dirumuskan dalam Bab 9 Pasal 48 ayat 2 : “<i>The purpose of punishment is applied to resto social justice, to correct the punished person, and to prevent crime</i>”. Jadi, tujuannya adalah untuk <ol style="list-style-type: none"> 1. mempebaiki/memulihkan kembali keadilan sosial (<i>to restore social justice</i>); 2. memperbaiki terpidana (<i>to correct the punished person</i>); 3. mencegah kejahatan (<i>to prevent crimes</i>).

¹⁷¹ ibid. hlm. 22.

¹⁷² sumber : diolah dari ibid, hlm. 22-25.

2	Belarus	<ul style="list-style-type: none"> • Membedakan antara “tujuan KUHP/hukum pidana (<i>purpose of the criminal code</i>) dengan “tujuan pidana” (<i>purpose of punishment</i>). • Menurut Pasal 1, KUHP (hukum pidana bertujuan untuk : <ol style="list-style-type: none"> 1. melindungi kehidupan/nyawa, kesehatan, hak dan kebebasan manusia; masyarakat, kepentingan negara dan publik; hak milik, lingkungan, dan hukum yang ada (<i>protecting the life and health of the human being, his rights and freedoms, the constitutional society, state and publik interest, property, the environment and the established law against criminal encroachments</i>) 2. mencegah kejahatan dan mendidik ketaatan/kesadaran hukum warga masyarakat (<i>promote the prevention of criminal encroachments and contribute to the education of citizen in the spirit of observance of the law</i>). 	<ul style="list-style-type: none"> • Tujuan pidana dirumuskan dalam Pasal 20 : <ol style="list-style-type: none"> 1. pidana tidak hanya semata-mata merupakan penghukuman untuk tindak pidana yang dilakukan, tetapi juga bertujuan untuk memperbaiki dan mendidik si terhukum; dan mencegah diulangnya lagi kejahatan oleh si pelaku (<i>prevensi special</i>) dan orang lain (<i>prevensi general</i>); 2. pidana tidak ditujukan untuk menyebabkan penderitaan fisik dan merendahkan martabat manusia.
---	---------	--	---

Dari tabel diatas terlihat jelas, bahwa dibedakannya prumusan antara “tujuan hukum pidana (KUHP)” dengan “tujuan pidana” sementara dalam Konsep KUHP tidak dibedakan. Lain halnya dengan KUHP Croatia, membedakan

antara tujuan umum sanksi pidana (*general purpose of criminal sanctions*) dan tujuan pidana (*the purpose of punishment*).

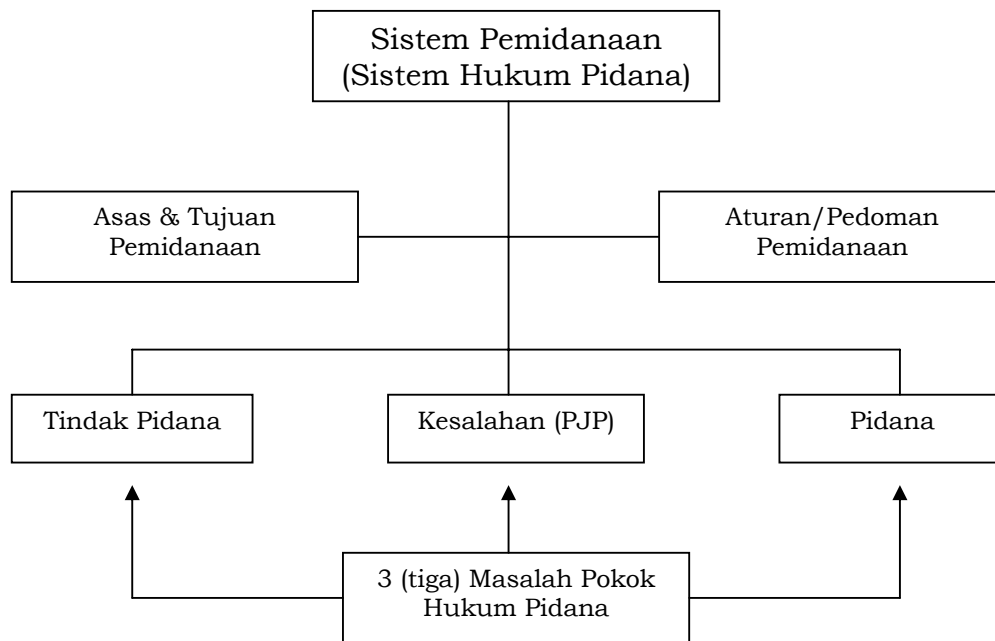
Perumusannya sebagai berikut : ¹⁷³

- Tujuan Umum Sanksi Pidana (*general purpose of criminal sanctions*, Pasal 6)
Tujuan umum dirumuskannya, dijatuhkannya, dan dilaksanakannya sanksi pidana adalah :
 1. agar semua warga masyarakat menghormati sistem hukum (*all citizens honor the legal system*);
 2. agar seseorang tidak melakukan tindak pidana (*no one commits a criminal offense*);
 3. agar pelaku tindak pidana tidak mengulangi lagi tindak pidana di masa yang akan datang (*perpetrators of criminal offenses do not continue acting in a similar way in the future*).

- Tujuan Pidana (*the purpose of punishment*, Pasal 50)
Dengan mempertimbangkan tujuan umum sanksi pidana (*general purpose of criminal sanctions*), tujuan pidana adalah untuk :
 1. menyatakan pencelaan/pengutukan masyarakat terhadap tindak pidana yang telah dilakukan (*to express the community's condemnation of a committed criminal offense*);
 2. mencegah pelaku mengulangi tindak pidana (*to deter the perpetrator from committing criminal offenses in the future*);
 3. mencegah orang lain melakukan tindak pidana (*to deter all others from committing criminal offenses*); dan
 4. dengan menjatuhkan pidana berdasarkan UU, bertujuan untuk meningkatkan kesadaran warga masyarakat akan bahaya tindak pidana dan untuk menegakkan keadilan bagi para pelaku tindak pidana (*by the implementation of statutory punishment to increase the consciousness of citizen of the danger of criminal offenses and of the fairness of punishment perpetrators*).

¹⁷³ *ibid*, hlm. 26-28.

Selanjutnya untuk memberikan gambaran yang lebih jelas mengenai kedudukan/posisi tujuan dan pedoman pidana dalam sistem pidana substantif (sistem hukum pidana substantif), dapat dilihat bagan berikut ini : ¹⁷⁴



Sementara itu tujuan pidana dalam Konsep KUHP 2008 dirumuskan dalam Pasal 54 sebagai berikut :

- (1) Pidana bertujuan :
 - a. mencegah dilakukan tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi mengayomi masyarakat;
 - b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;

¹⁷⁴ ibid, hlm. 5.

- c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
 - d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.
- (2) Pidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia

Pedoman pidanaan dapat dibedakan antara :

- a. pedoman dalam menggunakan sumber hukum (sumber hukum formil/UU dan sumber hukum materiel/hukum yang hidup dalam masyarakat)
- b. pedoman dalam menjatuhkan pidana/sanksi (pedoman pidanaan)

Dalam Konsep KUHP 2008, pedoman umum pidanaan (pedoman penjatuhan sanksi pidana) diatur dalam Pasal 55 dan Pasal 56. Pasal 55 Konsep 2008 menentukan :

- (1) Dalam pidanaan wajib mempertimbangkan :
- a. kesalahan pembuat tindak pidana;
 - b. motif dan tujuan melakukan tindak pidana;
 - c. sikap batin pembuat tindak pidana;
 - d. apakah tindak pidana dilakukan dengan berencana;
 - e. cara melakukan tindak pidana;
 - f. sikap dan tindakan pembuat sesudah melakukan tindak pidana;
 - g. riwayat hidup dan keadaan sosial dan ekonomi pembuat tindak pidana;
 - h. pengaruh pidana terhadap masa depan pembuat tindak pidana;
 - i. pengaruh tindak pidana terhadap korban atau keluarga korban;
 - j. pemaafan dari korban dan/atau keluarganya; dan/atau

- k. pandangan masyarakat terhadap tindak pidana yang dilakukan.
- (2) Ringannya perbuatan, keadaan pribadi pembuat, atau keadaan pada waktu dilakukan perbuatan atau yang terjadi kemudian, dapat dijadikan dasar pertimbangan untuk tidak menjatuhkan pidana atau mengenakan tindakan dengan mempertimbangkan segi keadilan dan kemanusiaan.

Dengan adanya ketentuan diatas, diharapkan dapat mempermudah hakim dalam menetapkan ukuran/takaran tentang berat atau ringannya pidana (*strafmaat*). Menurut penjelasan pasal tersebut, 11 point ketentuan diatas (“pasal 55 (1)”) merupakan daftar rincian pertimbangan yang masih dapat dipertimbangkan sendiri oleh hakim; jadi tidak bersifat limitatif. Ide yang melatar belakangi adanya pedoman ini antara lain untuk menghindari disparitas pidana.¹⁷⁵

Pasal 56 Konsep KUHP 2008 menentukan :

Seseorang yang melakukan tindak pidana tidak dibebaskan dari pertanggungjawaban pidana berdasarkan alasan pemiadaan pidana, jika orang tersebut telah dengan sengaja menyebabkan terjadinya keadaan yang dapat menjadi alasan peniadaan pidana tersebut

Dari dua pasal yang telah disebutkan diatas, terlihat adanya 3 (tiga) pedoman, yaitu sebagai berikut : ¹⁷⁶

¹⁷⁵ ibid, hlm. 61.

¹⁷⁶ Untuk dapat melihat selengkapnya silahkan baca kembali ibid, hlm. 60-78.

1. pedoman dalam menjatuhkan pidana – Pasal 55 (1);
2. pedoman untuk memaafkan (tidak menjatuhkan pidana/tindakan) – Pasal 55 (2);
3. pedoman untuk tetap dapat menjatuhkan pidana walaupun ada alasan penghapusan pidana (berkaitan dengan asas *culpa in causa*) – Pasal 56.

Bertolak dari keseimbangan 2 (dua) sasaran pokok itu, maka syarat pidanaaan menurut Konsep juga bertolak dari pemikiran keseimbangan nono-dualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu; antara faktor objektif dan faktor subjektif. Oleh karena itu, syarat memidanaan juga bertolak dari 2 (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”).

Dengan demikian, maka syarat pidanaaan atau dasar pembenaran (*justifikasi*) adanya pidana di dalam Konsep, tidak hanya didasarkan pada adanya perbuatan pidana (*ciminal act*) dan pertanggungjawaban pidana atau kesalahan (*criminal responsibility*), tetapi juga didasarkan pada “tujuan pidanaaan”. Sehingga dapat dilihat dalam skema sebagai berikut : ¹⁷⁷

Syarat Pidana = Tindak Pidana + Kesalahan + Tujuan
--

¹⁷⁷ ibid, hlm. 14.

Dalam hal pedoman pemidanaan terhadap korporasi, Konsep KUHP meletakkannya dalam Pasal 47-53. Pasal 52 menyatakan :

- (1) Dalam mempertimbangkan suatu tuntutan pidana, harus dipertimbangkan apakah bagian hukum lain telah memberikan perlindungan yang lebih berguna dari pada menjatuhkan pidana terhadap suatu korporasi
- (2) Pertimbangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) harus dinyatakan dalam putusan hakim.

Pasal diatas mengandung pedoman pemidanaan terhadap korporasi, yang didalam penjelasannya dikemukakan sebagai berikut : ¹⁷⁸

Dalam hukum pidana, penjatuhan pidana selalu harus dipandang sebagai *ultimum remedium*. Oleh karena itu, dalam menuntut korporasi harus dipertimbangkan apakah bagian hukum lain telah memberikan perlindungan yang lebih berguna dibandingkan dengan tuntutan pidana dan pemidanaan. Jika memang telah ada bagian hukum lain yang mampu memberikan perlindungan yang lebih berguna, maka tuntutan pidana atas korporasi tersebut dapat dikesampingkan. Pengenyampingan tuntutan pidana atas korporasi tersebut harus didasarkan pada motif atau alasan yang jelas.

Penjelasan diatas menurut **Barda Nawawi Arief** mengandung pedoman umum, bahwa pidana hendaknya digunakan sebagai *ultimum remedium* bagi korporasi.

¹⁷⁸ ibid, hlm. 128-129.

Penjelasan diatas tidak memberikan pedoman yang rinci, sementara kalau dilihat dari KUHP negara lain, ada yang membuat pedoman pemidanaan bagi korporasi dirumuskan lebih rinci, misalnya KUHP Norwegia. Hal ini dapat dilihat dalam pasal 48b yang berbunyi sebagai berikut : ¹⁷⁹

In deciding whether a penalty shall imposed on an enterprise pursuant to section 48 a, and in assessing the penalty vis-a-vis enterprise, particular consideration shall be paid to :

- f. the preventive effect of the penalty
- g. the seriousness of the offence
- h. whether the enterprise could by guidelines, instruction, training, control of other measures have prevented the offence
- i. whether the offences has been committed in order to promote the interests of the enterprise
- j. whether the unterprise has had or could have obtained any advantage by the offence
- k. the enterprises's economic capacity
- l. whether other sanctions have as a consequence of the offence been imposed on the enterprise or on any person who has acted on its behalf, including whether a penalty has been imposed on any individual person.

(Dalam penetapkan, apakah pidana dalam Pasal 48a akan dikenakan kepada "enterprise" (perusahaan/korporasi), harus dipertimbangkan :

- a. efek preventif dari pidana itu
- b. sifat serius (bobot) tindak pidana
- c. apakah "enterprise" telah mencegah terjadinya delik itu (berdasarkan pedoman, instruksi, pelatihan, kontrol, atau tindakan lain)
- d. adakah delik itu dilakukan untuk memajukan kepentingan perusahaan itu
- e. apakah perusahaan itu telah atau dapat memperoleh keuntungan dari tindak pidana itu
- f. kemampuan ekonomi dari perusahaan itu

¹⁷⁹ ibid, hlm. 129-130.

- g. apakah sanksi-sanksi lain sebagai akibat dari delik itu telah dikenakan kepada perusahaan itu atau pada seseorang yang melakukan atas nama perusahaan, termasuk apakah pidana telah dikenakan kepada individu perorangan.

Dari kajian komparasi diatas terlihat, bahwa pedoman pemidanaan lebih rinci dirumuskan terhadap korporasi yang melakukan tindak pidana. Untuk itu dalam rangka pembaharuan sistem pemidanaan di Indonesia, ada baiknya ketentuan di dalam KUHP Norwegia diatas dapat dikaji dan di intergrasikan dalam Konsep KUHP Baru Inodonesia. Untuk itu seyogyanya Pasal 52 Konsep KUHP 2008 perlu untuk dikaji ulang.

2.3.2. Ide-Ide Dasar Sistem Pemidanaan

Sistem pemidanaan yang dituangkan di dalam Konsep, dilatarbelakangi oleh berbagai ide-dasar atau prinsip-prinsip sebagai berikut. : ¹⁸⁰

¹⁸⁰ Lihat Barda Nawawi Arief, **“Sistem Pemidanaan Dalam Ketentuan Umum Konsep RUU KUHP 2004”**, Bahan Sosialisasi RUU KUHP 2004, Op.Cit., hlm. 16-17.

1. ide keseimbangan monodualistik antara kepentingan masyarakat (umum) dan kepentingan individu;
2. ide keseimbangan antara “*social welfare*” dengan “*social defence*”;
3. ide keseimbangan antara pidana yang berorientasi pada pelaku/ “*offender*” (individualisasi pidana) dan “*victim*” (korban);
4. ide penggunaan “*double track system*” (antara pidana/*punishment* dengan tindakan/*treatment/measures*);
5. ide mengefektifkan “*non custodial measures (alternatives to imprisonment)*”.
6. Ide elastisitas/fleksibilitas pemidanaan (“*elasticity/flexibility of sentencing*”);
7. Ide modifikasi/perubahan/penyesuaian pidana (“*modification of sanction*”; *the alteration/annulment/revocation of sanction*”; “*re-determining of punishment*”);
8. Ide subsidiaritas di dalam memilih jenis pidana;
9. Ide permaafan hakim (“*rechterlijk pardon*”/ “*judicial pardon*”);
10. Ide mendahulukan/mengutamakan keadilan dari kepastian hukum;

Bertolak dari ide-ide dasar itu, maka di dalam Konsep 2008 ada ketentuan-ketentuan yang **tidak ada dalam KUHP (WvS)** yang berlaku saat ini, yaitu antara lain : ¹⁸¹

1. adanya pasal yang menegaskan asas “tiada pidana tanpa kesalahan” (asas culpabilitas) yang diimbangi dengan adanya ketentuan tentang “*strict liability*” dan “*vicarious liability*” (Pasal 37-38);

¹⁸¹ Lihat ibid, hlm. 17-19. Dalam hal ini penulis telah menyesuaikan dengan perkembangan Konsep 2008.

2. adanya batas usia pertanggungjawaban pidana anak (*“the age of criminal responsibility”*); Pasal 46.
3. adanya bab khusus tentang pemidanaan terhadap anak (Bab III Bagian Keempat);
4. adanya pidana mati bersyarat (Pasal 89);
5. adanya kewenangan hakim untuk setiap saat menghentikan atau tidak melanjutkan proses pemeriksaan perkara pidana terhadap anak (asas diversifikasi), Pasal 114;
6. dimungkinkannya terpidana seumur hidup memperoleh pelepasan bersyarat (Pasal 70 jo. 72);
7. adanya pidana kerja sosial; pidana pembayaran ganti rugi, dan pemenuhan kewajiban adat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup (Pasal 62 jo 67);
8. adanya pidana minimal khusus yang disertai juga dengan aturan/pedoman pemidanaannya atau penerapannya (Pasal 66, 82, 120, 121, 130, 137);
9. dimungkinkannya penggabungan jenis sanksi (pidana dan tindakan);
10. dimungkinkannya pidana tambahan dijatuhkan sebagai sanksi yang berdiri sendiri (Pasal 67 ayat 2);
11. dimungkinkannya hakim menjatuhkan jenis pidana lain yang tidak tercantum dalam perumusan delik yang hanya diancam dengan pidana tunggal (Pasal 58-59);
12. dimungkinkannya hakim menjatuhkan pidana secara kumulatif walaupun ancaman pidana dirumuskan secara alternatif (Pasal 60);
13. dimungkinkannya hakim memberi maaf/pengampunan (*“rechterlijk pardon”*) tanpa menjatuhkan pidana/tindakan apapun kepada terdakwa, sekalipun telah terbukti adanya tindak pidana dan kesalahan (Pasal 55 ayat 2).
14. adanya kewenangan hakim untuk tetap mempertanggungjawabkan/ memidana si pelaku walaupun ada alasan penghapus pidana, jika si pelaku patut dipersalahkan (dicela) atas terjadinya keadaan yang menjadi alasan penghapus pidana tersebut (dikenal

- dengan **asas “culpa in causa”** atau asas **“actio libera in causa”**); Pasal 56
15. dimungkinkannya perubahan/modifikasi putusan pidana, walaupun sudah berkekuatan tetap (Pasal 57 dan Pasal 2 ayat 3)

B. KEBIJAKAN FORMULASI IDE KESEIMBANGAN DALAM PEMBAHARUAN SISTEM PIDANA (SISTEM HUKUM PIDANA) NASIONAL

Kebijakan penegakan hukum pidana di dalam fungsionalisasinya/operasionalisasinya memerlukan sinergi dari tiga tahap kebijakan, yaitu tahap formulasi (kebijakan legislatif), tahap aplikasi (kebijakan yudikatif) dan tahap eksekusi (kebijakan administratif). Dari ketiga tahap kebijakan tersebut, tahap formulasi merupakan tahap yang paling strategis dari upaya penanggulangan kejahatan melalui hukum pidana, karena bila terjadi kesalahan/kelemahan dalam kebijakan legislatif, maka upaya menanggulangi kejahatan pada tahap selanjutnya (tahap aplikasi dan eksekusi) akan menjadi terhambat. Hal ini disebabkan karena semua langkah pada tahap selanjutnya bersumber pada tahap formulasi sebagai tahap awal dari penegakan hukum pidana.

Dalam tahap formulasi, upaya penegakan hukum pidana bukan hanya tugas dari aparat penegak hukum, akan tetapi justru lebih berat kepada aparat pembuat hukum, hal ini dapat

dimengerti karena dalam tahap formulasi ini dilakukan perumusan dan penetapan hukum.

Pendapat diatas didasarkan atas pernyataan yang dikemukakan oleh **Marc Ancel**, yang menyatakan bahwa modern criminal science terdiri dari tiga komponen, yaitu criminology, criminal law dan penal policy. Selanjutnya **Marc Ancel** menyatakan bahwa penal policy merupakan 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.¹⁸²

Berdasarkan pemikiran diatas, dibawah ini penulis akan membahas/mengupas mengenai kebijakan formulasi mengenai “ide keseimbangan” yang selama ini telah dilakukan di Indonesia, apakah kebijakan formulasi yang terjadi selama ini telah sesuai dengan ide dasar bahwa peraturan hukum positif yang akan datang (*ius constituendum*) terutama mengenai ide dasar keseimbangan telah dapat dirumuskan secara lebih baik sesuai dengan tujuan utama dari pembedaan yaitu melindungi masyarakat secara keseluruhan atautakah tidak.

¹⁸² Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai ..**, Op.Cit., hlm. 21.

Para ahli hukum umumnya mengidentifikasi adanya 3 (tiga) persoalan mendasar dalam hukum pidana.¹⁸³ Menurut **Sudarto**, persoalan-persoalan tersebut berkaitan dengan perbuatan yang dilarang, orang yang melakukan perbuatan yang dilarang itu, dan pidana yang diancamkan terhadap pelanggaran larangan itu.¹⁸⁴ Dengan kata lain, masalah mendasar dalam hukum pidana berhubungan dengan persoalan tindak pidana,¹⁸⁵ pertanggungjawaban pidana, dan pemidanaan.

Begitu juga **Barda Nawawi Arif** mengatakan, konsep rancangan KUHP Baru atau ide dasar “keseimbangan” disusun dengan bertolak pada 3 (tiga) materi/subtansi/masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu dalam masalah “**Tindak Pidana**”,

¹⁸³ Chairul Huda, *Dari ‘Tiada Pidana Tanpa Kesalahan’ Menuju Kepada ‘Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan’; Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*, Penerbit Prenada Media : Jakarta, 2006, hlm. 7.

¹⁸⁴ Sudarto, “Tentang Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia”, Kertas Kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana di Semarang pada tahun 1980.

¹⁸⁵ Mengenai istilah tindak pidana beberapa pakar berbeda pendapat, misalnya : Perbuatan Pidana (Moeljatno dan Roeslan Saleh); Perbuatan Yang Boleh di Hukum (Karni dan van Schravendijk); Pelanggaran Pidana (Tirtaamidjaja); Delik (Satochid Kartanegara, Andi Zainal Abidin Farid dan Andi Hamzah). Menurut hemat Penulis, diantara beberapa istilah tersebut yang paling baik dan tepat untuk dipergunakan yaitu istilah yang diterjemahkan oleh Moeljatno dan Roslan Saleh yaitu “Perbuatan Pidana”. Hal ini disebabkan karena kedua istilah itu disamping mendukung pengertian yang tepat dan jelas sebagai suatu istilah hukum, juga mudah untuk diucapkan dan enak didengar. Lihat Rama Putra “Kewenangan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) Dalam Penegakan Hukum di Indonesia (Suatu Kajian Yuridis Normatif Tentang Kewenangan Peyidikan Tindak Pidana Korupsi)”, Skripsi pada Fakultas Hukum Universitas Islam Riau (UIR) Pekanbaru, 2007, hlm. 32.

Masalah “**Pertanggungjawaban Pidana/Kesalahan**”, dan Masalah “**Pidana dan Pemidanaan**”.¹⁸⁶ Begitu juga **Muladi** mengatakan, bahwa ide dasar “keseimbangan” itu diwujudkan dalam ketiga masalah pokok hukum pidana, yaitu : ¹⁸⁷

- a. Pengaturan tindak pidana atau perbuatan yang bersifat melawan hukum (*criminal act*)
- b. Pengaturan kesalahan atau pertanggungjawaban pidana (*criminal responsibility*)
- c. Pengaturan stelsel pidana dan tindakan (*punishment and treatment system*)

Hal yang senada dikemukakan juga oleh **Arun Sakidjo** dan **Bambang Poernomo** yang menyatakan, bahwa terdapat tiga pokok permasalahan yang harus diperhatikan dalam hukum pidana, yaitu perbuatan yang terlarang, orang yang melakukan perbuatan terlarang, dan ancaman pidananya.¹⁸⁸ Begitu juga penjelasan Konsep RUU KUHP tahun 2008 yang mengatakan 3 (tiga) masalah pokok dalam hukum pidana yaitu

¹⁸⁶ Barda Nawawi Arief, ***Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan***, Op.Cit., hlm 12. Dilihat dari sudut dogmatis-normatif, memang materi/substansi atau masalah pokok dari hukum pidana (maksudnya hukum pidana materiil) terletak pada masalah mengenai : a) per buatan apa yang sepatutnya dipidana; b) syarat apa yang seharusnya dipenuhi untuk mempersalahkan/mempertanggungjawabkan seseorang yang melakukan perbuatan itu; dan c) sanksi (pidana) apa yang sepatutnya dikenakan kepada orang itu. Ketiga materi/masalah pokok itu biasa disebut secara singkat dengan istilah : (1) masalah "tindak pidana"; (2) masalah "kesalahan"; dan (3) masalah "pidana". Barda Nawawi Arief, “Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)”, teks pidato pengukuhan guru besar tetap pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 25 Juni 1994, hlm. 10.

¹⁸⁷ Muladi, “***Pembaharuan Hukum Pidana Materiil Indonesia***”, Makalah disampaikan dalam Seminar Nasional dan kongres Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (ASPEHUPIKI), Hotel Savoy Homan, Bandung, 16 Maret 2008.

¹⁸⁸ Arun Sakidjo dan Bambang Poernomo, ***Hukum Pidana ; Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Kodifikasi***, Ghalia Indonesia : Jakarta, 1990, hlm. 28.

perumusan perbuatan yang bersifat melawan hukum, pertanggungjawaban pidana atau kesalahan dan sanksi (pidana dan tindakan).¹⁸⁹ Oleh karena itu seyogyanya implementasi ide keseimbangan dalam sistem hukum pidana Nasional (pidanaaan) diwujudkan atau diformulasikan dalam tiga masalah/materi/subtansi pokok hukum pidana sebagaimana telah diuraikan diatas.

1. Implementasi Ide Keseimbangan Dalam Tindak Pidana atau Perbuatan yang Bersifat Melawan Hukum (*criminal act*)

Dalam masalah “tindak pidana”, implementasi ide keseimbangan itu berorientasi pada masalah sumber hukum (asas atau landasan legalitas). Sebagaimana dimaklumi, asas legalitas dalam KUHP Indonesia bertolak dari ide/nilai dasar “kepastian hukum”. Namun, dalam realitanya menurut **Barda Nawawi Arief**, asas legalitas ini mengalami berbagai bentuk pelunakan/penghalusan atau pergeseran/perluasan dan menghadapi berbagai tantangan, antara lain sebagai berikut :

190

1. bentuk pelunakan/penghalusan pertama terdapat di dalam KUHP sendiri, yaitu dengan adanya pasal 1 ayat 2 KUHP

¹⁸⁹ Lihat Penjelasan RUU KUHP tahun 2008 dalam www.legalitas.org, diakses tanggal 4 Januari 2009, hlm. 190.

¹⁹⁰ Barda Nawawi Arief, **Kapita Selekta Hukum Pidana**, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2003, hlm. 9-11.

2. dalam praktek yurisprudensi dan perkembangan teori, dikenal adanya ajaran sifat melawan hukum yang materiel
3. dalam hukum positif dan perkembangannya di Indonesia (dalam UUDS 1950; UU No 1 Drt.1951; UU No 14 tahun 1970 jo UU No 35 tahun 1999 jo UU No. 4 tahun 2004; dan konsep KUHP baru), asas legalitas tidak semata-mata diartikan sebagai “*nulum delictum sine lege*”, tetapi sebagai *nulum delictum sine ius*” atau tidak semata-mata di lihat sebagai asas legalitas formal, tetapi juga legalitas materiel, yaitu dengan mengakui hukum pidana adat, hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum
4. dalam dokumen internasional dan KUHP negara lain juga terlihat perkembangan/pengakuan ke arah asas legalitas materiel (lihat pasal 15 ayat 2 international convention on civil and political right (ICCPR) dan KUHP Kanada di atas:
5. di beberapa KUHP negara lain (antara lain KUHP Belanda, Yunani, Portugal) ada ketentuan mengenai “permaafan/pengampungan hakim” (dikenal dengan berbagai istilah antara lain “*rechterlijk pardon*”, “*judicial pardon*”, “*dispense de pena*” atau “*nonimposing of penalty*”) yang merupakan bentuk “*judicial corrective to the legality principle*”
6. ada perubahan fundamental di KUHP Prancis pada tahun 1975 (dengan UU Nomor 75-624 tanggal 11 Juli 1975) yang menambahkan ketentuan mengenai **pernyataan bersalah tanpa menjatuhkan pidana** (*the declaration of guilt without imposing a penalty*)
7. perkembangan/atau perubahan yang sangat cepat dan sulit diantisipasi dari cyber-crime merupakan tantangan yang cukup besar bagi berlakunya *asas lex certa*, karena dunia maya (cyber-space) bukan dunia riil/realita/nyata/pasti.

Dengan mengacu kepada pendapat **Barda Nawawi Arief**

di atas, maka penulis sependapat bahwa seyogyanya perlu

diskusikan dan dikaji ulang (*reformulasi*) kebijakan asas legalitas di Indonesia atau kebijakan hukum pidana lainnya yang bertolak dari ide kepastian hukum.

Implementasi ide keseimbangan dalam tindak pidana didasarkan pada masalah “sumber hukum” (asas legalitas), yakni disamping sumber hukum atau landasan legalitas didasarkan pada asas legalitas formal (berdasarkan undang-undang) yang menjadi landasan utama, juga didasarkan pada asas legalitas materiel dengan memberi tempat kepada “hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum tertulis” (*the living law*). Pernyataan di atas didasarkan pendapat **Barda Nawawi Arief** dalam bukunya berjudul “Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana”. Beliau menyatakan, dalam menetapkan sumber hukum atau dasar patut dipidananya suatu perbuatan, Konsep KUHP Baru bertolak dari pendirian bahwa sumber hukum yang utama adalah undang-undang (hukum tertulis). Jadi, bertolak dari asas legalitas dalam pengertian yang formal. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (1) Konsep. Namun, berbeda dengan asas legalitas yang dirumuskan di dalam KUHP (WvS) selama ini, Konsep memperluas rumusannya secara “materiel” dengan menegaskan bahwa ketentuan dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya “hukum yang hidup” di dalam masyarakat. Dengan demikian, disamping sumber

hukum tertulis (undang-undang) sebagai kriteria/patokan formal yang utama, Konsep juga masih memberi tempat kepada sumber hukum tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat sebagai dasar menetapkan patut dipidananya suatu perbuatan.¹⁹¹

Adapun yang menjadi alasan diperluasnya asas legalitas materiel ini didasarkan pada :¹⁹²

- a. Aspirasi yang bersumber dari kebijakan legislatif nasional setelah kemerdekaan (antara lain Pasal 5 ayat (3) sub b, UU No. 1 Drt. 1951);
- b. Aspirasi yang berasal dari interaksi dan kesepakatan ilmiah dalam berbagai seminar atau pertemuan ilmiah lain yang bersifat nasional;
- c. Aspirasi yang bersifat filosofis dan sosiologis;
- d. Aspirasi universal atau internasional di lingkungan masyarakat bangsa-bangsa yang beradab, melalui "*shared values through intellectual and social processes*" (*enunciative processes*)

Dengan mengungkapkan hal-hal diatas menurut penulis terlihat, bahwa perluasan asas legalitas dari perumusan formal (seperti yang berlaku dalam KUHP sekarang ini) ke arah materiel, didasarkan pada :¹⁹³

¹⁹¹ Patut dicatat, bahwa berlakunya hukum yang hidup di dalam masyarakat hanya untuk delik-delik yang tidak ada bandingannya (persamaannya) atau tidak telah diatur di dalam undang-undang. Selengkapnya Lihat Barda Nawawi Arief, ***Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana***, Op.Cit. hlm. 78.

¹⁹² Muladi, ***Pembaharuan Hukum Pidana...***, Loc.Cit.

¹⁹³ Bandingkan dengan Barda Nawawi Arief, ***Bunga Rampai...***, Op.Cit, hlm. 80. Akan tetapi di dalam buku Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan, dimasukkan suatu landasan yaitu

- a. Kebijakan legislatif (perundang-undangan) nasional yang keluar setelah kemerdekaan;
- b. Kesepakatan dalam seminar-seminar nasional; dan
- c. Kajian perbandingan di negara asing (kajian komparasi)

Dengan bertolak dari kebijakan perundang-undangan nasional yang ada selama ini seperti yang dikemukakan diatas, menurut **Barda Nawawi Arief** dapatlah dikatakan, bahwa perluasan asas legalitas secara materiel di dalam Konsep sebenarnya bukanlah ide baru, tetapi hanya melanjutkan dan mengimplementasikan kebijakan/ide yang sudah ada. Bahkan, kebijakan/ide perumusan asas legalitas secara meteriel pernah dirumuskan sebagai “kebijakan konstitusional” di dalam Pasal 14 ayat (2) UUDS '50 yang berbunyi :¹⁹⁴ “Tidak seorang jua pun boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi hukuman, kecuali karena aturan hukum yang sudah ada dan berlaku terhadapnya”. Dalam pasal tesebut digunakan istilah “aturan hukum” (RECHT) yang tentunya lebih luas pengertiannya dari sekedar aturan “undang-undang” (WET), karena berbentuk “hukum tertulis” maupun “hukum tidak tertulis”.¹⁹⁵

“landasan sisiologis”. Selengkapnya lihat Barda Nawawi Arief, ***Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan***, Op.Cit, hlm. 13.

¹⁹⁴ ibid, hlm. 80-81.

¹⁹⁵ ibid, hlm. 81.

Barda Nawawi Arief mengatakan di dalam UUD'45 maupun UU Kekuasaan Kehakiman tidak digunakan istilah "kepastian hukum" atau "penegakan hukum" saja, tetapi "kepastian hukum yang adil" (Pasal 28D UUD'45) atau "menegakkan hukum dan keadilan" (Pasal 24:1 UUD'45 dan Pasal 3:2 UU No. 4/2004). Jadi ada asas keseimbangan antara kepastian hukum dan keadilan. Di samping itu, baik menurut UUD'45 maupun UU Kekuasaan Kehakiman, sumber hukum tidak hanya UU, tetapi juga dapat bersumber dari hukum yang hidup di dalam masyarakat. Jadi ada keseimbangan pula antara sumber hukum tertulis (UU) dan sumber hukum tidak tertulis.¹⁹⁶

Selanjutnya **Barda Nawawi Arief** mengatakan, bahwa secara konstitusional, UUD'45 tidak pernah menyatakan bahwa kepastian hukum itu identik dengan kepastian UU. Dengan selalu digunakannya kata "hukum dan keadilan" secara bersamaan, terkesan bahwa makna "supremasi/penegakan hukum" BUKAN semata-mata "supremasi/penegakan UU" saja, tetapi lebih mengandung makna substantif, yaitu supremasi/penegakan nilai-nilai substantif/materiel. Dengan kata lain, tidak sekedar kepastian/penegakan hukum yang

¹⁹⁶ Barda Nawawi Arief, "Penegakan Hukum Pidana Dalam Konteks Sistem Hukum dan Pembangunan Nasional", Makalah disajikan dalam Studium Generale pada Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 15 Mei 2007, hlm. 4.

formal (*formal/legal certainty* atau *formal law enforcement*), tetapi "*substantive/material certainty*" atau "*substantive law enforcement*". Terlebih dengan penegasan, bahwa "peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila" (Psl. 3:2 UU:4/2004) dan peradilan dilakukan "demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" (Psl. 4:1 UU:4/2004), jelas mengandung makna penegakan nilai-nilai substansial.¹⁹⁷

Dalam Konsep sebelumnya (s/d Konsep 2002) belum ada penegasan mengenai pedoman/kriteria/rambu-rambu untuk menentukan sumber hukum materiel mana yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum (sumber legalitas). Namun dalam perkembangan Konsep terakhir atau sejak Konsep 2004 sudah dirumuskan pedoman/kriteria/rambu-rambunya, yaitu "sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/ atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa". Jadi, pedoman/kriterianya bertolak dari nilai-nilai nasional maupun internasional. Sesuai dengan nilai-nilai nasional (Pancasila), artinya sesuai dengan nilai/paradigma moral religius, nilai/ paradigma kemanusiaan (humanis), nilai/paradigma kebangsaan, nilai/paradigma demokrasi (kerakyatan/hikmah kebijaksanaan), dan nilai/paradigma

¹⁹⁷ *ibid*, hlm. 4-5.

keadilan sosial. Patut dicatat, bahwa rambu-rambu yang berbunyi “sesuai dengan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa”, mengacu/bersumber dari istilah “*the general principles of law recognized by the community of nations*” yang terdapat dalam Pasal 15 ayat 2 ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Rights*).¹⁹⁸

Melihat uraian diatas, terlihat bahwa asas legalitas materiel telah menjadi kesepakatan bersama oleh para perumus “konsep” KUHP baru, akan tetapi penulis pernah mempermasalahkan/mengkhawatirkan perumusan asas legalitas secara materiel tersebut, yaitu apakah masalah yang akan ditimbulkan akibat perumusan atau penerapan asas legalitas yang materiel tersebut? ¹⁹⁹

Dengan diakuinya keberadaan hukum tidak tertulis dalam lapangan hukum pidana, disatu pihak membawa angin segar, oleh karena laju perkembangan masyarakat, dalam prakteknya ternyata tidak selamanya dapat diikuti oleh ketentuan perundang-undangan. Artinya bahwa, pembentukan undang-undang tertinggal jauh dibandingkan dengan gerak laju

¹⁹⁸ Lihat Barda Nawawi Arief, “Sistem Pemidanaan Dalam Ketentuan Umum Konsep RUU KUHP 2004”, Bahan Sosialisasi RUU KUHP 2004, Op.Cit., hlm. 8-9.

¹⁹⁹ Lihat Rama Putra “Beberapa Masalah yang Timbul dari Penerapan Asas Legalitas yang Materiel”, Makalah disajikan sebagai tugas akhir mata kuliah “Kapita Selekta Hukum Pidana” pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2007, non publisir.

kehidupan masyarakat yang semakin kompleks. Dengan demikian, untuk menutupi celah-celah hukum positif (kekosongan hukum), maka diharapkan dapat menopang sekaligus mengisi kekosongan hukum positif tersebut.

Namun ternyata, dengan diakuinya pemberlakuan hukum tidak tertulis dalam lapangan hukum pidana, membawa persoalan-persoalan, antara lain : **Pertama**, apa yang menjadi ukuran untuk menetapkan bahwa suatu perbuatan itu sungguh-sungguh bertentangan dengan hukum dan perasaan keadilan yang hidup dalam masyarakat. Untuk hal ini, apakah diserahkan sepenuhnya pada lembaga pengadilan, sesuai dengan ketentuan pasal 27 ayat (1) UU No. 14 Tahun 1970, sebagaimana telah diubah dengan UU No. 35 Tahun 1999 dan UU No. 4 tahun 2004, yang berbunyi sebagai berikut :

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

Catatan :

Dalam masyarakat yang tidak mengenal hukum yang tidak tertulis, serta berada dalam masa pergolakan dan peralihan, hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai yang hidup di kalangan masyarakat. Untuk itu ia harus terjun ke tengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyalami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Berkaitan dengan hal diatas, apakah yang dimaksud dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat ini hanya

untuk suatu kelompok masyarakat tertentu atau masyarakat dalam lingkup yurisdiksi Pengadilan Negeri yang bersangkutan? ataukah masyarakat dalam pengertian seluruh masyarakat Indonesia? Jika yang dimaksud adalah masyarakat dalam lingkup Pengadilan Negeri yang bersangkutan, maka masalahnya adalah bagaimana dengan eksistensi hukum pidana sebagai hukum publik yang berlaku secara unifikasi di seluruh wilayah Indonesia, akan kehilangan makna dalam praktek penegakan hukum di Indonesia.

Kedua, dengan diakuinya asas legalitas secara meteriel adalah bahwa untuk menegakkan keadilan yang sungguh-sungguh, terutama jika dihadapkan pada pilihan hukum tidak tertulis, sehingga untuk merumuskan argumentasi yang logis, maka diperlukan kualitas Sumber Daya Manusia (SDM) yang handal dari hakim, baik dalam hal integrasinya maupun profesionalismenya, dan lebih-lebih lagi tuntutan pada segi moralitas yang lebih terpuji. Sementara itu **Zul Akrial** berpendapat, kalau hal ini tidak terpenuhi, maka akan terjadi justru kesewenang-wenangan, sehingga yang lahir bukannya keadilan, tapi malah ketidakadilan.²⁰⁰

²⁰⁰ Zul Akrial, "Konsekuensi-Konsekuensi yang Timbul dari Perumusan Asas Legalitas yang Materil", Jurnal Mahkamah Volume 15, April 2004, hlm. 72.

Perumusan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP mengandung didalamnya asas “*Lex Temporis Delicti*” (LTD) atau asas “*non retroaktif*”. Larangan berlakunya hukum pidana secara retroaktif ini, dilatar belakangi oleh ide perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM). Oleh karena itulah, prinsip ini pun tercantum didalam Pasal 11 *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), Pasal 15 ayat (1) *International Convention on Civil and Political Rights* (ICCPR), Pasal 22 ayat (1) dan Pasal 24 ayat (1) Statuta Roma tentang *International Criminal Court* (ICC).²⁰¹

Bertolak dari ide keseimbangan, Konsep juga dapat menerima ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP(WvS) yang memberi kemungkinan berlaku surutnya undang-undang (retro aktif). Pasal 1 ayat (2) ini dipandang sebagai “pasangan”, “pelengkap” dan “penyeimbang” dari pasal 1 ayat (1) yang memuat asas “*lex temporis delicti*” atau asas “*nonretro aktif*”.

Dikatakan **Barda Nawawi Arief** perumusan Pasal 1 ayat (2) WvS dalam konsep KUHP (yang dirumuskan dalam Pasal 2:1), mengalami perubahan/pergeseran/perluasan.²⁰² Menurut Konsep, ide “retro aktif” dan asas “menerapkan aturan yang lebih menguntungkan/meringankan” dalam hal ada perubahan undang-undang, tidak hanya berlaku untuk

²⁰¹ Barda Nawawi Arief, **Kapita Selektta ...**, Op.Cit., hlm. 1.

²⁰² ibid, hlm. 9-11.

tersangka/terdakwa sebelum keputusan hakim berkekuatan tetap, tetapi juga berlaku (diperluas) untuk terpidana atau setelah keputusan berkekuatan tetap. Sebagai bahan perbandingan (komparasi) dapat dilihat KUHP Korea, KUHP Thailand dan KUHP Federasi Rusia dalam uraian berikut ini :

Asas legalias dalam KUHP Korea dirumuskan dalam pasal 1 dengan sub judul "*Criminal and Punishment*" yang terdiri dari tiga ayat, yaitu :²⁰³

- 1) *What constitutes a crime and what punishment is to be imposed therefore, shall be determined in accordance with the law in force at the time of commission.*

(Apa yang merupakan kejahatan dan pidana apa yang diancamkan untuk itu, akan ditentukan menurut UU yang berlaku pada saat kejahatan itu dilakukan)

- 2) *Where a statute is change after a crime has been mommitted with the effect that the conduct no longer constitutes a crime or that the punishment imposed upon it is less severe than that provided for by the old statute, the new statute shall be applied.*

(Apabila suatu UU berubah setelah suatu kejahatan dilakukan dengan akibat perbuatan itu tidak lagi merupakan suatu kejahatan atau pidana yang diancamkan mejadi lebih ringan dari pada yang ditetapkan oleh UU lama, maka UU baru akan diterapkan)

- 3) *Where a statute is changed after a sentence imposed under it upon a criminal conduct has become final, with the effect that such conduct no longer constitutes a crime, the execution of the punishment shall be remitted.*

(Apabila suatu UU berubah setelah pidana yang dijatuhkan (berdasarkan UU itu) terhadap suatu

²⁰³ Lihat Barda Nawawi Arief, **Perbandingan Hukum Pidana**, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2002, hlm. 77-80.

perbuatan jahat berkekuatan tetap, dengan akibat bahwa perbuatan itu tidak lagi merupakan suatu kejahatan, maka pelaksanaan pidana itu akan dibatalkan/dihapuskan).

Perumusan ayat (1) KUHP Korea diatas, pada prinsipnya sama dengan pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia yang mengandung asas *lex temporis delicti* (LTD). Ayat (2) pada prinsipnya juga sama dengan pasal (2) KUHP Indonesia yang mengatur masalah *retro-aktif* dalam hal ada perubahan undang-undang. Menurut KUHP Korea, UU baru dapat diterapkan berlaku surut (*retro-aktif*) apabila :

- ada perubahan UU setelah kejahatan dilakukan;
- perbuatan itu menyebabkan : perbuatan yang bersangkutan tidak lagi merupakan kejahatan, atau pidana yang diancamkan menjadi lebih ringan.

Jadi perbedaannya dengan di Indonesia terletak pada perumusannya. Dalam KUHP Indonesia tidak ada perumusan tegas mengenai arti atau ruang lingkup dari “perubahan perundang-undangan”, sedangkan dalam KUHP Korea ada penegasan hal itu, yaitu mencakup dua hal :²⁰⁴

- perubahan terhadap “perbuatan yang dapat dipidana”, yaitu semula merupakan tindak pidana (kejahatan)

²⁰⁴ ibid

kemudian berubah menjadi “bukan tindak pidana/kejahatan”.

- perubahan terhadap “pidana yang diancamkan”, yaitu semula lebih berat menjadi lebih ringan.

Ayat (3) diatas mengatur tentang adanya perubahan undang-undang setelah adanya putusan pembedanaan yang berkekuatan tetap. Apabila menurut UU baru itu, perbuatan yang telah dijatuhi pidana berdasarkan UU lama tidak lagi merupakan tindak pidana (kejahatan), maka pelaksanaan atau eksekusi pidana itu dibatalkan/dihapuskan. Ketentuan seperti ini tidak ada dalam KUHP Indonesia. Merut KUHP Indonesia, jangkauan berlakunya Pasal 1 (2) KUHP hanya sampai pada putusan yang berkekuatan tetap. Walaupun hal itu tidak dirumuskan dengan tegas, tetapi jelas terlihat didalam praktek yurisprudensi selam ini, yaitu pasal 1 (2) itu didapat digunakan pada tingkat banding di Pengadilan Tinggi atau pada tingkat kasasi di Mahkamah Agung. Apabila setelah putusan Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung berkekuatan tetap, kemudian keluar UU baru yang menyatakan bahwa pebuatan yang pernah diputus itu tidak lagi merupakan tindak pidana, maka pidana yang telah dijatuhkan dan berkekuatan tetap itu tetap harus dijalankan atau dieksekusi. Jadi, terpidana yang sedang menjalankan

masa pidananya itu tidak dibebaskan. Lain hanya di Korea, terpidana itu harus dibebaskan.

Sementara itu di dalam KUHP Thailand, ketentuan mengenai Asas Legalitas diatur dalam Pasal 2 Aturan Umum Buku I yang berbunyi sebagai berikut : ²⁰⁵

A person shall be criminally punished only when the act done by him is provided to be an offence and the punishment is defined by the law in force at the time of the doing such act, and the punishment to be inflicted upon the offender shall be the provided by the law.

If, according to the law provided afterwards, such act is no more offence, the person doing such act shall be relieved from being an offender; and, if there is a final judgment inflicting the punishment, such person be deemed as not having ever been convicted by the judgment for committing such offence. If, however, he is still undergoing the punishment, the punishment shall forth with terminate.

(Seseorang hanya akan dipidana apabila perbuatan yang dilakukan olehnya ditetapkan sebagai tindak pidana dan pidananya dirumuskan oleh UU yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan, dan pidana yang dikenakan kepada si pelanggar adalah pidana sebagaimana yang ditetapkan oleh UU itu. Apabila menurut UU yang ditetapkan kemudian, perbuatan itu tidak lagi merupakan suatu tindak pidana, orang yang melakukan perbuatan itu akan dibebaskan sebagai pelaku/pelanggar; dan apabila ada putusan pemidanaan yang final (berkekuatan tetap), orang itu akan dianggap belum pernah dipidana untuk perbuatan itu, akan tetapi, apabila ia sedang menjalani pidana itu, maka pidananya itu akan diakhiri dengan segera).

Dari perumusan pasal 2 ayat (1) di atas, jelas terlihat, bahwa KUHP Thailand pun menganut prinsip *lex temporis*

²⁰⁵ ibid, hlm. 80.

delicti (LTD). Ketentuan ayat (2) mengatur adanya perubahan undang-undang, khususnya dalam hal UU baru menyatakan bahwa perbuatan yang diatur oleh UU lama tidak lagi merupakan tindak pidana menurut UU baru. Dalam hal demikian ada dua kemungkinan :²⁰⁶

- Dalam hal belum ada putusan berdasarkan UU lama, maka terdakwa akan dibebaskan sebagai pelanggar (karena menurut UU baru perbuatannya tidak lagi merupakan tindak pidana)
- Dalam hal sesudah ada putusan pemidanaan yang final (berkekuatan tetap) berdasarkan UU lama, maka : apabila pidana belum dijalankan/dilaksanakan, terdakwa dianggap sebagai belum pernah dipidana; atau apabila terdakwa sedang menjalani pidana itu (sebagian), pidananya (yang selebihnya itu) akan segera dihentikan atau diakhiri.

Bagaimana apabila menurut UU baru, perbuatan yang diatur oleh UU lama itu tetap dipandang sebagai tindak pidana? Mengenai hal ini, Pasal 3 KUHP Thailand menegaskan bahwa UU yang lebih menguntungkan si pelanggar yang akan ditetapkan, kecuali apabila perkara itu telah final, artinya telah mendapat putusan yang berkekuatan tetap berdasarkan UU lama.²⁰⁷

²⁰⁶ ibid, hlm. 81.

²⁰⁷ Lihat Barda Nawawi Arief, **Tujuan dan Pedoman...**, Op.Cit., hlm. 127-128.

Dalam hal terdakwa sudah diputus berdasarkan UU lama, maka Pasal 3 menentukan hal-hal sebagai berikut : ²⁰⁸

- Apabila pidana yang dijatuhkan lebih berat dari pada ancaman pidana menurut UU baru, maka pengadilan akan menentukan kembali (*re-determining*) pidana sesuai dengan UU baru. Dalam menentukan kembali pidana itu, pengadilan dapat menetapkan pidana yang lebih ringan dari pada pidana minimum menurut UU baru, atau apabila pidana yang telah dijalani oleh si pelanggar itu dipandang telah cukup, pengadilan dapat melepaskannya;
- Apabila terdakwa dijatuhi pidana mati (menurut UU lama) tetapi menurut UU baru yang seharusnya dikenakan tidak seberat pidana mati, maka eksekusi pidana mati itu akan ditunda, dan dianggap bahwa pidana mati itu diganti dengan pidana berat menurut UU baru.

Sementara itu dalam KUHP Federasi Rusia asas legalitas diatur di dalam Pasal 3, yang agak lain bunyinya dari asas legalitas yang tercantum di KUHP Negara lain, seperti Indonesia, Belanda, Prancis, dan lain-lain karena tidak disebut ketentuan perundang-undangan pidana harus ada sebelum perbuatan. Jadi, tidak tersirat pula perundang-undangan pidana tidak berlaku surut. Pasal 3 ayat (1) berbunyi : ²⁰⁹

The criminality of a deed, also its punishability and other consequences shall be determined by the present Code alone. (Kriminalitas suatu perbuatan dan juga dapatnya dipidana dan konsekuensi lain akan ditentukan hanya oleh Kitab ini)

²⁰⁸ Lihat Barda Nawawi Arief, **Perbandingan Hukum Pidana**, Op.Cit., hlm. 80.

²⁰⁹ Andi Hamzah, **Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara**, Penerbit Sinar Grafika : Jakarta, 2008, hlm. 21-22.

Walaupun tidak disebut harus ada perundang-undangan pidana yang mendahului perbuatan, namun ditegaskan larangan analogi di dalam Pasal 3 ayat (2). Berbeda dengan KUHP Negara lain termasuk Indonesia, Korea dan lain-lain jika ada perubahan perundang-undangan maka yang ditetapkan ketentuan yang paling menguntungkan terdakwa, KUHP Federasi Rusia menempatkan agak jauh, yaitu di Pasal 10 dan meliputi pengurangan pidana orang yang telah dijatuhi pidana jika perundang-undangan baru mengurangi pidana untuk perbuatan itu.²¹⁰

Sementara itu **Muladi** mengatakan, bahwa Konsep secara umum tidak mengadopsi pemberlakuan surut hukum pidana sebagaimana diatur dalam pengadilan HAM *ad hoc* atas dasar UU No. 26 Tahun 2000, tentang pengadilan HAM yang berasal *International Criminal Tribunal Ad Hoc* yang dibentuk oleh Dewan Keamanan (“*Security Council*”) PBB, karena ternyata terjadi inkonsistensi pada saat terbentuknya Statuta Roma 1998 tentang Mahkamah Pidana Internasional (“*International Criminal Court*”) yang tidak memberlakukan hukum pidana

²¹⁰ *ibid*

secara retroaktif, mengingat hal ini bertentangan dengan prinsip “*nonderogable rights*”.²¹¹

Catatan :

Pasal 1 ayat (2) KUHP dan Pasal 2 ayat (1) Konsep KUHP yang memberi kemungkinan peraturan berlaku “retro aktif” lebih berorientasi pada kepentingan individu (“*offender*”). Artinya, penyimpangan terhadap asas “non retroaktif” (yaitu boleh “retro aktif”) apabila memenuhi syarat atau kriteria bahwa “perubahan undang-undang tersebut menguntungkan/meringankan terdakwa (individu)”.

Sehubungan dengan masalah *retroaktif*, Mahkamah Konstitusi pernah membatalkan berlakunya UU No. 16 tahun 2003. Sekalipun semua pihak harus menghormati putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan antara lain, bahwa UU No. 16 tahun 2003 tidak mempunyai kekuatan mengikat karena bertentangan dengan UUD 1945 (Pasal 28-J), karena UU tersebut lebih menekankan pada pertimbangan politis, maka demi keadilan dan kepastian hukum tidak perlu berlaku surut (*retroaktif*) karena merupakan jenis kejahatan yang sudah diancam dengan hukuman berat dalam UU yang sudah ada, namun **Muladi** mengatakan perlu dikemukakan analisis sebagai berikut : ²¹²

²¹¹ Muladi, ***Pembaharuan Hukum Pidana Materil Indonesia***, Makalah, Op.Cit., hlm. 7.

²¹² Muladi, “Pancasila Sebagai *Margin of Appreciation* dalam Hukum yang Hidup di Indonesia”, makalah disampaikan dalam Seminar Nasional Menggagas Ilmu Hukum (Progresif) Indonesia, Semarang, Rabu, 08 Desember 2004; dipublikasikan dalam ***Menggagas Hukum Progresif***

- harus diakui bahwa larangan pemberlakuan surut hukum pidana (*prohibition of ex post facto legislation*) bertentangan dengan HAM (*non derogable rights*);
- namun harus diakui pula bahwa asas legalitas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) atas dasar “*customary international law*” dan atas dasar rasa keadilan sejak digelarnya IMT Nuremberg 1945 dapat disimpangi dalam hal mengadili secara *ad hoc* pelanggaran HAM berat (*gross violations of human rights*), seperti *war crimes*, *genocide* dan *crimes against humanity*, yang dianggap merupakan “*extra ordinary crimes*”; Indonesia sendiri atas dasar UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia telah menerapkan hal ini dengan persyaratan adanya keputusan Presiden atas persetujuan DPR. Sebagai contoh adalah kasus TIM-TIM dan Tanjung Priok;
- pemberlakuan hukum pidana secara surut untuk mengadili secara *ad hoc* terhadap kejahatan terorisme, sekalipun tidak didukung oleh *precedent* dalam hukum Internasional, namun merupakan “*international crimes*” yang dikutuk oleh PBB (misalnya Resolusi DK PBB No. 1373 tahun 2001 tentang “*Wide Ranging Anti Terrorism Resolution*”). Sifat terorisme sendiri juga merupakan “*extra ordinary crimes*” karena sifatnya yang sangat kejam mengingat karakternya juga berupa “*indiscriminate (random terget)*”, mendayagunakan senjata-senjata pemusnah massal dengan teknologi canggih dan kemungkinan kaitannya dengan “*(transnational) organized crimes*”. Mestinya atas dasar Pancasila sebagai “*margin of appreciation*”, Mahkamah Konstitusi tidak perlu membatalkan berlakunya Undang-Undang Nomor 16 tahun 2003 tersebut akibat diajukannya “*judicial review*”.

Sekiranya berorientasi pada **ide keseimbangan**, menurut **Barda Nawawi Arief**, patut dikaji ulang kriteria berlaku surutnya undang-undang (retro aktif) dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP dan Pasal 2 ayat (1) Konsep itu dengan memberi tempat juga pada kriteria “**perlindungan kepentingan umum dan rasa keadilan masyarakat**”.²¹³

Ide keseimbangan dalam hal ini juga dapat dilihat dari pandangan **Nyoman Serikat Putra Jaya** dalam pidato pengukuhan guru besar dalam Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum UNDIP, yang mengatakan harus ada pergeseran wawasan atau paradigma dalam memaknai Asas Legalitas dan Asas Keadilan sehubungan dengan pemberlakuan hukum pidana secara *retro-aktif* sebagai berikut : ²¹⁴

Pertama, asas legalitas yang pada intinya berisi asas “*lex temporis delicti*” hanya memberikan perlindungan kepada individu pelaku tindak pidana dan kurang memberikan perlindungan kepada masyarakat/kelompok masyarakat yang menjadi korban tindak pidana, sehingga akses untuk memperoleh keadilan bagi korban terutama korban kolektif terhambat;

Kedua, asas legalitas atau “*principle of legality*”, walaupun diakui sebagai asas fundamenatal oleh negara-negara yang menggunakan hukum pidana

²¹³ Barda Nawawi Arief, **Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan**, Op.Cit., hlm. 15.

²¹⁴ Nyoman Serikat Putra Jaya, “Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif Sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan”, teks Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 07 Agustus 2004, hlm. 37-38. Baca juga Nyoman Serikat Putra Jaya, **Beberapa Pemikiran Kearah Pengembangan Hukum Pidana**, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2008.

sebagai sarana penanggulangan kejahatan, namun pemberlakuannya tidak secara mutlak dalam arti pembentuk undang-undang dapat menyatakan suatu perbuatan yang telah terjadi sebagai tindak pidana dan dapat dipidana asalakan perbuatan tersebut bertentangan dengan hukum tidak tertulis yang dalam hukum pidana internasional disebut “prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa” (“*the general principles of law recognized by the community of Nations*”);

Ketiga, pemberlakuan asas legalitas atau “*principle of legality*” atas dasar “*extra ordinary crimes*”, seperti pelanggaran terhadap hak asasi manusia yang berat;

Keempat, pemberlakuan hukum pidana secara “*retroaktif*” yang dilandasi prinsip keadilan untuk semuanya dalam arti keadilan bagi pelaku tindak pidana maupun keadilan bagi korban tindak pidana merupakan penyeimbang asas legalitas yang semata-mata berpatokan pada “kepastian hukum” dan asas “keadilan untuk semua”;

Kelima, pemberlakuan hukum pidana secara “*retroaktif*” dengan kondisi-kondisi tertentu, seperti kepentingan kolektif, baik kepentingan masyarakat bangsa maupun Negara yang selama ini kurang mendapat perlindungan dari asas legalitas dapat diterima guna memenuhi tuntutan moral pembalasan masyarakat.

Dengan diakuinya pemberlakuan hukum pidana secara “*retroaktif*”, baik ditingkat Internasional maupun Nasional dengan landasan “*International Costomary Law*” dan “*The Principle of Justice*”, sudah selayaknya ilmu hukum pidana Nasional (sistem pidanaan Nasional, pen) mengalami pengembangan, yang semula seolah-olah hanya mengutamakan kepastian hukum dengan karakteristiknya “*lex certa*”, “*lex*

scripta” dan “*lex stricta*”, dikembangkan dengan prinsip “keadilan untuk semua” atau “*justice for all*”.²¹⁵

Jika berorientasi pada Ide Keseimbangan, maka seyogyanya patut dipersoalkan apakah kebijakan formulasi mengenai Aturan Peralihan (ATPER) seperti termuat dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP dapat dipertahankan atau tidak. Menurut **Barda Nawawi Arief**, hal itu patut dipertanyakan karena sebenarnya dalam masalah ATPER (sehubungan dengan masa transisi karena adanya perubahan undang-undang), ada beberapa alternatif sikap/ide dasar/prinsip yang dapat dipilih untuk menentukan peraturan perundang-undangan mana yang berlaku dalam masa transisi (dalam hal terjadinya perubahan undang-undang). Alternatif sikap/kebijakan/ yang dapat dipilih itu antara lain : ²¹⁶

1. yang berlaku adalah “undang-undang lama”;
2. yang berlaku adalah “undang-undang baru”;
3. yang berlaku adalah “undang-undang yang menguntungkan/meringankan”;
4. yang berlaku adalah “undang-undang lama” dengan ketentuan, “undang-undang baru dapat diterapkan apabila menguntungkan” (gabungan 1 dan 3);
5. yang berlaku adalah “undang-undang baru” dengan ketentuan, “undang-undang lama dapat ditetapkan apabila menguntungkan” (gabungan 2 dan 3)

²¹⁵ *ibid.*

²¹⁶ Barda Nawawi Arief, ***Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan***, Op.Cit., hlm. 16.

Kelima alternatif diatas, dapat dikelompokkan kedalam tiga model kebijakan formulasi ATPER, yaitu :

1. Kebijakan formulasi ATPER yang berorientasi pada nilai/ide **“kepastian hukum”** (yaitu alternatif 1 dan 2); dipengaruhi **“aliran klasik”** yang berorientasi pada “perbuatan”;
2. Kebijakan formulasi ATPER yang berorientasi pada ide/nilai **“keadilan”** (yaitu alternatif 3); dipengaruhi **“aliran modern”** yang berorientasi pada “orang”; dan
3. Kebijakan formulasi ATPER yang berorientasi pada nilai/ide **“keseimbangan antara kepastian hukum dan keadilan”** (yaitu alternatif 4 dan 5), yaitu **gabungan aliran klasik dan modern.**

Apabila **“Ide Keseimbangan”** yang akan ditetapkan dalam “Konsep” (RUU KUHP), maka sudah tepat bahwa model/alternatif 3 sebagai alternatif untuk melakukan perubahan terhadap pasal 1 ayat (2) KUHP (WvS).

2. Implementasi Ide Keseimbangan Dalam Pertanggungjawaban Pidana

Bertolak dari pokok pemikiran mono-dualistik, Konsep memandang bahwa **asas kesalahan** (asas *culpabilitas*) merupakan pasangan dari **asas legalitas** yang harus dirumuskan secara eksplisit dalam undang-undang. Oleh karena itu ditegaskan dalam Konsep, bahwa asas “tiada pidana tanpa kesalahan” merupakan asas yang sangat fundamental

dalam mempertanggungjawabkan pembuat yang telah melakukan tindak pidana.²¹⁷

Pasal Pasal 36 Konsep KUHP tahun 2008 menentukan :

Pertanggungjawaban pidana ialah diteruskannya celaan yang objektif yang ada pada tindak pidana dan secara subjektif kepada seseorang yang memenuhi syarat untuk dapat dijatuhkan pidana karena perbuatan itu.

Pasal 37 Konsep KUHP tahun 2008 menentukan :

- (1) Tidak seorangpun yang melakukan tindak pidana dipidana tanpa kesalahan
- (2) Kesalahan terdiri dari kemampuan bertanggungjawab, kesengajaan, kealpaan, dan tidak ada alasan pemaaf.

Pasal 38 Konsep KUHP tahun 2008 menentukan :

- (1) Bagi 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.
- (2) Dalam hal ditentukannya oleh Undang-Undang, setiap orang dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain.

Walaupun pada prinsipnya bertolak dari asas legalitas dan asas culpabilitas, namun Konsep tidak memandang kedua syarat/asas tersebut sebagai syarat yang kaku dan bersifat absolut.²¹⁸ Dalam hal-hal tertentu Konsep juga memberikan pengecualian, seperti “pertanggungjawaban yang ketat” (“*strict*

²¹⁷ Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai ..**, Op.Cit., hlm. 85.

²¹⁸ Lihat Kembali Barda Nawawi Arief, **Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan**, Op.Cit, hlm. 17.

liability)²¹⁹ (pasal 38 ayat 1), “pertanggungjawaban pengganti” (*vicarious liability*)²²⁰ (pasal 38 ayat 2) dan asas “pemberian maaf/pengampunan oleh hakim” (*rechterlijk pardon* atau *judicial pardon*).²²¹ Pada dasarnya yang dapat dipertanggungjawabkan adalah perbuatan yang dilakukan dengan sengaja (dolus), sedangkan untuk kealpaan merupakan perkecualian atau eksepsional, apabila ditentukan secara tegas dalam undang-undang.²²² Begitu juga pertanggungjawaban terhadap akibat dari perbuatan yang diperberat ancaman

²¹⁹ Walaupun setiap tindak pidana disyaratkan adanya unsur kesalahan, namun dalam kasus-kasus tertentu si pembuat/pelaku tindak pidana sudah dapat dipidana apabila ia telah melakukan perbuatan sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang tanpa melihat bagaimana sikap batinnya. Pertanggungjawaban ketat yang disebut juga dengan *liability without fault* (pertanggungjawaban tanpa kesalahan) ini telah lama diberlakukan di Inggris dan negara-negara penganut *common law* yang lain.

²²⁰ *Vicarious liability* sering diartikan pertanggungjawaban menurut hukum seseorang atas perbuatan salah yang dilakukan oleh orang lain (*the legal responsibility of one person for the wrongful acts of another*). Lihat Barda Nawawi Arief, **Perbandingan Hukum Pidana**, Op.Cit., hlm. 33.

²²¹ Barda Nawawi Arief, **Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan**, Op.Cit, hlm. 17. Didalam asas “*judicial pardon* atau *rechterlijk pardon*” terkandung ide/pokok pemikiran :

- a. menghindari kekakuan/absolutisme pemidanaan;
- b. menyediakan “klep/katup pengaman” (*veiligheidsklep*);
- c. bentuk koreksi judisial terhadap asas legalitas (*judicial corrective to the legality principle*);
- d. pengimplementasian/pengintegrasian nilai atau paradigma “hikmah kebijaksanaan” dalam **Pancasila**;
- e. pengimplementasian/pengintegrasian “tujuan pemidanaan” ke dalam syarat pemidanaan (karena dalam memberikan permaafan/pengampunan, hakim harus mempertimbangkan tujuan pemidanaan). Jadi, syarat atau justifikasi pemidanaan tidak hanya didasarkan pada adanya “tindak pidana” (asas legalitas) dan “asas culpabilitas” (kesalahan), tetapi juga pada “tujuan pemidanaan”.

²²² Nyoman Serikat Putra Jaya, **Pembaharuan Hukum Pidana**, Bahan Kuliah Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro (UNDIP), Universitas Jenderal Soedirman (UNSOED), Universitas 17 Agustus 1945 (UNTAG), Non Publisir, Semarang, 2007, hlm. 38.

pidananya disyaratkan si terdakwa sepatutnya sudah dapat menduga kemungkinan terjadinya akibat itu atau sekurang-kurangnya ada kealpaan.²²³ Konsep tidak menganut doktrin “*Erfolgshaftung*” (doktrin “menanggung akibat”) secara murni, tetapi masih tetap berorientasi pada asas kesalahan.²²⁴

Untuk kesesatan, baik kesesatan mengenai peristiwa maupun kesesatan mengenai hukumnya (“*errof facti*” atau “*error iuris*”), Konsep berpendirian bahwa si pembuat tidak dapat diperpertanggungjawabkan, kecuali kesalahan atau keyakinannya yang keliru itu dapat dicelakan/dipersalahkan padanya, maka si pembuat dapat dipidana. Hal ini berbeda dengan doktrin tradisional bahwa “*errof facti non nocet*” dan “*error iuris nocet*”.²²⁵

Pasal 42 Konsep KUHP tahun 2008 menentukan :

- (1) Tidak dipidana, jika seseorang tidak mengetahui atau sesat mengenai keadaan yang merupakan unsur tindak pidana atau berkeyakinan bahwa perbuatannya tidak merupakan suatu tindak pidana, kecuali ketidak-tahuan, kesesatan, atau keyakinannya itu patut dipersalahkan kepadanya.
- (2) Jika seseorang sebagaimana dimaksud pada ayat (1) patut dipersalahkan atau dipidana, maka maksimum pidananya dikurangi dan tidak melebihi $\frac{1}{2}$ (satu perdua) dari maksimum pidana untuk tindak pidana yang dilakukan.

²²³ ibid

²²⁴ ibid, hlm. 38-39.

²²⁵ Loc. Cit

Berikut ini penulis akan melihat konsep pertanggungjawaban pidana berdasarkan kajian perbandingan (komparasi) dengan Hukum Pidana Inggris.

Dari beberapa literatur tentang perbandingan hukum ditemukan bahwa, pertanggungjawaban pidana berdasarkan hukum pidana negara-negara yang menganut "*common law system*" (seperti di Inggris) pada prinsipnya tidak memiliki perbedaan yang fundamental dengan negara yang menganut "*civil law system*" (Indonesia). Hukum pidana Inggris mensyaratkan bahwa pada prinsipnya setiap orang yang melakukan kejahatan dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya, kecuali ada sebab-sebab yang meniadakan penghapusan pertanggungjawaban yang bersangkutan atau "*exemptions from liability*". Menurut **Sudarto** sebagaimana dikutip oleh **Romli Atmasasmita**, konsep pertanggungjawaban pidana atau kemampuan bertanggungjawab tampaknya menganut pandangan yang dualistis.²²⁶ Itu artinya hukum pidana Inggris juga menganut ide keseimbangan dalam konsep pertanggungjawaban pidana, sama seperti yang dianut dalam Konsep KUHP Baru Indonesia.

²²⁶ Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana*, Penerbit CV. Mandar Maju : Bandung, 2000, hlm. 71.

Menurut hukum pidana Inggris, seseorang dipertanggungjawabkan atas suatu tindak pidana jika : ²²⁷

- a. Ia memperoleh tekanan (physik atau psikologis) sedemikian rupa, sehingga mengurangi pengendalian diri yang bersangkutan atau membatasi kebebasan pribadinya, seperti : gila atau daya paksa

Yang termasuk dalam penghapusan pertanggungjawaban pidana dalam poin a diatas adalah sebagai berikut :

1. Insanit atau gila (sakit jiwa)

Insanity atau gila, berdasarkan hukum pidana Inggris merupakan suatu upaya pembelaan yang bersifat mutlak atau *a complete defense*, jika tertuduh dapat membuktikan bahwa pada saat terjadinya kejahatan (yang dituduhkan kepadanya) tersebut, tertuduh sedang mengalami sakit cacat akal dan penyakit mental, sehingga ia tidak dapat mengetahui sifat dan kualitas dari perbuatannya – atau jika ia pun mengetahuinya, ia tidak tahu bahwa perbuatannya salah. (*at the time of the offence was committed he was "labouring under such defect of reason, from disease of the mind, as not to know the*

²²⁷ Ibid, hlm. 71-72.

nature and quality of the act he was doing, or if he did know it, he did not know he was doing was wrong).

Peraturan tentang gila (*insanity*) tersebut di atas dalam hukum pidana Inggris dikenal sebagai “M’ naghten Rule” (1848).

Isi ketentuan tentang gila/*insanity* (M’Naghten Rule) diatas mengandung makna 3 (tiga) hal, sebagai berikut :

- o Setiap orang dianggap sehat jiwanya, dan bebabn pembuktian terletak pada pihak tertuduh
- o Kebodohan semata-mata tidak merupakan suatu pembelaan yang cukup – harus ada apa yang disebut “*some disease of mind*”
- o “*irresistible impulse*” bukan suatu pembelaan, akan tetapi jika pembelaan tersebut dapat membuktikan bahwa tertuduh menderita abnormalitas pikiran yang mengakibatkan “berkurangnya pertanggungjawaban pidana” atau “*diminished responsibility*” maka hal ini hanyalah merupakan faktor yang meringankan hukuman bukan merupakan faktor yang meniadakan hukuman. Homicide Act 1957 menegaskan bahwa jika “*mitigating factors*” tersebut (faktor yang

meringankan) terbukti dalam suatu perkara pembunuhan dengan sengaja (*first degree murder*), tertuduh hanya terbukti melakukan pembunuhan karena kelalaian atau manslaughter.

2. Automatism atau gerak reflek

Dalam kasus gerak reflek ini justru justru perbuatan tertentu tidak dapat dipidana jika dilakukan secara tidak sengaja. Sebagai contoh, seorang supir yang dituntut karena manjalankan kendaraan dalam keadaan ngantuk dan mengakibatkan seseorang pejalan kaki mati – tidak dapat membela diri bahwa ia tertidur karena gerak reflek, sebab ia seharusnya berhenti memegang kemudi jika ia ngantuk.

3. Drunkenness atau mabuk

Alasan mabuk dalam hukum pidana Inggris dibedakan dalam 2 (dua) macam, yaitu :

- o *Involuntary drunkenness*, yaitu seseorang mabuk disebabkan karena perbuatan orang lain. Jika hal tersebut dapat dibuktikan maka alasan mabuk merupakan suatu “pembelaan yang mutlak” (*a complete defense*)

- o *Voluntary drunkenness*. Pada umumnya tidak diakui sebagai pembelaan yang bersifat mutlak, kecuali mabuknya itu mengakibatkan gila sementara waktu sehingga menghilangkan unsur niat yang disyaratkan oleh suatu tindak pidana.

4. Coercion atau daya paksa

Coercion diakui sebagai suatu upaya pembelaan jika dapat dibuktikan bahwa tertuduh melakukan perbuatan yang bertentangan dengan kemampuan dari dalam dirinya dan dibawah tekanan orang lain. Pada umumnya pihak Pengadilan melihat atau menanggapi “*coercion*” ini dengan penuh curiga dan sangat jarang dapat dipergunakan untuk meniadakan pertanggungjawaban pidana.

Hukum Pidana Inggris membedakan “*coercion*” ini ke dalam 3 (tiga) bagian sebagai berikut :

1. “Coercion by orders of a superior” (daya paksa karena perintah atasan).
2. “Coercion by threats” (daya paksa karena suatu ancaman).
3. “Marital coercion” (daya paksa oleh salah satu pihak dalam suatu ikatan perkawinan).

Dalam hukum pidana Inggris, alasan daya paksa karena perintah atasan, merupakan upaya bela diri yang meragukan dan hampir pasti tidak dapat diterima oleh Pengadilan. Jika ternyata tertuduh (seharusnya) menyadari bahwa perintah atasannya itu bersifat melawan hukum.

Alasan daya paksa karena adanya suatu ancaman merupakan suatu pembelaan yang diakui secara penuh oleh Pengadilan jika benar-benar terbukti. Ancaman ini harus merupakan ancaman yang bersifat fisik. Ancaman yang mengenai harta benda saja dianggap tidak cukup.

Alasan daya paksa yang timbul oleh satu pihak yang terikat dalam suatu perkawinan merupakan upaya bela diri yang lengkap, jika terbukti seorang isteri melakukan kejahatan dibawah paksaan suaminya. Dalam Hukum Pidana Inggris yang penting harus ada “kesinambungan” atau “continuity” dari suatu ancaman yang terus dilakukan selama terjadinya suatu tindak pidana.

5. Necessity atau keadaan darurat

Necessity atau “keadaan darurat” merupakan suatu upaya bela diri yang bersifat mutlak dalam hal ini :

- Kasus *self-defense* asal beralasan menurut keadaan tertentu;
 - Untuk mencegah kejahatan dengan kekerasan
- Selain dari situasi tersebut di atas, *necessity* tidak dapat dipergunakan sebagai upaya bela diri. Dalam kasus Regina v. Dudley & Stephen (1884) di Inggris, maka Dudley dan Stephen dinyatakan bersalah melakukan pembunuhan terhadap Parker ditengah laut bebas dalam sebuah perahu. Dudley dan Stephen mempergunakan alasan *necessity* dimana pembunuhan yang dilakukan bertujuan untuk tetap dapat mempertahankan hidup mereka setelah kehabisan makanan dan minuman terombang-ambing ditengah lautan. Pembelaan tersebut ditolak karena pembelaan yang diajukan tidak memenuhi syarat situasi sebagaimana diuraikan diatas.

6. Mistake or ignorance of fact atau kekeliruan atas fakta.

Mistake atau kekeliruan atas fakta dapat merupakan pembelaan dalam situasi tertentu jika kekeliruan tersebut beralasan. Sedangkan kekeliruan atas hukum bukan merupakan pembelaan.

Dalam hukum pidana Inggris diakui adanya orang-orang tertentu yang memiliki “kekebalan” atau “*immunity*” terhadap pertanggungjawaban pidana disebabkan karena status orang tersebut.

Mereka adalah :

- a. The Sovereign. Dikenal dengan istilah “*the queen can do no wrong*”, sehingga dengan sendirinya seorang Ratu di Inggris tidak dapat dituntut. Sedangkan penasehat Ratu dapat dituntut.
- b. *Foreign sovereign* dan “Diplomat” memiliki “kekebalan” yang sama, akan tetapi “kekebalan seorang diplomat dapat dicabut oleh Pemerintah Negara asalnya.
- c. *Corporation* atau Perkumpulan. Pada umumnya dalam hal-hal tertentu dapat dipertanggungjawabkan secara pidana. Ada beberapa tindak pidana yang tidak dapat dilakukan oleh Korporasi atau perkumpulan yaitu, melakukan pencurian dan perkosaan.
- d. Anak-anak dibawah usia 10 tahun tidak dapat dipertanggungjawabkan atas perbuatannya. (children and Young Person Act, 1963). Mereka

yang berusia antara 10 dan 14 tahun dianggap tidak mampu bertanggungjawab dan hanya dapat dituntut jika penuntut dapat membuktikan bahwa anak tersebut mengetahui bahwa apa yang diperbuatnya itu salah. Seorang anak laki-laki berusia antara 10-14 tahun secara hukum tidak dapat dipertanggungjawabkan melakukan perkosaan. Akan tetapi dapat dituntut karena melakukan “ perbuatan tidak senonoh” (*indecent assault*). Seorang anak laki-laki berusia antara 14 dan 21 tahun sepenuhnya dapat dipertanggungjawabkan secara pidana akan tetapi dapat dipertanggungjawabkan secara pidana akan tetapi tidak boleh dijatuhi hukuman penjara; kecuali Pengadilan menganggap sarana lain tidak cukup bagi pendidikan anak yang bersangkutan.

7. Accident atau kecelakaan

- b. Pelaku termasuk golongan orang-orang yang tunduk pada peraturan khusus, seperti : diplomat asing atau anak dibawah umur.

Sedangkan yang termasuk ke dalam penghapusan pertanggungjawaban pidana (sub b) diatas adalah : ²²⁸

- pengusaha atau yang memegang kekuasaan atau Raja yang berdaulat;
- diplomat asing;
- perkumpulan atau badan usaha secara terbatas;
- anak dibawah usia 10 tahun.

3. Implementasi Ide Keseimbangan Dalam Pidana dan Pemidanaan

Bertolak dari pemikiran, bahwa pidana pada hakikatnya hanya merupakan alat untuk mencapai tujuan, maka Konsep pertama-tama merumuskan tentang Tujuan Pemidanaan. Menurut **Barda Nawawi Arief**, dalam meidentifikasi tujuan pemidanaan, Konsep bertolak dari keseimbangan 2 (dua) sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat” dan “perlindungan/pembinaan individu pelaku tindak pidana”.²²⁹

BAB III Buku I tentang pemidanaan, pidana dan tindakan dalam Konsep KUHP tahun 2008 dalam pasal 54 menentukan :

(1) Pemidanaan bertujuan :

²²⁸ ibid

²²⁹ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Op.Cit. hlm. 88.

- a. mencegah dilakukan tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi mengayomi masyarakat;
 - b. memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang yang baik dan berguna;
 - c. menyelesaikan konflik yang ditimbulkan oleh tindak pidana, memulihkan keseimbangan, dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat; dan
 - d. membebaskan rasa bersalah pada terpidana.
- (2) Pidanaaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan merendahkan martabat manusia

Bertolak dari keseimbangan 2 (dua) sasaran pokok itu, maka syarat pidanaaan menurut Konsep juga bertolak dari pemikiran keseimbangan nono-dualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu; antara faktor objektif dan faktor subjektif. Oleh karena itu, syarat memidanaan juga bertolak dari 2 (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”).

Dilihat dari pokok pemikiran yang lebih menitik beratkan pada perlindungan masyarakat, maka wajar apabila Konsep masih tetap mempertahankan jenis-jenis sanksi pidana yang berat, yaitu “pidana mati” dan “pidana seumur hidup”. Pidana mati (*capital punishment*) diatur dalam pasal tersendiri sebagai “pidana yang bersifat khusus” dan selalu diancamkan secara

alternatif (logikanya dengan pidana penjara).²³⁰ Pidana mati dijatuhkan sebagai “upaya terakhir untuk mengayomi masyarakat” (Pasal 87 Konsep).²³¹ Hal ini dilakukan dengan pertimbangan, bahwa digunakannya hukum pidana mati sebagai salah satu dalam “kebijakan kriminal” dan “kebijakan sosial”. Pidana mati pada hakikatnya bukan merupakan sarana yang utama untuk mengatur, menertipkan dan memperbaiki masyarakat. Pidana mati merupakan sarana pengecualian identik dengan sarana “amputasi” atau “operasi” di bidang kedokteran yang pada hakikatnya juga bukan merupakan sarana yang utama tetapi merupakan upaya atau sarana/obat terakhir. Dalam penerapan pidana mati bersifat “selektif”, hati-hati dan berorientasi juga pada perlindungna individu. Konsep KUHP juga memungkinkan “penundaan pelaksanaan pidana mati” atau “pidana mati bersyarat” dengan masa percobaan selama 10 (sepuluh) tahun.²³²

²³⁰ Lihat Mardjono Reksodiputro, “Catatan-Catatan Sekilas Tentang Bab Pidana, Pidana dan Tindakan (Bab III Buku Kesatu) Rancangan Undang-Undang Republik Indonesia Tentang KUHP”, dalam <http://www.djpp.depkumham.go.id>, diakses pada tanggal 19 Februari 2009.

²³¹ Lihat juga Muladi, “Beberapa Catatan Berkaitan Dengan RUU KUHP Baru”, makalah disampaikan pada Seminar Nasional RUU KUHP Nasional, diselenggarakan oleh Universitas Internasional Batam pada tanggal 17 Februari 2004, hlm. 6.

²³² Dalam KUHP, pidana mati merupakan salah satu jenis pidana pokok. Pro dan kontra pidana mati menjadi bahan diskursus di dunia akhir dasawarsa ini karena dinilai melanggar prinsip-prinsip Hak Asasi Manusia bahwa tak seorang pun di dunia ini yang berhak menghilangkan hak hidup orang lain. Selain itu, pidana mati dinilai tidak sesuai dengan tujuan pemidanaan berupa pembinaan kepada pelaku kejahatan (*treatment of offenders*). Indonesia masih mempertahankan pidana mati dengan

Berkaitan dengan hukuman mati ini, **Yong Ohoitumur** memberikan pandangan, bahwa solidaritas manusia tidak saja berti rasa kesetiakawanan dan sepenanggungan warga masyarakat dengan mereka yang telah menjadi korban tindakan kejahatan, melainkan pula dengan mereka yang bernasib malang karena dijatuhi hukuman (mati).²³³ Hanya dengan luas solidaritas yang tak dibatasi ini, ada harapan bahwa hukuman yang adil akan diciptakan dan dilaksanakan oleh lembaga-lembaga negara. Hukum yang adil adalah hukum yang menghargai kemanusiaan secara komprehensif dan kontekstual, tanpa diskriminasi. Hukum yang adil konsisten dengan nilai dan visi hidup masyarakat, tidak memihak sang korban saja, tapi memperhitungkan juga pandangan, keyakinan, alam rasa si terpidana serta struktur sosial masyarakat setempat sebagai konteks tindakan kejahatan.²³⁴

Pasal 65 Kosep KUHP 2008 menentukan :

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

mendasarkan diri pada perlindungan masyarakat. Sebagai bentuk kompromi, pidana mati dikeluarkan dari pidana pokok menjadi bersifat khusus dan tidak diancamkan secara tunggal.

²³³ Yong Ohoitumur, ***Teori Etika Tentang Hukuman Legal***, Penerbit PT. Gramedia Pustaka Utama : Jakarta, 1997, hlm. 106.

²³⁴ ibid

- (2) Urutan pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menentukan berat ringannya pidana.

Aspek lain dari perlindungan masyarakat adalah perlunya mempertahankan keseimbangan atau keselarasan berbagai kepentingan dan nilai yang terganggu oleh adanya kejahatan, yaitu kepentingan korban. Sehubungan dengan hal ini **Barda Nawawi Arief** mengatakan, bahwa tujuan pidana adalah untuk memelihara atau memulihkan keseimbangan masyarakat.²³⁵

Untuk memenuhi aspek ini, Konsep menyediakan jenis sanksi berupa “pembayaran ganti kerugian” dan “pemenuhan kewajiban adat”.²³⁶ 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 masyarakat sebagai suatu penyelesaian masalah secara tuntas.²³⁷

Pasal 67 RUU KUHP tahun 2008 menentukan :

- (1) Pidana tambahan terdiri dari
 - a. pencabutan hak tertentu;

²³⁵ Barda Nawawi Arief, ***Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara***, Penerbit CV. Ananta : Semarang, 1994, hlm. 95.

²³⁶ Pemenuhan kewajiban adat dimaksudkan agar hukum pidana memberikan kesempatan/perlindungan bagi hukum pidana adat setempat untuk memberikan sanksi lain yang tidak tercover dalam KUHP.

²³⁷ Barda Nawawi Arief, ***Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana***, Op.Cit. hlm. 89.

- b. perampasan barang tertentu dan/atau tagihan;
 - c. pengumuman putusan hakim;
 - d. pembayaran ganti kerugian; dan
 - e. pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban hukum yang hidup dalam masyarakat.
- (2) Pidana tambahan dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana pokok, sebagai pidana yang berdiri sendiri atau dapat dijatuhkan bersama-sama dengan pidana tambahan yang lain.
 - (3) Pidana tambahan berupa pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup dalam masyarakat atau pencabutan hak yang diperoleh korporasi dapat dijatuhkan walau tidak tercantum dalam perumusan tindak pidana.
 - (4) Pidana untuk percobaan dan pembantuan adalah sama dengan pidana tambahan untuk tindak pidana.
 - (5) Anggota Tentara Nasional Indonesia yang melakukan tindak pidana dapat dikenakan pidana tambahan sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku bagi Tentara Nasional Indonesia.

Aspek pemikiran yang berorientasi pada “orang” (pelaku tindak pidana) terlihat dari adanya ide “individualisasi pidana” dalam Konsep KUHP sebagai berikut :

- asas “tiada pidana tanpa kesalahan”;²³⁸
- alasan penghapusan pidana berupa alasan pemaaf meliputi “*error*”, daya paksa, pembelaan terpaksa yang melampaui batas, tidak mampu bertanggungjawab, dan anak dibawah umur 12 tahun.²³⁹ Selain itu, pidana dan

²³⁸ Asas tiada pidana tanpa kesalahan (*nulla poena sine culpa*) merupakan asas yang sangat urgen dalam hukum pidana. Namun demikian, KUHP (WvS) tidak menyebutnya secara eksplisit asas ini. Pengetahuan tentang asas kesalahan dapat dipahami dalam ilmu hukum pidana (*strafrecht lehre*).

²³⁹ Dalam KUHP, anak di bawah umur bukan merupakan alasan penghapus pidana, namun hanya disebutkan sebagai alasan yang dapat

tindakan bagi anak hanya berlaku bagi orang yang berumur 12-18 tahun yang melakukan tindak pidana. Hal ini berarti, bahwa pertanggungjawaban pidana anak minimal 12 tahun dan maksimal 18 tahun;²⁴⁰

- adanya pedoman pemberian pidana dengan dimasukkannya masalah motif, sikap batin dan kesalahan di pembuat, cara si pembuat melakukan tindak pidana, riwayat hidup dan keasaan sosial ekonominya serta bagaimana pengaruh pidana terhadap masa depan di pembuat;
- pedoman “pemberian maaf” atau “pengampunan” oleh hakim dengan mempertimbangkan keadaan pribadi si pembuat dan pertimbangan kemanusiaan;

meringankan pidana. Pasal 45 KUHP menyebutkan bahwa jika terdakwa belum umur 16 tahun maka hakim diberikan 3 alternatif, yaitu (1) memerintahkan supaya anak tersebut dikembalikan lagi ke orang tuanya, walinya, atau pemeliharanya, tanpa dijatuhi pidana apapun; (2) memerintahkan supaya anak tersebut diserahkan kepada pemerintah tanpa pidana apapun; dan (3) menjatuhkan pidana. Selanjutnya, Pasal 47 KUHP mengatur apabila hakim menjatuhkan pidana kepada anak, maka maksimum pidana pokok terhadap tindak pidananya dikurangi sepertiga. Namun jika perbuatan itu diancam dengan pidana mati atau penjara seumur hidup, maka dijatuhkan pidana penjara paling lama 15 tahun.

²⁴⁰ Sebagai pengganti aturan pertanggungjawaban pidana anak, Indonesia mengeluarkan UU Nomor 3 Tahun 1997 tentang Peradilan Anak. Menurut UU ini anak yang masih berumur 8 s.d. 12 tahun hanya dapat dikenakan tindakan, dan anak yang berumur 12 s.d. 18 tahun dapat dijatuhi pidana. Sedangkan anak yang belum berumur 8 tahun dianggap belum mampu mempertanggungjawabkan perbuatannya. Dengan demikian, secara otomatis ketentuan pertanggungjawaban pidana anak dalam KUHP tersebut dihapuskan dengan UU Peradilan Anak ini. Lihat UU Nomor 3 Tahun 1997 tentang Peradilan Anak, Penerbit Sinar Grafika : Jakarta, 2000.

- faktor “peringanan dan pemberatan pidana” seperti dalam Pasal 132 dan pasal 134 Konsep tahun 2008.

Faktor-faktor yang memperingan pidana terlihat dalam Pasal 132 Konsep KUHP tahun 2008 yang menentukan :

- percobaan melakukan tindak pidana;
- pembantuan terjadinya tindak pidana;
- penyerahan secara suka rela kepada yang berwajib setelah melakukan tindak pidana;
- tindak pidana yang dilakukan oleh wanita hamil;
- pemberian ganti kerugian yang layak atau perbaikan kerusakan secara suka rela, akibat tindak pidana yang dilakukan;
- tindak pidana yang dilakukan karena goncangan jiwa yang sangat hebat;
- tindak pidana yang dilakukan oleh pembuat sebagaimana dimaksud Pasal 39; atau
- faktor-faktor lain yang bersumber dari hukum yang hidup dalam masyarakat.

Sedangkan faktor-faktor yang memberatkan pidana terlihat dalam Pasal 134 Konsep KUHP tahun 2008 yang menentukan :

- pelanggaran suatu kewajiban jabatan yang khusus diancam dengan pidana atau tindak pidana yang

dilakukan oleh pegawai negeri dengan menyalahgunakan kewenangan, kesempatan, atau sarana yang diberikan kepadanya karena jabatan;

- penggunaan bendera kebangsaan, lagu kebangsaan atau lambang Negara Indonesia pada waktu melakukan tindak pidana;
- penyalahgunaan keahlian atau profesi untuk melakukan tindak pidana;
- tindak pidana yang dilakukan orang dewasa bersama-sama dengan anak di bawah umur 18 tahun;
- tindak pidana yang dilakukan secara bersekutu, bersama-sama, dengan kekerasan, dengan cara yang kejam, atau dengan cara berencana;
- tindak pidana yang dilakukan pada waktu terjadi huru hara atau bencana alam;
- tindak pidana yang dilakukan pada waktu Negara dalam keadaan bahaya;
- pengurangan tindak pidana; atau
- faktor-faktor lain yang bersumber dari hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*)

Konsep KUHP juga memungkinkan adanya “modifikasi/perubahan/penyeduaiian/peninjauan kembali putusan pidana yang telah berkekuatan hukum 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. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 57 Konsep, yang menentukan :

- (1) putusan pidana dan tindakan yang telah 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 dimaksud dalam ayat (1) tidak boleh lebih berat dari putusan semula dan harus dengan persetujuan terpidana
- (4) perubahan atau penyesuaian sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat berupa
 - a. pencabutan atau penghentian sisa pidana atau tindakan; atau
 - b. penghentian jenis pidana atau tindakan lainnya.
- (5) jika permohonan perubahan atau penyesuaian sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) ditolak oleh pengadilan, maka permohonan baru dapat diajukan lagi setelah 1 (satu) tahun sejak penolakan
- (6) jika terdapat keadaan khusus yang menunjukkan permohonan tersebut pantas untuk dipertimbangkan sebelum batas waktu satu tahun, maka ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (5) tidak berlaku.

Aspek lain dari “individualisasi pidana” ialah perlu adanya keluasan bagi hakim dalam memilih dan menentukan saksi 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 diatas **Barda Nawawi Arief** menyatakan, bahwa di dalam Konsep ditentukan hal-hal sebagai berikut : ²⁴¹

- 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”;

²⁴¹ *ibid.*, hlm. 92.

- 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 II), namun hakim dapat juga menjatuhkan jenis sanksi lainnya (pidana pokok/pidana tambahan/tindakan) yang tidak tercantum, sepanjang dimungkinkan/diperbolehkan menurut aturan umum Buku I.

Misalnya :

Pidana yang tercantum/diancamkan adalah “pidana penjara”, tetapi menurut Buku I hakim dapat menjatuhkan :

- o “pidana tutupan” atau “pidana pengawasan”;
 - o “pidana denda” (apabila pidana penjara diancamkan secara tunggal); atau
 - o “pidana kerja sosial” (apabila hakim bermaksud menjatuhkan pidana penjara lebih dari 6 (enam) bulan.
- c. Walaupun sanksi pidana diancamkan secara “tunggal”, tetapi di dalam penerapannya hakim dapat memilih alternatif pidana lainnya

- d. Walaupun sanksi pidana diancamkan secara “alternatif”, tetapi dalam penerapannya hakim dapat menjatuhkan pidana secara kumulatif
- e. Seperti telah dikemukakan di atas, walaupun sanksi yang dijatuhkan sudah mempunyai keputusan hukum yang tetap, tetapi dalam pelaksanaannya masih selalu dapat dilakukan perubahan/peninjauan/penyesuaian kembali.

Walaupun dalam Konsep ditentukan seperti diatas, akan tetapi ada hal yang belum tercover dalam Konsep KUHP Baru, seperti “pidana antara” atau dapat juga disebut dengan istilah “pidana campuran”, yaitu suatu gagasan penggabungan antara pidana penjara dan pidana pengawasan.²⁴² Jenis pidana ini pernah diusulkan oleh **Barda Nawawi Arief** dalam Disertasinya yang berjudul “*Kebijaksanaan Legislatif Mengenai Penetapan Pidana Penjara Dalam Perundang-undangan Dalam Rangka Usaha Penanggulangan Kejahatan*”.²⁴³

Dilihat dari kajian perbandingan (komparasi) jenis pidana ini terdapat di Swedia, Denmark dan beberapa negara bagian di Amerika Serikat seperti Ohio, Maine, California dan Wisconsin.

²⁴² Gagasan “pidana antara” atau “pidana gabungan” dalam kepustakaan dikenal dengan masalah “*combined incarceration and probation*” atau juga disebut dengan istilah “*mixed or split sentence*”.

²⁴³ Bisa ditelusuri dalam buku Barda Nawawi Arief, ***Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara***, Op.Cit., hlm. 146.

Di Ohio misalnya, dikenal apa yang disebut dengan “*shock Probation law*” yang diatur dalam Ohio Revised Code, 2947.06.1, tahun 1965. Undang-undang ini pada dasarnya dimaksudkan sebagai suatu sarana pembinaan dan sebagai kompromi antara keuntungan-keuntungan dari pengurangan di dalam lembaga (*incarceration*) dan keuntungan dari “*probation*” (semacam pidana pengawasan).²⁴⁴

Dalam sistem sanksi pidana di Denmark, pidana kustodial (penjara) dan pidana bersyarat digabung/dikombinasikan dalam dua bentuk : ²⁴⁵

1. hakim dapat menjatuhkan pidana kustodial dan pada saat yang sama dapat memerintahkan bahwa sebagian dari pidana itu, dengan maksimum 3 bulan, harus dijalani (*must be served*), dan sisanya ditunda (*the rest suspended*); dan
2. hakim dapat menetapkan/memastikan lamanya sebagian pidana penjara dan membiarkan sisanya terbuka (*leave the rest open*). Sebagian pidana yang ditetapkan itu tidak boleh lebih dari 3 bulan, dan harus dijalani. Sisanya (*the remainder*) dikonversi dalam pidana penjara yang pasti apabila terpidana tidak memenuhi syarat-syarat yang ditetapkan kepadanya.

Disatu pihak sistem ini mencoba untuk menghindari pengenaan pidana penjara yang lama beserta akibat-akibat yang mengikutinya, sementara di lain pihak mengadakan

²⁴⁴ ibid, hlm. 149.

²⁴⁵ Barda Nawawi Arief, **Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana**, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2006, hlm. 36.

pengawasan yang tetap untuk jangka waktu yang pendek. Disamping itu, dimaksudkan untuk menanamkan kesan kepada sipelanggar (narapidana, pen) dengan adanya penderitaan dan problem-problem psikologis dari pengisoliran dan kehidupan di dalam penjara.²⁴⁶ Keuntungan-keuntungan sistem penggabungan ini masih banyak yang diperdebatkan, atau masih banyak yang pro dan kontra terhadap sistem ini.

Untuk melihat pendapat yang pro dan pendapat yang kontra terhadap “pidana antara” atau “pidana gabungan” (“*mixed or split sentence*”) ini, dapat dilihat dari tabel berikut ini :²⁴⁷

Pendapat yang pro terhadap “ <i>mixed or split sentence</i> ”	Pendapat yang kontra terhadap “ <i>mixed or split sentence</i> ”
<ol style="list-style-type: none"> Institusionalisasi mungkin merupakan keuntungan bagi yang bersangkutan. Pengurangan di dalam lembaga memberikan kesempatan untuk melakukan evaluasi yang lebih mendetail akan kebutuhan-kebutuhan sipelanggar itu sendiri dan membantunya untuk memanfaatkan latihan-latihan dan pelayanan-pelayanan pendidikan yang ada di dalam lembaga. Pejabat-pejabat penjara mungkin lebih dapat menetapkan kebutuhan-kebutuhan yang bersangkutan dan sementara itu dapat memberikan pengawasan yang lebih besar terhadap sipelanggar dan akibatnya memberikan perlindungan yang lebih besar bagi masyarakat; Keuntungan dari “<i>mixed or split</i>” 	<ol style="list-style-type: none"> Penjara dan pengawasan (<i>prison and probation</i>) adalah suatu dikotomi; keduanya tidak dapat dan tidak seharusnya digabungkan. Sehubungan dengan hal ini ada yang mengemukakan, bahwa pada saat seseorang ditetapkan dapat dipercaya untuk tetap berada di dalam masyarakat dan lebih dapat menguntungkan dibawah pengawasan masyarakat, maka tidak ada keuntungan-keuntungan yang cukup besar dari pidana penjara pendek; Tiap kehilangan waktu di dalam lembaga mengganggu atau mengacaukan usaha-usaha terapeutik yang mungkin dapat dilakukan dalam keadaan yang lebih terbuka. Disamping itu, waktu yang pendek tetap dapat

²⁴⁶ Barda Nawawi Arief, **Kebijakan Legislatif...**, Op.Cit., hlm. 150.

²⁴⁷ Sumber : diolah dari ibid, hlm. 150-151.

<p><i>sentence</i>” ialah untuk memberikan kejutan, goncangan atau sentakan (<i>shock or jolt</i>) kepada yang bersangkutan mengenai kehidupan penjara yang senyatanya.</p>	<p>mengeraskan sikap sipelanggar dan membuatnya benci, karena ia merasa telah menjalani dosanya;</p> <p>3. Pidana gabungan merupakan tindakan yang bertentangan dengan maksud dan tujuan “<i>probation</i>”. “<i>probation</i>” dipandang sebagai “<i>non-punitive</i>” dan tiap penggunaan penjara menyebabkan pekerjaan dari para petugas pengawas menjadi lebih kompleks dan dalam jangka waktu yang lama, dapat menggagalkan tujuan dari pengawasan kemasyarakatan. Tujuan dari “<i>probation</i>” adalah menghindari pengurungan (di dalam lembaga), bukan menjadi pelengkap.</p>
---	--

Untuk itu dalam rangka *penal reform*, khususnya dalam rangka implementasi ide keseimbangan dalam Konsep KUHP Baru, maka seyogyanya perlu dimasukkan “pidana antara” atau “pidana gabungan”, sebagai jenis/bentuk pidana lain disamping pidana penjara.

BAB IV

PENUTUP

A. Simpulan

Dari hasil penelitian dan pembahasan, dapatlah ditarik simpulan sebagai berikut :

1. Sistem pemidanaan dalam Konsep KUHP Baru (RKUHP) disusun dengan bertolak pada berbagai pokok pemikiran yang secara garis besar dapat disebut “Ide Keseimbangan”, yang mencakup : keseimbangan monodualistik antara kepentingan umum/masyarakat dan kepentingan individu/perseorangan; keseimbangan antara ide perlindungan/kepentingan korban dan ide individualisasi pidana; keseimbangan antara unsur/faktor obyektif (perbuatan/lahiriah) dan subyektif (orang batiniah/sikap batin) (ide *daad-dader strafrecht*); keseimbangan antara kriteria formal dan materiel; keseimbangan antara kepastian hukum, kelenturan/elastisitas/fleksibilitas dan keadilan; dan keseimbangan nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/internasional/universal.
2. Ide keseimbangan tersebut teraktualisasikan/terwujud/ diimplementasikan pada 3

(tiga) materi/subtansi/masalah pokok dalam hukum pidana, yaitu dalam masalah “Tindak Pidana atau Perbuatan yang Bersifat Melawan Hukum (*criminal act*)”, Masalah “Pertanggungjawaban Pidana atau Kesalahan (*criminal responsibility*)”, dan Masalah “Pidana” dan “Pemidanaan (*punishment and treatment system*)”. Dalam masalah “tindak pidana”, implementasi ide keseimbangan berorientasi pada masalah sumber hukum (asas atau landasan legalitas), yakni disamping sumber hukum atau landasan legalitas didasarkan pada asas legalitas formal (berdasarkan undang-undang) yang menjadi landasan utama, tetapi juga didasarkan pada asas legalitas materiel dengan memberi tempat kepada “hukum yang hidup dalam masyarakat” (*the living law*), tetapi Konsep memberi pedoman yaitu sepanjang sesuai dengan prinsip-prinsip yang terkandung dalam Pancasila. Dalam masalah pertanggungjawaban pidana, implementasi ide keseimbangan dapat terlihat dari pandangan Konsep bahwa asas kesalahan (asas *culpabilitas*) merupakan pasangan dari asas legalitas yang harus dirumuskan secara eksplisit dalam undang-undang. Oleh karena itu ditegaskan dalam Konsep, bahwa asas “tiada pidana

tanpa kesalahan” merupakan asas yang sangat fundamental dalam mempertanggungjawabkan pembuat yang telah melakukan tindak pidana. Walaupun pada prinsipnya bertolak dari asas legalitas dan asas culpabilitas, namun Konsep tidak memandang kedua syarat/asas tersebut sebagai syarat yang kaku dan bersifat absolut. Dalam hal-hal tertentu Konsep juga memberikan pengecualian, seperti “pertanggungjawaban yang ketat” (*strict liability*), “pertanggungjawaban pengganti” (*vicarious liability*), dan asas “pemberian maaf/pengampunan oleh hakim” (*rechterlijk pardon* atau *judicial pardon*). Dalam masalah pidana dan pemidanaan, implementasi ide keseimbangan dalam konsep antara lain sebagai berikut :

a. Tujuan Pemidanaan

Dalam meidentifikasi tujuan pemidanaan, Konsep bertolak dari keseimbangan 2 (dua) sasaran pokok, yaitu “perlindungan masyarakat” dan “perlindungan/pembinaan individu pelaku tindak pidana”.

b. Syarat Pemidanaan

Bertolak dari keseimbangan 2 (dua) sasaran pokok itu, maka syarat pemidanaan menurut Konsep juga bertolak dari pemikiran keseimbangan nono-dualistik antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu; antara faktor objektif dan faktor subjektif. Oleh karena itu, syarat memidanaan juga bertolak dari 2 (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”).

Dalam merumuskan Konsep KUHP Tim Penyusun Konsep (TPK) telah berusaha menyerap aspirasi yang bersifat multidimensional baik yang berasal dari elemen-elemen suprastruktural, infrastruktural, akademis maupun aspirasi internasional dalam bentuk pengkajian terhadap berbagai kecenderungan internasional dan berbagai KUHP dari seluruh keluarga hukum (Anglo Saxon, Kontinental, Timur Tengah, Timur Jauh dan Sosialis) atau yang lebih dikenal dengan kajian perbandingan (komparasi), namun walaupun demikian, penulis berpendapat masih ada kekurangan/kelemahan dalam penyusunan Konsep KUHP. Kekurangan/kelemahan tersebut dapat dilihat dari :

- a. Tidak adanya pedoman yang lebih rinci terhadap pertanggungjawaban pidana korporasi;
- b. Tidak adanya penyeimbang antara pidana penjara dan pidana pengawasan;
- c. Tidak adanya pembedaan antara “Tujuan pemidanaan” dan “tujuan Hukum Pidana (KUHP)”;

B. Saran

Berkaitan dengan hasil penelitian dan pembahasan yang menemukan adanya kekurangan/kelemahan dalam penyusunan Konsep KUHP, maka penulis menyarankan :

1. dalam rangka *penal reform*, khususnya dalam rangka implementasi ide keseimbangan dalam Konsep KUHP Baru, maka seyogyanya perlu dimasukkan “pidana antara” atau “pidana gabungan” (*mixed or split sentence*), sebagai jenis/bentuk pidana lain disamping pidana penjara dan juga sebagai penyeimbang antara pidana penjara dan pidana pengawasan.
2. Perlu dibedakan rumusan antara “tujuan pidana” dan “tujuan hukum pidana/KUHP”.
3. Dari kajian komparasi terlihat, bahwa pedoman pemidanaan lebih rinci dirumuskan terhadap korporasi yang melakukan tindak pidana, sementara dalam Konsep KUHP 2008 tidak dirumuskan. Untuk itu

dalam rangka pembaharuan sistem pemidanaan di Indonesia, ada baiknya ketentuan di dalam KUHP Norwegia dapat dikaji dan diintergrasikan dalam Konsep KUHP Baru Indonesia. Untuk itu seyogyanya Pasal 52 Konsep KUHP 2008 perlu untuk dikaji ulang;

4. Sehubungan dengan hal-hal di atas perlu ditinjau kembali (*reformulasi*) kedudukan Buku I KUHP (Ketentuan Umum), karena Buku I ini memuat asas-asas hukum (*legal principles*) yang berlaku baik ke dalam maupun ke luar KUHP yang menampung berbagai aspirasi, sekaligus merupakan nilai-nilai perekat (*adhesive*) dan pemersatu (*integrationist*) sistem hukum pidana (pidana) nasional, sehingga akan menciptakan pengaturan suatu lapangan hukum pidana yang konsisten dan solid serta tidak tumpang tindih.

DAFTAR KEPUSTAKAAN

A. Buku-Buku

- Adami Chazawi, ***Pelajaran Hukum Pidana Bagian I; Stelsel Pidana, Teori-Teori Pemidanaan & Batas Berlakunya Hukum Pidana***, Penerbit Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2002.
- Ahmad Gunawan BS dan Mu'ammarr Ramadhan (Penyunting), ***Menggagas Hukum Progresif Indonesia***, diterbitkan atas kerjasama Pustaka Pelajar, Yogyakarta, IAIN Walisongo, Semarang dan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2006.
- Amiruddin dan H. Zainal Asikin, ***Pengantar Metode Penelitian Hukum***, PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2006.
- Andi Hamzah, ***Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara***, Penerbit Sinar Grafika : Jakarta, 2008.
- , ***Sistem Pidana dan Pemidanaan Indonesia dari Retribusi ke Reformasi***, Pradnya Paramita : Jakarta, 1986.
- , ***Delik-Delik Tertentu (Speciale Delicten) di dalam KUHP***, Penerbit Sinar Grafika : Jakarta, 2009.
- Andi Zainal Abidin Farid, ***Hukum Pidana I***, Penerbit Sinar Grafika : Jakarta, 2007.
- Andi Zainal Abidin Farid dan Andi Hamzah, ***Bentuk-Bentuk Khusus Perwujudan Delik (Percobaan, Penyertaan dan Gabungan Delik) dan Hukum Panitensier***, Penerbit PT. Raja Garfindo Persada : Jakarta, 2006.
- Anton Bakker dan Achmad Charris Zubair, ***Metodologi Penelitian Filsafat***, Kanisius : Yogyakarta, 1990.

- Arun Sakidjo dan Bambang Poernomo, **Hukum Pidana ; Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Kodifikasi**, Ghalia Indonesia : Jakarta, 1990.
- A. Mulder, **Strafrechtspolitiek**, Delikt en Delinkwent, 1980.
- A. Qodri Azizy, **Hukum Nasional; Eklektisisme Hukum Islam dan Hukum Umum**, Penerbit Teraju : Jakarta, 2004.
- Chairul Huda, **Dari 'Tiada Pidana Tanpa Kesalahan' Menuju Kepada 'Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan'; Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana**, Penerbit Prenada Media : Jakarta, 2006.
- C.S.T. Kansil dan Christine S.T. Kansil, **Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia**, Penerbit Balai Pustaka : Jakarta, 2000.
- Bambang Poernomo, **Kapita Selekta Hukum Pidana**, Penerbit Liberty : Yogyakarta, 1988.
- Bambang Sunggono, **Metodologi Penelitian Hukum**, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2006.
- Barda Nawawi Arief, **Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana**, PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005.
- _____, **Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana**, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005.
- _____, **Kapita Selekta Hukum Pidana**, PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2003.
- _____, **Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan**, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005.
- _____, **Perbandingan Hukum Pidana**, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2002.
- _____, **Sari Kuliah Perbandingan Hukum Pidana**, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2006.

- _____, **Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan**, Penerbit Prenada Media Group : Jakarta, 2007.
- _____, **Kumpulan Hasil Seminar Nasional Ke I s/d VIII dan Konvensi Hukum Nasional 2008 Tentang Undang-Undang Dasar 1945 Sebagai Landasan Konstitusional Grand Design Sistem dan Politik Hukum Nasional**, Penerbit Pustaka Magister : Semarang, 2008.
- _____, **Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara**, Penerbit CV. Ananta : Semarang, 1994.
- _____, **Tujuan dan Pedoman Pemidanaan Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana dan Perbandingan Beberapa Negara**, Badan Penerbit Universitas Diponegoro : Semarang, 2009.
- Bernard Arief Sidharta, **Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum; Sebuah Penelitian Tentang Fundasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia**, Penerbit Mandar Maju : Bandung, 1999.
- Charles O. Jhones, **Pengantar Kebijakan Publik**, Grafindo : Jakarta, 1994.
- Esmi Warassih Puji Rahayu, **Pranata Hukum; Sebuah Telaah Sosiologis**, Suryandaru Utama : Semarang, 2005.
- G.P. Hoefnagels, **The Other Side of Criminology**, Kluwer Deventer, 1973.
- Ilham Bisri, **Sistem Hukum Indonesia; Prinsip-Prinsip dan Implementasi Hukum di Indonesia**, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta.
- Jay A. Sigler, **Understanding Criminal Law**, (Boston Toronto, Little, Brown & Company, 1981.

- J.E. Sahetapy, **Suatu Study Khusus Mengenai Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana**, Penerbit CV. Rajawali : Jakarta, 1982.
- K. Wantjik Saleh, **Seminar Hukum Nasional 1963-1979**, Penerbit Galia Indonesia : Jakarta, 1980.
- L.H.C. Hulsman, **Sistem Peradilan Pidana dalam Perspektif Perbandingan Hukum**, di dalam Soedjono Dirdjosisworo (Penyadur), Penerbit CV. Rajawali : Jakarta, 1984.
- , **The Dutch Criminal Justice System From A Comparative Legal Perspective**, di dalam D.C. Fokkema (Ed), *Introduction to Dutch Law For Foreign Lawyers* (Kluwer Deventer, The Netherlands 1978).
- Mahfud MD, **Politik Hukum di Indonesia**, Penerbit LP3S : Jakarta, 1998.
- Marc Ancel, **Social Defence, A Modern Approach to Criminal Problems**, (London, Routledge & Kegan Paul, 1965).
- Martiman Prodjohamidjojo, **Memahami Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia 2**, Penerbit PT. Padnya Paramita : Jakarta, 1997.
- Miriam Budiardjo, **Dasar-Dasar Ilmu Politik**, Penerbit PT. Gramedia Pustaka Utama : Jakarta, 2008.
- Moeljatno, **Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia dan Rancangan Undang-Undang Tentang Asas-Asas dan Dasar-Dasar Pokok Tata Hukum Indonesia**, Penerbit PT. Bina Aksara : Jakarta, 1985.
- , **Kitab Undang-Undang Hukum Pidana**, Penerbit PT. Bumi Aksara : Jakarta, 2003.
- Mokhammad Najih, **Politik Hukum Pidana Pasca Reformasi ; Implementasi Hukum Pidana Sebagai Instrumen dalam Mewujudkan Tujuan Negara**, In-Trans Publishing : Malang, 2008.

- Mujono, ***Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional***, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Bina Cipta, 1980.
- Muladi, ***Lembaga Pidana Bersyarat***, Cetakan V, Penerbit PT Alumni : Bandung, 2008.
- , ***Kapita Selektta Sistem Peradilan Pidana***, Badan Penerbit Universitas Diponegoro : Semarang, 1995.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, ***Teori-Teori dan Kebijakan Pidana***, Alumni : Bandung, 1984.
- M. Sholehuddin, ***Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana; Ide Dasar Double Track System & Implementasinya***, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2003.
- Nyoman Serikat Putra Jaya, ***Beberapa Pemikiran Kearah Pengembangan Hukum Pidana***, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2008.
- , ***Relevansi Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional***, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2005.
- , ***Kapita Selektta Hukum Pidana***, Badan Penerbit Universitas Diponegoro : Semarang, 2005.
- Paulus Hadisuprpto, ***Delikuenensi Anak ; Pemahaman dan Penanggulangannya***, Penerbit Banyumedia Publishing : Malang, 2008.
- Riduan Syahrani, ***Rangkuman Intisari Ilmu Hukum***, Edisi Revisi, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti : Bandung, 2004.
- Romli Atmasasmita, ***Perbandingan Hukum Pidana***, Penerbit CV. Mandar Maju : Bandung, 2000.
- , ***Kapita Selektta Hukum Pidana dan Kriminologi***, Mandar Maju : Bandung, 1995
- Ronny Hanitijo Soemitro, ***Metodologi Penelitian Hukum dan Yurimetri***, Ghalia Indonesia : Jakarta, 1990.

- R. Soesilo, **Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) Serta Komentar-Komentarnya Lengkap Pasal Demi Pasal**, Politeia : Bogor, 1993.
- Soerjono Soekanto, **Pengantar Penelitian Hukum**, UI-Press : Jakarta, 1986.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, **Penelitian Hukum Normatif**, Raja Grafindo Persada : Jakarta, 2004.
- Solly Lubis, **Serba-Serbi Politik dan Hukum**, Mandar Maju : Bandung, 1989.
- Sudarto, **Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat : Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana**, Sinar Baru : Bandung, 1983.
- , **Kapita Selekta Hukum Pidana**, Alumni : Bandung, 1981.
- , **Hukum dan Hukum Pidana**, Penerbit Alumni : Bandung, 1981.
- , **Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia**, Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, Jakarta : Bina Cipta, 1986.
- Sue Titus Reid, **Crime and Criminology**, The Dryden Press : Hinsdale, Illinois, 1975, hlm. 114-115, dalam Muladi, **Lembaga Pidana Bersyarat**, Penerbit PT Alumni : Bandung, 2008.
- Sutan Zanti Arbi dan Wayan Ardhana, **Rancangan Penelitian Kebijakan Sosial**, Pustekkom Dikbud dan CV. Rajawali : Jakarta, 1984.
- Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, **Politik Hukum Pidana ; Kajian Kebijakan Kriminalisasi dan Dekriminalisasi**, Penerbit Pustaka Pelajar : Yogyakarta, 2005.
- Tongat, **Pidana Seumur Hidup Dalam Sistem Hukum Pidana di Indonesia**, Penerbit UMM Press : Malang, 2004.

Utrecht, ***Hukum Pidana I***, Penerbit Pustaka Tinta Mas : Surabaya, 1994.

Wirjono Prodjodikoro, ***Asas-Asas Hukum Pidana di Indonesia***, Penerbit PT. Eresco : Bandung, 1989.

Yong Ohoitumur, ***Teori Etika Tentang Hukuman Legal***, Penerbit PT. Gramedia Pustaka Utama : Jakarta, 1997.

B. Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang No. 73 Tahun 1958 Tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang No. 1 Tahun 1960 Tentang Pengubahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang No. 16 Prp. 1960 Tentang Beberapa perubahan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Undang-Undang No. 18 Prp. 1960 Tentang Perubahan Jumlah Hukuman Denda dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dan dalam Ketentuan-Ketentuan Pidana lainnya yang Dikeluarkan Sebelum tanggal 27 Agustus 1945.

Undang-Undang No. 1 Pnps. 1965 Tentang Pencegahan Penyalahgunaan dan/atau Penodaan Agama.

Undang-Undang No. 7 Tahun 1974 Tentang Penertiban Perjudian.

Undang-Undang No. 4 Tahun 1976 tentang Perubahan dan Penambahan Beberapa Pasal dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Bertalian dengan Perluasan Berlakunya Ketentuan Perundang-undangan Pidana Kejahatan Penerbangan dan Kejahatan Terhadap Sarana/Prasarana Penerbangan.

Undang-Undang No. 27 Tahun 1999 Tentang Perubahan KUHP yang Berkaitan dengan Kejahatan Terhadap Keamanan Negara.

C. Lain-Lain

A. Hamid S. Attamini, "Peranan Keputusan Presiden RI dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negara", Disertasi pada Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia : Jakarta, 1990.

Barda Nawawi Arief, "RUU KUHP Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi Sistem Hukum Pidana Indonesia", makalah disampaikan dalam kuliah umum pada Fakultas Hukum Universitas Islam Riau (UIR), Sabtu, 24 Desember 2005.

_____, "Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana (Menyongsong Generasi Baru Hukum Pidana Indonesia)", Naskah Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 25 Juni 1994.

_____, "Wawasan Ilmu Hukum Pidana", Bahan Matrikulasi Pada Program Magister Ilmu Hukum, Universitas Diponegoro, Semarang, Selasa, 28 Agustus 2007.

_____, "Perkembangan Sistem Pidana di Indonesia", Bahan Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi XI Tahun 2005, Kerja sama Fakultas Hukum Universitas Surabaya (UBAYA), Forum Pemantau Pemberantasan Korupsi, dan Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (ASPEHUPIKI), di Hyatt Hotel, Surabaya, tgl. 14-16 Maret 2005.

- _____, “Peranan Pendidikan Tinggi Hukum Dalam Proses Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia”, ceramah umum pada Fakultas Hukum Universitas Swadaya Gunung Jati (UNSWAGATI) Cirebon, tanggal 21 Desember 1996.
- _____, “Pembaharuan/Rekonstruksi Pendidikan dan Pengembangan Ilmu Hukum Pidana Dalam Konteks Wawasan Nasional dan Global”, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional dan Kongres Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan Kriminologi Indonesia (ASPEHUPIKI), Hotel Savoy Homan, Bandung, 17 Maret 2008.
- _____, “Kebijakan Kriminal (Criminal Policy)”, Bahan Penataran Kriminologi Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan : Bandung
- _____, “Pokok-Pokok Pemikiran (Ide Dasar) Asas-Asas Hukum Pidana Nasional”, Makalah Disajikan dalam Seminar Nasional tentang “Asas-asas Hukum Pidana Nasional”, diselenggarakan oleh BPHN Depkeh dan HAM bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro (UNDIP), di Hotel Ciputra, Semarang, tanggal, 26 – 27 April 2004.
- _____, “Sistem Pemidanaan Dalam Ketentuan Umum Konsep RUU KUHP 2004”, Bahan Sosialisasi RUU KUHP 2004, diselenggarakan oleh Departemen Hukum dan HAM, Hotel Sahid, Jakarta, tanggal, 23-24 Maret 2005.
- _____, “Penegakan Hukum Pidana Dalam Konteks Sistem Hukum dan Pembangunan Nasional”, Makalah disajikan dalam Studium Generale pada Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 15 Mei 2007.
- Hartiwiningsih, “Kebijakan Hukum Pidana dalam Menanggulangi Masalah Tindak Pidana Lingkungan Hidup di Indonesia”, Disertasi pada Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2007.
- J.E. Sahetapy, “Hukum dalam Konteks Politik dan Budaya, Dalam Kebijakan Pembangunan Sistem Hukum”, Analisis CSIS (Januari-Februari, XXII), No. 1, 1993.

Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga : Jakarta, 2002.

Kompas, Jum'at, 15 Agustus 2003, Dalam <http://72.14.235.104/search?q=cache:8GyOYfH4D30J:kompas.com/kompas>, diakses tanggal 31 Maret 2008.

Mahmud Mulyadi, "Kearifan Lokal Sebagai Alas Filosofis Tujuan Pidana Indonesia", Makalah disajikan pada Training Advokasi Nasional Tingkat Lanjut, ditaja oleh Ikatan Senat Mahasiswa Hukum Indonesia (ISMAHI) dan Badan Eksekutif Mahasiswa (BEM) Fakultas Hukum Universitas Sriwijaya (UNSRI), Palembang, 5-8 Desember 2005.

Mardjono Reksodiputro, "Catatan-Catatan Sekilas Tentang Bab Pidana, Pidana dan Tindakan (Bab III Buku Kesatu) Rancangan Undang-Undang Republik Indonesia Tentang KUHP", dalam <http://www.djpp.depukumham.go.id>, diakses pada tanggal 19 Februari 2009.

Moeljatno, "Atas Dasar Atau Asas-asas Apakah Hendaknya Hukum Pidana Kita Dibangun?", Prasaran disampaikan dalam Kongres Persatuan Sarjana Hukum Indonesia (PERSAHI) II, di Surabaya pada tanggal 15-19 Juli 1964.

Mompang L. Pangabean, "Peradilan Indonesia Dimata Masyarakat Dalam Konteks Studi Kasus Rakyat Menggugat", Makalah disajikan dalam Seminar Nasional "Rakyat Menggugat Peradilan Negara", diselenggarakan oleh Basis Demokrasi (Independent Student Movement for Indonesia Democracy), Yogyakarta, 08 Maret 2008.

Muladi, "Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang", teks pidato Pengukuhan Guru Besar dalam bidang Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari 1990.

_____, "Pembaharuan Hukum Pidana Materiil Indonesia", Makalah disampaikan pada Seminar Nasional dan Kongres Asosiasi Pengajar Hukum Pidana dan

Kriminologi Indonesia (ASPEHUPIKI), Hotel Savoy Homan, Bandung, 17 Maret 2008.

_____, "Beberapa Catatan Berkaitan Dengan RUU KUHP Baru", makalah disampaikan pada Seminar Nasional RUU KUHP Nasional, diselenggarakan oleh Universitas Internasional Batam pada tanggal 17 Februari 2004.

_____, "Politik Hukum Pidana, Dasar Kriminalisasi dan Dekriminalisasi Serta Beberapa Perkembangan Asas dalam KUHP", Makalah disajikan dalam Diskusi Panel Ahli "Meninjau RUU Tentang KUHP dalam Konteks Perlindungan HAM", diselenggarakan oleh Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), Jakarta, 01 Nopember 2001.

_____, "Pancasila Sebagai *Margin of Appreciation* dalam Hukum yang Hidup di Indonesia", makalah disampaikan dalam Seminar Nasional Menggagas Ilmu Hukum (Progresif) Indonesia, Semarang, Rabu, 08 Desember 2004.

_____, "*State Responsibility*' dalam Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat", Paper disampaikan dalam Seminar Nasional dengan tema "Pertanggungjawaban Negara Dalam Penyelesaian Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat" kerjasama Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM) dan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII), Yogyakarta, 05 Februari 2009.

Nyoman Serikat Putra Jaya, "Pembaharuan Hukum Pidana", Bahan Kuliah Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro (UNDIP), Universitas Jenderal Soedirman (UNSOED), Universitas 17 Agustus 1945 (UNTAG) Semarang, Non Publisir, 2007.

_____, "Politik Hukum", Badan Penyediaan Bahan Kuliah Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Diponegoro, Semarang, 2007.

_____, "Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice System*)", Bahan Kuliah Program Magister Ilmu Hukum

Universitas Diponegoro, Semarang, Non Publisir, 2007.

_____, “Pemberlakuan Hukum Pidana Secara Retroaktif Sebagai Penyeimbang Asas Legalitas dan Asas Keadilan”, teks Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro (UNDIP), Semarang, 07 Agustus 2004.

Penjelasan Kosep RUU KUHP tahun 2008 dalam www.legalitas.org, diakses tanggal 4 Januari 2009.

Peter Mahmud Marzuki, “Pengertian Penelitian Hukum dan Masalah Hukum”, bahan Seminar Nasional “Metodologi Penelitian Hukum”, ditaja oleh Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 20 Mei 2009.

Rama Putra, “Segelintir Gagasan Menuju Hukum Pidana Indonesia yang Berkarakteristik Kebangsaan” ; Refleksi Satu Tahun Perjalanan Menuntut Ilmu dari Riau ke Jawa Tengah (23 Juli 2007 – 23 Juli 2008), Non Publisir.

_____, “Kebijakan Ide Keseimbangan Sebagai Landasan Pembaharuan Sistem Hukum Pidana di Indonesia”, Makalah disajikan dalam forum diskusi pada Program Magister Ilmu Hukum UNDIP, Semarang, 07 April 2008.

_____, “Beberapa Masalah yang Timbul dari Penerapan Asas Legalitas yang Materiel”, Makalah disajikan sebagai tugas akhir mata kuliah “Kapita Selekta Hukum Pidana” pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Diponegoro (UNDIP), Semarang, 2008, non publisir.

_____, “Kewenangan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) Dalam Penegakan Hukum di Indonesia (Suatu Kajian Yuridis Normatif Tentang Kewenangan Peyidikan Tindak Pidana Korupsi), Skripsi pada Fakultas Hukum Universitas Islam Riau (UIR) Pekanbaru, 2007.

Rancangan Konsep Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) Tahun 2008.

Ronny Hanitijo Soemitro, "Perbandingan Antara Penelitian Hukum Normatif Dengan Penelitian Hukum Empiris", Dalam Jurnal Masalah-Masalah Hukum, diterbitkan oleh Universitas Diponegoro, Nomor 9, Semarang, 1991.

Sudarto, "Suatu Dilema dalam Pembaharuan Sistem Pidana Indonesia", teks pidato Pengukuhan Guru Besar dalam bidang Hukum Pidana pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 21 Desember 1974.

———, "Tentang Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia", Kertas Kerja pada Simposium Pembaharuan Hukum Pidana di Semarang pada tahun 1980.

www.hukumonline.com, diakses tanggal 19 Februari 2009.

Zul Akrial, "Konsekuensi-Konsekuensi yang Timbul dari Perumusan Asas Legalitas yang Materil", Jurnal Mahkamah Volume 15, Penerbit Universitas Islam Riau Press (UIR Press) : Pekanbaru, April 2004.

