

SKRIPSI :

HARI PURWADI

**BERLAKUNYA HUKUM TIDAK TERTULIS YANG
HIDUP DALAM MASYARAKAT DALAM
KONTEKS ASAS LEGALITAS**



**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
1987**


HUKUM ADAT

BERLAKUNYA HUKUM TIDAK TERTULIS YANG HIDUP DALAM MASYARAKAT
DALAM KONTEKS ASAS LEGALITAS

Per 953/87
Pur
b.

SKRIPSI

DIAJUKAN UNTUK MELENGKAPI TUGAS
DAN MEMENUHI SYARAT-SYARAT UNTUK
MENCAPAI GELAR SARJANA HUKUM



MILIK
PERPUSTAKAAN
"UNIVERSITAS AIRLANGGA"
SURABAYA

OLEH

HARI PURWADI

038311575

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA
S U R A B A Y A

1987

BERLAKUNYA HUKUM TIDAK TERTULIS YANG HIDUP DALAM MASYARAKAT
DALAM KONTEKS ASAS LEGALITAS

SKRIPSI

DIAJUKAN UNTUK MELENGKAPI TUGAS
DAN MEMENUHI SYARAT-SYARAT UNTUK
MENCAPAI GELAR SARJANA HUKUM

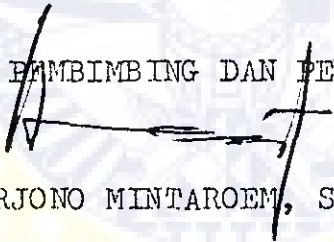
OLEH

HARI PURWADI

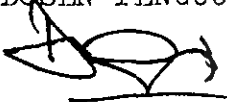
038311575

MILIK
PERPUSTAKAAN
"UNIVERSITAS AIRLANGGA"
SURABAYA

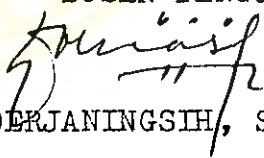
DOSEN PEMBIMBING DAN PENGUJI


HARJONO MINTAROEM, S.H.

DOSEN PENGUJI


DARWOTO, S.H.

DOSEN PENGUJI


WOBERJANINGSIH, S.H., M.S.

FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS AIRLANGGA

SURABAYA

1987



Motto :

Hidup di dunia ini tidak lain hanyalah senda gurau dan permainan. Sesungguhnya, akhirat itulah kehidupan yang sebenarnya, jika mereka mengetahui. (Q.S. 29 : 64)

KATA PENGANTAR

Mengingat bahwa asas legalitas sebagai salah satu asas yang fundamental dalam suatu negara hukum, maka dalam rangka Politik Hukum Nasional Indonesia, asas tersebut tetap dipertahankan eksistensinya. Namun, konsepsi asas legalitas yang kini terumus dalam pasal 1 ayat (1) KUHP perlu ditinjau kembali dalam rangka pembentukan KUHP baru. Hal tersebut disebabkan secara praktis dalam sistem Hukum Pidana Indonesia, Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat diberlakukan sejalan dengan berlakunya KUHP sebagai Hukum tertulis. Sedangkan pasal 1 ayat (1) KUHP yang mengandung konsepsi asas legalitas tersebut tidak memungkinkan diterapkannya Hukum tidak tertulis.

Ide penulisan ini muncul setelah saya mengadakan penganalisisan terhadap beberapa putusan pengadilan dan Mahkamah Agung, yang dari semua putusan itu dapat diketahui bahwa perbuatan pidana yang didakwakan digali (didasarkan) dari Hukum tidak tertulis. Akibatnya, ketentuan pasal 1 ayat (1) KUHP telah disimpangi.

Dalam kesempatan ini, segala puji syukur saya persembahkan kepada Allah subhanahu wata'ala karena hanya dengan rahmat, karunia dan berkah-Nya semua pekerjaan berat untuk penulisan skripsi ini dapat diselesaikan. Kiranya

semua cobaan-cobaan serta hambatan-hambatan yang diberikan oleh Allah subhanahu wata'ala dalam menyelesaikan penulisan skripsi ini merupakan ujian kehidupan yang harus saya terima sebagai tempaan untuk mempertebal iman dan mental.

Kepada yang terhormat Bapak Harjono Mintaroem, S.H. yang berkenan menjadi pembimbing, saya mengucapkan terima kasih sebesar-besarnya dan semoga Allah subhanahu wata'ala berkenan menerima segala amal bakti beliau serta melimpahkan rahmat-Nya yang berlipat ganda. Disela-sela kesibukan yang sangat padat, beliau telah berkenan untuk membimbing penulisan skripsi ini.

Dalam kesempatan ini pula, saya merasa wajib mengucapkan terima kasih yang tulus kepada Prof. Hermien Hadiati Koeswadji, S.H. yang dengan caranya tersendiri telah mendidik diri saya untuk dapat berpikir kritis dan analitis sehingga sampai saat-saat sekarang ini masih terasa buahnya. Secara khusus, saya menyampaikan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada Yayasan Beasiswa Supersemar yang selama ini telah memberikan beasiswa kepada diri saya sehingga banyak membantu dan mendorong semangat dalam studi saya. Ucapan terima kasih juga saya sampaikan kepada Tim pengujian yang dengan teliti telah memeriksa dan memberikan saran, nasihat untuk lebih menyempurnakan skripsi ini.

Pada akhir pengantar ini, tidak ada kata-kata lain

yang dapat saya ucapkan, selain perasaan bal'agia dan terima kasih kepada segenap keluarga yang telah memberikan pengorbanan dan bantuan berupa apapun selama waktu mempersiapkan sampai menyelesaikan skripsi ini.

Tiada gading yang tak retak, skripsi ini saya persembahkan kepada almamater dan Negaraku Indonesia. Semoga, skripsi ini betapapun kecilnya dapat memberikan sumbangan serta manfaat yang besar.

Surabaya, Mei 1987

Hari Purwadi

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR	i
DAFTAR ISI	iv
BAB I : PENDAHULUAN	
1. Permasalahan : Latar Belakang dan Rumusannya	1
2. Penjelasan dan Alasan Pemilihan Judul	8
3. Tujuan Penulisan	9
4. Metodologi Penulisan	10
5. Pertanggungjawaban Sistematika	10
BAB II : HUKUM TIDAK TERTULIS YANG HIDUP DALAM MASYARAKAT	
1. Pengertian	14
2. Relevansi Hukum Tidak Tertulis yang Hidup dalam Masyarakat dengan Dinamika Sosial	20
3. Efektifitas Berlakunya Hukum Tidak Tertulis yang Hidup dalam Masyarakat	25
BAB III : ASAS LEGALITAS DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA	
1. Sejarah Dibentuknya Asas Legalitas .	33

	2. Konsepsi dan Pengertian Asas Legalitas (Pasal 1 Ayat (1) KUHP)	40
BAB IV	: PENGARUH BERLAKUNYA HUKUM TIDAK TERTULIS YANG HIDUP DALAM MASYARAKAT TERHADAP PASAL 1 AYAT (1) KUHP	
	1. Efektifitas Pasal 1 Ayat (1) KUHP ..	49
	2. Suatu Perspektif	53
	3. Pokok Pikiran Dasar Hakim dalam Mengkonkritisasi Pasal 1 Ayat (1) KUHP .	56
	4. Kriminalisasi Terhadap Perbuatan Pidana yang Bersumber pada Hukum Tidak Tertulis dalam Modifikasi Hukum Pidana	60
BAB V	: PENUTUP	
	1. Kesimpulan	66
	2. Saran-saran	69
DAFTAR BACAAN		

BAB I

P E N D A H U L U A N

1. Permasalahan : Latar Belakang dan Rumusannya

Perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi (IPTEK) sudah barang tentu akan diikuti dengan perubahan-perubahan sosial. Sejalan dengan hal itu, maka akan membawa pengaruh terhadap kehadiran Hukum Pidana, yaitu, timbulnya ketegangan-ketegangan antara struktur undang-undang dengan pertumbuhan masyarakat. Ketegangan-ketegangan tersebut adalah terjadinya situasi kejar-mengejar antara undang-undang dengan pembaharuan-pembaharuan sosial serta perubahannya. Pada suatu saat akan terjadi ketegangan "evolusioner"¹, yaitu, undang-undang menjadi terbelakang atau terkejar oleh kejadian-kejadian kemasyarakatan, sehingga terjadi ketidakseimbangan antara hal-hal yang diatur oleh undang-undang dengan aspek-aspek kehidupan masyarakat. Dengan kata lain, Hukum Pidana tidak lagi dapat mencukupi kebutuhan masyarakat dalam menyelesaikan masalah-masalah yang timbul dalam masyarakat. Atas dasar pokok pikiran tersebut, maka dalam bidang

¹Roeslan Saleh, Segi Lain Hukum Pidana, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984 (selanjutnya disingkat Roeslan Saleh I), h.50.

pelaksanaan Hukum Pidana, faktor-faktor pertumbuhan atau perkembangan masyarakat dapat digunakan untuk mendatangkan keputusan hakim yang dapat memberikan kepuasan kepada pihak-pihak yang bersangkutan karena sesuai dengan rasa keadilan. Hal tersebut atas dasar bahwa dalam penyelenggaraan peradilan oleh hakim, tentu seluruh masyarakat mengharapkan bahwa hakim itu akan menjalankan Hukum yang berlaku terhadap perkara yang ditanganinya, tidak hanya sesuai dengan Hukum saja, tetapi juga sesuai dengan kesadaran Hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Sehubungan dengan hal tersebut, maka peranan hakim sebagai penegak Hukum menentukan sekali, yaitu, pada saat ketentuan-ketentuan Hukum "tidak jelas" atau "kurang jelas", lebih-lebih ketika belum ada ketentuan Hukum Pidana yang mengaturnya. Padahal di bagian lain, dalam konsistensinya dengan perkembangan tentang pandangan-pandangan terhadap Hukum dan fungsinya, maka hakim dituntut untuk memandang bahwa Hukum bukan sebagai "tool for social engineering", "alat untuk merubah masyarakat" belaka, yang pada hakikatnya senantiasa mengukur norma-norma Hukum berdasarkan efektivitasnya (bekerjanya dalam kenyataan) saja. Lebih dari itu, Hukum juga harus merupakan "aspirasi untuk keadilan" dan "legitimitas". Pandangan ini menentang pandangan Hukum yang dogmatis tradisional di satu pihak dan menentang pandangan

tentang Hukum sebagai instrumen belaka dalam melakukan kebijaksanaan (beleidsinstrument) penguasa di lain pihak. Pandangan tersebut dimaksudkan untuk menanggulangi penyalahgunaan pengetahuan dan kekuasaan dari sekelompok ahli yang karena kedudukannya mempunyai kemampuan untuk menentukan sesuatu yang "baik" c.q. yang "fungsional" untuk masyarakat.² Oleh karena itu, hakim harus bergulat di antara "kekakuan" undang-undang dan "kesimpangsiuran" yang mungkin ditimbulkan dan harus diselesaikan.

Dalam lapangan Hukum Indonesia, perkembangan perundang-undangan pidana tampak dimulai dengan keluarnya undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 (selanjutnya disingkat UU No.1 Thn.1946) yang mengandung ketentuan peralihan, pasal-pasal yang presumtif dan provisoris serta transitoir sifatnya, yang akan menghantarkan kita pada Kitab Undang-undang Hukum Pidana (selanjutnya disingkat KUHP) baru yang nasional sifatnya.³ Ternyata, dalam kaitannya dengan perkembangan perundang-undangan sesudahnya banyak menimbulkan problema,

Sejarah perundang-undangan menunjukkan bahwa UU No.1

²Sudarto, Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat; kajian terhadap pembaharuan hukum pidana, Sinar Baru, Bandung, 1983, h.12.

³Oemar Seno Adji, Hukum Pidana Pengembangan, Erlangga, Jakarta, 1985, h.34.

Thn.1946 yang setelah melampaui pase "pluralisme" Hukum Pidana di masing-masing daerah, yaitu daerah Republik Indonesia yang meliputi : daerah Yogyakarta (dahulu) dan daerah yang menggabungkan kepada Republik Indonesia-Yogyakarta, serta daerah-daerah yang tidak menggabungkan diri dengan Republik Indonesia-Yogyakarta, diberlakukan untuk seluruh Indonesia sejak tahun 1958 dengan Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958 Lembaran Negara 1958-127⁴(selanjutnya disingkat UU No.73 Thn.1958 LN 1958-127). Dengan adanya UU No.1 Thn. 1946 jo. UU No.73 Thn.1958 tampak jelas adanya usaha pemerintah untuk mengadakan "unifikasi" Hukum Pidana yang menitikberatkan pada "Hukum kodifikasi".

Pada pase berikutnya, muncul Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 (selanjutnya disingkat UU Dar. No.1 Thn.1951) yang mengatur tentang Kesatuan Susunan, Kekuasaan, dan Acara Pengadilan Sipil; di bidang Hukum Pidana materiil memberi kesempatan bagi berlakunya Hukum yang "tidak tertulis". Oleh karena itu, dalam praktek memberikan wewenang pada hakim bahwa disamping harus menerapkan Hukum yang "tertulis", juga harus menerapkan Hukum yang "tidak tertulis" yang benar-benar masih hidup dalam masyarakat. Jadi, unifikasi belum dapat dikatakan telah tercapai dalam

⁴Ibid., h.35.

Hukum Pidana Indonesia, mengingat disamping masih dipertahankan berlakunya Hukum Pidana Adat untuk sementara waktu bagi kaula-kaula (dahulu) swapraja di daerah-daerah : Sumatera Timur, Kalimantan Barat, Indonesia Timur, dan bagi orang-orang Indonesia asli yang diberbagai daerah tunduk atau dahulu tunduk pada peradilan adat, sesuai dengan ketentuan yang tercantum dalam pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951, tetapi juga karena di negara kita sampai tanggal 29 September 1958 berlaku Kitab Undang-undang Hukum Pidana dan Hukum Pidana Adat secara berdampingan.⁵ Berkaitan dengan hal tersebut di atas, maka pasal 14 Undang-undang No. 14 Tahun 1970 (selanjutnya disingkat UU No.14 Thn.1970) memberikan doktrin pada hakim khususnya, yaitu, tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa Hukum "tidak" atau "kurang" jelas. Bahkan di dalam pasal 27 ayat (1) UU No.14 Thn.1970 serta penjelasannya memberikan wewenang sepenuhnya kepada hakim untuk memutus perkara yang dihadapkan kepadanya sesuai dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Lebih jauh lagi, pada hakikatnya UU No.14 Thn.1970 hendak menempatkan hakim pada fungsinya sebagai "penemu" dan "pembentuk" Hukum. Dengan demikian, hakim merupakan pengisi

⁵Hermien Hadiati Koeswadji, Beberapa Permasalahan Hukum, Bina Ilmu, Surabaya, 1980 (selanjutnya disingkat Hermien Hadiati Koeswadji I), h.71.

kekosongan-kekosongan Hukum, sementara belum dikejar oleh pembentuk undang-undang (legislatif) dengan penciptaan undang-undang baru.

Menyadari keadaan-keadaan sebagaimana di atas, maka Tap MPR IV/MPR/1973 yang untuk pertama kalinya memuat "politik hukum nasional" dalam rangka pembentukan Hukum Nasional Indonesia, disamping unifikasi dan kodifikasi, juga sejauh mungkin diperhitungkan Hukum yang hidup dalam masyarakat.

Berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, khususnya Hukum Pidana Adat ke dalam lapangan Hukum Indonesia akan membawa pengaruh terhadap Hukum Pidana Nasional, dalam arti, mempengaruhi pelaksanaan KUHP.

KUHP sebagai salah satu manifestasi dari "HUKUM", sudah barang tentu mengandung "Watak Hukum" yang tersendiri, yang menjadi tendens dari keseluruhan sistem Hukum Pidana itu. Watak Hukum tersebut tercermin dalam asas-asas Hukum, yang berfungsi mengurangi kesewenang-wenangan penguasa serta melindungi hak-hak asasi manusia. KUHP yang telah diberlakukan secara nasional berdasarkan UU No.1 Thn.1946 jo. UU No.73 Thn.1958, mengandung beberapa asas pokok, di antaranya adalah "asas legalitas" yang dikonkritkan dalam pasal 1 ayat (1) KUHP dengan mempergunakan istilah "aturan pidana dalam perundang-undangan" (*wettelijke strafbepaling*) yang menunjuk pada "Hukum tertulis" atau yang dalam ilmu

Hukum dirumuskan dengan "Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali", "Nulla poena sine lege", "Nulla poena sine crimine", "Nullum crimen sine lege", atau "Nullum crimen sine poena legali".

Sehubungan dengan pasal 14 dan 27 UU No.14 Thn.1970 serta pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951, yang memberi kesempatan bagi berlakunya Hukum tidak tertulis yang benar-benar hidup dalam masyarakat, dan sehubungan dengan politik hukum nasional yang memberi arah kepada unifikasi dan kodifikasi Hukum Pidana Nasional serta memperhatikan Hukum yang hidup dalam masyarakat, maka dalam kaitannya dengan pasal 1 ayat (1) KUHP, menimbulkan permasalahan. Identifikasi masalah yang dapat dirumuskan adalah sebagai berikut :

1. Bagaimanakah daya laku asas legalitas (pasal 1 ayat (1) KUHP) terhadap berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat ?
2. Bagaimanakah perspektif asas legalitas dalam rangka tercapainya politik hukum nasional sebagaimana Tap MPR IV/MPR/1973 (yaitu, dalam rangka terbentuknya KUHP baru) ?
3. Seberapajauhkah peranan Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dalam rangka modifikasi (pengubahan) Hukum ?

2. Penjelasan dan Alasan Pemilihan Judul

Yang dimaksud dengan "Berlakunya Hukum Tidak Tertulis yang Hidup dalam Masyarakat" dalam judul skripsi ini adalah efektifnya ketentuan-ketentuan Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dalam menyelesaikan masalah-masalah yang timbul dalam masyarakat. Dengan kata lain, berfungsinya ketentuan-ketentuan Hukum tidak tertulis dalam praktek peradilan pidana, atau diterapkannya ketentuan-ketentuan Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat terhadap perbuatan-perbuatan pidana, baik yang ada pasal bandingannya di dalam KUHP, maupun yang tidak mempunyai ketentuan bandingan di dalam KUHP.

Yang dimaksud dengan "Dalam Konteks Asas Legalitas" adalah dalam rangka dianutnya pasal 1 ayat (1) KUHP dalam lapangan Hukum Pidana Indonesia. Atau dalam hal pasal 1 ayat (1) KUHP masih dijadikan asas (landasan) pokok dalam rangka berlakunya KUHP. Dalam kaitannya dengan berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, maka asas legalitas akan disoroti dari segi konsepsinya.

Digunakannya istilah "Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat" dan tidak digunakannya istilah "Hukum Pidana Adat", mengingat pasal 14 dan 27 UU No.14 Thn.1970 dan penjelasannya serta UU Dar. No.1 Thn.1951 mengintrodukir istilah "Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, demikian juga Tap MPR IV/MPR/1973 yang memuat politik

hukum nasional. Sedangkan istilah "Hukum Pidana Adat" dianggap sebagai bagian dari Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, mengingat Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dapat juga merupakan kebiasaan, yang pada hakikatnya bukan Hukum Pidana Adat. Disamping itu, digunakannya istilah "Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat" adalah untuk mengkontradiksikan dengan pengertian undang-undang, yang menunjuk pada Hukum tertulis, sebagaimana terumus dalam pasal 1 ayat (1) KUHP.

3. Tujuan Penulisan

Penulisan ini secara keseluruhan dimaksudkan untuk melengkapi tugas dan memenuhi syarat-syarat untuk mencapai gelar "Sarjana Hukum". Lebih dari itu, penulisan ini dimaksudkan untuk mendapatkan gambaran yang lebih jelas tentang eksistensi Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dalam sistem Hukum Pidana Indonesia, dengan tujuan maksimal :

1. Mencari pembenaran secara yuridis dan rasional serta empiris tentang eksistensi Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dalam rangka berlakunya pasal 1 ayat (1) KUHP;
2. Mengidentifikasi hal-hal yang menjadi penghambat berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dalam sistem Hukum Pidana Indonesia;

3. Mencari kerangka konseptual tentang asas legalitas, sehingga menunjang atau memungkinkan berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat.

4. Metodologi Penulisan

Peninjauan dalam skripsi ini merupakan analisis secara interdisipliner, dalam arti, disamping beranjak dari sudut pandang Hukum Pidana, juga memanfaatkan sudut pandang kriminologi maupun sosiologi, sebagaimana tampak pada permulaan uraian di bagian latar belakang dan kerangka teoretis, sebagai faktor penunjang.

Penyajian tulisan ini banyak mengungkapkan hasil dari studi kepustakaan dengan membaca buku-buku yang relevan dengan tujuan penulisan ini serta analisis beberapa putusan pengadilan dan Mahkamah Agung. Dilakukannya studi dokumen dimaksudkan untuk memperoleh bahan-bahan rujukan, sehingga diusahakan sejauh mungkin memperoleh bahan berupa : konsepsi-konsepsi, asas-asas Hukum dan doktrin ilmu pengetahuan. Dengan demikian, pada dasarnya data-data yang diperoleh sehubungan hal tersebut di atas bersifat "sekunder".

5. Pertanggungjawaban Sistematika

Di dalam skripsi ini, terdapat 5 bab, yang masing-masing berjudul : Pendahuluan, Hukum Tidak Tertulis yang

Hidup dalam Masyarakat, Asas Legalitas dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Pengaruh Berlakunya Hukum Tidak Tertulis yang Hidup dalam Masyarakat terhadap Pasal 1 ayat (1) KUHP dan Penutup.

Pada bagian Pendahuluan (Bab I) memuat alasan tentang perlunya penulisan dilakukan, yang disertai dengan identifikasi masalah, tujuan penulisan serta penjelasan dan alasan pemilihan judul. Demikian pula, diuraikan garis besar metodologi dan sistematika penulisan dengan maksud agar memperjelas dasar penulisan serta urutan penuangan pokok karangan yang tertulis dalam skripsi ini.

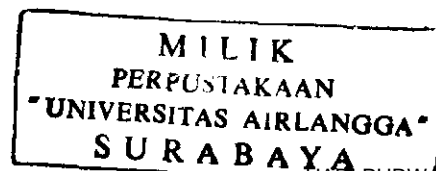
Masalah Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, baik tentang konsepsi, maupun sejarahnya akan dibahas dalam Bab II. Kemudian, secara khusus memasuki tentang relevansi berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dengan dinamika sosial (sub 2), selanjutnya dibahas tentang efektifitas Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat (sub 3). Bertolak dari sistematika ini, diharapkan dapat diketahui eksistensi Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dalam sistem Hukum Pidana Indonesia.

Pembahasan dalam Bab III tentang Asas Legalitas dalam KUHP, yang didahului dengan uraian tentang konsepsi dan pengertian asas legalitas (sub 1). Selanjutnya, dila-

kukan komparasi antara konsepsi asas legalitas dalam pasal 1 ayat (1) KUHP dengan pasal 11 Universal Declaration of Human Rights serta pasal 14 ayat 2 UUDS 1950, sebagai usaha untuk meninjau kembali tentang konsepsi asas legalitas yang terumus dalam pasal 1 ayat (1) KUHP.

Dengan selesainya pembahasan dalam Bab II dan Bab III, maka diharapkan diperoleh jalinan kerangka pemikiran dari pembahasan-pembahasan secara makro. Dengan demikian, cukup tersedia bahan analisis untuk memulai pembahasan secara lebih khusus. Oleh karena itu, dalam Bab IV, secara khusus membahas tentang pengaruh berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat terhadap pasal 1 ayat (1) KUHP, sehingga pada bagian berikutnya dapat dikemukakan perspektif Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dalam konteks asas legalitas, juga dapat dikemukakan perspektif asas legalitas itu sendiri.

Penilaian tentang konsepsi asas legalitas terhadap berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat tidaklah cukup dengan sekedar membuat perbandingan dengan rumusan-rumusan yang lain, ataupun hanya menggambarkan tentang perspektif asas legalitas tanpa dilengkapi dengan pokok pikiran dasar dari hakim dalam mengkonkritisasi pasal 1 ayat (1) KUHP sehingga dapat memberlakukan Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, mengingat sampai saat ini rumusan pasal 1 ayat (1) KUHP tidak memungkin-



kan berlakunya Hukum tidak tertulis. Pada bagian akhir dari bab ini, dibahas tentang berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dalam kaitannya dengan usaha kodifikasi dan unifikasi Hukum Pidana Nasional.

Pada akhirnya, di dalam Bab V, disusun kesimpulan umum bahwa karena perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, kondisi serta kenyataan masyarakat, maka konsepsi asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP tidak memungkinkan untuk tetap dipertahankan, mengingat dalam sistem Hukum Pidana Indonesia dimungkinkan berlakunya Hukum tidak tertulis yang benar-benar hidup dalam masyarakat. Kemudian, dikemukakan tentang saran-saran dalam rangka tetap dipertahankannya asas legalitas dan diberlakukannya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat.

BAB II

HUKUM TIDAK TERTULIS YANG HIDUP DALAM MASYARAKAT

1. Pengertian

Untuk memperoleh suatu gambaran yang jelas tentang Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, maka pertama-tama harus dimengerti dahulu tentang pengertiannya atau diketahui dahulu konsep Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat.

Berbicara tentang pengertian (konsep) Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, maka mula-mula yang menjadi pokok pangkal berpijak adalah ketentuan-ketentuan Hukum yang mengatur tentang Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat. Ironinya, baik pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951, maupun pasal 14 dan 27 UU No.14 Thn.1970 serta Tap. MPR IV/MPR/1973, yang ketiganya meng-introdukir istilah Hukum tidak tertulis atau Hukum yang hidup dalam masyarakat, tidak satu pun yang memberikan penjelasan terhadap istilah tersebut. Oleh karena itu, masih belum terdapat kesatuan pendapat tentang pengertiannya.

Pada umumnya para sarjana memahami (menamakan) Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat sebagai

Hukum Adat. Jika yang dimaksud Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat adalah Hukum Adat, maka itupun terdapat banyak pengertian yang diberikan oleh para sarjana.

C. van Vollenhoven, yang dianggap sebagai bapak ilmu Hukum Adat membagi Indonesia dalam 19 lingkungan Hukum Adat, yaitu : lingkungan Hukum Aceh, Tanah Gayo, Alas dan Batak, Nias, Tanah Minangkabau, Mentawai, Sumatra Selatan, Tanah Melayu, Bangka dan Belitung, Kalimantan, Minahasa, Gorontalo, Tanah Toraja, Sulawesi Selatan, Kepulauan Ternate, Maluku, Ambon, Irian, Kepulauan Timor, Bali dan Lombok, Jawa Tengah, Jawa Timur serta Madura, Daerah Kerajaan (Solo dan Yogyakarta), dan Jawa Barat.⁶

Di dalam buku "Het Adat Recht van Nederland Indie", van Vollenhoven memberikan pengertian tentang Hukum Adat sebagai Hukum yang tidak bersumber kepada peraturan-peraturan yang dibuat oleh pemerintah Hindia Belanda dahulu atau alat-alat kekuasaan lain yang menjadi sendinya dan diadakan sendiri oleh kekuasaan Belanda dahulu.⁷ Pada bagian lain, dikatakan bahwa peraturan-peraturan adat itu bersifat Hukum apabila peraturan-peraturan tingkah laku

⁶Bushar Muhammad, Asas-asas Hukum Adat (Suatu Pengantar), Pradnya Paramita, Jakarta, 1981, h.99-100.

⁷Surojo Wignjodipuro, Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat, Gunung Agung, Jakarta, 1983, h.15.

tersebut oleh warga masyarakat dianggap patut dan mengikat para warga masyarakat, serta ada perasaan umum bahwa peraturan-peraturan itu harus dipertahankan oleh kepala-kepala adat dan petugas-petugas Hukum lainnya.⁸ Sedangkan B. ter Haar, salah seorang murid van Vollenhoven yang terkenal dengan teori keputusannya menyatakan bahwa suatu adat istiadat itu dapat dikatakan sebagai Hukum Adat, yaitu, pada saat penguasa masyarakat Hukum yang bersangkutan menjatuhkan putusan hukuman terhadap si pelanggar.⁹ Dengan kata lain, Hukum Adat itu timbul sejak terjadinya penetapan oleh para pejabat Hukum.

Dalam hal ini, kiranya lebih tepat apabila mempergunakan "kesimpulan seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional" yang berlangsung di Yogyakarta mulai tanggal 15 sampai 17 Januari 1975, yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional bekerja sama dengan Fakultas Hukum Gajah Mada. Hal tersebut atas dasar bahwa pengertian yang dikemukakan oleh C. van Vollenhoven khususnya, tidak memungkinkan untuk diikuti lagi, mengingat bahwa Indonesia yang terdiri dari beribu-ribu pulau sudah barang tentu

⁸Soerjono Soekanto, Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia, cet. III, UI Press, Jakarta, 1983, h.99, dikutip dari C. van Vollenhoven, Het Adatrecht van Nederlansch-Indie, deel II, h.398.

⁹Surojo Wignjodipuro, op. cit., h.17.

mempunyai Hukum Adat yang tidak cukup dengan hanya mengelompokkan dalam 19 lingkungan Hukum. Disamping itu, juga karena telah terjadinya interaksi antar masyarakat Hukum yang lebih kompleks, juga dengan berkembangnya ilmu pengetahuan dan teknologi, maka tentu akan sangat mempengaruhi eksistensi Hukum Adat di suatu lingkungan Hukum tertentu, yaitu, di satu pihak terjadinya keadaan melemahnya penerapan suatu kaidah Hukum Adat tersebut.

Di dalam kesimpulan Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional¹⁰ dinyatakan bahwa

Dengan menghargai pengertian yang diperkembangkan masing-masing peserta mengenai Hukum Adat, sesuai dengan pengertian hukum yang diamut serta penafsiran yang dipergunakannya, dalam seminar ini Hukum Adat diartikan Hukum Indonesia asli, yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia, yang di sana-sini mengandung unsur agama.

Sesungguhnya, di dalam pasal 2 dan 5 Rancangan Undang-undang tentang Asas-asas dan Dasar-dasar Pokok Tata Hukum Pidana dan Hukum Pidana Indonesia serta penjelasannya telah diberikan suatu gambaran yang lebih jelas tentang Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat.

Pasal 5 Rancangan Undang-undang tersebut menyatakan,

Pengadilan hanya dapat mengkualifikasikan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, apabila pembuat undang-undang atau hukum tidak tertulis yang hidup dalam ka-

¹⁰Badan Pembinaan Hukum Nasional, Hasil-hasil Pertemuan Ilmiah (Simposium, Seminar, Loka Karya) Badan Pembinaan Hukum Nasional Tahun 1974-1977, BPHN, Jakarta, h.38.

Iangan masyarakat Indonesia dan yang tidak menghambat perkembangan masyarakat adil dan makmur telah menetapkan perbuatan itu sebagai tindak pidana dan mengancamnya dengan pidana.

Di dalam penjelasannya dinyatakan bahwa

Pasal ini adalah penyempurnaan dari asas nulla poena. Yang menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana adalah pembuat undang-undang dan Hukum Tak Tertulis. Untuk Hukum Tak Tertulis berlaku syarat :

1. Hidup dalam kalangan masyarakat Indonesia
2. Tidak menghambat perkembangan masyarakat adil dan makmur.

Pada hakikatnya, pengadilanlah yang akan mempertimbangkan kedua syarat tersebut pada waktu mengkuakifikasi suatu perbuatan sebagai tindak pidana.

Atas dasar pasal 5 dan penjelasan Rancangan Undang-undang tersebut di atas, maka Moeljatno mengatakan bahwa hakim juga diberi wewenang untuk menentukan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana. Dengan demikian, ada dua macam perbuatan pidana, yaitu : yang pertama, perbuatan pidana menurut ketentuan perundang-undangan, dan yang kedua adalah perbuatan pidana menurut ketentuan hakim. Jadi, hakim dapat memutuskan bahwa suatu perbuatan merupakan perbuatan pidana apabila Hukum tidak tertulis yang hidup dalam kalangan masyarakat Indonesia menetapkan perbuatan itu sebagai perbuatan pidana.¹¹

¹¹Moeljatno, Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia, cet. III, Bina Aksara, Jakarta, 1985 (selanjutnya disingkat Moeljatno I), h.24.

Tentang yang dimaksud Hukum tidak tertulis dalam pasal 5 Rancangan Undang-undang tersebut, dapat dipahami melalui penjelasan pasal 2-nya, yang menyatakan bahwa "Hukum tidak tertulis, yang biasanya disebut Hukum Adat (garis bawah dari saya), mempunyai pikukuh-pikukuh juga". Jadi, menurut Rancangan Undang-undang tentang Asas-asas dan Dasar-dasar Pokok Tata Hukum Pidana dan Hukum Pidana Indonesia, yang dimaksud "Hukum tidak tertulis" adalah "Hukum Adat".

Terhadap hal tersebut, Moeljatno memberikan tanggapan bahwa bukanlah Hukum Adat saja yang dimaksud dengan Hukum tidak tertulis dalam pasal 5 Rancangan Undang-undang tersebut. Namun, juga termasuk "penemuan Hukum secara bebas" (*vrije rechtsvinding*), yaitu, hakim berwenang untuk menentukan bahwa suatu perbuatan itu sebagai perbuatan pidana, mengingat keadaan-keadaan tertentu serta perasaan seharusnya dipandang demikian.¹²

Atas dasar keterangan-keterangan di atas, maka dapat dipakai sebagai pegangan terhadap pengertian Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, yaitu : disamping "Hukum Adat", dengan pengertian sebagaimana telah disimpulkan dalam seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum

¹²Ibid., h.27.

Nasional tahun 1975 di Yogyakarta, juga sebagaimana pendapat Moeljatno terhadap pasal 5 Rancangan Undang-undang tentang Asas-asas dan Dasar-dasar Pokok Tata Hukum Pidana dan Hukum Pidana Indonesia, yakni, "penemuan Hukum secara bebas" (*vrije rechtsvinding*).

Pengertian Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat seperti tersebut di atas pada hakikatnya akan sesuai dengan jiwa UU No.14 Thn.1970, yaitu : disamping memberikan peluang kepada hakim sebagai "penemu" Hukum, juga sebagai "pembentuk" Hukum.

2. Relevansi Hukum Tidak Tertulis yang Hidup dalam Masyarakat dengan Dinamika Sosial

Kaidah-kaidah Hukum sebagai konkritisasi dari nilai-nilai sosial dan budaya tidak akan mungkin dilepaskan dari masyarakat. Hal tersebut disebabkan kaidah-kaidah, nilai-nilai sosial, serta budaya yang diperlukan untuk mengatur masalah-masalah kemasyarakatan merupakan hasil rasa dari kebudayaan. Sedangkan kebudayaan itu sendiri adalah semua hasil dari karya, rasa, dan cipta masyarakat. Oleh karena itu, tepatlah yang diikrarkan oleh Cicero pada kurang lebih 2000 tahun yang lalu, yaitu, "Ubi societas, ibi ius".¹³ Dengan demikian dapatlah dikatakan bahwa Hukum itu tidak

¹³Soerjono Soekanto, op. cit., h.41.

terlepas dari kemauan-kemauan yang hidup dari kalangan anggota masyarakat.

Masyarakat sebagai sistem sosial senantiasa mengalami perubahan-perubahan. Dengan kata lain, perubahan dalam sistem sosial adalah merupakan hal yang wajar (normal). Perubahan-perubahan tersebut bukan berarti perubahan struktur dan fungsi masyarakat belaka, tetapi juga tentang nilai-nilai, kaidah-kaidah, pola-pola tingkah laku, interaksi sosial dan sebagainya. Perubahan nilai, sikap, serta pola tingkah laku masyarakat tersebut di satu pihak menyebabkan adanya perubahan pandangan kriminologis terhadap sejumlah perbuatan tertentu dalam kehidupan dan penghidupan masyarakat. Sehubungan dengan hal tersebut Friedmann mengatakan bahwa perubahan nilai menyebabkan sejumlah perbuatan yang semula dianggap (dinilai) tidak tercela dan tidak dituntut pidana, berubah menjadi perbuatan yang dipandang tercela dan perlu dipidana.¹⁴ Dalam konteks masyarakat Indonesia, proklamasi kemerdekaan yang kemudian diikuti dengan peristiwa-peristiwa sosial politik dan bermacam-macam peristiwa lainnya telah menimbulkan suatu perubahan sosial dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Hal

¹⁴Rusli Effendy, Andi Zainal Abidin Farid, dan Berny C. Manaroinson, "Masalah Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam Rangka Pembaharuan Hukum Pidana", dalam BPHN, Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, Bina Cipta, Jakarta, 1986, h.65.

ini dapat dibuktikan terhadap KUHP.

KUHP yang sekarang telah berlaku secara nasional, sesungguhnya telah menimbulkan keadaan yang disebut dengan "ketegangan evolusioner", yaitu, telah terbelakang atau terkejar oleh kejadian-kejadian kemasyarakatan. Oleh karena itu, masyarakat yang pada umumnya memandang bahwa suatu perbuatan itu jahat (sebagai perbuatan pidana) yang patut dipidana, maka apabila dihadapkan kepada KUHP tidak akan diancam (diklasifikasikan) sebagai perbuatan pidana. Sebagai ilustrasi : Sebelum keluarnya putusan Mahkamah Agung No.349 K/Kr/1980 tanggal 29 Nopember 1980, yang kemudian disusul oleh Surat Edaran Mahkamah Agung tanggal 31 Desember 1980, pasal 284 KUHP terhadap orang yang berzinah mengadakan diskriminasi Hukum. Perlakuan yang diskriminatif tersebut tampak apabila seorang suami yang tidak tunduk di bawah pasal 27 BW melakukan perzinahan, maka ia tidak dapat dikenai pidana. Sedangkan seorang istri yang berzinah dapat disangkutkan dalam perkara eks pasal 284 KUHP tersebut. Dengan perkembangan atau perubahan pandangan masyarakat, maka melalui interpretasi, "by way interpretation", keluarlah putusan Mahkamah Agung tersebut di atas sebagai jalan keluar untuk menyesuaikan dengan pandangan masyarakat.¹⁵ Jadi, dengan keluarnya putusan Mahkamah Agung

¹⁵Oemar Seno Adji, op. cit., h.27.

No. 349 K/Kr/1980, maka seorang suami yang tidak berlaku terhadapnya pasal 27 BW dapat dikenai pasal 284 KUHP. Dari hal tersebut dapat dipahami bahwa dengan menempatkan Hukum tidak tertulis dalam kerangka berlakunya KUHP sebagai Hukum tertulis, maka akan membuat undang-undang tersebut tidak kaku, melainkan luwes (fleksibel), mengingat pandangan-pandangan dalam masyarakat yang selalu bergerak akan dapat direalisasikan.

Di lain pihak, diamatnya paham "materieele wederrechtelijkheid" (sifat melawan hukum dalam arti materiil) oleh Mahkamah Agung sebagaimana tampak pada putusan kasasinya tanggal 8 Januari 1966 No.42 K/Kr/1965, sesungguhnya merupakan upaya untuk mencapai rasa keadilan dalam masyarakat dan menyesuaikan dengan pandangan-pandangan masyarakat, disamping kepastian Hukum itu sendiri. Di dalam pertimbangan Hukum putusan Mahkamah Agung tersebut dikatakan bahwa pada umumnya suatu tindak pidana itu dapat hilang sifatnya sebagai perbuatan yang "melawan Hukum", disamping berdasarkan suatu ketentuan undang-undang, juga berdasarkan asas-asas Hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum (garis bawah dari saya), misalnya : dalam hal ini, faktor negara tidak dirugikan, kepentingan umum tetap dapat dilayani, dan terdakwa sendiri tidak memperoleh keuntungan.¹⁶

¹⁶P.A.F. Lamintang, Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia, Sinar Baru, Bandung, h.343.

Terhadap Hukum tidak tertulis, dalam arti Hukum Adat, tetap mempunyai peranan yang penting dalam proses modernisasi atau dalam rangka terjadinya perubahan-pengubahan sosial, mengingat apabila Hukum Adat secara mutlak harus diganti, maka hal itu akan sia-sia belaka sebab Hukum tersebut masih hidup dengan kokohnya. Oleh karena itu, dalam kesimpulan Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional tahun 1975 di Yogyakarta, tentang kedudukan dan peranan Hukum Adat dinyatakan,¹⁷

Hukum adat merupakan salah satu sumber yang penting untuk memperoleh bahan-bahan bagi Pembangunan Hukum Nasional, yang memuju kepada Unifikasi Hukum dan yang terutama akan dilakukan melalui pembuatan peraturan-peraturan perundangan, dengan tidak mengabaikan timbul/tumbuhnya dan berkembangnya hukum kebiasaan dan pengadilan dalam pembinaan hukum.

Dari hal-hal tersebut dapat dipahami bahwa Hukum tidak tertulis juga merupakan sumber Hukum. Oleh karena itu, harus digali dan dikembangkan, sehingga dalam rangka kodifikasi, segala sesuatu yang tidak dan atau belum dikodifikasi akan tetap diperhitungkan. Masyarakat yang sedang membangun tidak mungkin meninggalkan unsur-unsur yang hidup dan berurat akar, serta menggantinya dengan unsur-unsur yang dicangkokkan dari luar.¹⁸

¹⁷Badan Pembinaan Hukum Nasional, op. cit., h.38-39.

¹⁸Hermien Hadiati Koeswadji I, op. cit., h.28 .

3. Efektifitas Berlakunya Hukum Tidak Tertulis yang Hidup dalam Masyarakat

Hukum tidak tertulis yang benar-benar hidup dalam masyarakat, secara yuridis, telah mempunyai landasan (dasar) berlakunya, sebagaimana diatur oleh pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951. Kesempatan tersebut diberikan baik terhadap aturan-aturan Hukum Pidana Adat yang mempunyai ekuivalensi (bandingan), maupun yang tidak mempunyai ketentuan bandingan dalam KUHP. Apabila terdapat suatu ekuivalensi dalam KUHP, maka perbuatan pidana tersebut dianggap diancam dengan maksimum hukuman sebagaimana diatur dalam KUHP. Sedangkan apabila tidak terdapat suatu ekuivalensi dalam KUHP, maka harus tetap dianggap sebagai perbuatan pidana yang diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan atau denda lima ratus rupiah berdasarkan KUHP. Dalam pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951 dinyatakan bahwa

Hukum materiil sipil dan untuk sementara waktu pun hukum materiil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kaula-kaula daerah Swapradja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh Pengadilan Adat, ada tetap berlaku untuk kaula-kaula dan orang itu, dengan pengertian :

bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diantjam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak yang terhukum dan

penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh Hakim dengan besar kesalahan yang terhukum

bahwa bilamana hukuman adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran Hakim melampaui padanya dengan hukuman kurungan atau denda yang dimaksud diatas, maka atas kesalahan terdakwa dapat dikenakan hukumannya pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukum adat yang menurut faham Hakim tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa mesti diganti seperti tersebut diatas dan

bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana dan yang ada bandingannya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diantjar dengan hukuman yang sama dengan hukuman bandingnya yang paling mirip kepada perbuatan pidana itu.

Disamping UU Dar. No.1 Thn.1951, dalam UU No.14

Thn.1970 yang mengatur tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, juga dimungkinkan berlakunya Hukum tidak tertulis yang benar-benar hidup dalam masyarakat, sebagaimana diatur dalam pasal 14 dan 27-nya. Dalam pasal 14 ayat (1) UU No.14 Thn.1970 dinyatakan bahwa "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya". Di dalam penjelasannya, disebutkan bahwa

Hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum. Pencari keadilan datang padanya untuk mohon keadilan. Andakata ia tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum sebagai seorang yang bijaksana dan bertanggung jawab penuh kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, Bangsa dan Negara.

Selanjutnya, lebih tegas lagi dijelaskan di dalam

pasal 27 ayat (1) UU No.14 Thn.1970, yang menyatakan bahwa "Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (garis bawah dari saya)". Sedangkan dalam penjelasannya disebutkan,

Dalam masyarakat yang masih mengenal hukum tidak tertulis, serta berada dalam masa pergolakan dan peralihan, Hakim merupakan perumus dan penggali nilai-nilai hukum yang hidup dikalangan masyarakat.

Untuk itu harus terjun ketengah-tengah masyarakat untuk mengenal, merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Dengan demikian Hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Dengan diberikannya dasar Hukum bagi berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, maka akan menjamin terwujudnya kepastian Hukum. Bahkan dengan adanya pasal 27 UU No.14 Thn.1970 tersebut, hakim dibebani kewajiban untuk menggali nilai-nilai Hukum yang hidup dalam masyarakat, dalam arti, Hukum tidak tertulis, terutama dalam menghadapi perkara-perkara yang belum atau tidak diatur oleh KUHP. Sebagaimana disimpulkan dalam Seminar Hukum Nasional III tahun 1974 di Surabaya tentang "Peranan Peradilan dalam Pembinaan Hukum Nasional" bahwa pasal 27 UU No.14 Thn.1970 cukup memberikan wewenang kepada hakim untuk menemukan dan kemudian melalui keputusan-keputusannya menetapkan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai Hukum. Dengan demikian, peranan peradilan meliputi fungsi-fungsi penerapan kaidah Hukum dan penetapan/pemben-

tukan kaidah-kaidah Hukum sesuai dengan kebutuhan tahap-tahap pembangunan nasional. Untuk memenuhi atau menjalankan fungsi tersebut harus dipenuhi syarat-syarat agar tujuannya tercapai.¹⁹

Atas dasar ketentuan-ketentuan tersebut di atas, maka menurut Hermien Hadiati Koeswadji bahwa pengertian perbuatan pidana bukanlah sekedar (terbatas) pada yang diatur dalam KUHP. Namun, haruslah diartikan juga perbuatan pidana berdasarkan peraturan Hukum Pidana yang tidak tertulis, dengan syarat harus yang tetap hidup dan didukung oleh masyarakat, bahkan akan tetap dijatuhi pidana bagi yang melanggarnya.²⁰

Efektifitas berlakunya Hukum Pidana Adat dalam kerangka berlakunya KUHP dapat kita lihat dari Yurisprudensi Mahkamah Agung ataupun putusan-putusan pengadilan negeri. Sudah cukup banyak putusan Mahkamah Agung atau pengadilan negeri yang dapat dianggap telah memperkembangkan berlakunya Hukum Pidana Adat, misalnya masalah perbuatan pidana adat "zinah" atau perbuatan-perbuatan yang sejenisnya, yang sesungguhnya perbuatan pidana adat tersebut tidak mempunyai pasal bandingan dalam KUHP tentang "zinah". Sebagaimana kita

¹⁹Ibid., h.33-34.

²⁰Ibid., h.27.

ketahui bahwa pasal 284 KUHP yang mengatur tentang zinah, mensyaratkan adanya "status perkawinan" terhadap para pelaku. Sedangkan pada kasus perbuatan pidana adat sebagaimana Yurisprudensi di bawah ini, para pelakunya "belum kawin". Sebagai contoh :

1. Putusan MA No.666 K/Pid/1984 tanggal 23 Februari 1985. Kasusnya terjadi di Luwuk, Sulawesi Selatan : seorang lelaki sudah dewasa melakukan kumpul kebo dengan seorang wanita yang juga sudah dewasa sehingga wanita tersebut hamil. Sewaktu diajak menikah dengan resmi, laki-laki tersebut menolaknya, bahkan menikah dengan wanita lain. Laki-laki tersebut diajukan ke pengadilan dan dijatuhi pidana selama tiga bulan penjara karena melanggar Hukum Adat Zinah. Disetujui oleh Mahkamah Agung dengan menunjuk pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951.
2. Keputusan PN Gianyar (bali) tahun 1972 No.11/Pid/1972. A (seorang laki-laki) telah mengadakan hubungan kelamin dengan B (seorang wanita) atas dasar suka sama suka, sehingga mengakibatkan B hamil. Kemudian, A tidak bersedia mengawininya. Keputusan Pengadilan Negri Gianyar, A dijatuhi pidana penjara selama tiga bulan, dengan syarat khusus mengadakan upacara "Widhi Widhana" menu-

rut adat desa dan membayar biaya perkara, berdasarkan perbuatan pidana "Logika Sanggraha" jo. pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951.²¹

3. Putusan MA tanggal 8 Oktober 1979 No.195 K/Kr/1978, telah menolak permohonan kasasi oleh yang dinyatakan salah melakukan perbuatan pidana "Logika Sanggraha" (Hukum Adat Bali), sebagaimana diputuskan oleh Pengadilan Negri di Gianyar tanggal 1 April 1976. Penolakan permohonan kasasi tersebut ditujukan terhadap putusan Pengadilan Tinggi Nusa Tenggara di Denpasar tanggal 26 Agustus 1977 yang tidak menerima permohonan banding terpidana terhadap putusan Pengadilan Negri di Gianyar tersebut.

Oleh pengadilan tinggi ditegaskan bahwa perbuatan tersebut merupakan "Logika Sanggraha" dan tidak ada bandingannya dalam KUHP. Dengan demikian, perbuatan itu tunduk pada pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951. Perbuatan pidana adat (Bali) yang didakwakan dan diputuskan terhadap IWS adalah hubungan seksual dengan NKS beberapa kali antara tahun 1971 dan 1975 di rumah NKS, sehing-

²¹ Ibid., h.30.

ga NKS hamil, tetapi IWS tidak bersedia mengawini NKS.²²

Dari ketiga kasus tersebut di atas, tampak bahwa hakim di dalam putusannya semata-mata mendasarkan kepada pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951 dan tidak tampak menyinggung pasal-pasal KUHP sebagai bandingan. Disamping itu, hakim dengan tegas menyebut perbuatan tersebut sebagai "perbuatan pidana adat", misalnya, "Logika Sanggraha".

Masih banyak lagi Yurisprudensi yang menghasilkan putusan serupa, yang pada dasarnya mengembangkan berlakunya Hukum Pidana Adat. Sebagaimana dikatakan oleh Oemar Seno Adji bahwa Yurisprudensi menjabarkan Hukum Pidana Adat, yang menurut UU Dar. No.1 Thn.1951 masih dapat diberlakukan oleh Pengadilan Umum, dan dalam tingkatan terakhir oleh Mahkamah Agung, masih mempunyai *raison d'etre* dalam kehidupan Hukum kita. Baik yang mempunyai bandingan dengan KUHP ataupun yang tidak mempunyai ekuivalen dengan KUHP masih diperkenankan menjadi "sumber langsung" bagi hakim pidana dalam mengetrapkannya.²³

Menyadari bahwa Hukum tidak tertulis yang benar-benar hidup dalam masyarakat masih berurat akar dan dipertahankan dengan kokohnya dalam kehidupan Hukum di In-

²²Oemar Seno Adji, op. cit., h.118.

²³Ibid., h.119.

Indonesia, maka Tap MPR IV/MPR/1973 yang untuk pertama kalinya memuat politik Hukum nasional dalam Bab IV bagian c, khususnya tentang "Hukum" menegaskan bahwa "Peningkatan dan penyempurnaan pembinaan hukum nasional, antara lain : mengadakan pembaharuan, kodifikasi, serta unifikasi hukum di bidang-bidang tertentu dengan jalan memperhatikan kesadaran hukum dalam masyarakat".



BAB III

ASAS LEGALITAS DALAM KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA

1. Sejarah Dibentuknya Asas Legalitas

Sebelum membahas lebih jauh tentang asas legalitas sebagaimana dalam pasal 1 ayat (1) KUHP, lebih tepat apabila terlebih dahulu diuraikan tentang sejarah pembentukan asas legalitas, dengan maksud agar diperoleh suatu landasan historis dibentuknya asas tersebut.

Para penulis dalam membahas sejarah pembentukan asas legalitas, pada umumnya memulai dengan peristiwa-peristiwa pada abad XVIII di Perancis, terutama peristiwa-peristiwa yang terjadi menjelang pecahnya revolusi Perancis sampai pecahnya revolusi Perancis itu sendiri. Pada masa itu, para raja yang berkuasa secara absolut berlaku sewenang-wenang terhadap rakyat, khususnya di bidang Hukum. Kesewenang-wenangan di bidang Hukum tersebut, baik dalam hal menentukan perbuatan-perbuatan yang dianggap terlarang, maupun jenis pidana yang hendak dijatuhkan kepada orang-orang yang dianggap melanggar larangan-larangan tersebut. Oleh karena itu, pada masa itu, dapat dikatakan "tidak adanya suatu kepastian Hukum".

Pada mulanya, timbul pemikiran-pemikiran klasik untuk mengadakan pembaharuan di bidang Hukum, yang bertu-

juan untuk melindungi kepentingan rakyat dari kekuasaan raja yang sewenang-wenang. Hal tersebut dilakukan melalui pembatasan kekuasaan raja dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang dilarang dan dalam menjatuhkan putusan pengadilan, yang ketika itu dinilai bertentangan dengan asas-asas yang diakui telah sesuai dengan hak-hak asasi manusia. Perjuangan rakyat Perancis, khususnya dalam usaha mendapatkan suatu kepastian Hukum akhirnya mendapat pengakuan dalam pasal 8 "Declaration Des Droits De L'Homme Et Du Citoyen" tahun 1789, yang aslinya berbunyi :

Nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee.

Yang artinya : "Tidak seorang pun dapat dihukum kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang yang telah ada terlebih dahulu daripada perbuatannya itu sendiri."²⁴

Di antara para tokoh yang memprakarsai perlunya perlindungan kemerdekaan dan kebebasan individu dari kesewenang-wenangan penguasa adalah "Beccaria", yang kehendaknya tercermin dalam tulisannya tentang "Dei delitti e delle pene" (tentang kejahatan dan hukuman), disamping tokoh lain seperti Montesquieu, maupun J.J. Rousseau. Dari tulisan-tulisan Beccaria tersebut, kemudian ternyata banyak mempengaruhi bagi terbentuknya "Code Penal" (Kitab

²⁴P.A.F. Lamintang, op. cit., h.125.

Undang-undang Hukum Pidana Perancis). Di dalam tulisannya tentang "Dei delitti e delle pene", Beccaria mencita-citakan agar undang-undang pidana dibentuk berdasarkan asas-asas yang bersifat lebih rasional, yaitu di satu pihak membatasi hak-hak penguasa di bidang Hukum dengan jalan menetapkan syarat bahwa adanya ketentuan pidana merupakan syarat mutlak bagi hakim dalam menjatuhkan suatu pidana, di lain pihak dapat menyelesaikan pertumbuhan Hukum pidana sebagai Hukum publik.²⁵ Dengan kata lain, ia menyatakan bahwa individu harus mendapatkan perlindungan terhadap kesewenangan penguasa dengan jalan dibentuknya Hukum pidana sebelum terjadinya perbuatan pidana, yaitu menetapkan perbuatan yang dilarang dan pidana yang hendak dijatuhkan. Disamping itu, ketentuan-ketentuan tersebut hendaknya disebutkan secara jelas dan sederhana.²⁶

Terbentuknya Code Penal Perancis tahun 1791 dengan pengaruh pemikiran Beccaria ternyata tidak dapat bertahan lama, mengingat dipandang sangat idealistis. Oleh karena itu, pada tahun 1810 terbentuklah Code Penal baru yang mendapat pengaruh dari pemikiran Bentham (seorang penulis berkebangsaan Inggris). Namun asas-asas yang terdapat di dalam Code Penal 1791 seluruhnya diambil alih dan dimuat

²⁵ Ibid., h.121-122.

²⁶ Bambang Poernomo, Asas-asas Hukum Pidana, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983, h.69.

dalam pasal 4 Code Penal 1810. Sedangkan asas-asas yang terkandung dalam Code Penal 1791, yang kemudian diambil alih dan dimuat dalam pasal 4 Code Penal 1810 sebenarnya berasal dari pasal 8 Declaration Des Droits.

Pada waktu Negeri Belanda dijajah oleh Perancis (1811-1813), maka "Het Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland" yang merupakan kodifikasi Hukum Pidana Belanda tahun 1809 tidak berlaku, dan sejak saat itu Code Penal diberlakukan. Bahkan setelah Negeri Belanda memperoleh kembali kemerdekaannya (1813), berdasarkan Souv. Besluit 11 Desember 1813, Code Penal tersebut dinyatakan untuk sementara waktu berlaku hingga tahun 1886 dengan perubahan-perubahan. Sesungguhnya, selama berlakunya Code Penal (Perancis) di Belanda tersebut, Pemerintah Belanda telah berusaha untuk membentuk Kitab Undang-undang Hukum Pidana sendiri. Pada tanggal 3 Maret 1881 Stb.35, terbentuklah "Wetboek van Strafrecht 1881" tersebut, yang dinyatakan berlaku mulai tanggal 1 September 1886.²⁷ Dengan terbentuknya "Wetboek van Strafrecht" tersebut, asas legalitas sebagaimana dalam Code Penal 1810 mendapat tempat di dalam pasal 1-nya.

Berlangsungnya penjajahan Belanda di Indonesia, te-

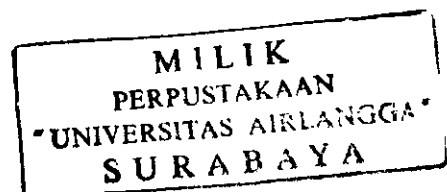
²⁷Ibid., h.51.

lah membuka sejarah kodifikasi dan unifikasi Hukum Pidana di Indonesia. Kodifikasi pertama kali di Indonesia, bersifat dualistis, yaitu : berlakunya "het Wetboek van Strafrecht voor de Europeanen" bagi golongan penduduk Eropa (K.B. 10 Februari 1866, yang mulai berlaku tanggal 1 Januari 1872 Stb.55-1866), dan berlakunya "het Wetboek van Strafrecht voor Inlanders en daarmede Gelijkgestelden" bagi golongan Bumi Putra dan orang-orang yang dipersamakan (Ordonantie 6 Mei 1872, yang mulai berlaku tanggal 1 Januari 1873 Stb.85-1872). Disamping itu, pada tahun 1873 juga berlaku Peraturan Hukum Pidana "Politiestrafreglement" bagi orang-orang Eropa dan "Politiestrafreglement" bagi orang-orang Bumi Putra (Ordonantie 15 Juni 1872 Stb.110 dan 111-1872).²⁸

Menurut Bambang Poernomo,²⁹ kodifikasi Hukum Pidana oleh pemerintah Hindia Belanda tersebut adalah dalam rangka menyapu bersih dan menghapuskan Hukum Adat, mengingat bahwa sikap penduduk asli sukar ditaklukkan oleh orang asing (Belanda), sehingga ditempuh melalui kolonialisasi Hukum Pidana. Sejak saat itulah asas legalitas diterima secara mutlak dan menurut bunyi pasal 1 ayat (1) WvS. Dengan demikian, tidak ada kekhawatiran bagi orang Belanda

²⁸Ibid., h.49-50.

²⁹Ibid.



untuk melanggar dan dituntut berdasarkan Hukum Adat.

Atas dasar asas "konkordansi" yang tercantum dalam pasal 75 (lama) RR 1854, serta adanya kehendak dari Idenburgh (mentri koloni) untuk mengadakan suatu "unifikasi" Hukum Pidana di Indonesia, maka akhirnya, berdasarkan K.B. tanggal 15 Oktober 1915 berhasil diundangkan "Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie" (selanjutnya disingkat WvS voor Nederlandsch Indie) dalam Stb. 1915-752, yang mulai berlaku tanggal 1 Januari 1918 bagi semua golongan Hukum di Indonesia. Jadi, berdasarkan asas "konkordansi" dan "unifikasi" menyebabkan penerimaan (resepsi) secara lengkap ketentuan-ketentuan WvS voor Nederlandsch Indie dari WvS di Belanda. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa WvS voor Nederlandsch Indie adalah tiruan dari WvS Belanda 1881, terlepas dari adanya beberapa perbedaan.

Kodifikasi dan unifikasi WvS 1915 tersebut, melalui pasal II Aturan Peralihan Undang-undang Dasar 1945, hingga sekarang masih tetap diberlakukan. Dengan UU No. 1 Thn. 1946, WvS 1915 (yang ada pada saat tanggal 8 Maret 1942) ditetapkan berlakunya serta diubah namanya menjadi "Wetboek van Strafrecht" atau dapat disebut "Kitab Undang-undang Hukum Pidana". Berdasarkan UU No. 73 Thn. 1958 diberlakukan untuk seluruh wilayah Republik Indonesia, disamping mengalami perubahan-perubahan.

Asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP

sebenarnya berasal dari adagium dalam bahasa Latin yang dirumuskan oleh sarjana Jerman bernama Paul Johann Anselm von Feuerbach, atau yang biasa disebut Anselm von Feuerbach saja. Rumusan tersebut berbunyi "Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali", yang terkandung di dalam bukunya "Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts".³⁰ Beccaria juga menyatakan hal serupa, tetapi dengan kata-kata yang lain, sebagaimana telah dinyatakan di muka.

Menurut Anselm von Feuerbach, asas nulla poena itu dibentuk untuk melindungi kepentingan umum dan menjamin hak-hak semua warga masyarakat secara lebih baik, dan bukan pengakuan terhadap individualisme.³¹ Jadi, secara historis, ketentuan pasal 1 ayat (1) KUHP itu merupakan suatu asas yang mempunyai hubungan erat dengan usaha manusia untuk mendapatkan suatu kepastian Hukum pada abad XVIII. Dengan kata lain, diadakannya ketentuan sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut adalah sebagai usaha mencegah kesewenang-wenangan penguasa, khususnya di bidang Hukum. Sebagaimana telah dikatakan oleh van Hattum bahwa

Tegen arbitraire vaststelling door de rechter terzake van welk wangedrag strafrechtelijk kan worden opgetre-

³⁰ Ibid., h.70.

³¹ P.A.F. Lamintang, op. cit., h.127.

den, tegen arbitraire vaststelling van de terzake op te leggen straf, richten zich de schrijvers in het tijdperk der verlichting. Hun streven naar rechtzekerheid en naar waarborgen voor de vrijheid van het individu vindt erkenning in artikel 8 van de DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN. Het beginsel wordt overgenomen in art. 4 CP en in 1881 wordt dit artikel zonder commentaar als artikel 1 in ons strafwetboek aanvaard.

Yang artinya, "Dalam zaman pembaharuan itu para penulis telah mencurahkan perhatian mereka terhadap kesewenangan hakim dalam menentukan tindakan-tindakan yang bagaimana merupakan tindakan-tindakan yang terlarang dan dalam menentukan hukuman yang bagaimana yang dapat dijatuhkan terhadap orang-orang yang dianggap sebagai telah melanggar larangan tersebut. Perjuangan mereka untuk adanya suatu kepastian hukum dan dijaminnya kebebasan pribadi itu telah mendapat suatu pengakuan dalam pasal 8 dari DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN. Asas ini kemudian telah diambil alih dan dicantumkan dalam pasal 4 CODE PENAL dan pada tahun 1881 tanpa suatu komentar pun telah dimasukkan ke dalam kitab undang-undang hukum pidana kita, yakni dalam pasal 1 KUHP".³²

2. Konsepsi dan Pengertian Asas Legalitas (Pasal 1 ayat (1) KUHP)

Di dalam pasal 1 ayat (1) KUHP, konsepsi asas legalitas disebutkan dengan suatu rumusan yang berbunyi, "Tidak ada suatu perbuatan dapat dipidana, kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan".

Rumusan asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut mengandung tiga pengertian yang penting,

³²Ibid., h.124-125.

yaitu :

1. bahwa tiada suatu perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana apabila terlebih dahulu tidak diatur dalam suatu perundang-undangan (memiliki pengertian "nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali");
2. bahwa ketentuan-ketentuan Hukum Pidana tidak berlaku surut;
3. bahwa dalam menentukan adanya perbuatan pidana, tidak boleh dipergunakan penafsiran secara analogi.

Khususnya terhadap pengertian pertama, maka asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut pada hakikatnya mensyaratkan sistem Hukum Pidana Indonesia yang tertulis, yang di satu pihak merupakan karakteristik dari "kepastian Hukum". Makna tersebut tampak dari digunakannya istilah "wettelijke strafbepaling" atau "aturan pidana dalam perundang-undangan". Jadi, pada dasarnya, Hukum yang tertulis sajalah yang dapat menentukan bahwa suatu perbuatan itu dapat diklasifikasikan sebagai perbuatan pidana. Sebagaimana dikatakan oleh Simons³³:

Het strafrecht is ten onzent geschreven recht en opgenomen in de strafwet in de boven aangegeven betekenis.

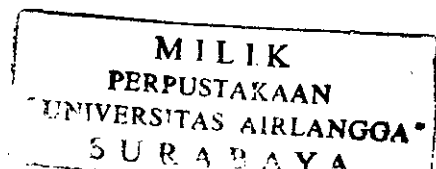
³³Ibid., h.137.

Yang artinya : "Di negara kita hukum pidana itu merupakan suatu hukum yang tertulis dan dimuat dalam undang-undang pidana seperti yang dimaksudkan di atas".

Atas dasar hal tersebut, maka ketentuan-ketentuan Hukum Pidana yang sifatnya "tidak tertulis" harus dikesampingkan. Dengan kata lain, ketentuan-ketentuan Hukum Pidana yang tidak tertulis tidak dapat digunakan sebagai batu uji untuk menentukan bahwa perbuatan seseorang itu diklasifikasikan sebagai perbuatan pidana, sehingga dengan demikian dapat dipidana. Oleh karena itu, Moeljatno³⁴ menyatakan bahwa dengan adanya rumusan asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP, konsekwensinya adalah bahwa perilaku perbuatan pidana menurut Hukum Adat tidak dapat dipidana sebab perbuatan pidana menurut Hukum Adat tersebut tidak ditentukan dengan aturan yang tertulis.

Apabila kita perhatikan kembali sejarah Hukum Pidana sejak Code Penal 1791 diundangkan, maka dapat diketahui bahwa Code Penal tersebut sebagai produk dari "aliran klasik" yang telah berjasa terhadap lahirnya asas "nulla poena". Namun, pada akhirnya, asas legalitas tersebut disamping sebagai asas bagi kepastian Hukum, juga "kebekuan Hukum" akan ditimbulkannya, mengingat bahwa perundang-undangan sebagai Hukum tertulis tentu pada suatu saat akan

³⁴Moeljatno, Asas-asas Hukum Pidana, cet. III, Bina Aksara, Jakarta, 1985 (selanjutnya disingkat Moeljatno II), h. 25-26.



tertinggal dari kenyataan-kenyataan sosial, sehingga tidak mencukupi kebutuhan masyarakat terhadap Hukum Pidana.

Konseptualisasi asas legalitas sebagaimana di atas sesungguhnya merupakan suatu pandangan tradisional, yang mengemukakan bahwa keharusan dengan perundang-undangan itu adalah perwujudan dari keinginan mengamankan posisi Hukum dari rakyat terhadap negara. Dengan kata lain, syarat perundang-undangan bagi penentuan perbuatan pidana adalah dalam rangka memberikan perlindungan terhadap anggota masyarakat dari tindakan sewenang-wenang pihak pemerintah.

Roeslan Saleh³⁵ memandang hal tersebut di atas sebagai suatu tafsiran yang terlalu sempit dan menyampingkan arti sepenuhnya yang dimaksud oleh ahli-ahli teori Hukum Pidana pada abad ke-18 tentang asas legalitas. Lebih dari itu, sebenarnya dari asas legalitas tersebut tidaklah lahir suatu perlindungan Hukum apapun, jika realisasi dari asas itu akibatnya hanyalah bahwa pelaksanaan kekuasaan yang kejam beralih dari pelaksanaan oleh hakim kepada pembentuk undang-undang. Oleh karena itu, penulis-penulis terlalu berlebihan dengan menekankan bahwa hanya undang-undang yang pasti, jelas, terang, dan tidak meragukan saja yang dapat membendung kesewenang-wenangan dalam peradilan

³⁵Roeslan Saleh, Beberapa Asas-asas Hukum Pidana dalam Perspektif, Aksara Baru, Jakarta, 1984 (selanjutnya disingkat Roeslan Saleh II), h.28-29.

pidana dan yang dipandang sebagai salah satu dari kekurangan serta cacat terbesar dari peradilan pada masa Ancien Regime.

Kita tahu bahwa KUHP yang sekarang ini berlaku adalah sebagai produk dari aliran neo-klasik, dalam arti, produk aliran klasik yang mendapat pengaruh dari aliran modern, yang di antaranya berpijak pada tiang "asas legalitas". Namun, asas legalitas yang terumus dalam pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut, tampak jelas dibentuk dengan dasar pemikiran klasik. Oleh karena itu, dirumuskan dengan suatu konsep yang tidak memungkinkan diterapkannya "Hukum tidak tertulis" yang benar-benar masih hidup dalam masyarakat.

Apabila ditinjau lebih jauh tentang asas legalitas sebagaimana dirumuskan dalam pasal 1 ayat (1) KUHP dalam demensi fungsi Hukum, maka akan terlihat kongruen dengan jiwa "ajaran legisme", yaitu bahwa penggarapan Hukum hanya bergumul dengan perundang-undangan. Dengan kata lain, perundang-undangan sebagai sumber monopoli dari Hukum. Dalam pandangan ini, mudah terjadi diskrepansi (ketidakcocokan) antara Hukum dengan kenyataan yang berlaku di dalam masyarakat. Oleh karena itu, hakim tidak bebas dalam praktek peradilan, yaitu melakukan menurut undang-undang atau tidak. Jadi, hakim tidak diberi kebebasan untuk mengadakan suatu "penemuan Hukum" (*rechtsvinding*). G. Wiar-

da³⁶, dalam bukunya "Republique", memvisualkan sebagai "negara ideal", yaitu, perundang-undangan tertulis menjadi pegangan bagi hakim yang mengandung kepastian Hukum secara sempurna. Dengan demikian, hakim menerapkan undang-undang dan melaksanakannya sebagaimana bunyi undang-undang atau hakim sebagai corong (spreekbuis) undang-undang.

Menurut E. Utrecht³⁷, terhadap asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP itu dapat dikemukakan beberapa keberatan, di antaranya :

1. bahwa asas "nullum delictum" tersebut kurang melindungi kepentingan kolektif (collective belangen), mengingat bahwa yang dapat dipidana hanyalah mereka yang melakukan perbuatan yang oleh undang-undang disebut sebagai perbuatan pidana. Oleh karena itu, bukan tidak mungkin bahwa seseorang yang melakukan suatu perbuatan yang oleh masyarakat dipandang sebagai suatu kejahatan, tetapi karena oleh undang-undang tidak diatur, maka pelakunya tidak dapat dipidana;
2. bahwa pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut mengesampingkan diterapkannya Hukum Pidana Adat.

³⁶ Hermien Hadiati Koeswadji, Hand-out Kuliah HP III, "Menganalisis Perkembangan Hukum Pidana", 1 Agustus 1986 (selanjutnya disingkat Hermien Hadiati Koeswadji II).

³⁷ E. Utrecht, Hukum Pidana I, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986, h.195-198.

Dari hal-hal tersebut di atas, dapat diketahui bahwa asas legalitas yang tercantum dalam pasal 1 ayat (1) KUHP masih menitikberatkan pada perlindungan Hukum terhadap kepentingan individu daripada terhadap negara dan masyarakat. Konklusi yang demikian atas dasar bahwa pasal 1 ayat (1) KUHP masih memungkinkan seorang pelaku jenis perbuatan pidana yang timbul kemudian (jenis perbuatan pidana baru) akan lolos dari jangkauan KUHP.

Apabila konsepsi asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP dikomparasikan dengan pasal 14 ayat 2 Undang-undang Dasar Sementara 1950 (selanjutnya disingkat UUDS 1950), "pasal 11 Universal Declaration of Human Rights", maka akan tampak adanya perbedaan yang prinsipiel.

Di dalam pasal 14 ayat 2 UUDS 1950, dinyatakan bahwa "Tiada seorang juapun boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi hukuman, kecuali karena suatu aturan hukum (garis bawah dari saya) yang sudah ada dan berlaku terhadapnya".

Pengertian yang dapat diambil dari pasal 14 ayat 2 UUDS 1950 tersebut adalah bahwa hakim dalam praktek peradilan dimungkinkan mengetrapkan "Hukum pidana tidak tertulis" yang benar-benar masih hidup dalam masyarakat. Adanya kemungkinan yang demikian itu karena pasal 14 ayat 2 UUDS 1950 tidak mensyaratkan bahwa aturan-aturan yang

telah ada tersebut harus "tertulis". Hal tersebut dapat dipahami dari dipakainya istilah "hukum", dan bukan perundang-undangan (undang-undang). Berbeda dengan pasal 1 ayat (1) KUHP, di sana disyaratkan adanya Hukum Pidana yang sifatnya "tertulis".

Sebagaimana juga telah dinyatakan dalam pasal 11 Universal Declaration of Human Rights,³⁸

No one shall be held quality of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.

Yang artinya, "Tidak seorang pun akan diklasifikasikan melakukan perbuatan pidana disebabkan berbuat atau tidak berbuat, yang tidak dipandang sebagai suatu perbuatan pidana, menurut Hukum nasional atau internasional, pada saat perbuatan itu dilakukan. Juga tidak akan dijatuhi pidana yang lebih berat, selain dari pidana yang dapat dikenakan pada saat perbuatan pidana tersebut dilakukan.

Konsepsi yang terumus dalam pasal 11 Universal Declaration of Human Rights itu dibatasi dengan istilah "law" (national or international) atau "Hukum". Oleh karena itu, dalam demensi Hukum Nasional, maka pelanggaran

³⁸Oemar Seno Adji, op. cit., h.63.

yang ditunjuk tidak hanya terbatas pada perundang-undangan (Hukum tertulis), tetapi juga Hukum yang tidak tertulis.



**MILIK
PERPUSTAKAAN
"UNIVERSITAS AIRLANGGA"
SURABAYA**

BAB IV

PENGARUH BERLAKUNYA HUKUM TIDAK TERTULIS YANG HIDUP DALAM
MASYARAKAT TERHADAP PASAL 1 AYAT (1) KUHP1. Efektifitas Pasal 1 Ayat (1) KUHP

Berlakunya KUHP dengan konsepsi asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP di satu pihak dan dengan dikembangkannya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat di lain pihak, sesungguhnya telah menimbulkan suatu "kesimpangsiuran" dalam Hukum Pidana Indonesia. Kondisi yang demikian ini, terutama sekali menimpa pasal 1 ayat (1) KUHP itu sendiri, yang selama ini dianggap sebagai salah satu "benteng" dari Hukum Pidana Nasional (KUHP), dan juga khususnya bagi para hakim dalam menentukan ketentuan-ketentuan Hukum yang hendak dikonkritisasi.

Secara faktual, kita akui bahwa posisi Hukum pidana adat sampai saat ini telah dimantapkan dalam perundang-undangan, dan menjadi yurisprudensi konstan dalam beberapa putusan pengadilan dan Mahkamah Agung. Sebagaimana putusan MA No.74 K/Kr/1969 tanggal 26 September 1970, yang telah memutuskan bahwa berdasarkan pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951, pelaku perbuatan pidana adat Karo "Ndjurmak" dapat dijatuhi pidana atau sebagaimana putusan-putusan pengadilan dan Mahkamah Agung lainnya yang serupa.

Atas dasar hal tersebut, maka dapat dikatakan bahwa asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP yang merupakan benteng dari KUHP tersebut, kini, tidak lagi berfungsi seperti yang seharusnya. Ia telah "kehilangan makna" yang sesungguhnya dikandung. Dengan kata lain, Hukum Pidana Adat pada khususnya, telah mendorong pasal 1 ayat (1) KUHP ke dalam lapangan Hukum tertentu yang sebenarnya melampaui batas wilayah kerja pasal 1 ayat (1) KUHP. Jadi, dengan keluarnya putusan-putusan Mahkamah Agung tersebut di muka, pada hakikatnya merupakan salah satu indikasi bahwa dalam kerangka berlakunya pasal 1 ayat (1) KUHP juga berlaku Hukum Pidana yang tidak tertulis (di luar perundang-undangan). Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa dalam sistem Hukum Pidana Indonesia pada dasarnya masih terjadi suatu kejanggalan-kejanggalan, yaitu : di satu pihak tidak memberikan kemungkinan terhadap berlakunya Hukum tidak tertulis (Hukum di luar perundang-undangan), meskipun benar-benar masih hidup di dalam masyarakat; di lain pihak membuka pintu lebar-lebar untuk dapat diterapkannya Hukum di luar perundang-undangan dalam rangka menyesuaikan dengan kondisi serta kenyataan dalam masyarakat.

Bila dikaitkan dengan "demensi politik hukum" dari asas legalitas (dalam arti, tujuan asas legalitas sebagai perlindungan terhadap anggota masyarakat dari tindakan se-

wenang-wenang pihak pemerintah), maka situasi yang simpang-siur dalam Hukum Pidana tersebut di atas, bukanlah tidak membawa arti apa-apa dalam kehidupan Hukum bangsa Indonesia. Namun, membawa konsekwensi yang besar terhadap tujuan untuk dapat dicapainya suatu "kepastian Hukum", mengingat secara begitu saja pasal 1 ayat (1) KUHP disimpangi, tanpa adanya suatu penyelesaian lebih lanjut terhadap pasal 1 ayat (1) KUHP itu sendiri.

Dengan adanya ketentuan-ketentuan Hukum Pidana yang simpang-siur tersebut bukan tidak mungkin harapan tercapainya kepastian Hukum tidak akan terwujud. Dengan demikian, jaminan perlindungan anggota masyarakat dari tindakan sewenang-wenang pihak pemerintah akan merupakan "slogan" belaka, dalam arti, tanpa pernah terealisasi. Konklusi yang demikian itu, atas dasar bahwa kesimpangsiuran dalam Hukum Pidana tersebut mengakibatkan masyarakat tidak dapat menilai (menentukan) perbuatan-perbuatan di luar yang diatur dalam perundang-undangan yang sesungguhnya dapat diklasifikasikan sebagai perbuatan pidana.

Sebenarnya, disamping disimpanginya pasal 1 ayat (1) KUHP dengan kemungkinan dapat diberlakukannya Hukum tidak tertulis (di luar perundang-undangan pidana) yang benar-benar masih hidup dalam masyarakat berdasarkan pasal 5 ayat (3) b UU Dar No.1 Thn.1951, maka dengan adanya pa-

sal 14 dan 27 UU No.14 Thn.1970 pun pada hakikatnya merupakan suatu "terobosan" terhadap pasal 1 ayat (1) KUHP. Pernyataan yang demikian ini, atas dasar bahwa pasal 14 dan 27 UU No.14 Thn.1970 memberikan peluang pada hakim untuk "menemukan" dan "membentuk" Hukum. Oleh karena itu, akan memberikan kemungkinan kepada hakim untuk menetapkan suatu jenis perbuatan pidana yang "belum diatur" di dalam KUHP, yaitu, dengan memperhatikan pandangan-pandangan masyarakat yang hidup pada waktu suatu perkara itu diajukan, disamping menggali dari Hukum Pidana Adat itu sendiri. Dengan kata lain, hakim dalam menetapkan suatu perbuatan itu sebagai perbuatan pidana menggantungkan diri pada faktor kondisi dan kenyataan yang ada dalam masyarakat.

Berdasarkan fakta-fakta tersebut di muka, maka sebagai kesimpulan sementara dan sekaligus sebagai jawaban terhadap permasalahan pertama, dapat dikatakan bahwa berlakunya pasal 1 ayat (1) KUHP "tidak lagi mutlak" sebagaimana makna yang sebenarnya. Sehubungan dengan hal tersebut, Bambang Poernomo³⁹ menyatakan bahwa putusan-putusan Mahkamah Agung sebagaimana tersebut di atas merupakan salah satu contoh makin meluasnya pandangan terhadap Hukum Pidana dan sekaligus membuka tabir bahwa asas legalitas di Indonesia tidak terbelenggu oleh pasal 1 ayat (1) Wetboek

³⁹Bambang Poernomo, op. cit., h.55.

van Strafrecht.

2. Suatu Perspektif

Mengingat bahwa asas legalitas sebagai asas yang fundamental dari Negara Hukum, maka secara politik hukum asas tersebut akan tetap dipertahankan. Sebagaimana dikatakan oleh Oemar Seno Adji⁴⁰ bahwa asas legalitas sebagai salah satu ciri khas negara hukum dan telah menjadi hukum positif dengan penerimaannya dalam Pelita II.

Sejalan dengan hal tersebut, seperti telah diketahui bahwa politik hukum nasional dalam rangka pembentukan Hukum Nasional yang akan datang sejauh mungkin memperhitungkan Hukum tidak tertulis yang benar-benar masih hidup dalam masyarakat. Jadi, secara politik hukum, baik asas legalitas maupun Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat akan tetap dipertahankan, meskipun saat ini keduanya menimbulkan suatu paradoks atau kesimpangsiuran. Oleh karena itu, pembentuk KUMP Nasional yang akan datang dituntut untuk menghindari terjadinya pertentangan-pertentangan antara keduanya (asas legalitas dan Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat), tetapi dengan prinsip tetap mempertahankan eksistensi kedua "tiang" Hu-

⁴⁰Oemar Seno Adji, op. cit., h.23-24.

kum Pidana Nasional tersebut.

Atas dasar hal tersebut di atas, sebagai upaya untuk menghindarkan terjadinya kesimpangsiuran, maka sasaran utamanya adalah pasal 1 ayat (1) KUHP (asas legalitas) untuk ditinjau kembali tentang konsepsinya. Tidaklah memungkinkan lagi untuk tetap mempertahankan rumusan pasal 1 ayat (1) KUHP dalam rangka dimungkinkan berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat. Oleh karena itu, pasal 1 ayat (1) KUHP yang mengandung pengertian "perundang-undangan" harus ditinggalkan dan dibangun konsepsi baru yang mengandung pengertian "Hukum" (dapat diberlakukannya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat). Sebagaimana rumusan pasal 14 ayat 2 UUDS 1950, pasal 11 Universal Declaration of Human Rights, yang mempergunakan istilah "law" atau "Hukum".

Menyadari kondisi tersebut, maka di dalam usulan Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana baru Buku Kesatu yang disusun oleh Tim Pengkajian Hukum Pidana tahun 1982/1983 dan disampaikan pada "Lokakarya Buku Kesatu KUHP Baru" yang diselenggarakan oleh BPHN, merumuskan di dalam Bab I, khususnya pasal 1.01.01 ayat (1) dan (4) tentang "Berlakunya Peraturan Perundang-undangan Pidana Menurut Waktu" memberikan suatu rumusan yang lebih luas daripada pasal 1 ayat (1) KUHP yang kini berlaku. Di dalam ayat

(1)-nya dinyatakan bahwa "Tidak seorangpun boleh dituntut untuk dipidana atau dijatuhi pidana, kecuali berdasarkan peraturan perundang-undangan pidana yang telah ada dan berlaku terhadapnya". Sedangkan di dalam ayat (4)-nya dinyatakan bahwa "Ketentuan dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup yang menurut adat setempat patut dipidana dan yang tidak ada persamaannya dalam peraturan perundang-undangan ini".

Rumusan tersebut di atas, sesungguhnya perluasannya masih terbatas pada "Hukum Adat" belaka. Hal tersebut terlihat dari digunakannya kata-kata "yang menurut adat setempat patut dipidana". Oleh karena itu, rumusan inipun pada dasarnya belum mencakup "Hukum" yang dihasilkan dari diterapkannya pasal 27 UU No.14 Thn.1970, yaitu, "Hukum yang dibentuk oleh hakim atas dasar kondisi dan kenyataan masyarakat waktu itu" (bukan sekedar yang digali dari Hukum Adat). Dengan demikian, tepatlah Rancangan KUHP Buku I (beserta penjelasannya) yang pernah disusun oleh H. Harris, H. Basarudin, dan I. Situmorang, merumuskan dalam pasal 18 dan 19 dalam Bab B tentang "ruang lingkup menurut waktu", tidak menekankan pada peraturan pidana dalam perundang-undangan sebagai dasar untuk memidana, tetapi menyatakan bahwa "Tidak seorangpun karena perbuatannya dapat dipidana, kecuali berdasarkan Hukum Pidana (garis bawah dari saya)

yang ada saat itu dilakukan".⁴¹

Dengan rumusan yang mempergunakan istilah "Hukum Pidana" (bukan aturan pidana dalam perundang-undangan), maka akan membuka peluang terhadap berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, yaitu : disamping Hukum Adat itu sendiri, juga Hukum yang dibentuk oleh hakim atas dasar kondisi dan kenyataan masyarakat.

3. Pokok Pikiran Dasar Hakim dalam Mengkonkritisasi Pasal 1 Ayat (1) KUHP

Apabila Rancangan KUHP baru berhasil diundangkan, maka problema dasar terhadap berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dalam kerangka berlakunya asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP, tidak lagi akan terjadi. Hal tersebut disebabkan rumusan asas legalitas dalam pasal 1 ayat (1) KUHP telah disempurnakan, sehingga memungkinkan berlakunya Hukum tidak tertulis.

Berbeda dengan kondisi yang ada sekarang ini, pasal 1 ayat (1) KUHP sama sekali tidak memberikan peluang terhadap berlakunya Hukum tidak tertulis. Realitanya, Hukum tidak tertulis tersebut, khususnya Hukum Pidana Adat telah dimantapkan sebagai Yurisprudensi konstan Mahkamah Agung.

⁴¹ Ibid., h.62

Oleh karena itu, secara praktis, hakim harus dapat memberikan jalankeluar, sehingga pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut memberikan peluang terhadap berlakunya Hukum tidak tertulis. Dengan kata lain, hakim dalam mengkonkritisasi ketentuan-ketentuan Hukum yang bersumber pada Hukum tidak tertulis harus berbuat sedemikian rupa sehingga asas "nullum delictum" itu tidak dilanggar.

Menghadapi situasi yang demikian ini, sudah barang tentu satu-satunya jalan adalah melalui suatu metode "interpretasi" (penafsiran) undang-undang. Seperti telah kita ketahui bahwa hakim pidana (umum) telah diperbolehkan mempergunakan metode interpretasi sebagaimana yang telah lazim dipergunakan dalam peradilan perdata.⁴² Sedangkan perundang-undangan tidak menetapkan suatu sistem tertentu yang harus dijadikan pedoman bagi seorang hakim dalam menginterpretasi undang-undang.⁴³ Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa hakim mempunyai kebebasan dalam menentukan suatu metode interpretasi yang hendak dipakai.

Di dalam ilmu hukum, metode penafsiran yang lazim dipergunakan oleh hakim di antaranya adalah :

1. Penafsiran Gramatikal (menurut bahasa);

⁴²E. Utrecht, op. cit., h.202.

⁴³Surojo Wignjodipuro, Pengantar Ilmu Hukum, Alumni, Bandung, 1974, h.77.

2. Penafsiran Historis;
3. Penafsiran Sistematis;
4. Penafsiran Teleologis.

Dalam hal ini, metode penafsiran yang paling tepat untuk digunakan oleh seorang hakim dalam mengkonkritisasi pasal 1 ayat (1) KUHP adalah "penafsiran teleologis" atau "penafsiran sosiologis", dalam arti, ketentuan undang-undang dicari pengertiannya yang sesuai dengan tujuan atau dengan berpedoman kepada tujuan yang dikejar dalam masyarakat.⁴⁴ Oleh karena itu, ditafsirkan sedemikian rupa sehingga tujuan yang dikejar itu terkena. Dengan kata lain, undang-undang dijalankan sesuai dengan tujuan sosialnya (strekking). Jadi, meskipun suatu perbuatan tidak disebut dengan tegas dalam peraturan perundangan yang sudah ada itu, dapat dianggap "strafwaardig" (patut dipidana) menurut tujuan sosial peraturan perundangan tersebut.⁴⁵ Sedangkan mekanisme yang harus dilalui oleh hakim adalah memperhatikan keadaan (situasi) masyarakat yang ada pada saat itu, sehingga putusan yang dikehendaki masyarakat benar-benar terwujud atau rasa keadilan masyarakat dapat terpenuhi.

⁴⁴ Ibid., h.79.

⁴⁵ E. Utrecht, op. cit., h.213.

Dengan demikian, atas dasar penafsiran teleologis tersebut di atas, secara praktis, hakim yang saat ini masih menghadapi KUHP dengan konsepsi asas legalitas sebagaimana pasal 1 ayat (1) KUHP dalam rangka berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, maka minimal harus mentafsirkan pasal 1 ayat (1) KUHP dengan tafsiran bahwa "pasal 1 ayat (1) KUHP tidak mengurangi berlakunya Hukum tidak tertulis yang benar-benar hidup dalam masyarakat, yang menetapkan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana".

Apabila mengikuti pengertian aslinya, dapat dipidanya seseorang semata-mata didasarkan atas Hukum tertulis (aturan dalam perundang-undangan pidana), dengan membuang jauh-jauh Hukum tidak tertulis. Setelah melalui metode penafsiran teleologis, Hukum tidak tertulis mendapat tempat yang wajar, dengan syarat, benar-benar hidup dalam masyarakat. Dengan demikian, undang-undang tidak lagi kaku, melainkan luwes (fleksibel) sebab tuntutan masyarakat terhadap Hukum akan selalu dapat direalisasikan.

Sehubungan dengan penggunaan penafsiran teleologis oleh hakim tersebut, maka perlu diperhatikan terhadap hal-hal yang dikatakan oleh Moeljatno⁴⁶ dalam memberikan pra-

⁴⁶Moeljatno I, op.cit., h.29.

saran tentang "Atas Dasar atau Asas-asas Apakah Hendaknya Hukum Pidana Kita Dibangun" tahun 1964. Dinyatakan bahwa pengecualian terhadap asas legalitas ini, hendaknya di satu pihak, secara materiil, dibatasi sampai pada perbuatan-perbuatan yang sangat perlu diberantas dan di lain pihak, secara formal, diadakan prosedur yang menjamin bahwa putusan hakim yang menyimpang dari asas legalitas tadi, ex-officio dalam jangka waktu yang pendek dibenarkan dan dikuatkan oleh pengadilan tinggi yang bersangkutan. Dengan demikian, bagi hakim yang memutus perkara dalam tingkat pertama ada pegangan dan penguatan terhadap putusan yang luar biasa tadi.

4. Kriminalisasi terhadap Perbuatan Pidana yang Bersumber pada Hukum Tidak Tertulis dalam Modifikasi Hukum Pidana

Pembaharuan terhadap KUHP yang saat ini berlaku di Indonesia sudah barang tentu sebagai suatu usaha untuk menyesuaikan dengan perkembangan dan pembangunan masyarakat Indonesia. Sebagaimana telah kita ketahui bahwa KUHP yang ada sekarang ini merupakan produk atau warisan zaman pemerintahan kolonial Belanda, yang kemudian dengan perubahan dan tambahan diberlakukan hingga sekarang. Oleh karena itu, KUHP yang kini berlaku, sesungguhnya telah jauh ketinggalan atau tidak lagi mencukupi kebutuhan masyarakat Indonesia yang mengalami perkembangan dan pertumbuhan.

MILIK
PERPUSTAKAAN
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA

Disamping hal-hal tersebut, sebagai bangsa yang merdeka dan berdaulat sudah sewajarnya apabila memiliki KUHP yang dibentuk, dibangun, dan dibina berdasar atas landasan sumber tertib hukum kita sendiri, sebagaimana dinyatakan dalam GBHN (Tap MPR No.IV/MPR/1978), yaitu : Pancasila dan UUD 1945.⁴⁷ Dengan demikian bukan tidak mungkin mengakibatkan adanya perubahan pandangan kriminologis terhadap sejumlah perbuatan tertentu dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Perubahan pandangan tersebut di antaranya mengakibatkan "kriminalisasi" (disamping dekriminialisasi dan depenalisasi), yaitu, perbuatan yang semula bukan perbuatan pidana, kemudian diancam dengan pidana dalam perundang-undangan. Dengan kata lain, perbuatan yang tadinya merupakan perbuatan yang tidak tercela dan tidak dituntut pidana, berubah menjadi perbuatan yang dipandang tercela dan perlu dipidana.

Peranan esensial dari kriminalisasi dalam modifikasi Hukum Pidana (pembentukan KUHP baru) tersebut tampak sewaktu Panitia Ahli dalam Bidang Hukum Pidana periode 1979/1980 membicarakan tentang KUHP baru yang akan dibagi menjadi 2 bagian, yaitu : bagian umum dan bagian khusus. Dikatakan bahwa dalam menggariskan politik hukum khususnya,

⁴⁷Rusli Effendy, Andi Zainal Abidin Farid, dan Berny C. Manaroinsong, op. cit., h.64.

tentang delik-delik dalam kodifikasi; persoalan dekriminialisasi, depenalisasi, dan kriminalisasi (garis bawah dari saya) memegang peranan esensial untuk mengadakan reform dan pembaharuan dalam KUHP.⁴⁸

Sebagai ilustrasi tentang perlunya kriminalisasi dalam rangka mengikuti perkembangan masyarakat adalah sebagaimana penelitian tentang "perkembangan delik khusus" dalam masyarakat yang mengalami modernisasi (Universitas Diponegoro 1975/1976). Salah satu perbuatan yang diungkapkan oleh penelitian itu adalah tentang "iklan yang tidak cocok dengan kenyataan". Masalah yang timbul dalam persoalan iklan adalah "apakah ada kecocokan antara iklan dan kenyataan yang sebenarnya". Jika dalam persaingan ada perusahaan yang merasa dirugikan oleh perusahaan tertentu, maka ia dapat menuntutnya melalui pasal 382 bis KUHP. Namun, apabila konsumen yang dirugikan (akibat iklan), maka belum tentu ia dapat dan mampu menuntutnya dengan menggunakan pasal 378 atau 383 KUHP. Masalah lain yang timbul adalah sehubungan dengan iklan yang merupakan kerja sama antara produsen, penjual, biro iklan, dan mass media. Apabila yang merasa dirugikan akan menuntut, maka siapa yang harus dituntutnya.⁴⁹ Oleh karena itu, kriminalisasi

⁴⁸Oemar Seno Adji, op.cit., h.108.

⁴⁹Rusli Effendy, Andi Zainal Abidin Farid, dan Berny C. Manarinsong, op. cit., h.67.

perbuatan ketidakcocokan iklan dengan kenyataan perlu di-realisis dalam KUHP yang akan datang, sehingga konsumen tidak lagi menjadi mangsa periklanan. Demikian juga, seperti yang dikatakan oleh Sudarto⁵⁰ sehubungan dengan penelitian tentang perkembangan delik-delik khusus di Indonesia oleh Fakultas Hukum Universitas Diponegoro 1975/1976 bahwa masalah kriminalisasi dapat diungkap pendapat para responden, yaitu, 63 % dari mereka menghendaki, mengingat sistem Hukum Pidana Indonesia yang tertulis. Oleh karena itu, agar perbuatan yang menurut masyarakat dianggap tercela, tidak susila, atau merugikan, tetapi tidak dilarang oleh undang-undang, dijadikan perbuatan pidana dengan mengancamnya dalam undang-undang. Sedangkan yang 26 % menyatakan tidak perlu.

Dalam hubungannya dengan Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, khususnya Hukum Pidana Adat, maka perbuatan-perbuatan yang dipandang sebagai perbuatan pidana adat dapat dijadikan bahan pertimbangan dalam pembentukan KUHP baru atau dapat dilakukan kriminalisasi, yaitu, ditingkatkan sebagai perbuatan pidana yang diatur dalam KUHP. Sebagai contoh, dimasukkannya jenis perbuatan pidana dalam KUHP yang akan datang yang diintrodusir dari jenis

⁵⁰Sudarto, op. cit., h.58.

perbuatan pidana adat "Logika Sanggraha" (Bali), "Mdjurmak" (Karo), Zinah, dan sebagainya. Sebagaimana juga telah dikatakan oleh Oemar Seno Adji⁵¹ bahwa

Pemasukan perbuatan "incest" dalam KUHP dapat disejajarkan dengan isi dari kertas kerja yang dipersiapkan oleh Fifth UN Congress on the prevention on crime and treatment of offenders, sewaktu mengatakan di dalamnya : "Recently legislation againts incest was introduced in one of these countries for the first time".

Sekedar terdapat suatu pembenaran adanya kriminalisasi incest dalam perundang-undangan, dalam KUHP kita kelak (garis bawah dari saya), yang sebelumnya tidak dipandang sebagai suatu tindak pidana, khususnya dalam masyarakat Indonesia, yang menurut Hukum Adatnya memandang incest tersebut sebagai suatu delik adat dan pandangan Agamanya pula tidak membenarkan incest.

Namun, sudah barang tentu kriminalisasi tersebut perlu mendapat suatu pembatasan, yaitu, khusus terhadap perbuatan yang semata-mata atas dasar kebutuhan sosial dan nasional. Jadi, tidak semua perbuatan pidana adat dilakukan suatu kriminalisasi. Jika tidak dibatasi, maka bukan tidak mungkin akan terjadi suatu "overcriminalization" terhadap perbuatan pidana adat.

Perlunya pembatasan kriminalisasi pada perbuatan yang semata-mata atas dasar kebutuhan sosial dan nasional tersebut, mengingat bahwa di dalam KUHP yang akan datang telah dimungkinkan berlakunya Hukum tidak tertulis yang

⁵¹Oemar Seno Adji, op. cit., h.94.

hidup dalam masyarakat, termasuk adanya peluang bagi hakim untuk mengadakan "penemuan" atau "pembentukan" Hukum, sebagaimana diatur dalam pasal 14 dan 27 UU No.14 Thn.1970. Dengan demikian, meskipun suatu perbuatan belum diatur dalam KUHP, maka hakim dapat menggali dari Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, atau menetapkan suatu putusan yang didasarkan pada kondisi dan kenyataan masyarakat waktu itu.

5. Berlakunya Hukum Tidak Tertulis yang Hidup dalam Masyarakat dalam Kaitannya dengan Usaha Kodifikasi dan Unifikasi Hukum Pidana Nasional

Kenyataan telah menunjukkan bahwa sejalan dengan berlakunya KUHP yang berasal dari Wetboek van Strafrecht 1915 (KUHP yang sekarang ini berlaku) di daerah-daerah yang dahulu terdapat pengadilan-pengadilan adat, Hukum Adat masih juga berlaku. Dengan demikian hakim dihadapkan pada suatu alternatif, yaitu, apakah yang berlaku terhadap suatu kasus itu KUHP sebagai Hukum tertulis ataukah Hukum Adat sebagai Hukum tidak tertulis. Oleh karena itu, secara praktis, Unifikasi belum dapat dikatakan telah tercapai dalam Hukum Pidana Indonesia, mengingat bahwa di daerah-daerah yang Hukum Adatnya masih kuat hakim lebih cenderung berpaling kepada peluang yang diberikan oleh pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951. Jadi, pada hakikatnya masih ter-

dapat dualisme dalam Hukum Pidana Indonesia, khususnya di daerah-daerah yang pengaruh Hukum Adatnya masih kuat.

Sebagaimana telah diketahui bahwa dalam rangka politik hukum nasional, seperti yang telah dinyatakan dalam Tap MPR IV/MPR/1973, pemerintah hendak mengadakan pembaharuan, kodifikasi dan unifikasi Hukum Pidana. Namun, Hukum yang hidup dalam masyarakat tetap mendapat tempat.

Meskipun dalam rangka politik hukum nasional Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat tetap mendapat tempat, tetapi Hukum tidak tertulis tersebut "tidak berlaku secara berdampingan" dengan KUHP nasional. Jadi, berbeda dengan keadaan yang ada sekarang ini, yaitu, di daerah-daerah yang Hukum Adatnya masih kuat, "ketentuan-ketentuan adat berlaku secara berdampingan dengan ketentuan-ketentuan dalam KUHP". Dalam rangka tercapainya politik hukum nasional, maka hakim tidak lagi dihadapkan pada suatu alternatif untuk memberlakukan menurut KUHP ataukah Hukum Adat. Hakim dalam menghadapi suatu kasus harus berusaha sekuat tenaga untuk menerapkan Hukum yang tertulis (KUHP), sebagai upaya untuk tetap menjunjung tinggi kepastian Hukum. Hal tersebut bukan berarti bahwa hakim tidak lagi perlu memperhatikan Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat. Sesuai dengan maksud pasal 14 dan 27 UU No.14 Thn. 1970, Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat

baru "digali" apabila hakim tidak menemukan ketentuan-ketentuan dalam Hukum tertulis (KUHP) yang mengatur suatu perkara yang diajukan. Dengan kata lain, hakim melakukan "penemuan" atau "pembentukan" Hukum apabila Hukum tidak tertulis tidak mengatur perkara yang diajukan kepadanya, sedangkan kondisi dan kenyataan masyarakat memandang bahwa perbuatan tersebut patut dipidana.

Disamping alasan-alasan tersebut di atas, konsisten dengan dilakukannya kriminalisasi terhadap Hukum Adat khususnya dalam pembentukan KUHP baru atau dalam rangka tercapainya politik hukum nasional, maka sebagian besar dari perbuatan-perbuatan yang dipandang tercela oleh adat sudah dimasukkan di dalam (Rancangan) KUHP. Oleh karena itu, setelah terbentuknya KUHP baru tersebut, yang merupakan usaha unifikasi dan kodifikasi, maka Hukum Adat tidak lagi perlu diberlakukan di bekas daerah-daerah swapraja. Dengan demikian, yang dikatakan "dualisme" ataupun "pluralisme" Hukum Pidana tidak lagi akan terjadi.

BAB V
P E N U T U P

1. Kesimpulan

Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) sebagai suatu perundang-undangan pidana yang telah diberlakukan secara nasional berdasarkan UU No.1 Thn.1946 jo. UU No.73 Thn.1958 mengandung beberapa asas pokok, di antaranya adalah asas legalitas. Asas legalitas yang telah terumus dalam pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut disamping merupakan suatu asas yang hanya dalam keadaan tertentu dapat dikesampingkan, juga pada hakikatnya mensyaratkan sistem Hukum Pidana Indonesia yang tertulis. Jadi, asas legalitas dalam pasal 1 ayat (1) KUHP itu tidak memungkinkan diterapkannya Hukum tidak tertulis yang benar-benar masih hidup dalam masyarakat.

Makna asas legalitas yang demikian itu dapat dipahami dari sejarah dibentuknya. Secara historis, asas legalitas pada hakikatnya merupakan reaksi atas keadaan-keadaan yang sangat merugikan rakyat, yaitu, kesewenang-wenangan di bidang Hukum dari para raja, baik dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang merupakan perbuatan terlarang dan yang tidak terlarang, maupun jenis pidana yang dapat dijatuhkan kepada orang-orang yang dianggap melanggar larangan

tersebut.

Berdasarkan hal tersebut, maka asas legalitas se-kedar berorientasi pada pembatasan kekuasaan penguasa dalam menetapkan perbuatan-perbuatan yang dilarang dan pidana yang hendak dijatuhkan. Dengan kata lain, memekankan pada aspek "kepastian Hukum" belaka.

Perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang diikuti dengan perubahan nilai-nilai sosial membawa pengaruh terhadap Hukum Pidana, yaitu, timbulnya perubahan pandangan kriminologis terhadap sejumlah perbuatan. Kondisi yang demikian ini, mengakibatkan terjadinya ketidakseimbangan antara hal-hal yang diatur oleh undang-undang dengan aspek-aspek kehidupan masyarakat. KUHP yang sekarang ini berlaku tidak lagi dapat mencukupi kebutuhan masyarakat atau telah jauh ketinggalan dan tidak lagi mampu menghadapi tantangan dan kebutuhan baru yang timbul akibat perkembangan dan pembangunan masyarakat Indonesia.

Menyadari keadaan tersebut, sesungguhnya dalam kerangka pembangunan Hukum Pidana di Indonesia telah diberikan suatu jalan keluar untuk menyesuaikan dengan perubahan-pengubahan sosial yang terjadi. Diadakannya pasal 14 dan 27 UU No.14 Thn.1970 (disamping telah berlakunya pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951) pada dasarnya sebagai suatu jembatan bagi hakim untuk dapat memberikan putusan

yang sesuai dengan kondisi dan kenyataan masyarakat, yaitu, melalui "penemuan" dan "pembentukan" Hukum oleh hakim. Namun, kegiatan penemuan dan pembentukan Hukum oleh hakim, maupun pelaksanaan pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951 masih terhambat oleh keadaan landasan hukumnya. Sampai saat ini, belum ada ketentuan dalam KUHP yang mendukung pelaksanaan penemuan dan pembentukan Hukum atau pelaksanaan pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951 tersebut. Perkembangan Hukum Pidana itu, justru menimbulkan kontroversi dengan pasal 1 ayat (1) KUHP (asas legalitas).

Secara praktis, satu-satunya jalan yang dapat ditempuh bagi hakim dalam menghadapi pasal 1 ayat (1) KUMP agar dapat melakukan penemuan dan pembentukan Hukum serta melaksanakan pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951 hingga tidak lagi menimbulkan kontroversi adalah melalui "penafsiran Hukum". Dalam hal ini, yang paling tepat adalah menggunakan metode "penafsiran teleologis" (sosiologis). Dengan demikian, pasal 1 ayat (1) KUHP ditafsirkan dengan suatu tafsiran bahwa "pasal 1 ayat (1) KUHP tidak mengurangi berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat yang menetapkan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana". Namun, dalam penemuan dan pembentukan Hukum oleh hakim, secara materiil, perlu dibatasi sampai perbuatan-perbuatan yang sangat perlu diberantas, terutama yang menyangkut kebutuhan sosial dan nasional.

Situasi yang demikian itu, memberikan suatu indikasi bahwa berlakunya pasal 1 ayat (1) KUHP sifatnya tidak mutlak, mengingat bahwa makna yang sebenarnya dari pasal 1 ayat (1) KUHP telah disimpangi.

Dalam rangka pembaharuan Hukum Pidana, diperlukan jalan keluar untuk memungkinkan diterapkannya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat. Sesungguhnya, usaha ke arah pembaharuan Hukum Pidana telah sampai pada taraf tersusunnya Rancangan KUHP. Rancangan tersebut masih perlu ditinjau dan disempurnakan karena masih banyak kelemahan dan kekurangannya. Khususnya terhadap asas legalitas, memang telah memungkinkan berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat, tetapi hanya berkisar pada Hukum Adat, sehingga Hukum hasil temuan dan bentukan hakim yang tidak menggali dari Hukum Adat belum tercakup di dalamnya.

Dengan konsepsi asas legalitas yang memungkinkan berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat berarti dalam pelaksanaan Hukum Pidana bukan sekedar menekankan pada aspek "legitimitas" saja, tetapi juga memperhatikan "kesadaran Hukum" dan "rasa keadilan masyarakat".

2. Saran-saran

1. Hakim dalam menerapkan pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951 hendaknya memberikan dasar pertimbangan ter-

hadap pasal 1 ayat (1) KUHP yang mengandung rumusan asas legalitas, mengingat pasal tersebut telah disimpanginya. Selama ini, dalam putusannya, hakim tidak pernah memberikan pertimbangan terhadap pasal 1 ayat (1) KUHP, sehingga seakan-akan antara pasal 1 ayat (1) KUHP dengan pelaksanaan pasal 5 ayat (3) b UU Dar. No.1 Thn.1951 tidak ada kon-traversi.

2. Sehubungan dengan peluang bagi hakim untuk menemukan dan membentuk Hukum, sebagaimana dimungkinkan oleh pasal 14 dan 27 UU No.14 Thn.1970, maka hendaknya putusan hakim (pengadilan negeri) yang pada dasarnya menyimpang dari pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut dibenarkan dan dikuatkan oleh pengadilan tinggi. Dengan demikian, bagi hakim yang memu-tus perkara dalam tingkat pertama tersebut ada penguatan. Disamping itu, perlu diberikan suatu kriteria atau batasan tertentu terhadap perbuatan yang dapat diklasifikasikan sebagai perbuatan pidana dalam rangka penemuan dan pemben-tukan Hukum oleh hakim itu.

3. Untuk kepentingan kepastian Hukum, hendaknya dalam jangka waktu yang relatif pendek Rancangan KUHP telah dapat diundangkan, mengingat bahwa konsep asas legalitas yang kini dirumuskan dalam pasal 1 ayat (1) KUHP telah diubah, sehingga berlakunya Hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat mempunyai landasan Hukum di dalam KUHP.

4. Dalam rangka pembaharuan KUHP, perlu dilakukan kriminalisasi. Namun, hendaknya dibatasi terhadap perbuatan yang semata-mata menyangkut kebutuhan sosial dan negara Indonesia, mengingat jika tidak dibatasi dikhawatirkan terjadi "overcriminalization".



DAFTAR BACAAN

- Badan Pembinaan Hukum Nasional, Hasil-hasil Pertemuan Ilmiah (Simposium, Seminar, Loka Karya) Badan Pembinaan Hukum Nasional Tahun 1974 - 1977, BPHN, Jakarta.
- Bambang Poernomo, Asas-asas Hukum Pidana, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983.
- Bushar Muhammad, Asas-asas Hukum Adat (Suatu Pengantar), Pradnya Paramita, Jakarta, 1981.
- Hermien Hadiati Koeswadji, Beberapa Permasalahan Hukum, Bina Ilmu, Surabaya, 1980.
- _____, Hand-out Kuliah HP III, "Menganalisis Perkembangan Hukum Pidana", 1 Agustus 1986.
- Lamintang, P.A.F., Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia, Sinar Baru, Bandung, 1984.
- Moeljatno, Asas-asas Hukum Pidana, cet. III, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- _____, Fungsi dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia, cet. III, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- _____, Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Oemar Seno Adji, Hukum Pidana Pengembangan, Erlangga, Jakarta, 1985.
- Roeslan Saleh, Beberapa Asas-asas Hukum Pidana dalam Perspektif, Aksara Baru, Jakarta, 1984.
- _____, Segi Lain Hukum Pidana, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984.
- Rusli Effendi, Andi Zainal Abidin Farid, Berny C. Manarinsong, "Masalah Kriminalisasi dan Dekriminalisasi dalam rangka Pembaharuan Hukum Pidana", dalam BPHN, Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, Bina Cipta, Jakarta, 1986.
- Soerjono Soekanto, Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia, cet. III, UI Press, Jakarta, 1983.

Sudarto, Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat ; kajian terhadap Pembaharuan Hukum Pidana, Sinar Baru, Bandung, 1983.

Surojo Wignjodipuro, Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat, Gunung Agung, Jakarta, 1983.

_____, Pengantar Ilmu Hukum, Alumni, Bandung, 1974.

Utrecht, E., Hukum Pidana I, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986.

