

Arah Politik Hukum Pidana dalam Rencana Undang-Undang Hukum Pidana

Koesparmono Irsan

Abstrak:

Dalam hal penanggulangan kejahatan yang termasuk dalam kebijakan kriminal/criminal policy digunakan dua kebijakan atau policies yaitu kebijakan penal dan kebijakan non penal. Tujuan hukum adalah mengatur pergaulan hidup secara damai sehingga tercapai ketertiban umum. Perdamaian diantara manusia dipertahankan oleh hukum dengan melindungi kepentingan-kepentingan manusia yang tertentu, kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta dan sebagainya terhadap mereka yang merugikannya. Pada hakekaanya manusia itu hidup sebagai, manusia perseorangan dan sekaligus sebagai makhluk sosial. Kesusilaan menyangkut manusia sebagai perseorangan, sedangkan hukum dan adat menyangkut masyarakat. Hukum mempunyai dua daya kerja. Ia memberikan kekuasaan dan meletakkan kewajiban. Ia serentak normatif dan atributif. Sedangkan kesusilaan hanya meletakkan kewajiban, dan semata-mata bersifat normatif. Tinjauan terhadap arah hukum pidana dalam konsep RUU KUHP, membawa kita kepada pembahasan terhadap politik hukum (criminal law politics) yang mendasari penyusunan konsep RUU KUHP. Politik hukum pidana bagaimana yang menjadi landasan perumusan bentuk-bentuk kejahatan yang terdapat dalam konsep RUU KUHP? Disini letak arti penting mengapa perlu mempertimbangkan konteks perubahan politik saat ini seperti sudah dipaparkan.

Kata kunci: Hukum, Pidana, KUHP, Undang-undang dan Politik

Pendahuluan

Kehidupan dalam masyarakat diharapkan untuk berjalan dengan tertib dan teratur. Untuk hal itu perlu didukung dengan adanya suatu tatanan, sehingga kehidupan itu menjadi tertib. Masyarakat yang hidupnya tertib dan teratur sering disebut sebagai masyarakat yang tata tentrem kerta raharja. Masyarakat yang karena adanya tata (hukum) maka ia akan merasa tentram sehingga bisa bekerja untuk mencapai kemakmuran (keraharjaan). Guna mencapai tujuan masyarakat tata tentrem kerta raharja ditempuh dengan dua kebijakan atau *policies*, yaitu kebijakan sosial atau *social policies*, dan kebijakan kri-minal atau *criminal policies* yang

sekaligus juga merupakan bagian dari kebijakan sosial itu sendiri. Dalam hal penanggulangan kejahatan yang termasuk dalam kebijakan kriminal/*criminal policy* digunakan dua kebijakan atau *policies* yaitu kebijakan penal dan kebijakan non penal.

Yang dimaksud dengan kebijakan penal adalah kebijakan yang termasuk *criminal policy*/kebijakan kriminal yaitu kebijakan dengan menggunakan sanksi pidana, sedangkan yang dimaksud dengan kebijakan non penal adalah politik hukum dengan menggunakan sanksi perdata, sanksi administratif dan lain-lainnya.

Tata dalam pengertian tata tertrem kerta raharja adalah hukum yang berarti peraturan tingkah laku yang ditetapkan oleh pemerintah. Namun demikian di Inggris misalnya dikenal hukum yang dibuat/ditetapkan oleh pemerintah yaitu apa yang dinamakan *statute law*, dan ada pula hukum yang tidak dibuat oleh pemerintah yaitu apa yang dinamakan *common law*. Kita juga mengenal hukum kebiasaan/*customary law* disamping hukum undang-undang. Dengan demikian diluar undang-undang terdapat juga hukum. Dalam undang-undang kita hanya melihat sebagian dari hukum¹. Tujuan hukum adalah mengatur pergaulan hidup secara damai sehingga tercapai ketertiban umum. Perdamaian diantara manusia dipertahankan oleh hukum dengan melindungi kepentingan-kepentingan manusia yang tertentu, kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta dan sebagainya terhadap mereka yang merugikannya.

Ketertiban yang didukung karena adanya tatanan ini pada kenyataannya terdiri dari berbagai tatanan yang mempunyai sifat berlainan. Sifat yang berbeda-beda ini disebabkan karena norma-norma yang mendukung masing-masing tatanan itu mempunyai sifat-sifat yang tidak sama². Prof DR Satjipto Rahardjo SH³ mengutip tulisan Radbruch, perbedaan yang terdapat pada tatanan atau norma-normanya dapat dilihat dari sisi adanya perbedaan antara apa yang ideal dengan apa yang nyata.

¹ Prof. Dr. Mr. L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Keduapuluhsembilan, 2001, PT Pradnya Paramitra, Jakarta, halaman 9.

² Radbruch, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1961, Stuttgart, K.F. Koehler, halaman 12-13.

³ Satjipto Rahardjo, Prof., DR., SH., *Ilmu Hukum*, 2000, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, halaman 14.

Sistem (tatanan) ketertiban masyarakat

Tatanan yang menciptakan hubungan-hubungan yang tetap dan teratur diantara anggota-anggota masyarakat, sesungguhnya bukanlah suatu konsep yang tunggal. Apa yang nampak sebagai suatu tatanan (sistem), sebenarnya didalamnya terdapat suatu kompleks tatanan-tatanan, atau suatu kompleks dari sub-sub tatanan (sub sistem), antara lain *kebiasaan*, *hukum* dan *kesusilaan*. Oleh karena itu ketertiban dalam masyarakat itu didukung oleh ketiga sub sistem itu. Sebenarnya masih banyak sub-sistem tidak hanya tiga seperti tersebut di atas, namun bagi bahasan kita, kita cukupkan dulu dengan tiga sub sistem itu. Dengan membahas ketiga sub-sistem itu akan lebih jelas menunjukkan adanya perbedaan antara yang ideal dengan yang nyata.

Tatanan kebiasaan

Tatanan kebiasaan terdiri dari norma-norma yang dekat sekali dengan kenyataan, karena kaidah kebiasaan itu sebenarnya diangkat dari kenyataan. Kebiasaan adalah suatu tindakan menurut garis tingkah laku yang tetap. Apa yang biasa dilakukan orang-orang, itulah yang kemudian bisa menjelma menjadi norma kebiasaan me-lalui ujian keteraturan, keajegan dan kesadaran untuk diterima sebagai kaidah oleh masyarakat. Dengan demikian maka perbedaan antara kenyataan dengan ideal pada tatanan kebiasaan ini adalah yang terbesar dibanding dengan pada tatanan hukum dan kesusilaan. Jadi untuk terbentuknya hukum kebiasaan menurut Apeldoorn ⁴ adalah adanya dua syarat, yaitu:

1. yang bersifat materiel, pemakaian yang tetap;
2. yang bersifat psikologis (bukan psikologis perorangan, melainkan psikologis golongan), keyakinan akan kewajiban hukum (*opinio necessitatis*).

Karena sifat psikologis tersebut maka hukum kebiasaan dapat dibedakan, baik dari kebiasaan itu sendiri, maupun dari susila. **Susila** sendiri adalah peraturan-peraturan yang terbentuk dari tindakan menurut garis tingkah laku yang tetap, dengan keyakinan bahwa kesopanan memang menghendaki demikian, misalnya memberikan penghormatan kepada wanita untuk duduk sedangkan kita sediri berdiri. Karena bilamana sesuatu terus menerus dijalankan (atau tetap berlaku),

⁴ Apeldoorn, *opcit*, halaman 113.

lama kelamaan akan timbul pikiran pada manusia, bahwa memang *harus* demikian, dan kemudian tidak jarang tumbuh menjadi bahwa *menurut hukum* memang demikian.

Di Jerman George Frenzel dalam bukunya *Recht und Rechtssätze* mempermasalah kan apakah benar bahwa hukum terdiri dari kaidah-kaidah atau normen, menurutnya pandangan bahwa hukum terdiri dari kaidah-kaidah adalah tidak tepat benar, karena menurut pendapatnya bukan kaidah-kaidah melainkan *rechtsgewohnheiten* yang menentukan hukum (kebiasan hukum). Utrech dan Hamaker empat tahun sebelumnya juga berpendapat demikian. Bahkan H. J. Hamaker dalam karangannya yang berjudul *Het Recht en de Maatschapij* mengajarkan bahwa pengertian-pengertian hukum tidak lain daripada ringkasan ilmu pengetahuan kita tentang cara, bagaimana kita sendiri dan orang lain biasanya bertindak. Eugen Ehrlich mempunyai pandangan tengah, menurutnya ada dua macam hukum, yaitu:

1. *Entscheidungsnormen*, yaitu peraturan-peraturan yang terbentuk oleh perundang-undangan atau praktek yang digunakan hakim sebagai dasar dalam keputusannya;
2. *Gewohnheitsrecht* atau *Tatschen des Gewohnheitsrecht*.

Sedangkan Hugo Sinzheimer dalam bukunya *De Taak der Rechtssociologie* pada ta-hun 1935 membedakan hukum menjadi *normatief recht* (hukum yang bersifat normatif) dan *rechtelijk werlijkheid* (hukum yang nyata).

Dalam tatanan kebiasaan, masuknya unsur ideal adalah sangat langka. Manusia ideal menurut tatanan kebiasaan adalah manusia yang sehari-hari nampak dan yang disebut normatif (yang diharuskan untuk dilakukan) adalah apa yang normal terjadi. Dengan demikian norma kebiasaan sebenarnya hanya mengangkat apa yang sehari-hari terjadi dan yang lazim dilakukan sebagai suatu norma (*rechte lijk werlijkheid*). Bahkan Hegel⁵ mengatakan bahwa negara adalah perwujudan dari gagasan kesusilaan. Dalam praktek kenegaraan moderen, kaedah-kaedah hukum yang berlaku umum.

Hukum terdiri dari peraturan-peraturan tingkah laku. Namun masih ada peraturan-peraturan tingkah laku lain daripada peraturan-peraturan tingkah laku hukum. Segala peraturan-peraturan itu yang mengandung petunjuk-petunjuk bagaimana manusia hendaknya bertingkah laku,

⁵ Hegel, G.W.F, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, yang dikutip oleh Budiono Kusumohamidjojo dalam bukunya *Ketertiban Yang Adil Problematik Filsafat Hukum*, 1999, Grasindo, Jakarta, halaman 159.

sehingga ia merupakan suatu kewajiban-kewajiban bagi manusia yang kemudian kita artikan sebagai etika⁶. Etika meliputi peraturan-peraturan tentang agama, kesusilaan, hukum dan adat.

Pada hakekaanya manusia itu hidup sebagai, manusia perseorangan dan sekaligus sebagai makhluk sosial. Kesusilaan menyangkut manusia sebagai perseorangan, sedang- kan hukum dan adat menyangkut masyarakat. Antara hukum dan adat disatu sisi dengan kesusilaan terdapat perbedaan tujuan:

1. **Tujuan hukum adalah tata tertib masyarakat yang baik, sedangkan tujuan kesusilaan adalah penyempurnaan seseorang.** Namun demikian antara keduanya ada saling keterkaitan, yaitu karena perbaikan manusia untuk penyempurnaan adalah juga mem bantu tercapainya tata tertib masyarakat yang lebih baik.
2. Dengan membedakan tujuan tersebut terdapat hubungan yang erat dengan perbedaan yang lain, yang lebih mengenai isinya. Hukum dan adat menghendaki peraturan masyarakat yang baik, memberikan peraturan-peraturan untuk perbuatan-perbuatan lahiriah manusia. Kesusilaan yang ditujukan kepada kesempurnaan seseorang, pertama-tama tidak mengindahkan perbuatan manusia, melainkan mengindahkan sikap bathin yang menimbulkan perbuatan-perbuatan itu. Akan tetapi perbedaan ini jangan kita bayangkan terlalu tajam. Tidak tepat benar bahwa bagi hukum hanya berlaku perbuatan lahiriah, dan pada kesusilaan hanya berlaku kehendak baik didalam bathin (bersifat bathiniah). Pada suatu sisi perbuatan-perbuatan juga mempunyai nilai kesusilaan, sedangkan disisi lain hukum juga memperhatikan adanya maksud baik dari perilaku pembuatnya.
3. Juga terdapat perbedaan antara **hukum** pada satu sisi dan *kesusilaan* pada sisi lain mengenai asal-usul kaidahnya. Dalam hukum, kekuasaan dari luar diri sendiri yang meletakkan kemauan kepada kita (asal usul kaidah berasal dari luar diri sendiri), yakni masyarakat. Kita tunduk pada hukum di luar kehendak kita, hukum mengikat kita tanpa syarat. Sebaliknya kesusilaan, suruhannya/perintahnya adalah suatu tuntutan yang dilakukan orang terhadap diri sendiri. Artinya setiap orang, harus menentukan kepada dirinya sendiri apa yang di tuntutan oleh kesusilaan. Kesusilaan mengikat kita karena kehendak kita sendiri.

⁶ Prof Dr Mr L.J. van Apeldoorn, *opcit*, halaman 22.

4. Hukum, sebagai peraturan tingkah laku, dapat dibedakan dari kesusilaan dari cara bagaimana orang menjamin agar ia diikuti/dipatuhi. Kesusilaan berakar dalam suara hati nurani manusia, timbul dari kekuatan bathin yang berada di dalam diri manusia sendiri. Disana tidak ada kekuasaan dari luar yang memaksa untuk menjalankan perintah kesusilaan itu. Sifat perintah kesusilaan bahwa ia harus ditaati/diikuti secara sukarela (otonom). Satu-satunya kekuasaan yang berdiri di belakang kesusilaan adalah kekuasaan suara hati nurani manusia sendiri.

Hukum berakar pada kekuasaan, dimana kekuasaan memegang peranan yang utama. Walaupun demikian pada umumnya peraturan-peraturan hukum kita lakukan dengan sukarela karena adanya rasa wajib menjalankan hukum dari suara hati nurani kita. Sehingga dengan demikian dalam menjalankan perintah-perintahnya hukum mempunyai pegangan yang kuat dalam kesusilaan. Ini bisa terjadi karena isi dari peraturan-peraturan hukum sesuai dengan keyakinan susila, atau bahkan dengan tidak memperhatikan isi peraturan-peraturan hukum yang tertentu, menurut suara hati nurani kita, kita wajib menuruti perintah hukum.

5. Antara hukum dengan kesusilaan, masih terdapat perbedaan yaitu pada daya kerjanya.

Hukum mempunyai dua daya kerja. Ia memberikan kekuasaan dan meletakkan kewajiban. Ia serentak normatif dan atributif. Sedangkan kesusilaan hanya meletakkan ke kewajiban, dan semata-mata bersifat normatif. Manakala dipandang dari tatanan hukum dan kesusilaan yang menghormati dunia norma sebagai suatu hasil karya manusia untuk membimbing masyarakat menuju kepada keadaan dan tingkah laku manusia sesuai dengan ide-ide tertentu, tatanan kebiasaan dinilai banyak mengandung norma-norma yang tidak sesuai dengan hukum atau kesusilaan⁷.

Tatanan hukum

Kita bisa melihat adanya pergeseran, yaitu dari tatanan yang berpegangan pada kenyataan sehari-hari (tatanan kebiasaan), kepada tatanan yang mulai menjauhi dari pegangan itu. Namun demikian pada tatanan hukum ini, proses penjauhan dan pelepasan diri belum berjalan

⁷ Radbruch, Gustav, *opcit*, halaman 13.

secara seksama. Kita kenal misalnya adanya hukum kebiasaan (*customary law*), yang untuk sebagian masih memperlihatkan ciri-ciri dari tatanan kebiasaan dengan norma-normanya.

Adapun ciri yang menonjol dari suatu tatanan hukum yang murni, ialah tatanan itu dibuat secara sengaja dan secara sadar dengan tujuan untuk menegakkan suatu jenis ketertiban tertentu dalam masyarakat. Timbullah pertanyaan tentang siapakah yang menentukan jenis ketertiban tertentu itu? Jawabannya bahwa yang menentukan adalah masyarakat itu sendiri, yang dalam hal ini diwakili oleh anggota-anggotanya melalui suatu mekanisme kerja tertentu. Kelompok anggota yang mewakili masyarakat inilah yang menentukan norma-norma apa yang akan diciptakannya. Sehingga dengan demikian, maka norma-norma hukum itu termasuk kedalam golongan norma-norma yang lahir dari kehendak manusia⁸.

Sedangkan norma kebiasaan sebenarnya hanya mengangkat apa yang sehari-hari terjadi dan yang lazim dilakukan sebagai suatu norma. Kehendak manusia itu merupakan faktor sentral yang memberikan ciri kepada tatanan hukum. Sebagai unsur pengambil keputusan, maka kehendak manusia itu bisa menerima dan mengangkat kebiasaan sehari-hari sebagai norma hukum (*customary law norm*), tetapi juga bisa menolaknya. Disinilah nampak kemandirian dari hukum berhadapan dengan ideal dan kenyataan itu. Kemandirian ini, merupakan suatu posisi yang mampu mengambil jarak antara ideal dengan kenyataan, yang tidak dimiliki oleh tatanan kebiasaan dan kesusilaan. Keterikatan hukum kepada dunia ideal dan dunia kenyataan tercermin pada berlakunya hukum dalam masyarakat. Hukum terikat pada dunia ideal dan kenyataan karena pada akhirnya harus mempertanggungjawabkan terhadap tuntutan kedua dunia tersebut (ideal dan kenyataan), yaitu tuntutan berlakunya secara ideal filosofis dan tuntutan berlakunya secara sosiologis.

Tatanan kesusilaan

Tatanan ini mempunyai kedudukan sama mutlaknya dengan kebiasaan, namun berbeda pada asal-usulnya. Kalau kebiasaan berasal dari tingkah laku keseharian, maka kesusilaan bersumber pada ideal yang masih harus dinyatakan dalam masyarakat. Ideal yang menjadi tolok ukur tatanan ini bagi menilai tingkah laku anggota-anggota masyarakat.

Dengan perkataan lain, perbuatan yang dapat diterima oleh tatanan kesusilaan hanyalah yang sesuai dengan idealnya tentang manusia.

⁸ Radbruch, Gustav, *opcit*, halaman 13.

Disamping itu perbedaan antara tatanan kesusilaan dan tatanan hukum terletak pada otoritas yang memutuskan apa yang akan diterima sebagai norma. Kalau pada tatanan hukum unsur kehendak manusia menentukan apa yang akan diterima sebagai norma, namun dalam tatanan kesusilaan maka unsur kehendak manusia sama sekali tidak menentukan. Keputusan diambil diluar manusia atau diluar perangkat masyarakat yang ditugasi untuk mengambil keputusan.

Dengan perkataan lain norma susila bukanlah sesuatu yang diciptakan oleh kehendak manusia, melainkan hanya diterima begitu saja. Lain dengan hukum, maka bagi tatanan kesusilaan tidak ada unsur-unsur yang harus diramu, sehingga tidak perlu mempertimbangkan dunia kenyataan. Tatanan kesusilaan tidak dituntut untuk juga berlaku sosiologis.

Namun demikian ada perbedaan antara hukum dengan kesusilaan, yaitu bilamana tingkah laku lahiriah seseorang sesuai dengan peraturan hukum, maka hukum tidak akan mempersoalkan apakah hal itu didorong oleh kehendak baiknya (niatnya). Hukum cukup merasa puas dengan tingkah laku lahiriah yang sesuai dengan peraturannya. Hanya manakala seseorang bertindak menyalahi hukum, tidak jarang dipertanyakan kehendak baiknya, dengan perkataan lain perbuatan-perbuatannya akan dipertimbangan dengan kehendak baiknya (niatnya) yaitu alasan-alasan yang menimbulkan perbuatan yang menyalahi hukum itu. Sebaliknya kesusilaan selalu menghendaki kehendak baik (niat baik), tak pernah puas dengan tingkah laku lahiriah saja.

Bagi hukum untuk meramu dua dunia yang bertentangan, yaitu dunia kebiasaan dan dunia kesusilaan adalah tidak mudah. Masyarakat tidak bisa terus menunggu sampai ditemukannya persesuaian. Kebutuhan akan peraturan merupakan kekosongan yang tidak dapat menunggu. Dengan demikian muncullah tuntutan yang lebih praktis sifatnya, yaitu **keharusan adanya peraturan-peraturan**. Karena dengan adanya peraturan-peraturan terciptalah **kepastian hukum**. Karena KUHP baru tidak kunjung tiba maka lahirnya banyak Undang-undang sebagai *lex spesialis*. Melalui hukum manusia hendak mencapai ketertiban umum dan keadilan. Meskipun demikian harus disadari, bahwa keadilan dan ketertiban umum yang hendak dicapai melalui hukum itu hanya bisa dicapai dan dipertahankan secara dinamis melalui penyelenggaraan hukum dalam suatu proses sosial.

Dalam hubungan ini perlu diingat bahwa proses sosial itu sendiri adalah fenomena yang dinamis. Melalui proses sosial penyelenggaraan hukum itu akan memperoleh kepercayaan dari masyarakat karena

masyarakat berpendapat bahwa memang (paling sedikit menjanjikan) akan memberikan ketertiban umum dan keadilan kepada kehidupan bersama. Sebagai konsekwensi, maka hukum itu harus mempunyai suatu kredibilitas, dan itu hanya dapat dimiliki, bila penyelenggaraan hukum memperlihatkan suatu alur konsistensi.

Penyelenggaraan hukum yang tidak konsisten tidak akan membuat masyarakat mau mengandalkannya sebagai perangkat kaidah yang mengatur kehidupan bersama. Konsistensi dalam penyelenggaraan hukum itulah yang kita sebut **kepastian hukum**. Dengan mengacu pada pemikiran tersebut di atas maka dapatlah direka lebih rinci tentang apa itu hukum. Hukum adalah karya manusia yang berupa norma-norma berisikan petunjuk tingkah laku. Ia merupakan pencerminan dari kehendak manusia tentang bagaimana seharusnya masyarakat itu dibina dan kemana harus diarahkan. Oleh karena itu pertama-tama hukum itu mengandung rekaman dari ide-ide yang dipilih oleh masyarakat tempat hukum itu diciptakan. Ide-ide ini adalah ide mengenai keadilan⁹.

Namun masyarakat tidak hanya ingin melihat keadilan diciptakan dalam masyarakat dan kepentingan-kepentingannya dilayani oleh hukum, juga menginginkan agar dalam masyarakat ada peraturan-peraturan yang menjamin kepastian dalam hubungan mereka satu sama lain. Dalam kehidupannya masyarakat berkembang, demikian juga kepentingan-kepentingannya, sehingga memerlukan perlindungan yang lebih mumpuni bagi kehidupannya. Dengan demikian hukumpun memerlukan perubahan-perubahan bagi melayani perlindungan kepentingan-kepentingan itu. Perkembangan hukum harus memenuhi pola-pola yang sudah ada dalam masyarakat, sehingga tidak justru menghambat perlindungan itu sendiri. Disini, sebuah pertanyaan yang kemudian muncul adalah, apakah hukum mam-pu menjawab konteks dan tantangan saat ini ? Meskipun demikian, harus disadari bahwa keadilan dan ketertiban umum yang hendak dicapai melalui hukum, hanya bisa dicapai dan dipertahankan secara dinamis melalui penyelenggaraan hukum dalam suatu proses sosial. Dalam hubungan ini perlu diingat bahwa proses sosial itu sendiri adalah kenyataan yang dinamis. Melalui proses sosial itu penyelenggaraan hukum akan memperoleh kepercayaan dari masyarakat sebagai sesuatu yang memang akan memberikan (atau paling sedikit menjanjikan) suatu ketertiban umum dan keadilan kepada kehidupan bersama.

Sebagai konsekwensinya maka hukum itu sendiri harus memiliki suatu kredibilitas, dan itu hanya akan dapat dimiliki bila penyelenggara

⁹ Satjipto Rahardjo, Prof., DR., SH., *opcit*, halaman 18.

hukum mampu memperlihatkan suatu alur konsistensi. Penyelenggaraan hukum yang tidak konsisten tidak akan membuat masyarakat mau meng andalkannya sebagai perangkat kaidah yang mengatur kehidupan bersama. Konsistensi dalam penyelenggaraan hukum itulah yang kita sebut sebagai **kepastian hukum**. Konsistensi ini diperlukan sebagai acuan bagi perilaku manusia sehari-hari dalam berhubungan dengan manusia lainnya. Acuan perilaku itu diperlukan, karena manusia tidak hidup berdasarkan naluri yang alamiah saja, melainkan terutama berdasarkan akal yang membuat keputusan melalui kehendak yang bebas.

Walaupun demikian, dapat dibayangkan bahwa konsistensi dalam penyelenggaraan hukum itu bukanlah sesuatu yang terjadi dengan sendirinya, sehingga bisa saja terdapat risiko bahwa penyelenggaraan hukum itu menjadi tidak konsisten. Untuk ini Rawls¹⁰ menulis bahkan penyelenggaraan hukum yang tidak konsisten harus tetap konsisten dalam ketidakkonsistennya “...even where laws and institutions are unjust, it is often better that they should be consistently applied. In this way those subject to them at least know what is demanded and they can try to protect themselves accordingly...”. Hal ini dimaksudkan agar setiap orang menjadi faham akan keadaan ketidakkonsistenan dari hukum dan institusi masyarakat, sehingga setiap orang boleh melakukan pembelaannya bagi dirinya sendiri.

Persoalan umum yang langsung kita hadapi adalah bagaimana kepastian hukum itu menampakkan diri dihadapan masyarakat? Kepastian hukum itu harus memiliki bobot yang formal maupun yang material, karena masyarakat pada umumnya mempunyai kepekaan terhadap ketidakadilan. Dalam negara hukum, hukum menjadi peraturan permainan untuk mencapai cita-cita bersama sebagai kesepakatan politik. Sebagai konsekwensinya negara harus bertanggung jawab untuk mengurus tertib hukum (*orde*), keandalan hukum (*legal reliability*) dan kesinambungan hukum (*legal continuity*). Sebagai bagian dari proses sosial, penegakan kepastian hukum itu harus bertumpu pada dua komponen utama, yaitu kepastian dalam orientasi bagi masyarakat dan kepastian dalam penerapan hukum oleh penegak hukum.

Kita saat ini sedang menghadapi saat perubahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana kita, dari KUHP yang berasal dari negeri Belanda melalui azas konkordansi, menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana nasional. Mengapa diperlukan pembaharuan Hukum Pidana bagi

¹⁰ Rawls, John., *A Theory of Justice*, 1971, Harvard University Press, Harvard, halaman 59.

Indonesia, untuk itu perlu ditelusuri riwayat hukum pidana yang berlaku di Indonesia.

Dalam hubungan ini perlu diterangkan tentang Hukum Pidana yang berlaku di Indonesia pada dewasa ini. Untuk ini yang pertama harus diketahui ialah Undang-Undang Dasar 1945, Peraturan Peralihan Pasal II yang berbunyi sebagai berikut:

Segala Badan Negara dan Peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-undang Dasar ini.

Untuk memperkuat Aturan Peralihan tersebut, maka Presiden mengeluarkan suatu peraturan pada tanggal 10 Oktober 1945 yang disebut Peraturan Nomor 2 yang berbunyi sebagai berikut:

Untuk ketertiban masyarakat berdasarkan atas Aturan Peralihan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Pasal II dengan Pasal IV Kami Presiden menetapkan aturan sebagai berikut

Pasal 1

Segala badan-badan negara dan peraturan-peraturan yang ada sampai berdirinya Negara Republik Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar, masih berlaku asal saja tidak bertentangan dengan Undang-Undang tersebut.

Pasal 2

Peraturan ini mulai berlaku pada tanggal 17 Agustus 1945.

Apabila kita pelajari dan dalam sejarah hukum pidana di Indonesia, dapat diketahui bahwa Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang berlaku di Indonesia berasal dari *Wetboek van Strafrecht voor Indonesie*. Barulah dengan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 (Berita Negara Republik Indonesia II Nomor 9) diadakan perubahan yang mendasar pada *Wetboek van Strafrecht voor Indonesie (Staatsblad 1915 : 732)*. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 berlaku bagi Jawa dan Madura, sedangkan untuk daerah-daerah lain akan ditetapkan kemudian oleh Pre-siden (Pasal XVI Undang-undang No. 1 Tahun 1946), ialah Hukum Pidana yang berlaku pada tanggal 8 Maret 1942 dengan berbagai perubahan dan penambahan yang disesuaikan dengan keadaan Negara Republik Indonesia yang baru diproklamasikan. Dengan demikian *Wetboek van Strafrecht voor Indonesie* diubah menjadi Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).

PERATURAN HUKUM PIDANA

Undang-undang tanggal 26 Pebruari 1946 Nomor 1, Berita Republik Indonesia II, 9.

Mengingat : Pasal 5 ayat (1), Undang-undang Dasar, Pasal IV Aturan Peralihan Undang-undang Dasar serta Peraturan Presiden Republik Indonesia tertanggal 10 Oktober 1945 Nr 2.

Pasal I Dengan menyimpang seperlunya dari Peraturan Presiden Republik Indonesia tertanggal 10 Oktober 1945 Nr. 2, menetapkan bahwa peraturan-peraturan hukum pidana yang sekarang berlaku, ialah peraturan-peraturan hukum pidana yang ada pada tanggal 8 Maret 1942.

II Semua peraturan hukum pidana yang dikeluarkan oleh panglima tertinggi balatentara Hindia Belanda dulu (*Verordening van het Militair Gezag*) dicabut.

III. Jikalau dalam suatu peraturan hukum pidana ditulis perkataan "Nederlandsch Indie" atau "Nederlandsch Indisch(e)(en)", maka perkataan-perkataan itu harus dibaca "Indonesie" atau "Indonesisch(e) (en)".

IV. Jikalau dalam sesuatu peraturan hukum pidana suatu hak, kewajiban, kekuasaan atau perlindungan diberikan atau suatu larangan ditujukan kepada sesuatu pegawai, badan, jawatan dan sebagainya, yang sekarang tidak ada lagi, maka hak, kewajiban, kekuasaan atau perlindungan itu harus dianggap diberikan dan larangan tersebut ditujukan kepada pegawai, badan, jawatan dan sebagainya, yang harus dianggap menggantinya.

V. Peraturan hukum pidana, yang seluruhnya atau sebagian sekarang tidak dapat dijalankan, atau bertentangan dengan kedudukan Republik Indonesia sebagai negara merdeka, atau tidak mempunyai arti lagi, harus dianggap seluruhnya atau sebagian sementara tidak berlaku.

VI. (1) Nama Undang-undang Hukum Pidana "Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch

Indie" dirubah menjadi "Wetboek van Strafrecht".

(2) Undang-undang tersebut dapat disebut: "Kitab Undang-undang Hukum Pidana".

VII. Dengan tidak mengurangi apa yang ditetapkan dalam Pasal III, maka semua perkataan "Nederlandsch onderdaan" dalam Kitab Undang-undang Hukum Pi-dana diganti dengan "warga negara Indonesia".

VIII. Dstnya

IX. Dstnya

X. Dstnya

XI. Dstnya

XII. Dstnya

XIII. Dstnya

XIV. Dstnya

XV. Dstnya

XVI. (dicabut dengan Undang-undang No. 73/1958)

Pasal terakhir. Undang-undang ini mulai berlaku buat Pulau Jawa dan Madura pada hari diumumkannya (26 Pebruari 1946) dan buat daerah-daerah lain pada hari yang akan dite- tapkan oleh Presiden.

Dengan Peraturan Pemerintah 1946 Nr 8 tanggal 8 Agustus 1946 (Berita Republik Indonesia II, 20-21, h. 234) ditetapkan, bahwa Undang-undang 1946 Nr 1 mulai berlaku untuk daerah propinsi Sumatera pada tanggal 8 Agustus 1946.

NB. Undang-undang 1946 Nr 1 tidak berlaku :

1. didaerah Jakarta Raya;
2. diwilayah bekas negara bagian Sumatera Timur;
3. diwilayah bekas negara bagian Indonesia Timur
4. diseluruh Kalimantan;

Namun karena pada saat itu secara de facto di Negara Republik Indonesia masih terdapat daerah-daerah pendudukan Belanda sebagai akibat aksi militer Belanda kesatu dan kedua, maka untuk daerah-daerah tersebut masih berlaku *Wetboek van Strafrecht* (*Staatsblad* 1915: 732) dengan segala perubahannya.

Wetboek van Strafrecht ini semula disebut *Het Wetboek van Strafrecht voor Nederlands Indie*, tetapi kemudian setelah Perang Dunia kedua

berakhir dan Belanda kembali menja-jah Indonesia, maka kata-kata "*voor Nederlands Indie*" diubah menjadi "*voor Indonesie*". Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang berlaku sekarang ini merupakan Hukum Pidana Pokok yang berlaku, disamping masih banyak peraturan-peraturan lain yang mengandung Hukum Pidana.

Dengan demikian, dapat dikatakan setelah kemerdekaan tahun 1945 terdapat dualisme hukum pidana yang berlaku di Indonesia dan keadaan ini berlangsung hingga ta-hun 1958 dengan dibentuknya Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958. Undang-undang ini menentukan bahwa Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana dengan semua perubahan dan tambahannya berlaku untuk seluruh Indonesia.

Undang-undang No. 73 tahun 1958, LN 1958-127

Mengingat : Pasal 89 dan Pasal 102 Undang-undang Dasar Sementara Republik Indonesia.

Pasal I. Undang-undang No. 1 tahun 1946 Republik Indonesia tentang Peraturan Hukum Pidana dinyatakan berlaku untuk seluruh wilayah Republik Indonesia

Pasal II. Pasal XVI Undang-undang No. 1/1946 Republik Indonesia tentang peraturan Hukum Pi-dana dicabut.

Pasal III Kitab Undang-undang Hukum Pidana (Staatsblad 1915 No. 732) seperti beberapa kali diubah, dan terakhir oleh Undang-undang Republik Indonesia No. 1 tahun 1946 diubah sebagai berikut:

1. Sesudah Pasal 52 ditambahkan Pasal 52 a sebagai berikut :

"52a. Bilamana pada waktu melakukan kejahatan digunakan Bendera Kebangsaan Republik Indonesia, hukuman untuk kejahatan tersebut dapat ditambah dengan se-pertiga".

2. Sesudah Pasal 142 ditambahkan Pasal 142 a sebagai berikut :

"142a. Barang siapa menodai Bendera Kebangsaan Negara sahabat, dihukum dengan hukuman penjara selamanya empat tahun atau denda setinggi-tingginya tiga ribu rupiah".

3. Sesudah Pasal 154 ditambahkan Pasal 154a sebagai berikut :

“154a. Barangsiapa menodai Bendera Kebangsaan Republik Indonesia dan Lambang Negara Republik Indonesia, dihukum dengan hukuman penjara selama-lamanya empat tahun atau denda setinggi-tingginya tiga ribu rupiah”.

Pasal IV Undang-undang ini mulai berlaku pada hari diundangkan.

Diundangkan pada tanggal 30 September 1958.

Dengan demikian berlakulah hukum pidana materiel yang seragam untuk seluruh Indonesia yang bersumber pada hukum yang berlaku pada tanggal 8 Maret 1942, yaitu *Wetboek van Strafrecht* yang dapat disebut Kitab Undang-undang Hukum Pidana.

Wetboek van Strafrecht voor Nederlands Indie yang kemudian berubah namanya menjadi *Wetboek van Strafrecht voor Indonesie*, sebenarnya berasal dari Negeri Belanda. Berlakunya WvS Belanda bagi Nederlands-Indie (Hindia Belanda) pada waktu itu, yang kemudian menjadi KUHP, adalah berdasarkan *asas konkordansi* atau *concordantie-beginsel*, yang tertuang dalam Pasal 75 Regering Reglement Hindia Belanda, dimana diharmoniskan diadakannya persesuaian antara WvS yang berlaku di Negeri Belanda dahulu dengan yang diperlakukan untuk Hindia Belanda (*Nederlands-Indie*) dahulu.

Adapun terbentuknya WvS Belanda adalah sebagai berikut:

1. Dalam tahun 1795 oleh *Nationale Vergadering* dibentuk sebuah panitia yang terdiri dari 5 orang, yang diberi kewajiban untuk membentuk *Crimineel Wetboek*.

Panitia tersebut gagal melaksanakan tugasnya.

2. Dalam tahun 1798 dibentuklah sebuah panitia baru yang terdiri atas 12 anggota, guna melaksanakan maksud yang tertuang dalam Pasal 28 *Algemene Beginselen der Staats regeling* yang terbentuk dalam tahun tersebut. Dari 12 anggota tadi, 5 orang diantaranya diberi kewajiban untuk membentuk Undang-undang Badan Hukum.

Sungguhpun panitia itu berhasil, namun RUU yang diajukannya dalam tahun 1804, setelah dipelajari, pada tahun 1806 terpaksa ditolak oleh *Hooge Nationaal Gerechtshof*.

3. Sehubungan dengan itu oleh Raja Belanda pada waktu itu (tahun 1807) dibentuk sebuah panitia baru lagi dengan tugas yang sama. Panitia mana dalam tahun 1808 telah dapat mengajukan RUU yang dikehendaki daripadanya. Setelah RUU ini mengalami proses yang lazim, pada tanggal 31 Desember 1808 disetujui sebagai Undang-Undang, dan pada tanggal 31 Januari 1809, tepat ditengah malam, RUU tadi memperoleh kekuatan sebagai UU yang selanjutnya disebut *Crimineel Wetboek voor Het Koninkrijk Holland* (Kitab Undang-undang Hukum Kriminil bagi Kerajaan Belanda).
4. Akan tetapi Wetboek tersebut diatas hanya berlaku hingga tahun 1811, karena pada tahun itu Belanda diduduki oleh Perancis, sehingga untuk itu diganti dengan *Code Penal* (Perancis).
5. Setelah Negeri Belanda pada tahun 1813 memperoleh kedaulatannya kembali, Code Penal tersebut dengan Souverein Besluit tertanggal 11 Desember 1815, tetap diperlakukan untuk Negeri Belanda dengan mendapat perubahan penting, antara lain dihapuskannya hukuman mati dengan Guilotine.
6. Sungguhpun Code Penal masih tetap diperlakukan, namun masih dicoba kembali untuk membentuk Hukum Pidana sendiri. Berkali-kali dibentuk panitia, namun mereka gagal melaksanakan tugasnya, karena timbul pertentangan mengenai *gevangenis stelsel* serta tentang dapat atau tidaknya dipertahankan hukuman badan.
Disamping Code Penalpun diusahakan untuk disesuaikan beberapa Undang-undang, antara lain dihapuskannya hukuman mati dengan Undang-undang tertanggal 17 September 1870 Stbld. 162.
7. Akhirnya dengan Surat Keputusan Raja Belanda tertanggal 28 September 1870 dibentuk sebuah panitia negara baru. Pada tanggal 13 Mei 1875 panitia ini menyampaikan RUU Hukum Pidana kepada Raja. RUU mana merupakan dasar dari WvS yang berlaku sekarang ini. Setelah mengalami beberapa perubahan, barulah RUU menjadi Undang-undang pada tanggal 3 Maret 1881, dan yang baru berlaku pada tanggal 17 September 1886.

Apakah sebabnya, bahwa RUU yang dalam tahun 1881 telah menjadi Undang-undang, baru mulai berlaku pada tanggal 17 September 1886 ? Hal ini disebabkan karena beberapa hal, yaitu:

1. Perluasan dari *celwezen*, sehingga harus dibuat cel-cel baru.

2. Harus dibuatnya beberapa Undang-undang baru yang berhubungan dengan WvS baru itu, antara lain *Gestichtenwet*, *Beginselenwet* (*Wet tot veststelling der beginselen van het gevangenis wezen*);
3. Perubahan-perubahan yang harus dilakukan pada beberapa Undang-undang yang telah ada dan yang mempunyai hubungan erat dengan WvS, yaitu *Wetboek van Strafverordering* dan *Reglement Ordonantie*.

Semula Hukum Pidana yang diperlakukan terhadap penduduk asli Indonesia adalah Hukum Adat Pidana. Walaupun Hukum Adat Pidana ini sangat dipengaruhi oleh agama Islam, akan tetapi sebagian besar masih bersifat asli. Semenjak Indonesia diduduki oleh Belanda, pada tahun 1842 diadakan *Bataviase Statuten*, yang berlaku sebagai KUHP khusus bagi penduduk bangsa Eropa.

Disamping *Bataviase Statuten* itu, tahun 1848 dibentuk *Intermaire Strafbepalingen (IS)*, sedangkan di-samping kedua peraturan itu juga dijalankan peraturan lain, yang berstandar pada *Oud Hollands* dan *Romein Strafrecht*. Baru pada tahun 1866 diadakan kodifikasi pada Hukum Pidana walaupun sifatnya masih dualistis. Disamping KUHP yang berlaku khusus bagi bangsa Eropa (diadakan dengan Keputusan Raja pada tanggal 10 Pebruari 1866) yang mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 1867, juga terdapat KUHP bagi penduduk asli dan mereka yang dipersamakan dengan golongan itu (diadakan dengan *Ordonantie* tanggal 6 Mei 1872 dan mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 1873).

Disamping itu, mulai tanggal 1 Januari 1873 berlaku pula *Politiestrafregelement*, yang diadakan dengan *Ordonansi* tanggal 15 Juni 1872, yang satu berlaku bagi bangsa Eropa dan yang lainnya bagi penduduk asli Indonesia.

Pada dasarnya KUHP yang berlaku di Indonesia pada saat itu sama dengan Code Penal (saat itu Negeri Belanda diduduki Perancis). Sebagaimana telah diterangkan, bahwa baru sejak tanggal 1 September 1886 di Negeri Belanda mulai berlaku KUHP yang bersifat nasional. Guna memenuhi asas konkordansi, maka setelah di Negeri Belanda berlaku KUHP yang bersifat nasional, diusahakanlah agar di Hindia Belanda juga berlaku KUHP yang baru, yang mendasarkan diri pada KUHP di Negeri Belanda.

Sehubungan dengan itu, dengan Keputusan Raja tertanggal 12 April 1898, telah terbentuk KUHP baru yang khusus berlaku bagi bangsa Eropa yang berada di Hindia Belanda. KUHP ini adalah sama dengan

KUHP yang ada di Negeri Belanda. Disamping itu, diusahakan pula pembentukan KUHP yang khusus berlaku bagi Bumiputera. Sementara KUHP untuk Bumiputera itu belum terbentuk, KUHP bagi bangsa Eropa juga belum diperlakukan, karena dikandung maksud untuk menjalankan kedua KUHP dalam waktu yang sama.

Setelah RUU KUHP untuk Bumiputera selesai dibuat, Menteri Urusan Daerah Jajahan (*Minister van Kolonien*) yang bernama *Indenburg*, memerintahkan untuk menghen tikan berlakunya KUHP tersebut. Hal ini dimaksudkan untuk menghilangkan dualisme KUHP dan menuju ke unifikasi. Untuk itu dibentuklah sebuah panitia, yang dalam tahun 1913 baru dapat menyelesaikan tugasnya. Rancangan yang dibuatnya itu pada tanggal 18 Oktober 1915 disahkan dengan Keputusan Raja, sehingga mempunyai kekuatan sebagai Undang-undang. Akan tetapi KUHP itu baru mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 1918, dan berlaku untuk semua golongan penduduk. Benarkah berlaku untuk semua golongan penduduk? Maksud untuk memberlakukan KUHP bagi semua golongan penduduk memang belum dapat terlaksana, karena sebenarnya KUHP di beberapa daerah belum dapat diberlakukan. Hal ini terkait dengan sistem Peradilan yang berlaku di Hindia Belanda pada saat itu.

Pada saat itu di Hindia Belanda terdapat tiga jenis peradilan (*rechtsfren*), yaitu:

- a. *Gouvernement Rechtspraak* - peradilan umum yang berlaku bagi setiap orang, diselenggarakan oleh Pemerintah Pusat, dimana berlaku KUHP.
- b. *Zelfbestuurs Rechtspraak* - Peradilan Swapraja.
- c. *Inheemse Rechtspraak* - Peradilan bagi Bumiputera.

Di atas diterangkan, bahwa didaerah *Gouvernement rechtspraak* berlaku WvS. Berhubung dengan ketentuan itu, timbulah pertanyaan hukum pidana apakah yang berlaku di dalam daerah *zelfbestuurs* dan *inheemse rechts praak*? Tentang itu dapat diterangkan, bahwa sebagaimana ditentukan di dalam *Zelfbestuurs Regelen 1938*, untuk *zelfbestuurs rechtspraak*, dan di dalam *Ordonantie 18 Februari 1932 (S.1932)*, untuk daerah *inheemse rechtspraak*, ditentukan bahwa untuk kedua daerah tersebut diberlakukan Hukum Adat setempat, jadi bukan WvS.

Sebelum Proklamasi Kemerdekaan di Jawa, untuk anggota keluarga Sultan di Yogyakarta dan Mangkunegoro di Solo diadakan *zelfbestuur rechtspraak*/peradilan swapraja, yang setelah kemerdekaan kemudian dihapus. Di luar Jawa, juga sebelum Proklamasi peradilan swapraja ini masih dipertahankan yaitu misalnya di Kalimantan, Sulawesi Selatan,

Palembang dan Jambi. Dengan adanya tiga peradilan tersebut diatas, timbullah pertanyaan apa maksud diadakannya ketiga peradilan tersebut ? Adapun alasannya adalah:

1. Penghematan, karena daerah yang kini dikenal dengan Indonesia, dahulunya adalah Nederlands Indie yang memang amat luas. Maka guna menghemat keuangan negara dipandang tidak mungkin untuk membentuk peradilan negara (*gouvernement rechtspraak*) di seluruh daerahnya.
2. Dari sudut ekonomi, yaitu bahwa daerah-daerah itu dipandang dari sudut ekonomi, bukan merupakan daerah-daerah penting.

Pemerintah Negara Kesatuan Republik Indonesia menentang pendapat ini, dan de-ngan Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951, *Zelbestuur rechtspraak* (Peradilan Swa-praja) dan *Imheemse Rechtspraak* (Peradilan Bumiputera) dihapus dan hanya dikenal satu macam Peradilan saja. Penghapusan ini berjalan secara bertahap, pada tahun 1952 dihapuskan Peradilan Swapraja di Bali, Sumatera Selatan. Sebagai akibat dihapusnya Peradilan Swapraja tersebut maka timbullah kesulitan akan tenaga Hakim. Maka untuk mengatasinya diangkatlah Hakim Peradilan Swapraja, Hakim Peradilan Bumiputera yang sudah dihapus tadi menjadi Hakim Peradilan Negeri.

Penyusunan KUHP Nasional untuk menggantikan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana peninggalan pemerintah kolonial Belanda dengan segala perubahannya merupakan salah satu usaha dalam rangka pembangunan hukum nasional. Usaha tersebut dilakukan secara terarah dan terpadu agar dapat mendukung pembangunan nasional di berbagai bidang, sesuai dengan tuntutan pembangunan serta tingkat kesadaran hukum dan dinamika yang berkembang dalam masyarakat

Penyusunan Hukum Pidana dalam bentuk kodifikasi dan unifikasi dimaksudkan untuk menciptakan dan menegakkan keadilan, kebenaran, ketertiban, dan kepastian hu-kum dengan memperhatikan kepentingan nasional, masyarakat dan individu dalam Negara Republik Indonesia berdasarkan atas hukum yang berlandaskan Pancasila dan UUD RI 1945. Upaya untuk menciptakan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Nasional yang disusun oleh putra-putri Indonesia sendiri, yang sumbernya digali dari bumi Pancasila, dengan memperhatikan perkembangan dunia modern, telah lama dicetuskan antara lain dalam forum Seminar Hukum Nasional.

Usaha Basarudin S.H dan Iskandar Situmorang S.H yang menyusun Rancangan Buku I KUHP pada tahun 1971 dan Buku II pada tahun

1976, merupakan tekad untuk memperbaharui KUHP yang berasal dari Negeri Belanda dan membentuk Kitab Undang-undang Hukum Pidana Nasional. Menteri Kehakiman pada tahun 1979 membentuk Team Pengkajian Hukum Pidana (dibawah Badan Pembina Hukum Nasional), yang diberikan tugas menyusun Rancangan KUHP baru.

Tahun 1980-1981 mulailah dilakukan penyusunan rancangan Buku I yang antara lain masih juga menggunakan KUHP (lama) dengan memperhatikan Rancangan Basarudin S.H dan Iskandar Situmorang S. H sebagai bahan pembanding. Pada tanggal 13 Maret 1993, Konsep Pertama RUU KUHP diserahkan kepada Menteri Kehakiman Ismail Saleh. Dasar-dasar untuk konsep pertama ini telah diletakkan antara lain oleh Prof R. Soedarto (Alm), Prof Oemar Senoadji SH (Alm) dan Prof Roeslan Saleh (Alm). Sayangnya Konsep Pertama ini terlupakan selama masa tugas Menteri Kehakiman Oetoyo Oesman, dan baru diangkat kembali pada masa tugas Menteri Kehakiman Muladi dan Menteri Kehakiman Yusril Ihza Mahendra. Pada saat itulah terbit Konsep Kedua (1999-2000) dan Konsep Ketiga (2004).

Kini setelah lebih kurang 23 tahun semenjak dimulainya prakarsa penyusunan Konsep Pertama oleh Prof R. Soedarto SH, Konsep Ketiga yang sudah jauh berbeda dari Konsep Pertama mulai dibahas di DPR. Dalam perjalanan penyusunan selama 33 tahun ini memang konteks dan tantangan dalam masyarakat Indonesia (maupun dunia) sudah berbeda. Karena itu memang menarik untuk mengikuti apakah naskah Konsep Ketiga ini dapat menjawab konteks dan tantangan masyarakat Indonesia tahun 2004 dan selanjutnya ¹¹. Sampai sekarang sudah berulang kali dilakukan kajian terhadap RUU KUHP, namun masih belum final. Sebagai RUU yang terbaru adalah RUU KUHP Edisi 2004 (mungkin sekarang sudah ada yang terbaru lagi).

Kita sedang menghadapi era perubahan dalam kodifikasi hukum pidana kita. Kitab Undang-Undang Hukum yang kini masih berlaku yang menggunakan azas konkordansi menyalin apa yang dahulunya berasal dari *Wetboek van Strafrecht* Belanda, dengan RUU KUHP Tahun 2004 sedang diusahakan untuk diciptakan KUHP Nasional. Dalam tulisan ini kita akan telaah arah hukum pidana yang terkandung dalam konsep RUU KUHP.

¹¹ Mardjono Reksodiputro, Pembaharuan KUHP : Melindungi Hak Asasi Manusia, Kepentingan Umum dan Kebijakan Negara, makalah dalam Seaminar yang diselenggarakan oleh Komnasham, Pusham Unpad, Pusham Ubhaya dan Elsam, Jakarta, 24 November 2005, ha-laman 1.

Tinjauan ini sangat penting untuk melihat relevansi/kegayuhan konsep RUU KUHP tersebut dengan konteks dan tantangan yang kini dihadapi oleh masyarakat Indonesia pasca Orde Baru. Analisis yang akan diketangkahkan disini adalah, apakah penyusunan RUU KUHP diletakkan sebagai bagian penting dari program Reformasi. Dengan meletakkan arah hukum pidana dalam konteks program Reformasi, maka pilihan-pilihan terhadap perbuatan-perbuatan yang diformulasikan dapat dihukum/tindak pidana/delik (kriminalisasi) dan mana yang bukan (dekriminalisasi) ditentukan oleh tujuan yang ingin dicapai tersebut.

Kalau ditinjau dari perspektif politik hukum/*penal policy*, kriminalisasi pada hakekatnya merupakan kebijakan untuk mengangkat sesuatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana menjadi suatu tindak pidana. Sehingga dengan demikian maka tindak pidana pada hakekatnya merupakan suatu perbuatan yang diangkat/*benoemd gedrag* atau *designated behaviour*. G.P.Hoefnagels menulis bahwa *crime is behaviour designated as a pu-nishable act*¹². Selanjutnya ia menulis bahwa *criminal policy is a policy of designating human behaviour as a crime*¹³, (kebijakan kriminal adalah suatu kebijakan dalam menetapkan perilaku manusia sebagai suatu kejahatan/tindak pidana/delik).

Oleh karena itu kalau akan melakukan kriminalisasi dalam rangka politik hukum, maka kita harus melihat konteks dan tantangan yang tumbuh dalam kurun waktu kebijakan itu dilaksanakan. Konteks dan tantangan yang dulu (saat RUU KUHP dibuat) adalah situasi transisi, yaitu interval waktu dari sistem politik yang otoriter ke sistem politik yang sepenuhnya belum selesai terbentuk (apakah akan menuju demokrasi atau tidak).

Pada situasi ini berbagai aturan-aturan baru sudah, sedang dan akan dibincangkan dan dinegosiasikan dengan sengit sebagai usaha untuk membangun tatanan negara baru yang demokratis. Sebagai bagian dari suatu kebijakan penanggulangan kejahatan/*Criminal policy* dan kebijakan hukum pidana/*penal policy*, maka kebijakan kriminalisasi harus terkait dengan:

- rambu-rambu kebijakan nasional dan kebijakan global/internasional, serta
- pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*policy oriented approach*) dan pendekatan nilai (*value oriented approach*)

¹² G.P. Hoefnagels, *The Other Side of Criminology*, Kluwer-Deventer Holland, 1973, halaman 90.

¹³ *Ibid*, halaman 100.

Salah satu aspek yang telah berhasil dinegosiasikan adalah pentingnya jaminan terhadap perlindungan hak asasi manusia. Hal ini terlihat dengan diterimanya Aman-demen UUD 1945, dengan memasukkan jaminan hak asasi manusia, dan disahkannya UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia, yang kemudian diikuti dengan ratifikasi terhadap instrumen-instrumen hak asasi manusia internasional seperti:

1. Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan;
2. Konvensi Internasional tentang Anti Penyiksaan;
3. Konvensi Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik; dan
4. Konvensi Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.

Dalam hal ini termasuk menegosiasikan kembali hukum pidana kita. Tanpa mempertimbangkan konteks yang sangat penting tersebut, maka penyusunan RUU KUHP menjadi kehilangan relevansinya dengan masalah yang kini dihadapi. Bahkan dapat dikatakan penyusunan RUU KUHP tersebut tidak memberi kontribusi apa-pun dalam mencapai proyek besar yang bernama Reformasi itu. Ini yang menjadi tantangan dalam penyusunan KUHP baru. Tinjauan terhadap arah hukum pidana dalam konsep RUU KUHP, membawa kita kepada pembahasan terhadap politik hukum (*criminal law politics*) yang mendasari penyusunan konsep RUU KUHP. Politik hukum pidana bagaimana yang menjadi landasan perumusan bentuk-bentuk kejahatan yang terdapat dalam konsep RUU KUHP? Disini letak arti penting mengapa perlu mempertimbangkan konteks perubahan politik saat ini seperti sudah dipaparkan di atas.

Kalau dikaitkan dengan masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi apa yang dimaksud dengan politik hukum pidana itu, tak lain adalah, kebijakan dalam menyeleksi atau melakukan kriminalisasi (*criminalization*) atau dekriminalisasi (*decriminalization*) terhadap suatu perbuatan. Secara akademis, menurut Prof Muladi, kriminalisasi dan dekriminalisasi harus berpedoman pada hal-hal sebagai berikut:

1. kriminalisasi tidak boleh berkesan menimbulkan "*over-criminalization*" yang masuk kategori "*the misuse of criminal sanction*";
2. kriminalisasi tidak boleh bersifat ad hoc;
3. kriminalisasi harus mengandung unsur korban baik secara aktual maupun potensial;

4. kriminalisasi harus mempertimbangkan analisa biaya dan hasil (*cost benefit principles*);
5. kriminalisasi harus memperoleh dukungan publik (*public support*);
6. kriminalisasi harus menghasilkan pertaturan yang “*enforceable*”;
7. kriminalisasi harus mengandung unsur subsosialiteit (mengakibatkan bahaya bagi masyarakat meskipun kecil sekali);
8. kriminalisasi harus memperhatikan peringatan bahwa setiap peraturan pidana mem batasi kebebasan rakyat dan memberikan kemungkinan kepada aparat penegak hu-kum untuk mengekang kebebasan itu.

Dalam hal ini yang perlu diperhatikan dalam konsep RUU KUHP ini adalah, persoalan menghadapi pilihan-pilihan apakah terhadap suatu perbuatan harus dirumuskan sebagai tindak pidana (delik) atau bukan, selain menyeleksi diantara pelbagai alternatif yang ada mengenai apa yang menjadi tujuan sistem hukum pidana di masa datang. Dengan ini negara diberi kewenangan merumuskan atau menentukan suatu perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai tindak pidana (delik), dan kemudian dapat menggunakan tindakan represif terhadap setiap orang yang melanggarnya. Inilah salah satu fungsi penting hukum pidana, yakni memberikan dasar legitimasi bagi tindakan represif negara terhadap seseorang atau sekelompok orang yang melakukan perbuatan yang dilarang dan diancam dengan hukuman oleh undang-undang.

Menurut Prof Mardjono Reksodiputro, ketika merancang naskah RUU KUHP edisi 1987-1993, pendekatan team dalam melakukan kriminalisasi dan dekriminalisaasi adalah mencari sintesa antara hak-hak individu (*civil liberties*) dan hak-hak masyarakat atau kepentingan umum (*public interest*). Selain, tentu saja menjaga kepentingan politik Negara (*state's policy*).

Dalam salah satu tulisannya, Prof Mardjono Reksodiputro menegaskan kembali pendekatan tersebut dengan menyatakan, bahwa “hukum pidana harus diterap kan dengan cara seminimal mungkin mengganggu hak dan kebebasan individu, tanpa mengurangi perlunya juga perlindungan terhadap kepentingan kolektifitas dalam masya rakat demokratis moderen”¹⁴. Team perumus yang menyiapkan naskah yang

¹⁴ Mardjono Reksodiputro, “Arah Hukum Pidana Dalam Konsep RUUKUHPidana”, makalah Seminar “Pembaharuan KUHP : Melindungi Hak Asasi Manusia, Kepentingan Umum dan Kebijakan Negara, yang diselenggrakan oleh Komnas ham, 24 Nopember 2005.

sekarang (Tim Muladi) juga mempertahankan pendekatan sintetik atau proporsional tersebut.

Tinjauan ini menemukan bahwa disinilah titik krusial dari *criminal law politics* yang terkandung dalam naskah RUU KUHP itu. Sebab jelas tidaklah mudah untuk menyeimbangkan ketiga domein tersebut dengan harmonis. Jika sintesa ketiga kepentingan ini (individu, masyarakat dan negara) tidak berhasil dirumuskan dengan tepat, maka sangat besar kemungkinan terjadi "*overcriminalization*" kedalam salah satu domein tersebut. Dan nampaknya inilah yang memang terjadi dalam RUU KUHP. Nampaknya RUU KUHP ini cenderung pada hanya memberikan perlindungan kepada kepentingan politik negara (*state's policies*) dan kepada kepentingan hak-hak masyarakat atau kepentingan umum (*public interest*), sehingga mengancam kebebasan individu (*civil liberties*)¹⁵. Akibat dari *over criminalization* kedalam ranah *civil liberties* tersebut, maka RUU KUHP ini ber benturan dengan UU No. 39/1999 tentang Hak Asasi Manusia dan UU No. 12/2005 tentang Ratifikasi Kovenan Internasional Hak-hak Sipil dan Politik.

Ancaman terhadap *civil liberties* sebagaimana tersebut di atas, nampak dalam pemilihan terhadap perbuatan-perbuatan yang dikriminalisaikan yang sebenarnya berada dalam ranah privat (hak-hak individu). Apalagi perbuatan-perbuatan yang dikriminalisasi itu cenderung berkelebihan atau "*over criminalization*", karena terlalu jauh memasuki wilayah yang paling personal seseorang. Salah satu contohnya adalah mengkriminalisasikan pilihan individu yang hidup bersama tanpa ikatan perkawinan (kumpul kebo). Kriminalisasi di ranah ini berdampak menghidupkan begitu banyak delik yang bercorak "*victimless crimes*", yang sudah banyak ditinggalakan negara-negara demokratis¹⁶. Sebab perbuatan-perbuatan tersebut sebenarnya berada dalam tataran moralitas dan kesopanan, yang tidak semestinya dihadapi dengan hukum pidana sejalan dengan prinsip "*ultimum remediun*". Kalau hampir semua perbuatan di ranah privat ini dikriminalisasi, maka tidak berkelebihan apabila kita katakan akan terjadi gejala "*more laws but less justice*".

Selain kriminalisasi di wilayah paling personal tersebut RUU KUHP ini juga mengandung bahaya akan terjadinya kriminalisasi atas kebebasan berpikir (*freedom of thought*) – yang merupakan salah satu fondasi dari *civil*

¹⁵ Yang dimaksud dengan istilah '*civil liberties*' dalam tulisan ini adalah "*to denote the broad class of rights often referred to as civil and political rights*". Lihat Helen Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, Candish Publishing Limited, London, 2002.

¹⁶ Baca Friedman Laurence M, *Crime and Punishment in America History*, 1993, halban 6.

liberties. Terutama pasal yang mengatur tentang kriminalisasi terhadap ajaran Komunisme-Marxisme-Leninisme. Dengan mengkriminalisaikan ideologi, perancang RUU KUHP telah merumuskan sesuatu yang tak pernah dilakukan di negara-negara demokratis, yakni mengkriminalisasikan lawan-lawan politiknya sebagai musuh negara (*state's political foes*), yang sudah kehilangan relevansinya dan konteks politiknya saat ini. Tetapi para perancang RUU KUHP ini, yang merupakan generasi baru ahli hukum pidana kita, masih mempertahankan warisan politik Orde Baru tersebut.

Penutup

Persepsi menjadikan hukum pidana sebagai instrumen politik negara menghadapi hambatan-hambatan politiknya makin besar dalam pemikiran perancang RUU KUHP. Padahal kita sudah meratifikasi Konvenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik. Tinjauan terhadap arah hukum pidana dalam konsep RUU KUHP, membawa kita kepada pembahasan terhadap politik hukum (*criminal law politics*) yang mendasari penyusunan konsep RUU KUHP. Politik hukum dalam rumusan RUU KUHP merupakan ancaman terhadap *civil liberties*, terutama menyangkut kebebasan berpikir, berpendapat dan berkumpul. Akhirnya, selama RUU KUHP masih mengandung muatan terhadap ancaman demokrasi maka selama itu ula harus ditolak.

Daftar Pustaka

- Apeldoorn Prof. Dr. Mr. L.J, van, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cetakan Kedua puluh sembilan, PT Pradnya Paramitra, Jakarta, 2001.
- Hegel, G.W.F, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, yang dikutip oleh Budiono Kusumohamidjojo dalam bukunya *Ketertiban Yang Adil. Problematik Filsafat Hukum*, Grasindo, Jakarta, 1999.
- Helen Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, Candish Publishing Limited, London, 2002.
- Hoefnagels G.P, *The Other Side of Criminology*, Kluwer-Deventer Holland, 1973.
- Friedman Laurence M, *Crime and Punishment in American History*, 1993.
- Mardjono Reksodiputro, *Pembaharuan KUHP : Melindungi Hak Asasi Manusia, Kepentingan Umum dan Kebijakan Negara*, Makalah dalam

Seminar yang diselenggarakan oleh Komnasham, Pusham Unpad, Pusham Ubhaya dan Elsam, Jakarta, 24 November 2005.

Radbruch, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Stuttgart, K.F. Koehler, 1961.

Rawls, John., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Harvard, 1971.

Satjipto Rahardjo, Prof., DR., SH., *Ilmu Hukum*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.