

BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang Masalah

Usaha untuk memperbaharui hukum dilakukan banyak negara terutama pasca berakhirnya Perang Dunia II (1939-1945), baik negara yang baru merdeka maupun negara-negara yang sudah ada sebelum perang, berusaha untuk memperbaharui hukumnya. Bagi negara-negara yang baru merdeka, usaha pembaharuan tersebut didasarkan alasan-alasan politik, sosiologis maupun praktis. Alasan politik dilandasi oleh pemikiran bahwa suatu negara merdeka harus mempunyai hukum sendiri yang bersifat nasional demi kebanggaan nasional. Alasan sosiologis menghendaki adanya hukum yang mencerminkan nilai-nilai kebudayaan dari suatu bangsa, sedang alasan praktis, antara lain bersumber pada kenyataan bahwa biasanya bekas negara jajahan mewarisi hukum dari negara yang menjajahnya dengan bahasa aslinya yang kemudian banyak tidak dipahami oleh generasi muda dari negara yang baru merdeka tersebut. Hal ini dikarenakan Negara yang baru merdeka tersebut ingin menjadikan bahasanya sendiri sebagai bahasa kesatuan sehingga bahasa dari negara penjajahnya hanya dimiliki oleh generasi yang mengalami penjajahan.¹

Pembangunan dalam bidang hukum, khususnya pembangunan atau pembaruan hukum pidana, tidak hanya membangun lembaga-lembaga hukum, tetapi juga harus mencakup pembangunan substansi produk-produk hukum yang merupakan hasil suatu sistem hukum dalam bentuk peraturan-peraturan hukum

¹ Muladi, *Lembaga Pidana Bersyarat*, Alumni, Bandung, 1985, hlm 1

pidana dan yang bersifat kultural yakni sikap-sikap dan nilai-nilai yang mempengaruhi berlakunya sistem hukum.²

Secara kesejarahan, di Indonesia sebelum merdeka tanggal 17 agustus 1945 yang pada saat itu masih bernama *Nederlansch-Indie* (Hindia Belanda) memberlakukan *Wetboek van Strafrecht* (WvS) 1866 dan 1872 yang sebenarnya merupakan KUHP Belanda. Setelah berlakunya WvS baru di Belanda pada tahun 1866, pemerintah Belanda memikirkan untuk mengganti WvS 1866 dan 1872 di Indonesia yang banyak persamaannya dengan Code Penal Perancis, yang disesuaikan dengan KUHP Belanda yang baru tersebut. Mulai tahun 1866 sebenarnya asas legalitas mulai diberlakukan di Indonesia.³

Berdasarkan asas konkordansi sesuai pasal 75 *Regerings Reglement* (RR) dan pasal 131 *Indische Staatsregeling* (IS), maka KUHP harus diberlakukan juga di daerah jajahan seperti Hindia Belanda dengan penyesuaian pada situasi dan kondisi setempat.⁴

Kemudian pada 1 januari 1918, *Wetboek van Strafrecht voor Nederlansch-Indie* (WvS-NI) atau KUHP untuk Hindia Belanda diberlakukan. Asas legalitas yang tercantum dalam Wvs 1866 juga tercantum dalam WvS-NI.⁵ Dengan demikian, secara resmi mulai 1 januari 1918 asas legalitas dilanjutkan keberlakuannya di Indonesia. Pada zaman pendudukan jepangpun asas legalitas

² Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1980, hlm 84

³ Andi Hamzah, *Asas-asas Hukum Pidana* (Edisi Revisi 2008), Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm 19

⁴ *Ibid.*,

⁵ Deni Setyo bagus Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana*, Setara Press, Malang, hlm 255

berlaku di Indonesia, karena WvS-NI masih tetap diberlakukan berdasarkan *Osamu Serei* (undang-undang) Nomor 1 Tahun 1942.⁶

Setelah kemerdekaan Republik Indonesia pada 17 Agustus 1945, WvS-NI masih tetap diberlakukan berdasarkan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 yang mulai berlaku 18 Agustus 1945. Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 menentukan : “segala badan Negara dan aturan yang masih berlangsung selama masih belum diadakan yang baru menurut undang-undang dasar ini”.

Untuk menindaklanjuti Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 tersebut, pemerintah republik Indonesia menerbitkan peraturan Nomor 2 tahun 1945, pada 10 Oktober 1945. Pasal 1 peraturan tersebut menentukan “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”.⁷

Pada tahun 1946 diterbitkan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang peraturan Hukum Pidana. Pasal VI undang-undang tersebut mengatur pergantian nama *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-Indie* (WvS-NI) menjadi *Wetboek van Strafrecht* (WvS) saja, atau dapat juga disebut Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP). Undang-undang tersebut memang melakukan perubahan-perubahan terhadap pasal-pasal dalam KUHP, tetapi ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP yang merupakan perwujudan asas legalitas tidak mengalami perubahan.⁸

⁶ Andi Hamzah, *Op. Cit.*, hlm 20

⁷ Deni setyo Bagus Yuherawan, *Loc. Cit.*,

⁸ *Ibid.*,

Pada tahun 1958 telah diterbitkan Undang-undang nomor 73 tahun 1958 tentang menyatakan berlakunya Undang-undang Nomor 1 tahun 1946 tentang peraturan hukum pidana untuk seluruh wilayah Republik Indonesia dan mengubah Kitab Undang-undang Hukum Pidana. Dengan berlakunya undang-undang ini pun, pasal 1 ayat (1) KUHP tetap belum mengalami perubahan.⁹

Setelah Indonesia merdeka sampai sekarang asas legalitas masih diberlakukan, meskipun telah dilakukan berbagai penerobosan terhadapnya, baik dalam tataran aturan hukum maupun praktik hukum.¹⁰

Keberadaan asas-asas hukum di dalam suatu bidang hukum sangat penting mengingat asas-asas hukum inilah yang menjadi dasar dari pedoman bagi perkembangan setiap hukum agar tidak adanya penyimpangan. Di dalam hukum pidana sendiri keberadaan asas hukum ini sendiri ditegaskan sebagai suatu upaya agar peradilan pidana dibatasi kewenangannya dalam menentukan ada atau tidaknya perbuatan yang dilarang. Berdasarkan dari hal tersebutlah kemudian muncul asas hukum pidana seperti asas legalitas yang menghendaki tidak ada perbuatan yang dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan perundang-undangan yang ada sebelum perbuatan itu dilakukan.

Asas legalitas didalam hukum pidana begitu sentral dan penting, mengingat asas ini menjadi pintu pertama dari hukum pidana yang menentukan ada atau tidaknya suatu perbuatan pidana, sekaligus pertanggungjaawaban bagi pelanggarnya, *Het legaliteitbeginselis een van de meest fudamentale beginselen van het straferecht* (asas legalitas merupakan asas yang sangat fundamental dalam hukum pidana). Asas ini menentukan bahwa untuk dapat dikatakan sebagai tindak

⁹ *Ibid.*,

¹⁰ *Ibid.*,

pidana, maka harus terdapat rumusan tentang perbuatan tersebut, yang diatur dalam undang-undang, serta disertai sanksi pidana. Tanpa adanya peraturan terlebih dahulu maka tidak dapat dikatakan sebagai tindak pidana.

Asas Legalitas inilah kemudian yang berusaha dirumuskan ulang untuk mengakomodir kepentingan keadilan. Dalam Rancangan Undang-undang Kitab Undang-undang Hukum Pidana 2013 (selanjutnya disebut RUU KUHP) mencantumkan dalam pasalnya mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat untuk mengantisipasi adanya hukum baru yang belum diatur dalam KUHP tersebut, sehingga berdasarkan keadilan, pelaku yang dinilai merugikan masyarakat dapat dimintakan pertanggungjawabannya.

Berdasarkan hal tersebutlah kemudian KUHP dilakukan pembaharuan dengan adanya RUU KUHP terutama mengenai prinsip yang ada di RUU KUHP tersebut sebagaimana perubahan yang ada yaitu :¹¹

Pasal 2

- (1) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
- (2) Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, hak asasi manusia, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Hukum yang hidup dalam masyarakat dimasukkan dalam rumusan RUU KUHP yang merupakan hal yang baru dalam KUHP yang berlaku dalam hukum pidana dewasa ini. Sebagaimana yang diketahui bersama bahwa KUHP selalu memegang teguh tentang asas legalitas yang menghendaki adanya aturan terlebih dahulu kemudian baru dapat dikategorikan sebagai tindak pidana dan dapat

¹¹ Pasal 2 RUU KUHP 2013

dikenakan pidana, sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menyatakan *“Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan”*.

Dalam RUU KUHP Asas Legalitas itupun tidak sepenuhnya dihapus bahkan tidak diganti maupun dirubah sama sekali. Asas legalitas masih merupakan asas yang digunakan, sebagaimana yang tercantum dalam RUU KUHP yang berbunyi :¹²

Pasal 1

- (1) Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.

Permasalahan yang mengemuka adalah adanya kontradiksi antara kedua pasal tersebut. Dalam pasal pertama mencantumkan perihal Asas legalitas dimana asas legalitas tersebut masih memegang teguh tentang adanya hukum tertulis, segala hukuman yang akan diberikan haruslah berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sedangkan dalam pasal 2 menyebutkan perihal hukum yang hidup dalam masyarakat, dalam rumusan ini hukum mengakui adanya hukum yang tidak tertulis, hukum yang hidup dalam masyarakat seolah-olah menegasikan asas legalitas

¹² Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP

1.2. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang tersebut diatas yang menjadi pembahasan dalam tesis ini adalah :

1. Apakah makna dari ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ dalam hukum pidana dan peradilan pidana?
2. Apakah implikasi yuridis dari konsep ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ terhadap hukum pidana dan peradilan pidana?

1.3. Tujuan Penelitian

Tujuan penulisan tesis ini adalah untuk mengetahui dan menganalisis makna dari hukum yang hidup dalam masyarakat dalam hukum pidana dan peradilan pidana serta implikasi yuridis dari konsep ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ terhadap hukum dan peradillan pidana.

1.4. Manfaat Penelitian

Manfaat Teoritis

1. Memberikan suatu pemahaman terhadap perkembangan ilmu hukum terutama mengenai makna dari hukum yang hidup dalam masyarakat dalam hukum pidana dan peradilan pidana serta implikasi yuridis dari konsep ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ terhadap hukum dan peradillan pidana.
2. Hasil dari pengamatan ini dapat menjadi masukan bagi mahasiswa yang tertarik dalam hukum pidana terutama mengenai makna dari hukum yang hidup dalam masyarakat dalam hukum pidana dan peradilan pidana serta implikasi yuridis dari konsep ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ terhadap hukum dan peradillan pidana.

Manfaat Praktis

Hasil dari pengamatan ini diharapkan dapat berguna untuk mengetahui maksud dari hukum yang hidup dalam masyarakat berdasarkan Asas legalitas serta implementasi pemberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga tidak terjadi kebingungan dan supaya terdapat keadilan dan kepastian hukum.

1.5. Metode Penelitian

1.5.1. Jenis Penelitian

Tipe penelitian yang digunakan adalah jenis penelitian yang bersifat Penelitian Teoritis (*Teoritical Research*) yaitu penelitian yang mengadopsi pengertian yang lebih lengkap mengenai konsep dasar prinsip-prinsip hukum dan gabungan efek dari serangkaian aturan dan prosedur yang menyentuh area tertentu dalam suatu kegiatan.¹³ Penelitian Normatif ini digunakan karena tesis ini ingin menggali dan menganalisa perihal makna dari hukum yang hidup dalam masyarakat dalam hukum pidana dan peradilan pidana serta implikasi yuridis dari konsep ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ terhadap hukum dan peradilan pidana.

1.5.2. Pendekatan Penelitian

Metode pendekatan masalah yang digunakan dalam penulisan tesis ini adalah terdiri dari :

1. Pendekatan Konseptual (*conceptual approach*). Fungsi logis dari konsep ini adalah memunculkan pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dalam ilmu hukum serta dari sudut pandangan praktis dan sudut pengetahuan dalam pikiran.¹⁴ Penelitian ini, nantinya akan mengupas makna

¹³Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cetakan kedua, Kencana, Jakarta, 2008, hlm. 32.

¹⁴ *Ibid.*, hlm 93.

dari hukum yang hidup dalam masyarakat dalam hukum pidana dan peradilan pidana serta implikasi yuridis dari konsep ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ terhadap hukum dan peradilan pidana.

2. Pendekatan Historis (*historical approach*). Pendekatan ini digunakan untuk memahami filosofi dari aturan hukum dari waktu ke waktu. Disamping itu melalui pendekatan ini juga akan memahami perubahan dan perkembangan filosofi yang melandasi aturan hukum tersebut.¹⁵

1.5.3. Bahan Hukum

Adapun yang menjadi bahan hukum yang dipergunakan dalam penulisan Tesis ini meliputi 3 (tiga) bagian yaitu :

a. Bahan hukum primer

Bahan hukum primer bersifat autoritatif, artinya mempunyai otoritas. Bahan-hukum hukum primer terdiri dari peraturan perundang-undangan, risalah sidang, catatan resmi atau risalah dalam pembuatan perundang-undangan, putusan kehakiman.¹⁶ Dalam penelitian ini bahan hukum yang dikaji difokuskan pada RUU KUHP dan KUHP.

b. Bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder terutama adalah buku teks karena buku teks berisi mengenai prinsip-prinsip dasar ilmu hukum dan pandangan-pandangan klasik para sarjana yang mempunyai kualifikasi tinggi.¹⁷ Selain itu sumber

¹⁵ *Ibid.*,

¹⁶ *Ibid.*, hlm 41.

¹⁷ *Ibid.*, hlm 142.

hukum sekunder dapat juga berupa tulisan tentang hukum, baik berupa buku atau jurnal-jurnal.¹⁸

- c. Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan atau petunjuk terhadap bahan hukum primer dan sekunder, bahan hukum tersier adalah kamus-kamus hukum dan ensiklopedi.¹⁹

1.5.4. Teknik Pengumpulan dan Analisa bahan hukum

Analisa bahan hukum yang digunakan adalah deskriptif kualitatif yaitu menjelaskan dan menjabarkan dengan jelas terhadap data yang diperoleh.²⁰ Analisis dilakukan dengan cara Induktif yaitu menarik suatu kesimpulan dari data yang sifatnya khusus ke umum untuk mendapatkan kejelasan terhadap suatu kebenaran sehingga memperoleh gambaran yang jelas tentang suatu masalah yang diteliti.

Teknik pengumpulan bahan hukum dalam penelitian normatif ini dilakukan dengan cara mengumpulkan bahan hukum sekunder yaitu berupa buku-buku teks langsung, jurnal, opini hukum, artikel hukum dari para ahli hukum, komentar-komentar atas suatu penelitian yang berkaitan dengan ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ yang bersinggungan langsung ataupun tidak langsung dengan tema pembahasan dalam isu hukum tersebut. Kemudian melakukan pencarian per judul buku yang dibutuhkan dan membacanya terlebih dahulu untuk tambahan membuka cakrawala keilmuan tentang apa yang akan dibahas sesuai tema dan isu hukum yang akan diangkat nantinya. Apabila bahan bacaan tersebut relevan

¹⁸ *Ibid.*, hlm 143.

¹⁹ *Ibid.*,

²⁰ Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo, Jakarta, 1986, hlm 12.

dengan pokok bahasan dalam penelitian ini maka akan dijadikan sebagai pisau analisis maupun pelengkap keterangan dalam pembahasan penelitian ini.

Berdasarkan pencarian bahan-bahan pendukung penelitian tersebut kemudian disatukan dan dikelompokkan untuk memudahkan pencarian sesuai dengan pembahasan yang dibutuhkan dalam penelitian. Setelah melakukan pencarian dan pengelompokan kemudian mencatat referensi yang digunakan sebagai sumber informasi dengan mencantumkaninya dalam footnote.

Dalam penelitian ini, bahan-bahan hukum yang sudah dikumpulkan tadi diolah dan dilakukan pemahaman lebih lanjut untuk menemukan ide yang baru yang kemudian digunakan untuk mendukung penulisan penelitian yang dilakukan. Melakukan pemahaman secara terus menerus dan mencoba mencermati secara menyeluruh hal-hal yang berkaitan dengan isu yang diangkat dari bahan hukum tersebut. Pemahaman tersebut dilakukan agar tetap terarah dan konsisten atas pembahasan dalam penelitian. Dengan demikian haruslah jeli dan teliti dengan bahan hukum yang akan dijadikan referensi agar tidak melenceng dan tetap pada gagasan awal penelitian.

1.6. Pertanggungjawaban sistematika

Tesis disusun dengan sistematika yang terbagi dalam empat bab. Masing-masing bab terdiri dari atas beberapa subbab untuk lebih memperjelas ruang lingkup dan cakupan permasalahan yang diteliti. Berikut urutannya :

Bab I (Pendahuluan) berisi tentang uraian latar belakang permasalahan yang akan diangkat. Tahapan berikutnya di dalam rumusan masalah ditentukan ruang lingkup dan arah penulisan. Penulisan manfaat penulisan memberikan gambaran dari tujuan dari penulisan Tesis. Metode penelitian menguraikan tipe

penelitian sebuah pendekatan masalah sekaligus sumber bahan hukum dan dasar analisis untuk mendukung pembahasan tentang penulisan tesis.

Bab II (Tinjauan Pustaka) berisi rumusan, definisi, teori-teori, ajaran-ajaran, berbagai pendapat dan pandangan para sarjana/pakar dibidangnya yang digunakan untuk menjelaskan tentang hukum yang hidup dalam masyarakat, asas legalitas dan implementasi aturan dalam RUU KUHP. Berisi pula analisis permasalahan yang telah dirumuskan dalam bab sebelumnya.

Bab III (Pembahasan) berisi hal - hal yang menjadi fokus dalam penulisan tesis ini. Yaitu mengenai hal-hal yang berhubungan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat berdasarkan asas legalitas serta implementasi pemberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Bab IV (Kesimpulan dan Saran) berisi rangkuman hasil penulisan dan analisis bab-bab terdahulu. Kemudian dipaparkan saran-saran sebagai sumbangan pemikiran ilmiah yang diharapkan dapat memberikan ide untuk melahirkan suatu produk hukum normatif yang tegas dan jelas.