

Perubahan Sistem dan Praktik Hukum Pidana Indonesia Sebagai Akibat Berlakunya KUHP Baru

Sulistiyani Eka Lestari,¹ Fanny Tanuwijaya,² Ferdricka Nggeboe,³ Asmak ul Hosnah,⁴ Deni Setya Bagus Yuherawan,⁵ Joice Soraya⁶

Abstract

With the enactment of Law Number 1 of 2023 concerning the Criminal Code (New Criminal Code), there will be legal implications for several important aspects, namely the source of criminal law, the criminal justice system, and the practice of criminal law. This article aims to analyze predictions of implementing these 3 (three) aspects related to the provisions of Article 1 paragraph (1) and Article 2 of the New Criminal Code. In principle, Article 1 paragraph (1) of the New Criminal Code regulates the Principle of Legality, and Article 2 of the New Criminal Code regulates the existence and application of laws in society. The legal issue in this article is the potential difficulty of implementing 'living law'. It is necessary to substantially analyze several substantial things about the existence of the criminal law system and the criminal justice system that was formed with the enactment of Article 2 paragraph (1) of the New Criminal Code, as well as the potential juridical obstacles that exist in legal practice, with the existence of the newly formed criminal law system. This article uses legal research methods and doctrinal research types. This research uses a statutory approach and a conceptual approach. Analysis of legal materials uses prescriptive analysis with authentic and systematic interpretation. The analysis is intended to develop legal arguments regarding the juridical obstacles to enforcing 'laws that live in society'.

Keywords: *Criminal Law System, Legal Implications, Living Law, Principle of Legality.*

Abstrak

Dengan berlakunya UU Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP Baru) akan berimplikasi hukum pada beberapa aspek penting yaitu sumber hukum pidana, sistem peradilan pidana, dan praktik hukum pidana. Artikel ini bertujuan untuk menganalisis prediksi keberlakuan 3 (tiga) aspek tersebut, terkait dengan adanya ketentuan Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 2 KUHP Baru. Secara prinsip Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru mengatur Asas Legalitas dan Pasal 2 KUHP Baru mengatur keberadaan dan keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat. Isu hukum dalam artikel ini adalah adanya potensi kesulitan pemberlakuan 'hukum yang hidup dalam masyarakat'. Secara substansial perlu menganalisis beberapa hal substansial tentang wujud sistem hukum pidana dan sistem peradilan pidana yang terbentuk dengan berlakunya Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru, serta kendala yuridis yang potensial terdapat dalam praktik hukum, dengan adanya sistem hukum pidana yang baru terbentuk tersebut. Artikel ini menggunakan metode penelitian hukum, berjenis penelitian doktrinal. Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan dan pendekatan konseptual. Analisis bahan hukum menggunakan analisis preskriptif, dengan penafsiran otentik dan sistematis. Analisis dimaksudkan untuk menyusun argumentasi hukum tentang kendala yuridis memberlakukan 'hukum yang hidup dalam masyarakat'.

Kata Kunci: *Asas Legalitas, Hukum yang Hidup dalam Masyarakat, Implikasi Hukum, Sistem Hukum Pidana.*

Pendahuluan

Sumber hukum pidana, sistem peradilan pidana, dan praktik hukum pidana akan mengalami perubahan dengan diundangkannya Undang-Undang Republik Indonesia

¹Sulistiyani Eka Lestari, Fakultas Hukum Universitas Sunan Bonang, Tuban, Indonesia, E-Mail: sulis_usb@yahoo.com

²Fanny Tanuwijaya, Fakultas Hukum Universitas Jember, Jember, Indonesia, E-Mail: fanny.tanuwijaya@unej.ac.id

³Ferdricka Nggeboe, Fakultas Hukum Universitas Batanghari, Jambi, Indonesia, E-Mail: ferdricka.nggeboe1964@gmail.com

⁴Asmak ul Hosnah, Fakultas hukum Universitas Pakuan, Bogor, E-Mail: asmak.hosnah@unpak.ac.id

⁵Deni Setya Bagus Yuherawan, Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo Madura, Email: deniyuherawan@trunojoyo.ac.id

⁶Joice Soraya, Fakultas Hukum, Universitas Universitas Wisnu Wardhana, Malang, Indonesia; E-Mail: joicewijayas@gmail.com

Nomor 1 tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (disebut KUHP Baru), yang berlaku pada 2 Januari 2023. Pasal 624 KUHP Baru menetapkan: “Undang-Undang ini mulai berlaku setelah 3 (tiga) tahun terhitung sejak tanggal diundangkan”, yakni pada 2 Januari 2026.

Perubahan ini sebagai akibat adanya pertautan Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru, yang keberadaannya menimbulkan implikasi hukum terhadap beberapa aspek hukum pidana. Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru menentukan:

- (1) Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.
- (2) Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang digunakan analogi.

Tidak ada perbedaan substansial antara rumusan Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP Lama (yang masih berlaku). Hanya saja pada Pasal 1 ayat (2) KUHP Baru menentukan: “dalam menetapkan adanya Tindak Pidana dilarang digunakan *analogi*”, yang berimplikasi bahwa prinsip ‘larangan analogi’ (non-analogi), tidak lagi sebagai asas hukum, tetapi sudah berubah menjadi aturan atau ketentuan hukum. Sedang, Pasal 1 ayat (1) KUHP Lama menentukan “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada”.

Pasal 1 ayat (1) KUHP Lama maupun KUHP Baru merupakan perwujudan Asas Legalitas, yang dirumuskan dalam adagium ‘*nullum delictum nulla poena sine praevea lege poenali*’ (tiada delik, tiada pidana, tanpa undang-undang pidana terlebih dahulu). Menurut Moeljatno, para ahli hukum pidana sepakat dengan adanya 3 (tiga) makna Asas Legalitas, yaitu⁷:

1. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu belum dinyatakan terlebih dahulu dalam suatu aturan undang-undang;
2. Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kiyas); dan
3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.

Menurut Didik Endro Purwoleksono, terdapat beberapa aspek terkait dengan Asas Legalitas, yaitu:⁸

1. Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang;
2. Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi;
3. Tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;
4. Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex certa*);
5. Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana;
6. Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang; dan
7. Penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.

Dua (2) pendapat di atas menegaskan bahwa Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru maupun Lama menganut prinsip ‘*lex temporis delictie*’ (mengggunakan undang-undang yang berlaku saat perbuatan dilakukan); prinsip larangan analogi (non-analogi); hanya undang-undang pidana sebagai sumber hukum; rumusan aturan hukum harus jelas, tegas dan tidak

⁷Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hal. 25

⁸Didik Endro Purwoleksono, *Hukum Pidana*, Airlangga University Press (AUP), Surabaya, 2014, hal. 32.

bermakna ganda (prinsip *lex certa*); serta prinsip larangan non-analogi/non-retroaktif (larangan memberlakukan perundang-undangan pidana secara surut).

Berdasarkan Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru maupun Lama menegaskan bahwa sistem hukum pidana Indonesia adalah sistem hukum pidana perundang-undangan (*statute criminal law system*), yaitu sistem hukum pidana yang didasarkan dan bersumber kepada perundang-undangan pidana. Sistem hukum pidana perundang-undangan ini melingkupi hukum pidana materiil (rumusan tindak pidana dan ancaman pidana) maupun hukum pidana formil (rumusan tentang tindakan hukum yang harus dilakukan oleh aparat penegak hukum dalam sistem peradilan pidana).

Implikasi hukum dengan berlakunya Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru maupun Lama adalah sebagai berikut:

- a. Sistem hukum pidana adalah sistem hukum pidana perundang-undangan (*statute criminal law system*);
- b. Sumber hukum pidana adalah undang-undang pidana (*statute criminal law*);
- c. Pendefinisian atau pengkualifikasian suatu perbuatan sebagai tindak pidana merupakan kewenangan pembentuk undang-undang (badan legislatif);
- d. untuk menentukan suatu perbuatan sebagai tindak pidana harus didasarkan pada rumusan dan kriteria yang ditetapkan dalam perundang-undangan pidana;
- e. Perundang-undangan pidana yang diberlakukan adalah perundang-undangan pidana yang telah ada atau yang sedang berlaku saat perbuatan dilakukan (*lex temporis delictie*);
- f. Tindakan hukum aparat penegak hukum dalam sistem peradilan pidana harus didasarkan dan dibatasi oleh perundang-undangan pidana;
- g. Hukum pidana yang berlaku adalah hukum pidana yang berdasarkan perundang-undangan pidana (*statute criminal law*) dan sistem peradilan pidana juga didasarkan pada perundang-undangan pidana (*criminal justice system based on statute criminal law*).

Sistem dan sumber hukum pidana yang sekarang berlaku akan mengalami perubahan dengan berlakunya Pasal 2 KUHP Baru, yang menentukan:

- (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 Undang-Undang ini.
- (2) Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang-Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.

Frasa “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi” pada Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru bermakna bahwa perundang-undangan pidana bukan satu-satunya dasar untuk menentukan suatu perbuatan dapat dikualifikasikan sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Sedangkan frasa “berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang ini” menegaskan bahwa “hukum yang hidup dalam masyarakat” (*living criminal law*) juga diberlakukan sebagai dasar untuk mengkualifikasi suatu perbuatan yang patut dipidana.

Dengan berlakunya Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru, sistem hukum pidana Indonesia tidak lagi hanya berupa sistem hukum pidana perundang-undangan (*statute criminal law system*) saja, tetapi juga berupa sistem hukum pidana berdasarkan 'hukum yang hidup dalam masyarakat', karena ada aspek pidananya, saya menyebutnya '*living criminal law system*'. Sumber hukum pidana tidak hanya terdiri dari perundang-undangan pidana (*statute criminal law*), melainkan juga hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*).

Berdasarkan uraian latar belakang, isu hukum dalam artikel ini adalah adanya potensi kesulitan memberlakukan 'hukum yang hidup dalam masyarakat' (*living criminal law*), sehingga perlu merumuskan 2 (dua) masalah hukum terkait, yaitu: (a) apakah wujud sistem hukum pidana dan sistem peradilan pidana yang terbentuk dengan berlakunya Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru? dan (b) apakah menjadi kendala yuridis yang potensial dalam praktik hukum, dengan adanya sistem hukum pidana yang baru terbentuk tersebut?

Metode Penelitian

Artikel ini menggunakan metode penelitian hukum berjenis penelitian doktrinal. Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan. Analisis bahan hukum menggunakan analisis preskriptif, dengan penafsiran otentik dan sistematis. Analisis tersebut dimaksudkan untuk menyusun argumentasi hukum tentang kendala yuridis memberlakukan '*hukum yang hidup dalam masyarakat*'.

Hasil dan Pembahasan

Wujud Sistem Hukum Pidana dan Sistem Peradilan Pidana yang Baru

Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru merupakan perwujudan Asas Legalitas, yang merupakan pondasi sekaligus pilar utama sistem hukum pidana pada keluarga hukum ('*legal family*') *Civil Law System*. Terdapat beberapa karakteristik dari keluarga hukum pidana *Civil Law System*, yaitu antara lain⁹: (1) hukum pidana harus merupakan hukum undang-undang dan (2) pembatasan kebebasan hakim. Keberadaan Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru, berimplikasi perubahan mendasar pada sistem hukum pidana di Indonesia, yang awalnya menganut sistem hukum pidana perundang-undangan (*statute criminal law system*), sekarang juga menganut sistem hukum berdasarkan 'hukum yang hidup dalam masyarakat' (*living criminal law system*).

Sistem hukum tersebut berimplikasi pada:

1. Sistem Hukum Pidana;
2. Sumber Hukum Pidana;
3. Sistem Peradilan Pidana;
4. Hukum Pidana yang Harus Digunakan;
5. Kualifikasi Perbuatan.

⁹Dikutip dari Atmasasmita, Romli, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hal.27-31

Sistem Hukum Pidana

Secara komprehensif, makna sistem merupakan suatu kesatuan (totalitas) yang terdiri atas bagian-bagian yang saling berhubungan dan bekerjasama secara fungsional untuk mencapai tujuan yang telah ditetapkan. *Schroede dan Voich* berpendapat: (a) Sistem itu berorientasi kepada tujuan (*goal*); (b) Keseluruhan adalah lebih dari sekedar jumlah dari bagian-bagiannya (*wholism*); (c) Suatu sistem berinteraksi dengan sistem yang lebih besar, yaitu lingkungannya (*keterbukaan sistem*); (d) Bekerjanya bagian-bagian dari sistem itu menciptakan sesuatu yang berharga (*transformasi*); (e) Masing-masing bagian harus cocok satu sama lain (*keterhubungan*); dan (f) Adanya kekuatan pemersatu yang mengikat sistem itu (*mekanisme kontrol*).

KUHP Baru merupakan inti dari hukum pidana Indonesia ke depan, yang darinya akan muncul berbagai perundang-undangan, baik yang berbentuk hukum pidana materiil maupun hukum pidana formil. Pendekatan dan perspektif sistemik terhadap sistem hukum pidana menjadi suatu keharusan.

Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru berimplikasi pada keberadaan 'sistem hukum pidana perundang-undangan' (*statute criminal law system*) dan Pasal 2 KUHP Baru yang berimplikasi keberadaan 'sistem hukum pidana berdasarkan hukum yang hidup dalam masyarakat' (*living criminal law system*). KUHP Baru menganut '*statute and living criminal law*'.

Sumber Hukum Pidana

Berdasarkan KUHP Baru, dasar patut dipidanya suatu perbuatan berupa hukum pidana perundang-undangan (*statute criminal law*) dan hukum pidana berdasarkan 'hukum yang hidup dalam masyarakat' (*living criminal law*). Dasar penentuan suatu perbuatan sebagai tindak pidana dan perbuatan yang dilarang; serta keabsahan tindakan hukum aparat penegak hukum adalah '*statute criminal law*' dan '*living criminal law*'.

Sistem Peradilan Pidana

Criminal Justice System pertama kali diperkenalkan oleh Frank Remington dengan konsep rekayasa administrasi peradilan pidana melalui pendekatan sistem (*system approach*) dan gagasan ini terdapat dalam laporan pilot proyek tahun 1958, gagasan ini melekat dengan nama *Criminal Justice System*.¹⁰ *The Commission's Task Force and Technology* kemudian menyusun secara sistematis *Criminal Justice System* yang didalamnya diterapkan pendekatan manajerial dengan bertopang pada pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana. Sejak saat itu konteks penanggulangan kejahatan diperkenalkan dan dikembangkan pendekatan sistem sebagai pendekatan hukum dan ketertiban. Melalui pendekatan sistem ini kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan Lembaga pemasyarakatan tidak lagi instansi yang berdiri sendiri melainkan masing-masing merupakan unsur penting dan berkaitan erat satu sama lain.¹¹

¹⁰Syafridatati, dkk, *Sistem Peradilan Pidana*, LPPM Universitas Bung Hatta, 2022, hlm 1.

¹¹Atmasmita Romli, *Sistem Peradilan Pidana: Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*. Putra A. Bardin, Jakarta 1996, hlm 9.

The most remarked upon feature of the criminal justice system is its complexity. It is not one, but many things; and it announces not one, but many goals. Its overarching purposes are instrumental and symbolic: to change the person (or social conditions) that made the wrong possible, and to announce that offending is wrong. The system announces goals of both individualised treatment of offenders and equal treatment of "like crimes". Ciri yang paling menonjol dari sistem peradilan pidana adalah kompleksitasnya. Ini bukan satu, tapi banyak hal; dan ia mengumumkan bukan hanya satu, tapi banyak tujuan. Tujuan utamanya adalah instrumental dan simbolis: mengubah orang (atau kondisi sosial) yang melakukan kesalahan, dan untuk mengumumkan bahwa pelanggaran itu salah. Sistem mengumumkan tujuan keduanya perlakuan individual terhadap pelanggar dan perlakuan yang sama terhadap "kejahatan serupa".¹²

Mardjono R menyatakan sistem peradilan pidana merupakan (a) Sistem pengendalian kejahatan yang terdiri dari lembaga-lembaga kepolisian, kejaksaan, pengadilan dan lembaga pemasyarakatan; (b) Sistem dalam masyarakat untuk menanggulangi masalah kejahatan; (c) Istilah 'menanggulangi' adalah mengendalikan dalam batas-batas toleransi masyarakat.

Remington dan Ohlin berpendapat, sistem peradilan pidana mempunyai beberapa aspek: (a) Pendekatan sistem terhadap mekanisme administrasi peradilan pidana; (b) Peradilan pidana sebagai suatu sistem: hasil interaksi antara peraturan perundang-undangan, praktik administrasi dan sikap atau tingkah laku sosial; (c) Suatu proses interaksi yang dipersiapkan secara rasional dan dengan cara efisien untuk memberikan hasil tertentu dengan segala keterbatasan.

Induk dari sistem peradilan pidana Indonesia adalah KUHP dan KUHAP (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana). Saat ini, sistem peradilan pidana Indonesia didasarkan pada KUHP Lama. KUHP baru yang diundangkan 2 Januari 2023, akan berlaku 2 Januari 2026. Pada sisi lain, KUHAP (UU Nomor 8 Tahun 1981), yang berlaku mulai 31 Desember 1981, sudah berusia 43 (empat puluh tiga) tahun. Untuk harmonisasi sistem hukum pidana Indonesia, percepatan pembahasan dan pengundangan Rancangan-KUHAP merupakan kebutuhan yang mendesak. Semakin lama pengundangan KUHAP, semakin lama waktu yang dibutuhkan untuk membentuk dan melaksanakan sistem peradilan pidana Indonesia yang koheren.

Latar belakang dan tujuan Rancangan-KUHAP, bahwa KUHAP sudah tidak sesuai lagi dengan sistem ketatanegaraan dan perkembangan hukum dalam masyarakat sehingga perlu diganti dengan yang baru. Sasaran adalah untuk mewujudkan negara hukum yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menjunjung tinggi HAM dan menjamin warga negara bersamaan kedudukannya di hadapan hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu tidak ada kecualinya.¹³

¹²Daly Kathleen, Sarre Rick, *Criminal Justice System : Aims and Processes*, Lawbook.co, Sydney, 2017, hlm.1

¹³<https://www.dpr.go.id/uu/detail/id/62>, diunduh pada Kamis, 11 Januari 2024

Hukum Pidana yang Harus Digunakan

Criminal law is the body of law dealing with crimes. Criminal law deals with actions that the law has prohibited. It differs from other types of law because criminal cases are filed, investigated, and prosecuted by the state. Hukum pidana adalah badan hukum yang menangani kejahatan. Hukum pidana berurusan dengan perbuatan yang dilarang oleh undang-undang. Berbeda dengan jenis hukum lainnya karena perkara pidana diajukan, diselidiki, dan dituntut oleh negara. Hukum pidana yang harus digunakan untuk menuntut suatu perbuatan adalah perundang-undangan pidana (*statute criminal law*) dan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*) yang sudah ada dan berlaku pada saat perbuatan dilakukan (*iure temporis delictie*). Pemberlakuan perundang-undangan pidana yang diterbitkan setelah perbuatan dilakukan (*ex post facto criminal law*) dilarang untuk diterapkan. Melarang memberlakukan perundang-undangan pidana secara surut (prinsip larangan berlaku surut/non-retroaktif).¹⁴

Pemberlakuan '*living criminal law*' tidak mengenal larangan berlaku surut (non-retroaktif), karena '*living criminal law*' merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga tidak mengenal '*ante facto*' dan '*post facto*'.

Kualifikasi Perbuatan

Berdasarkan pembelajaran hukum pidana semasa masih berlakunya KUHP Lama, perbuatan dikualifikasikan sebagai tindak pidana jika melanggar perundang-undangan pidana, suatu perbuatan yang *onwetmatig* (bertentangan dengan undang-undang), dikenal sebagai '*mala prohibita*'. Perbuatan yang belum atau tidak dilarang oleh undang-undang pidana dikenal sebagai '*crimina extra ordinaria*'¹⁵. Suatu perbuatan, meskipun menimbulkan kerugian yang sangat besar, selama belum dilarang oleh perundang-undangan pidana, terhadap perbuatan tersebut tidak dapat dilakukan suatu tuntutan pidana. Di antara '*crimina extra ordinaria*' terdapat perbuatan yang dikenal dengan nama '*crimina stellionatus*', perbuatan jahat atau durjana.¹⁶

Tuntutan pidana hanya ditujukan terhadap perbuatan yang dikualifikasikan sebagai '*mala prohibita*'. Sebaliknya, tuntutan pidana tidak dapat ditujukan terhadap '*crimina extra ordinaria*' meskipun perbuatan tersebut menimbulkan kerugian luar biasa bagi korban. Satu-satunya alasan hukum tidak dilakukan penuntutan terhadap '*crimina extra ordinaria*' adalah karena tidak dilarang oleh perundang-undangan pidana.

Konsep tindak pidana terdapat pada Bab II berjudul: '*Tindak Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana*'. Tentang konsep 'tindak pidana' diatur dalam Pasal 12 KUHP Baru:

- (1) Tindak Pidana merupakan perbuatan yang oleh peraturan perundang-undangan diancam dengan sanksi pidana dan/ atau tindakan.
- (2) Untuk dinyatakan sebagai Tindak Pidana, suatu perbuatan yang diancam dengan sanksi pidana dan/atau tindakan oleh peraturan perundang-undangan harus

¹⁴Jensen Erik, *Introduction to the laws Of Timor-Leste Criminal Law*, Stanford Law School, California, 2011, hlm.6

¹⁵Moeljatno, *Op.Cit.*, hal. 24

¹⁶*Ibid.*

bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

(3) Setiap Tindak Pidana selalu bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar. Penjelasan pasal 12 KUHP Baru hanya menyatakan 'cukup jelas', padahal konsep tindak pidana masih memerlukan penjelasan yang lebih komprehensif.

Persoalan krusial adalah apa makna '*harus bersifat melawan hukum*' atau '*bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (living criminal law)*'? Bukankah Pasal 12 ayat (1) jo Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru, sudah menegaskan jika konsep tindak pidana merupakan perbuatan yang bertentangan dengan perundang-undangan pidana.

Terkait dengan frasa '*harus bersifat melawan hukum*', ilmu hukum pidana mengajarkan tentang '*sifat melawan hukum formil*' dan '*sifat melawan hukum materiil*'. Jika kualifikasi tindak pidana karena bersifat melawan hukum formil, dalam arti bertentangan dengan perundang-undangan pidana, memang begitulah konsep tindak pidana. Menjadi aneh jika konsep tindak pidana merupakan perbuatan yang bersifat melawan hukum materiil, dan semakin aneh lagi, jika konsep tindak pidana merupakan perbuatan yang bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pada sisi lain, terdapat konsep 'Tindak Pidana Berdasarkan Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat' pada Bab XXXIV KUHP Baru, dengan judul: '*Tindak Pidana Berdasarkan Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat*'. Pasal 597 KUHP Baru menentukan: (1) Setiap Orang yang melakukan perbuatan yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang, diancam dengan pidana. (2) Pidana sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berupa pemenuhan kewajiban adat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 66 ayat (1) huruf f.

*In his explanation what is meant by "the law that lives in society which determines that someone deserves to be punished" is customary criminal law. The law that lives in the community in this article relates to the law that is still valid and developing in people's lives in Indonesia.*¹⁷

Dalam penjelasannya apa yang dimaksud dengan "hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dihukum" adalah hukum pidana adat, hukum yang hidup di masyarakat dalam pasal ini berkaitan dengan hukum yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat di Indonesia

Berdasarkan KUHP Baru, telah terjadi penambahan konsep perbuatan yang dapat dipidana, yang pada awalnya hanya mengenal tindak pidana (*malaprohibita/delik*), sekarang bertambah dengan adanya 'perbuatan yang dilarang', yang bertentangan dengan 'hukum yang hidup dalam masyarakat'. Penjelasan Pasal 597 KUHP Baru: "Yang dimaksud dengan "perbuatan yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang" mengacu pada ketentuan Pasal 2 ayat (1).

Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru: "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

¹⁷Saefudin Yusuf. *Living Law in The Perspective of Progressive Law: The Urgency of Its Regulation in The Draft Indonesian Criminal Code*. J.D.H. Vol. 21 (No.2) May 2021, hlm 364.

diatur dalam Undang-Undang' ini. Penjelasan Pasal tersebut adalah: "Yang dimaksud dengan 'hukum yang hidup dalam masyarakat' adalah hukum adat yang menentukan bahwa seseorang yang melakukan perbuatan tertentu patut dipidana. Hukum yang hidup di dalam masyarakat dalam pasal ini berkaitan dengan hukum tidak tertulis yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat di Indonesia. Untuk memperkuat keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut, Peraturan Daerah mengatur mengenai Tindak Pidana Adat tersebut.

Penjelasan Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru, menegaskan 2 (dua) hal penting, yaitu: (1) 'hukum yang hidup dalam masyarakat' adalah hukum adat; dan (2) 'perbuatan yang dilarang karena bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat merupakan 'Tindak Pidana Adat'. Perlu kejelasan, apakah nomenklatur perbuatan yang bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat adalah 'perbuatan yang dilarang' atau 'tindak pidana adat'. Perlu penjelasan yang proporsional tentang hal ini.

Problematika: Jika 'Tindak Pidana Adat' atau 'Perbuatan Yang Dilarang' merupakan perbuatan yang bertentangan dengan 'hukum yang hidup dalam masyarakat', bagaimana dengan konsep 'tindak pidana' yang juga '*harus bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat*'? Penyelesaian problematika ini harus dilakukan dalam waktu sesegera mungkin, karena akan berdampak negatif pada praktik hukum.

Kendala Yuridis dalam Praktik Hukum Pada Sistem Hukum Pidana yang Baru Tindakan Hukum Aparat Penegak Hukum

*Law enforcement has a deep social significance. Its efficiency or inefficiency affects a community in many ways and every one in some way.*¹⁸ Penegakan hukum memiliki makna sosial yang mendalam. Efisiensi atau inefisiensinya mempengaruhi suatu komunitas dalam berbagai cara dan setiap orang dalam beberapa cara. Berdasarkan KUHP Baru, sistem dan praktik hukum mengalami perubahan fundamental dengan keberadaan 'perundang-undangan pidana' (*statute criminal law*) dan 'hukum pidana yang hidup dalam masyarakat' (*living criminal law*).

Pada ranah '*statute criminal law*', seluruh tindakan hukum aparat penegak hukum harus didasarkan pada perundang-undangan yang menjadi dasar kewenangan untuk melakukan tindakan hukum. Polisi melakukan penyelidikan dan penyidikan paling tidak harus menggunakan UU No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dan UU No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia (UU Polri). Jaksa melakukan tindakan hukum setidaknya harus menggunakan UU No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) dan UU No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia (UU Kejaksaan). Hakim melakukan persidangan paling tidak harus menggunakan KUHAP dan UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (UU Kekuasaan Kehakiman). Terakhir, advokat melakukan pembelaan hukum paling tidak harus mendasarkan KUHAP dan UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat (UU Advokat).

¹⁸Cody John Joseph, *Thesis : A Study Of Theory And Practice Of Effective Law Enforcement*, Loyola University Chicago, Chicago, 1960, hlm. 9

Seluruh perundang-undangan tersebut di atas merupakan pedoman tindakan, sekaligus cetak biru (*blueprint*) tindakan hukum aparat penegak hukum. Segala tindakan aparat penegak hukum yang bertentangan atau di luar perundang-undangan dikualifikasikan sebagai tindakan melawan hukum, cacat hukum, dan tidak absah.

Pada ranah '*statute criminal law*', pengaturan tentang kelembagaan dan kewenangan aparat penegak hukum sudah jelas, tidak demikian halnya pada ranah '*living criminal law*'. Penegak hukum melakukan tindakan hukum berdasarkan '*living criminal law*'. Menurut Penjelasan Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru, '*living criminal law*' merupakan Hukum Adat, sebagai hukum tidak tertulis. Kendala utama bagi aparat penegak hukum adalah belum jelasnya kelembagaan dan kewenangan aparat penegak hukum untuk memproses Tindak Pidana Adat (Perbuatan Yang Dilarang). "Penyamaan pandangan dan pemahaman APH menjadi penting artinya, karena mereka yang akan menjadi ujung tombak dalam mengimplementasikan KUHP dalam praktik penegakan hukum". (Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia (Menkumham), Yasonna H. Laoly dalam Sosialisasi UU Nomor 1 Tahun 2023 tentang KUHP, Rabu (09/08/2023).)¹⁹

Problematika mendasar bahwa wujud *living criminal law* yang tidak tertulis, sehingga sulit untuk dipahami, apalagi hendak diterapkan. Belum ada pedoman tentang cara yang harus digunakan untuk memahami, mengidentifikasi, dan menerapkan *living criminal law*. Kita perlu berpikir keras untuk itu.

Pola Pikir Aparat Penegak Hukum

Pada saat masih berlakunya KUHP Lama, tindakan aparat penegak hukum hanya mendasarkan pada perundang-undangan pidana, sehingga berpola pikir 'legalistik-formal' atau 'legal-positivistik'. Pola pikir tersebut sebagai akibat dari faham 'legisme' (faham serba undang-undang). Implikasi faham 'legisme' dan pola pikir 'legalistik-formal' adalah:

- a. Hukum hanyalah hukum perundang-undangan (hukum positif). Tidak ada hukum di luar hukum perundang-undangan;
- b. Memahami hukum sebatas harus '*correct*' (tepat) dan '*certain*' (pasti) sebagaimana tuntutan ekstern dan aspek formal dari hukum;
- c. Hanya mampu menjelaskan bahan-bahan yang termasuk hukum perundang-undangan (*statute law*) pada waktu tertentu;
- d. Memberlakukan perundang-undangan sebagai satu-satunya batu uji untuk menilai dan mengkualifikasi suatu perbuatan sebagai tindak pidana.

Di masa mendatang, aparat penegak hukum harus meninggalkan faham 'legisme' dan pola pikir 'legalistik-formal'. Aparat penegak hukum harus mulai berpikir 'yuridis-koheren', yaitu:

- a. Memahami bahwa hukum terdiri dari hukum tertulis (*written law*) dan hukum tidak tertulis (*unwritten law*);

¹⁹<https://lampung.kemenkumham.go.id/pusat-informasi/artikel/6067> diunduh pada Rabu, 24 Januari 2024

- b. Hukum terdiri dari hukum perundang-undangan (*statute law*) dan hukum hukum yang hidup dalam masyarakat/*living criminal law*);
- c. Memahami hukum tidak lagi sebatas harus '*correct*' (tepat) dan '*certain*' (pasti), tetapi juga harus '*just*' (adil);
- d. Memosisikan hukum perundang-undangan (*statute criminal law*) dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*) sebagai batu uji untuk menilai dan mengkualifikasi suatu perbuatan sebagai tindak pidana maupun tindak pidana adat (perbuatan yang dilarang);

Penerapan Hukum Pidana

Berdasarkan Pasal 1 ayat (1) KUHP Baru, praktik hukum bidang perundang-undangan pidana, sebagai berikut:

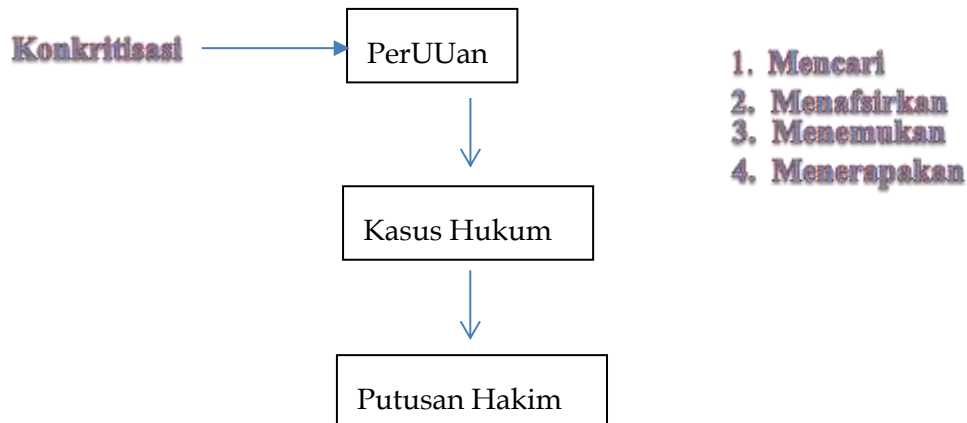
- a. Proses konkretisasi atau pemberlakuan perundang-undangan (bersifat umum) terhadap kasus tertentu (bersifat khusus);
- b. Pola pikir deduktif. Memosisikan ketentuan hukum dalam pasal-pasal perundang-undangan sebagai '*premis mayor*', kemudian memosisikan perbuatan pelaku sebagai '*premis minor*'; terakhir menyusun kesimpulan ('konklusi') bertentangan tidaknya perbuatan tersebut terhadap perundang-undangan pidana;
- c. Keberadaan dan fungsi Hakim adalah memeriksa dan memutus perkara hanya berdasarkan perundang-undangan. Keberadaan dan fungsi inilah yang sebagai konsekuensi logis dari keberlakuan Asas Legalitas dengan adagium '*de rechter is bounche de la loi*' (hakim harus menyuarakan apa yang diinginkan oleh undang-undang). Hakim hanya sebagai penerap hukum.

Penerapan perundang-undangan pidana dilakukan dengan cara:

- a. Mencari ketentuan hukum: mencari aturan hukum yang relevan dengan kasus hukum yang ada;
- b. Menafsirkan ketentuan hukum: menafsirkan makna ketentuan hukum yang telah ditemukan agar sesuai dengan makna ketika ketentuan hukum tersebut dibentuk atau pada saat untuk memenuhi perkembangan kebutuhan masyarakat;
- c. Menemukan kaidah hukum: menetapkan pilihan di antara beberapa kaidah hukum yang sesuai dengan kasus hukum yang akan diputus; dan
- d. Menerapkan kaidah hukum: menerapkan kaidah hukum yang telah ditemukan terhadap kasus hukum yang akan diputus.

Penerapan perundang-undangan pidana dapat diilustrasikan dalam gambar berikut.

Gambar 1. Penerapan Perundang-Undangan Pidana



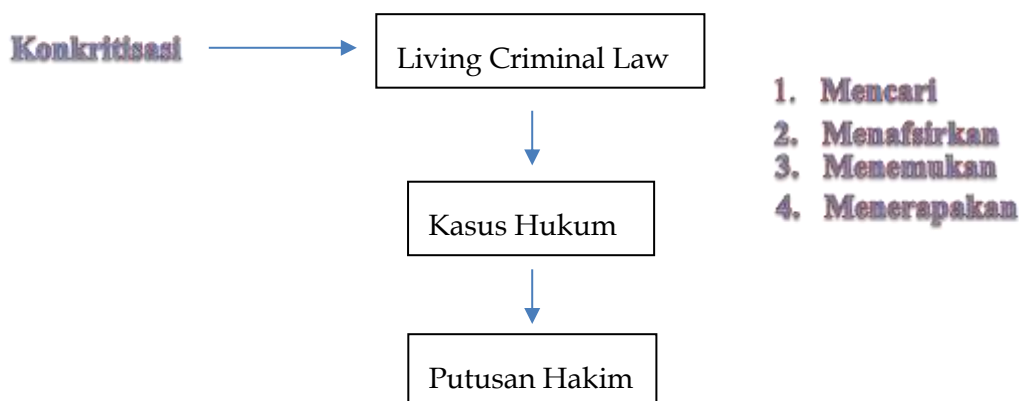
Tahapan dan cara penerapan perundang-undangan pidana sudah biasa dilakukan oleh aparat penegak hukum. Persoalan muncul terkait penerapan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*). Dengan titik anjak, hukum yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*) sebagai sumber dan dasar hukum, secara garis besar penerapannya sama dengan penerapan perundang-undangan pidana. Namun demikian, terdapat kendala dan problematika mendasar yaitu: wujud hukum yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*) yang tidak tertulis, sehingga sulit untuk memahami, mendefinisikan dan menerapkannya. Belum ada pedoman tentang cara yang harus digunakan oleh aparat penegak hukum untuk memahami sampai menerapkan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Sebagaimana halnya hukum pidana perundang-undangan, untuk menyelesaikan suatu kasus hukum pidana, menurut hemat kami, cara untuk menerapkan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*) adalah sebagai berikut:

- a. Mencari ketentuan hukum: mencari aturan-aturan hukum dalam hukum yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*) yang relevan dengan kasus hukum yang hendak diputus;
- b. Menafsirkan ketentuan hukum: menafsirkan makna ketentuan hukum yang telah ditemukan agar sesuai dengan makna hukum yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*) sesuai kebutuhan dan perkembangan masyarakat;
- c. Menemukan kaidah hukum: menetapkan pilihan di antara beberapa kaidah hukum yang sesuai dengan kasus hukum yang diputus; dan
- d. Menerapkan kaidah hukum: menerapkan kaidah hukum yang telah ditemukan terhadap kasus hukum yang yang bersangkutan.

Penerapan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*) dapat diilustrasikan dalam gambar berikut:

Gambar 2. Penerapan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*)



Pada tataran praktik hukum, aparat penegak hukum secara potensial akan mengalami kesulitan untuk menemukan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*), menafsirkan maknanya dan menerapkan pada kasus hukum yang akan diputus.

Kesimpulan

Kesimpulan dari artikel ini adalah sebagai berikut:

1. Sistem hukum pidana dan sistem peradilan pidana yang terbentuk dengan berlakunya Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 2 ayat (1) KUHP Baru, yaitu: (a) sistem hukum pidana perundang-undangan dan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*statute and living criminal law system*); (b) sistem peradilan pidana yang berdasarkan pada perundang-undangan pidana dan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*criminal justice system based on statute and living criminal law*). Sistem ini berimplikasi pada perubahan konstruksi Asas '*nullum delictum nulla poena sine praevea lege poenali*' menjadi '*nullum delictum nulla poena sine praevea ius poenali*', yaitu tiada delik, tiada pidana, tanpa adanya hukum pidana (tertulis maupun tidak tertulis) terlebih dahulu.
2. Kendala potensial yang akan terjadi dengan terbentuknya sistem hukum pidana perundang-undangan dan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*statute and living criminal law system*) dan sistem peradilan pidana yang berdasarkan pada perundang-undangan pidana dan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*criminal justice system based on statute and living criminal law*) adalah: (a) diperlukan pemahaman yang tepat dan tuntas tentang substansi hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*); (b) kesulitan identifikasi dan pendefinisian hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*); (c) perlu ada perubahan pola pikir aparat penegak hukum; serta (d) kegagalan dan kesulitan penerapan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat (*living criminal law*).

Saran yang perlu untuk segera dilakukan adalah:

1. Adanya tenggang waktu pemberlakuan KUHP Baru yang cukup memberikan kesempatan untuk peningkatan wawasan dan kemampuan, serta perubahan pola

pikir aparat penegak hukum untuk memahami dan menerapkan '*living criminal law*';

2. Perlu segera disusun pedoman tentang identifikasi, pendefinisian dan penerapan '*living criminal law*'.

Daftar Pustaka

- Atmasasmita, Romli, *Sistem Peradilan Pidana: Perspektif Eksistensialisme dan Abolisionisme*. Putra A. Bardin, Jakarta 1996
- Atmasasmita, Romli, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, Bandung, 2000
- Erik, Jensen, *Introduction to the laws Of Timor-Leste Criminal Law*, Stanford Law School, California, 2011
- Joseph, Cody John, *Thesis : A Study Of Theory And Practice Of Effective Law Enforcement*, Loyola University Chicago, Chicago
- Kathleen, Daly, Sarre Rick, *Criminal Justice System : Aims and Processes*, Lawbook.co, Sydney, 2017
- Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000
- Purwoleksono, Didik Endro, *Hukum Pidana*, Airlangga University Press (AUP), Surabaya, 2014
- Syafridatati, dkk, *Sistem Peradilan Pidana*, LPPM Universitas Bung Hatta, 2022
- Saefudin, Yusuf, *Living Law in The Perspective of Progressive Law: The Urgency of Its Regulation in The Draft Indonesian Criminal Code*. J.D.H. Vol. 21 (No.2) May 2021
- <https://www.dpr.go.id/uu/detail/id/62>, diunduh pada Kamis, 11 Januari 2024
- <https://lampung.kemenkumham.go.id/pusat-informasi/artikel/6067> diunduh pada Rabu, 24 Januari 2024