

**KEBIJAKAN FORMULASI UNSUR SIFAT MELAWAN HUKUM
MATERIL DALAM KONSEP KUHP 2008**

(Skripsi)

Oleh

YULISTINA



**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS LAMPUNG
BANDAR LAMPUNG
2010**

I.PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Pembaharuan dan pembangunan sistem hukum nasional, termasuk dibidang hukum pidana, merupakan salah satu masalah besar dalam agenda kebijakan /politik hukum Indonesia.Khususnya pembaharuan sistem hukum pidana nasional masih sangat memprihatinkan.

Manusia adalah makhluk sosial, seperti yang dikatakan Aristoteles manusia merupakan makhluk sosial yang dalam hidupnya selalu mencari sesama untuk hidup bersama (SR. Sianturi, 1928: 25). Hal ini adalah suatu kenyataan, bahwa manusia tidak dapat hidup dalam memenuhi kebutuhan dan kepentingan hidupnya.

Pergaulan manusia bermasyarakat kebutuhan atau kepentingan mereka tidak selalu seirama dan sejalan sehingga sering terjadi peristiwa yang tidak dikehendaki oleh masyarakat, baik itu perubahan yang dilarang oleh Undang-undang sebagai tindak pidana atau perbuatan lain yang tidak menyenangkan. Perbuatan atau tindakan seperti yang terjadi sekarang.

Tindak pidana tersebut harus ditangani secara benar sehingga tidak terjadi *eigenrichting* Perbuatan *eignrichting* sangat tidak menguntungkan dalam

kehidupan hukum karena dengan demikian proses hukum menjadi tidak dapat dilakukan terhadap pelaku kejahatan.

Hukum pidana dikenal dengan fungsi-fungsinya yang salah satunya adalah fungsi subsidi yaitu usaha melindungi masyarakat dari kejahatan hendaknya menggunakan upaya-upaya lain terlebih dahulu. Apabila dipandang sarana/upaya lain kurang memadai barulah digunakan hukum pidana (*Ultimum remedium*)

(Tri Andrisman, 2007: 18)

Ultimum Remidium berarti Hukum pidana itu merupakan obat/sarana yang terakhir. Maksudnya, dalam menanggulangi kejahatan hendaknya upaya hukum/sanksi yang digunakan menggunakan sarana hukum lain, misalnya sanksi perdata atau sanksi administrasi, barulah kalau sanksi tersebut tidak dapat menanggulangi kejahatan, digunakan sarana hukum pidana sebagai upaya/sarana yang terakhir. (Tri Andrisman, 2007: 18)

Orang yang melakukan tindak pidana harus memenuhi unsur-unsur tindak pidana sehingga dapat dipertanggungjawabkan dalam hukum pidana, jadi unsur pertanggungjawaban pidana ini melekat pada orangnya/pelaku tindak pidana. Menurut Moljatno (1987:1) merumuskan unsur-unsur perbuatan pidana /tindak pidana sebagai berikut:

1. Perbuatan(manusia)
2. yang memenuhi rumusan dalam undang-undang
3. bersifat melawan hukum

Dilihat dari unsur-unsur tindak pidana yang dikemukakan oleh Moljatno di atas bahwa perbuatan seseorang yang positif maupun yang negatif dapat dikatakan sebagai tindak pidana harus memenuhi yang dirumuskan dalam undang-undang, namun adakalanya perbuatan manusia yang telah memenuhi rumusan undang-undang pidana itu tidak dapat dipidana, karena tidak bersifat melawan hukum. Unsur bersifat melawan hukum memberikan penilaian objektif terhadap perbuatan manusia.

Unsur sifat melawan hukum sebagai unsur yang harus ada atau mutlak dalam suatu tindak pidana agar si pelaku atau terdakwa dapat dilakukan penuntutan dan pembuktian di pengadilan ini terdiri dari (Tri andrisman,2007: 101):

1. Sifat melawan hukum yang formil yaitu:

suatu perbuatan itu bersifat melawan hukum, apabila perbuatan itu diancam pidana dan dirumuskan sebagai suatu delik dalam undang-undang. Sedangkan sifat melawan hukumnya perbuatan itu dapat hapus hanya berdasarkan suatu ketentuan undang-undang.sehingga sifat melawan hukum formil tersebut meliputi:

- a. perbuatan tersebut melawan hukum, apabila diancam undang-undang.
- b. Perbuatan yang diancam pidana itu dapat tidak dipidana apabila ditentukan berdasarkan undang-undang.

2. Sifat melawan hukum materil yaitu:

Suatu perbuatan itu melawan hukum atau tidak, tidak hanya yang terdapat dalam undang-undang saja, tetapi harus juga melihat barlakunnya asas-asas hukum yang tidak tertulis, sehingga sifat melawan hukum materil meliputi:

- a. Perbuatan itu bersifat melawan hukum , baik itu berdasarkan undang-undang maupun hukum tidak tertulis.
- b. Sifat melawan hukum perbuatan yang nyata-nyata masuk dalam rumusan delik, dapat hapus berdasarkan ketentuan undang-undang maupun ketentuan hukum tidak tertulis.

Unsur sifat melawan hukum materil ini mengalami kesulitan dalam penerapannya karena dalam penerapannya membawa konsekuensi bahwa adanya penerapan hukum yang tidak tertulis. Kemudian sifat melawan hukum materil ini terdapat dua fungsi yaitu (Barda Nawawi Arief, 2005: 28):

1. Sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif
Mengakui adanya perbuatan tindak pidana yang tidak terdapat dalam undang-undang , namun bertentangan dengan hukum tidak tertulis.
2. Sifat melawan hukum materil dalam fungsinya negatif
Ini diakui hanya mengenai penghapusan sifat melawan hukumnya perbuatan sedangkan mengenai perbuatan tindak pidana tidak diatur dalam undang-undang tidak diperbolehkan oleh undang-undang.

Perkembangan mengenai unsur sifat melawan hukum di indonesia menjadi persoalan yang penting karena di indonesia di ikuti perkembangan pula hukum tidak tertulis yaitu hukum adat yang memungkinkan sifat melawan hukum tidak berdasarkan hukum tertulis dan terdapat dalam KUHP tetapi unsur melawan hukum itu ada dalam masyarakat yang tidak tertulis.

Adanya hukum tidak tertulis di Indonesia maka apabila perbuatan tersebut membahayakan kepentingan hukum yang harus dilindungi oleh pembentuk undang-undang dalam rumusan delik tertentu, dengan demikian ada suatu ukuran penilaian apakah ada kepentingan hukum yang dilanggar/dibahayakan sehingga harus digali berdasarkan nilai-nilai atau kriteria materil yang ada dalam kehidupan masyarakat dan penghapusan/meniadakan sifat melawan hukum yang bersifat materil hanya digunakan dalam fungsinya negatif sebagai alasan pembenar.

Kebijakan formulasi dalam hukum pidana nasional mengatur dalam bidang kejahatan pidana yang akan di fokuskan dalam pokok permasalahan (Arief Barda Nawawi, 2005:19):

1. Kebijakan formulasi/legislasi yang selama ini tertuang dalam hukum positif yang ada, yang mengkaji keterkaitan dan kecukupan hukum positif.
2. Kebijakan formulasi yang akan datang, yang akan mencakup masalah bagaimana formulasi pengaturan/penempatannya dalam kebijakan perundang-undangan di Indonesia.

Kehidupan masyarakat Indonesia yang sangat luas, timbul beragam permasalahan dalam berbagai ruang lingkupnya. Permasalahan yang timbul sering menjangkau ketidakadilan bagi rakyat Indonesia yang imbasnya akan mempengaruhi kesejahteraan rakyat Indonesia, maka meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun apabila perbuatan tersebut adalah perbuatan tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat maka perbuatan tersebut dapat dipidana.

Permasalahan-permasalahan yang berawal dari hukum tidak tertulis di masyarakat yang sering kita temui tidak terdapat dalam pasal-pasal yang tertera di peraturan perundang-undangan, berdasarkan unsur sifat melawan hukum materilnya perlu adanya pemikiran tentang pembaharuan hukum.

Melalui pembaharuan hukum tersebut dimungkinkan adanya penegasan bahwa terdapat asas legalitas tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup atau hukum adat yang menentukan dipidananya seseorang meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan, dengan demikian pentingnya pemerintah legislatif yang berwenang dengan penataan Undang-undang untuk kebijakan formulasi mengenai perbuatan yang tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan yang dalam tindak pidana sering kita sebut KUHP. Timbulnya konsep KUHP 2008 ini diharapkan dapat memperbaharui peraturan hukum pidana materil, sehingga unsur sifat melawan hukum materil dapat diselenggarakan dalam konsep KUHP 2008.

Sesuai yang diungkapkan di atas, dalam Pasal 1 konsep KUHP 2008 terdapat pernyataan sebagai berikut:

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

Ayat (3) bahwa, ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan seorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Ayat (4) bahwa, berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsi-prinsip hukum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Berdasarkan permasalahan di atas mendorong penulis untuk mengadakan penelitian dan menuangkan dalam bentuk tulisan yang berjudul:

”Kebijakan Formulasi Unsur Sifat Melawan Hukum Materil Dalam Konsep KUHP 2008”.

B. Pokok Permasalahan dan Ruang Lingkup

1. Permasalahan

Berdasarkan latar belakang yang telah dikemukakan di atas, maka permasalahan yang akan di bahas adalah :

1. Bagaimanakah kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008?
2. Bagaimanakah perspektif kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008?

2. Ruang Lingkup

Untuk membahas masalah tersebut, maka pokok bahasan dibatasi pada kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008 dan hambatan kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008.

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

1. Tujuan Penelitian

Berdasarkan permasalahan dan ruang lingkup permasalahan di atas maka penulisan skripsi ini bertujuan untuk mengetahui dan memahami :

Kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008.

2. Kegunaan Penelitian

a. Kegunaan Teoritis

Kegunaan teoritis dari hasil penelitian ini untuk memberikan sumbangan pengetahuan bagi perkembangan disiplin ilmu hukum khususnya mengenai unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008 serta faktor penghambat dalam penerapannya.

b. Kegunaan praktis

Untuk mengungkapkan secara objektif tentang kenyataan yang terjadi dalam praktek mengenai kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008 berdasarkan dan faktor penghambat dalam penerapan kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008.

D. Kerangka Teoritis dan Konseptual

1. Kerangka Teoritis

Kerangka teoritis adalah konsep-konsep yang sebenarnya merupakan abstraksi dari hasil-hasil pemikiran atau kerangka acuan yang pada dasarnya bertujuan

untuk mengadakan identifikasi terhadap dimensi sosial yang dianggap relevan oleh peneliti (Soerjono Soekanto, 1986: 123).

Salah satu unsur dalam tindak pidana adalah unsur sifat melawan hukumnya, suatu perbuatan dikatakan melawan hukum apabila perbuatan tersebut masuk dalam rumusan delik, terdapat juga sifat melawan hukum materil adalah sifat melawan hukum yang dapat dipidana meskipun tidak terdapat pada peraturan perundang-undangan, hal tersebut tidak sesuai dalam asas legalitas.

Menurut M. Hamdan (1997:19) Politik hukum pidana diartikan sebagai:

- 1) Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan situasi pada suatu saat;
- 2) Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung di dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.

Dilihat dari perspektif hukum pidana, upaya terhadap penanggulangan tindak pidana dapat dilihat dari berbagai aspek kebijakan kriminalisasi (formulasi tindak pidana), aspek pertanggungjawaban pidana atau pembedaan, maka perlu adanya perubahan perumusan dalam pembedaan yaitu kebijakan formulasi tindak pidana.

Hal tersebut di atas yang menjadi latar belakang pemikiran adanya konsep pembaharuan hukum perundang-undangan di Indonesia, karena timbulnya kebutuhan dan tuntutan nasional sebagai menanggulangi kejahatan dalam rangka perlindungan masyarakat, untuk mengatasi masalah sosial dan masalah

kemanusiaan dalam rangka mencapai dan menunjang tujuan nasional. Dengan demikian pembaharuan hukum pidana yang ditempuh dengan berorientasi pada kebijakan pendekatan yang berorientasi nilai-nilai kehidupan sosial dan masyarakat termasuk tata susila dan hukum kebiasaan/adat yang dimaknai secara materil yang biasa kita lihat sebagai unsur melawan hukum materilnya.

Perkembangan hukum di masyarakat tersebut akan membawa pengaruh yang tinggi terhadap peraturan perundang-undangan yang selama ini peraturan hukum pidana mengadopsi dari hukum Belanda, dan sampai saat ini belum ada yang memberikan pencerahan dan pembaharuan terhadap hukum pidana tersebut.

Indonesia juga memiliki peraturan yang sudah di berkembang sejak zaman dahulu dengan berjalannya waktu peraturan tersebut juga sesuai dengan keadaan masyarakat Indonesia yang sesuai dengan nilai-nilai dan norma yang telah berkembang di masyarakat, namun hal tersebut sulit untuk diterapkan karena hukum negara kita selalu berdasar pada unsur perbuatan melawan hukum formil dan jarang sekali berfikir selain ada unsur perbuatan melawan hukum materil sehingga unsur perbuatan materil tersebut bisa dikatakan terancam punah sejalan dengan punahnya hukum yang tidak tertulis di Indonesia.

Prof. Sudarto, SH mengemukakan tiga arti mengenai kebijakan kriminal, yaitu

- a. dalam arti sempit, ialah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana;
- b. dalam arti luas, ialah keseluruhan fungsi dari aparaturnya penegak hukum, termasuk di dalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi;

- c. dalam arti paling luas (yang beliau ambil dari Jorgen Jepsen), ialah keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi, yang bertujuan untuk menegakkan norma-norma sentral dari masyarakat.

Munculnya Konsep KUHP 2008 sudah mulai memperlihatkan bahwa hukum di negara kita akan memberikan pembaharuan terhadap hukum dengan dijelaskannya mengenai unsur perbuatan melawan hukum secara materil sehingga, unsur perbuatan melawan hukum materil tersebut bisa diakui dalam peraturan perundang-undangan.

2. Konseptual

Kerangka konseptual merupakan kerangka yang menggambarkan hubungan antar konsep-konsep khusus yang merupakan kumpulan dari arti-arti yang berkaitan dengan istilah yang akan diteliti (Soerjono Soekanto,1996:32).

- a. Kebijakan adalah : (1) Dalam arti sempit;ialah keseluruhan asas dan metode yang menjadi dasar dari reaksi terhadap pelanggaran hukum yang berupa pidana, (2) Dalam arti luas; ialah keseluruhan fungsi dari aparatur penegak hukum termasuk didalamnya cara kerja dari pengadilan dan polisi, (3) Dalam arti paling luas ialah keseluruhan kebijakan, yang dilakukan melalui perundang-undangan dan badan-badan resmi yang bertujuan untuk menegakan norma-norma sentral dimasyarakat (Barda Nawawi Arief,1996:1).
- b. Kebijakan Kriminal(criminal policy) yang mencakup pendekatan penal melalui sistem peradilan pidana, dengan sendirinya akan bersentuhan

dengan kriminalisasi yang mengatur ruang lingkup perbuatan yang bersifat melawan hukum, pertanggungjawaban pidana dan sanksi yang dapat dijatuhkan baik berupa pidana maupun tindakan.kriminalisasi tentu harus dilakukan secara hati-hati, jangan sampai menimbulkan represif yang melanggar prinsip ultimum remedium dan menjadi bumerang dalam kehidupan sosial, yaitu berupa kriminalisasi berlebihan yang mengurangi wibawa hukum(muladi,2002:201)

- c. Sifat Melawan Hukum Materil adalah perbuatan yang melanggar atau membahayakan kepentingan hukum yang hendak dilindungi oleh pembentuk undang-undang dalam rumusan delik tertentu (Barda Nawawi Arief, 2005:26).
- d. Pidana adalah penderitaan/nestapa yang sengaja dibebankan oleh orang atau badan yang mempunyai kekuatan atau wewenang kepada orang yang melakukan perbuatan yang memenuhi syarat-syarat menurut undang-undang (Muladi dan Barda Nawawi Arief, 2005:4).
- e. Kebijakan kriminalisasi merupakan kebijakan menetapkan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana menjadi suatu tindak pidana. (Barda Nawawi Arief, 2005: 87).
- f. Kebijakan formuasi adalah suatu perencanaan atau pogram dari pembuat undang-undang mengenai apa yang akan dliakukan dalam menghadapi problem tertentu dan cara bagaimana meakukan atau maksanakan sesuatu

yang direncanakan atau diprogramkan itu.(Barda Nawawi Arief, 1984:173).

E. Sistematika Penulisan

Untuk memudahkan dalam memahami skripsi ini secara keseluruhan maka sistematika penulisan disusun sebagai berikut :

I. PENDAHULUAN

Bab ini merupakan pendahuluan yang memuat latar belakang penulisan skripsi judul Kebijakan Formulasi Unsur Sifat Melawan Hukum Materil dalam konsep KUHP 2008, kemudian dalam bab ini memuat perumusan masalah dan pembatasan ruang lingkup masalah, tujuan dan kegunaan penulisan, serta uraian mengenai kerangka teoritis dan konseptual serta sistematika penulisan. Pendahuluan ini juga mengawali apa saja yang menjadi dasar pemikiran dan alasan penulis untuk terus melakukan penelitian skripsi ini sehingga memperjelas bab-bab selanjutnya.

II. TINJAUAN PUSTAKA

Bab ini merupakan pemahaman mengenai pengertian umum tentang pokok-pokok bahasan kebijakan mengenai unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008. Bab pada tinjauan pustaka ini mengacu pada penjelasan-penjelasan apa saja yang termasuk dalam isi penulisan skripsi ini, Tinjauan pustaka juga mempermudah pembaca memahami isi dari skripsi yang pengertiannya tidak umum dan jarang biasa di ucapkan masyarakat.

III. METODE PENELITIAN

Bab ini merupakan metode-metode yang digunakan dalam penulisan skripsi ini yaitu tentang langkah-langkah yang digunakan penulis dalam melakukan pendekatan masalah, yaitu dalam hal memperoleh dan mengklasifikasikan sumber dan jenis data, serta prosedur pengumpulan dan pengolahan data. Kemudian dari data yang telah terkumpul dilakukan analisis dalam bentuk uraian. Langkah-langkah tersebut akan dicantumkan dalam skripsi dan tahap-tahap itu dilaksanakan sesuai dengan tahap-tahap penelitian lapangan.

IV. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Dari langkah-langkah dalam penelitian lapangan yang telah dilakukan sesuai pada bab metode penelitian Bab ini, pengertian dari bab pembahasan ini adalah memuat pembahasan, yaitu mengenai kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008 serta faktor penghambat dalam penerapan kebijakan unsur perbuatan melawan materil dalam konsep KUHP 2008.

V. PENUTUP

Setelah diketahui hasil penelitian yang dilakukan dan dapat dikembangkan dalam bentuk pembahasan, secara jelas akan terjawab permasalahan yang ada pada skripsi ini, jawaban secara ringkas tersebut akan dicantumkan pada bab terakhir ini yang disebut bab penutup. Pengertian dari bab penutup adalah Bab ini merupakan kesimpulan secara ringkas dari hasil penelitian dan hasil pembahasan serta beberapa saran dari penulis yang bertujuan untuk mengantisipasi hambatan yang berhubungan dengan pemecahan permasalahan yang dibahas.

DAFTAR PUSTAKA

- Andrisman, Tri. 2007. *Asas-Asas dan Dasar Aturan Umum Hukum Pidana Indonesia*. Unila. Bandar Lampung.
- Hamdan, M. 1997. *Politik hukum pidana*. 1997. Balai Pustaka. Jakarta
- Muadi (Editor: Taftazani). 2002. *Demokratisasi Hak Asasi Manusia, dan Reformas Hukum di Indonesia*. Jakarta. The Habibie Centre
- Muladi dan Barda Nawawi Arief. *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*. 2005. Alumni Bandung.
- Nawawi Arief, Barda. 2005. *Pembaharuan hukum pidana*. Citra Aditya Bakti.
- Nawawi Arief, Barda. 1996. *Bunga Rampai Kebijakan hukum pidana*. Citra Aditya Bakti.
- Penataran Kriminologi Fakultas Hukum UNPAR. 1991. Bandung,
- Soerjono Soekanto. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum Universitas Indonesia* Jakarta.
- S.R. Sianturi dan EY. Kanter. *Asas Asas Hukum Pidana di Indonesia dan Penerapannya*. Alumni AHM- PTHM. Jakarta. 1982

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Perbuatan dan Sifat melawan Hukum

I. Pengertian perbuatan

Perbuatan menurut Simons, adalah berbuat (*handelen*) yang mempunyai sifat gerak aktif, tiap gerak otot yang dikehendaki, dan dilakukan dengan tujuan untuk menimbulkan suatu akibat. (Tri Andrisman, 2007:97)

Sedangkan Pompe mengatakan bahwa perbuatan adalah suatu yang dapat dilihat dari luar dan diarahkan kepada suatu tujuan yang menjadi sasaran suatu norma-norma. (Tri Andrisman, 2007:97)

Moeljatno sependapat dengan Vos bahwa perbuatan tersebut merupakan suatu sikap jasmani yang disadari dalam hal ini meliputi perbuatan manusia yang berbuat (positif) dan tidak berbuat (negatif). (Tri Andrisman, 2007:97)

Perbuatan manusia yang positif maupun yang negatif untuk dapat dikatakan suatu tindak pidana harus memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:

1. Perbuatan tersebut harus memenuhi undang-undang

Setiap perbuatan manusia baik yang positif maupun yang negatif untuk dapat dikatakan tindakan pidana harus memenuhi apa yang dirumuskan oleh Undang-Undang.

2. Diancam dengan pidana
3. Perbuatan tersebut harus merupakan sifat melawan hukum

Perbuatan manusia telah memenuhi rumusan undang-undang pidana tidak dapat dipidana, karena tidak bersifat melawan hukum.

4. dilakukan dengan kesalahan
5. orang mampu bertanggung jawab

(Sudarto,1990:40)

2. Pengertian sifat melawan hukum

Salah satu unsur dari tindak pidana adalah unsur sifat melawan hukum. Unsur ini merupakan suatu penilaian objektif terhadap perbuatan manusia, bukan terhadap si pembuat.

Suatu perbuatan itu dikatakan bersifat melawan hukum, apabila perbuatan itu masuk dalam rumusan delik sebagaimana telah dirumuskan dalam undang-undang, akan tetapi, perbuatan yang memenuhi rumusan delik itu tidak senantiasa bersifat melawan hukum, sebab mungkin ada hal-hal yang menghilangkan sifat melawan hukumnya perbuatan melawan hukumnya perbuatan tersebut.

Dari uraian diatas sifat perbuatan melawan hukum tersebut dibagi dua yaitu:

1. Sifat melawan hukum formil

Suatu perbuatan itu bersifat melawan hukum, apabila perbuatan itu diancam pidana dan dirumuskan sebagai suatu delik dalam undang-undang. Sedangkan sifat melawan hukumnya perbuatan itu dapat hanya berdasarkan suatu ketentuan undang-undang.

2. Sifat melawan hukum materil

Suatu perbuatan itu melawan hukum atau tidak, tidak hanya yang terdapat dalam undang-undang saja, tetapi harus juga melihat berlakunya asas-asas hukum yang tidak tertulis.

Sifat melawan hukum materil dalam yurisprudensi menimbulkan persoalan dalam penerapannya. Karena dalam sifat melawan hukum materil membawa konsekuensi dua hal:

1. Sifat melawan hukumnya perbuatan dapat dihapuskan karena ketentuan undang-undang maupun hukum tidak tertulis.
2. Tindak pidana dapat terjadi berdasarkan ketentuan undang-undang maupun berdasarkan hukum tidak tertulis. (Barda Nawawi Arief, 2005: 25)

Menanggapi keadaan yang demikian maka sifat melawan hukum materil tersebut dapat dilihat dari dua fungsi yaitu:

1. Sifat melawan hukum materil dalam fungsinya yang positif

Ajaran yang menganggap suatu perbuatan tetap sebagai tindak pidana, meskipun tidak nyata-nyata diancam pidana dalam undang-undang, apabila bertentangan dengan hukum tidak tertulis.

2. Sifat melawan hukum materil dalam fungsi yang negatif

Ajaran ini mengakui kemungkinan adanya hal-hal yang ada di luar undang-undang (hukum tidak tertulis) yang dapat menghapus sifat melawan hukumnya perbuatan yang memenuhi rumusan delik. (Barda Nawawi Arief, 2005: 28).

Jadi menurut ajaran ini, hukum tidak tertulis diakui, sepanjang hanya mengenai tentang penghapusan sifat melawan hukumnya perbuatan. Sedangkan mengenai pengancaman pidana terhadap perbuatan yang tidak diatur dalam undang-undang, tidak diperbolehkan berdasarkan hukum yang tidak tertulis sebagai sumber hukum yang tidak tertulis (hukum kebiasaan) sebagai konsekuensi dianutnya asas legalitas.

Asas legalitas mengandung asas perlindungan yang secara historis merupakan reaksi terhadap kesewenang-wenangan penguasa serta jawaban atas kebutuhan fungsional terhadap kepastian hukum yang menjadi keharusan dari suatu negara sehingga menurut Roeslan Saleh (1968: 23) bahwa:”nyata penolakan atas asas legalitas, suatu asas dan pengertian lapangan hukum pidana bertentangan dengan hukum pidana itu sendiri”.

Perkembangan ajaran sifat melawan hukum materil tidak bisa dilepaskan dari perkembangan yang terjadi dalam asas legalitas, dengan demikian dalam konsep KUHP pengertian asas legalitas diperluas tidak hanya dalam pengertian formil tetapi juga dalam pengertian materil sehingga memberikan tempat untuk hukum tidak tertulis yang ada di masyarakat sebagai dasar menetapkan patut dipidana suatu perbuatan.(Barda Nawawi Arief, 1996: 88).

Perbuatan melawan hukum materil secara tidak langsung dapat menjadi pertimbangan bagi para penegak hukum untuk memberikan penyelesaian hukum yang rumit pada masyarakat sehingga timbul keadilan bagi masyarakat yang akan berhubungan dengan permasalahan hukum khususnya adalah permasalahan pada hukum pidana tersebut.

B. Peraturan Perundang-undangan

1. Pengertian Peraturan Perundang-undangan

Peraturan perundang-undangan dalam suatu negara dibuat oleh suatu lembaga pembentuk undang-undang. Di Indonesia lembaga pembentuk undang-undang adalah Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) bersama dengan Presiden dan dibantu oleh Dewan Perwakilan Daerah untuk peraturan yang berhubungan dengan otonomi daerah. Peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum. Sedangkan undang-undang adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan persetujuan bersama Presiden (Pasal 1 Ayat (2) dan (3) Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan selanjutnya disebut UU No 10 Tahun 2004).

2. Asas-asas Perundang-undangan

Menurut Purnadi Purwacaraka dan Soerjono Soekanto dalam Perundang-undangan dan Yurisprudensi (1979 : 15-19), tentang berlakunya suatu Undang-undang dalam arti materiel, dikenal beberapa asas, antara lain :

a. Undang-undang tidak berlaku surut

Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan (Pasal 1 Ayat (1) KUHP);

b. Undang-undang yang dibuat penguasa yang lebih tinggi, mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula;

- c. Undang-undang yang bersifat khusus menyampingkan undang-undang yang bersifat umum

Lex specialis derogate lex generalis, terhadap peristiwa khusus wajib diberlakukan undang-undang yang mengatur tentang itu, walaupun untuk peristiwa khusus tersebut dapat pula diperlukan undang-undang yang menyebut peristiwa secara luas atau lebih umum yang mencakup peristiwa khusus tersebut;

- d. Undang-undang yang berlaku belakangan membatalkan undang-undang yang berlaku terdahulu

Lex Posterior derogate lex priori, bahwa undang-undang yang lebih dahulu berlaku dimana diatur suatu hal tertentu, tidak berlaku lagi jika ada undang-undang baru yang mengatur pula hal yang sama akan tetapi makna atau tujuannya berlainan atau berlawanan dengan undang-undang lama tersebut. Kecuali dalam Pasal 1 Ayat (2) KUHP yang masih dapat memberlakukan undang-undang terdahulu asalkan memenuhi syarat-syaratnya;

- e. Undang-undang tidak dapat diganggu gugat

Makna dari asas ini adalah adanya kemungkinan bahwa isi undang-undang menyimpang dari undang-undang dasar dan kewenangan menguji secara materil hanya ada pada pembuat undang-undang sedangkan hak uji secara formil tetap berada pada hakim

- f. Undang-undang sebagai sarana untuk semaksimal mungkin dapat mencapai kesejahteraan spritual dan materiel bagi masyarakat maupun individu, melalui pembaharuan atau pelestarian.

3. Kerangka Peraturan Perundang-undangan

Lampiran UU No. 10 Tahun 2004 mengenai Sistematika Teknik Penyusunan Peraturan Perundang-undangan terdiri dari IV (empat) bab yang masing-masing bab adalah sebagai berikut:

Bab I Kerangka Peraturan Undang-undangan;

Bab II Hal-hal khusus;

Bab III Ragam Bahasa Peraturan Perundang-undangan

Bab IV Perencanaan Penyusunan Undang-Undang

Kerangka peraturan yang termuat dalam bab I di atas terdiri dari judul, pembukaan, batang tubuh, penutup, penjelasan (jika diperlukan) dan lampiran (jika diperlukan). Materi pokok dan sanksi pidana yang akan diatur terletak pada batang tubuh suatu undang-undang.

Ketentuan Pasal 6 Ayat (2) UU No 10 Tahun 2004 Materi muatan suatu perundang-undangan yang baik selain harus memuat asas-asas sebagaimana terdapat dalam Ayat (1) yaitu asas pengayoman, kemanusiaan, kebangsaan, kekeluargaan, kesusantaraan, bhineka tunggal ika, keadilan, kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan, ketertiban dan kepastian hukum, dan/atau keseimbangan, keserasian dan keselarasan juga untuk peratukaran perundang-undangan tertentu harus merujuk pada asas lain sesuai dengan bidang hukum peraturan perundang-undangan yang berlaku, misalnya : asas legalitas dalam hukum pidana. Isi dari materi muatan dalam undang-undang harus memuat hal-hal sebagai berikut :

- a. mengatur lebih lanjut ketentuan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 yang meliputi:

- 1) Hak-hak asasi manusia;
 - 2) Hak dan kewajiban warga negara;
 - 3) Pelaksanaan dan penegakan kedaulatan negara serta pembagian kekuasaan negara
 - 4) Wilayah negara dan pembagian daerah
 - 5) Kewarganegaraan dan kependudukan
 - 6) keuangan negara
- b. Diperintahkan oleh suatu undang-undang untuk diatur dengan undang-undang pasal 8 UU No 10 Tahun 2004).

Usaha dan kebijakan membuat suatu peraturan hukum pidana yang baik dalam penanggulangan kejahatan tidak terlepas dari batas kewajaran masyarakat menilai suatu perbuatan pidana atau bukan. Perwujudan peraturan-peraturan yang baik juga harus sesuai dengan keadaan dan situasi pada saat itu, yaitu peraturan yang diperkirakan bisa digunakan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.

C. Konsep KUHP 2008

Masalah kebijakan hukum pidana pada hakikatnya bukanlah semata-mata pekerjaan teknik perundang-undangan yang dapat dilakukan secara yuridis normatif dan sistematis dogmatik. Kebijakan hukum pidana juga memerlukan pendekatan yuridis faktual yang dapat berupa pendekatan sosiologis, historis dan komperatif, bahkan memerlukan pula pendekatan-pendekatan komprehensif dari berbagai disiplin sosial lainnya dan pendekatan integral dengan kebijakan sosial dalam pembangunan nasional pada umumnya. Masyarakat dan ketertibannya merupakan berhubungan sangat erat Menurut Sudarto, kebijakan

hukum pidana yang dapat pula disebut dengan istilah politik hukum pidana adalah:

1. Usaha untuk menunjukkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.
2. Kebijakan dari negara melalui badan-badan berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk mencapai apa yang dicita-citakan.

Usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Jadi, kebijakan hukum pidana juga merupakan bagian dari politik kriminal yang identik dengan kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana. Usaha penanggulangan kejahatan melalui pembuatan undang-undang (hukum), pada hakikatnya juga merupakan bagian integral dari usaha dari perlindungan masyarakat (*social defence*), dan usaha mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*) serta bagian dari kebijakan politik sosial (*social policy*). Kebijakan sosial dapat diartikan sebagai salah usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan masyarakat. Dengan demikian kebijakan hukum pidana dapat mencakup ruang lingkup kebijakan di bidang hukum pidana materil, dibidang hukum pidana formil dan dibidang hukum pelaksana (Barda Nawawi Arief, 2002: 26).

DAFTAR PUSTAKA

- Moelyatno. 1993. *Asas Hukum Pidana*. Bina Aksara: Jakarta.
- Nawawi Arief, Barda. *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*. 2002. Alumni Bandung.
- Nawawi Arief, Barda. 2005. *Pembaharuan hukum pidana*. Citra Aditya Bakti.
- Nawawi Arief, Barda. 1996. *Bunga Rampai Kebijakan hukum pidana*. Citra Aditya Bakti.
- Poerwadarminta, WJS. 1976. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*. Balai Pustaka. Jakarta
- Purwacaraka, Purnadi dan soedjono Soejono Soekanto. 1979. *Perundang-undangan dan Yurisprudensi*. Alumni. Bandung
- Saleh, Roeslan. 1968. *Perbuatan Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana*. Centra. Jakarta
- Soerjono soekanto. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum*. Universitas Indonesia Jakarta.
- Sudarto. *Hukum dan Hukum Pidana*. Alumni. Bandung.
- Soekanto, soerjono. 1981. *Asas-asas Hukum pidana*. Rajawali pers. Jakarta
- Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa. 2003. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Balai Pustaka. Jakarta
- Kitab Undang-undang Hukum Pidana
Undang-Undang No 10 Tahun 2004 Tentang Peraturan Perundang-undangan
Undang-Undang No 31 Tahun 1999 Tentang Tindak Pidana Korupsi

III. METODE PENELITIAN

A. Pendekatan Masalah

Pendekatan masalah yang digunakan dalam penulisan skripsi ini adalah dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif (*legal research*) dan pendekatan yuridis empiris.

Pendekatan yuridis normatif adalah pendekatan yang menelaah hukum sebagai kaidah yang dianggap sesuai dengan penelitian yuridis normatif atau penelitian hukum tertulis.

Pendekatan yuridis normatif dilakukan dengan cara melihat, menelaah hukum serta hal yang bersifat teoritis yang menyangkut asas-asas hukum, sejarah hukum, perbandingan hukum, taraf sinkronisasi yang berkenaan dengan masalah yang akan dibahas di dalam skripsi ini.

Sedangkan pendekatan yuridis empiris dilakukan dengan menelaah hukum dari aspek penegakan hukum, tindakan dan kebijaksanaan dari aparat penegak hukum yaitu penyidik pegawai negeri sipil dilingkungan kantor pemeriksaan dan penyidikan mengenai kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008.

B. Sumber dan Jenis Data

Sumber data yang dipergunakan penulis dalam penulisan skripsi ini adalah sebagai berikut:

1. data primer yaitu data yang diperoleh langsung dari hasil penelitian di lapangan atau dengan cara melakukan wawancara terhadap penyidik kepolisian Republik Indonesia mengenai hal yang berhubungan dengan kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008.
2. data sekunder yaitu data yang penulis peroleh dari studi kepustakaan (*library research*) yang merupakan bahan ilmu pengetahuan hukum mengikat yang terdiri dari bahan hukum antara lain:
 - a. bahan hukum primer yaitu terdiri dari ketentuan perundang-undangan :
 1. UUD 1945
 2. UU No 1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana
 3. Konsep KUHP 2008
 - b. bahan hukum sekunder yaitu bahan-bahan yang berhubungan dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisa dan memahami bahan hukum primer antara literatur dan referensi.
 - c. bahan hukum tersier yaitu bahan-bahan yang memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder seperti kamus, bibliografi, ensiklopedia dan sebagainya.

C. Penentuan Populasi dan Sampel

Populasi merupakan jumlah keseluruhan dari unit analisa yang ciri-cirinya dapat diduga (Masri Singarimbun dan Sofan Efendi, 1989: 15). Populasi dalam

penulisan skripsi ini adalah aparat penegak hukum yang berhubungan dengan pelaksanaan kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008.

Dalam menentukan sampel dari populasi yang akan di teliti digunakan metode pengambilan secara Purpsive sampling atau tidak acak, yang berarti dalam menentukan sampel disesuaikan dengan tujuan yang hendak dicapai dan dianggap telah mewakili populasi terhadap masalah yang hendak dicapai. Sampel yang akan dijadikan responden adalah :

1. Hakim pada Pengadilan Negeri Kelas	
I A Tanjung Karang	= 2 Orang
2. Kejaksaan negeri Bandar Lampung	= 2 Orang
3. Dosen Pidana Fakultas Hukum	
Universitas Lampung	= 2 Orang
4. Polisi pada Poltabes Bandar Lampung	= 1 Orang +
Jumlah	<hr style="width: 100%; border: 0.5px solid black; margin-bottom: 5px;"/> = 7 Orang

D. Prosedur Pengumpulan dan Pengolahan Data

1. Prosedur pengumpulan data

Untuk memperoleh data penulis menggunakan langkah-langkah sebagai berikut:

a. studi lapangan

studi lapangan merupakan usaha untuk mendapatkan data primer dan dalam penelitian ini dilakukan dengan cara megajukan pertanyaan-pertanyaan yang berkaitan dengan permasalahan yang ada dalam skripsi ini. Pertanyaan yang telah dipersiapkan diajukan kepada pihak-pihak yang bersangkutan dengan

maksud untuk memperoleh data, tanggapan dan juga jawaban dari responden, selain itu, untuk melengkapi penulisan skripsi ini penulis juga melakukan observasi untuk mendapatkan data-data dan fakta-fakta yang berkaitan dengan permasalahan yang ada didalam penulisan skripsi ini.

- b. studi kepustakaan dimaksudkan untuk memperoleh data-data skunder

Dalam hal ini penulis melakukan serangkaian kegiatan studi dokumentasi dengan cara membaca, mencatat, mengutip buku-buku atau referensi dan menelaah peraturan perundang-undangan, dokumen dan informasi lain yang ada hubungannya dengan permasalahan yang ada di dalam skripsi ini.

2. Prosedur Pengolahan Data

Dari data yang diperoleh baik dari studi lapangan maupun dari studi kepustakaan digunakan metode-metode antara lain:

- a. seleksi data yaitu data yang diperoleh diperiksa dan diteliti mengenai kelengkapannya, kejelasan, kebenaran, sehingga terhindar dari kekurangan dan kesalahannya.
- b. klasifikasi data yaitu menempatkan data-data menurut kelompok-kelompok yang telah ditetapkan sesuai dengan pokok bahasan.
- c. penyusunan data yaitu dengan menyusun dan menempatkan data pada setiap pokok bahasan secara sistematis sesuai dengan tujuan penulisan.

E. Analisis Data

Proses analisis data sebenarnya merupakan pekerjaan untuk menemukan tema-tema dan merumuskan hipotesa-hipotesa meskipun sebenarnya tidak ada formulasi yang pasti untuk dapat digunakan dalam merumuskan hipotesa. Tata

caranya adalah dengan deskriptif kualitatif yaitu menguraikan data ke dalam bentuk kalimat yang sistematis sehingga memudahkan untuk menarik kesimpulan dan menjawab permasalahan yang ada dalam penulisan skripsi ini. Penarikan kesimpulan itu dimaksudkan agar ada pengrucutan hasil penelitian yang dilakukan dengan cara pembuatan penulisan dengan metode khusus umum, maksudnya yaitu cara berfikir yang didasarkan atas fakta-fakta yang bersifat khusus yang kemudian diambil kesimpulan secara umum, dimaksudkan untuk mendapatkan apa yang disimpulkan penulis dan mengajukan saran-saran.

DAFTAR PUSTAKA

- Mardalis.2004. *Metode Penelitian suatu Pendekatn Proposal*. Bumi Aksara.
Jakarta
- Muhammad,, Abdulkadir. 2004. *Hukum dan Penelitian Hukum*. Citra Aditya
Bakti. Bandung
- Singarimbun, Masri dan Sofian Efendi. 1987. *Metode Penelitian dan Survvey*.
Jakarta
- Soekanto, Soerjono. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum*. Universitas Inndonesia
Press. Jakarta
- Universitas Lampung .2009. *Format Penulisan Karya Ilmiah*. Universitas
lampung. Bandar Lampung

IV.HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Karakteristik Responden

Penulis melakukan wawancara (*interview*) terhadap beberapa responden. Responden-responden yang telah di wawancarai ada sejumlah tujuh orang, yaitu Responden-responden tersebut dipilih berdasarkan pertimbangan bahwa mereka dapat mewakili atau setidaknya dapat memberikan informasi yang akurat guna menjawab permasalahan dalam skripsi ini, yang mana hasilnya nanti dapat dipertanggungjawabkan kebenarannya. Sebelum melangkah pada uraian selanjutnya, penulis akan memberikan terlebih dahulu mengenai karakteristik responden yang telah di *interview*, yaitu sebagai berikut:

1. Nama	:Iwan Arto Koesoemo, SH.,M.H.
Tempat/ Tanggal Lahir	:Surabaya, 04 November 1976
Pekerjaan	:PNS
Pangkat/Golongan	:Ajun Jaksa/IIIb
Agama	:Islam
Alamat	:Komplek Kejaksaan Negeri
Telepon	:0721-473576
Riwayat Pendidikan	:S1 Airlangga Surabaya S2 Universitas Indonesia

- Riwayat Pekerjaan :Kejati Gorontalo 2001-2002
Kejati di jakarta 2002-2005
Kejaksaan Negeri Bandar Lampung 2005 sd
Sekarang
2. Nama :Aris Kurniawan,SH
- Tempat/ Tanggal Lahir :Tanjung Karang,01 April 1981
- Pekerjaan :PNS
- Pangkat/Golongan :Ajun Jaksa IIIb
- Agama :Islam
- Alamat :Jl. Sentot Kali basa No 1 Sukarame
- Telepon :0721-473576
- Riwayat Pendidikan :S1 UBL 2001
- Riwayat Pekerjaan :Kejari Pandeglang 2002-2006
Kejari Palu Sul-teng 2006-2010
Kejari Bandar Lampung 2010
3. Nama :Ida Ratnawati,SH.,M.H.
- Tempat/ Tanggal Lahir :Klaten Jawa Tengah, 12 juni 1967
- Pekerjaan :PNS
- Pangkat/Golongan :Hakim/IVA
- Agama :Islam
- Alamat : Tanjung Karang
- Telepon : 0721-482826
- Riwayat Pendidikan : S1 Sebelas Maret

- S2 Narutama Surabaya
- Riwayat Pekerjaan :Kediri,NTB,NTT,Bantul,Tanjung Karang
4. Nama :Arumningsih,SH.,M.H.
- Tempat/ Tanggal Lahir :14 Oktober 1955
- Pekerjaan :PNS
- Pangkat/Golongan :Hakim/IVb
- Agama :Islam
- Alamat :Tanjung Karang
- Telepon :0721-482826
- Riwayat Pendidikan : S1 Untag
- Riwayat Pekerjaan :Depok,Tanjung Karang
5. Nama :Gunawan jatmiko,SH, M.H.,
- NIP :1962040619890031003
- Pekerjaan :PNS
- Pangkat/Golongan :Dosen Fakultas Hukum
- Agama :Islam
- Alamat :Jl. Purnawirawan gang swa daya 7 Bandar
Lampung
6. Nama :Shafrudin,S.H.,M.H.
- NIP :196002071986031001
- Pekerjaan :PNS
- Pangkat/Golongan :Dosen Fakultas Hukum
- Agama :Islam

Alamat :Jl. Durian No 13 Durian Payung Tanjung Karang
Pusat

7. Nama :Brigpol Fahrizal

NIP : 509080567

Pekerjaan :PNS

Pangkat/Golongan :Unit Tipikor

Instansi :Poltabes Bandar Lampung

Agama :Islam

Alamat :Jl.MT. Haryono No 15 Bandar Lampung

Telepon :0721-269319

B. Kebijakan Formulasi Unsur Sifat Melawan Hukum Materil Dalam Konsep KUHP 2008

Kejahatan atau perbuatan jahat dapat diartikan secara yuridis atau kriminologis. Kejahatan atau perbuatan jahat diwujudkan dari peraturan perundang-undangan yang mengatur dan perbuatan manusia yang menyalahi norma yang hidup di masyarakat secara konkret.

Pasal-pasal dalam KUHP tercantum kata-kata melawan hukum (*wederrchlijke*) untuk menunjukkan sah suatu tindakan terdapat dalam Pasal 167 ayat (1),168, 179, sedangkan pengguna kata *wederrchlijke* untuk menunjukkan suatu maksud atau *cogmerk* terdapat dalam Pasal 328, 339, 362 368 ayat (1), 369.(Lamintang, 1990:332).

Pada umumnya para sarjana hukum menyatakan bahwa melawan hukum merupakan unsur-unsur dari tiap-tiap delik baik dinyatakan secara eksplisit atau tidak, tetapi tidak semua pasal dalam KUHP mencantumkan unsur melawan hukum ini secara tertulis, hal ini disebabkan oleh beberapa hal, antara lain :

1. Bilamana dari rumus Undang-undang, perbuatan yang tercantum sudah sedemikian sifat melawan hukumnya sehingga tidak perlu dinyatakan secara eksplisit
2. Perbuatan melawan hukum berarti bahwa perbuatan seseorang melanggar atau bertentangan dengan kaidah materil yang berlaku baginya, oleh karena itu dengan sendirinya berarti bahwa memidana orang yang tidak melakukan perbuatan pidana adalah *onzining*, tidak masuk akal, sifat melawan hukumnya perbuatan merupakan salah satu syarat pembedaan.(Andi zainal Abidin, 1987: 269-270)

Alasan penghapus pidana berdasarkan alasan pembenar dan alasan pemaaf, sifat melawan hukum merupakan alasan pembenar, artinya jika alasan sifat melawan hukum dari suatu perbuatan hapus atau tidak terbukti maka terdakwa harus dibebaskan. Unsur sifat melawan hukum ini tidak hanya sifat melawan hukum yang bersifat formil (*formele wederrechlijkheid*)maupun sifat melawan hukum yang materil (*materiele wederretelijkheid*).

Adanya sifat perbuatan melawan hukum merupakan istilah dari "*onrechtmatigheid*" yang mempunyai kesamaan arti dengan istilah "*wederrechtelijkheid*". Istilah yang disebut terakhir ini dalam beberapa kepustakaan kadang kala diartikan dengan istilah lain, seperti "tanpa hak sendiri", "bertentangan

dengan hukum pada umumnya”, “bertentangan dengan hak pribadi seseorang”, “bertentangan dengan hukum positif” (Termasuk Hukum Perdata, Hukum Administrasi) ataupun “menyalahgunakan wewenang” dan lain sebagainya. Sifat melawan hukum suatu perbuatan terdapat 2 (Dua) ukuran, yaitu sifat melawan hukum formal (*formale wederrechtelijkheid*) dan sifat melawan hukum yang materiil (*materiele wederrechtelijkheid*). Perbuatan melawan hukum secara formil lebih dititik beratkan pada pelanggaran terhadap peraturan perundangan yang tertulis, sedangkan suatu perbuatan dikatakan telah memenuhi unsur melawan hukum secara materiil apabila perbuatan itu merupakan pelanggaran terhadap norma kesopanan yang lazim atau kepatutan yang hidup dalam masyarakat. Ajaran sifat melawan hukum formal ini mengatakan bahwa suatu tindakan pidana telah terjadi apabila telah terpenuhi unsur-unsur seperti yang termuat dalam lukisan delik dan atau disertai akibat-akibatnya. Dengan perkataan lain, pengertian melawan hukum adalah sama dengan bertentangan dengan undang-undang. Tidak ada alasan yang dapat menghapuskan sifat melawan hukum ini kecuali apabila ditentukan pula oleh undang-undang. Pandangan tentang perbuatan melawan hukum secara materiil yang harus, (Roeslan Saleh 1968:31) menyatakan bahwa :

“Adanya hukum pidana dengan tindak pidana yang dirumuskan didalamnya itu, bersumber pada pelanggaran-pelanggaran hukum di bidang lain itu. Jadi dengan sendirinya, dalam tindak pidana harus ada sifat melanggar hukum”.

Biasanya unsur “*wederrechtelijkheid*” ini tidak disebutkan dalam suatu pasal ketentuan Hukum Pidana, sedangkan seperti dikatakan diatas, pada setiap tindak

pidana tertentu ada unsur *wederrechtelijkheid* atau sifat melanggar hukum. Oleh karena itu dengan dihilangkannya sifat melanggar hukum atau *wederrechtelijkheid* membawa akibat perbuatan si pelaku menjadi diperbolehkan atau *rechmatig*, maka alasan menghilangkan sifat tindak pidana (*strafuitsluitings-grond*) dapat dikatakan sebagai alasan pembenar atau menghalalkan perbuatan yang ada pada umumnya merupakan tindak pidana melawan hukum secara materil, (Barda Nawawi Arif, 2002:37) dinyatakan bahwa:

“Melawan hukum secara materil haruslah dipergunakan secara negatif, ini berarti bahwa apabila terdapat suatu perbuatan nyata-nyata merupakan hal yang melawan hukum secara formil, sedangkan didalam masyarakat perbuatan tersebut tidak tercela. Jadi secara materil tidak melawan hukum perbuatan tersebut seyogyanya tidak dijuluki pidana.”

Adanya pengakuan fungsi negatif dari perbuatan melawan hukum secara materil yang menyatakan bahwa belum tentu kalau semua perbuatan yang mencocoki larangan undang-undang bersifat melawan hukum, yang dinamakan hukum bukanlah undang-undang saja, karena disamping undang-undang (Tertulis), ada pula hukum yang tidak tertulis, yaitu norma-norma atau kenyataan yang berlaku dalam masyarakat, meskipun Husman tidak secara nyata-nyata menyatakan hal tersebut sebagai hukum tidak tertulis sebagai salah satu ciri dari pengertian perbuatan melawan hukum secara materil.

Perbuatan melawan hukum secara materil tersebut memang masih membuat kontrafersi di dalam penegak hukum, banyak yang mengakui dengan diakuinya perbuatan melawan hukum tersebut akan mengembangkan kembali atau menghidupkan kembali hukum yang tidak tertulis.

Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan di Kejaksaan negeri Bandar Lampung menurut Iwan Artu Kusumo menyatakan bahwa sesuai dengan hukum pidana pada dasarnya untuk mengatur hidup masyarakat atau menyelenggarakan kehidupan masyarakat juga untuk melindungi kepentingan hukum dari perbuatan yang menindas kepentingan hukum tersebut, maka tertera unsur-unsur tindak pidana yaitu unsur objek dan subjek, dalam unsur objek tersebut dilihat adanya perbuatan yang memenuhi rumusan undang-undang juga bersifat melawan hukum.

Ditambah hasil wawancara dengan Aris Kurniawan secara keseluruhan sulit untuk menerapkan unsur perbuatan melawan hukum materil karena hukum secara mendasar di Indonesia menganut paham common law yang berarti bahwa hukum di Indonesia berdasarkan dari hukum tertulis, namun penegak hukum juga harus menggali hukum atau peraturan yang berkembang dalam hukum adat dan kebiasaan tersebut sepanjang masyarakat tersebut mengakuinya, hal tersebut dapat juga dilihat apakah hukum yang tidak tertulis tersebut menyalahi undang-undang, misalnya proses larian atau sebambangan dalam adat Lampung, seperti halnya dalam adat Lampung pun proses larian juga menganut sistem yang benar dalam peraturan adat tersebut, jangan sampai peraturan dalam adat tersebut hanya sebagai alasan untuk membenarkan terhadap delik pidana yang dilakukan didalamnya, kemudian perbuatan melawan hukum materil juga dipakai pembanding untuk menuntut seseorang seperti lainnya tuntutan seseorang yang sama-sama melakukan pencurian dengan objek yang dicuri tersebut adalah korban yang melihat kepentingan dari seberapa pentingnya barang yang dicuri oleh terdakwa, itu juga bisa menjadi pertimbangan bagi jaksa untuk memberikan

tuntutan sehingga hal tersebut bisa disebut keadilan dan terpenuhilah Pasal 28 UUD 1945.

Berbeda dengan sudut pandang para hakim berdasarkan hasil penelitian di Pengadilan Negeri Tanjung Karang Kelas IA, Ida Ratnawati bahwa: Hukum pidana berbeda dengan hukum perdata peraturan yang tidak tertulis tidak dapat diterapkan dalam penyelesaian hukum pidana, sehingga apabila hal tersebut diatas dipaksakan akan menimbulkan ketidakpastian hukum, dalam pelaksanaan pengadilan memang harus sesuai dengan prosedur yang ada melalui penyelidikan, penyidikan, kejaksaan lalu baru ke pengadilan dan kemungkinan jika perkara tersebut tidak terdapat dalam peraturan perundang-undangan tersebut melalui proses tersebut tidak akan dilimpahkan ke pengadilan.

Hasil wawancara dengan Hakim arumningsih, bahwa selama pembuatan materil tersebut tidak di atur secara jelas pada peraturan KUHP dalam konsep KUHP 2008 maka akan timbul ketidak pastian hukum dan kemungkina akan menjadi kabur dan sulit untuk diterapkan selaras dengan hal tersebut di kuatkan lagi oleh Dosen Fakultas Hukum Pidana Bapak Shafrudin, bahwa perbuatan melawan hukum materil tersebut bila dilaksanakan akan sulit untuk memperoleh kepastian hukumnya sehingga kan merugikan masyarakat yang terkena hubungan hukum dalam hukum pidana.

Menurut Bapak gunawan jatmiko bahwa keadilan dalam hukum tertulis sering menyingkirkan hak-hak tertentu dan pengaturan tersebut kurang adil, sehingga keadilan perlu di cari pada hukum yang tidak tertulis sehingga seharusnya

pandangan para penegak hukum melihat suatu permasalahan itu dari dari sudut pandang logistik formal.

Kebijakan formulasi perbuatan melawan hukum materil maupun seminar-seminar pidana sudah sering mengkaji dan sudah ada pengakuan mengenai sifat perbuatan melawan hukum materil.

KUHP sebagai acuan dari peraturan tindak pidana di indonesia, dapat dilihat pasal-pasal didalamnya yang tercantum kata-kata melawan hukum untuk menunjukkan suatu maksud dalam tindak pidana tersebut.

Para sarjana hukum menyatakan bahwa melawan hukum merupakan unsur-unsur dari tiap-tiap delik baik dinyatakan secara jelas atau tidak, tetapi tidak semua pasal dalam KUHP mencantumkan unsur melawan hukum ini secara tertulis hal ini disebabkan oleh beberapa hal, antara lain:

1. Bilamana dari rumusan Undang-undanag, perbuatan yang tercantum sudah sedemikian sifat melawan hukumnya sehingga tidak dinyatakan secara jelas.
2. Perbuatan melawan hukum berarti bahwa perbuatan seseorang melanggar atau bertentangan dengan kaidah materil yang berlaku baginya, oleh karena itu dengan sendirinya berarti bahwa memidana orang yang tidak melakukan perbuatan pidana adalah tidak masuk akal, sifat melawan hukumnya perbuatan merupakan salah satu syarat pemidanaan.

Sifat melawan hukum materil di indonesia pada keputusan kasasi Mahkamah Agung tanggal 17 Januari 1962 No. 152K/Kr/1961 menganut paham *formale*

wederrechtelijkheid, tetapi kemudian menunjukkan hal sebaliknya sejak Mahkamah Agung mengeluarkan Keputusan No 42 K/Kr/1965 Tanggal 8 Januari 1966, Badan Peradilan Tertinggi ini secara terang-terangan menganut ajaran sifat melawan hukum yang materil sebagai alasan pembenar.

WvS (*Wetboek van Strafrecht*, 1918) merupakan hukum positif di Indonesia di bidang hukum materiil, dengan berbagai pengubahannya selama hampir 90 tahun ini. Ketika pada tahun 1993, pada saat WvS berumur 75 tahun, konsep ke-1 diperkenalkan kepada masyarakat, oposisinya cukup keras. Oposisi ini datang dari mereka yang cenderung berada di bawah naungan WvS, ketimbang konsep ke-1 Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia.

Gagasan-gagasan baru yang dimasukkan dalam konsep ke-1 ini misalnya tentang pemindaan serta delik-delik baru seperti pencucian uang dan perzinahan (kumpul kebo), menimbulkan reaksi keras, baik dari pihak Pemerintah maupun dari sejumlah Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM). Yang perlu dicatat adalah bahwa konsep ke-1 yang telah dilakukan tahun 1993 ini, telah juga memperlihatkan perlindungan terhadap hak-hak asasi warga masyarakat, dengan didukung oleh tiga prinsip (Mardjono Reksodiputro 1995: 13).

Hukum pidana (juga) dipergunakan untuk menegaskan atau menegakkan kembali nilai-nilai sosial dasar (*fundamental social values*) perilaku hidup bermasyarakat (dalam negara kesatuan Republik Indonesia, yang dijiwai oleh falsafah ideologi negara Pancasila

Hukum pidana (sedapat mungkin) hanya dipergunakan dalam keadaan dimana cara lain melakukan pengadilan sosial (*social control*) tidak (belum) dapat diharapkan keefektifannya.

Hukum pidana (yang telah dipergunakan kedua pembatasan), hal tersebut harus diterapkan dengan cara seminimal mungkin mengganggu hak dan kebebasan individu, tanpa mengurangi perlunya juga perlindungan terhadap kepentingan kolektifitas dalam masyarakat demokratik modern.

Di samping ketiga prinsip tersebut, konsep ke-1 juga mengusahakan, agar perumusan: :

- a. perbuatan apa yang merupakan tindakan pidana
 - b. kesalahan (*schuld, culpability*) macam apa yang disyaratkan untuk meminta pertanggungjawaban pidana (*criminal liability*) kepada seseorang pelaku, dilakukan secara jelas dan dalam bahasa yang dapat dipahami oleh warga
- Agar sistem peradilan pidana tidak terlalu terganggu, maka merumuskan hukum pidana Indonesia oleh orang Indonesia untuk masyarakat ini, dilakukan dengan cara *re-kodifikasi* terhadap WvS 1918 (sebagaimana telah diubah sampai tahun 1993).

Konsep ke-1 RUU KUHP ini telah diusahakan agar mencerminkan asas-asas utama hukum pidana dan aturan-aturan umum penerapannya. Hal ini dirumuskan dalam Buku Kesatu - Ketentuan Umum, yang terbagi dalam sejumlah bab. Begitu juga konsep ke-1 ini mencoba merumuskan sejumlah tindak pidana yang dianggap serius dan yang merupakan keprihatinan masyarakat Indonesia, khususnya dalam masyarakat yang sedang beralih dari masyarakat industri modern.

Dalam masyarakat transisi inilah terlihat adanya keinginan menegakan kembali nilai-nilai moral dan agama, untuk perilaku hidup bermasyarakat. Bagian ini dirumuskan dalam Buku Kedua Tindak Pidana, yang juga terbagi dalam beberapa bab dan sub-bab. Aspek yang menonjol dalam kriminologi sebagai suatu ilmu pengetahuan empirik, adalah penelitiannya mengenai tindak pidana (*crimes*) dan pelakunya (*criminals*). Sumbangan kriminologi pada pembaharuan politik kriminal (*criminal policy*), melalui kesimpulan yang diperoleh dari penelitian-penelitiannya, tak terasa pula pada re-kodifikasi WvS 1918 menjadi konsep ke-1 ((Mardjono Reksodiputro 1995: 19). Pengaruh kriminologi ini terlihat, baik dalam Buku Kesatu - Ketentuan Umum, maupun dalam Buku Kedua - Tindak Pidana Para sarjana pada umumnya memahami tujuan hukum pidana itu sebagai suatu pernyataan celaan resmi masyarakat tentang perilaku yang dilarang.

Celaan resmi ini didukung oleh sanksi pidana, dengan maksud mencegah terjadi atau terulang perilaku tersebut. Perilaku yang dicela dan dilarang ini tentunya sangat dipengaruhi oleh nilai-nilai dasar (*fundamental social values*) yang hidup dan ditaati masyarakat Indonesia. Dalam konteks pengakuan atas kemajemukan masyarakat Indonesia, dengan budaya-budayanya masing-masing, maka asas legalitas yang tetap merupakan salah satu sendi hukum pidana Indonesia, ditafsirkan meliputi pula "delik adat". Unsur kesalahan, tetap merupakan persyaratan dalam memidana pelaku dan dijatuhkan dalam bentuk "pemenuhan kewajiban anak" (Mardjono Reksodiputro, 1995:19).

Sendi hukum pidana yang lain, adanya kesalahan (*schuld, dolus atau culpa*), dan ini berakibat adanya konsep pertanggungjawaban pidana (*criminal liability*). Di

samping keadaan tidak dapat dipertanggungjawabkan, karena "mental defect" dan "mental abnormality", maka keadaan tidak dapat kurang dipertanggungjawabkan, karena "mental defect" dan "mental abnormality", maka keadaan kurang bertanggung jawab (*diminished responsibility*) digagaskan pula sebagai suatu alat pembelaan (*defense*) bagi pelaku. Masih dalam rangka asas "criminal liability", maka konsep ke-1 juga mengajukan adanya "corporate criminal liability", yang terutama ditunjukkan untuk melawan "crime by corporations" Selanjutnya, dengan memperlihatkan perkembangan ilmu pengetahuan tentang perilaku anak serta perlunya perlindungan terhadap hak-hak anak (*rights of the child*), maka dalam konsep ke-1 diajukan ketentuan ditiadakannya pertanggungjawaban pidana anak di bawah umur 12 (dua belas) tahun. Juga dalam bab khusus diatur tentang jenis-jenis pidana khusus (dibedakan dari orang dewasa) untuk anak antara 12-18 tahun. Hal ini adalah sesuai dengan "the Beijing Rules" yang disponsori PBB dalam tahun 1985 Yang juga merupakan hak baru dalam re-kodifikasi WvS adalah dirumuskan Tujuan Pidanaan.

Pedoman Pemidanaan dan Pedoman Penerapan Pidana Penjara. Pengaturan ini dimaksudkan untuk memberikan kepada hakim, pegangan dalam memilih sanksi pidana yang tersedia dalam konsep ke-1. Di sini perlu juga dicatat bahwa dalam konsep ke-1 ini pidana mati (*death sentence*) dijadikan pidana khusus di luar pidana pokok. Juga diatur bahwa di samping sanksi berupa pidana, terdapat sanksi berupa "tindakan" (*maatregel*). Kritik yang pada awal tahun 1990-an ditunjukkan pada konsep ke-1 adalah sekitar pada :

(a) Masih tetap dipertahankan bab tentang keamanan negara dan pejabat negara;

- b) Diperluasnya perbuatan yang dilarang dalam bab tentang kesusilaan
- (c) Dalam kaitan dengan butir (b) ini dipermasalahkan pula kurang pekanya para penyusun pada permasalahan jender, khususnya korban perempuan Pada tahun 2004 dan 2005 ini, kritik ditambahkan pula pada masalah.
- (d) Pembatasan terlalu ketat terhadap kebebasan menyampaikan pendapat (*freedom of speech*) dan kemerdekaan pers (*freedom of the press*). Konsep ke-1 mengakui adanya "kemerdekaan mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan" (Pasal 28 UUD 1945),

Namun juga berpendapat tetap harus dibatasi "*free speech*" yang melampaui batas-batas perlindungan Konstitusi. Kemerdekaan mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan tetap harus dilindungi, namun penyalahgunaannya yang (dapat) menimbulkan keonaran atau kerusuhan dalam masyarakat tentunya sudah melampaui batas perlindungan Konstitusi.

Terutama yang harus diancam pidana adalah "penyebar kebencian" (*inciting hate*), yang menimbulkan keonaran dan kerusuhan dalam masyarakat. Penyebaran "kebencian" ini adalah pernyataan pikiran dengan lisan atau tulisan yang sama sekali tidak ada artinya, kecuali mengekspresikan kebencian terhadap Pemerintah atau kelompok orang tertentu dan (dapat) menimbulkan kekerasan terhadap manusia atau barang.

Di sini penting untuk merumuskan tindak pidana ini menjadi delik materiil. Dalam delik materiil yang dicegah adalah timbulnya suatu bahaya konkrit, karena itu yang dilarang adalah suatu tindakan (misalnya : menghina atau menghasut)

dan munculnya suatu akibat yang menimbulkan bahaya bagi kepentingan hukum tertentu (misalkan : keonaran dalam masyarakat yang memecah kesatuan bangsa atau membahayakan jiwa atau barang).

Struktur Buku Kedua dapat saja diganti dan disesuaikan dengan alam demokrasi yang sedang berkembang di Indonesia, sehingga strukturnya menjadi mendahulukan ancaman terhadap hak-hak individu (*crimes against the person*, seperti : tindak pidana terhadap nyawa, penganiayaan, kemerdekaan orang, kesusilaan, penghinaan, hak asasi manusia, dll), kemudian ancaman terhadap hak-hak kebendaan (*crimes against property*, seperti : tindak pidana pencurian, penggelapan, perbuatan curang/penipuan, merugikan kreditor, korupsi).

Ancaman terhadap hak-hak masyarakat (*communal rights*, seperti : tindak pidana terhadap ketertiban umum, penyelenggaraan peradilan, agama dan kehidupan beragama, keamanan umum bagi orang, kesehatan, barang dan lingkungan hidup, dll); baru terakhir ancaman terhadap kepentingan negara (*crimes against state's policy and governmental order*, seperti : tindak pidana terhadap keamanan negara, martabat Presiden, kewajiban dan hak kenegaraan, kekuasaan umum dan lembaga negara, dll)

Tentang Diperluasnya Perbuatan yang Dilarang dalam Tindak Pidana Kesusilaan tentang Kejahatan terhadap Kesusilaan dalam WvS, berasal dari judul bahasa Belanda : "*Misdrijven tegen de zaden*". Bagian awal dari bab ini membuat tindak pidana yang berkaitan dengan kesusilaan dalam pengertian "kehidupan seksual", namun pada akhir bab terdapat tindak pidana yang berkaitan dengan penganiayaan

hewan (*dieren mishandeling*) perjudian (*kansspelen*), pemabukan dan pengemisan.

Pengertian ”*zeden*” memang seharusnya tidak berkaitan dengan kehidupan seksual. Dapat diartikan pula tata-susila, sopan santun, kesopanan dan karena itu berkaitan pula dengan ”moral masyarakat” atau ”akhlak”(*crimes against public morals*).

Kehidupan seksual yang merupakan inti perbuatan yang dilarang dalam bab ini semula memang ditunjukkan hanya pada ”*intergritas*” ”badan dan jiwa” (*bodily and psychological integrity*) dan karena itu mengatur tindak pidana perkosaan, pengguguran kandungan, perbuatan cabul, incest (persetubuhan dengan anggota keluarga sedarah), pelacuran dan perzinahan.

Bersinggungan dengan kehidupan seksual adalah pornografi (tulisan, gambar atau benda, serta menyanyikan dan mengucapkan pidato yang melanggar kesusilaan). Perzinahan atau permukahan (*overspel*) memang berada juga di ”daerah perbatasan” tentang ”*crimes against public morality*”. Pertama, karena tidak ada ”kekerasan” terhadap ”*bodily and psychological intergrity*”, dan kedua tidak dilakukan di muka umum atau tempat umum. Oleh karena itu, sifat delik ini adalah delik pengaduan (*klacht delict*). Pengaduan yang dilakukan oleh suami/istri yang ”tercemar” atau keluarga, kepala adat atau kepala desa/lurah setempat. Ini cara konsep ke-1 melindungi ”*privacy*”, agar tidak mudah ”*private trouble*” menjadi ”*public trouble*”. Tentang Kepekaan pada Permasalahan Jender, Khususnya Korban Perempuan Kritik yang diberikan kepada perumusan dalam konsep ke-1, dalam masalah jender dan korban perempuan adalah :

- (a) kurangnya perhatian kepada korban kejahatan kesusilaan seksual (sexual violence victims),
- (b) kurangnya perhatian kepada korban kekerasan dalam rumah tangga (domestic violence victims). Tim perumus konsep ke-1 menyadari pula permasalahan ini dan mencoba memberikan perhatian dengan cara memperluas dan memperinci pengertian tentang perkosaan. Terdapat 8 perbuatan yang dapat diancam pidana sebagai perkosaan dan di samping ancaman maksimum 12 tahun, untuk pertama kali dalam sejarah hukum pidana Indonesia dirumuskan ancaman pidana minimum 3 tahun.

Dirumuskan pula perbuatan yang dikenal sebagai "statutory rape", laki-laki yang melakukan persetubuhan dengan persetujuan perempuan yang belum berusia 14 tahun.

Untuk melindungi perempuan, juga diancam pidana laki-laki yang ingkar janji mengawini perempuan yang berzinah dengannya, ataupun tidak mau mengawini perempuan yang hamil karena berzinah dengannya. Memang cara yang dilakukan di atas diakui belum dapat sepenuhnya melindungi perempuan korban kejahatan kesusilaan, maupun korban kekerasan dalam rumah tangga. Di luar negeri perlindungan ini dilakukan, antara lain melalui :

- (a) perlindungan terhadap korban sebagai saksi dan larangan untuk mempublikasi identitas korban/saksi;
- (b) menyediakan "guidance centers" dan "shelters" untuk para korban;

- (c) erat kaitan dengan di atas adalah memberikan bantuan dana untuk pengobatan, rehabilitasi, dan juga melakukan gugatan terhadap pelaku (litigation expenses),
- (d) mempersiapkan tenaga-tenaga yang ahli (*expert*) dalam menangani kasus, sejak dari pengaduan, rehabilitasi sampai ke pengadilan; dan
- (e) mempermudah pengaduan sehubungan dengan kekerasan rumah tangga, khususnya pengaduan terhadap kekerasan suami, yang tidak memerlukan prosedur hukum acara pidana yang biasa (Makalah Seminar Nasional UMS, 17 Juli 1997).

Tim berpendapat bahwa cara perlindungan seperti diuraikan di atas bukanlah wewenang Tim dan tempatnya bukan dalam hukum pidana materil (*substansi*), tetapi dalam hukum acara pidana (*prosedural*) atau peraturan tersendiri. Tentang Pembatasan terhadap Kebebasan Berpendapat Maupun Kemerdekaan Pers Kritik terhadap rumusan yang dianggap membatasi kebebasan berpendapat dan/ atau kemerdekaan pers, baru diajukan dalam lebih dari 2 tahun terakhir. Kritik ini tidak mempergunakan konsep ke-1 sebagai acuan melainkan konsep ke-1 . Terdapat 49 (empat puluh sembilan) rumusan tindak pidana yang oleh para peneritik dianggap membatasi atau mengancam ”kemerdekaan mengeluarkan pikiran dengan lisan atau tulisan” (Pasal 28 UUD).

Kebebasan mengeluarkan pendapat” (Pasal 28 E ayat (3) UUD’45). Rumusan yang dilarang itu tersebar dalam 18 jenis tindak pidana. Dengan mempergunakan sistematik dan penomoran pasal-pasal dalam konsep ke-3 (2004) akan diperoleh

gambaran dari perincian di atas dapat dilihat bahwa sebagian besar pasal yang ditakuti akan mengancam "*freedom of speech*" dan/atau "*freedom of the press*", adalah sebenarnya juga bertujuan melindungi warga masyarakat terhadap pengingkaran haknya oleh sesama masyarakat lainnya.

Permasalahan butir 1 sampai dengan 4 telah didiskusikan sebelumnya, mungkin juga butir 5 dapat diperiksa kembali. Namun, sehubungan dengan butir 6 sampai 18, perlu kita sadari bahwa :(1) Perbuatan penghinaan terhadap golongan penduduk dan penghasutan terhadap publik pada dasarnya adalah "*crimes against society in general*", karena bertujuan untuk mengganggu keharmonisan dalam masyarakat (*social harmony*). Tujuan pelaku adalah "*to promote feelings of ill will and hostility between different group in the community*".

Perbuatan yang berkaitan dengan pornografi dan pencegahan kehamilan, memang menyangkut masalah "*public morals*". Justru apabila kita ingin lebih baik melindungi perempuan dari korban pelecehan dan kekerasan, maka jenis tindak pidana ini harus tidak dianggap mengganggu kebebasan berekspresi. Pencemaran (*slander, smaad*), penghinaan (*belediging*) dan fitnah (*libel, defamation, laster*) selalu ada dalam setiap Kitab Undang-Undang Pidana (*Penal Code*) dari negara demokratis dan modern. Selama "perbuatan" tersebut bukan "*hate crimes*" dan selama dilakukan untuk membela diri (*in his own necessary defense*) atau dengan itikad baik pelaku berasumsi bahwa tuduhannya adalah benar dan dilakukan untuk kepentingan umum (*required in the public interest*), maka perbuatannya adalah pencemaran, penghinaan atau fitnah.

Tindak pidana pembocoran rahasia ditunjukkan kepada seseorang dalam profesi (*beroep*) tertentu atau karena jabatan (*by reason of his office*) dan dimaksudkan agar publik yang memerlukan bantuan mereka tersebut tidak takut memberitahu permasalahannya, karena pasal ini mencegah dibukanya rahasia atau permasalahannya kepada umum (misalnya dokter, advokat dan pendeta). Karena itu pasal ini sama sekali tidak mengancam ”*freedom of speech*” dan/ atau ”*freedom of the press*”.

Tindak pidana penerbitan dan pencetakan termasuk dalam bab tentang pemudahan (*beganstiging, cooperation after the fact*) dan ditujukan kepada penerbit dan pencetak yang menerbitkan atau mencetak bahan yang menurut sifatnya telah dapat dipidana (*of a criminal nature*). Apakah pasal ini dapat dipertahankan atau dihapus karena sudah ada undang-undang pers dapat didiskusikan.

C. Perspektif Kebijakan Formulasi Unsur Sifat Melawan Hukum Materil Dalam Konsep KUHP 2008

Peraturan perundang-undangan sebagai peraturan hukum tertulis memang sudah jelas dalam pelaksanaannya yang dengan demikian jelas, apabila hukum pidana dipandang dari unsur perbuatan melawan hukum formil tidak terlepas untuk itu perbuatan melawan hukum materil yang menjadi unsur perbuatan melawan hukum yang dikatakan bahwa hakim harus melakukan penemuan hukum dengan berdasarkan Pasal 28 Ayat (1) UU No 4 Tahun 2004 yang menentukan ”Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Dengan demikian hakim harus mengetahui hukum yang berkembang dalam masyarakat tersebut meskipun hukum tersebut tidak tertulis yang telah dikodifikasi di dalam bentuk Undang-Undang.

Menurut ketentuan Pasal 16 Ayat (1) UU Nomor 4 Tahun 2004 yaitu:

”Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya”.

Berdasarkan hal tersebut diatas maka di cantumkan dalam konsep KUHP 2008 yaitu pada Ayat (3) bahwa, ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan seorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.

Hakim dalam mencari makna”melawan Hukum” seharusnya mencari dan menemukan kehendak yang bersifat unsur pada saat ketentuan tersebut diberlakukan pada kasus konkrit tegasnya sebagaimana yang diungkapkan Hamaker,yaitu:

Hakim seyogyanya mendasarkan putusannya sesuai dengan kesadaran hukum dan penerapannya hukum yang sedang hidup di dalam masyarakatnya ketika putusan itu dijatuhkan.

Pelaksanaan unsur perbuatan melawan hukum materil seharusnya digunakan dalam persidangan untuk mempermudah pembuktiannya, sehingga suatu

perbuatan yang dipandang oleh masyarakat sebagai melawan hukum secara materil atau tercela perbuatannya dapat dihukum, meskipun perbuatan itu tidak melawan hukum secara formil, dan juga dalam pelaksanaannya jika unsur perbuatan melawan hukum materil dilaksanakan maka akan lebih *fleksibel* dimasyarakat.

Hambatan bagi penegak hukum dalam kebijakan formulasi unsur perbuatan melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008 jika tidak diketahui jenis tindak pidana yang secara jelas tertera pada peraturan tersebut maka akan sulit untuk menerapkannya jadi harus ditegaskan dulu untuk membuat terang suatu delik pidana tersebut, dan juga sepanjang diatur secara jelas dalam pasal-pasal Kebijakan formulasi unsur perbuatan melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008 tersebut dapat diterapkan.

Kemudian penerapan sifat perbuatan melawan hukum materil tersebut akan sulit menimbulkan kepastian hukumnya sehingga di dalam masyarakat akan terjadi ketidak sinkronan antar masyarakat yang satu dengan masyarakat yang lain , dengan demikian hukum akan tidak terlihat jelas dan atau bisa di sebut "samar-samar" sehingga keadilan dimasyarakat akan berubah-ubah.

V. PENUTUP

Berdasarkan uraian-uraian dalam pembahasan dari hasil penelitian baik dari studi kepustakaan maupun hasil lapangan didapat suatu kesimpulan sebagai berikut:

A. Kesimpulan

1. Kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008 memuat Ajaran sifat melawan hukum yang tidak tercantum dalam peraturan perundang-undangan. Di Indonesia menjadi sangat penting mengingat hukum pidana yang berlaku di Indonesia bukan hanya hukum pidana yang didasarkan pada KUHP saja tetapi juga hukum adat yang sampai sekarang masih tetap terpelihara. Jika hal ajaran sifat melawan hukum material ini tidak ditampung dalam suatu perundang-undangan atau yurisprudensi maka dikhawatirkan hukum pidana adat akan mengalami kematian. Kebijakan formulasi yang akan dijalankan dalam konsep KUHP 2008, hukum pidana adat atau hukum yang hidup dan tidak tertulis bisa diselamatkan. Penyusunan Konsep atau Rancangan KUHP Baru 2008 menyadari hal ini sehingga mereka perlu memasukkannya menjadi suatu bagian yang tersendiri di samping ajaran sifat melawan hukum formil yang selama ini sudah terakomodasi. Bahkan lebih mengunggulkan nilai-nilai keadilan yang ada dalam masyarakat dibanding nilai kepastian yang berarti mereka betul-betul menghargai hukum pidana adat yang sekarang ada dan berlaku.

2. Perspektif kebijakan formulasi unsur sifat melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008 dikaji dari perspektif Sistem Peradilan Pidana (*Criminal Justice System*) maka di Indonesia dikenal 5 (lima) institusi yang merupakan sub Sistem Peradilan Pidana. yaitu Lembaga Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan, Lembaga Pemasyarakatan dan Advokat Pada Sistem Peradilan Pidana tersebut yang berpuncak adanya “putusan” atau “vonnis” hakim hakekatnya dikaji dari perspektif teoritik dan praktik peradilan acapkali menimbulkan disparitas dalam hal pemidanaan (*sentencing of disparity*) dan juga berkorelasi dengan “kebijakan pidana” dimana kebijakan formulatif merupakan kebijakan strategis dan menentukan bagi kebijakan aplikatif. Berdasarkan dimensi di atas, kebijakan hukum pidana hakikatnya merupakan “usaha untuk mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana agar sesuai dengan keadaan pada waktu tertentu (*ius constitutum*) dan masa mendatang (*ius constituendum*)”. Konsekuensi logisnya, kebijakan hukum pidana identik dengan *penal reform* dalam arti sempit. Sebab, sebagai suatu sistem, hukum pidana terdiri dari budaya (*cultural*), struktur (*structural*), dan substansi (*substantive*) hukum. Dikaji dari perspektif politik hukum maka politik hukum pidana berusaha membuat dan merumuskan perundang-undangan pidana yang baik.

B. Saran

1. Unsur perbuatan melawan hukum materil memang harus dikembangkan dalam peraturan yang berlaku agar hukum adat dapat berkembang di masyarakat

2. Kebijakan formulasi unsur perbuatan melawan hukum materil dalam Konsep KUHP 2008 harus di jelaskan secara jelas dan terperinci delik yang harus tertera dalam setiap pasal tersebut agar menjamin kepastian hukum. Sepanjang diatur secara jelas dalam pasal-pasal Kebijakan formulasi unsur perbuatan melawan hukum materil dalam konsep KUHP 2008 tersebut dapat diterapkan.

DAFTAR PUSTAKA

- Abidin, Andi Zainal,. 1987. *Asas Hukum Pidana*. Alumni: Bandung.
- Nawawi Arief, Barda. *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*. 2002. Alumni Bandung.
- Nawawi Arief, Barda. 2005. *Pembaharuan hukum pidana*. Citra Aditya Bakti.
- PAF Lamintang, 1990. *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia*. Sinar Baru. Bandung
- Mardjono Reksodiputro, *Pembaruan Hukum Pidana*, Lembaga Kriminologi UI, Jakarta 1995, hal. 13.
- Saleh, Roeslan. 1968. *Perbuatan Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana*. Centra. Jakarta
- Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa. 2003. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Balai Pustaka. Jakarta
- Kitab Undang-undang Hukum Pidana
- Undang-Undang No 1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana
- Undang-Undang No 10 Tahun 2004 Tentang Peraturan Perundang-undangan
- , 1997, *Perlindungan Korban Kejahatan dalam Proses Peradilan Pidana*, Makalah Seminar Nasional “Perlindungan HAM dalam Proses Peradilan Pidana” (Upaya Pembaharuan KUHAP), Fakultas Hukum UMS, 17 Juli.

DAFTAR ISI

I. PENDAHULUAN

A. Latar Belakang	1
B. Pokok Permasalahan dan Ruang Lingkup.....	7
C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian.....	8
D. Kerangka Teoritis dan Konseptual.....	8
E. Sistematika Penulisan	13

DAFTAR PUSTAKA

II. TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Perbuatan dan Sifat Melawan Hukum	16
1. Pengertian Perbuatan.....	16
2. Pengertian sifat melawan hukum	17
B. Peraturan Perundang-Undangan	20
1. Pengertian Peraturan Perundang-undangan	20
2. Asas-asas Perundang-Undangan	20
3. Kerangka Peraturan Perundang-undangan.....	22
C. Konsep KUHP 2008	23

DAFTAR PUSTAKA

III. METODE PENELITIAN

A. Pendekatan Masalah.....	26
B. Sumber dan Jenis Data	27
C. Penentuan Populasi dan Sampel.....	27
D. Prosedur Pengumpulan dan Pengolahan Data.....	28
E. Analisis Data.....	29

DAFTAR PUSTAKA

IV. HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Karakteristik Responden	32
B. Kebijakan Formulasi Unsur sifat Melawan Hukum Materil dalam konsep KUHP 2008.....	35
C. Perspektif Kebijakan Formulasi Unsur Sifat Melawan Hukum Materil dalam Konsep KUHP 2008.....	52

DAFTAR PUSTAKA

V. PENUTUP

A. Kesimpulan	55
B. Saran.....	56