

KARYA ILMIAH

**KONTRIBUSI PUTUSAN PENGADILAN
DALAM PEMBENTUKAN HUKUM**

OLEH :

MICHAEL BARAMA, SH, MH



DEPARTEMEN PENDIDIKAN NASIONAL R.I
UNIVERSITAS SAM RATULANGI
FAKULTAS HUKUM
MANADO
2011

PENGESAHAN

Panitia Penilai Karya Ilmiah Dosen Fakultas Hukum Universitas Sam Ratulangi telah memeriksa dan menilai Karya Ilmiah dari :

Nama : Michael Barama, SH, MH
NIP : 19600521 198903 1 002
Pangkat/Gol. : Penata Tingkat I/III d
Jabatan : Lektor
Judul Karya Ilmiah : Kontribusi Putusan Pengadilan Dalam Pembentukan
Hukum
Dengan Hasil : Memenuhi Syarat

Manado, Februari 2012
Dekan/Ketua Tim Penilai
Karya Ilmiah

Dr. Merry E. Kalalo, SH, MH
NIP. 19630304 198803 2 001

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur dipanjatkan ke hadirat Tuhan Yang Maha Kuasa atas rahmat-Nya sehingga Karya Ilmiah yang berjudul ***Kontribusi Putusan Pengadilan Daam Pembentukan Hukum*** dapat diselesaikan sebagaimana adanya.

Tersusunnya Karya Ilmiah ini tidak terlepas dari bantuan berbagai pihak terutama Panitia Penilai Karya Tulis Ilmiah Fakultas Hukum Unsrat khususnya kepada Dekan/Ketua Tim Penilai Karya Tulis Ilmiah. Karena itu diucapkan terima kasih yang tak terhingga.

Disadari bahwa tulisan ini masih banyak kekurangan baik materi maupun teknik penulisannya. Kritik dan saran menuju perbaikan sangat diharapkan.

Akhir kata semoga Karya Ilmiah ini dapat memberi manfaat bagi yang membacanya.

Manado, Juli 2011

Penulis

DAFTAR ISI

	HALAMAN
JUDUL	i
PENGESAHAN	ii
KATA PENGANTAR	iii
DAFTAR ISI	vi
BAB I PENDAHULUAN	1
G. Latar Belakang	1
H. Perumusan Masalah	6
I. Tujuan Penulisan	6
J. Manfaat Penulisan	6
K. Metode Penelitian	7
BAB II TINJAUAN PUSTAKA	
D. Pengertian Pembentukan Hukum	8
E. Alasan Pembentukan Hukum Oleh Hakim	12
BAB III PEMBAHASAN	
C. Kontribusi Putusan Pengadilan Dalam Pembentukan Hukum	16
D. Putusan Pengadilan Sebagai Alternatif Dalam Pembentukan Hukum.	18
BAB IV PENUTUP	
C. Kesimpulan	23
D. Saran	23
DAFTAR PUSTAKA	24

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perjalanan panjang para pencari keadilan dalam perkara pidana dimulai dengan terjadinya suatu peristiwa yang diduga merupakan suatu tindak pidana. Untuk menentukan apakah suatu peristiwa yang terjadi merupakan suatu tindak pidana atau bukan, diadakan suatu penyelidikan. Jika ternyata peristiwa tersebut merupakan suatu tindak pidana maka selanjutnya diadakanlah penyidikan terhadap tindak pidana tersebut. Berhasilnya suatu penyidikan atau baik tidaknya suatu penyidikan akan menentukan berhasil tidaknya pemeriksaan di muka sidang pengadilan. Hasil penyidikan ini dilimpahkan ke pihak kejaksaan dan selanjutnya apabila pihak kejaksaan menilai bahwa berkas hasil penyidikan ini telah lengkap, maka berkas perkara tersebut dilimpahkan ke pengadilan. Hakim dalam suatu sidang pengadilan akan memeriksa dan mengadili perkara tersebut dan akan mengakhirinya dengan penjatuhan putusan oleh hakim, pada pengadilan negeri sebagai peradilan tingkat pertama.

Putusan tersebut bisa ada upaya hukum untuk menolaknya, yaitu berupa upaya hukum biasa, yaitu banding dan kasasi serta upaya hukum luar biasa, yang berupa kasasi demi kepentingan hukum dan Peninjauan Kembali sebagai upaya hukum terakhir terhadap putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Upaya hukum yang panjang ini berakhir dengan dikeluarkannya putusan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Mahkamah Agung merupakan puncak dari upaya (hukum) dalam mencari keadilan melalui proses peradilan baik sebagai pengadilan tingkat kasasi maupun pengadilan untuk pemeriksaan peninjauan kembali.

Putusan Mahkamah Agung ini menjadi penting baik bagi para pencari keadilan (*justiciabelen*) itu sendiri, bagi para hakim maupun bagi perkembangan hukum pidana di Indonesia. Pertama, bagi para pencari keadilan, putusan Mahkamah Agung merupakan akhir dari perjalanan panjang dalam rangka mencari keadilan bagi dirinya. Bagi para hakim dapat merupakan "*pedoman*"

dalam memeriksa dan mengadili perkara yang sama dengan perkara yang telah diputuskan oleh Mahkamah Agung. Di sini tampak bahwa antara undang-undang dengan keputusan hakim terdapat analogi. Kedua, dapat menjadi sumber pembentukan hukum. Sudikno Mertokusumo¹³⁾ mengatakan bahwa kalau lazimnya pembentukan hukum dilakukan oleh pembentuk undang-undang, maka hakim dimungkinkan pula membentuk hukum. Pembentukan hukum diperoleh melalui proses penemuan hukum oleh hakim.¹²¹ *Von Eikema Hommes* mengatakan bahwa penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai *proses* pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa hukum yang konkret. Ini merupakan konkretisasi dan individualisasi peraturan yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret.¹²²

Pembentukan hukum melalui putusan pengadilan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkret dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu mendatang.¹²³ Akan tetapi, menurut *van Apeldoorn* keputusan hakim membentuknya dalam konkreto, undang-undang dalam abstrakto, jadi secara umum.¹²⁴

Mahkamah Agung di dalam melaksanakan fungsi yudisialnya tidak selamanya memenuhi harapan para pencari keadilan khususnya, dan masyarakat pada umumnya. Misalnya kasus Mochtar Pakpahan yang Majelis Kasasi telah membebaskannya, (Putusan M.A. No.395/K/Pid/1995), tetapi Mahkamah Agung masih juga mengabulkan permohonan Kejaksaan Agung untuk peninjauan kembali. Majelis P.K. dalam putusannya (Putusan M.A. No.55/PK/Pid/ 996)¹²⁵ telah menghukum Mochtar Pakpahan dengan 4 (empat)

¹²¹ *Sudikno Mertokusumo, "Penemuan Hukum", Penerbit Liberty Yogyakarta, cetakan pertama, Januari 2000, hlm. 37.*

¹²³ *Ibid*

¹²⁴ *van Apeldoorn, "Pengantar Ilmu Hukum"; Pradnya Paramita, cet. ke-23, Desember 1986, Jakarta, hlm. 171.*

¹²⁵ *Lihat Anotasi mengenai Putusan P.K. Mochtar Pakpahan oleh Loebby Loqman dalam Anotasi Perkara Peninjauan Kembali Pidana umum "dalam Jurnal*

tahun penjara. Ketentuan perundang-undangan mengatakan bahwa yang dapat mengajukan peninjauan kembali adalah terpidana atau ahli warisnya. Hal ini sesuai dengan sejarah dan maksud pembentukan lembaga Peninjauan Kembali tersebut. Sengkon dan Karta oleh Pengadilan Negeri Bekasi telah dijatuhi hukuman masing-masing tujuh tahun dan dua belas tahun penjara, karena keduanya terbukti telah melakukan tindak pidana pembunuhan. Ternyata kemudian dengan kekuatan putusan pengadilan yang sama terbukti orang lain yang melakukan pembunuhan yang didakwakan kepada Sengkon dan Karta tersebut. Telah terjadi kekeliruan dalam pemeriksaan perkara. Akan tetapi, Sengkon dan Karta terlanjur telah menjalani hukumannya dan pada waktu itu tidak ada suatu ketentuan hukum yang dapat mengeluarkan Sengkon dan Karta dari Lembaga Pemasyarakatan. Sengkon dan Karta merupakan korban dari kekeliruan pengadilan dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara. Kejadian ini melatarbelakangi lahirnya lembaga Peninjauan Kembali.

Selain daripada itu, sebagaimana telah ditentukan oleh undang-undang, putusan hasil pemeriksaan peninjauan kembali itu, tidak boleh melebihi hukuman yang telah dijatuhkan sebelumnya (*reformatio in melius*). Ketentuan ini tujuannya adalah untuk melindungi terdakwa.

Mahkamah Agung telah mengabaikan prinsip bahwa undang-undang tidak boleh ditafsirkan bertentangan dengan undang-undang itu sendiri (*contra legem*). Lebih-lebih kalau undang-undang itu sendiri sudah cukup jelas.¹²⁶

Kasus lainnya adalah kasus Tommy Soeharto. Dalam status buron, Mahkamah Agung telah menerima permohonan Peninjauan Kembali Tommy Soeharto. Ketentuan perundang-undangan menyatakan bahwa permohonan Peninjauan Kembali harus diajukan sendiri oleh pemohon. Akan tetapi, Mahkamah Agung telah membebaskan Tommy Soeharto walaupun masih berstatus buron.

"*Hukum Pidana dan Kriminologi; Citra Aditya Bhakti, Edisi Pertama, 1998, Bandung, hlm. 123 -128.*

¹²⁶ *Sudikno Mertokusumo, Op.Cit., hlm. 50.*

Putusan ini mengundang berbagai reaksi dan masyarakat. Selain dirasakan telah mengusik rasa keadilan masyarakat, juga telah mengikis kepercayaan terhadap peradilan pada umumnya. Ada ketidakpercayaan atau keraguan masyarakat terhadap putusan pengadilan. Tim Eksaminasi Publik dari koalisi Organisasi Non-Pemerintah (Ornop) menyatakan bahwa putusan P.K. Tommy Soeharto tersebut telah cacat hukum. Oleh karena itu, tidak dapat dilaksanakan.

Bagi para hakim terutama para hakim di bawah, putusan Mahkamah Agung dapat menjadi pedoman dalam memeriksa, dan mengadili perkara yang sama diajukan kepadanya dengan perkara yang telah diputus oleh Mahkamah Agung. Bagi perkembangan hukum pidana; putusan Mahkamah Agung menjadi lebih penting karena dapat berfungsi sebagai yurisprudensi.

Hakim tidak terikat untuk mengikuti putusan yang telah ada sebelumnya. Bahkan, terhadap putusan pengadilan yang lebih tinggi, walaupun tidak ada keterikatan hakim bawahan untuk mengikuti putusan hakim yang lebih tinggi namun hakim bawahan akan selalu memperhatikan putusan-putusan dari hakim yang lebih tinggi disebabkan kemungkinan adanya banding dan kasasi dari perkara yang ditanganinya.

Hakim pidana dalam menerapkan suatu peraturan dalam rangka memeriksa dan mengadili suatu perkara, perkara mana, yang kemudian harus diakhiri dengan suatu putusan, terikat oleh *asas legalitas*. Asas ini menghendaki hanya undang-undang atau hukum tertulislah yang dapat menentukan apakah suatu perbuatan merupakan suatu tindak pidana atau bukan. Di luar undang-undang atau hukum tertulis, tidak diterima adanya ketentuan yang dapat berpengaruh terhadap apa yang dilarang atau apa yang boleh dilakukan orang. Konsekuensinya, setiap yang boleh atau yang tidak boleh dilakukan orang itu harus terumus dalam undang-undang. Dengan demikian, berarti penafsiran dan penemuan alasan penghapusan pembedaan tidak dapat dilakukan di luar undang-undang.

Di dalam praktik hukum, berlakunya asas legalitas itu tidak bersifat mutlak, artinya, masih dimungkinkan untuk *disimpangi* sepanjang tidak mengurangi kepastian hukum. Hal ini terjadi karena masalah keadilan menjadi bahan pertimbangan dan adanya beberapa daerah di Indonesia yang masih

memperlakukan hukum adat pidana, sepanjang mengenai perbuatan-perbuatan yang tiada bandingannya dalam KUHP.¹²⁷

Perlu diperhatikan juga adanya Pasal 27: (1) Undang-undang No.14 tahun 1970 yang menyatakan bahwa:

“Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat.”

Bandingkan dengan UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang mencabut UU No. 14 tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman, Pasal 28 ayat (1) bahwa :

“Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.”

Jika melihat ketentuan ini, maka peran hakim adalah menerapkan hukum in-concreto baik hukum yang tertulis maupun yang tidak tertulis. Bahkan, Pasal 14 dari UU No. 14 Tahun 1970 ayat (1) mengatakan:

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

Lihat Pasal 16 UU No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang penjelasannya in casu ayat (1) berbunyi:

“ Hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum. Pencari keadilan datang kepadanya untuk memohon keadilan. Andaikata ia tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis, untuk memutus berdasarkan hukum sebagai orang yang bijaksana dan bertanggung jawab penuh kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa dan negara.”

Demikian juga penjelasan Pasal 28 ayat (1) UU No. 1 tahun 2004, berbunyi: "Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat".

¹²⁷ *Rd. Acmad S. Soema Di Pradja, Hukum Pidana Dalam Yurisprudensi, C.V. Armico, Bandung, 1990, hlm. 5.*

Dibandingkan dengan Pasal 22 A.B. yang menyatakan bahwa hakim yang menolak melakukan peradilan, dengan alasan tidak ada undang-undang, undang-undang tidak jelas atau tidak lengkap, dapat dituntut karena keengganan untuk mengadili. Hal semacam ini dapat terjadi dalam lapangan hukum perdata. Akan tetapi, hal tersebut tidak mungkin terjadi dalam lapangan hukum pidana. Hal ini disebabkan sejak selesainya penyidikan oleh kepolisian/penyidik, sampai dilimpahkan kepada kejaksaan yang selanjutnya jaksa penuntut umum melimpahkan perkara tersebut ke pengadilan, sudah ditentukan perbuatan apa saja yang akan didakwakan serta ketentuan pasal perundang-undangan yang dilanggarnya.

Dari ketentuan tersebut di atas, terbuka kemungkinan pembentukan hukum (pidana) *positif*, bukan saja yang didasarkan kepada hasil pembentuk undang-undang (badan legislatif), yang menetapkan hukum secara *abstrakto*; artinya, ia tidak saja merumuskan secara umum, yang berlaku bagi semua orang, yang tunduk kepada kekuasaan undang-undang; tetapi juga kepada putusan-putusan hakim, yang menetapkan hukum secara *In-concreto*, yang berarti hakim menerapkan peraturan-peraturan hukum kepada hal-hal yang nyata, yang dihadapkan kepadanya untuk diadili dan diputus.

B. Perumusan Masalah

Permasalahan yang dapat di kemukakan adalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah tugas dan kewajiban hakim dalam menemukan apa yang dapat menjadi hukum, sehingga melalui keputusannya, hakim dapat dianggap sebagai salah satu faktor pembentuk hukum ?
2. Dapatkah putusan pengadilan dijadikan alternatif pembentukan hukum dalam perkara pidana di Indonesia ?

C. Tujuan Penulisan

Tujuan penulisan ini adalah :

1. Untuk menganalisa putusan-putusan pengadilan yang dapat memberikan kontribusi bagi pembentukan hukum.

2. Untuk mengkaji dan menganalisis putusan pengadilan yang dapat dijadikan alternatif pembentukan hukum dalam perkara pidana di Indonesia.

D. Manfaat Penulisan

Manfaat yang dapat diberikan dengan penulisan ini sebagai berikut :

1. Memberikan pemahaman tentang adanya putusan-putusan pengadilan yang dapat memberikan kontribusi bagi pembentukan hukum.
2. Memberikan pemahaman tentang dapatnya putusan pengadilan dijadikan alternatif pembentukan hukum dalam proses perkara pidana di Indonesia.

E. Metode Penelitian

Agar dapat menyelesaikan suatu penelitian ilmiah diperlukan suatu metode penelitian yang tepat dan sesuai dengan permasalahan yang telah ditentukan. Pendekatan masalah yang dipilih dalam penelitian ini dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif. Berdasarkan pendekatan tersebut, penelitian ini meliputi lingkup penelitian inventarisasi hukum positif.

Mengingat penelitian ini menggunakan pendekatan normatif, maka pengumpulan bahan hukum dilakukan dengan prosedur identifikasi dan inventarisasi bahan-bahan hukum primer dan bahan-bahan hukum sekunder serta bahan hukum tertier.

Adapun bahan hukum primer dalam penelitian ini adalah : Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana, Undang-Undang Pokok Kekuasaan Kehakiman, Hukum Adat. Sedangkan bahan hukum sekunder terdiri dari hasil-hasil seminar, karya ilmiah baik berupa literatur maupun hasil penelitian, jurnal, yang ada kaitannya dengan permasalahan yang dibahas dalam penelitian ini. Bahan hukum tertier terdiri dari Kamus Hukum, Kamus

Umum Bahasa Indonesia, maupun buku-buku petunjuk lain yang ada kaitannya dengan permasalahan dalam penelitian ini.

Penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka dapat dinamakan penelitian hukum normatif atau penelitian hukum kepustakaan.

Bahan hukum yang diperoleh kemudian diolah dan dianalisis secara normatif dengan menggunakan logika berpikir secara deduksi.

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Pengertian Pembentukan Hukum

Kegiatan kehidupan manusia itu sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam satu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Maka wajarlah, jika tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup keseluruhan kegiatan manusia, sehingga tidak ada peraturan manusia yang lengkap selengkap-lengkapnyanya dan jelas sejas-jelasnya. Karena hukumnya tidak jelas dan tidak lengkap, maka harus dicari dan ditemukan.

Apabila hukum diartikan secara terbatas sebagai putusan penguasa, dan dalam arti yang lebih terbatas lagi sebagai keputusan hukum (pengadilan), yang menjadi pokok permasalahan adalah tugas dan kewajiban hakim dalam menemukan apa yang dapat menjadi hukum, sehingga melalui keputusannya, hakim dapat dianggap sebagai salah satu faktor pembentuk hukum. Pembentukan hukum adalah merumuskan peraturan-peraturan umum yang berlaku umum, bagi setiap orang. Kalau lazimnya pembentukan hukum dilakukan oleh pembentuk undang-undang (Pasal 20 ayat (1) UUD 1945 secara tegas-tegas menentukan bahwa DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang), maka hakim dimungkinkan juga membentuk hukum, yang dapat diikuti oleh para hakim dan merupakan pedoman bagi masyarakat, yaitu putusan yang mengandung asas-asas hukum yang dirumuskan dalam peristiwa konkret, tetapi mempunyai kekuatan yang berlaku umum. Jadi, suatu putusan dapat sekaligus mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan suatu peristiwa konkret dan di pihak lain merupakan suatu peraturan hukum untuk waktu yang akan datang.¹²⁸ Kegiatan demikian merupakan proses konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum yang bersifat umum dan abstrak itu dalam peristiwa konkret. Proses konkretisasi atau individualisasi peraturan hukum (*das*

¹²⁸ Sudikno, "Penemuan Hukum", Liberty Yogyakarta, cetakan pertama, Januari 2000, hlm. 6.

sollen) yang bersifat umum dengan mengingat atas peristiwa konkret (*das sein*) tertentu.¹²⁹

Apa yang dilakukan hakim adalah bahwa hakim menghadapi peristiwa konkret, sedangkan pembentuk undang-undang tidak demikian halnya. Pembentuk undang-undang membuat suatu peraturan untuk memecahkan peristiwa abstrak yang mungkin terjadi pada masa yang akan datang. Apa yang dihasilkan oleh pembentuk undang-undang pun merupakan hukum karena mempunyai kekuatan mengikat sebagai hukum karena dituangkan dalam bentuk undang-undang dan sekaligus juga merupakan sumber hukum.

Memberikan penyelesaian perselisihan hukum yang dihadapkan kepadanya, hakim memberikan penyelesaian definitif yang hasilnya dirumuskan dalam bentuk putusan yang disebut vonis.¹³⁰ Putusan hakim merupakan penerapan hukum yang umum dan abstrak pada peristiwa konkret (*in-concreto*).

Hakim harus memilih aturan hukum yang akan diterapkannya, menginterpretasinya untuk menentukan (menemukan) bentuk perilaku yang tercantum dalam aturan tersebut serta menemukan maknanya guna menetapkan penerapannya, dan menginterpretasikan semua fakta untuk menentukan apakah fakta-fakta tersebut termasuk ke dalam makna penerapan aturan hukum tersebut. Dengan demikian, melalui penyelesaian perkara konkret dalam proses peradilan dapat terjadi juga pembentukan hukum.

Menurut B. Arief Shidarta pembentukan hukum terjadi karena:

- a. Undang-undangnya ada, tetapi sudah ketinggalan, sudah tidak sesuai dengan keadaan ketika peristiwa itu terjadi. Hakim kemudian membentuk hukum.
- b. Undang-undangnya tidak ada. Disini hakim mencari norma non-hukum, sekurang-kurangnya non-undang-undang.

Hal ini bisa terjadi melalui :

- a. hukum tidak tertulis/hukum adat;
- b. adopsi hukum asing/internasional;

¹²⁹ *Ibid*

¹³⁰ *Perkataan vonis itu aslinya berarti penemuan atau pendapatan; lihat: R. Subekti, Pembinaan Hukum Nasional; Alumni, Bandung, 1975, hlm. 41.*

c. doktrin/pendapat para ahli.¹³¹

Bahwa dalam sistem hukum Indonesia, hakim atau badan-badan peradilan mempunyai peran penting dalam pembentukan hukum dan pengembangan hukum. Hakim dapat disebut sebagai pembentuk hukum semu atau quasi legislator. Karena undang-undang (UU) sering tidak jelas, bersifat umum dan abstrak, maka hakim harus mencari hukumnya.

Menurut Sunaryati Hartono, pengadilan tidak hanya mulut atau terompet undang-undang dan peraturan-peraturan pemerintah belaka, tetapi pengadilan ikut membentuk hukum baru, sekalipun dibatasi oleh cara-cara penafsiran yang digunakan olehnya.¹³² Dengan demikian, dikatakan semu atau quasi karena pembentukan hukum oleh hakim tidak sebagaimana proses pembentukan formal (hukum positif) sebagaimana dilakukan oleh legislatur. Memang pada prinsipnya, sesuai dengan asas konstitusional yang dianut Pasal 5 jo Pasal 20, UUD 1945 menganut *statute law sistem (wettenrecht)* dan secara berbarengan sistem hukum kita juga menganut *common law sistem*, karena hukum tidak tertulis (hukum adat) juga diakui dalam tata hukum.¹³³

Pembentukan hukum, menurut Benyamin Cordozo, standar atau pola standar (*standard or pattern*) kegunaan akan ditemukan oleh hakim dalam kehidupan masyarakat, dengan cara yang sama sebagaimana ditemukan oleh pembentuk undang-undang.¹³⁴ Selanjutnya, dikatakan *Cordozo*, bahwa hakim memperoleh pengetahuan (*knowledge*) sama sebagaimana pembentuk undang-undang memperolehnya, dari pengalaman, penyelidikan dan pemikiran, singkatnya dari kehidupan itu sendiri. Di sini memang ada titik hubungan antara pekerjaan pembuat undang-undang (legislator) dengan pekerjaan hakim. Akan tetapi, masing-masing melakukan pekerjaannya dalam batas kompetensinya

¹³¹ B. Arief Sidharta, *Peranan Praktisi Hukum Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*; *Jurnal Hukum, Pusat Penelitian Perkembangan Hukum Lembaga Penelitian UNPAID, Nomor Perdana 1-1999, Bandung, hlm. 17.*

¹³² C.F.G. Sunaryati G Hartono, *Peranan Pengadilan Dalam Rangka Pembinaan dan Pembaharuan Hukum Nasional*, Bincipta, Bandung, 1975, hlm. 9

¹³³ Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, Mei 1985.*, hlm. 146.

¹³⁴ Benyamin Cordozo, *The Nature of the Judicial Process*; Yale University Press, New Haven, 1949, hlm. 105.

masing-masing. Tidak diragukan lagi ruang lingkup pekerjaan hakim lebih sempit. Hakim hanya membuat undang-undang di antara kekosongan-kekosongan, mengisi ruang terbuka dalam hukum (*he fills open space in the law*).¹³⁵ oleh karena itu, hakim seharusnya membentuk putusannya tentang hukum untuk memenuhi tujuan yang sama dengan tujuan pembentuk undang-undang. Hal penting di sini, Cordozo memisahkan fungsi pengadilan dengan fungsi badan legislatif. Pembentuk undang-undang tidak dihambat oleh batasan-batasan pengertian suatu keadaan umum, dengan membentuk undang-undang secara abstrak. Lain halnya dengan hakim, yang memutus kasus-kasus tertentu, yang secara absolut mengacu kepada persoalan-persoalan konkret.¹³⁶

Tampak bahwa kegiatan pembentukan hukum dilakukan dengan cara interpretasi oleh hakim. Dengan cara tersebut terjadi pengurangan-pengurangan atau penambahan sesuatu pada yang sudah ada, dan dapat juga terjadi pada sesuatu yang sama sekali baru melalui penggalian nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian, melalui penyelesaian perkara yang konkret dalam proses peradilan terjadi juga pembentukan hukum. Dalam hal demikian, hakim berfungsi sebagai legislator semu, bukan legislator yang sesungguhnya. Karena produk hakim hanya mengikat para pihak yang secara eksplisit disebutkan dalam putusan tersebut dan tidak mengikat umum. Namun, jika putusan tersebut menjadi acuan atau diikuti oleh hakim-hakim lain secara konstan, dan sudah menjadi suatu keyakinan hukum umum, maka terbentuk suatu *vaste jurisprudentie*. Jika aturan dalam putusan itu menjadi *vaste jurisprudentie*, maka menjadi hukum objektif, yaitu hukum objektif yang didasarkan kepada kebiasaan yang selalu diikuti, yang menjadi keyakinan hukum umum, dan berlaku sebagai hukum positif.¹³⁷ Dengan demikian, dapat menjadi pengaruh timbal balik antara hakim dan pembentuk undang-undang, yaitu suatu pembentukan hukum melalui putusan pengadilan, yang telah menjadi jurisprudensi tetap, yang dapat digunakan

¹³⁵ *Ibid, hlm. 113.*

¹³⁶ *Ibid, hlm. 120.*

¹³⁷ *B. Arief Sidharta, Loc-Cit.*

atau dapat menjadi umpan balik dalam proses pembentukan hukum oleh pembuat undang-undang.

B. Alasan Pembentukan Hukum Oleh Hakim

Oleh karena tak ada suatu peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapannya dan jelas sejelas-jelasnya. maka harus dicari dan ditemukan hukumnya dengan menjelaskan, menafsirkan atau melengkapi peraturan perundang-undangannya.

Perlu diperhatikan pendapat Logemann yang antara lain mengemukakan bahwa :

“ Tiap undang-undang sebagai bagian dari hukum positif, bersifat statis dan tidak dapat mengikuti perkembangan kemasyarakatan, yang menimbulkan ruang kosong. Maka para hakimlah yang bertugas untuk mengisi "ruang kosong" itu dengan jalan mempergunakan penafsiran dengan syarat bahwa dalam menjalankannya mereka tidak boleh memperkosa maksud dan jiwa undang-undang, dengan perkataan lain mereka tidak boleh sewenang-wenang.”¹³⁸

Penafsiran bertujuan untuk mencari dan menemukan kehendak pembentuk undang-undang yang telah dinyatakan oleh pembentuk undang-undang itu secara kurang jelas.¹³⁹ Yang perlu diketahui adalah apa yang dimaksud dengan maksud pembentuk atau pembuat undang-undang itu. Menurut Logemann yang dimaksud dengan *kennelijk bedoeling* pembuat undang-undang itu adalah segala sesuatu yang berdasarkan penafsiran yang baik, yang dapat diterima sesuatu yang logis dapat disimpulkan menjadi kehendak pembuat undang-undang.¹⁴⁰

Undang-undang itu harus ditafsirkan menurut undang-undang itu sendiri. Jadi, jika kata-kata atau rumus undang-undang itu cukup jelas, maka hakim tidak boleh menyimpang dari kata-kata tersebut, walaupun kehendak sungguh-sungguh dari pembentuk undang-undang itu berlainan dari kata-kata tersebut.

Apabila redaksi undang-undang pidana tidak berhasil dirumuskan dengan tepat oleh pembentuk undang-undang, sehingga kehendaknya tidak jelas,

¹³⁸ Andi Zainal Abidin, *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama, Alumni, Bandung, Juli 1984, hlm. 145.*

¹³⁹ van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum, PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 1984, hlm. 330.*

timbulah perbedaan antara kehendak subjektif pembentuk undang-undang dan penyampaianannya. Menjelaskan undang-undang itu biasanya disebut penafsiran (*interpretatie*). Undang-undang yang tidak jelas redaksinya memerlukan penafsiran.

Karena pembuat undang-undang saat merumuskan redaksi undang-undang hanya membuat suatu *momentopname* belaka terhadap suatu segi pergaulan sosial, maka di kemudian hari sudah barang tentu rumusan undang-undang itu tidak sesuai dengan perkembangan masyarakat, sehingga diperlukan penafsiran. Logemann dengan tepat menyatakan bahwa undang-undang itu bersifat statis.¹⁴¹

Simons yang menyatakan bahwa :

“ Sejauh perkataan-perkataan itu terdapat dalam rumus undang-undang, maka penyelidikan terhadap maksud pembuat undang-undang yang sebenarnya dapat membantu untuk menentukan arti yang sebenarnya dari ketentuan-ketentuan hukum pidana. Akan tetapi, pendapat yang menyatakan bahwa seolah-olah undang-undang itu adalah tidak lain daripada yang tertera di dalam rumusannya, menurutnya adalah pandangan yang terlalu sempit dan karenanya tidak tepat. Semua yang dapat diperoleh dari redaksi undang-undang itu tetap berlaku, walaupun pembuat undang-undang tidak pernah membayangkan sebelumnya. Selanjutnya bilamana perkataan undang-undang tersebut membolehkannya, dengan memperhatikan keadaan-keadaan yang berubah, undang-undang itu dapat diterapkan menyimpang dari maksud semula pembuat undang-undang.¹⁴²

Pendapat ini sejalan dengan pendapat *van Apeldoorn* yang berpendapat bahwa :

“ Interpretasi adalah sekaligus menambah undang-undang, dan dalam setiap penafsiran sebagaimana halnya pembentukan undang-undang terdapat unsur penciptaan, karena ketentuan-ketentuan undang-undang, yang takluk di bawah bermacam-macam penafsiran, adalah tidak sempurna.”¹⁴³

Ilmu hukum mengenal *teori-teori* tentang penafsiran yang lazimnya dibedakan antara berbagai metode penafsiran, tetapi tidak mudah dipisahkan

¹⁴⁰ *Andi Zainal Abidin, Lok-Cit.*

¹⁴¹ *Ibid*

¹⁴² *Ibid*

satu sama lain. Mengenai batasan atau definisi masing-masing metode tidak ada kesepakatan.

Metode penafsiran sejak semula dibagi 4 (empat),¹⁴⁴ yaitu interpretasi gramatikal, sistematis, historis dan teleologis. Di samping itu juga dikenal interpretasi komparatif, interpretasi antisipatif atau futuristik¹⁴⁵. Berbagai metode penafsiran ini merupakan argumentasi yang membenarkan formulasi (rumusan) suatu peraturan. Di samping itu, metode interpretasi dapat digunakan juga untuk membenarkan analogi, *a contrario* dan *rechtsverwijning* atau penyempitan hukum.¹⁴⁶

Menafsirkan bukan merupakan kegiatan yang rasional logis. Dalam menggunakan berbagai metode penafsiran hasilnya dapat berbeda. Hakim harus mengambil pilihan. Ia harus menimbang-nimbang. Ia mempunyai kebebasan menafsirkan, karena ia harus memutuskan dan tidak boleh ditolaknya serta hanya dapat dijawabnya berdasarkan pandangan dan penilaiannya. Ini masalah penilaian pribadi hakim. Dan pilihan itu ditentukan oleh pandangan pribadinya tentang pertanyaan putusan manakah yang paling dapat diterima oleh masyarakat: ia harus mendasarkan putusannya pada kelayakan dan kepatutan. Hakim akhirnya hanya akan menjatuhkan pilihannya berdasarkan pertimbangan metode manakah yang paling meyakinkan dan yang hasilnya paling memuaskan. Pada hakikatnya setelah mempertimbangkan untung ruginya hakim membeli pemecahan yang paling dapat diterima.

Motivasi pemilihan metode interpretasi sebagai sebuah metode tidak pernah dijumpai dalam yurisprudensi. Dalam pertimbangan putusan hakim tidak pernah mengemukakan alasan apakah yang menentukan untuk memilih metode tertentu. Yang diutamakan adalah hasilnya, penyelesaian masalah dan putusan yang memuaskan.

¹⁴³ van Apeldoorn, *Op-Cit*, hlm. 47.

¹⁴⁴ Andi Zainal Abidin, *Op-Cit*, hlm. 147.

¹⁴⁵ Sudikno Mertokusumo, ... *Op-Cit*, hlm. 55

¹⁴⁶ *Ibid*, hlm. 56.

BAB III

PEMBAHASAN

A. Kontribusi Putusan Pengadilan Dalam Pembentukan Hukum

Selain lembaga pembuat undang-undang, yaitu badan legislatif, pengadilan dapat juga membentuk hukum. Pasal 20 ayat (1) UUD 1945 secara tegas menentukan bahwa DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang. Pembentukan hukum melalui putusan pengadilan ini merupakan implementasi dari prinsip bahwa hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukumnya tidak jelas/tidak ada hukumnya. Hakim harus mengisi kekosongan hukum. Hakim harus menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat. Di bawah ini akan dikemukakan terlebih dahulu konkretisasi dari putusan-putusan yang menjadi sumber pembentukan hukum oleh hakim, yang pada bagian akhir dari masing-masing putusan tersebut, setelah pertimbangan hukum dari putusan tersebut dikemukakan, akan diuraikan analisis terhadap putusan-putusan tersebut.

1. Kasus Posisi

Dari beberapa putusan pengadilan yang memberikan kontribusi bagi pembentukan hukum penulis hanya akan membahas putusan-putusan sebagai berikut:

- a. Putusan PN Gianyar tertanggal 12-4-1976 No. 23/Pid/Sum/1976 jo. Putusan PT Denpasar tertanggal 26-8-1977 No. 14/PTD/1977 jo. Putusan MA tertanggal 8-10-1979 No. 195 K/Kr/1978.¹⁴⁷

Duduk perkara yang diperiksa dan diadili oleh PN Gianyar tersebut di atas sebagai berikut:

I Wayan Supatra, umur ± 21 tahun, tinggal di banjar Belodtanggluk, desa dan kecamatan Sukawati, Daerah Tk.II Gianyar, Bali, telah berpacaran dengan Ni Ketut Sarmi sejak tahun 1971 dan berakhir pada tahun 1975. Putusnya pertunangan tersebut karena adanya gangguan dari I Nyoman Reta, walaupun mengenai hal ini belum jelas benar. Selama berpacaran, I Wayan Supatra

¹⁴⁷ *Yurisprudensi Indonesia Tahun 1979.*

mengaku sering melakukan hubungan seks dengan Ni Ketut Sarmi, yang dilakukannya berkali-kali setiap ada kesempatan sejak tahun 1971, dan dilakukan di rumah Ni Ketut Sarmi sendiri di saat keadaan rumah kosong. Hubungan kelamin tersebut dilakukan atas dasar suka sama suka bukan karena paksaan. Ni Ketut Sarmi kemudian hamil, tetapi I Wayan Supatra ingkar janji, tidak mau mengambil Ni Ketut Sarmi sebagai istrinya, dengan alasan Ni Ketut Sarmi telah bergaul dan pernah dibonceng oleh orang yang bernama I Nyoman Reta, sehingga I wayan Supatra meragukan kehamilan Ni Ketut Sarmi itu atas perbuatannya sendiri. Ni Ketut Sarmi membantah tidak pernah bergaul dan dibonceng oleh I Nyoman Reta.

Setelah memeriksa dan mengadili perkara tersebut, PN Gianyar sampai kepada putusan, yang salah satu pertimbangannya menyatakan:

- Bahwa pada pokoknya Terdakwa membenarkan keterangan saksi Ni Ketut Sarmi dan mengakui melakukan persetubuhan berkali-kali dengan saksi I Ketut Sarmi, tetapi membantah, bahwa hamilnya Ni Ketut Sarmi bukan atas perbuatan Terdakwa, melainkan Ni Ketut Sarmi hamil setelah bergaul dengan I Nyoman Reta.
- Bahwa keterangan saksi *a de charge* yang diajukan Terdakwa tidaklah dapat memperkuat dalil-dalil bantahannya.
- Bahwa berdasarkan keterangan-keterangan Terdakwa di muka sidang, dihubungkan dan disesuaikan dengan keterangan saksi-saksi maka terbukti-lah Terdakwa telah bersalah melakukan kejahatan melanggar *Lokika sanggraha* (hukum adat Bali).

Putusan PN Gianyar ini kemudian dikuatkan oleh PT Denpasar dengan putusan tertanggal 26-8-1977 No. 14/PTD/1977/Pid dan pada pemeriksaan tingkat kasasi juga menguatkan putusan pengadilan tingkat pertama dengan putusan MA tertanggal 8-10-1979 No. 195 K/Kr/1978.

Dari putusan ini tampak bahwa hubungan kelamin di luar nikah laki-laki dewasa dan perempuan dewasa atas dasar suka-sama suka, di mana laki-laki si pelaku tidak mau bertanggung jawab ketika perempuan tersebut hamil, menurut (hukum) adat merupakan perbuatan yang tidak patut untuk dilakukan dan harus diberi sanksi, sekalipun KUHP tidak mengaturnya.

B. Putusan Pengadilan Sebagai Alternatif Dalam Pembentukan Hukum

Pasal 1 ayat (1) KUHP hanya menghendaki suatu perbuatan dapat dipidana jika ada undang-undang yang mengaturnya sebagai perbuatan yang dilarang dilakukan orang, terlebih dahulu dari perbuatan tersebut.

Hukum pidana dilihat sebagai hukum undang-undang, di luar undang-undang tidak ada hukum. Pandangan bahwa dalam undang-undanglah terdapatnya hukum yang merupakan pikiran warisan dari zaman Jean Bodin (1527 -1596). Dengan demikian, akan terjadi kekosongan hukum. Tugas hakimlah untuk mengisi kekosongan hukum tadi.

Sebagaimana terlihat dari sejarah terbentuknya KUHP tadi, KUHP adalah merupakan produk kolonial serta didasarkan atas pandangan hidup orang Eropa, banyak perbuatan-perbuatan yang menurut pandangan masyarakat setempat (hukum adat) merupakan perbuatan pidana tidak memperoleh pengaturan dalam KUHP, sehingga bukan merupakan perbuatan yang dilarang untuk dilakukan orang.

Oleh karena itu, KUHP merupakan suatu kodifikasi, yang tidak saja untuk memberikan ketentuan yang pasti tentang kaidah-kaidah hukum yang berlaku, tidak saja untuk memperoleh suatu kesatuan hukum, tetapi juga untuk mencapai suatu kepastian hukum, yang mengandung arti, bahwa: tiap ketentuan, tidak terdapat dalam kodifikasi tidak dapat diberi kekuatan hukum.

Kekosongan hukum yang terjadi karena ketentuan perundang-undangan tidak mengaturnya, tidak bisa dibiarkan terus terjadi. Namun, jika pembentukan hukum untuk mengisi kekosongan hukum tersebut diserahkan sepenuhnya melalui proses pembahasan badan legislatif, akan memakan waktu yang cukup lama. Padahal penyelesaian hukum serta rasa keadilan masyarakat memerlukan penanganan dan penyelesaian yang segera. Ketentuan perundang-undangan mengamanatkan kepada hakim untuk menyelesaikan hal-hal semacam itu, walaupun ia merasa peraturan yang mengatur mengenai hal tersebut tidak atau kurang jelas, bahkan mungkin memang belum diatur secara tegas untuk perkara yang dihadapkan kepadanya. Karena hakim harus memeriksa dan mengadili perkara yang dihadapkan kepadanya, maka ia harus dapat menemukan hukumnya agar perkara tersebut dapat

diadili. Dalam konteks ini hakim dapat dikatakan membentuk hukum apabila pada akhirnya ia dapat menyelesaikan tugasnya dengan baik, yang berarti ia dapat memberikan keputusan yang adil terhadap perkara yang ditanganinya.

Melaksanakan amanat tersebut hakim dengan putusan-putusannya dapat menjadi suatu alternatif bagi pembentukan hukum di masa-masa yang akan datang. Pembentukan hukum melalui putusan-putusan hakim tersebut, karena merupakan pembentukan hukum *in-concreto*, akan lebih dapat memahami nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat.

Dikemukakan bahwa, hukum pidana pada masa yang akan datang tidak boleh mengabaikan aspek-aspek yang berkaitan dengan kondisi manusia, alam dan tradisi Indonesia. Dalam hal ini langkah yang ditempuh oleh Tim Perancang KUHP Nasional dalam beberapa hal cukup beralasan. Langkah ini antara lain mencakup penegasan terhadap apa yang tercantum di dalam UU No. 1 Drt. Tahun 1951, Pasal 5 ayat (3) sub-b yakni dimungkinkan penyimpangan terhadap asas *lex* serta sebagaimana diatur dalam asas legalitas yang dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Penyimpangan dilakukan dengan mengakui berlakunya hukum yang hidup yang menentukan bahwa menurut hukum adat setempat seseorang patut dipidana bilamana perbuatan itu tidak ada persamaanya dalam peraturan perundang-undangan.

Menjadikan hukum adat sebagai sumber hukum dalam arti positif tidak mungkin dipahami oleh orang-orang yang dalam pikirannya sudah terpatери pemikiran-pemikiran individualistis. Secara empiris dapat dibuktikan bahwa langkah ini tidak mengada-ada.

Tampak bahwa hakim melalui putusan-putusannya tersebut telah menjalankan amanat undang-undang, bahwa sebagai sebagai penegak hukum dan keadilan hakim harus menggali, memahami, dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat.

Asas yang mengatakan bahwa hakim dilarang secara tegas untuk menolak perkara (pidana) yang dihadapkan kepadanya untuk diperiksa dan diadili. Sedangkan di lain pihak, hakim diwajibkan pula, untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang di

masyarakat; sedangkan kewajiban yang diemban oleh hakim inipun tidak boleh melanggar asas legalitas, yang menekankan kepada terjaminnya kepastian hukum, tapi kurang memberikan keadilan.

Undang undang tidak memuaskan penegak hukum dan pencari keadilan, terutama bagi hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, tidak dapat menemukan keadilan hanya dalam undang-undang, tetapi akhirnya ia juga tidak dapat tidak menerapkan undang-undang. Karena itu, dalam putusan hakim sering ditemukan kaidah-kaidah baru seperti mengesampingkan suatu ketentuan peraturan perundang-undangan. Putusan yang demikian kalau telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap, apalagi telah diikuti oleh putusan-putusan berikutnya, dapat disebut yurisprudensi. Putusan-putusan hakim dengan demikian dapat merupakan suatu pilihan bagi pembentukan hukum selain pembentukan hukum melalui lembaga legislatif.

Oemar Seno Adjie, mengatakan bahwa: "Melalui kasasi, Mahkamah Agung dapat menggariskan, memimpin dan "*uitbouwen*" dan "*voortbouwen*" (mengembangkan dan mengembangkan lebih lanjut) hukum melalui yurisprudensi. Dengan demikian, ia dapat mengadakan *adaptasi hukum* sesuai dengan derap dan perkembangan dari masyarakat dan khususnya keadaan sekelilingnya apabila perundang-undangan itu sendiri kurang *adequate* bahkan kurang gerak sentuhannya dengan gerak dinamika dari kehidupan masyarakat itu sendiri."¹⁴⁸

Bila hal tersebut dihubungkan dengan RUU KUHP terlihat adanya perluasan dari asas legalitas dari Pasal 1 ayat (1) KUHP yang sekarang berlaku, yaitu masih memberikan kemungkinan kepada hakim untuk memidana atas perbuatan-perbuatan yang tidak dirumuskan oleh undang-undang sebagai perbuatan yang dilarang dilakukan orang dan diancamkan pidana, walaupun oleh hukum adat perbuatan tersebut dianggap tercela dan patut dipidana.

Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP¹⁴⁹ menyatakan:

¹⁴⁸ Oemar Seno Adjie, "*KUHAP Sekarang*; Erlangga, Jakarta, hlm. 42.

¹⁴⁹ Terbitan Direktorat Perundang-undangan Direktorat Jenderal Hukum dan Perundang-Undangan Departemen kehakiman dan HAM, tahun 1999-2000

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

Pasal ini tetap memuat asas yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang sekarang berlaku, yaitu *asas legalitas*. Namun, konsep RUU KUHP ini juga memberikan keleluasaan kepada hakim pidana untuk menerapkan hukum tidak tertulis/hukum adat dalam hal perbuatan-perbuatan tersebut tidak ada pengaturannya dalam peraturan perundang-undangan, seperti termuat dalam ayat (3) pasal yang sama, yang berbunyi sebagai berikut:

"Ketentuan sebagaimana tersebut dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup atau hukum adat yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam perundang-undangan".

Ketentuan ini memberikan landasan yang kuat untuk memidana pelaku delik adat. Dari perumusan inipun, tampak bahwa yang dianut adalah ajaran sifat melawan hukum secara materil, yaitu suatu perbuatan bersifat melawan hukum tidak saja ditentukan oleh undang-undang (hukum tertulis), melainkan juga ditentukan dalam asas-asas hukum yang tidak tertulis; perbuatan pidana itu di samping memenuhi syarat-syarat formal perbuatan harus pula betul-betul dirasakan oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak boleh atau tidak patut dilakukan.

Bagi Indonesia hukum bukanlah hanya berarti undang-undang sebagai produk badan legislatif saja, tetapi juga dan bahkan sebagian besar apa yang justru *hidup dalam masyarakat* sendiri sebagai suatu yang sudah menjiwai dan akan hidup terus serta didukung dalam perkembangannya. Hukum yang demikianlah yang penerapannya tidak memerlukan suatu kekuatan penguasa yang bersifat memaksa. Pentaatan warga masyarakat didasarkan kepada kepatuhan moral yang mendasari jiwa dari setiap anggota warga masyarakat, dan hukum dalam perwujudannya yang demikian tadi merupakan gejala kebudayaan dari suatu bangsa.

Hukum positif memberikan wewenang sepenuhnya kepada hakim untuk memutus menurut perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat pada waktu dan tempat perbuatan tersebut.

Selanjutnya Pasal 1 ayat (4) mengatakan:

"Terhadap perbuatan yang memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) berlaku ketentuan pidana dalam Pasal 93".

Sedangkan Pasal 93 dari RUU KUHP tersebut berbunyi sebagai berikut:

- Dalam putusan dapat ditetapkan kewajiban adat yang harus dilakukan oleh terpidana.
- Pemenuhan kewajiban adat sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) merupakan pidana pokok atau yang diutamakan, jika tindak pidana yang dilakukan memenuhi ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (3).
- Kewajiban adat sebagaimana dimaksud ayat (1) dianggap sebanding dengan pidana denda Kategori I dan dapat dikenakan pidana pengganti untuk pidana denda, jika kewajiban adat itu tidak dipenuhi atau tidak dijalani oleh terpidana.
- Pidana pengganti sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) dapat juga berupa pidana ganti kerugian.

Penjelasan dari pasal ini mengatakan antara lain Untuk memberikan dasar hukum yang mantap, maka asas beriakunya hukum pidana adat tersebut diletakan dalam KUHP. Asas ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur dalam perundang-undangan, jadi merupakan hukum tertulis. Diakuinya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu".

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

3. Bahwa Hukum teristimewa pidana adat masih tetap diterapkan oleh pengadilan umum, dalam hal-hal yang tidak ada bandingannya terhadap peraturan-peraturan tersebut dengan pemakaian sanksi seperti hukuman kurungan pengganti atau hukuman denda sebagaimana dimaksud oleh eks Hukum Pidana yang telah dikodifikasikan. Juga hukum pidana adat, seperti yang diterapkan oleh hakim-hakim pengadilan desa merupakan suatu sumber tersendiri untuk Hukum Pidana yang keputusannya terpisah dan bebas tidak bergantung kepada keputusan keputusan hakim-hakim desa.

4. Untuk menyatakan suatu perbuatan merupakan suatu tindak pidana atau tidak, tetap dipakai rumusan asas legalitas formal, tetapi diimbangi dan diperluas keberumusan material yang memberi tempat kepada "hukum yang hidup di masyarakat". Jadi, landasan legalitas tidak hanya didasarkan kepada sumber hukum formal (sumber kekuasaan formal dari negara/UU), tetapi sumber hukum material (sumber kekuasaan dari masyarakat/hukum yang hidup atau hukum yang tidak tertulis).

Bagi Indonesia hukum bukanlah hanya berarti undang-undang sebagai produk badan legislatif saja, tetapi juga dan bahkan sebagian besar apa yang justru *hidup dalam masyarakat* sendiri sebagai suatu yang sudah menjiwai dan akan hidup terus serta didukung dalam perkembangannya.

B. Saran

3. Perlu diperhatikan bahwa walaupun hakim berwenang mempertimbangkan, memperhatikan kebutuhan-kebutuhan masyarakat, tetapi hakim tetap harus berpegangan kepada hukum. Kebebasan untuk menafsirkan sesuai dengan kebutuhan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat itu tidak berarti bahwa hakim boleh tidak setia kepada hukum.

4. Perlu diadakannya penelitian mengenai pembentukan hukum melalui putusan-putusan pengadilan, sebab hal ini sangat penting sebagai kontribusi dalam pembentukan hukum pidana nasional, yang selain tetap dapat menunjukkan adanya kepastian hukum, sangat penting juga adalah dapat memberikan/mencerminkan tertampungnya rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

- Abidin, Andi Zainal., *Asas-Asas Hukum Pidana Bagian Pertama*, Alumni, Bandung, Juli 1984.
- .,, *"KUHP Sekarang*; Erlangga, Jakarta, 2000..
- Apeldoorn, van., *Pengantar Ilmu Hukum*, PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 1984.
- Cordozo, Benjamin., *The Nature of the Judicial Process*; Yale University Press, New Haven, 1949.
- Di Pradja, R. Achmad S. Soema., *Hukum Pidana Dalam Yurisprudensi*; Armico, Bandung, 1990.
- Harahap, Yahya., *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHP*, Edisi Kedua, Sinar Grafika, Jakarta, Mei 1985.
- Hartono, C.F.G. Sunaryati., *Peranan Pengadilan Dalam Rangka Pembinaan dan Pembaharuan Hukum Nasional*, Bincipta, Bandung, 1975.
- ., *Anotasi Perkara Peninjauan Kembali Pidana umum "dalam Jurnal "Hukum Pidana dan Kriminologi*; Citra Aditya Bhakti, Edisi Pertama, Bandung, 1998.
- Mertokusumo, Sudikno, *"Penemuan Hukum"*, Liberty Yogyakarta, cetakan pertama, Januari 2000.
- Sidharta, B. Arief., *Peranan Praktisi Hukum Dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*'; Jurnal Hukum, Pusat Penelitian Perkembangan Hukum Lembaga Penelitian UNPAD, Nomor Perdana 1-1999, Bandung.
- Subekti, R., *Pembinaan Hukum Nasional*; Alumni, Bandung, 1975.
- Rancangan KUHP Terbitan Direktorat Perundang-undangan Direktorat Jenderal Hukum dan Perundang-Undangan Departemen kehakiman dan HAM, tahun 1999-2000.
- Yurisprudensi Indonesia Tahun 1979.
- Varia Peradilan, Tahun 10 No. 115, April, 1995.
- Varia Peradilan, Tahun XIII No. 151, April 1998.