

TINJAUAN YURIDIS TERHADAP PERBARENGAN TINDAK PIDANA DI DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA DI INDONESIA

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Di Indonesia prinsip kepastian hukum tidak berlaku sebagai prinsip tunggal dalam sistem hukum Indonesia. Sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman yang kemudian diganti oleh Pasal 28 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, selain menerapkan bunyi undang-undang, hakim juga harus menggali nilai-nilai keadilan yang hidup di dalam masyarakat. Hal ini berarti, selain kepastian hukum, dunia peradilan pun menekankan pada rasa keadilan. Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil amandemen juga menyatakan Indonesia adalah 'negara hukum' tanpa lagi mencantumkan embel-embel *rechstaat*. Perubahan ini untuk memberikan ruang, baik pada asas kepastian hukum sekaligus pada asas keadilan. Hal ini dipertegas di dalam Pasal 28 huruf h UUD 1945 yang menekankan pentingnya kemanfaatan dan keadilan. Kesimpulan yang didapat dalam pasal-pasal tersebut adalah bahwa baik kepastian hukum maupun pemenuhan rasa keadilan diakomodasi di dalam sistem hukum Indonesia.

Akomodasi atas keduanya kemudian menimbulkan dilema karena dalam praktek keduanya tidak diperlakukan secara integratif tetapi secara

alternatif. Akomodasi kedua prinsip tersebut yang dalam kenyataannya sering termanifestasi menjadi prinsip yang bertentangan menimbulkan ambiguitas orientasi dan cenderung kontradiktif. Aparat penegak hukum menjadi mempunyai dalih untuk memilih prinsip mana yang akan digunakan demi mencari kemenangan semata dan bukan mencari kebenaran. Secara etimologi, kata "kemanfaatan" berasal dari kata dasar "manfaat", yang menurut Kamus Bahasa Indonesia, berarti faedah atau guna. Hukum merupakan urat nadi dalam kehidupan suatu bangsa untuk mencapai cita-cita masyarakat yang adil dan makmur.

Bagi Hans Kelsen hukum itu sendiri adalah suatu *sollenskategorie* (kategori keharusan) bukannya *seinkategorie* (kategori faktual). Yang maksudnya adalah hukum itu dikonstruksikan sebagai suatu keharusan yang mengatur tingkah laku manusia sebagai makhluk rasional. Dalam hal ini yang dipersoalkan oleh hukum bukanlah 'bagaimana hukum itu seharusnya' (*what the law ought to be*) melainkan 'apa hukumnya' (*what is the law*). Sebagian orang berpendapat bahwa kemanfaatan hukum (*zweckmasigkeit*) sangat berkorelasi dengan tujuan pemidanaan terutama sebagai prevensi khusus agar terdakwa tidak mengulangi kembali melakukan perbuatan melawan hukum, dan prevensi umum setiap orang berhati-hati untuk tidak melanggar hukum karena akan dikenakan sanksinya. Oleh karena itu putusan hakim harus memberi manfaat bagi dunia peradilan, masyarakat umum dan perkembangan ilmu pengetahuan.¹

¹ Satjipto Rahardjo, *Teori Hukum (Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi)*, Genta Publishing, Cetakan Keempat, Jakarta, Mei 2013, Hlm.114.

Menurut SUDIKNOW MERTOKUSUMOW bahwa masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan atau penegakan hukum. Hukum itu untuk manusia, maka pelaksanaan hukum atau penegakkan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Jangan sampai justru karena hukumnya dilaksanakan atau ditegakkan malah akan timbul keresahan di dalam masyarakat itu sendiri. Sedangkan kemanfaatan hukum menurut JEREMY BENTHAM bahwa alam telah menempatkan umat manusia dibawah pemerintahan dan dua penguasa, yakni suka dan duka. Untuk dua raja itu juga menentukan apa yang akan kita lakukan dan apa yang mesti dilakukan. Dua raja itu juga menentukan apa yang akan kita lakukan, apa yang akan kita katakan dan apa yang kita pikirkan. Hukum sebagai tatanan hidup bersama harus diarahkan untuk menyokong si ‘raja suka’, dan serentak mengekang si ‘raja duka’. Dengan kata lain, hukum harus berbasis manfaat bagi kebahagiaan manusia. JEREMY BENTHAM, sebagai penganut aliran utilistik, hukum barulah dapat diakui sebagai hukum, jika ia memberikan kemanfaatan yang sebesar-besarnya terhadap sebanyak-banyaknya orang. Hubungannya ketiga unsur hukum tersebut diatas, hukum di Indonesia masih sangat jauh dari pelaksanaan ketiga unsur (Keadilan, Kepastian Hukum dan Kemanfaatan) hukum itu secara bersamaan.²

“Pada saat suatu undang-undang dibahas dan dibicarakan oleh legislatif, semua berpendapat sudah baik dan sempurna. Akan tetapi pada saat diundangkan, undang-undang tersebut langsung berhadapan dengan seribu

² R.O. Siahaan, *Hukum Pidana I*, RAO Press, Cetakan Pertama, Jakarta, Juli 2008, Hlm. 82.

macam masalah konkreto yang tidak terjangkau dan tidak terpikir pada saat pembahasan dan perumusan”.Ungkapan Poltaris yang kami kemukakan diatas bukan hanya “hipotesis” atau *maxim*. Akan tetapi, merupakan kenyataan yang tidak dapat dibantah! kenyataan tersebut disebabkan beberapa faktor:³

1. Keterbatasan manusia memprediksi secara akurat apa yang terjadi di masa yang akan datang. Secara filosofis manusia bersifat *ephemeral*. Terbatas jangkauan pandangan dan pemikiran serta nalarnya. Akal dan nalar mereka tidak dapat menembus kegelapan cakrawala masa depan yang terbentang menantang mereka. Bagaimanapun pintar dan tingginya ilmu manusia, tidak mungkin mencipta dan merumuskan suatu produk legislasi yang mampu “meliput” (mengcover) hal-hal konkreto di masa yang akan datang. Berdasar pandangan filosofis diatas, pada saat KUHAP dibuat, banyak hal-hal konkreto yang timbul sekarang, belum tertampung didalamnya yang yang perlu “dijembatani”.
2. Kehidupan masyarakat manusia baik sebagai kelompok dan bangsa – nasional regional, dan internasional – mengalami perubahan “dinamik”. Selalu terjadi perubahan masyarakat (*social change*). Perubahan merupakan “Hukum abadi” dalam sejarah kehidupan umat manusia:
 - dinamika perubahan semakin cepat dari hari ke hari,
 - paradigma perubahan yang dialami manusia pada era globalisasi sekarang pada tingkat *moving speedly*. Perubahan tidak lagi menghitung tahun, bulan, atau minggu, tapi menghitung hari dan jam.

³M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP Penyidikan dan Penuntutan*, Sinar Grafika, Cetakan Keenam, Jakarta, Agustus 2004, hlm. 12.

Setiap perubahan menggeser dan menyingkirkan “standar” dan “nilai” lama ke arah bentuk patokan dan kesadaran baru yang lebih aktual.

Dibidang hukum berlaku ajaran sosiologis yang memperingatkan *mutual interactive between social change and law development*.⁴

- Setiap terjadi perubahan sosial, selalu berdampak pembaruan hukum;
- Bahkan perubahan sosial menjadi “katalisator” pembaruan hukum.

Jika melihat umur KUHAP (37 tahun), dikaitkan dengan kondisi sosial, ekonomi, budaya, pendidikan, dan politik pada masa itu, memang sudah jauh berubah dibanding dengan masa sekarang.

Trend globalisasi yang diperankan “teknologi informasi” telah membuat masyarakat Indonesia menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari *global audience*. Menerima, melihat, dan mendengar segala nilai peradaban yang datang dari segala penjuru dunia dalam “perkembangan global” (*global village*). Dampak lebih jauh, masyarakat Indonesia sudah memasuki *global decentralisation* dalam segala bidang yang mendorong mereka ke arah “keterbukaan”. Oleh karena itu, tidak heran kenapa makin lantang suara yang menuntut *fair trial* :

- Proses penegakan hukum yang cepat (*speedy trial*),
- Penegakan asas “imparsialitas” sesuai dengan prinsip *presumption of innocent* dan melemparkan jauh-jauh sikap dan citra penegakan hukum yang bercorak *prejudice*,

⁴*Ibid.*, Hlm. 13.

- Tuntutan yang semakin keras atas penerapan *adversarial system* sesuai dengan asas *beyond a reasonable doubt*,
- Tuntutan yang semakin luas untuk menjadikan nilai-nilai HAM sebagai “ideologi universal” dalam penegakan hukum.

Menghadapi sekelumit tuntutan diatas, barangkali ada benarnya untuk mengatakan, sebagian rumusan dan standar KUHAP sudah kurang mampu menampung dan menjembatani berbagai permasalahan konkreto yang muncul dihadapan kita.

3. Pada saat undang-undang diundangkan langsung “konservatif”.

Hipotesis ini berlaku universal di mana pun. Hal itu dialami KUHAP. Dalam usianya yang 37 tahun berhadapan dengan cepatnya perubahan masyarakat Indonesia yang sudah dipengaruhi paradigma *moving speedly*, tampaknya beberapa ketentuan dan *law standart* (standar hukum) yang terdapat didalamnya, mungkin sudah mengalami:

- Sifat yang terlampau konservatif dan kaku (*strict law*),
- Akibatnya menimbulkan penerapan KUHAP bersifat “resistensi” dan reaktif terhadap tuntutan kesadaran perkembangan masyarakat.

Sehubungan dengan itu, dikaitkan dengan pandangan yang berkembang, yang mengatakan: tidak ada lagi undang-undang (hukum positif) yang bisa bertahan abadi, daya jangkauannya paling jauh 20-25 tahun tidak salah jika KUHAP sudah memerlukan peninjauan atas sebagian nilai dan standarnya untuk dikoreksi.

Pada saat sekarang muncul pendapat yang mengatakan: *Statutes tend to be created accordingly by expert for expert. Akibatnya statutory are complex.* Hukum dibuat oleh orang ekspert untuk orang ekspert. Tapi barangkali bukan itu saja permasalahan yang menyebabkan undang-undang semakin kompleks:

- Kehidupan sosial, ekonomi, politik, dan perubahan manusia yang hendak diatur, juga semakin kompleks sesuai dengan perkembangan dan pertumbuhan yang mereka lalui,
- Dalam kondisi yang seperti itu, undang-undang yang hendak mengatur tata kehidupan merekapun harus disesuaikan dengan rumusan yang kompleks. Mau tidak mau ketentuan undang-undang yang telah disusun menjadi kompleks.

Dampak lebih lanjut dari perumusan perundang-undangan yang semakin kompleks; produk hukum positif masa kini: sulit dirumuskan dalam ungkapan bahasa yang mencakup semua “pengertian” dan “permasalahan” secara menyeluruh. Menghadapi keadaan yang seperti ini, dalam kenyataan praktek sehari-hari, baik para praktisi hukum, apalagi masyarakat pencari keadilan selalu dihadapkan kepada berbagai masalah.

Kami yakin, hal yang demikian banyak terkandung dalam KUHAP. Begitu kompleks permasalaham yang harus ditampung dan dirumuskan dalam substansinya, mengakibatkan perumusan dan standarnya banyak yang tidak jelas. Jika diamati secara teliti barang kali akan ditemukan permasalahan-permasalahan berikut:

Perumusan yang Mengandung *Error*

Meskipun pada saat undang-undang dibuat rumusannya sudah diteliti berulang-ulang, sering terdapat undang-undang yang mengandung *Error*. Jika yang terjadi hanya *printing error* (kesalahan percetakan), tidak menjadi masalah serius. Akan tetapi, ada *error* yang sangat rumit dan kontroversial, antara lain:⁵

- *ill-considered*; pada saat merumuskan keliru pertimbangan atau tidak mendalam membahas landasan pemikiran dan dirumuskan tergesa-gesa. Rumusan yang tidak saksama dipertimbangkan pada saat undang-undang dibuat, bisa bersifat *defective meaning*. Artinya landasan pertimbangannya tidak rasional dan matang sehingga makna yang terkandung didalamnya “cacat”. Jika diterapkan sesuai dengan rumusan, bisa menimbulkan akibat yang “melenceng” atau bertentangan dengan tujuan yang dikendaki pembuat undang-undang dan kepentingan masyarakat.
- bisa juga terjadi perumusan yang mengandung konflik atau kontroversi. Antara undang-undang yang satu dengan undang-undang yang lain terkandung *error* yang bercorak kontroversi atau konflik yang disebut *conflict between different statutory*.
- bahkan bisa terjadi konflik atau kontroversi antara satu pasal dengan pasal yang lain dalam undang-undang yang bersangkutan yang disebut *conflict within the statutory*.

Dalam hal ini terjadi konflik atau kontroversi antara Pasal 272 Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) dengan Pasal 65 (*Concursus Realis/ Perbarengan*

⁵*Ibid.*, hlm. 15.

Perbuatan Pidana) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Yaitu akibat diundangkannya Pasal 272 KUHP, membuat Pasal 65 Ayat (1) KUHP tidak bisa diterapkan atau berlaku.

Adapun bunyi Pasal 272 KUHP dan bunyi Pasal 65 KUHP kami kutip kembali sebagai berikut:

Pasal 65 KUHP (*Concursus Realis/ Perbarengan Perbuatan Pidana*)

- 1) Dalam hal perbarengan beberapa perbuatan yang harus dipandang sebagai perbuatan yang berdiri-sendiri sehingga merupakan beberapa kejahatan, yang diancam dengan pidana pokok yang sejenis, maka dijatuhkan hanya satu pidana.
- 2) Maksimum pidana yang dijatuhkan ialah jumlah maksimum pidana yang diancam terhadap perbuatan itu, tetapi tidak boleh lebih dari maksimum pidana yang terberat ditambah sepertiga.

Pasal 272 KUHP

Jika terpidana dipidana penjara atau kurungan dan kemudian dijatuhi pidana yang sejenis sebelum ia menjalani pidana yang dijatuhkan terdahulu, maka pidana itu dijalankan berturut-turut dimulai dengan pidana yang dijatuhkan terdahulu, maka pidana itu dijalankan berturut-turut dimulai dengan pidana yang dijatuhkan lebih dahulu.

Bahwa perbarengan tindak pidana (*Concursus Realis*) menurut buku **Barda Nawawi Arief**, ada beberapa pandangan yaitu ada dua kelompok pandangan mengenai persoalan *Concursus* :⁶

1. Yang memandang sebagai masalah pemberian pidana a.l. Hazewinkel – Suringa.
2. Yang memandang sebagai bentuk khusus dari tindak pidana a.l: Pompe, Mezger, Mulyatno.

Selain itu di dalam KUHP diatur dalam Pasal 63 s/d 71 yang terdiri dari :

1. Perbarengan peraturan (*Concursus Idealis*) : Pasal 63;
2. Perbuatan berlanjut (*Delictum Continuatum/ Voortgezettehandeling*) : Pasal 64;
3. Perbarengan perbuatan (*Concursus Realis*) : Pasal 65 s/d 71.

Sedangkan pengertian menurut Barda Nawawi Arief tentang *Concursus Realis* (Pasal 65), apabila :

- Seseorang melakukan beberapa perbuatan;
- Masing-masing perbuatan itu berdiri sendiri-sendiri sebagai suatu tindak pidana (kejahatan atau pelanggaran); jadi tidak perlu sejenis atau berhubungan satu dengan yang lain.

Concursus Realis (Pasal 65 s/d 71).

- a. Untuk *Concursus Realis* berupa kejahatan yang diancam pidana pokok sejenis berlaku Pasal 65 yaitu hanya dikenakan satu pidana dengan

⁶ Barda Nawawi Arief, *Sari Kuliah Hukum Pidana II*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 1999, Hlm. 49.

ketentuan bahwa jumlah maksimum pidana tidak boleh lebih dari maksimum terberat ditambah sepertiga.

Misal :

A melakukan 3 jenis kejahatan yang masing-masing diancam pidana 4 tahun, 5 tahun, dan 9 tahun. Dalam hal ini yang dapat dijatuhkan ialah 9 tahun + $(1/3 \times 9)$ tahun = 12 tahun penjara;

Jadi disini berlaku sistem absorpsi yang dipertajam.

A melakukan 2 jenis kejahatan masing-masing diancam pidana penjara 1 tahun dan 9 tahun. Dalam hal ini, maksimum pidana yang dapat dijatuhkan ialah jumlah ancaman pidananya yaitu 10 tahun penjara. Jadi bukannya 9 tahun + $(1/3 \times 9)$ tahun = 12 tahun, karena melebihi jumlah maksimum pidana untuk masing-masing kejahatan tersebut.

Namun di dalam fakta di lapangan masih banyak ditemukan perkara yang masuk ke dalam *Concursus Realis* (Pasal 65), akan tetapi terpidana tersebut harus menjalani semua masa pidananya. Misalnya A dikenai 3 perkara pidana yang masing-masing dijatuhi pidana 9 tahun, 7 tahun dan 13 tahun. Seharusnya terpidana tersebut berdasarkan Pasal 65 hanya menjalani pidana tertinggi yaitu 13 tahun penjara ditambah sepertiga. Akan tetapi terpidana tersebut harus menjalani semuanya yaitu 9 tahun + 7 tahun + 13 tahun. Hal ini jelas melanggar ketentuan yang di atur di dalam Pasal 65 KUHP dan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 28 huruf h tentang Keadilan.

Hal ini lah yang menarik bagi penulis unuk melakukan penelitian dan menuangkannya dalam tesis ini dengan judul “Tinjauan Yuridis Terhadap

Perbarengan Tindak Pidana/ *Concursus Realis* Di Dalam Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia”.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan dari uraian latar belakang tersebut di atas, maka penulis ingin mengupas beberapa Permasalahan yang dijadikan obyek di dalam penulisan Proposal Tesis ini :

1. Apakah Pasal 65 KUHP (*Concursus Realis*/ perbarengan tindak pidana) dapat dilaksanakan sepenuhnya di dalam sistem peradilan pidana di Indonesia ?
2. Bagaimanakah cara mengatasi adanya pertentangan Pasal 65 KUHP (*Concursus Realis*/ perbarengan tindak pidana) dengan Pasal 272 KUHP?

C. Tujuan dan Manfaat Penelitian

1. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan saya membuat Tesis dengan judul “Tinjauan Yuridis Terhadap Perbarengan Tindak Pidana/ *Concursus Realis* Di Dalam Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia” adalah sebagai berikut :

- (1) Apakah Pasal 65 KUHP (*Concursus Realis*/ perbarengan tindak pidana) dapat dilaksanakan sepenuhnya di dalam sistem peradilan pidana di Indonesia.

- (2) Penulis ingin mengetahui cara mengatasi adanya pertentangan Pasal 65 KUHP (*Concursus Realis*/ perbarengan tindak pidana) dengan Pasal 272 KUHP.

2. Manfaat Penelitian

Menambah kajian Ilmu Hukum Pidana bagi Magister Ilmu Hukum Universitas Bhayangkara Jakarta Raya dan bagi seluruh kalangan Akademisi, sehingga diharapkan dapat dijadikan acuan untuk penelitian dan penelitian memiliki manfaat teoritis dan praktis. Adapun kedua kegunaan tersebut adalah :

a. Secara teoritis

Manfaat penelitiannya adalah untuk memberikan sumbangan dalam ilmu pengetahuan khususnya dalam bidang Hukum Pidana menyangkut penerapan Pasal 65 KUHP (*Concursus Realis*/ perbarengan tindak pidana), apakah bisa diterapkan secara tegas dan konsekuen dan tidak bersifat mandul akibat adanya Pasal 272 KUHP.

b. Secara Praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan masukan kepada para penyelenggara Negara (eksekutif, legislatif, maupun yudikatif) yang terkait erat dengan Penegakan Hukum agar memberikan rasa keadilan di dalam masyarakat.

D. Kerangka Teoritis, dan Bagan Teori

1. Kerangka Teoritis

Teori Savigny menyatakan Hukum itu Jiwa Rakyat :

Di bawah term *volkgeist*, savigny mengkonstruksi teorinya tentang hukum. Menurut Savigny, terdapat hubungan organik antara hukum dengan watak atau karakter suatu bangsa. Hukum hanyalah terminan dari *volkgeist*. Oleh karena itu, 'hukum adat' yang tumbuh dan berkembang dalam rahim *volkgeist*, harus dipandang sebagai hukum kehidupan yang sejati. Hukum sejati itu, tidak dibuat. Ia harus ditemukan. Legislasi hanya penting selama ia memiliki sifat deklaratif terhadap hukum sejati itu. Jelaslah tugas penting di bidang hukum bukan sibuk membuat aturan ini dan itu. Sebaliknya, yang perlu digiatkan adalah menggali mutiara nilai hukum dalam kandungan kehidupan rakyat. Begitu juga, persoalan utama dalam pengelolaan hukum, bukan membentuk asas dan doktrin secara artifisial. Tapi menemukan asas dan doktrin dalam nilai-nilai hukum yang hidup. Kita harus mengenal, menemukan, dan memahami nilai-nilai dari hukum sejati itu dalam kancan kehidupan bangsa pemiliknya. Dan untuk memahami nilai-nilai hukum itu, tidak tersedia cara lain kecuali menyelami inti jiwa dari rakyat. Jiwa rakyat itu, bukanlah sesuatu yang dekadent atau statis. Ia merupakan mosaik yang terkonstruksi dari proses sejarah, dan akan terus berproses secara historis. Oleh karena itu, perlu perlengkapan metode budaya dan historis.⁷

Teori Hans Kelsen menyatakan Hukum Itu Normatif Karena Grundnorm:

⁷ Satjipto Rahardjo, *Teori Hukum, Ibid.*, Hlm. 94.

Seperti halnya Stammler sebagai eksponen Neo-Kantian mazhab Marburg, Kelsen juga bertolak dari dualisme Kant antara 'bentuk' dan 'materi'. Namun demikian, ia berseberangan dengan Stammler. Kelsen tidak sependapat dengan Stammler yang menerapkan model Kant tersebut pada bidang kehendak. Sebaliknya mengikuti Kant, Kelsen mengamini perbedaan antara bidang 'ada' (sein) dan bidang 'harus' (sollen) sebagai dua unsur dari pengetahuan manusia. Bidang Sein berhubungan dengan alam dan fakta (yang seluruhnya dikuasai oleh rumus sebab-akibat). Sedangkan bidang Sollen justru berkaitan dengan kehidupan manusia (yang dikuasai kebebasan dan tanggungjawab). Itulah sebabnya, dalam bidang Sollen, digumuli soal kebebasan dan tanggung jawab manusia itu. Tiap-tiap manusia memiliki kebebasan, tapi dalam hidup bersama ia memikul tanggung jawab menciptakan hidup bersama yang tertib. Tapi untuk mewujudkan hidup bersama yang tertib itu, perlu pedoman-pedoman yang obyektif yang harus dipatuhi bersama pula. Pedoman inilah yang disebut hukum. Bidang Sollen, (dimana hukum terhisap di dalamnya), kata Kelsen, dikuasai oleh prinsip tanggungan (prinzip der zurechnung), yakni 'bila hal ini terjadi, maka seharusnya hal itu terjadi pula'. Dengan kata lain, jika hukum telah menentukan pola perilaku tertentu, maka tiap orang seharusnya berperilaku sesuai pola yang ditentukan itu. Singkatnya, "orang harus menyesuaikan diri dengan apa yang telah ditentukan". Di sinilah letak sifat normatif dari hukum. Keharusan dan kewajiban menaati hukum, melulu karena telah ditentukan demikian (secara yuridis-formal), bukan karena nilai yang dikandung dalam materi hukum itu sendiri. Dari sinilah kita kenal term

‘yuridis-normatif’. Pertanyaan yang kemudian muncul adalah, dari mana sumber pedoman-pedoman obyektif itu? Kata Kelsen, sumber semua itu adalah dari *grundnorm* (norma besar). *Grundnorm* menyerupai sebuah pengandaian tentang ‘tatanan’ yang hendak diwujudkan dalam hidup bersama (dalam hal ini, negara). Kelsen sendiri tidak menyebut isi dari *grundnorm* tersebut. Ia hanya katakan, *grundnorm* merupakan syarat transedental-logis bagi berlakunya seluruh tata hukum. Seluruh tata hukum positif harus berpedoman secara hirarki pada *grundnorm*. Dengan demikian, secara tidak langsung, Kelsen juga sebenarnya membuat teori tentang tertib yuridis. Dengan menggunakan konsep *Stufenbau* (lapisan-lapisan aturan menurut eselon), ia mengkonstruksi pemikiran tentang tertib yuridis. Dalam konstruksi ini, ditentukan jenjang-jenjang perundang-undangan. Seluruh sistem perundang-undangan mempunyai suatu struktur piramidal (mulai dari yang abstrak yakni *grundnorm* sampai yang konkret seperti undang-undang, peraturan pemerintah, dan lain sebagainya). Jadi menurut Kelsen, cara mengenal suatu aturan yang legal dan tidak legal adalah mengeceknya melalui logika *stufenbau* itu, dan *grundnorm* menjadi batu uji utama. Versi lain diajukan oleh penganut positivisme yuridis kontemporer, yakni H.L.A. Hart. Ia mengajukan kriteria untuk membedakan antara peraturan yuridis dan tidak yuridis. Menurut Hart, secara umum pengertian Austin tentang hukum tepat, sebab benarlah, bahwa perintah-perintah yang disebut hukum, dikeluarkan oleh seorang yang berkuasa dan bahwa perintah-perintah itu biasanya ditaati. Tapi itu tidak cukup. Untuk mengetahui suatu peraturan bersifat legal, dan karenanya sungguh-sungguh hukum, kata Hart, minimal

kita harus insaf tentang dua jenis kaidah hukum. Ada kaidah hukum yang menentukan kelakuan orang (kaidah primer) dan ada kaidah hukum yang menentukan syarat bagi berlakunya kaidah primer tersebut (kaidah sekunder). Kaidah sekunder itu disebut petunjuk pengenal (rules of recognition), sebab kaidah itulah yang memberitahu kepada kita manakah hukum yang sah itu. Petunjuk pengenal itu berkaitan dengan kompetensi di bidang hukum. Karena adanya petunjuk itu, masyarakat menerima undang-undang dan peraturan-peraturan tertentu sebagai berlaku. Terdapat macam-macam petunjuk pengenal bagi berlakunya hukum, misalnya dekrit presiden, peraturan DPR, statuta, dan lain sebagainya. Petunjuk pengenal yang paling ultim (ultimate rule of recognition), biasanya ditentukan dalam konstitusi.⁸

Lingkungan berlakunya KUHP menurut waktu : dimaksudkan, bahwa perbuatan seseorang baru dapat dikatakan kejahatan atau pelanggaran bila telah diatur sebelumnya oleh KUHP, yang berlaku pada saat itu. Jadi hukum positif dari KUHP kata *Montesquieu*; dalam pelaksanaan asas ini, bahwa seorangpun tidak boleh di hukum jika perbuatannya tidak diancam dengan hukuman oleh sesuatu peraturan yang ditetapkan dengan persetujuan rakyat (parlemen). Menuangkan asas legalitas menjadi norma hukum dimaksudkan untuk memberikan kepastian hukum dan perlindungan HAM, bagi warga suatu negara dari perlakuan semena-mena penguasa, raja, atau suatu rejim yang memerintah. Asas legalitas mensyaratkan bahwa seseorang baru dapat dihukum apabila UU telah mengaturnya terlebih dahulu tentang

⁸ *Ibid.*, Hlm. 114-116.

perbuatan apa saja yang dilarang dan hukuman apa yang harus diterimanya bilamana perbuatan itu dilakukannya. Makna asas legalitas seperti tertuang dalam Pasal 1 ayat (1) KHUP, menurut Groenhuijsen :

1. Bagi pembuat UU : untuk tidak memberlakukan suatu ketentuan pidana berlaku mundur dan semua perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik sejelas-jelasnya.
2. Bagi hakim : dilarang menyatakan bahwa terdakwa melakukan perbuatan melawan hukum didasarkan hukum tidak tertulis atau hukum kebiasaan dan terhadap peraturan hukum pidana dilarang diterapkan analogi.

Dengan demikian, setiap orang akan menyadari bahwa kejahatan dan pelanggaran yang ditimbulkannya akan menyebabkan terganggunya kehidupan bersama di dalam masyarakat, akan ada orang yang mengalami penderitaan, dan kosekuensinya seseorang yang telah melakukan kejahatan maka ia juga harus mengalami penderitaan sekalipun tidak sama persis dengan penderitaan yang dialami korban perbuatannya tetapi hal tersebut dapat dipersamakan dalam bentuk-bentuk hukuman yang diatur oleh UU. Ajaran Montesquieu, oleh Anselm von Feuerbach (1775-1833) dalam teorinya preferensi general atau desakan *psychologis*, telah diperbaiki dengan mengatakan : belum ada cukup alasan untuk menghukum seseorang jika perbuatannya diancam hukum oleh sesuatu peraturan pidana, akan tetapi peraturan itu sudah mesti diwujudkan dan berlaku sbelum perbuatan itu dilakukan. Segala orang mesti dapat mengentahui pada waktu mereka mengadakan sesuatu peristiwa pidana. Bahwa perbuatan itu adalah desakan *psychologis* untuk mencegah nafsu orang hendak melakukan kejahatan.

Menghukum seseorang karena melakukan perbuatan yang tidak lebih dahulu dengan peraturan UU diancam hukuma, dianggap bertentangan dengan keadilan. Ajaran von Anselm Feuerbach diambil dari sebuah pepatah dalam bahasa romawi, berbunyi :*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*, yang kemudian dicantumkan dalam pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia : Tidak ada perbuatan yang boleh dihukum, selain atas kekuatan aturan pidana dalam UU, yang diadakan pada waktu sebelumnya perbuatan itu terjadi. Pasal 1 ayat (1) KUHP sekaligus memberi pengertian bahwa berlakunya hukum pidana positif mengandung ratio :

1. Sumber hukum pidana adalah UU yang tertulis, bukan hukum pidana adat atau peraturan lainnya yang tidak tertulis.
2. Hukum pidana tidak berlaku surut, artinya sesuatu perbuatan hanya dapat dihukum, jika pada waktu dilakukannya perbuatan itu sudah terdapat peraturan yang melarang perbuatan itu, serta ancaman hukuman yang diberikan. Jadi kalau A pada tanggal 31 Mei melakukan sesuatu kejahatan yang diancam hukuman 5 tahun, sedangkan pada saat itu telah berlaku UU baru yang kejahatannya tadi diancam hukuman 3 tahun, maka yang berlaku padanya, bukanlah UU yang diancam hukuman 5 tahun, melainkan UU yang mengancam hukuman 3 tahun.
3. Larangan penafsiran analogis; hampir sama, serupa. Maksudnya kalau perbuatan yang sedikit saja berbeda dengan apa yang diatur dalam peraturan hukum pidana, orang itu tidak dapat dihukum dengan peraturan hukum pidana yang hampir sama bunyinya dengan perbuatan tadi. Orang itu baru dapat dihukum, menurut larangan penafsiran

analogi ini adalah apabila ia telah melakukan segala apa yang diatur/tercantum dalam pasal yang bersangkutan maka padanya berlakulah pasal itu.

Larangan ini timbul pada masa dimana kepentingan individu, terutama terdakwa dianggap lebih besar dari pada kepentingan publik dan kepentingan umum disamping itu bula KUHP ditafsirkan secara analogis: maka KUHP akan diperluas dengan memperlakukannya terhadap perbuatan yang tidak dilarang dan yang tidak diharuskan, yang mengakibatkan atau menimbulkan suatu keadaan dimana tidak terdapat kepastian hukum.

Mengenai hal ini van Schravendijk memberi komentar “memang satu kita UU tidak bisa mengatur segala hal yang mungkin akan terjadi semakin lama atau kodifikasi, semakin banyak terjadi perkara baru yang belum timbul pada waktu kodifikasi diwujudkan, jika menurut arti kata-kata satu pasal tidak dapat dipakai untuk memutuskan suatu perkara, maka kadang-kadang kepadanya dapat diberi satu arti yang lain dengan menfasirkan pasal itu secara sistematis, teleologis atau menurut sejarah. Akan tetapi kerap kali tidak mungkin satu pasal direnggangkan sehingga olehnya diliputi satu hal yang sebetulnya tidak diatur. Maka perlu dipakai satu pasal lain yang mengatur satu hal yang analog, sebab 22 PUP melarang para hakim menolak suatu perkara perdata dengan alasan, bahwa tidak ada peraturan yang mengurus hal itu. Pasal yang lain itu harus berdasar atas alasan-alasan yang juga berlaku terhadap yang hendak diputuskan.

Dengan larangan analogi, akan tidak memberi kesempatan kepada para pejabat untuk “melecut dicelah jaring UU pidana” dan pada masa sekarang bukanlah lagi eranya, mengutakan kepentingan perseorangan dari pada kepentingan umum. Disamping itu van Schravendijk lebih condong menolak larangan penafsiran analogis. Ia memberi contoh dengan membandingkan hukum perdata yang tidak melarang penafsiran analogi, misalnya pasal 1576 KUHPerdata, menentukan bahwa jika dijual sebuah rumah atau sebidang tanah yang sudah disewakan, maka sewa itu tetap berlaku. A menyewa rumahnya selama 10 tahun kepada B. Satu tahun kemudian rumah itu diberi (hibah) oleh si A kepada C. Apakah C boleh mengubah atau memberhentikan perjanjian sewa itu? Hal itu tidak diatur oleh KUHPerdata akan tetapi peristiwa yang diatur oleh pasal 1576, penyewa dilindungi terhadap pemilik baru. Tentang soal tersebut pembuat UU hanya mengatur perolehan milik yang biasa ialah dengan jalan pembelian. Akan tetapi alasan pasal 1576 juga berlaku tentang peristiwa tersebut diatas sehingga pantas pasal itu dijalankan analogis terhadapnya. Jadi perjanjian sewa itu berlaku terus terhadap B. Sama halnya dengan pencurian tenaga listrik, yang dimasukkan ke dalam pasal 362 KUHP, adalah anggapan yang ditafsirkan sehingga tenaga listrik disamakan dengan barang. Memang penafsiran analogis untuk masa kini memang perlu.

4. Dalam hukum pidana harus tercantum ancaman hukuman. Pengertian ini adalah untuk mempermudah berapa besar hukuman yang akan diberikan kalau peraturan hukum pidana itu melanggar. Sesuatu

perbuatan yang bagaimana pun harus dicela, tidaklah dapat dihukum, jikalau tidak dari semula sudah diadakan larangan oleh atau kuasa UU. UU yang mengandung ancaman hukuman.

5. Hukum pidana bekerja untuk kedepan. Dengan disebutnya hukum pidana tidak perlu surut, maka dimaksudkan peraturan itu bukanlah melihat peristiwa-peristiwa dimasa lalu, dimana hukum pidana masih dalam taraf *ius constituendum* atau masih dicita-citakan. Tidak berlaku surutnya hukum pidana, sebenarnya telah memberi penafsiran yang memberi kemungkinan hukum pidana mana yang diperlukan seandainya perubahan hukum pidana? Padahal hukum pidana tafsiran pasal 1 ayat (1), berlaku hanya untuk kedepan, mengatur peristiwa pidana yang terjadi setelah hukum pidana diundangkan.

Penjatuhan pidana melalui UU merupakan cara yang terbaik untuk menghindari adanya pembalasan yang semena-menadari pihak yang dirugikan atau kelompoknya. Pemberian pidana merupakan suatu bentuk pernyataan instink dari setiap orang untuk mengadakan pembalasan pada umumnya korban atau keluarga korban akan selalu memberikan reaksi atau pembalasan yang setimpal mengikuti setiap kejahatan yang dialaminya sekalipun tidak jarang baru dapat dilakukan kemudian hari. Dalam pandangan Kant, penjatuhan pidana terhadap perbuatan jahat atau kejahatan, merupakan kewajiban moral. Penjatuhan pidana tidak pernah dapat diberikan sebagai sara untuk mencapai kebaikan, baik menyangkut si penjahat sendiri maupun korban atau keluarga korban dan masyarakat.

Dalam segala situasi, pemberian pidana dapat dijatuhkan atas seseorang hanya karena si individu penjahat terbukti melakukan suatu kejahatan.

Penjatuhan pidana memang harus diberikan karena manusia adalah makhluk berbudi yang tidak sempurna yang menyebabkan manusia selalu bertindak tidak menuruti prinsip-prinsip objektif, ia kerap lemah dan jatuh disebabkan kemauannya yang selalu mengikuti keinginan-keinginan tertentu atau dorongan-dorongan irasional atau subjektif didalam dirinya, lantaran budi tidak sepenuhnya menguasai pelbagai nafsunya. Prinsip objektif bersifat “harus” disebut perintah budi, rumusan dari perintah budi itu bersifat “wajib”, dan oleh Kant disebut imperatif.

Pemberian pidana akan semakin relevan apabila dihubungkan dengan sifat manusia yang selalu ingin hidup bebas, rakus, ingin menguasai sesama manusia atau berada diatas manusia lainnya, sikap hedonistik, sehingga Thomas Hobbes membuat pernyataan bahwa, manusia selalu menjadi serigala bagi manusia lainnya (*homo homini lupus*). Menurut Kant bahwa di dalam diri manusia ada sifat, baik hewani dan egoistik maupun sifat budiah dan hormat pada hukum yang diawali dari suatu kehidupan yang primitif dan nyaris sepenuhnya hewani, karena tidak diatur oleh suatu aturan hukum melainkan oleh kekuatan fisik, siapa kuat, dia berkuasa, yang menyebabkan peperangan antar suku, klen, dan desa.

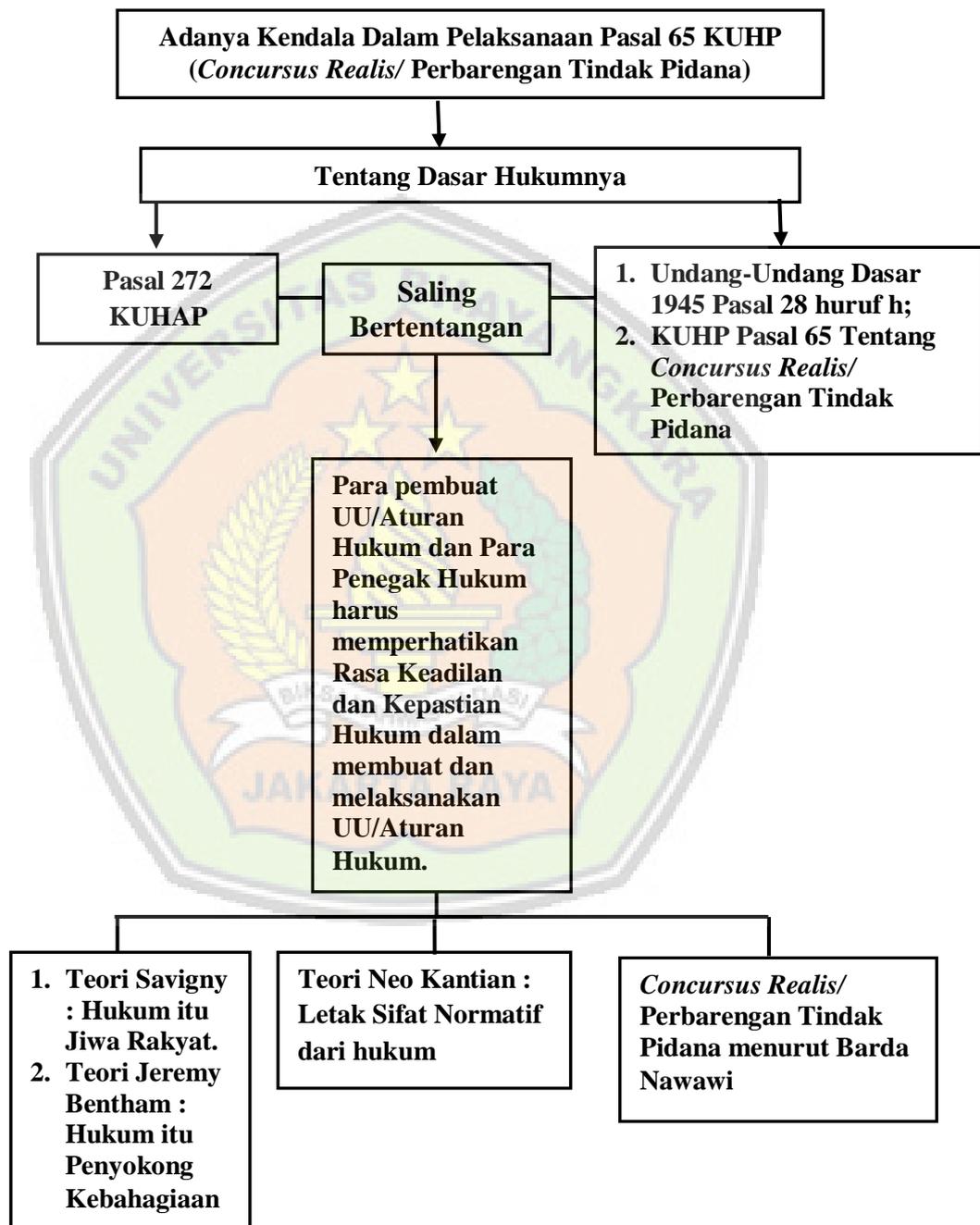
Perbuatan jahat, *criminal acting*, dalam teori retributivisme Kant, identik dengan penyimpangan *imperativekategoris*, yang tidak menghargai HAM seseorang sehingga pelaku kejahatan perlu mendapat ganjaran, (*desert*), atas perbuatan jahatnya dengan ketentuan ia mendapat pidana karena ia memang

patut mendapatnya, tetapi sebaliknya ia tidak mendapat pidana bila ia tidak patut menerimanya. Pendapat Kant ini kemudian memberikan stigma atau anggapan bahwa teori retributivisme sebagai suatu ajaran balas dendam, *lex talionis*.⁹



⁹ R.O. Siahaan, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, RAO Press, Cetakan Kedua (Edisi Revisi), Jakarta, Mei 2012, Hlm. 32-40.

2. Bagan Teori



E. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Penelitian yang dilakukan untuk tesis ini adalah penelitian hukum yuridis normatif (*normative legal research*), yaitu penelitian yang dilakukan dengan cara mengkaji peraturan perundang-undangan yang berlaku atau diterapkan terhadap suatu permasalahan hukum tertentu. Penelitian yuridis normatif seringkali disebut dengan penelitian doktrinal, yaitu penelitian yang objek kajiannya adalah dokumen peraturan perundang-undangan dan bahan pustaka.¹⁰

Pada Tesis ini, peneliti mengkaji Tinjauan Yuridis Normatif Tentang Perbarengan Tindak Pidana/ Concursum Realis Di Dalam Sistem Peradilan Pidana Di Indonesia.

2. Data dan Sumber Data

a. Data Sekunder

Data sekunder, yaitu data-data dalam bentuk tertulis. Keutamaan dari data sekunder yaitu :

- 1) Pada umumnya data sekunder dalam keadaan siap terbuat dan dapat dipergunakan dengan segera.
- 2) Baik bentuk maupun isi data sekunder, telah dibentuk dan diisi oleh peneliti-peneliti terdahulu, sehingga peneliti kemudian tidak

¹⁰ Soedjono dan H. Abdurrahman. "*Metode Penelitian Hukum*", Rineka Cipta, Jakarta. 2003. Hlm. 56.

mempunyai pengawasan terhadap pengumpulan, pengolahan, analisis, maupun konstruksi data.

3) Tidak terbatas waktu maupun tempat.

Data sekunder biasanya digolongkan kedalam beberapa bentuk bahan hukum, yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier.

a) Bahan Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang mengikat, meliputi putusan Hakim, norma atau kaidah dasar, peraturan dasar, peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, traktat, bahan-bahan hukum yang tidak dikodifikasi. Dalam proposal Tesis ini penulis menggunakan bahan hukum primer yang meliputi :

- 1) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945;
- 2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 jo Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP);
- 3) Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana;

b) Bahan Hukum Sekunder, yaitu memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, meliputi rancangan Undang-Undang, hasil penelitian, hasil karya dari kalangan hukum/literatur. Adapun nama-nama literatur tersebut dicantumkan oleh penulis dalam Daftar Pustaka.

c) Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, meliputi kamus, artikel ilmiah, dan lain-lain sebagai penunjang.¹¹

3. Teknik Pengumpulan Data, yaitu pengumpulan data dari lapangan dengan menggunakan beberapa teknik diantaranya adalah:

a. Teknik Observasi,

Teknik pengumpulan data dengan cara melihat atau mengamati langsung pada obyek penelitian di lapangan.

b. Teknik Wawancara

Adalah teknik pengumpulan data dengan wawancara langsung dengan pihak yang erat hubungannya dengan penelitian agar data yang diperoleh lebih jelas dan akurat.

c. Teknik Dokumentasi

Adalah teknik pengumpulan data yang diperoleh dari dokumen yang berupa putusan hakim, arsip atau naskah lainnya yang diperoleh dari instansi yang berhubungan dengan penelitian.

4. Analisis Data

Data-data yang terkumpul akan disusun secara deskriptif kualitatif yaitu prosedur pemecahan masalah yang diteliti dengan cara memaparkan data-data yang diperoleh dari lapangan baik data primer maupun data sekunder. Hal ini dimaksudkan untuk mendapatkan suatu kebenaran yaitu

¹¹*Ibid.* Hlm. 51-52.

dengan menguraikan data yang sudah terkumpul sehingga dengan demikian dapat dilakukan pemecahan masalah.

F. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan ini terbagi menjadi 5 (lima) bab yaitu sebagai berikut:

- BAB I : PENDAHULUAN
DALAM BAB INI AKAN DIURAIKAN MENGENAI LATA BELAKANG, PERUMUSAN MASALAH, TUJUAN DAN MANFAAT MASALAH, KERANGKA PEMIKIRAN, METODE PENELITIAN, DAN SISTEMATIKA PENULIS.
- BAB II : TINJAUAN TEORI PEMBERIAN SANKSI PIDANA DI DALAM SISTEM HUKUM PIDANA DI INDONESIA
- BAB III : APAKAH PASAL 65 KUHP (*CONCURSUS REALIS* / PERBARENGAN TINDAK PIDANA) DAPAT DILAKSANAKAN SEPENUHNYA DI DALAM SISTEM PERADILAN PIDANA DI INDONESIA.
- BAB IV : CARA MENGATASI ADANYA PERTENTANGAN PASAL 65 KUHP (*CONCURSUS REALIS*/ PERBARENGAN TINDAK PIDANA) DENGAN PASAL 272 KUHP.
- BAB V : PENUTUP
SIMPULAN DAN SARAN