

Publikasi Berkala
Gagasan Konseptual
Kajian Teoritis, dan
Hasil Penelitian

JURNAL ILMU HUKUM

AMANNA GAPP

Vol. 20 Nomor 1, Maret 2012

ISSN 0853 - 1609

HAK LINGKUNGAN (*ENVIRONMENTAL RIGHT*) DAN PERKEMBANGAN *STANDING* DI INDONESIA
A'an Efendi

APLIKASI PSIKOLOGI HUKUM DALAM KOMPETENSI HAK ASUH ANAK
Damang

TELAAH ATAS REFORMA AGRARIA UNTUK KEADILAN DAN KESEJAH TERAAN DALAM TATARAN TEORI KEBENARAN
Asmarani Ramli

ANALISIS KEPRES NO. 36 TAHUN 1990 TERHADAP PERLINDUNGAN ANAK JALANAN DI KOTA-KOTA BESAR INDONESIA
Tri Fenny Widayanti

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP HUBUNGAN KEWENANGAN ANTAR PEMERITAHAN DAERAH
Aswiwin Sirua

PENYEDERHANAAN DAN PEMBENAHAN PARTAI POLITIK MENUJU SISTEM PRESIDENSIALISME YANG IDEAL
Fitri Nella Patonangi

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP KONSEP PENIADAAN PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA
Ahmad Rifai Rahawarin

PENERAPAN PRINSIP *LEX MERCATORIA* SEBAGAI SALAH SATU SUMBER HUKUM ARBITRASE INTERNASIONAL
Andi Bau Mallarangeng

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 102/PUU-VII/2009

Romi Librayanto

Teori hukum refleksif oleh Gunther Teubner, mensyaratkan agar evolusi hukum membawa pengaruh, baik internal maupun eksternal hukum. Rematerialisasi hukum harus memerhatikan sistem sosial yang ada, di mana hukum merupakan subsistem dari berbagai subsistem lain dari sistem sosial.

*Beranjak dari pemikiran tersebut, kehadiran Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraan Indonesia diharapkan mampu menjaga konstitusi. Dengan kewenangan *judicial review* yang dimilikinya, Mahkamah Konstitusi hendaknya dapat menuntun (setidaknya dengan salah satu cara) evolusi hukum di Indonesia agar hukum mampu menjadi acuan bagi masyarakat Indonesia yang terdiferensiasi secara fungsional.*

JURNAL ILMU HUKUM

Amanna Gappa

Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin

ISSN: 0853-1609

Surat Keputusan Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Nomor 4212/H4.7/KP.23/2011 tentang Pengelola Jurnal Ilmu Hukum Amanna Gappa
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Tanggal 15 Juni 2011

Penanggung Jawab	: Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.Si., DFM
Ketua Pengarah	: Prof. Dr. M. Guntur Hamzah, S.H., M.H
Wakil Ketua Pengarah	: Prof. Dr. Musakkir, S.H., M.H
Penyunting Pelaksana	: Zulkifli Aspan, S.H., M.H
Sekretaris Penyunting	: Amir Ilyas, S.H., M.H
Dewan Penyunting	: Prof. Dr. Muhammad Ashri, S.H., M.H : Prof. Dr. Faisal Abdullah, S.H., M.H : Prof. Dr. S.M. Noor, S.H., M.H : Dr. Anshori Ilyas, S.H., M.H
Penyunting Penyelia (Ahli)	: Prof. Dr. Abdul Razak, S.H., M.H : Prof. Dr. Alma Manuputty, S.H., M.H : Prof. Dr. Irwansyah, S.H., M.H : Dr. Sudirman Saad, S.H., M.H
Bidang Pengembangan dan informasi	: Romi Librayanto, S.H., M.H : Winner Sitorus, S.H., M.H., LL.M : Aulia Rifai, S.H., M.H : Muhammad Aswan, S.H., M.Kn : Tri Fenny Widayanti, S.H., M.H
Tata Usaha dan Distribusi	: Haeranah, S.H., M.H : Muhammad Nursalam, S.H : Kaiseruddin Kamaruddin, S.H : Ismail Alrif, S.H
Tata Letak/Lay Out	: M. Zulfan Hakim, S.H., M.H : Muhammad Ilham Arisaputra, S.H., M.Kn : Ahsan Yunus, S.H
Alamat Redaksi	: Kantor Fakultas Hukum Tamalanrea Jl. Perintis Kemerdekaan KM. 10, Tamalanrea, Makassar, 90245. Telp/Fax: 0411-587219; 081342611688
Website	: jurnalamannagappa.com
E-mail	: admin@jurnalamannagappa.com

Hak Cipta Dilindungi Undang-Undang
Dilarang keras mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh isi buku ini tanpa
Izin tertulis dari penerbit

All rights reserved
Confidential information – Not to be without written permission from publisher

PERSPEKTIF HUKUM REFLEKSIF TERHADAP KONSEP PENIADAAN PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA

Oleh:

Ahmad Rifai Rahawarin

Fakultas Hukum Universitas Yapis Papua

E-mail: fais_raha@yahoo.co.id

Abstract: *Rematerialitation law as an alternative way out is mostly done in addressing the state law known as the crisis. Resulting in a change of legal thought from formal to substantive rationality rationality in the form of criminal law reform by adding several reasons suppression of crime in the Criminal Code Bill in the form of (1) the absence of nature against the law, (2) Do not know/misguided about the state or laws, (3) good faith carrying out orders given position without authority, (4) there is no error, (5) not reached the age of 12 (twelve) years.*

Keywords: *Reflection of Law, Removal of Criminal, Criminal Law Reform*

Abstrak: *Rematerialisasi hukum sebagai sebuah alternatif jalan keluar banyak dilakukan dalam mengatasi keadaan yang dikenal dengan krisis hukum. Sehingga terjadi perubahan pemikiran hukum dari rasionalitas formal ke rasionalitas substantif dalam bentuk pembaharuan hukum pidana dengan menambah beberapa alasan peniadaan pidana dalam RUU KUHP berupa (1) tidak adanya sifat melawan hukum; (2) Tidak mengetahui/sesat mengenai keadaan atau hukumnya; (3) Dengan iktikad baik melaksanakan perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang; (4) Tidak ada kesalahan; (5) Belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun.*

Kata Kunci: *Hukum Refleksif, Peniadaan Pidana, Pembaharuan Hukum Pidana*

PENDAHULUAN

Hukum pidana menempati posisi penting dalam seluruh sistem hukum dalam suatu Negara. Meskipun masih dipertanyakan manfaatnya dalam menyusun tata masyarakat yang tertib dan damai, tetapi semakin penting dipelajari segi-seginya untuk menunjang seluruh sistem kehidupan di dalam masyarakat.¹ Sehingga sering dikatakan apabila hukum pidana itu “rusak” maka “rusaklah” semua sistem hukum yang ada.

Pentingnya hukum pidana itu juga karena hukum pidana ini menyangkut hukum yang bersifat publik. Simons berpendapat bahwa hukum pidana termasuk kedalam hukum publik karena ia mengatur hubungan antara individu dan masyarakat/negara dan dijalankan untuk kepentingan masyarakat serta hanya diterapkan jika masyarakat itu sungguh-sungguh memerlukannya.² Sedemikian pentingnya itu pula hukum pidana tidak bisa dilihat hanya

¹ Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*. Edisi Revisi, Penerbit Rineka Cipta Cetakan Kedua, Jakarta, 1994, hlm. 1.

² Andi Hamzah. *Ibid.* hlm. 7.

dalam undang-undang saja, tetapi juga ada kesepakatan dalam ilmu hukum pidana yang tidak perlu diatur dalam undang-undang pidana.

Hukum senantiasa diperbaharui guna menjawab perubahan global, perubahan nasional maupun perubahan masyarakatnya. Karena hukum pidana yang di gunakan sekarang ini masih merupakan peninggalan Belanda sebagai warisan jajahan yang di nilai sudah tidak sesuai lagi dengan rasa keadilan masyarakat sehingga perlu diadakannya pembaharuan. Namun pembaharuan tersebut harusnya berdasarkan jiwa bangsa (*volksgeist*) yang merupakan pandangan dari mazhab sejarawan yang di pelopori oleh Friedrich Karl Von Savigny.³

Bentuk-bentuk hukum yang menekankan pada kekuasaannya mulai dikritisi dan diubah menjadi aturan hukum yang lebih mengakar kepada keinginan masyarakat luas, oleh Nonet dan Selznick bahwa Hukum represif sebagai tatanan hukum yang tidak menjamin keadilan substantif, memiliki potensi yang membuat otoritas penguasa semakin efektif demi mempertahankan *status quo*,⁴ sehingga bentuk hukum yang dikenal sebagai rasionalitas formal, diarahkan kepada rasionalitas substansif. Adanya upaya tersebut perlu dilakukan suatu usaha sebagai rematerialisasi hukum sehingga terus ada upaya dalam menuju suatu tatanan hukum modern.

Menurut teori hukum modern yang dikemukakan oleh Charles Samprod bahwa Hukum Modern adalah hukum yg substansinya sesuai dengan rasa keadilan masyarakat (ukuran modern atau tidak bukan siapa yang Membuat, dari negara mana tetapi yang menentukan adalah substansi) hal ini terkait dengan pandangan David Angel tentang *Law Time and Community* bahwa hukum harus selalu dikaitkan dengan waktu dan masyarakat, mungkin pada waktu tertentu serta masyarakat tertentu suatu hukum menjadi modern, begitu sebaliknya pada waktu tertentu serta masyarakat tertentu suatu hukum menjadi tidak modern.⁵

Dengan demikian maka orientasi hukum dan masyarakat harus senantiasa didengarkan agar bagian dari warisan program status *welfare-regulatory* ini akan berkembang mengacu pada solusi dalam merubah rasionalitas formal ini, sebab hukum dibentuk tidak untuk hanya kepentingan hukum itu sendiri, namun untuk kepentingan manusia dan kehidupan masyarakat.

Berhubungan dengan hal tersebut maka dalam RUU KUHP hingga tahun 2012 ini terdapat perkembangan hukum pidana terkhusus terkait dengan peniadaan pidana yang sebelumnya hanya terdapat beberapa alasan peniadaan pidana saja, hingga sekarang mengalami perubahan yang tertuang dalam RUU KUHP maupun dalam konsep pembahasan.

3 Darji Darmodiharjo dan Shidarta. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004.

4 Nonet, Philippe dan Philip Selznick, 1978. *Hukum Responsif, Pilihan di Masa Transisi*, (Terj. Rafael Edy Bosco), HuMa, Jakarta, 2003.

5 Muhadar, *Bahan Kuliah Program S3 Ilmu Hukum*, Pascasarjana, Universitas Hasanuddin, 2011.

Aturan umum Kitab Undang-undang Hukum Pidana ditentukan ada hal-hal yang menyebabkan seseorang yang telah melakukan tindak pidana tidak dapat dihukum atau lazim disebut Dasar Peniadaan Pidana (*Strafuitsluitingsgronden*) Ada yang disebut dengan alasan pembenaran, dan ada juga yang disebut dengan alasan pemaaf. Alasan pembenaran ini maksudnya adalah orang yang telah melakukan suatu tindak pidana dibenarkan oleh Hukum jadi perbuatan orang tersebut dimata hukum bukanlah suatu tindak pidana, meskipun menurut kasat mata perbuatan tersebut secara tegas adalah tindak pidana. dengan kata lain alasan pembenaran adalah alasan yang menghapuskan sifat melawan hukum daripada peristiwa yang memenuhi ketentuan pidana, sehingga perbuatan tersebut tidaklah merupakan tindak pidana.

Di samping alasan pembenaran, ditentukan juga adanya alasan pemaaf (*Schulditsluitingsgronden*) yaitu, alasan yang menghilangkan kesalahan seorang yang seharusnya bertanggung jawab atas suatu tindak pidana, sehingga ia tidak dipidana, akan tetapi perbuatan tersebut masih merupakan *wederrechtelijk* atau perbuatan melawan hukum. Dalam KUHP dikenal pembagian antara alasan yang menyebabkan seseorang tidak dapat dihukum yang disebabkan oleh hal-hal dari dalam (diri orang itu sendiri) atau disebabkan oleh hal-hal dari luar diri sipelaku.

Dari uraian tersebut di atas, diduga ada kecenderungan terjadi rematerialisasi hukum terhadap dasar peniadaan pidana atas rasionalitas formal kepada rasionalitas substansif. sehingga perlu adanya pengkajian lebih lanjut.

PEMBAHASAN DAN ANALISIS

Pembagian Dasar Peniadaan Pidana

Pertama, dilihat dari segi sumbernya, maka dasar peniadaan pidana dibagi atas dua kelompok, yaitu yang tercantum di dalam undang-undang dan di luar undang-undang berupa doktrin. Sedangkan yang tercantum di dalam undang-undang dapat dibagi lagi atas yang umum (terdapat di dalam ketentuari umum buku I KUHP) dan berlaku atas semua rumusan delik. Sedangkan yang khusus, tercantum di dalam pasal tertentu yang berlaku untuk rumusan-rumusan delik itu saja yaitu yang tercantum di dalam pasal-pasal terkait seperti Pasal 310 ayat (3) KUHP, Pasal 166 untuk delik dalam Pasal 164 dan 165, Pasal 221 ayat (2).

Dasar peniadaan pidana di luar undang-undang juga dapat dibagi atas umum dan khusus. Umum misalnya “tiada pidana tanpa kesalahan” dan “tidak melawan hukum secara materiil”. Sedangkan yang khusus, mengenai kewenangan-kewenangan tertentu (menjalankan pencaharian tertentu) misalnya pekerjaan dokter, olahraga seperti tinju dan lain-lain.

Alasan peniadaan pidana di luar undang-undang atau yang tidak tertulis dapat dibagi pula atas “yang merupakan dasar pembenar (tidak ada melawan hukum) dan “yang merupakan dasar pemaaf (tidak ada kesalahan). Yang tersebut pertama merupakan segi luar dari pembuat atau faktor *obyektif*, sedangkan yang tersebut kedua, merupakan segi dalam dari pembuat atau faktor *subyektif*.

Menurut Moeljatno,⁶ bahwa alasan-alasan yang menghapuskan pidana dibedakan menjadi: (1) Alasan pembenar: yaitu alasan yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, sehingga apa yang dilakukan oleh terdakwa lalu menjadi perbuatan yang patut dan benar; (2) Alasan pemaaf : yaitu alasan yang menghapuskan kesalahan terdakwa. Perbuatan yang dilakukan oleh terdakwa tetap bersifat melawan hukum jadi tetap merupakan perbuatan pidana, tetapi dia tidak dipidana, karena tidak ada kesalahan; (3) Alasan penghapusan penuntutan : disini soalnya bukan ada alasan pembenar maupun alasan pemaaf, jadi tidak ada pikiran mengenai sifatnya perbuatan maupun sifatnya orang yang melakukan perbuatan, tetapi pemerintah menganggap bahwa atas dasar utilitas atau kemanfaatannya kepada masyarakat, sebaiknya tidak diadakan penuntutan. Yang menjadi pertimbangan disini ialah kepentingan umum. Kalau perkaranya tidak dituntut, tentunya yang melakukan perbuatan tak dapat dijatuhi pidana. Contoh: Pasal 53, kalau terdakwa dengan suka rela mengurungkan niatnya percobaan untuk melakukan suatu kejahatan.

Krisis Rasionalitas Formal Atas Peniadaan Pidana

Menurut Gunther Teubner,⁷ bahwa hukum modern memperlihatkan dominasi negara sebagai pengaruh di satu sisi dan meningkatkan kesejahteraan rakyat di sisi yang lain, menyebabkan lahirnya konsep negara kesejahteraan (*welfare state*) dan negara pengaturan (*regulatory state*). Akan tetapi, salah satu persoalan yang dialami hukum modern dewasa ini adalah adanya krisis rasionalitas formal. Oleh karena itu, perlu dilakukan rematerilisasi hukum.

Timbulnya rematerilisasi hukum karena adanya krisis rasionalitas formal pada hukum modern. Krisis rasionalitas formal dalam KUHP adalah bahwa hukum tidak dapat menyesuaikan diri pada perubahan masyarakat yang mengalami pergeseran paradigma dalam menyelesaikan berbagai macam persoalan yang berkaitan dengan tindak pidana dan kejahatan dalam masyarakat. Sehingga di beberapa negara kemudian merubah tujuan pemidanaannya.

Alasan peniadaan pidana dalam KUHP sekarang ini dianggap masih kurang memberi rasa keadilan kepada masyarakat. Karena ada perubahan paradigma masyarakat terkait proses penyelesaian suatu tindak pidana yang terjadi, pergeseran tersebut sangat erat kaitannya

6 Moeljatno. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: PT Rineka Cipta. 2000. hlm 23

7 Tuebner, Gunther, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, *Law & Society Review*, Vol. 17, No. 2. 1983. Hlm. 265

dengan adanya proses peradilan pidana yang berbelit-belit oleh aparat penegak hukum, biaya penyelesaian perkara yang begitu besar baik secara legal maupun illegal, serta waktu penyelesaian yang sangat lama. Sehingga salah satu cara yang dilakukan oleh masyarakat adalah dengan proses perdamaian yang sesungguhnya tidak dikenal dalam KUHP, padahal para pihak sudah mendapatkan keadilan melalui proses perdamaian tersebut.

Proses tersebut haruslah ada dasar hukum pengaturannya di dalam hukum materielnya, dimana dimasukkan sebagai salah satu alasan peniadaan pidana. Sedangkan di dalam KUHP saat ini, hanya yang dikatakan sebab-sebab seseorang tidak dapat dihukum (*Strafuitsluitingsgronden*) antara lain adalah:

Pertama adalah *Ontoerekeningsvatbaarheid* (Pasal 44) yang menyatakan, “Tidak dapat dipidana barang siapa melakukan perbuatan oleh karena jiwa dari si pembuat itu tidak tumbuh dengan sempurna atau diganggu oleh penyakit sehingga si pembuat tidak dapat dipertanggungjawabkan.”

Syarat-syarat yang termasuk dalam ketentuan Pasal 44 yaitu, (1) Mempunyai jiwa yang tidak tumbuh dengan sempurna atau jiwa si pembuat diganggu oleh penyakit, maksudnya disini adalah berhubung dengan keadaan daya berpikir tersebut dari pelaku, pembuat materil tidak dapat dicela sedemikian rupa sehingga tidak dikenai hukuman. Dalam hal ini diperlukan orang-orang ahli seperti dokter spesialis dan seorang psikiater; (2) Tingkat dari penyakit itu harus sedemikian rupa sehingga perbuatannya tidak dapat dipertanggungjawabkan kepadanya. Namun untuk mencari ketentuan yang menyatakan bagaimana/kapan seseorang itu dianggap tidak mempunyai jiwa yang sehat, dapat dilihat pada *Memorie van Toelichting (M.v.T)*. Di mana ditentukan bahwa seseorang tidak dapat dipertanggungjawabkan terhadap perbuatannya bila: (a) Keadaan jiwa orang itu sedemikian rupa sehingga tidak dapat mengerti akan harga dan nilai dari perbuatannya; (b) orang tersebut tidak dapat menentukan kehendaknya terhadap perbuatan yang ia lakukan; (c) orang tersebut tidak dapat menginsyafi bahwa perbuatannya adalah terlarang.

Maka dari itu, orang yang termasuk dalam kategori Pasal 44 menurut ketentuan hukum pidana tidak dapat dihukum, namun perbuatan orang tersebut tetaplah merupakan perbuatan yang bertentangan dengan hukum (*wederrechtelijk*), akan tetapi terhadap pelaku diberikan alasan pemaaf oleh undang-undang.

Kedua adalah *Overmacht* (Pasal 48) sebagaimana disebutkan bahwa, “Barangsiapa melakukan perbuatan karena pengaruh daya paksa tidak dipidana.” Kata daya paksa adalah terjemahan dari kata belanda “*overmacht*”, yang artinya kekuatan atau daya yang lebih besar. Permasalahannya apakah yang memaksa itu merupakan paksaan fisik, terhadap mana orang yang terkena tak dapat menghindarkan diri, atau merupakan paksaan *psychis*, dalam batin, terhadap mana meskipun secara fisik orang masih dapat menghindarkannya, namun

daya itu adalah demikian besarnya. Sehingga dapat dimengerti kalau tidak kuat menahan daya tersebut. Kekuatan fisik yang mutlak yang tak dapat dihindari dinamakan *vis absoluta*, sedangkan kekuatan *psychis* dinamakan *vis compulsive*, karena sekalipun tidak memaksa secara mutlak, tetapi memaksa juga.

Menurut M.v.T, Paksaan itu adalah, setiap kekuatan setiap paksaan atau tekanan yang sedemikian rupa sehingga tidak dapat dielakkan. *Overmacht* dapat dibagi menjadi: (1) *Overmacht* yang bersifat Mutlak/Absolut, yaitu dalam hal ini seseorang tidak mungkin berbuat lain; (2) *Overmacht* yang bersifat Relatif/ nisbi, yaitu dalam *overmach* ini pada dasarnya orang masih dapat memilih apakah berbuat atau tidak, akan tetapi menurut perhitungan yang layak tidak mungkin dapat dielakkan; (3) *Overmacht* dalam arti *noodtoestand* atau keadaan darurat Yang dimaksud dengan *noodtoestand* adalah, keadaan dimana suatu kepentingan hukum dalam bahaya dan untuk menghindarkan bahaya itu, terpaksa dilanggar kepentingan hukum yang lain. Di mana *Noodtoestan* terjadi karena: (a) Adanya pertentangan antara dua kepentingan hukum; (b) Adanya pertentangan antara kepentingan dan kewajiban hukum; (c) Adanya pertentangan antara kewajiban hukum dengan kewajiban hukum.

Ketiga, adalah *Noodweer* (Pasal 49) yang berbunyi, "Barang siapa terpaksa melakukan perbuatan untuk pembelaan, karena ada serangan ketika itu yang melawan hukum, terhadap diri sendiri maupun orang lain, terhadap kehormatan, kesusilaan, atau harta benda sendiri atau orang lain, tidak dipidana."

Noodweer dapat diartikan sebagai pembelaan darurat, dan agar suatu perbuatan itu dapat dikatakan pembelaan darurat harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: (1) Perbuatan yang dilakukan itu harus terpaksa untuk mempertahankan (membela); (2) Pembelaan atau pertahanan itu harus dilakukan hanya terhadap kepentingan-kepentingan yang disebut dalam pasal tersebut; (3) harus ada serangan yang melawan hak dan mengancam seketika itu juga.

Noodweer di dalam Pasal 49 ayat (1) adalah pembelaan terpaksa dari serangan atau ancaman yang melawan hukum, yang dilakukan untuk diri sendiri atau orang lain, kehormatan kesusilaan atau harta benda sendiri maupun orang lain, sedangkan *Noodweer* dalam Pasal 49 ayat (2) adalah Pembelaan terpaksa yang melampaui batas dikarenakan kegoncangan jiwa yang hebat (*noodweer excels*).

Jadi, saat di mana orang sudah boleh mengadakan pembelaan bukan kalau sudah dimulai dengan adanya serangan, tapi baru ada ancaman akan adanya serangan saja sudah boleh. Hal tersebut disebabkan atas pertimbangan bahwa dalam negara yang begitu luas dengan alat-alat Negara yang terbatas pemerintah harus lebih memberi kebebasan kepada penduduk untuk menjaga keselamatannya masing-masing. Kepentingan yang dibolehkan untuk melakukan pembelaan disaat terjadi serangan baik kepunyaan diri sendiri maupun

kepunyaan orang lain yaitu: (a) Diri atau badan orang; (b) Kehormatan, kesusilaan; (c) Harta benda orang.

Keempat, adalah *Wettelijk Voorschrift* (Pasal 50) yang berbunyi “Barang siapa melakukan perbuatan untuk menjalankan peraturan undang-undang, tidak boleh dihukum.” *Wettelijk Voorschrift* adalah menjalankan perintah undang-undang. Apa yang diperintahkan oleh suatu undang-undang atau wewenang yang diberikan oleh sesuatu undang-undang untuk melakukan sesuatu hal tidak dapat dianggap tindak pidana. Misalnya regu penembak yang menjalankan tugas menembak mati terpidana yang divonis hukuman mati

Kelima, adalah *Ambtelijke Bevel* (pasal 51) yang berbunyi “Barang siapa melakukan perbuatan untuk menjalankan perintah jabatan yang diberikan oleh kuasa yang berhak untuk itu, tidak boleh dihukum”. *Ambtelijke Bevel* atau perintah jabatan secara harafiah adalah suatu perintah yang telah diberikan oleh seorang atasan.

Adapun syarat-syarat yang ditentukan dalam pasal ini adalah: (1) Orang itu melakukan perbuatan atas perintah jabatan; (2) Perintah harus diberikan oleh kuasa yang diberikan oleh kuasa yang berhak untuk memberikan kuasa itu. Misalnya, Seorang polisi diperintahkan oleh atasannya untuk menangkap seorang penjahat. Jadi apabila ternyata orang tersebut bukanlah penjahatnya, maka terhadap si polisi tidak dapat dihukum.

Keenam, adalah tidak memberitahukan/melaporkan adanya permufakatan untuk melakukan kejahatan dan kejahatan yang sudah dilakukan oleh orang yg ada hubungan kekeluargaan maupun terhadap dirinya sendiri (Pasal 166);

Bunyi Pasal 166 adalah “Ketentuan dalam Pasal 164 dan 165 tidak berlaku bagi orang yang dengan memberitahukan itu mungkin mendatangkan bahaya penuntutan pidana bagi diri sendiri, bagi seorang keluarganya sedarah atau semenda dalam garis lurus atau garis menyimpang derajat kedua atau ketiga, bagi suami atau bekas suaminya, atau bagi orang lain yang jika dituntut, berhubungan dengan jabatan atau pencariannya, dimungkinkan pembebasan menjadi saksi terhadap orang tersebut.”

Ketujuh, adalah menyembunyikan keluarganya yang melakukan kejahatan atau yang dituntut karena kejahatan, atau memberi pertolongan kepadanya (Pasal 221 ayat 2) yang berbunyi “Aturan di atas (Pasal 221 ayat 1) tidak berlaku bagi orang yang melakukan perbuatan tersebut dengan maksud untuk menghindarkan atau menghalaukan bahaya penuntutan terhadap seorang keluarga sedarah atau semenda garis lurus atau dalam garis menyimpang derajat kedua atau ketiga, atau terhadap suami/istrinya atau bekas suami/istrinya.”

Kedelapan, adalah Pencemaran atau pencemaran tertulis, yang dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa untuk membela diri (Pasal 310 ayat 3) yang menyatakan, “Tidak merupakan pencemaran atau pencemaran tertulis, jika perbuatan jelas

dilakukan demi kepentingan umum atau karena terpaksa untuk membela diri.”

Sedangkan dasar peniadaan pidana di luar KUHP dan merupakan hukum tertulis menurut van Bemmelen sebagaimana yang dikutip oleh Andi Zainal Abidin Farid,⁸ ialah sebagai berikut: (1) Hak mendidik orang tua dan wali terhadap anaknya, hak mendidik guru, dosen (dan guru mengaji) terhadap murid atau siswanya; (2) Hak jabatan atau pekerjaan (*beroeprecht*) dokter, apoteker, *verloskundigen* (bidan-bidan), dan peneliti ilmu-ilmu alam, umpunya *vivisectie*; (3) Izin mereka yang kepentingannya dilanggar, kepada orang yang melanggar kepentingannya itu, yang perbuatannya merupakan delik seandainya tidak ada izin tersebut; (4) *Zakwarneming* (perbuatan yang menimbulkan hak yang dilakukan secara sukarela tanpa diminta oleh orang lain. Contoh dokter mengobati pasien tanpa menunggu keluarganya. Menurut Pasal 1354 s/d 1358 BW/KUHPerdata; (5) Tak adanya sifat melawan hukum yang materiil; (6) Tak adanya kesalahan.

Ketentuan yang telah diatur didalam KUHP tersebut hanya terbatas dan dibatasi dengan adanya asas legalitas sehingga proses perdamaian atau populer dengan konsep *restorative justice* yang mengutamakan pemulihan korban maupun mensejajarkan korban sebagai pihak yang dapat menentukan tindakan terhadap pelaku tidak dapat dilakukan. Kerana tidak ada kepastian hukum sebagai suatu konsekuensi belum diaturnya konsep *restorative justice* dalam hukum materiil.

Harusnya antara norma yang terdapat dalam perundang-undangan sebagai suatu kepastian hukum selaras dengan keadilan yang hidup dalam masyarakat dan manfaat yang diperoleh dalam kehidupan sosial kemasyarakatan.

Rematerialisasi Hukum Atas Peniadaan Pidana

Perubahan pemikiran hukum dari rasionalitas formal ke rasionalitas substantif digunakan sebagai instrumen untuk melakukan perubahan yg berorientasi pada suatu tujuan atau sasaran, yang lebih umum dan terbuka serta lebih terinci. Pendekatan teori *neo-evolutioner* menjelaskan perubahan-perubahan yang terjadi pada tatanan hukum dan masyarakat dalam suatu negara yang oleh Teubner menggunakan mengarahkan kepada satu perspektif proses perubahan hukum dan sosial dengan hukum refleksif.

Hukum pidana yang dimiliki sekarang ini, sebagian sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan masyarakat dalam pembangunan nasional maupun perkembangan global dalam mengatasi berbagai permasalahan hukum pidana dewasa ini, sehingga upaya untuk melakukan pembaharuan hukum pidana nasional terus dilakukan pengkajian dan pembahasan guna dapat dijadikan referensi dalam pembahasan di DPR RI yang sudah masuk pada rancangan undang-undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Rancangan KUHP baru ini diharapkan dapat sesuai dengan rasa keadilan masyarakat dan adanya manfaat bagi umat

8 Andi Zainal Abidin Farid, *Op.cit.* hlm. 202-203

manusia sebagai ciri hukum modern.

Achmad Ali,⁹ mengemukakan bahwa tujuan hukum ada 3 (tiga), yaitu: (1) Dari sudut pandang ilmu hukum positif normatif atau yuridis dogmatik, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kepastian hukumnya; (2) Dari sudut pandang filsafat hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi keadilan; (3) Dari sudut pandang sosiologi hukum, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kemanfaatan.

Satjipto Rahardjo,¹⁰ menyatakan bahwa tiga nilai dasar hukum yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Ketiga nilai dasar tersebut secara ideal harus dimiliki oleh suatu aturan hukum. Sekalipun ketiga-tiganya itu merupakan nilai dasar hukum, namun antara mereka terdapat suatu *spannungs-verhaitnis*, suatu ketegangan satu sama lain. Hubungan atau keadaan yang demikian itu bisa dimengerti, oleh karena ketiga-tiganya berisi tuntutan yang berlain-lainan dan yang satu sama lain mengandung potensi untuk bertentangan.

Pendapat Satjipto Rahardjo inilah menjadi dasar kritikan bahwa suatu tujuan tidak bisa berlainan atau berbeda-beda karna tidak akan pernah sampai pada tujuan yang hendak dicapai. Atau tujuan itu lebih dari satu maka pasti ketiganya akan sulit untuk dicapai sekaligus, pasti salah satu atau keduanya tidak dapat tercapai, oleh sebab itu harusnya tujuan hukum hanya satu untuk merangkum ketiga tujuan tersebut. Tujuan hukum dimaksud adalah bahwa hukum ada dan dibuat ada sesungguhnya hanya untuk mewujudkan keseimbangan. sedangkan untuk mewujudkan keseimbangan harus dengan terwujudnya keadilan, kepastian dan pemanfaatan sebagai tujuan antara dari hukum. Ketiga tujuan antara tersebut saling menstabilisasi bagian hukum ketika bagian hukum lain diwujudkan.

Penciptaan alam ini di atas dasar keseimbangan. Para ahli ilmu pengetahuan sepakat tentang hakekat keseimbangan ini. seandainya jarak antara matahari dan bumi bergeser, dan keluar dari orbit keseimbangannya, niscaya akan terjadi bencana kosmik yang luar biasa. Di dalam tubuh manusia, hakikat keseimbangan dapat dirasakan, jika suatu saat metabolisme dalam tubuh tidak berfungsi secara seimbang, dan penyebaran darah hanya berjalan pada bagian-bagian tertentu saja, pasti di bagian yang tak kebagian darah itu akan terjadi kemacetan. Akibatnya tidak bisa lagi menikmati tubuh secara normal.

Demikian halnya dengan hukum, dalam sistem hukum, hakikat keseimbangan dapat diwujudkan, karena apabila unsur dalam hukum tidak berfungsi secara seimbang, dan penegakan hukum hanya diberlakukan pada bagian-bagian tertentu saja, pasti di bagian yang tidak ditegakan hukum itu akan terjadi kemacetan/ketidakseimbangan. Akibatnya masyarakat tidak bisa lagi menikmati keadilan, kepastian dan pemanfaatan atas hukum. Oleh

⁹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Jakarta: Toko Gunung Agung, 2002. hlm. 72

¹⁰ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1991. hlm. 19

sebab itu perwujudan atas hakikat keseimbangan yang diberikan sebagai pilihan kepada umat manusia adalah diberikan kehendak bebas untuk manusia dalam memaksimalkan potensi yang ada pada dirinya berupa kehendak berbuat baik dan berbuat buruk, kedua kehendak tersebut terafiliasi dalam wujud kebaikan dan kejahatan. Karena kehendak tersebut adalah pilihan bebas manusia, maka perlu adanya hukum untuk memberikan batasan kepada manusia untuk tidak berbuat jahat dan memberi stimulus kepada manusia untuk selalu berbuat baik. Batasan dan stimulus tersebut dapat berupa sanksi/hukuman dan hadiah/penghargaan. Sanksi/hukuman diberikan kepada manusia yang melanggar ketentuan-ketentuan hukum dan hadiah/penghargaan diberikan kepada manusia yang menaati ketentuan-ketentuan hukum.

Maha pencipta menghendaki suatu kebaikan kepada umat manusia yang tertuang dalam wahyunya, terkadang disebutkan secara abstrak, terkadang samar, terkadang konkrit, dan terkadang disuruh untuk berfikir sendiri untuk kebaikannya. Sehingga disinilah hukum hadir untuk memperjelas semua kehendak tersebut. Oleh Gunther Teubner dikatakan bahwa hukum dalam masyarakat harus di pahami dari “*dimension of modern legal rationality*”. Terkait dengan itu, ia membuat tiga parameter, yaitu *justification of law* (rasionalitas hukum), *external function of law* (rasionalitas sistem), dan *internal structures of law* (rasionalitas internal).¹¹

Dari rasionalitas hukum modern ini, hukum harus memperhatikan masyarakat dengan segala aspeknya. Perubahan hukum tidak saja memperhatikan aspek atau dinamika internal dari hukum, tapi juga pula mempertimbangkan dinamika eksternal. Perubahan hukum tanpa memperhatikan dinamika eksternalnya, seperti *a law with out society* (hukum tanpa masyarakat).¹²

Pandangan Teubner tersebut senada dengan yang diungkapkan oleh Eugen Ehrlich, pelopor aliran *sociological jurisprudence*, sebagaimana dikutip dalam Yesmil Anwar dan Adang,¹³ bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Sedangkan menurut Ahmad Ali,¹⁴ *the living law* adalah hukum yang hidup dan sedang aktual dalam suatu masyarakat, sehingga tidak membutuhkan upaya reaktualisasi lagi. “*The living law*” bukan suatu yang statis, tetapi terus berubah dari waktu ke waktu. Olehnya itu, ia merupakan hukum yang hidup di dalam masyarakat, bisa tidak tertulis, bisa juga tertulis. Demikian pula. “*the living law*” bisa berwujud hukum adat (yang tidak tertulis), bisa juga hukum kebiasaan moderen (yang tidak tertulis) yang berasal dari barat maupun hukum islam di bidang-bidang hukum tertentu.

11 Gunther Teubner, *Op.cit.* hlm. 257

12 *Ibid.*

13 Yesmil Anwar dan Adang. *Pembaharuan Hukum Pidana - Reformasi Hukum Pidana*, Jakarta: PT. Gramedia Widiasarana Indonesia, 2008. hlm. xii

14 Achmad Ali. *Op.cit.* hlm. 216

Salah satu konsep pertanggungjawaban pidana dalam Fiqh Jinayah yang bisa diadopsi KUHP adalah lembaga pemaafan. Seorang terdakwa bisa saja terbebas dari sanksi pidana jika ia dimaafkan oleh korban atau keluarga korban. Di dalam draf revisi KUHP mulai memasukkan konsep tersebut walaupun tidak mirip, konsep dimaksud yaitu asas *judicial pardon* atau *rechterlijk pardon* (hakim memberi maaf/pengampunan) tanpa menjatuhkan pidana/tindakan apapun kepada terdakwa, sekalipun telah terbukti adanya tindak pidana dan kesalahan (Pasal 52 ayat 2 RUU KUHP).

Dengan demikian dalam RUU KUHP memungkinkan seorang terdakwa mendapat ampunan dari majelis hakim. Namun, kewenangan hakim untuk memberi maaf diimbangi dengan asas *culpa in causa* yaitu pertanggungjawaban pidana tidak hapus oleh sifat darurat keadaan, dimana suatu perbuatan dilakukan dimana pembuat sendiri dapat dicelakan karena menimbulkan keadaan tertentu. Asas tersebut yang memberi kewenangan hakim untuk tetap mengganjar terdakwa walaupun ada alasan peniadaan pidana.

Hal lain dari Fiqh Jinayah yang bisa diadopsi ke dalam RUU KUHP adalah konsep diyat. Ini berbeda dengan konsep denda dalam hukum pidana. Diyat adalah pembayaran dalam jumlah tertentu yang harus diberikan terdakwa kepada korban atau keluarganya. Sedangkan denda harus diberikan kepada negara. Dari beberapa segi, konsep diyat ini dinilai lebih cocok untuk memulihkan hak-hak korban tindak pidana. Kalau yang dirugikan adalah korban, kenapa justru negara yang menerima denda dari terdakwa. Konsep diyat dalam hukum islam tersebut sesungguhnya merupakan kata lain dari konsep *restorative justice* atau keadilan restoratif yang lagi menjadi konsep dalam proses pembedaan dalam perkembangan hukum pidana.

Restorative justice, menurut Tony F. Marshall,¹⁵ adalah:

“Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.”

(Keadilan restoratif adalah suatu proses dimana pihak-pihak yang berkepentingan dalam suatu pelanggaran tertentu menyelesaikan secara kolektif bagaimana menangani akibat dari pelanggaran dan implikasinya untuk masa depan).

Adapun definisi *Restorative Justice* menurut *Restorative Justice Consortium* 2006,¹⁶ ialah:

“Restorative justice works to resolve conflict and repair harm. it encourages those who have caused harm to acknowledge the impact of what have done and gives them an opportunity to make reparation. it offers those who have suffered harm the opportunity to have their harm or loss acknowledged and amends made.”

15 Tony F Marshall, *Retorative Justice an Overview*. London: Home Office, Information & Publications Group, 1999. hlm. 97.

16 Mariam Liebmann, *Restorative Justice : How it Works*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2007. hlm. 25

(Keadilan restoratif bekerja untuk menyelesaikan konflik dan memperbaiki kesalahan, mendorong mereka yang telah menyebabkan kerugian untuk mengakui dampak dari apa yang telah dilakukan dan memberikan mereka kesempatan untuk membuat perbaikan, menawarkan mereka yang telah menderita kerugian memiliki kesempatan untuk diganti kerugian mereka atau diakui kerugiannya dan menebus kesalahan yang dibuat).

Selain itu, Howard Zehr,¹⁷ dalam bukunya *the little book of Restorative Justice*” memberikan definisi tentang *Restorative justice* yaitu, *Restorative justice is a process to involve to the extent possible, those who have a stake in a specific offence and to collectively identify and address harms, needs, and obligations, in order to heal and put things as right as possible.*

E. Luna¹⁸ menunjukkan terdapat 3 (tiga) prinsip yang dapat disatukan dalam pendekatan keadilan restoratif. Ketiga prinsip tersebut meliputi: (1) Tindak pidana tidak hanya menyebabkan kerugian/luka kepada negara, tetapi juga korban, pelaku, dan komunitas. Oleh karena itu, pelaku terutama telah merusak hubungan antar manusia dan kedua telah melakukan pelanggaran hukum; (2) Korban, pelaku, komunitas, dan pemerintah harus bersikap aktif terlibat dalam proses peradilan pidana dari titik yang paling awal hingga titik yang paling maksimal; (3) Pemerintah bertanggung jawab untuk memelihara tata tertib dan komunitas (masyarakat) bertanggung jawab membangun perdamaian untuk memajukan keadilan.

Konsep keadilan restoratif tersebut sesungguhnya telah berlaku dalam masyarakat hukum adat di Indonesia, di mana semua pihak baik pelaku dan keluarga pelaku bersama korban dan keluarga korban yang difasilitasi oleh pimpinan adat sekaligus sebagai hakim adat dalam musyawarah untuk menyelesaikan perkara pidana adat yang telah terjadi dengan sistem musyawarah untuk mufakat guna menyelesaikan perkara tersebut. Kondisi demikian dibolehkan oleh aparat penegak hukum yaitu kepolisian dalam menyelesaikan setiap perkara pidana dengan mengupayakan adanya penyelesaian perdamaian secara kekeluargaan, yang hasilnya menjadi menjadi dasar meniadakan pidana oleh kepolisian.

Konsep-konsep yang ada didalam masyarakat bersama hukumnya tersebut dapat menjadi bahan dasar dalam melakukan rematerialisasi hukum. Sehingga di dalam Rancangan KUHP, alasan-alasan yang dapat meniadakan pidana mengalami perkembangan yang sangat signifikan sesuai dengan perkembangan masyarakat modern walaupun hingga rancangan RUU KUHP hingga saat ini belum dapat mengadopsi sepenuhnya hukum yang hidup dalam masyarakat.

17 Howard Zehr, *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books Intercourse, United State Of America, 2002. hlm. 37

18 E. Luna, *Reason and Emotion in Restorative Justice*. Paper provided to author, 2001. hlm 12

Alasan-alasan peniadaan pidana menurut Rancangan KUHP itu adalah: (1) Alasan pembena berupa (a) Melaksanakan aturan perundang-undangan (Pasal 31); (b) Melaksanakan perintah jabatan (Pasal 32); (c) Keadaan darurat (Pasal 33); (d) Pembelaan terpaksa (Pasal 34); (e) Tidak adanya sifat melawan hukum (Pasal 35); (2) Asas Culpabilitas (asas kesalahan) disebutkan dalam Rancangan KUHP, yaitu “tidak pidana atau tindakan tanpa kesalahan” yang dalam KUHP (*WvS*) tidak disebutkan. Ini berarti tidak adanya kesalahan seseorang dapat menghapuskan pidananya (kecuali nanti berlaku pertanggungjawaban yang ketat atau *strict liability/liability without fault* (pertanggungjawaban pidana tanpa kesalahan). (Pasal 37); (3) Menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa, atau retardasi mental (Pasal 40); (4) Alasan pemaaf berupa (a) Tidak mengetahui/sesat mengenai keadaan atau hukumnya (*error facti* dan *error iuris*) kecuali kesesatannya itu patut dipersalahkan. (Pasal 42); (b) Daya paksa (Pasal 43); (c) Pembelaan terpaksa yang melampaui batas (Pasal 44); (d) Dengan iktikad baik melaksanakan perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang (Pasal 45); (e) Tidak ada kesalahan (Pasal 46a); (f) Menderita gangguan jiwa, penyakit jiwa atau retardasi mental (Pasal 46b); (g) Belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun (Pasal 46c)

Perubahan orientasi dari pemerintah yang terbentuk dalam rasional formal menuju pada penguatan sub-sub sistem yang ada pada masyarakat (*substantive Rationality*) memang disadari harus dilakukan melalui rematerialisasi hukum (*rematerialization of law*) sebagai sebuah alternatif jalan keluar yang banyak dilakukan dalam mengatasi keadaan yang dikenal dengan Krisis Hukum (Gunther Tuebner, 1983:239)

Alasan peniadaan pidana yang baru dimasukkan dalam RUU KUHP adalah (1) tidak adanya sifat melawan hukum; (2) Tidak mengetahui/sesat mengenai keadaan atau hukumnya; (3) *Dengan iktikad baik* melaksanakan perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang; (4) Tidak ada kesalahan; (5) Belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun. Inilah yang dikatakan oleh Teubner dalam konsep hukum refleksif bahwa, *legal development is not identified exclusively with the unfolding of norms, principles, and basic concept of law. Rather, it is determined by the dynamic interplay of social forces, institutional constraints, organizational structures, and-last but not least-conceptual potentials.*¹⁹

PENUTUP

Kesimpulan

Terjadi perubahan pemikiran hukum dari rasionalitas formal ke rasionalitas substantif dalam bentuk pembaharuan hukum pidana. Dengan menambah beberapa alasan peniadaan pidana dalam RUU KUHP. Berupa (1) tidak adanya sifat melawan hukum; (2) Tidak mengetahui/sesat mengenai keadaan atau hukumnya; (3) *Dengan iktikad baik* melaksanakan

19 Gunther Tuebner, *Op.cit.* hlm 247

perintah jabatan yang diberikan tanpa wewenang; (4) Tidak ada kesalahan; (5) Belum mencapai umur 12 (dua belas) tahun.

Bahwa peniadaan pidana akan selalu berkaitan dengan dasar pembenar dan dasar pemaaf, sebab apabila dasar pembenar itu ada, atau perbuatan itu tidak melawan hukum, sedangkan “melawan hukum” itu merupakan bagian inti (*bestanddeel*) delik, maka putusannya ialah bebas, sedangkan kalau kesalahan tidak ada atau dasar pemaaf ada, maka putusannya ialah lepas dari segala tuntutan hukum.

Saran

Dalam rangka rematerilisasi hukum pidana maka perlu disarankan untuk dimasukkan kedalam RUU KUHP adalah konsep pertanggungjawaban pidana dalam Fiqh Jinayah adalah lembaga pemaafan yang mirip dengan asas *judicial pardon* atau *rechterlijk pardon*, serta konsep diyat yaitu pembayaran dalam jumlah tertentu yang harus diberikan terdakwa kepada korban atau keluarganya yang sangat mirip dengan konsep restorative justice yang dapat dimasukkan sebagai bagian dalam alasan peniadaan pidana.

DAFTAR PUSTAKA

- Achmad Ali, 2002. *Menguak Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Jakarta: Toko Gunung Agung.
- Andi Hamzah, 1994. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Edisi Revisi. Jakarta: Penerbit Rineka Cipta.
- Darmodiharjo Darji dan Shidarta, 2004. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama.
- E. Luna, 2001. *Reason and Emotion in Restorative Justice*. Paper Provided to Author.
- Howard Zehr, 2002. *The Little Book of Restorative Justice*. United State of America: Good Books Intercourse.
- Mariam Liebmann, 2007. *Restorative Justice: How it Works*, London: Jessica Kingsley Publishers.
- Moeljatno, 2000. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: PT Rineka Cipta.
- Muhadar, 2011. *Bahan Kuliah Program S3 Ilmu Hukum*, Pascasarjana, Universitas Hasanuddin.
- Nonet, Philippe dan Philip Selznick, 1978. *Hukum Responsif Pilihan di Masa Transisi*, (Terj. Rafael Edy Bosco), 2003. Jakarta: HuMa.
- Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana 2012
- Satjipto Rahardjo, 1991. *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.

Tony F Marshall, 1999. *Retorative Justice an Overview*. London: Home Office, Information & Publications Group.

Tuebner, Gunther, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, *Law & Society Review*, Vol. 17, No. 2. 1983

Yesmil Anwar dan Adang, 2008. *Pembaharuan Hukum Pidana-Reformasi Hukum Pidana*. Jakarta: PT. Gramedia Widiasarana Indonesia.

Abstract: This Lex Mercatoria is used by perpetrator of business and lawyer in conducting contract, arbitral or judge in conducting resolution of business dispute. Lex Mercatoria can be categorized as international agreement in scope being Contract. This Matter because of Lex Mercatoria represents principle from agreement contract from all agreement maker specially in international civil law. This aspect of article object and it one's feet of international law at Lex Mercatoria marked with merchandise which are agreement and related rules on to provision of element of one's feet of international law have, because that Lex Mercatoria formed and its scope is international trade able to be seen from form of Lex Mercatoria like UCP and UNCTRAL as modern form Lex Mercatoria.

Keywords: Lex Mercatoria, International Trade, Agreement

Abstrak: Lex Mercatoria seringkali digunakan oleh pelaku bisnis dan pengacara dalam menyusun kontrak, arbitral atau hakim dalam melakukan penyelesaian sengketa bisnis. Lex Mercatoria dapat dikategorikan sebagai perjanjian internasional dalam ruang lingkup trade contract. Hal ini dikarenakan Lex Mercatoria merupakan prinsip dari perjanjian kontrak dari para pembuat perjanjian perdagangan dalam hukum perjanjian internasional. Dari aspek objek tertentu dari artikel pada hukum internasional pada Lex Mercatoria ditandai dengan adanya dagangan yang diperdagangkan dan terdapat permasalahan urusan sengketa pada hukum internasional sudah tentu bahwa Lex Mercatoria dibentuk dan ruang lingkungannya adalah skala internasional yang dapat dilihat dari bentuk-bentuk Lex Mercatoria seperti UCP dan UNCTRAL sebagai wujud Lex Mercatoria Modern.

Kata Kunci: Lex Mercatoria, Perdagangan Internasional, Perjanjian Internasional

PENDAHULUAN

Lex Mercatoria pada dasarnya merupakan sebuah peraturan dan prinsip-prinsip yang dibuat untuk mengatur urusan perdagangan internasional. Sejak 300 tahun sebelum masehi, prinsip ini sudah diterapkan dalam prakteknya kepulauan perdagangan di wilayah Mediterania¹

Jelilah Lex Mercatoria kemunculan muncul kembali sejak abad ke 16-17, yang lahir sebagai jelilah lembaga dalam hubungan dagang antara para pedagang di pusat-pusat perdagangan penting di Eropa berdasarkan ketentuan-ketentuan yang berlaku dan praktik-praktik pada hubungan dagang yang berkembang pada masa itu. Alasan para pedagang menggunakan

¹ Ussah Abdul Wahid, *Keperluan Kewajiban Hukum*, (1997) diterbitkan oleh PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001, hal 23