

**REKONSTRUKSI ASAS LEGALITAS DALAM KONSEP RANCANGAN
KITAB UNDANG-UNDANGAN HUKUM PIDANA KAITANNYA DENGAN
PRINSIP KEARIFAN LOKAL**

Oleh: Rika Kurniasari Abdulgani

ABSTRAK

Salah satu prinsip penting dalam hukum pidana terdapat di dalam asas legalitas, namun dalam asas legalitas terdapat sisi negatif dari hukum itu sendiri. Asas Legalitas tidak pada posisi sebagai bagian dari hukum yang sebenarnya (sisi positif) di mana hukum bukanlah sekedar perkara undang-undang atau daftar peraturan, melainkan suatu nilai yang hidup dalam masyarakat.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum (*legal research*) yang menawarkan perubahan sisi negatif dari asas legalitas dengan merekonstruksi rumusnya dengan mencerminkan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*)”.

Kata Kunci: Asas Legalitas; Hukum Pidana;

Abstract

One of the key principles of criminal law contained in the principle of legality, which asserts that “there is no punishable crime without any criminal law that existed before the act was committed.” The principle of legality is a manifestation of the negative side of the law itself. The principle of legality is not in the position as part of the actual law (positive side) where the law is not just contained in written law and regulations, but rather embedded in the human spirit and as an integral part of the human experience.

The principle of legality emerged as the climax of human struggle that requires the existence of written criminal law in the form of legislation. This research is a legal research that offers the alteration of the negative side of the principle of legality by reconstructing its formulation that “there is no punishable crime without any crime previously formulated in the criminal law and the laws that live in the community (the living law)”.

Key Words: Principle of Legality; criminal law;

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Asas legalitas merupakan salah satu asas yang sangat penting dan sentral dalam hukum pidana. Pemberlakuan asas legalitas berasal dari doktrin *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* (tiada tindak pidana dan tiada pidana tanpa sebelumnya ditetapkan dalam suatu undang-undang). Hal tersebut paralel dengan doktrin *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* berlaku pula ajaran *nullum crimen, nulla poena sine lege certa (lex certa)* yakni suatu peraturan perundang-undangan harus jelas dan larangan terhadap “*unclear terms*”. Undang-Undang jangan diartikan lain selain daripada maksud diadakannya substansi peraturan perundang-undangan tersebut. Oleh karena itu, dalam hukum pidana berlaku pula larangan penafsiran secara extensif dan analogi.¹

Doktrin *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* tersebut kemudian menjadi asas fundamental hukum pidana dan merupakan aturan umum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Selanjutnya disingkat KUHP), yaitu hukum materil yang mengatur dan mengancam dengan hukuman tindak pidana. Sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP menentukan bahwa “Suatu perbuatan tidak dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan perundang-undangan pidana yang telah ada”. Ketentuan umum ini tetap menjadi asas dalam konsep pembaharuan hukum pidana, tetapi dengan menerima perkembangan pemikiran bahwa asas itu tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan asalkan sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

¹ Muladi, *Kumpulan tulisan tentang Rancangan Undang-Undang KUHP*, Jakarta, Dekumham RI, 2004, hlm. 4.

Pada perkembangannya hukum formil menganut asas serupa juga seperti misalnya dalam Pasal 3 KUHAP ditentukan bahwa “Peradilan dilakukan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini”. Dalam beberapa hal bahkan materi hukum acara pidana ada yang bersifat *constitutional rights* seperti “persamaan di depan hukum”. Dengan demikian, asas legalitas berlaku baik dalam hukum materil maupun dalam hukum formil pada saat yang bersamaan.

Asas legalitas sebelum menjadi bagian dari hukum materil dewasa ini mempunyai sejarah yang panjang. Sejarah asas legalitas dimulai dari hukum Romawi yang diketahui mempengaruhi hukum di Eropa Kontinental. Sejarah hukum pidana Indonesia sebagaimana semula adalah merupakan Code Napoleon Perancis dengan kolonisasi kemudian berlaku di Belanda dan terakhir ke Indonesia. Lahirnya doktrin *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* adalah sebagai bagian dari perjuangan masyarakat di Perancis untuk perlindungan HAM dari kemungkinan perlakuan sewenang-wenang oleh penguasa.²

Asas legalitas pertama-tama mempunyai bentuk sebagai undang-undang dalam konstitusi Amerika 1776 dan sesudah itu dalam Pasal 8 *Declaration de droits de l'homme et ducitoyen* 1789: *nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee*. Selanjutnya asas legalitas dimasukkan ke dalam Pasal 4 Code Penal Perancis yang menentukan *Nulle cotravention, nul delit, nul crimene peuvent entter punis de peinesqui n'etaient pas prononcees par lai loa avant qu'ils fussent commis*” artinya: Tidak bertentangan dengan ketentuan yang ada, tiada delik, tiada kejahatan jika tidak ada ancaman pidana yang dinyatakan dalam undang-undang terlebih dahulu. Dari Code Penal Perancis inilah, asas legalitas kemudian dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* di Negeri Belanda yang dengan tegas menyatakan,

² Komariah E. Sapardjaja, dalam putusan MK No. 069/PUU-II/2004 tentang Pengujian Undang-Undang No. 30 tahun 2002 tentang Pemberantasan Korupsi terhadap UUD 1945, yang diterbitkan Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, hlm. 42.

“*Geen feit is strafbaar dan uit kraft van eenedaaraan voorafgegane wetelijke strafbepaling*”. Selanjutnya asas tersebut dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia.³

Pemberlakuan Asas Legalitas bertujuan untuk kepentingan umum dan untuk menjamin hak-hak semua warga masyarakat secara lebih baik dan bukan pengakuan terhadap individualisme. Dasar umum perlu tidaknya suatu hukuman itu dijatuhkan dan tentang adanya suatu hukuman itu sendiri merupakan kebutuhan untuk memelihara kebebasan semua orang secara timbal balik, dengan meniadakan niat orang untuk melakukan tindakan yang bersifat melanggar hukum. Sehingga legalitas merupakan suatu asas yang penting bagi pemberian ancaman hukuman dalam hukum pidana.⁴

Suatu perbuatan tidak dikualifikasikan sebagai perbuatan pidana jika tidak dilarang dalam undang-undang pidana. Perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh undang-undang pidana, suatu perbuatan yang *onwetmatig* (bertentangan dengan undang-undang) yang dikenal sebagai *mala prohibita*. Perbuatan pidana yang belum atau tidak dilarang oleh undang-undang dikenal sebagai *criminal extra ordinaria*,⁵ suatu perbuatan yang *onrechmatig* (bertentangan dengan hukum). Diantara *crimina extra ordinaria* dikenal dengan nama *criminal stellionatus* perbuatan jahat atau durjana.⁶

Tuntutan pidana hanya ditujukan terhadap perbuatan yang dikualifikasikan sebagai *mala prohibita*. Sebaliknya tuntutan pidana tidak dapat ditujukan terhadap *crimina extra ordinaria* meskipun menimbulkan kerugian yang nyata bagi korban, hanya karena belum diatur atau tidak dilarang oleh undang-undang pidana. Dari perspektif Asas legalitas *mala prohibita* merupakan perbuatan yang *strafbaar* (dapat dipidana) dan *crimina extra ordinaria* adalah *strafwaardig* (patut dipidana) dan bukan *strafbaar* karena tidak dilarang oleh undang-undang pidana. Secara prinsip dilarang mendefinisikan suatu perbuatan sebagai “*mala prohibita*” dengan cara

³ Eddy O.S. Hiarej, *Asas Legalitas dan Perkembangannya dalam Hukum Pidana (Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi*, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2014, hlm.12.

⁴ Van Bemmelen, *Ons Strafrecht: Algemeen del het Materiel Strafrecht*, H.D. Tjeenk Willink 1971, hlm.55.

⁵ Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta 2000, hlm.24.

⁶ *Ibid.*

mengkonstruksikan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana diluar yang dilarang oleh undang-undang.

Prinsip ini disebut “*prinsip non analogi*.” Undang-undang pidana yang harus diberlakukan untuk menuntut suatu perbuatan adalah undang-undang pidana yang sudah ada dan berlaku pada saat perbuatan dilakukan (*lex temporis delicti* atau *existing penal law*).

Undang-undang pidana setelah perbuatan dilakukan (*ex post facto penal law*) dilarang untuk diterapkan. Dilarang memberlakukan undang-undang pidana secara surut (*retroaktif*) terhadap perbuatan yang telah dilakukan sebelum undang-undang tersebut dibuat. Prinsip ini dikenal sebagai “*prinsip non retroaktif*”. Schaaffmeister dan kawan-kawan berpendapat bahwa berlakunya Asas Legalitas bertujuan agar undang-undang pidana melindungi rakyat dari pelaksanaan kekuasaan tanpa batas oleh pemerintah. Ini yang dinamakan fungsi melindungi dari undang-undang pidana. Undang-undang pidana juga mempunyai fungsi instrumental yaitu bahwa pelaksanaan kekuasaan pemerintah tegas-tegas diperbolehkan dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang.⁷

Adanya terma *legisme* atau *legalistic* menimbulkan kontradiksi antara hukum yang sebenarnya dan hukum undang-undang. Perundangan sangat jauh dari hukum. Hukum (*ius*) adalah baik dan adil tanpa perintah, sedangkan perundangan (*leges*) dihasilkan dari penerapan kedaulatan dari orang yang memerintah.⁸

Memang dalam literatur-literatur klasik dikemukakan antinomi antara kepastian hukum dan keadilan⁹. Kedua hal tersebut sangat mustahil dapat diwujudkan dalam situasi yang bersamaan. Oleh karena itu dalam hal ini hukum itu bersifat kompromi yaitu dengan mengorbankan keadilan demi mencapai kepastian hukum.¹⁰ Dalam menghadapi antinomi tersebut peran penegak hukum sangat diperlukan. Peranan tersebut akan terlihat saat

⁷ D. Schaffmeister et.al., *Hukum Pidana*, Liberty 1995, hlm.4.

⁸ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum dalam Perspektif Historis* (Nusa Media 2010) 75.

⁹ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum* (Kencana Prenada Media Group 2013) 139.

¹⁰ P. van Dijk et.al., *Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van het Nederlands Recht* (W.E.J. Tjeenk-Willink 1985) 15.

penegak hukum dihadapkan pada persoalan yang konkret. Disitu penegak hukum harus mampu untuk melakukan alternatif mana yang harus dikorbankan, kepastian hukum atautkah keadilan. Dan yang menjadi acuan adalah moral. Jika kepastian hukum yang dikedepankan penegak hukum harus mampu memberikan interpretasi terhadap undang-undang.

Betapapun tujuan hukum adalah untuk menciptakan damai sejahtera dalam hidup bermasyarakat. Sehingga perlu diingat kembali pernyataan Ulpianus bahwa: “perintah hukum adalah hidup jujur, tidak merugikan sesama manusia, dan setiap orang mendapat bagiannya. Perlu juga kita merefleksi pendapat Bellefroid yang menyatakan: Hukum adalah berusaha untuk memenuhi kebutuhan jasmani, kejiwaan, dan rohani masyarakat, sesuai dengan keadaan masyarakatnya, atau juga meningkatkan kemampuan individu dalam hidup bermasyarakat. Dengan demikian, apabila dikatakan bahwa masyarakat dalam keadaan tertib berarti setiap orang di dalam masyarakat tersebut dapat mengembangkan keadaannya baik secara jasmani, pikiran maupun rohaninya.¹¹

Merupakan suatu kenyataan bahwa dalam hidup bermasyarakat diperlukan aturan-aturan yang bersifat umum. Betapapun setiap kepentingan yang ada dalam masyarakat dipertimbangkan untuk dituangkan didalam aturan yang bersifat umum agar kepentingan-kepentingan itu dilindungi dan sedemokratis apapun kehidupan bernegara tidaklah mungkin semua aturan-aturan itu dapat mengakomodasi semua kepentingan tersebut. Pada masyarakat yang modern aturan yang bersifat umum tempat dituangkannya perlindungan kepentingan itu adalah undang-undang.¹²

Aturan hukum, baik berupa undang-undang maupun hukum tidak tertulis dengan demikian berisi aturan yang bersifat umum yang menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam hidup bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan dalam masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan semacam itu dan

¹¹ J.H.P. Bellefroid et.al., *Inleiding tot de Rechtwetenschap in Nederlands*, Utrecht, 1952, hlm.3.

¹² Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.* hlm.136.

pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum. Dengan demikian kepastian hukum mengandung dua pengertian yaitu: pertama adanya aturan yang bersifat umum yang membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, kedua keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu.¹³

Legalitas mencakup prinsip negatif dan positif. Prinsip negatif legalitas menyatakan bahwa pertimbangan utama dari sistem hukum adalah untuk melindungi warga negara dari negaranya yang hendak memaksakan kehendaknya kepada warga negara tersebut. Prinsip positif legalitas menekankan konsistensi dan kelengkapan dalam mengaplikasikan hukum yang mengharuskan sebuah negara untuk menghukum orang yang bersalah. Perbedaan antara prinsip positif dan negatif legalitas hanyalah satu perbedaan yang harus diingat ketika membicarakan soal legalitas dan keadilan. Legalitas akan merujuk pada hukum positif, sedangkan keadilan tidak semata-mata berdasarkan hukum positif tetapi juga moralitas.¹⁴

Hukum yang mengatur kehidupan masyarakat bukan saja yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan atau hukum yang tertulis saja, akan tetapi harus dimaknai pula hukum yang hidup dalam masyarakat. Sehingga suatu perbuatan yang melanggar hukum yang hidup dalam masyarakat, walaupun tidak tertulis dalam peraturan perundang-undangan, maka harus dikualifikasikan sebagai perbuatan yang melanggar hukum.

Hukum harus dimaknai luas bukan saja peraturan perundang-undangan, akan tetapi hukum lain yang mengatur segala aspek kehidupan masyarakat termasuk didalamnya nilai nilai sosio-kultur, dan agama.

Hukum yang baik merupakan hukum yang mampu merepresentasikan nilai yang ada dalam masyarakat, karena hukum itu dari dan untuk masyarakat. Hukum tidak dapat dipandang sebagai suatu peraturan semata tanpa mengindahkan nilai yang ada dalam masyarakat.

¹³ *Ibid.* hlm.137.

¹⁴ George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, hlm.7.

Asas legalitas yang terdapat dalam pasal 1 KUHP pada dasarnya merupakan perwujudan dari pembatasan penguasa untuk tidak bertindak secara sewenang-wenang dalam hal penjatuhan hukuman. Dengan demikian maka setiap tindakan atau perbuatan yang dikualifikasikan sebagai tindak pidana harus tercantum secara lengkap dalam peraturan perundang-undangan, dengan tidak membuka ruang terhadap perbuatan yang melanggar hukum yang hidup dalam masyarakat.

Asas legalitas dalam versi KUHP menitikberatkan kepada positivisme hukum, maka akibatnya hukum selalu tertinggal dari jamannya. Positivisme hukum selalu bertujuan untuk mencapai kepastian hukum, namun tujuan dari hukum pidana bukan saja untuk mencapai kepastian hukum, tetapi keadilan dan kemanfaatan hukum.

Rancangan KUHP atau RKUHP memberikan ruang yang lebih luas terhadap pemaknaan asas legalitas. Karena dalam RKUHP, suatu perbuatan dinyatakan tindak pidana bukan saja melanggar hukum yang tertulis, akan tetapi perbuatan tersebut melanggar hukum yang hidup dalam masyarakat sepanjang tidak bertentangan dengan nilai Pancasila, UUD 1945, hak asasi manusia, dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab. Pengaturan mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat, dimuat di dalam Buku I, tepatnya dalam Pasal 2 yang berdasarkan RKUHP berbunyi sebagai berikut:

- (1) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.
- (2) Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang-Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.

Memaknai asas legalitas dengan mengakui hukum yang hidup dalam masyarakat sesungguhnya merupakan kemajuan dalam bidang hukum pidana Indonesia, karena hukum pidana secara eksplisit memberikan ruang untuk berlakunya hukum yang hidup. Dengan demikian,

hal ini menjadi tonggak atau momentum mengembalikan hukum pidana yang disesuaikan dengan adat istiadat dan budaya masyarakat Indonesia, juga dijadikan sebagai jalan untuk mencapai keadilan dan kepastian hukum berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

Diakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar dapat dipidananya suatu perbuatan sebagaimana yang tercantum dalam RKUHP, bukan tidak menghadapi pada masalah baru dalam penegakan hukum pidana. Diantaranya adalah, dengan diperluasnya makna asas legalitas tersebut tujuan dari hukum pidana yakni kepastian hukum menjadi tidak tercapai. Karena sulit menemukan batas yang jelas dan tegas kapan seseorang melanggar hukum yang hidup dalam masyarakat dan karena sebab itu maka dapat dipidana,

Dari sedikit uraian yang penulis sampaikan di atas, maka penulis bermaksud untuk mengkaji lebih mendalam dalam bentuk jurnal dengan judul: **REKONSTRUKSI ASAS LEGALITAS DALAM KONSEP RANCANGAN KITAB UNDANG-UNDANGAN HUKUM PIDANA KAITANNYA DENGAN PRINSIP KEARIFAN LOKAL**

B. Metode Penelitian

Dalam rangka memperoleh kemudian menganalisis setiap informasi yang bersifat ilmiah, tentunya dibutuhkan suatu metode dengan tujuan agar

suatu karya ilmiah itu memiliki susunan yang sistematis, terarah dan konsisten.¹⁵

Penelitian ini adalah penelitian hukum dengan pertimbangan bahwa titik tolak penelitian adalah mengkaji Asas Legalitas. Pendekatan yang digunakan dalam penelitian adalah pendekatan filsafat (*philosophy approach*), pendekatan undang-undang (*statue approach*), pendekatan sejarah (*historys approach*). Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini disesuaikan adalah:¹⁶

1. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mengikat dan terdiri dari norma dasar yaitu KUHP, UU Darurat tahun 1951, PERPPU No.1 Tahun 2002, UU No.15 Tahun 2003, RUU KUHP tahun 2012;
2. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang memberi penjelasan mengenai sumber data primer seperti, hasil penelitian dari para *Jurist*, buku ilmu hukum, jurnal hukum.
3. Bahan hukum tertier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer, dan sekunder. Contohnya website, ensiklopedia, kamus.

PEMBAHASAN

A. Kedudukan Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia

Menurut makna universal hukum, hukum ialah mewujudkan keadilan dalam hidup bersama manusia. Makna ini tercapai dengan dimasukkannya prinsip-prinsip keadilan bagi kehidupan bersama itu. Maka menurut pandangan orang, hukum yang sebenarnya adalah hukum yang positif yang merupakan realisasi dari prinsip keadilan. Harus diakui bahwa orang yang berpandangan empiris tidak sampai pada pandangan ini. Mereka mendapat pengertian tentang hukum dari apa yang terjadi dalam pembentukan hukum

¹⁵ Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Press, 1990, hlm.1.

¹⁶ *Ibid.*

dalam undang-undang. Dengan ini mereka memastikan bahwa hukum berasal dari suatu pemerintahan yang sah dalam suatu negara yang berdaulat.¹⁷

Pemerintah itu meneliti situasi, melihat kebutuhan akan peraturan tertentu, lalu menegahkan peraturan tersebut. dapat dipastikan juga bahwa pembuatan itu dapat dipengaruhi oleh beberapa faktor. Sudah barang tentu situasi historis dan politik masyarakat terlebih dahulu menjadi dasar pertimbangan. Kemudian juga ideologi negara dapat menjadi petunjuk dalam membentuk undang-undang. Mungkin juga kepentingan pribadi ikut menentukan isi undang-undang. Tetapi pengertian tentang hukum sebagai norma suatu hidup bersama yang adil tidak masuk pertimbangan mereka.¹⁸

Walaupun makna hukum sebagai suatu aturan yang adil tidak diperoleh melalui penyelidikan ilmiah, pada diri setiap orang tetap ada keyakinan bahwa hukum ada hubungan dengan yang seharusnya. Dalam hati manusia hiduplah keinsyafan yang membawa orang pada suatu penilaian faktor-faktor yang berperan dalam pembentukan hukum. Kadang-kadang juga terjadi bahwa undang-undang yang dahulu cocok dengan situasi masyarakat karena perkembangan sosial makin menjauhkan diri dari rasa keadilan yang hidup dalam hati orang. Atau juga terjadi bahwa para penguasa mempunyai niat yang sungguh-sungguh untuk membuat undang-undang yang adil tetapi usaha ini gagal. Pada kenyataannya undang-undang itu ditaati pada permulaan, tetapi kemudian jurang antara hukum positif dan prinsip-prinsip keadilan menjadi nyata.

Akibatnya peraturan yang ditentukan kehilangan artinya sebagai hukum dan mungkin tidak akan ditaati lagi. Bila perkembangan semacam ini cukup disadari oleh orang-orang yang menetapkan hukum mereka itu akan menyetujui bahwa hukum positif menjadi hukum yang mati.¹⁹

Hukum hanya dipandang sebagai hukum kalau tidak bertentangan dengan prinsip keadilan. Konsekuensi logisnya adalah peraturan yang tidak adil bukanlah hukum yang sebenarnya. Tetapi kalau suatu peraturan kehilangan maknanya sebagai hukum, maka peraturan itu tidak mewajibkan

¹⁷ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius 1982, hlm.273.

¹⁸ *Ibid.* hlm.274.

¹⁹ *Ibid.*

lagi sehingga, tidak boleh ditaati. Aquinas menyatakan “pemberontakan terhadap tata hukum yang tidak adil sering kali tidak diizinkan karena bahaya huru-hara dan anarkhi.” Walaupun demikian tetap benar bahwa hukum yang tidak adil kehilangan artinya sebagai hukum, sekalipun peraturannya terus ditaati. Peraturan ini ditaati tidak oleh karena memiliki kekuatan hukum, tetapi oleh karena orang yang menetapkannya adalah penguasa. Maka dengan ini perbedaan antara hukum dan kekuasaan telah hilang.

Dalam konteks ketaatan seperti di atas peneliti melihat bahwa dalam hal ini orang mentaati peraturan itu (yang tidak adil) karena adanya ketakutan terhadap penguasa bukan ketaatan dari dalam sikap batinnya (moral). Memang dalam aplikasi hukum sangat sulit membedakan hukum yang adil dan tidak adil. Orang yang mempelajari masalah hukum kurang senang dengan ketidakpastian ini. Itu akibat dari adanya anggapan hukum itu harus pasti (certum) untuk menjamin kehidupan bersama dan menghindari terjadinya chaos. Penegasan dari kepastian hukum itu dicapai dengan membentuk undang-undang (positifisasi). Kesimpulannya adalah bahwa dalam hukum yang sebenarnya dua segi disatukan: hukum adalah hukum yang adil dan pasti. Bila salah satu segi berkekurangan, hukum itu kehilangan artinya sebagai hukum.²⁰

Hal ini dapat peneliti jelaskan secara sederhana dengan mengkomparasikan relativitas hukum yang pasti dengan hukum yang adil yaitu manusia yang secara realitas dibentuk dari dua komponen yang berbeda tapi saling dependensi; yaitu hubungan antara komponen jiwa dan raga. Memang benar adanya bahwa badan tanpa jiwa tidak bermakna, dan di sisi lain jiwa tidak dapat soliter. Jiwa hanya bisa eksis bila menyatu dengan raga membentuk manusia yang hidup. Namun persatuan dua hal yang berbeda ini, tidak lantas bisa disamakan. Baik jiwa maupun raga tetap memperlihatkan segi yang beda dalam eksistensi manusia.

Dengan menerima hukum alam sebenarnya diterima kriteria untuk menilai apa hukum yang sungguh menurut prinsip keadilan. Hukum semacam ini biasanya disebut hukum alam. Asal diketahui bahwa menganut hukum

²⁰ Heinrich A. Rommen, *The Natural Law*, St Louis, 1947, hlm. 113.

alam sekarang bukan berarti bahwa seluruh teori hukum alam dihadirkan kembali. Yang diperlukan hanya inspirasinya dihidupkan kembali agar bermanfaat bagi jaman sekarang yakni bahwa peraturan tersebut harus disusun dengan prinsip-prinsip keadilan supaya dapat menjadi hukum yang benar.²¹

B. Rekonstruksi Asas Legalitas dalam Perspektif Teori Hukum

Asas legalitas mempunyai landasan teoritis, sebagaimana diuraikan oleh John Austin ketika menjawab pertanyaan apakah *legal* (hukum) itu secara singkat John Austin menyatakan dengan frasa *a command*.²² Pengertian bahwa hukum adalah suatu perintah kemudian diuraikan Austin, bahwa:²³ “*the term law embraces the following objects: Laws set by God to His human creatures, and laws set by men to men*”. Hukum yang berasal dari Tuhan (*laws set by God*), “*frequently styled the law of nature, or natural law*”. Sementara, hukum yang dibuat manusia untuk manusia (*laws set by men to men*) dibagi dalam dua kelas yaitu (i) hukum yang dibuat oleh *political superior* dan (ii) hukum yang dibuat oleh *are not political superior*. Hukum dengan kelas pertama itu ialah hukum dimana *political superior, sovereign, and subject: by persons exercising supreme and subordinate government, in independent nations, or independent political societies*.²⁴ Dalam bahasa ahli hukum Romawi oleh *privilegia*.²⁵ Hukum dengan suatu *political superior* ini sering disebut dengan *positive law or law existing by position*. Dan setiap hukum atau peraturan itu adalah *a command*. Hukum yang dibuat oleh “*are not political superior*” dalam banyak hal adalah hukum yang berhubungan dengan hak subyektif seperti dalam administrasi pemerintahan dan atau hukum perdata.

²¹ *Ibid*, hlm.279.

²² John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Lecture I, Edited by Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, Cambridge, 1955:18.

²³ *Ibid*, hlm.18

²⁴ *Ibid*. hlm.19

²⁵ O.F Robinson, *The Sources of Roman Law, Problems and Methods for Ancient Historians*, Routledge, London and New York, 1997:32-5

Selanjutnya, Austin menguraikan bahwa *a command* itu harus dibedakan dari suatu keinginan semata. Karena substansi dari *a command* adalah keinginan berdasarkan adanya suatu kekuasaan dan yang diikuti suatu perintah berdasarkan kekuasaan itu. Suatu *command* akan berakibat adanya “*evil or pain*” bila tidak dihormati. Istilah perintah dan kewajiban adalah berkorelasi. Mengenai korelasi ini Austin mengatakan:²⁶ “*wherever a duty lies, a command has been signified; and whenever a command is signified, a duty is imposed... The evil which will probably be incurred in case a command be disobeyed or...in case a duty be broken, is frequently called a sanction, or an enforcement of obedience. Rewards are not sanctions. The greater the evil to be incurred in case the wish be disregarded, and the greater the chance of incurring it on that same event, the greater, no doubt, is the chance that the wish will not be disregarded. Command, duty and sanction are inseparably connected terms*”.

Pemikiran Austin ini kemudian dikembangkan oleh Hans Kelsen dengan Teori Hukum Murni.²⁷ Pendapat Hans Kelsen ini muncul ketika gagasan humanisasi kehidupan dan deklarasi umum hak asasi manusia (1948) telah ada.²⁸ Pendapat Kelsen ini disebut dengan Teori Hukum Murni karena dalam menganalisis hukum Kelsen hanya mendasarkan pada pengetahuan tentang hukum itu bukan pada pembentukannya. Kelsen mengatakan bahwa teori hukum murni berusaha mencapai hasil-hasilnya melalui analisis hukum positif.²⁹ Dikatakan bahwa Negara tidak lain daripada personifikasi hukum nasional. Hukum adalah suatu tata perbuatan manusia. Tata adalah suatu sistem aturan- aturan. Kemudian tentang hukum positif Kelsen mengatakan, “Seandainya ada suatu keadilan yang dapat diketahui secara obyektif, maka tidak akan ada hukum positif dan oleh karena itu tidak akan

²⁶ John Austin, *Op.Cit.* hlm.22.

²⁷ Hans Kelsen, *Teori Hukum Murni*, Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif sebagai Ilmu Hukum Empirik Deskriptif, alih bahasa Drs. Somardi, Cetakan I, Rimdi Press, Jakarta:1995 Dalam teori hukum murni ini, Hans Kelsen mengakui bahwa teori hukum murni dikembangkan dengan cita-cita keadilan tertentu yaitu demokrasi dan liberalisme (hlm.3). Dan menurut Paul Scholten, *Op.Cit* 5, bahwa “kemurnian ini dicarinya terutama di sini, bahwa ajaran tentang hukum harus secara tajam dipisahkan di satu pihak dari ilmu sosiologis, di lain pihak dari tiap postulat etikal yang menyebabkan orang jatuh kembali ke dalam suatu “hukum kodrat” yang justru mau dihindarkan.

²⁸ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Penerbit Kanisius, 1995.

²⁹ *Ibid*, hlm.v.

ada negara; karena tidak akan perlu untuk memaksa orang menjadi bahagia”. Ditekankan bahwa hanya tata hukum positiflah yang dapat menjadi obyek ilmu pengetahuan; hanya tata hukum inilah yang merupakan obyek dari teori hukum murni, yang merupakan ilmu hukum, bukan metafisika hukum. Menurut pengertian teori hukum murni, tata hukum positif adalah suatu teori yang benar-benar realistik dan empirik.³⁰

Dalam teori hukum murni, paksaan digunakan untuk mencegah pelanggaran hukum dalam masyarakat. Hukum dan paksaan tidak bertentangan satu sama lain. Oleh karena itu, disimpulkan bahwa hukum adalah organisasi paksaan. Perdamaian hukum adalah suatu kondisi monopoli paksaan, suatu monopoli paksaan oleh masyarakat. Sekalipun sesungguhnya hukum adalah suatu tata yang melarang penggunaan paksaan pada umumnya, akan tetapi sebagai pengecualian, di bawah kondisi-kondisi tertentu dan untuk individu-individu tertentu, dibolehkan menggunakan paksaan sebagai suatu sanksi.³¹

Peraturan hukum yang sah adalah norma. Lebih tepatnya, peraturan hukum adalah norma yang menerapkan sanksi. Suatu perintah adalah mengikat bukan karena individu yang memerintah memiliki kekuasaan nyata yang lebih tinggi, melainkan karena dia “diberi wewenang” atau diberikan kekuasaan untuk melahirkan perintah-perintah yang bersifat mengikat.³² Norma adalah suatu peraturan yang merujuk pada suatu kondisi bahwa seseorang harus bertindak menurut suatu cara tertentu, tanpa mengandung arti bahwa seseorang benar-benar “menginginkan” atau “menghendaki” orang itu bertindak menurut cara tersebut. Sedangkan norma itu sendiri adalah pernyataan tentang ide bahwa sesuatu harus terjadi, terutama bahwa seseorang individu harus berbuat menurut suatu cara tertentu.³³ Namun, tidak setiap

³⁰ Lebih jauh, Bernard Arief Sidharta menjelaskan mengenai hal ini dalam buku Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum, sebuah penelitian tentang fondasi kefilsafatan dan sifat keilmuan ilmu hukum sebagai landasan pengembangan ilmu hukum nasional, penerbit CV. Mandar Maju, Bandung, 2000:85 mengatakan “Artinya, hanya pengetahuan empiris, dengan kata lain, hanya kenyataan yang dapat diobservasi panca indera yang dapat menjadi objek ilmu”

³¹ *ibid*, hlm.19-20

³² *ibid*, hlm. 28-29

³³ *ibid*, hlm.-34-35

perintah adalah suatu norma yang sah sehingga secara konseptual diakui eksistensi dari pengadilan administrasi negara.

Pertama-tama secara kategoris harus dibedakan hukum yang dirumuskan dalam proses legislasi oleh kekuasaan legislatif (dan eksekutif) dan hukum yang ditegakkan melalui kekuasaan yudikatif. Hukum sebagai produk dari bersama-sama legislatif dan eksekutif adalah undang-undang yang rumusannya merupakan pernyataan umum. Sementara kasus adalah bersifat spesifik sehingga antara undang-undang dan kasus selalu ada jarak (*asimetris*) sehingga memerlukan pencarian makna, tentu saja dari perspektif keadilan. Dalam tataran praksis, makna itu ditemukan melalui interpretasi dan konstruksi hukum yakni cara untuk mengetahui dan memastikan hukum dari suatu kasus. Bila dalam pemberian makna itu lebih banyak menggunakan diskresi dari pemahaman aparatur hukum (hakim) mengenai hukum maka dapat disebut hukum yang demikian sebagai *the invisible justice system*.³⁴ Dalam hal yang demikian, maka bukanlah paham kita tentang hukum yang keliru melainkan adalah karena adanya deviasi dari aparatur hukum khususnya dalam mencari makna untuk menutupi kesenjangan antara hukum dan kasus itu.

Dengan demikian pendapat Kelsen bahwa keadilan adalah legalitas berdasarkan hukum positif tetap dapat diterima. Alasannya adalah suatu peraturan umum (hukum) adalah “adil” jika benar-benar diterapkan kepada semua kasus yang menurut isinya hukum itu harus diterapkan. Suatu peraturan umum adalah “tidak adil” jika diterapkan kepada satu kasus dan tidak diterapkan kepada kasus lain yang sama.³⁵ Keadilan dalam arti legalitas adalah suatu kualitas yang berhubungan bukan dengan isi dari suatu tata hukum positif, melainkan dengan penerapannya. Keadilan ini adalah keadilan “berdasarkan hukum”.³⁶ Pada saat yang sama, seperti sudah dikemukakan

³⁴ Burton Atkins, Mark Porgrebin, *The Invisible Justice System, Discretion and The Law, Criminal Justice Studies*, Anderson Publishing Co., 1978.

³⁵ Hans Kelsen, *ibid*, hlm.12

³⁶ Hans Kelsen, *ibid* hlm.12 dan bandingkan dengan ketentuan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman RI yang menentukan, (i) peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, (ii) peradilan dilakukan “demi keadilan berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa”, (iii) pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalil bahwa hukum tidak

diatas dalam pengertian legalitas inilah konsep keadilan bisa masuk ke dalam ilmu hukum. Sebab semua tata hukum memiliki satu karakteristik umum yang tidak dimiliki oleh tata sosial lainnya. Karakteristik umum ini adalah satu-satunya kriteria yang dapat digunakan untuk membedakan secara tegas fenomena hukum dari fenomena sosial lainnya seperti fenomena moral dan keagamaan.

Lebih lanjut, seperti dikatakan Kelsen, seandainya ada suatu keadilan yang dapat diketahui secara obyektif, maka tidak akan ada hukum positif. Pada saat yang sama tidak akan ada negara. Sebab tidak akan perlu memaksa orang untuk menjadi patuh. Bagaimanapun juga memang harus diakui bahwa ada suatu hukum alam yang mutlak baik, tetapi hal itu bersifat transendental. Oleh sebab itu, tidak dapat dipahami. Jadi, ada suatu keadilan tetapi tidak dapat didefinisikan secara jelas, karena sesuatu yang abstrak dan tidak bisa dijangkau. Akibatnya, keadilan dalam paham hukum alam itu adalah suatu cita-cita yang hampir mustahil dapat dicapai oleh pengetahuan manusia.³⁷ Oleh karena masyarakat terbagi ke dalam banyak etnis, keyakinan politik, agama, profesi, dan sebagainya, yang seringkali berbeda-beda satu sama lainnya, maka begitu banyak gagasan tentang keadilan sehingga menjadi tidak bisa membicarakan keadilan secara sederhana.³⁸ Kecenderungan untuk menyamakan hukum dan keadilan adalah kecenderungan untuk membenarkan suatu tata sosial tertentu. Menyamakan hukum dan politik adalah kecenderungan politik bukan kecenderungan ilmiah.³⁹

Sementara itu, masih dengan pertanyaan yang sama yaitu apakah hukum itu, Bernard Arief Sidharta dengan cara yang lain menguraikan bahwa "...hak dan kewajiban orang dalam situasi kemasyarakatan tertentu, ...

ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya (Pasal 16 ayat 1), (iv) hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (Pasal 28), (v) segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, memuat pula pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

³⁷ Hans Kelsen, *ibid*, hlm.10

³⁸ *ibid*, hlm.6

³⁹ *ibid*, hlm.3

kepatuhannya tidak diserahkan pada kemauan bebas yang bersangkutan”.⁴⁰ Ada hukum yang mengaturnya. Hukum terbentuk dalam masyarakat yang teratur dan yang sudah terorganisasikan secara politik dalam bentuk negara, dapat terjadi dalam berbagai proses. *Pertama*, proses pembentukan hukum melalui proses politik menghasilkan “perundang-undangan”. *Kedua*, proses pembentukan hukum melalui peradilan menghasilkan “yurisprudensi”. *Ketiga*, pembentukan hukum melalui putusan birokrasi pemerintah menghasilkan “ketetapan”. *Keempat*, pembentukan hukum dari perilaku hukum warga masyarakat dalam kehidupan sehari-hari atau “kebiasaan”, dan terakhir, *kelima*, dari pengembangan ilmu hukum (doktrin)”.⁴¹ Semua sumber hukum ini terbentuk dengan dipengaruhi oleh dua faktor yaitu kesadaran hukum yang hidup dalam masyarakat dan politik hukum.

Hukum itu sekaligus mengemban dua fungsi yaitu ekspresif dan instrumental. Ekspresif ketika mengungkapkan pandangan hidup, nilai-nilai budaya dan keadilan dan instrumental ketika antara lain menjadi sarana untuk menciptakan dan memelihara ketertiban dan stabilitas. Tatanan hukum yang beroperasi dalam suatu masyarakat pada dasarnya merupakan pengejawantahan *cita hukum* ke dalam perangkat berbagai aturan hukum positif, lembaga hukum, dan prosesnya. Cita hukum itu di Indonesia ialah Pancasila dimana ia adalah sebagai landasan kefilosofan hukum sebagaimana dirumuskan dalam UUD 45.⁴²

Dengan diterimanya yurisprudensi sebagai sumber hukum maka menurut Roeslan Saleh telah didobrak pemisahan yang ketat antara tugas pembentuk undang-undang dan peradilan, suatu asas yang sudah sejak lama mendasari kehidupan kenegaraan dan kemasyarakatan Indonesia. Bahkan lebih lanjut, diperlukan suatu kerjasama yang erat antara pembentuk undang-undang dan penegak hukum, agar perubahan kemasyarakatan dapat diatur dan ditanggulangi dengan sebaik-baiknya. Penerimaan yurisprudensi sebagai sumber hukum berarti keluar dari legisme yang ketat. Penerimaan ini dapat

⁴⁰ Bernard Arief Sidharta, Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum, sebuah penelitian tentang fundasi kefilosofan dan sifat keilmuan ilmu hukum sebagai landasan pengembangan ilmu hukum nasional Indonesia, penerbit CV Mandar Maju, Bandung, 2000:240.

⁴¹ *ibid*, hlm.189

⁴² *ibid*, hlm.181

juga dalam bidang hukum pidana, terutama setelah diterimanya “alasan-alasan penghapus pidana” yang ada di luar undang-undang sebagaimana diuraikan di atas. Dengan demikian, maka norma-norma yang bersifat ekstra legal semakin banyak turut menentukan keadilan. Dan asas-asas yang bersifat *typis jurisprudentialis* memainkan peranan penting dalam pelaksanaan undang-undang. Di sini kelihatan bahwa acara peradilan merupakan suatu fungsi yang esensial dalam mempositifkan hukum. Dengan perkembangan ini, maka diadakan suatu corak baru dalam peradilan pidana.⁴³ Seperti dikatakan Anthony Hol dan Marc Loth, hakim akan sekaligus sebagai *a guardian of the constitution*.⁴⁴ Sebab seorang hakim, *who interprets the constitution is a partner to the authors of the constitution*.⁴⁵

Oleh karena itu, dalam Pengaturan KUHP ke depan sebaiknya menggunakan asas legalitas secara tidak absolut. ketentuan asas legalitas tidak akan mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Namun, sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa asas hukum tidak tertulis dapat diterima.

Sehingga perlu diakui pula adanya tindak pidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat atau yang sebelumnya dikenal sebagai tindak pidana adat untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat. Adalah suatu kenyataan bahwa di beberapa daerah di tanah air, masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis, yang hidup dan diakui sebagai hukum di daerah yang bersangkutan, yang menentukan bahwa pelanggaran atas hukum itu patut dipidana. Dalam hal ini hakim dapat menetapkan sanksi berupa “Pemenuhan Kewajiban Adat” setempat yang harus dilaksanakan oleh pembuat tindak pidana. Hal ini mengandung arti, bahwa standar, nilai dan norma yang hidup dalam masyarakat setempat masih

⁴³ Roeslan Saleh, *Segi Lain Hukum Pidana*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1984, hlm.56.

⁴⁴ Anthony Hol, Marc Loth, *Reshaping Justice, Judicial Reform and Adjudication in the Netherlands*, Maastricht, Shaker Publishing BV 2004:, hlm.75

⁴⁵ Aharon Barak, *The Judge In a Democracy*, Princenton, Princenton University Press, 2006, hlm. 29.

tetap dilindungi untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu. Keadaan seperti ini tidak akan menggoyahkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas serta larangan analogi yang dianut dalam Hukum Pidana.

Dalam masalah pengaturan tindak pidana, implementasi ide keseimbangan itu berorientasi pada masalah sumber hukum (asas atau landasan legalitas), yakni di samping sumber hukum atau landasan legalitas didasarkan pada asas legalitas formal (berdasarkan undang-undang) yang menjadi landasan utama, juga didasarkan pada asas legalitas material dengan memberi tempat kepada “hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis” (*the living law*). Perluasan asas legalitas materiel ini didasarkan pada:

- a. aspirasi yang bersumber dari kebijakan legislatif nasional setelah kemerdekaan;
- b. aspirasi yang berasal dari interaksi dan kesepakatan ilmiah dalam pelbagai seminar atau pertemuan ilmiah lain yang bersifat nasional;
- c. aspirasi yang bersifat sosiologis; dan
- d. aspirasi universal atau internasional di lingkungan masyarakat bangsa-bangsa yang beradab.

Dengan diakuinya “hukum yang hidup” sebagai sumber hukum (sumber legalitas) material, maka perlu memberikan pedoman, kriteria atau rambu-rambu mengenai sumber hukum material mana yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum (sumber legalitas materiel). Oleh karena itu, pembaharuan KUHP juga harus merumuskan pedoman, kriteria, atau rambu-rambu yang berorientasi pada nilai-nilai nasional yakni Ideologi Pancasila, dan nilai-nilai atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa yang beradab (*“the general principles of law recognized by the community of civilized nations”*).

Dengan demikian pada dasarnya, asas-asas ruang berlakunya hukum pidana tidak jauh berbeda dengan KUHP yang sekarang berlaku, walaupun perlu dipikirkan mengenai ruang berlakunya hukum pidana menurut waktu (asas legalitas), selain tetap dipertahankan asas legalitas formal seperti dalam KUHP saat ini, perlu juga diperluas ke asas legalitas material.

C. Rekonstruksi Asas Legalitas Sebagai Politik Hukum Pidana

Sekalipun asas legalitas merupakan salah satu pilar utama bagi setiap negara yang menghargai hukum sebagai supremasi, akan tetapi terhadap kejahatan-kejahatan yang dinamakan seperti *criminal extra ordinary* sering digunakan oleh penguasa untuk memanfaatkan hukum pidana secara sewenang-wenang, di antaranya dengan memanfaatkan implementasi asas retroaktif untuk memenuhi kebutuhan politis. Padahal, makna yang terkandung dalam asas legalitas yang universalitas sifatnya adalah bahwa: (1) tiada pidana tanpa peraturan perundang-undangan terlebih dahulu, (2) larangan adanya analogi hukum, dan (3) larangan berlaku surut suatu undang-undang atau yang dikenal sebagai larangan berlakunya asas retroaktif.⁴⁶

Konkritnya, KUHAP sebagai hukum acara pidana tidak mampu menangkalnya. Dengan demikian hukum acara pidana yang diatur dalam KUHAP gagal untuk memberikan jaminan kepastian hukum dan keadilan yang merupakan tugas utamanya. Secara historis, “bahwa asas legalitas pernah diterobos sebanyak beberapa kali dengan Putusan Dewan Keamanan PBB, yaitu pengadilan penjahat perang di *International Military Tribunal* (IMT) Nurenberg, IMT Tokyo serta *International Criminal Tribunal For Rwanda* (ICTR) dan *International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia* (ICTY), *Sierra Leone* dan *Genocide Tribunal di kamboja*, yang diberlakukan surut karena hukum kebiasaan internasional. Demikian juga apa yang terjadi pada pengadilan ham timor timur pasca jajak pendapat atas dasar Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000.⁴⁷

Pemberlakuan hukum pidana retroaktif, secara internasional diijinkan sepanjang berkaitan dengan pelanggaran ham berat untuk *locus* dan *tempus delicti* tertentu. di luar itu pemberlakuan hukum pidana secara retroaktif

⁴⁶ Indriyanto Seno Adji, *Perspektif Mahkamah Konstitusi Terhadap Perkembangan Hukum Pidana*, dalam Mardjono Reksodiputro, Pengabdian Seorang Guru Besar Hukum Pidana, Jakarta, Bidang Studi Hukum Pidana Sentra HAM FHUI Badan Penerbit FHUI 2007: 235.

⁴⁷ Muladi, *Statuta Roma Tahun 1998 tentang Mahkamah Pidana Internasional*, PT Alumni Bandung, 2011.

(*prohibition of ex post facto legislation*) merupakan salah satu yang oleh ICCPR, 1966 disebut “*non derogable rights*”.⁴⁸

Akan tetapi memang diakui bahwa dalam hukum materil khususnya dalam mencapai keadilan “Prinsip yang dinamakan legalitas tidak pernah berlaku absolut. Karena apapun yang berlaku absolut, justeru akan menimbulkan kesewenang-wenangan”.⁴⁹ Oleh karena itu, dalam Pasal 25 ayat (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, hakim tidak dilarang menggunakan hukum yang tidak tertulis sebagai alasan dan dasar putusnya. Sebagai contoh, dasar-dasar pembenar (*rechtvaardiging gronden*) dalam menentukan pertanggungjawaban pidana yang sudah diterima dalam praktek dewasa ini dikembangkan melalui hukum tidak tertulis oleh hakim di pengadilan.⁵⁰ Termasuk “tidak melawan hukum secara materiel (*materiele wederrechtelijkheid*) disebut juga sebagai dasar pembenar di luar undang-undang.”⁵¹

Pada saat yang sama bentuk penyelesaian kasus pidana di Indonesia dengan *transactie* menurut Oemar Seno Adji dapat diterima pula. Akan tetapi dengan dua persyaratan yaitu harus memenuhi “asas proporsionalitas” dan asas subsidiaritas. Asas ini menghendaki bahwa polisi tidak boleh mengadakan langkah- langkah lebih berat, bila langkah yang lebih ringan adalah cukup untuk mengatasi permasalahannya.⁵² Asas ini dapat kita temukan dalam tindak pidana yang diatur hukum administrasi seperti dalam Undang-Undang Nomor 23 tahun 1997 tentang Pengelelolaan Lingkungan Hidup. Dengan alasan yang kurang lebih sama, bentuk penyelesaian suatu

⁴⁸ Bassiouni, M. Cherrif, *The Protection Of Human Rights In The Administration Of Criminal Justice, Transnational Publs., Inc, New York, 2004, hlm. 436*

⁴⁹ Indriyanto Seno Adji, dalam putusan MK No. 069/PUU-II/2004 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 30 tahun 2002 tentang Pemberantasan Korupsi terhadap UUD NRI Tahun 1945, yang diterbitkan Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, hlm 16

⁵⁰ Oemar Seno Adji, *Kasasi Perkara Pidana*, dalam Guru Pinandita Sumbangsih Untuk Prof. Djokosoetono, S.H., Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Jakarta, Desember 1984, hlm.302

⁵¹ Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, P.T. Yarsif Watampone, Jakarta, 2005, hlm.177-8

⁵² Oemar Seno Adji, “Kasasi Perkara Pidana”, dalam Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, Sumbangsih untuk Prof. Djokosoetono, Jakarta, Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia 1984, hlm.292 -293.

perkara pidana dengan bentuk *transactie* menurut Roeslan Saleh memang dapat diterima dengan alasan sebagai berikut:

*Seperti diketahui, menurut sistem acara pidana suatu perkara pidana pada dasarnya tidak akan sampai kepada kejaksaan tanpa melewati kepolisian; dan hakim akan diikutsertakan dalam acara bilamana kejaksaan berpendapat bahwa perkara itu perlu diadili. Hulsman dalam hubungan ini menunjukkan kepada suatu asas yang disebut asas subsidiaritas, hal ini berarti bahwa badan kepidanaan yang satu akan meneruskan "perkara" kepada badan berikutnya hanya bilamana baik dari segi prevensi umum maupun dari segi segi prevensi khusus, ataupun karena pertimbangan-pertimbangan bahwa ketidaktenangan yang ditimbulkan oleh delik itu, adalah benar-benar perlu diteruskan supaya dapat diselesaikan dengan hukum pidana... maka polisi akan memberikan peringatan kepada yang bersangkutan tanpa meneruskan perkara itu kepada kejaksaan.*⁵³

Dalam hukum pidana juga dikenal cara-cara lain mencegah orang yang melanggar undang-undang sampai berhubungan dengan hakim pidana, antara lain adalah yang disebut dengan transaksi. Di beberapa negara hal ini hanya diizinkan dalam hal pelanggaran. Jika undang-undang memungkinkan pula memperluas hal ini sampai kepada kejahatan, maka campur tangan hukum pidana akan lebih didesak kebelakang.⁵⁴

berdasarkan hal tersebut dapat diambil pengertian bahwa tindakan pemerintah untuk membatasi primaritas Asas Legalitas adalah tindakan sewenang-sewenang. Yang perlu disoroti disini adalah bukan semata-mata tindakan sewenang-wenang tetapi bagaimana kebijaksanaan (*sofia*) pemerintah untuk menegakkan hukum walaupun terkesan melawan hukum. Selain itu, di dalam hukum ada prinsip-prinsip tertentu yang memiliki gradasi lebih tinggi dari sekedar kepastian hukum yang harus diprioritaskan. Prinsip-prinsip tersebut adalah prinsip-prinsip umum keadilan yang berisikan moralitas. Atas nama moralitas yang berisikan nilai-nilai kebenaran dan keadilan, sehingga tindakan melawan hukum (*rectroactif*) sangat dibenarkan.

Gagasan "tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living*

⁵³ Prof. Mr. Roeslan Saleh, Segi Lain Hukum Pidana, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1984, hlm.21-22.

⁵⁴ Ibid hlm.22.

law) “menurut peneliti juga sejalan dengan terma dalam hukum alam klasik yang berbunyi *there exist no right to violate a right* (bukanlah hak namanya kalau kita melanggar hak orang lain). Ini menandakan bahwa kalau melanggar hak orang lain berarti siap juga pada akhirnya haknya akan dilanggar orang lain pula. Gagasan “tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)” yang berimplikasi pada *victim oriented* sudah diimpikan oleh bangsa Indonesia sejak tahun 1964 dalam KUHP baru, tetapi belum diwujudkan hingga hari ini. Walaupun UUHP baru belum dapat diwujudkan, tetapi sekarang telah ada RUU KUHP tahun 2015 yang secara implisit telah memperhatikan gagasan *nullum crimen sine poena*. Hal tersebut dapat ditemukan dalam buku Kesatu Tentang Ketentuan Umum RUU KUHP Pasal 2 ayat (1) yang menentukan bahwa: “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam perundang-undangan”

Ayat 2 menentukan: “Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai- nilai yang terkandung dalam Pancasila, HAM, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa- bangsa.”

Dan dalam buku kedua (2) bab XXXVI Pasal 756 ayat (1) menentukan bahwa: “Setiap orang yang melakukan perbuatan yang menurut hukum yang tidak tertulis dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan sanksi pidana adalah tindak pidana”. Dari rumusan Pasal 2 ayat jo Pasal 756 ayat (1) RUU KUHP tersebut di atas dapatlah kita menyatakan bahwa ide dasar dari rumusan pasal tersebut adalah sejalan dengan apa yang digagas peneliti tentang “tiada perbuatan pidana tanpa pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)” menindak pelaku tindak pidana yang sifatnya *crimina extra ordinaria* berdasarkan prinsip moral dan prinsip umum keadilan.

Penyusunan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Nasional yang baru untuk menggantikan KUHP peninggalan pemerintah kolonial Belanda

dengan segala perubahannya merupakan salah satu usaha dalam rangka pembangunan hukum nasional. Usaha tersebut dilakukan secara terarah dan terpadu agar dapat mendukung pembangunan nasional di berbagai bidang, sesuai dengan tuntutan pembangunan serta tingkat kesadaran hukum dan dinamika yang berkembang dalam masyarakat.

Dalam perkembangannya, makna pembaharuan KUHP nasional yang semula semata-mata diarahkan kepada misi tunggal mengandung dekolonisasi KUHP dalam bentuk rekodifikasi dalam perjalanan sejarah bangsa pada akhirnya juga mengandung pelbagai misi yang lebih luas sehubungan dengan perkembangan nasional maupun internasional.

Berbagai misi tersebut diletakkan dalam kerangka politik hukum yang tetap memandang perlu penyusunan hukum pidana dalam bentuk kodifikasi dan unifikasi yang dimaksudkan untuk menciptakan dan menegakkan konsistensi, keadilan, kebenaran, ketertiban, dan kepastian hukum dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan nasional, kepentingan masyarakat, dan kepentingan individu, dalam negara RI berlandaskan Pancasila dan UUD RI Tahun 1945.⁵⁵

Sejalan dengan misi tersebut Teguh Prasetyo menyatakan: Pancasila haruslah benar-benar dipergunakan sebagai sumber dari segala sumber hukum atau sumber utama hukum, kesepakatan pertama, sistem hukum positif Indonesia. Model-model penyelenggaraan hukum, seperti yang dikembangkan di Barat yang agaknya sering menjadi panutan, tanpa menyertakan bagaimana basis sosial serta asal-usul sosialnya dikaji dan dikembangkan atau disesuaikan dengan filosofis, sosiologis, dan sosiologis nasional. Model-model atau konsep barat yang sebelumnya diterima seolah-olah sesuatu yang absolut normatif disesuaikan dengan jiwa bangsa atau *volkgeist*.⁵⁶

PENUTUP

⁵⁵ Penjelasan RUU KUHP Tahun 2012

⁵⁶ Teguh Prasetyo, *Keadilan Bermartabat: Perspektif Teori Hukum*, Nusa Media, 2015, hlm.183.

A. Kesimpulan dan Saran

Artikel ini memberi sebuah konklusi bahwa pemberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat yang mengatur perbuatan yang dilarang dan disertai sanksi pidana, diakui sebagai tindak pidana dan diancam dengan sanksi pidana sebagai bentuk pengecualian pemberlakuan asas legalitas formil dalam sistem hukum pidana di Indonesia. Pemberlakuan hukum yang hidup tersebut sebagai bentuk formulasi ke dalam norma hukum pidana untuk menjamin kepastian hukum di masa datang, bahwa Indonesia mengakui adanya asas legalitas formil dan legalitas materiil dan untuk menguatkan perkembangan hukum pidana dan praktik penegakan hukum pidana.

KUHP telah mengatur asas legalitas sebagaimana dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, kemudian pada perkembangannya diberlakukan hukum pidana adat secara limitatif sebagaimana dimuat dalam Undang-undang Nomor 1/Drt/1951. Dikatakan limitatif, karena dalam pemberlakuan hukum pidana adat norma hukum pidana materiilnya mendasarkan kepada hukum pidana adat, sedangkan acaman sanksi pidananya menggunakan Undang-undang Nomor 1/Drt/1951 yang dibatasi tidak boleh lebih dari 3 (tiga) bulan penjara. Pemberlakuan hukum pidana adat tersebut kemudian dikuatkan dalam yurisprudensi yang telah menjadi yurisprudensi tetap yang, menurut doktrin hukum, kekuatan mengikatnya sama dengan undang-undang. Di samping itu, melalui yurisprudensi telah memperluas makna pemberlakuan tersebut, juga termasuk penyelesaian pelanggaran hukum pidana adat yang telah diselesaikan melalui lembaga adat. Jadi, jika suatu perkara pelanggaran hukum pidana adat sudah diselesaikan melalui lembaga adat dan telah dilaksanakan, tidak dapat diajukan lagi ke pengadilan dengan alasan hukum Pasal 76 KUHP, yaitu *ne bis in idem*. Oleh karena itu kedepannya perlu diformalkan dalam bentuk aturan Undang-Undang.

Asas Legalitas yang baru (hasil rekonstruksi) telah mewakili sisi positif dari hukum dan sepadan dengan semangat bangsa Indonesia untuk segera memiliki Undang-Undang Hukum Pidana baru tanpa harus bergantung dengan Undang-Undang Hukum Pidana milik negara lain yang pernah menjajah bangsa Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Bellefroid, J.H.P., et.al., *Inleiding tot de Rechtwetenschap in Nederlands*, Utrecht, 1952.
- Van Bemmelen, *Ons Strafrecht: Algemeen del het Materiel Strafrecht*, H.D. Tjeenk Willink, 1971.
- P. Van Dijk, et.al., *Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van het Nederlands Recht*, W.E.J. Tjeenk- Willink, 1985.
- George P Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, 1998.
- Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Kanisius, 1982.
- Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, 2013.
- Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, 2000.
- Teguh Prasetyo, *Keadilan Bermartabat: Perspektif Teori Hukum*, Nusa Media, 2015.
- Heinrich A Rommen, *The Natural Law*, St Louis, 1947.
- D. Schaffmeister, et.al., *Hukum Pidana*, Liberty, 1995.
- Deni Setyo B.Y., *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*, Setara Press, 2014.
- Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Press, 1990.

B. Jurnal dan Makalah

- Eddy O.S. Hiarej, *Asas Legalitas dan Perkembangannya dalam Hukum Pidana*, Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2014.
- R.B. Budi Prastowo, *Delik Formil/Materiil, Sifat Melawan Hukum Formil/Materiil dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Tindak Pidana Korupsi: Kajian Teori Hukum Pidana terhadap Putusan MK RI Perkara Nomor 003/PUU- IV/2006*, 24 Jurnal Hukum Pro Justitia 212.