

PERLUASAN ASAS LEGALITAS DALAM RUU KUHP

Lidya Suryani Widayati*

Abstract

Basically, the principle of legality implies that: prohibited acts must be defined in legislation; regulation must exist before it is carried out prohibited acts, and laws are not retroactive. In Article 1 paragraph (3) the Criminal Code Bill 2010, the principle of legality is being expanded so that a person may be prosecuted and convicted on the basis of the law who live in the community, even though such actions are not otherwise prohibited by law. This expansion will create legal uncertainty because the bill of the Criminal Code does not provide a clear understanding of what is meant by the law who live in the community.

Kata kunci : asas legalitas, hukum yang hidup.

A. Latar Belakang

Asas legalitas (*principle of legality*) menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. Asas ini dikenal dalam bahasa latin sebagai *nullum delictum nulla poena sine praevia lege* (tidak ada delik tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu). Asas legalitas mengandung tiga makna atau pengertian, yaitu sebagai berikut :¹

1. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang.
2. Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kias).
3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.

* Penulis adalah Peneliti Madya Bidang Hukum pada Pusat Pengkajian, Pengolahan Data, dan Informasi Setjen DPR RI, email: lidyadhi@yahoo.com, lidya.widayati@dpr.go.id

1 Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 2008, hal. 26.

Selama ini asas legalitas diatur dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang menentukan bahwa suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada.² Rancangan Undang-Undang (RUU) KUHP draft tahun 2010 masih mempertahankan asas legalitas sebagai asas fundamental. Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP menentukan bahwa tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan. Selanjutnya ayat (2) dari Pasal tersebut menentukan bahwa dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi.

Namun asas legalitas tersebut mengalami perluasan dalam ketentuan selanjutnya. Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP menentukan konsep yang berbeda dari adagium *nullum delictum nulla poena sine praevia lege*. Ayat (3) menentukan bahwa ketentuan sebagaimana dimaksud pada 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. Selanjutnya Ayat (4) menentukan bahwa berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Dengan adanya ketentuan Pasal 1 ayat (3) dan ayat (4) RUU KUHP tersebut maka seseorang dapat dituntut dan dipidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat meskipun perbuatan tersebut tidak dilarang dalam perundang-undangan. Penjelasan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP menyebutkan: suatu kenyataan bahwa dalam beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut. Hal yang demikian terdapat juga dalam lapangan hukum pidana yaitu yang biasanya disebut dengan tindak pidana adat. Untuk memberikan dasar hukum yang mantap mengenai berlakunya hukum pidana adat, maka hal tersebut mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana ini. Ketentuan pada ayat ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Diakuinya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu.

² *Ibid.*

Perluasan asas legalitas tersebut menggambarkan adanya pertentangan antara ketentuan Pasal 1 ayat (1) dan ayat (2) dengan ayat (3) dan ayat (4) RUU KUHP. Pertentangan tersebut terjadi karena Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP menghendaki adanya peraturan sebelum tindakan yang dianggap melanggar hukum itu terjadi. Dengan demikian ketentuan ini menghendaki adanya kepastian hukum. Sedangkan ketentuan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP mengesampingkan kepastian hukum dengan mengedepankan keadilan (untuk memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu). Di satu sisi, melalui asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP, hukum pidana menghendaki aturan yang tertulis dan cermat. Sementara hukum yang hidup dalam masyarakat tidak tertulis (untuk menunjuk hukum selain hukum yang dibentuk oleh negara).

Larangan penggunaan analogi dalam Pasal 1 ayat (2) RUU KUHP juga kontradiktif dengan ketentuan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP. Larangan penggunaan penafsiran analogi dalam menetapkan adanya tindak pidana merupakan konsekuensi dari penggunaan asas legalitas. Penafsiran analogi berarti bahwa terhadap suatu perbuatan yang pada waktu dilakukan tidak merupakan suatu tindak pidana, tetapi terhadapnya diterapkan ketentuan pidana yang berlaku untuk tindak pidana lain yang mempunyai sifat atau bentuk yang sama, karena kedua perbuatan tersebut dipandang analog satu dengan yang lain.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut, maka permasalahan yang akan dikaji dalam tulisan ini adalah sebagai berikut :

1. Apakah perluasan asas legalitas dalam RUU KUHP tidak bertentangan dengan makna dari asas legalitas itu sendiri ?
2. Bagaimana perluasan asas legalitas dalam RUU KUHP ditinjau dari perspektif Hak Asasi Manusia (HAM) ?

C. Tujuan

Tulisan ini bertujuan untuk mengetahui apakah perluasan asas legalitas dalam RUU KUHP tidak bertentangan dengan makna dari asas legalitas itu sendiri dan bagaimana perluasan asas legalitas dalam RUU KUHP ditinjau dari perspektif HAM.

D. Kerangka Pemikiran

Asas legalitas muncul sebagai akibat dari memuncaknya reaksi terhadap kekuasaan yang mutlak (absolutisme) dari raja-raja yang berkuasa. Pada zaman Romawi dikenal kejahatan yang dinamakan *crimina extra ordinaria*, artinya: kejahatan-kejahatan yang tidak disebut dalam undang-undang. Di antara *crimina extra ordinaria* ini yang sangat terkenal adalah *crimina stellionatus*, yang artinya perbuatan jahat, durjana. Namun, tidak ada ketentuan mengenai perbuatan berupa apa yang dimaksud dengan perbuatan jahat, durjana. Dalam sejarahnya *crimina extra ordinaria* diadopsi oleh raja-raja yang berkuasa dan menerapkannya secara sewenang-wenang, menurut kehendak dan kebutuhan raja-raja tersebut.³

Asas legalitas berasal dari jurisdiktor Jerman, von Feuerbach - ini berarti bahwa asas ini lahir pada awal abad 19 dan harus dipandang sebagai produk ajaran klasik.⁴ Asas ini ditulis dalam buku von Feuerbach yang berjudul *Lehrbuch des Peinlichen Recht* yang ditulis tahun 1801 yang berbunyi *nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali* yang artinya: tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.⁵

Sebelum asas legalitas ditulis oleh von Feuerbach, pada tahun 1748 Montesquieu telah menulis dalam bukunya yang berjudul *L'esprit des Lois* dan pada tahun 1762 telah ditulis oleh J.J. Rousseau dalam bukunya *Die Contract Social*. Buku tersebut dimaksudkan untuk melindungi hak individu dari kekejaman pemerintahan absolut dimana para raja Eropa pada waktu itu bertindak sewenang-wenang.⁶

Asas ini pertama-tama mempunyai bentuk sebagai undang-undang yaitu dalam Pasal 8 *Declaration des droits de L'homme et du citoyen* (1789) yang berbunyi: tidak ada sesuatu yang boleh dipidana selain karena suatu *wet* yang ditetapkan dalam undang-undang dan diundangkan secara sah. Asas ini mengharuskan ditentukannya terlebih dahulu dalam *wet* tentang perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana, agar penduduk lebih dahulu bisa tahu dan tidak akan melakukan perbuatan tersebut.⁷

3 Ibid.

4 Jan Remmelink, *Hukum Pidana – Komentar Atas pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2003, hal. 356.

5 Moeljatno, *Asas-Asasop. cit.* hal. 26.

6 Ibid.

7 Ibid.

Asas legalitas mengandung tiga makna atau pengertian, yaitu sebagai berikut:

1. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang.

Dalam tradisi *civil law*, aspek pertama adalah pemidanaan harus didasarkan pada undang-undang (berdasarkan hukum tertulis). Undang-undang harus menentukan mengenai perbuatan yang dianggap sebagai tindak pidana. Tanpa undang-undang yang mengatur mengenai perbuatan yang dilarang, maka perbuatan tersebut tidak dapat dikatakan sebagai tindak pidana.⁸

Persyaratan tersebut sering pula dikaitkan dengan asas *lex certa* atau *bestimmtheitsgebot* yang mewajibkan pembuat undang-undang untuk merumuskan ketentuan pidana secermat atau serinci mungkin. Perumusan ketentuan pidana yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum dan menghalangi keberhasilan upaya penuntutan (pidana) karena warga akan selalu dapat membela diri bahwa ketentuan-ketentuan seperti itu tidak berguna sebagai pedoman perilaku.⁹

Berlakunya asas legalitas memiliki dua fungsi yaitu : *pertama*, fungsi melindungi yaitu tidak ada pemidanaan kecuali atas dasar undang-undang.¹⁰ Dalam hal ini, undang-undang pidana melindungi rakyat terhadap pelaksanaan kekuasaan yang tanpa batas dari pemerintah.¹¹ *Kedua*, fungsi instrumental yaitu tidak ada perbuatan pidana yang tidak dituntut.¹² Dalam hal ini, pelaksanaan kekuasaan oleh pemerintah tegas-tegas diperbolehkan yaitu dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang.¹³

Fungsi instrumental ini terkait dengan teori von Feuerbach yaitu *psychologische dwang* (teori tekanan psikologis). Teori ini menjelaskan mengenai pembenaran penjatuhan pidana dengan alasan bahwa sebelumnya telah diberikan peringatan kepada setiap orang tentang larangan-larangan yang tidak boleh dilakukan dan jika pidana tidak dijatuhkan, maka ancaman tersebut

8 Jan Remmelink, *Hukum Pidana ... op. cit.* hal. 357.

9 *Ibid.* hal. 358.

10 D. Schaffmeister dkk, JE Sahetapy (Penerjemah), *Hukum Pidana*, Yogyakarta: Liberty, 1995, hal. 6.

11 *Ibid.* hal. 4.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

akan kehilangan kekuatannya.¹⁴ Dengan demikian makna ini menimbulkan kepastian hukum, setiap orang merasa aman dan terayomi, dan orang tidak merasa ragu berbuat sesuatu.

2. Untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (kias).

Dalam penerapannya, sering sekali sangat sulit untuk mengetahui apakah suatu kasus tertentu termasuk atau tidak termasuk dalam ketentuan pidana. Dengan demikian hakim wajib menetapkan arti yang tepat dari ketentuan pidana tersebut; hakim harus menafsirkan, menjabarkan ketentuan tersebut. Dalam ilmu hukum pidana dikenal beberapa metode penafsiran yang lazim digunakan oleh hakim untuk mendapatkan pemecahan yang adil, yaitu penafsiran gramatikal, penafsiran menurut sejarah undang-undang, penafsiran sistematis, penafsiran teleologis, dan penafsiran restriktif atau ekstentif.¹⁵

Selain metode penafsiran tersebut, terdapat metode penafsiran analogi (kias) yang telah menimbulkan perdebatan di antara para yuris yang terbagi dalam dua kelompok yaitu yang menerima dan menentang penafsiran analogi.¹⁶ Penafsiran analogi diartikan yaitu apabila terhadap suatu perbuatan yang pada saat dilakukannya tidak merupakan tindak pidana, diterapkan ketentuan hukum pidana yang berlaku untuk tindak pidana lain yang mempunyai sifat atau bentuk yang sama dengan perbuatan tersebut, sehingga kedua perbuatan tersebut dipandang analog satu dengan lainnya.¹⁷

Menurut Moeljatno, meskipun dapat dikatakan bahwa tafsiran ekstensif (yang nyata-nyata dibolehkan) dan analogi itu pada hakikatnya adalah sama, hanya ada perbedaan gradual saja, tetapi dipandang dari sudut psikologis bagi orang yang menggunakannya, ada perbedaan yang besar di antara keduanya. Perbedaannya yaitu, tafsiran ekstensif masih tetap berpegang pada bunyi aturan, semua kata-katanya masih diturut, hanya ada perkataan yang tidak lagi diberi makna seperti pada waktu terjadinya undang-undang, tetapi pada waktu penggunaannya; karena itu masih dinamakan interpretasi, dan seperti halnya dengan cara interpretasi yang lain, selalu diperlukan dalam menggunakan undang-undang. Sedangkan analogi, sudah tidak berpegang kepada aturan yang ada melainkan pada inti, rasio daripadanya. Oleh karena itu, analogi

¹⁴ Jan Remmelink, *Hukum Pidana ... op. cit.* hal. 605.

¹⁵ Lihat D. Schaffmeister dkk, JE Sahetapy (Penerjemah), *Hukum Pidana*, Yogyakarta: Liberty, 1995, hal. 8 - 10.

¹⁶ Lihat Jan Remmelink dan Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 2008, hal. 28.

¹⁷ Jan Remmelink, *Hukum Pidana ... op. cit.* hal. 359.

bertentangan dengan asas legalitas, sebab asas ini mengharuskan adanya suatu aturan sebagai dasar.¹⁸

Selain Moeljatno, Jan Remmelink juga mendukung adanya larangan analogi, dengan alasan : *pertama*, larangan analogi mendukung kepastian hukum. *Kedua*, pengembangan hukum (perundang-undangan) tidak terutama dibebankan pada hakim.¹⁹ *Ketiga*, kemungkinan untuk tetap menjangkau “terdakwa” di luar batasan bahasa membuka kesempatan bagi hakim untuk mengambil keputusan secara emosional karena pengaruh tidak murni dari opini publik, media, dan dari golongan (instansi ataupun non-instansi) lainnya. *Keempat*, bahkan sejarah perundang-undangan memunculkan penolakan: undang-undang tahun 1886 tidak dimaksudkan sebagai pengakuan terhadap penggunaan metode penafsiran analogis. Dalam perkembangan terakhir berbagai keputusan Komisi Eropa untuk HAM menegaskan larangan untuk menetapkan norma atau ketentuan pidana yang sudah ada secara analogis terhadap perbuatan yang sebenarnya tidak dimaksudkan untuk masuk dalam lingkup norma yang bersangkutan.²⁰

3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut (nonretroaktif).

Menurut Jan Remmelink, agar dipenuhinya *jus puniendi* (hak negara untuk menegakkan ketentuan-ketentuan pidana), diperlukan lebih dari sekedar kenyataan bahwa tindakan yang dilakukan memenuhi perumusan delik dan tidak ada alasan-alasan yang meniadakan pidana. Hak negara untuk menjatuhkan pidana juga harus memenuhi norma mengenai berlakunya hukum pidana yakni berlakunya hukum pidana menurut waktu (*tempus*) dan menurut tempat dimana tindakan tersebut dilakukan. Jika suatu tindakan yang memenuhi rumusan delik ternyata dilakukan sebelum berlakunya ketentuan yang terkait, tindakan tersebut tidak hanya tidak dapat dituntut ke muka pengadilan tetapi juga pelaku tidak dapat dimintai pertanggungjawaban pidana.²¹

Harus ada ketentuannya terlebih dahulu yang menentukan bahwa tindakan tersebut dapat dipidana. Dengan kata lain, tidak ada pidana tanpa (landasan) perundang-undangan yang dikenal sebagai asas legalitas. Ilmu hukum pidana sering merujuk ketentuan ini sebagai *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali* (tiada delik, tiada pidana, tanpa didahului oleh ketentuan pidana dalam

18 Moeljatno, *Asas-Asas ... op. cit.* hal. 32.

19 Jan Remmelink keberatan terhadap pengalihan beban pada hakim.

20 Jan Remmelink, *Hukum Pidana ... op. cit.* hal. 360.

21 *Ibid.* hal. 355.

perundang-undangan). Dalam hal ini, bukan hakim yang menetapkan tindakan yang dapat diancam pidana, pembuat undang-undanglah yang menciptakan hukum agar putusan peradilan tidak sewenang-wenang. Pembuat undang-undang tidak hanya menetapkan norma namun juga harus merumuskan sebelum tindakan yang dimaksud dapat dihadapkan kepadanya sebenarnya mencerminkan tuntutan akan kepastian hukum individual.²²

E. Analisis

1. Perluasan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP (Asas Legalitas Materiil) dikaitkan dengan makna dari asas legalitas.

Dalam hukum pidana Indonesia, asas legalitas diatur dengan jelas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menentukan bahwa suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada. Pasal 1 ayat (1) KUHP ini memuat dua hal penting yaitu: *pertama*, perbuatan pidana harus ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. *Kedua*, perundang-undangan harus ada sebelum terjadinya perbuatan pidana tersebut.

Asas legalitas yang telah diakui secara universal dalam sistem hukum pidana nasional yang dianut banyak negara tersebut²³ diatur kembali dalam Pasal 1 RUU KUHP draf tahun 2010. Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP menentukan bahwa tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan. Sebagaimana penjelasan dari ayat tersebut yang menyatakan bahwa ayat ini mengandung asas legalitas. Asas ini menentukan bahwa suatu perbuatan hanya merupakan tindak pidana apabila ditentukan demikian oleh atau didasarkan pada Undang-Undang. Dipergunakannya asas tersebut, oleh karena asas legalitas merupakan asas pokok dalam hukum pidana. Oleh karena itu, ketentuan peraturan perundang-undangan pidana atau yang mengandung ancaman pidana harus sudah ada sebelum tindak pidana dilakukan. Hal ini, berarti bahwa ketentuan pidana tidak berlaku surut demi mencegah kesewenang-wenangan penegak hukum dalam menuntut dan mengadili seseorang yang dituduh melakukan suatu tindak pidana.

²² Ibid.

²³ Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Jakarta: Fikahati Aneska, 2009, hal. 106.

Selanjutnya Pasal 1 ayat (2) RUU KUHP menentukan bahwa dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi. Penjelasan ayat ini menyebutkan bahwa larangan penggunaan penafsiran analogi dalam menetapkan adanya tindak pidana merupakan konsekuensi dari penggunaan asas legalitas. Penafsiran analogi berarti bahwa terhadap suatu perbuatan yang pada waktu dilakukan tidak merupakan suatu tindak pidana, tetapi terhadapnya diterapkan ketentuan pidana yang berlaku untuk tindak pidana lain yang mempunyai sifat atau bentuk yang sama, karena kedua perbuatan tersebut dipandang analog satu dengan yang lain. Dengan ditegaskannya larangan penggunaan analogi maka perbedaan pendapat yang timbul dalam praktek selama ini dapat dihilangkan.

Namun selanjutnya Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP menentukan bahwa ketentuan sebagaimana dimaksud pada 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. Penjelasan ayat ini menyebutkan sebagai berikut: adalah suatu kenyataan bahwa dalam beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut. Hal yang demikian terdapat juga dalam lapangan hukum pidana yaitu yang biasanya disebut dengan tindak pidana adat. Untuk memberikan dasar hukum yang mantap mengenai berlakunya hukum pidana adat, hal tersebut mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ini. Ketentuan pada ayat ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Diakuinya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu.

Sedangkan Pasal 1 ayat (4) RUU KUHP menentukan bahwa berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa. Penjelasan ayat ini menyebutkan bahwa ayat ini mengandung pedoman atau kriteria atau rambu-rambu dalam menetapkan sumber hukum materiil (hukum yang hidup dalam masyarakat) yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum (sumber legalitas materiil). Pedoman pada ayat ini berorientasi pada nilai nasional dan internasional.

Jika Pasal 1 RUU KUHP dibaca secara utuh maka akan berbunyi sebagai berikut: hukum pidana menganut asas legalitas dengan larangan analogi.

Namun asas legalitas dapat dikecualikan dengan memberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat. Hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut adalah yang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Dengan kata lain hukum pidana Indonesia mengakui adanya dua asas legalitas yaitu asas legalitas formil sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP dan asas legalitas materiil sebagaimana ketentuan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP. Dasar patut dipidananya suatu perbuatan pada asas legalitas formal adalah undang-undang yang sudah ada sebelum perbuatan tersebut dilakukan (hukum tertulis). Sedangkan pada asas legalitas materiil menentukan bahwa dasar patut dipidana suatu perbuatan adalah hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum tidak tertulis).²⁴

RUU KUHP tidak menjelaskan apa yang dimaksud dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Penjelasan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP hanya menyebutkan bahwa "...dalam beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut. Hal yang demikian terdapat juga dalam lapangan hukum pidana yaitu yang biasanya disebut dengan tindak pidana adat.....". Dari penjelasan tersebut, RUU KUHP hanya membatasi hukum yang hidup dalam masyarakat adalah tindak pidana adat. Dengan demikian, Perumus RUU KUHP tidak mengakui hukum agama sebagai hukum yang juga diyakini dan hidup dalam masyarakat. Mengenai tindak pidana adat, RUU KUHP juga tidak tegas mengatur tindak pidana adat yang mana yang dapat dikenai pidana apabila tindak pidana adat tersebut dilanggar.

Melalui asas legalitas, hukum pidana menghendaki aturan yang tertulis dan cermat. Sementara sebagian besar hukum yang hidup dalam masyarakat tidak tertulis. Pada dasarnya, munculnya terminologi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam RUU KUHP tidak lain adalah untuk menunjuk hukum selain hukum yang dibentuk oleh negara. Dengan demikian, secara kasat mata RUU KUHP ini seolah membuka peluang pluralisme hukum walaupun mekanisme penyelesaiannya tetap menggunakan peradilan pidana. Dengan kata lain, asas legalitas dihadapkan dengan pemberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat

Terdapat dua hal penting dari adanya asas legalitas formil (Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP) yaitu: *pertama*, suatu perbuatan harus dirumuskan dulu dalam

24 Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana – Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Jakarta: Kencana, 2008, hal. 75.

peraturan perundang-undangan. *Kedua*, peraturan perundang-undangan tersebut harus ada terlebih dahulu sebelum terjadinya perbuatan tersebut. Konsekuensi dari kedua hal tersebut adalah perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam peraturan perundang-undangan sebagai suatu tindak pidana tidak dapat dipidana. Dengan kata lain, hukum tidak tertulis tidak dapat diterapkan.

Peraturan perundang-undangan pidana harus ada terlebih dahulu sebelum terjadinya perbuatan tersebut, artinya ketentuan hukum pidana tidak diperbolehkan berlaku surut. Ketentuan dipertegas dengan adanya larangan penggunaan analogi dalam Pasal 1 ayat (2) RUU KUHP. Dengan demikian, sebenarnya Pasal ini melarang penerapan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP yang memberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Ketentuan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP juga bertentangan dengan makna dari asas legalitas yang mengharuskan perumusan tindak pidana yang jelas (asas *lex certa*). Perumusan tindak pidana melalui undang-undang tidak lain sebagai wujud kewajiban pembentuk undang untuk merumuskan ketentuan pidana secara rinci dan secermat mungkin.

Penjelasan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP menyebutkan bahwa ketentuan dalam ayat ini merupakan pengecualian dari asas legalitas. Diakuinya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan. Pengakuan hukum yang tidak tertulis ini, dengan demikian menjadikannya sebagai hukum yang formal. Sebagaimana penjelasan Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP yang menyebutkan: “adalah suatu kenyataan bahwa dalam beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut. Hal yang demikian terdapat juga dalam lapangan hukum pidana yaitu yang biasanya disebut dengan tindak pidana adat. Untuk memberikan dasar hukum yang mantap mengenai berlakunya hukum pidana adat, hal tersebut mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ini”.

Dengan memasukkan hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum tidak tertulis) menjadi hukum yang formal membawa implikasi yaitu penegakan hukum yang hidup dalam masyarakat akan dilakukan oleh negara melalui sistem peradilan pidana. Jika terjadi pelanggaran maka akan diproses melalui proses formal baik penyelidikan, penyidikan, penuntutan/pemeriksaan di pengadilan maupun pelaksanaan pidana. Artinya, diperlukan aparat penegak hukum (polisi, jaksa, dan hakim) yang mengerti mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat dimana dia bertugas.

Dari Penjelasan Umum RUU KUHP tergambar bahwa pemikiran pembentuk RUU KUHP untuk memasukan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat ke dalam hukum formal, bertitik tolak dari keseimbangan monodualistik yaitu asas keseimbangan antara kepentingan/perlindungan individu dengan kepentingan/perlindungan masyarakat dan keseimbangan antara kepastian hukum dengan keadilan. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa menurut Perumus RUU KUHP ketentuan asas legalitas formil (Pasal 1 ayat (1) mengedepankan kepastian hukum dan asas legalitas materiil (Pasal 1 ayat (3)) mengedepankan keadilan. Asas legalitas formil lebih mementingkan kepastian hukum di atas keadilan dan asas legalitas materiil lebih mementingkan keadilan di atas kepastian hukum.

Asas legalitas formil menghendaki adanya peraturan sebelum tindakan yang dianggap melanggar hukum itu terjadi, dengan kata lain menunjukkan tentang kepastian hukum dan mengesampingkan keadilan, hal ini disebabkan karena proses hukum pidana bermuara pada penjatuhan pidana. Asas legalitas merupakan sarana utama untuk mencegah kesewenang-wenangan penguasa dalam pemidanaan, dengan kata lain segala kewenangan penguasa harus berdasarkan peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan. Dengan demikian sebagai sarana kepastian hukum bagi rakyat, hal ini berarti asas legalitas formil dapat menjadi sarana mewujudkan keadilan dalam pemidanaan.

Asas legalitas materiil yang mengakui keberadaan hukum adat sebagai hukum tidak tertulis mengedepankan keadilan di atas kepastian hukum. Sulit membayangkan bagaimana agar keseimbangan antara kepastian dan keadilan tersebut dapat terwujud apabila keadilan sendiri tidak dapat diukur. Tepat bahwa tujuan hukum adalah keadilan, tanpa keadilan sebagai tujuan akhirnya, maka hukum hanya akan menjadi alat pembenaran kesewenang-wenangan mayoritas atau pihak penguasa terhadap minoritas atau pihak yang dikuasai. Namun bagaimana mewujudkan keadilan di atas kepastian hukum apabila konsep keadilan itu sendiri belum jelas, banyak pandangan yang berbeda mengenai keadilan dari beberapa teoritikus hukum. Ukuran keadilan bisa “subyektif” dan “relatif”. “Subyektif”, karena ditentukan oleh manusia yang mempunyai wewenang memutuskan itu tidak mungkin memiliki kesempurnaan yang absolut. “Relatif”, karena bagi seseorang dirasakan sudah adil, namun bagi orang lain dirasakan sama sekali tidak adil.

Penekanan keadilan di atas kepastian hukum dikhawatirkan akan memberikan pembenaran kepada hakim untuk menyimpang dari kepastian hukum. Keadilan seharusnya mengandung elemen tidak memihak, jujur dan

adil, persamaan perlakuan dan kepatutan atas dasar nilai-nilai yang berkembang dan diterima masyarakat. Permasalahan lain adalah apakah dengan menjadikan hukum yang hidup dalam masyarakat menjadi hukum yang formil dapat menjamin terpenuhinya rasa keadilan masyarakat.

Tujuan hukum adalah terciptanya suatu kedamaian yang didasarkan pada suatu keserasian antara ketertiban dengan ketentraman. Tujuan hukum akan tercapai apabila didukung oleh tugas hukum, yakni keserasian antara kepastian hukum dengan kesebandingan hukum, sehingga akan menghasilkan suatu keadilan.²⁵ Dengan demikian, keadilan adalah tujuan hukum yang dapat dicapai dengan adanya kepastian hukum.

Alasan lain Perumus RUU KUHP memasukkan hukum yang hidup dalam masyarakat karena masih banyak perbuatan lain yang oleh masyarakat dianggap sebagai perbuatan jahat tetapi belum tertampung dalam RUU. Pemikiran demikian dapat dipersamakan dengan anggapan masih terdapat *criminal extra ordinaria* dalam konsep jaman Romawi Kuno. Dengan kata lain, masih banyak *crimina stellionatus* (perbuatan jahat atau durjana) yang tidak tertampung KUHP. Padahal dalam RUU KUHP sudah banyak dirumuskan jenis-jenis tindak pidana baru. Tindak pidana baru tersebut antara lain: janji kawin (yang bersetubuh dengan perempuan dengan janji kawin yang kemudian diingkari), kumpul kebo, dan sebagainya.

Pada dasarnya tujuan akhir dari kebijakan kriminal, yaitu perlindungan masyarakat untuk mencapai tujuan utama yang sering disebut dengan berbagai istilah misalnya “kebahagiaan warga masyarakat/penduduk” (*happines of the citizens*); “kehidupan kultural yang sehat dan menyegarkan” (*a wholesome and cultural living*), “kesejahteraan masyarakat” (*social welfare*) atau untuk mencapai keseimbangan (*equality*).²⁶ Perlindungan masyarakat yang dimaksud tentunya meliputi kepentingan pelaku, korban, dan masyarakat. Jika masih banyak *crimina stellionatus* yang perlu dipidana apabila perbuatan tersebut dilanggar maka dapat dilakukan melalui kebijakan kriminal melalui pembentukan undang-undang dengan tujuan untuk menegakkan norma-norma pokok dari masyarakat (termasuk norma adat, tindak pidana adat) tersebut.

25 Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum – Studi pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009, hal. 39.

26 *Summary report* dari 34th *International Training Course* yang diselenggarakan oleh UNAFEI di Tokyo tahun 1973, dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung: Alumni, 1992, hal. 158.

Melalui kebijakan kriminal, hukum pidana (Pen: Perumus RUU KUHP) menyaring dari sekian banyak perbuatan yang tercela, yang tidak susila atau yang merugikan masyarakat sejumlah perbuatan yang dijadikan tindak pidana. Tidak mungkin semua perbuatan tersebut (yang tercela, yang tidak susila, atau yang merugikan) dapat dijadikan tindak pidana. Dalam hal ini, Perumus RUU KUHP sebagai pembuat kebijakan harus memperhatikan empat hal: tujuan hukum pidana; penetapan perbuatan yang tidak dikehendaki; perbandingan antara sarana dan hasil; dan kemampuan badan penegak hukum.²⁷

Selanjutnya terkait dengan “hukum yang hidup dalam masyarakat”, Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP tidak memberikan pengertian yang jelas mengenai apa yang dimaksud dengan hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut. RUU juga tidak memberikan batasan yang jelas hukum yang hidup yang mana yang akan diterapkan. RUU KUHP juga tidak memberikan lingkup keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat. Pasal 1 ayat (4) RUU KUHP menentukan batasan hukum yang hidup dalam masyarakat adalah yang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan prinsip-prinsip yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa. Namun, batasan ini tidak memberikan kepastian hukum karena masih bersifat multi-interpretasi.

Dari penjelasan Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP hanya ada penyebutan mengenai tindak pidana adat sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat. Tidak ada ketentuan yang jelas apa yang dimaksud dengan hukum yang hidup dalam masyarakat atau tindak pidana tersebut. Ketentuan ini akan menimbulkan ketidakpastian hukum yang justru bertentangan dengan asas legalitas itu sendiri. Ketidakpastian hukum akan semakin nyata jika dilihat dari karakter tindak pidana adat.

Tindak pidana adat adalah hukum yang menunjukkan peristiwa dan perbuatan yang harus diselesaikan (dihukum) dikarenakan peristiwa dan perbuatan itu telah mengganggu keseimbangan masyarakat. Berbeda dengan hukum pidana yang menekankan peristiwa apa yang dapat diancam dengan hukuman serta macam apa hukumannya, dikarenakan peristiwa itu bertentangan dengan peraturan perundang-undangan.²⁸ Tidak ukuran kapan keseimbangan masyarakat terganggu akibat dari suatu perbuatan.

Asas legalitas menghendaki peraturan yang dituliskan dalam perundang-undangan dirumuskan dengan rinci (*lex certa*), tidak diberlakukan surut (*non retroaktif*), dan larangan analogi. Sedangkan hukum yang hidup dalam

27 Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 2007, hal. 36.

28 Hilman Hadikusuma, *Hukum Pidana Adat*, Bandung: Alumni, 1989, hal. 8.

masyarakat tidak tertulis dan tidak mempunyai rumusan yang jelas mengenai perbuatan yang dilarang tersebut. Masyarakat seharusnya sudah tahu apakah perbuatan yang ia lakukan merupakan tindak pidana atau bukan. Oleh karena itu asas legalitas juga melarang ketentuan yang berlaku surut, hal ini untuk menegakkan kepastian hukum bagi masyarakat.

Selain itu Penjelasan Pasal 1 ayat (2) RUU KUHP menyebutkan bahwa larangan penggunaan analogi merupakan konsekuensi dari penggunaan asas legalitas. Penafsiran analogi berarti bahwa terhadap suatu perbuatan yang pada waktu dilakukan tidak merupakan suatu tindak pidana, tetapi terhadapnya diterapkan ketentuan pidana yang berlaku untuk tindak pidana lain yang mempunyai sifat atau bentuk yang sama, karena kedua perbuatan tersebut dipandang analog satu dengan yang lain.

Melalui penerapan hukum yang hidup dalam masyarakat, perbuatan yang semula bukan tindak pidana berdasarkan KUHP dapat menjadi tindak pidana, tidak lain merupakan suatu analogi. Berdasarkan hukum yang hidup dalam masyarakat, yang deliknya tidak diatur dalam ketentuan pidana, seseorang dapat dimintai pertanggungjawabannya. Hal semacam ini merupakan suatu bentuk analogi yang bersifat *gesetz* analogi.²⁹ Sedangkan Pasal 1 ayat (2) RUU KUHP secara tegas telah melarang penggunaan analogi.

Meskipun hukum ketentuan adat didasarkan pada tradisi yang menurut hukum adat berlaku, tetapi dalam cara penyelesaiannya akan selalu terbuka dan selalu dapat menerima segala sesuatu yang baru, oleh karenanya akan selalu tumbuh ketentuan-ketentuan yang baru. Hal ini disebabkan karena apa yang disepakati di hari kemarin belum tentu sesuai dengan apa yang disepakati hari ini, begitu pula yang akan disepakati di masa-masa mendatang, walaupun segala sesuatunya berpedoman pada apa yang digariskan dari masa leluhur.³⁰

Selain itu, hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum pidana adat) tidak bersifat pasti, sifat ketentuannya selalu terbuka untuk segala peristiwa atau perbuatan yang mungkin terjadi, sangat berbeda dengan konsep asas legalitas yang menghendaki aturan yang tertutup. Yang penting dijadikan ukuran menurut hukum adat adalah rasa keadilan menurut kesadaran hukum masyarakat sesuai dengan perkembangan keadaan, waktu, dan tempat.³¹ Hal ini menunjukkan tidak adanya kepastian bagi masyarakat. Dengan demikian, apa

²⁹ *Gesetz* analogi adalah analogi terhadap suatu perbuatan yang sama sekali tidak terdapat dalam hukum pidana.

³⁰ Hilman Hadikusuma, *Hukum Pidana Adat*, Bandung: Alumni, 1989, hal. 12.

³¹ *Ibid.*

yang disebutkan dalam Penjelasan RUU KUHP bahwa pencantuman hukum yang hidup dalam masyarakat tidak akan mengganggu asas legalitas adalah tidak tepat. Dengan kata lain, perluasan asas legalitas yang mencantumkan hukum yang hidup dalam masyarakat bertentangan dengan makna dari asas legalitas itu sendiri.

2. Perluasan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP ditinjau dari Perspektif HAM.

Asas legalitas telah diakui secara universal dalam sistem hukum pidana nasional yang dianut banyak negara.³² Di Indonesia, asas legalitas ini dicantumkan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Asas legalitas juga sejalan dengan ketentuan Pasal 28I Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menentukan bahwa “..... hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”.

Perumusan asas legalitas mengandung asas “*Lex Temporis Delicti*” (LTD). Larangan berlakunya hukum/Undang-Undang Pidana secara retroaktif ini, dilatarbelakangi oleh ide perlindungan HAM. Prinsip ini juga tercantum dalam Pasal 11 *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR), Pasal 15 ayat (1) *International Convention on Civil and Political Rights* (ICCPR), Pasal 22 ayat (1) dan Pasal 24 ayat (1) *Statuta Roma tentang International Criminal Court* (ICC).³³

Walaupun prinsip nonretroaktif dilatarbelakangi ide perlindungan HAM, namun di era reformasi saat ini, masalah retroaktif ini juga muncul justeru sewaktu dibicarakan masalah “kejahatan HAM” dalam rangka perlindungan HAM.³⁴ Dalam hal ini, penerapan asas nonretroaktif dikecualikan dalam praktek hukum pidana internasional. Penerapan hukum internasional humaniter terhadap penjahat perang dan pembentukan mahkamah *ad hoc* yang berlaku retroaktif dalam mengadili kejahatan genosida dan kejahatan perang; diperbolehkan dan bahkan diakui putusannya sebagai yurisprudensi hukum pidana internasional.³⁵

Perkembangan kejahatan dalam konteks peradaban umat manusia sejak masa renaissance dan humanisme sering kejahatan dihubungkan dengan dan

32 Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Jakarta: Fikahati Aneska, 2009, hal. 106.

33 Barda Nawawi Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003, hal. 1.

34 *Ibid.*

35 Romli Atmasasmita, *Perbandingan ... op. cit.* hal. 112.

dipandang bertentangan dengan prinsip kemanusiaan universal. Di dalam hukum pidana internasional telah diakui jenis kejahatan (baru) yang dikenal dengan berbagai istilah seperti: “*unimaginable atrocities that deeply shook the conscience of humanity*”; “*crimes threaten the peace, security and well being of the world*”; “*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*”. Semua istilah tersebut merujuk kepada satu istilah, yaitu “*international crimes*”. Dalam Pasal 5 Statuta ICC, “yurisdiksi ICC”: hanya disebut “*the most serious crimes of concern to the international community as a whole*”. Penggunaan beragam pengertian istilah tersebut, mencerminkan perubahan pandangan masyarakat internasional atas nilai-nilai (values) yang berkembang baik selama masa Liga Bangsa-Bangsa maupun sesudah berakhirnya Perang Dunia II.³⁶

Pasal 5 Statuta ICC tentang yurisdiksi ICC meliputi 4 (empat) jenis kejahatan yaitu: genosida, kejahatan kemanusiaan, kejahatan perang, dan agresi. Penetapan keempat jenis kejahatan sebagai kejahatan luar biasa tersebut adalah dilihat baik dari sisi kualitas sifat perbuatannya maupun dari sisi akibat massal, meluas, dan mengancam kehidupan umat manusia; dikenal kemudian dengan sebutan, “*jus cogens*”.³⁷

Dampak pengakuan masyarakat internasional terhadap “*jus cogens*”, yaitu tidak dapat diterapkannya secara kaku asas *nullum delictum crimen sine lege* dalam hukum pidana internasional, karena kekhususan disiplin ilmu ini. Meskipun ada larangan penggunaan analogi dalam hukum pidana, namun penerapan asas legalitas dalam praktek hukum pidana internasional menggunakan standar minimum yang dikenal sebagai “the Rule of Ejusdem generis”. Standar ini memperbolehkan dilaksanakan penafsiran analogi atas suatu perbuatan dan membolehkan penerapan hukuman melalui penafsiran analogi terhadap kejahatan dan hukum yang sama yang diatur dalam hukum nasional dari negara yang berwenang melakukan penuntutan terhadap kejahatan yang bersangkutan. Dalam kaitan ini, Bassiouni menegaskan bahwa hukum pidana internasional membolehkan suatu negara memiliki yurisdiksi untuk menegakkan ketentuan hukum internasional melalui cara analogi terhadap kejahatan yang sama diatur dalam hukum nasional. Cara ini telah dilakukan dalam praktek negara-negara melakukan penuntutan internasional terhadap kejahatan perang dan pembajakan.³⁸

³⁶ *Ibid.* hal. 107 - 108.

³⁷ *Ibid.* hal. 108.

³⁸ Romli Atmasasmita, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Jakarta: Fikahati Aneska, 2009, hal. 111.

Perkembangan tersebut di Indonesia juga diadopsi dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (HAM) yang menentukan bahwa pelanggaran HAM berat akan diadili oleh Pengadilan HAM. Selanjutnya Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM mengatur hukum pidana materiil dan membagi/merinci “pelanggaran HAM yang berat” menjadi dua tindak pidana, yaitu kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan.

Dari beberapa peraturan tersebut baik nasional maupun internasional diakui adanya perluasan terhadap asas legalitas namun terbatas pada kejahatan HAM berat (pelanggaran HAM berat). Ketentuan yang mengatur mengenai kejahatan HAM berat pun dengan jelas dan rinci menentukan apa yang dimaksud dengan kejahatan tersebut dan kejahatan apa saja yang termasuk dalam kejahatan HAM berat. Berbeda dengan hukum yang hidup dalam masyarakat, tidak dapat diperkirakan, terbuka, dinamis, tumbuh berkembang, dan berubah termasuk tentang terlarang atau tidaknya suatu perbuatan. Dengan demikian justru akan melanggar HAM karena dapat diberlakukan sewenang-wenang.

Mengangkat hukum adat (hukum yang hidup dalam masyarakat) menjadi lebih berperan dalam kasus-kasus tindak pidana, bagi aparat penegak hukum terutama hakim nampaknya tidaklah terlalu mudah untuk mencari dan menemukan serta melaksanakan hukum adat yang berlaku di suatu daerah/masyarakat adat tertentu. Penelitian yang akurat dan mutakhir mengenai peta masyarakat adat di Indonesia, belum pernah dilakukan lagi, sejak ditetapkannya pembagian masyarakat adat menurut Van Vollenhoeven.³⁹

Selain itu, perlu dipertimbangkan sejauhmanakah hukum adat yang sedang berlaku di beberapa masyarakat adat Indonesia sejalan dengan aspirasi dan perkembangan budaya masyarakat modern/maju. Hal ini berkaitan erat dengan program pembangunan di bidang hukum yang lebih menitikberatkan pada perubahan-perubahan fungsi dan peranan tatanan hukum serta pranata hukum yang berlaku secara nasional. Sehingga dengan demikian, masalah pokok, berkaitan dengan hal di atas, adalah, masalah prioritas kebijaksanaan pembangunan di bidang hukum: apakah pelestarian “hukum adat” di beberapa daerah adat tertentu di Indonesia ataukah kesatuan hukum nasional yang berpijak pada nilai-nilai yang disepakati oleh semua masyarakat di seluruh wilayah Indonesia?.⁴⁰

39 Romli Atmasasmita, *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Bandung: Mandar Maju, 1995, hal. 92.

40 *Ibid.*

F. Kesimpulan dan Saran

1. Kesimpulan

- a. Asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP menghendaki agar hukum pidana ditentukan terlebih dahulu melalui peraturan perundang-undangan (hukum tertulis). Ketentuan ini sesuai dengan makna dari asas legalitas yang memberikan kepastian hukum bagi masyarakat. Dengan adanya ketentuan yang telah diatur sebelumnya maka seseorang dapat dimintai pertanggungjawabannya terhadap perbuatan yang dilakukannya yang dengan telah tegas dilarang untuk dilakukan.
- b. Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai perluasan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP bukan hukum yang dibentuk oleh pembentuk peraturan perundang-undangan, merupakan hukum tidak tertulis. Dengan kata lain bertentangan dengan asas legalitas yang mengharuskan ketentuan diatur dalam perundang-undangan dengan asas *lex certa*.
- c. Pasal 1 ayat (2) RUU KUHP dengan tegas menentukan larangan penggunaan analogi sebagai konsekuensi dari asas legalitas. Namun dengan adanya perluasan asas legalitas justru terjadi pertentangan karena untuk memidana suatu perbuatan yang tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan maka hakim pasti akan menggunakan analogi atau setidaknya tidaknya interpretasi ekstensif.
- d. Asas legalitas menghendaki adanya pengaturan yang bersifat rinci dan cermat (*lex certa*). Hukum yang hidup dalam masyarakat bukanlah hukum yang dituliskan. Oleh karena itu, tidak ada perumusan mengenai perbuatan yang dilarang. Pencantuman hukum yang hidup dalam masyarakat dapat menimbulkan ketidakpastian hukum.
- e. Dalam perspektif HAM, perluasan terhadap asas legalitas terbatas pada kejahatan HAM berat (pelanggaran HAM berat). Ketentuan yang mengatur mengenai kejahatan HAM berat pun dengan jelas dan rinci menentukan apa yang dimaksud dengan kejahatan HAM berat dan kejahatan apa saja yang termasuk dalam kejahatan tersebut.

2. Saran

- a. Pengaturan mengenai perluasan asas legalitas perlu ditinjau ulang agar justru tidak bertentangan dengan makna asas legalitas itu sendiri.

- b. Pembentuk UU melalui kebijakan kriminalisasi dapat merumuskan tindak pidana adat (perbuatan yang tercela, perbuatan yang tidak disukai, atau perbuatan yang merugikan) sebagai perbuatan pidana dalam hukum positif agar dapat mewujudkan kepastian hukum dan sekaligus keadilan.

DAFTAR PUSTAKA

- Atmasasmita, Romli, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Jakarta: Fikahati Aneska, 2009.
- , *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Bandung: Mandar Maju, 1995.
- Hadikusuma, Hilman, *Hukum Pidana Adat*, Bandung: Alumni, 1989.
- Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta : Rineka Cipta, 2008.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Bandung: Alumni, 1992.
- Nawawi Arief, Barda, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003.
- , *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana – Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Jakarta: Kencana, 2008.
- Prasetyo, Teguh dan Abdul Halim Barkatullah, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum – Studi pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009.
- Remmelink, Jan, *Hukum Pidana – Komentar Atas pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2003.
- Schaffmeister, D. dkk, JE Sahetapy (Penerjemah), *Hukum Pidana*, Yogyakarta: Liberty, 1995.
- Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 2007.

