

NASKAH PUBLIKASI

**PEMBARUAN ASAS LEGALITAS DALAM
PEMENUHAN Keadilan dan Kepastian Hukum:
STUDI KOMPARATIF DALAM KUHP *WVS* DAN KUHP NASIONAL**



Oleh:

MOHD IKBAL EFER

2000024033

**Skripsi ini Disusun Untuk Melengkapi Persyaratan
dalam Memperoleh Gelar Sarjana Hukum**

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS AHMAD DAHLAN

YOGYAKARTA

2024

JOURNAL

**REFORM OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN FULFILLING JUSTICE
AND LEGAL CERTAINTY: A COMPARATIVE STUDY IN THE WVS PENAL
CODE AND THE NATIONAL PENAL CODE**



By:

MOHD IKBAL EFER

2000024033

**This Thesis is Submitted to Complete the Requirements
to Obtaining a title of *Sarjana Hukum***

FACULTY OF LAW

UNIVERSITAS AHMAD DAHLAN

YOGYAKARTA

2024

<p>Has been translated by Ahmad Dahlan Language Center</p> 	<p>On:</p> <p>05/06/202</p>
--	------------------------------------

**PEMBARUAN ASAS LEGALITAS DALAM PEMENUHAN
KEADILAN DAN KEPASTIAN HUKUM:
STUDI KOMPARATIF DALAM KUHP *WvS* DAN KUHP NASIONAL**

Mohd Ikbal Efer

Universitas Ahmad Dahlan

e-mail: mohd2000024033@webmail.uad.ac.id

Abstrak

Asas Legalitas (*Principle of Legality*) merupakan asas hukum yang paling mendasar dalam hukum pidana. Pada perkembangannya, keberadaan asas legalitas yang fundamental ini mengalami beberapa perubahan penting dalam pembaruan hukum seiring dengan perkembangan hukum pidana dalam menghadapi perkembangan masyarakat. Topik bahasan utama dalam penelitian ini yaitu pembaruan hukum pidana nasional sebagai pemenuhan keadilan dan kepastian hukum yang bertolak dari dirumuskannya klausul ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ pada rumusan asas legalitas dalam KUHP Nasional. Tujuan penelitian ini yaitu, *pertama* mengetahui perbandingan konsep asas legalitas dalam KUHP *WvS* dan KUHP Nasional, *kedua* mengetahui bagaimana pemenuhan keadilan dan kepastian dalam konsep asas legalitas di Indonesia. Metode penelitian ini yaitu termasuk jenis penelitian hukum normatif (*normative legal research*), yaitu mengkaji permasalahan hukum dalam tataran norma sesuai dengan kaidah-kaidah disiplin Ilmu Hukum atau Doktrin Hukum menggunakan metode pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*), dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*). Hasil Penelitian menemukan bahwa, *Pertama* perumusan asas legalitas dari KUHP *WvS* menjadi KUHP Nasional mengalami pergeseran perumusan dengan masuknya klausul *living law* dalam KUHP Nasional. *Kedua*, terpenuhinya keadilan hukum dengan masuknya klausul ‘hukum yang hidup dalam masyarakat’ yang dirumuskan dengan menetapkan beberapa paramater, sebagai pemenuhan kepastian hukum dengan tidak meninggalkan esensi asas legalitas yang ada sebelumnya.

Kata Kunci: *Asas Legalitas; Pembaruan Hukum Pidana; Hukum yang Hidup; Keadilan dan Kepastian*

**REFORM OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN FULFILLING JUSTICE
AND LEGAL CERTAINTY: A COMPARATIVE STUDY IN THE WVS PENAL
CODE AND THE NATIONAL PENAL CODE**

Mohd Ikbal Efer

Ahmad Dahlan University

e-mail: mohd2000024033@webmail.uad.ac.id

Abstract

The Principle of Legality is the most fundamental legal principle in criminal law. Over time, this fundamental principle has undergone significant changes in legal reform, aligning with the evolution of criminal law in response to societal developments. The primary focus of this research is the reform of national criminal law to fulfill justice and legal certainty, based on the formulation of the 'living law' clause in the principle of legality within the National Penal Code. The objectives of this study are twofold: first, to compare the concept of the principle of legality in the WvS Penal Code and the National Penal Code; second, to understand how justice and certainty are achieved within the concept of the principle of legality in Indonesia. This study employs normative legal research, examining legal issues at the normative level in accordance with the rules of legal science or legal doctrine. The research methodology includes a statute approach, a conceptual approach, and a comparative approach. The findings reveal, firstly, that the reformulation of the principle of legality from the WvS Penal Code to the National Penal Code has shifted with the inclusion of the living law clause in the National Penal Code. Secondly, legal justice is fulfilled through the incorporation of the 'living law' clause, which is formulated by establishing several parameters to ensure legal certainty without abandoning the essence of the previously existing principle of legality.

Keywords: *Principle of Legality; Criminal Law Reform; Living Law; Justice and Certainty*

Has been translated by Ahmad Dahlan Language Center	On:
	05/06/2024

A. PENDAHULUAN

Asas Legalitas (*Principle of Legality*) adalah asas yang paling pokok dan keberadaannya penting di dalam hukum pidana yang bertujuan untuk melindungi warga negara atau masyarakat dari kesewenang-wenangan penguasa. Asas legalitas dipertahankan sebagai perlindungan terhadap potensi kesewenang-wenangan dalam hukum pidana¹. Asas ini dalam Hukum positif di Indonesia diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP WvS, pasal ini menyatakan bahwa setiap perbuatan yang disebut sebagai perbuatan/tindak pidana harus dirumuskan dalam undang undang yang diadakan terlebih dahulu yang menetapkan dalam rumusan yang jelas tentang perbuatan-perbuatan dimaksud. Asas legalitas dalam hukum pidana dirumuskan dalam beberapa versi adagium, salah satunya seperti “Nullum Delictum Nulla Poena Sine Praevia Legi Poenali” yang berarti tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya². Perbuatan pidana haruslah dirumuskan secara jelas dalam undang-undang yang mengatur tentang perbuatan-perbuatan yang dimaksud. Menurut Lieven

¹ Danel Aditia Situngkir, “Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Nasional Dan Hukum Pidana Internasional,” *SOU MATERA LAW REVIEW* 1 (2018): 8.

² Ateng Sudibyo and Aji Halim Rahman, “DEKONSTRUKSI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA,” *Journal Presumption of Law* 3, no. 1 (April 1, 2021): 55–79, <https://doi.org/10.31949/jpl.v3i1.985>.

Dupont dan Raf. Verstraten, asas legalitas menentukan ada atau tidaknya suatu perbuatan pidana sekaligus pertanggungjawaban pidana bagi yang melanggarnya³.

Keberadaan asas legalitas yang fundamental ini ternyata mengalami beberapa perubahan penting dalam pemahamannya seiring dengan perkembangan hukum pidana dalam menghadapi perkembangan masyarakat. Asas legalitas tidak lagi dipahami seperti pada saat awal mula dibentuknya asas ini yang mana dilatarbelakangi dengan runtuhnya absolutisme Raja, asas legalitas dipahami sesuai dengan konteks kekinian yang mana asas legalitas ini berlaku⁴. Konsekuensi ketentuan asas legalitas ini, yaitu apabila suatu perbuatan yang menurut pandangan masyarakat dianggap sebagai perbuatan tercela karena melanggar nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, perbuatan tersebut tidak dapat dipidana apabila tidak tertulis dalam undang-undang. Asas legalitas diciptakan sebagai perlindungan kepentingan umum dan demi menjamin hak-hak semua warga masyarakat secara layak. Hal yang menjadi dasar perlu atau tidaknya suatu hukuman itu dijatuhkan. Adanya suatu hukuman adalah kebutuhan untuk memelihara kebebasan semua orang secara timbal balik, dengan meniadakan niat orang untuk melakukan tindakan yang bersifat melanggar hukum⁵.

³ Hwian Christianto, "Pembaharuan Makna Legalitas Dalam Pidana Indonesia," *Jurnal Hukum Dan Pembangunan* 39, no. 3 (2009): 347–348.

⁴ Christianto.

⁵ I Dewa Made Suartha, "PERGESERAN ASAS LEGALITAS FORMAL KE FORMAL DAN MATERIAL DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL," *Yustisia* 4, no. 1 (January 2015): 1.

Asas legalitas ini adalah suatu asas yang paling penting bagi pemberian ancaman hukuman di dalam hukum pidana, yaitu bahwa setiap penjatuhan hukuman oleh Hakim haruslah merupakan suatu akibat hukum dari suatu ketentuan undang-undang yakni bertujuan untuk menjamin hak-hak yang ada pada diri setiap orang. Suatu perbuatan tidak dikategorikan sebagai perbuatan pidana jika perbuatan tersebut tidak dilarang dalam undang-undang pidana. Perbuatan pidana yaitu suatu perbuatan yang dilarang oleh undang-undang pidana, suatu perbuatan yang onwetmatig (bertentangan dengan undang-undang) yang juga dikenal sebagai mala prohibita. Perbuatan pidana yang tidak atau belum dilarang oleh undang-undang dikenal sebagai crimina extra ordinaria, suatu perbuatan yang onrechmatig (bertentangan dengan hukum. Pada crimina extra ordinaria dikenal dengan nama lain yaitu crimina stellionatus yang berarti perbuatan jahat atau durjana⁶.

Tuntutan pidana hanya ditujukan terhadap perbuatan yang dikategorikan sebagai mala prohibita. Tuntutan pidana tidak dapat ditujukan terhadap crimina extra ordinaria meskipun menimbulkan kerugian bagi korban, hanya karena hal tersebut belum diatur atau tidak dilarang oleh undang-undang pidana⁷. Pandangan asas legalitas terhadap *mala prohibita* merupakan perbuatan yang *strafbaar* (dapat dipidana) dan *crimina extra ordinaria* adalah *strafwaardig* (patut dipidana) dan bukan *strafbaar* karena tidak

⁶ Fransiskus Saverius Nurdin, "Rekonstruksi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Berdasarkan Prinsip Keadilan," *REFLEKSI HUKUM: Jurnal Ilmu Hukum* 1 (October 2016): 2.

⁷ Deni Setyo Bagus Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana; Sejarah Asas Legalitas Dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana* (Malang: Setara Press, 2014): 3.

dilarang oleh undang-undang pidana. Pada prinsipnya dilarang mendefinisikan suatu perbuatan sebagai “*mala prohibita*” dengan cara mengkonstruksikan suatu perbuatan pidana diluar hal yang dilarang oleh undang-undang yang kemudian prinsip ini disebut sebagai “*prinsip non analogi*”⁸. Aturan pidana yang harus diberlakukan untuk menuntut suatu perbuatan adalah undang-undang pidana yang sudah ada dan berlaku pada saat perbuatan tersebut dilakukan (*lex temporis delicti* atau *existing penal law*). Undang-undang pidana yang ada setelah suatu perbuatan dilakukan (*ex post facto penal law*) dilarang untuk diterapkan. Larangan pemberlakuan undang-undang pidana secara surut (*retroaktif*) terhadap perbuatan yang telah dilakukan sebelum undang-undang tersebut dibuat, yang kemudian prinsip ini dikenal sebagai “*prinsip non retroaktif*”⁹.

Kedudukan asas legalitas formil diterapkan untuk mencegah kesewenangan-pewenangan penguasa terhadap orang yang tidak bersalah dengan dasar patut dipidananya suatu perbuatan adalah undang-undang harus ada sebelum perbuatan tersebut dilakukan (hukum tertulis), asas legalitas materiil untuk mengakomodir hukum tidak tertulis yang masih berlaku di masyarakat¹⁰. Deni Setyo Bagus Yuherawan menyatakan bahwa sangat tidak masuk akal membebaskan orang yang telah melakukan

⁸ Fransiskus Saverius Nurdin, “Rekonstruksi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Berdasarkan Prinsip Keadilan” (Universitas Kristen Satya Wacana, 2016).

⁹ Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana; Sejarah Asas Legalitas Dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*: 3.

¹⁰ Lidya Suryani Widayati, “Perluasan Asas Legalitas Dalam RUU KUHP,” *NEGARA HUKUM* 2, no. 2 (November 2011): 316.

kejahatan hanya karena kejahatan itu tidak dilarang oleh undang-undang pidana. Setiap perbuatan jahat harus ada pertanggungjawaban pidananya. Pertanggungjawaban tersebut pada hakikatnya merupakan upaya untuk mengembalikan kepada keadaan yang semula dan mewujudkan keadilan yang berimplikasi pada sekecil apapun kejahatan harus ada pertanggungjawabannya¹¹. Menurut Andi Hamzah, asas legalitas di dalam kitab undang-undang hukum pidana Indonesia merupakan sebuah dilema, dari sisi yang satu seperti yang disampaikan oleh Utrecht tentang hukum adat yang masih hidup, dan menurut pendapat Andi Hamzah tidak mungkin mengkodifikasikan seluruhnya karena perbedaan antar pelbagai suku bangsa. Kepastian hukum dan perlindungan terhadap hak asasi manusia dari perlakuan yang tidak adil dan tidak wajar dari penguasa dan Hakim di sisi yang lain, sehingga diperlukannya asas tersebut¹².

B. METODE PENELITIAN

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian hukum normatif (*normative legal research*) yaitu mengkaji permasalahan hukum dalam tataran norma sesuai dengan kaidah-kaidah disiplin Ilmu Hukum atau Doktrin Hukum.

Sumber data yang digunakan dalam skripsi ini yaitu sumber data sekunder. Data sekunder adalah bahan atau data yang diperoleh dari penelitian kepustakaan (*library research*) yang bertujuan untuk mendapat konsep-konsep, teori-teori dan informasi-informasi serta pemikiran konseptual dari penelitian terdahulu baik berupa peraturan

¹¹ Sudibyo and Rahman, "DEKONSTRUKSI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA": 57

¹² Situngkir, "Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Nasional Dan Hukum Pidana Internasional": 29

perundang-undangan dan karya ilmiah lainnya. Data sekunder bisa mencakup bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier¹³.

Pendekatan yang digunakan diantaranya adalah pendekatan perundang-undangan (*Statute Approach*), pendekatan konseptual (*Conceptual Approach*), pendekatan perbandingan (*comparative approach*). Metode pengumpulan data dalam penelitian ini adalah dengan cara studi kepustakaan (*literature research*). Studi pustaka dilakukan dengan cara mengumpulkan, memeriksa dan menelusuri sumber referensi yang berupa buku, jurnal, laporan penelitian, dan dokumen-dokumen atau kepustakaan yang dapat memberikan informasi atau keterangan yang dibutuhkan¹⁴. Seluruh data yang telah dikumpulkan selanjutnya diolah dan dianalisis dengan menggunakan metode kualitatif.

C. PEMBAHASAN

Perbandingan Konsep Asas Legalitas dalam KUHP WvS dan KUHP Nasional

Tabel 1.0

Perbandingan Rumusan

Asas Legalitas KUHP WvS dan KUHP Nasional

KUHP WvS	Pasal 1 ayat (1):
-----------------	--------------------------

¹³ I Made Pasek Diantha, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum* (Jakarta: Prenada Media Group, 2016): 145.

¹⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: KENCANA, 2021): 237.

	<p>“Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada”.</p>
	<p>Pasal 1 ayat (2):</p> <p>“Bilamana ada perubahan dalam perundang-undangan sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa diterapkan ketentuan yang paling menguntungkannya”.</p>
<p>KUHP Nasional</p>	<p>Pasal 1 ayat (1):</p> <p>“Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan, kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan”.</p>
	<p>Pasal 1 ayat (2):</p> <p>“Dalam menetapkan adanya Tindak Pidana dilarang digunakan analogi”.</p>
	<p>Pasal 2 ayat (1):</p> <p>“Ketentuan yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat tentang patutnya seseorang dipidana walaupun perbuatannya tidak/belum diatur dalam Undang-Undang ini”.</p>

	<p>Pasal 2 ayat (2):</p> <p>Keberlakuan Hukum yang hidup dalam masyarakat dalam ayat (1) diletakkan dalam parameter:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Berlaku dalam tempat hukum itu hidup, maksudnya adalah adalah berlaku bagi Setiap Orang yang melakukan Tindak Pidana adat di daerah tersebut. b. Sepanjang tidak diatur dalam KUHP Nasional c. Sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Hak Asasi Manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa. <p>Ayat ini mengandung pedoman dalam menetapkan hukum pidana adat yang keberlakuannya diakui oleh Undang-Undang ini.</p> <p>Keberlakuan Hukum yang hidup dalam masyarakat ini juga perlu dilihat sebagai hukum yang berlaku dalam perkara-perkara yang ringan.</p>
	<p>Pasal 3 ayat (1):</p> <p>“Dalam hal terdapat perubahan peraturan perundang-undangan sesudah perbuatan terjadi, diberlakukan peraturan perundang-undangan yang baru, kecuali ketentuan peraturan perundang-</p>

	undangan yang lama menguntungkan bagi pelaku dan pembantu Tindak Pidana”.
--	---

Asas Legalitas dalam KUHP (Wetboek van Strafrecht)

Asas legalitas secara terminologi lazim disebut sebagai *principle of legality*, *legaliteitbeginsel*, *non-retroaktif*, *de la legalite*, atau *ex post facto laws*. Asas legalitas adalah asas yang diterima sebagai asas yang sangat vital dan begitu sentral karena asas ini menjadi pintu utama untuk menentukan ada atau tidaknya suatu perbuatan pidana sekaligus dengan pertanggungjawaban bagi yang melanggar. *Het legaliteitbeginsel is een van de meest fundamentele beginselen van het strafrecht* (Asas legalitas adalah asas yang sangat fundamental dalam hukum pidana)¹⁵.

Jonker mengemukakan “*Het eerste lid van het eerste artikel van het W.v.S., dat inhoudt, dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling, is een beginsel – artikel*” yang pada pokoknya Jonker bermaksud bahwa Pasal 1 ayat (1) KUHP, tidak ada suatu perbuatan yang dapat dipidana jika tidak ada kekuatan undang-undang pidana sebelum perbuatan dilakukan. Pasal ini adalah suatu rumusan pasal tentang asas. Tidak sama dengan asas hukum yang lain, asas legalitas tertuang secara ‘eksplisit’ dalam undang-undang. Para ahli hukum berpendapat, suatu asas hukum bukanlah sebagai peraturan hukum yang konkret. Hommes menyatakan bahwa asas hukum tidak boleh dianggap sebagai norma-norma

¹⁵ Christianto, “Pembaharuan Makna Legalitas Dalam Pidana Indonesia”: 348

hukum yang konkret, asas perlu dipandang sebagai dasar-dasar umum atau petunjuk-petunjuk bagi hukum yang berlaku¹⁶.

Sejarah asas legalitas yang dikenal dalam bahasa latin berbunyi: *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali*. Ketiga frasa itu dikembangkan kembali menjadi suatu postulat *nullum delictum nulla poena, sine praevia lege poenali* oleh pakar hukum asal Jerman bernama Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833)¹⁷. Van Bemmelen menunjuk secara jelas peranan von Feuerbach yang merumuskan postulat tersebut berdasarkan pemikiran Montesquieu, Rousseau, dan Beccaria dengan pendekatan sudut pandang yang berbeda. Ilmu pengetahuan hukum pidana mengenal ajarannya dengan istilah *de leer van de Psychologische dwang* (ajaran pemaksaan Psikologis) yaitu hukum pidana dilihat von Feuerbach sebagai tekanan psikologis dari undang-undang untuk mencegah orang melakukan kejahatan¹⁸, yang terbagi dalam 3 hal, yaitu:

1. “*Nulla Poena Sine Lege*”, yang mengandung makna bahwa penjatuhan hukuman harus berdasarkan pada undang-undang.

¹⁶ Eddy O.S. Hiariej, *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana* (Jakarta: Erlangga, 2009): 18.

¹⁷ Hiariej.: 7

¹⁸ E. Fernando M Manullang, *LEGISME, LEGALITAS DAN KEPASTIAN HUKUM*, kedua (Jakarta: Prenada Media Group, 2016): 12.

2. *“Nulla Poena Sine Crimine”*, yang mengandung makna bahwa penjatuhan suatu hukum hanya dapat dilakukan apabila perbuatan yang bersangkutan telah diancam dengan suatu hukuman oleh undang-undang.
3. *“Nullum Crimen Sine Poena legali”*, yang mengandung makna bahwa yang telah diancam dengan hukuman oleh undang-undang itu apabila dilanggar dapat berakibat penjatuhan hukuman seperti yang diancamkan oleh undang-undang terhadap pelanggarnya.

Feuerbach menambahkan unsur lain dari yang telah disampaikan oleh Montesquieu, Rousseau, dan Beccaria. Ketiga filsuf ini menginginkan dengan adanya prinsip *“nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali”* ini, terciptanya kepastian hukum dan menjamin kebebasan manusia. Feuerbach menambahkan unsur lainnya, yaitu tekanan psikologis karena pengaruh dari peraturan yang berisi larangan dan tekanan psikologis ini akan hadir apabila dicantumkan dalam (undang-undang) hukum pidana yang memuat sanksi-sanksinya¹⁹.

Asas legalitas dalam hukum pidana menyatakan bahwa suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali atas kekuatan undang-undang yang sudah ada terlebih dulu sebelum perbuatan itu dilakukan. Berdasarkan atas penelusuran Eddy O.S. Hiariej, sehubungan dengan pandangan para ahli hukum pidana terkait asas legalitas, bahwa pengertian dari asas legalitas dapat disimpulkan bahwa “Tiada perbuatan dapat

¹⁹ Manullang.: 13-14.

dipidana kecuali atas dasar kekuatan ketentuan pidana menurut undang-undang yang sudah ada terlebih dahulu”²⁰.

Barda Nawawi Arief menyebutkan bahwa perumusan ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP mengandung di dalamnya asas *legalitas formal*, asas *lex certa*, dan asas *lex temporis delicti* atau asas *nonretroaktif*. Barda juga melanjutkan makna asas legalitas tersebut pada dasarnya mengandung 4 (empat) larangan (*prohibitions*) yang dapat dikembangkan²¹, yaitu:

- a. Prinsip “*Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*” (larangan untuk menjatuhkan pidana atas dasar hukum tidak tertulis *-unwritten law-*);
- b. Prinsip “*Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*” (larangan untuk melakukan analogi);
- c. Prinsip “*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*” (larangan terhadap pemberlakuan hukum pidana secara surut);
- d. Prinsip “*Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*” (larangan terhadap perumusan hukum pidana yang tidak jelas *-unclear terms-*).

²⁰ Anistsabatini Siti Jazilatul Chikmah, “Perbandingan Hukum Pidana Mengenai Asas Legalitas,” *Universitas Darussalam Gontor*, 2016: 10.

²¹ Barda Nawawi Arief, *Kapita Selektta Hukum Pidana* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003): 1.

Struktur rumusan asas legalitas dalam Pasal 1 KUHP (WvS) dikonstruksikan dalam 2 ayat²², yaitu:

Pasal 1 ayat (1):

“Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan”.

Pasal 1 ayat (2):

“Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan (menguntungkan) bagi terdakwa”.

Rumusan seperti dalam KUHP (WvS) tersebut, menurut Sudarto, membawa 2 konsekuensi²³, yaitu:

- a) Perbuatan seseorang yang tidak tertulis dalam undang-undang sebagai suatu tindak pidana, tidak dapat dipidana. Maksudnya adalah asas hukum ini membatasi hukum yang tidak tertulis tidak berkekuatan untuk diterapkan.
- b) Terdapat pandangan bahwa ada larangan penggunaan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi sebuah tindak pidana seperti yang dirumuskan dalam undang-undang.

Muladi menegaskan bahwa asas ini termasuk pula asas derivatif di dalamnya seperti *nullum crimen sine lege praevia* (tiada kejahatan tanpa undang-undang

²² Muchamad Iksan, “Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana: Studi Komparatif Asas Legalitas Hukum Pidana Indonesia Dan Hukum Pidana Islam (Jinayah),” *Jurnal Serambi Hukum* 11, no. 1 (2017): 1–26.

²³ Iksan.

sebelumnya) dan *nullum crimen sine poena legali* (tiada kejahatan tanpa pidana yang diatur sebelumnya). Asas lain yang berkaitan adalah larangan untuk menerapkan *ex post facto criminal law* dan kaitannya dengan pemberlakuan surut hukum pidana dan sanksi pidana (*non-retroactive application of criminal law and criminal sanction*)²⁴.

Makna dari prinsip asas legalitas merupakan konsekuensi logis dari gagasan dasar substansi asas legalitas, yaitu:

- a. Perlindungan hak-hak individu warga negara dengan cara membatasi kekuasaan penguasa (termasuk hakim);
- b. Pengaturan pembatasan melalui instrumen undang-undang pidana.

Gagasan dasar ini kemudian menjadi esensi asas legalitas sekaligus melaksanakan fungsi perlindungan dan fungsi pembatasan. Fungsi perlindungan yaitu jaminan bagi perlindungan terhadap hak-hak individu warga negara dari kesewenang-wenangan kekuasaan penguasa. Fungsi pembatasan dilakukan dengan cara membatasi kekuasaan penguasa dan kewenangan hakim melalui instrumen undang-undang pidana agar tidak sewenang-wenang. Asas legalitas merupakan suatu *safeguard* (penjaga) bagi perlindungan, penghormatan dan penegakan hak asasi manusia, yang menghendaki adanya batasan terhadap penghukuman terhadap seseorang²⁵.

²⁴ Muladi, "Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat Di Era Demokrasi," 2000: 16.

²⁵ Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana ; Sejarah Asas Legalitas Dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*: 70-71.

Menurut pendapat Andi Hamzah yang ditulis oleh Situngkir, bahwa adanya asas legalitas di dalam KUHP Indonesia merupakan dilema. Andi Hamzah menyatakan bahwa tidak mungkin hukum adat yang masih hidup seperti yang digambarkan oleh Utrecht dikodifikasikan seluruhnya karena perbedaan antara adat pelbagai suku bangsa. Kepastian hukum dan perlindungan terhadap hak asasi manusia dari perlakuan yang tidak wajar dan tidak adil dari penguasa dan Hakim sehingga diperlukan adanya asas itu²⁶.

Asas Legalitas dalam KUHP (Wetboek van Strafrecht)

Asas legalitas di Indonesia mengalami berbagai macam penyimpangan, baik dalam tataran aturan hukum maupun praktik hukum. Asas legalitas tidak lagi berlaku secara absolut, juga tidak lagi dianggap sebagai suatu kebenaran yang absolut yang tidak dapat diperdebatkan lagi. Pikiran-pikiran yang berkembang masih tetap berdasarkan asumsi bahwa Asas Legalitas merupakan asas yang harus dijunjung setinggi-tingginya, berbagai penyimpangan yang telah terjadi hanya dianggap sebagai suatu pengecualian, serta menempatkan pikiran-pikiran tersebut sebagai pelengkap dari Asas Legalitas²⁷.

Keberadaan asas legalitas dalam hukum Indonesia dinilai mampu memberikan suatu dampak positif bagi hukum yang berlaku di Indonesia, perlu juga diperhatikan

²⁶ Situngkir, "Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Nasional Dan Hukum Pidana Internasional": 29

²⁷ Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana ; Sejarah Asas Legalitas Dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*: 1

bahwa asas legalitas formil juga dapat memberikan dampak negatif yaitu mengesampingkan keberadaan hukum adat sebagai hukum asli Indonesia. Hukum adat merupakan hukum yang telah ada dan hidup sejak jaman leluhur. Keberadaan asas legalitas formil mengakibatkan hukum yang hidup atau tidak tertulis itu tidak pernah ditemukan serta dikaji dengan lengkap secara gamblang, secara khusus dalam praktik pengadilan pidana²⁸. KUHP seakan tidak memberikan ruang terhadap penggalian hukum yang terdapat dalam masyarakat. Postulat latin *Ex non scripto ius venit quod usus comprobavit* yang berarti hukum yang telah disetujui oleh adat berasal dari apa yang tidak tertulis (*law that has been approved by custom comes from what is unwritten*)²⁹.

Eugen Ehrlich (1862-1922) mengemukakan bahwa terdapat perbedaan mendasar antara positivisme hukum dengan keberadaan *living law*. Positivisme hukum akan memiliki daya keberlakuan yang jauh lebih efektif. Ehrlich memandang bahwa suatu perkembangan hukum tidak hanya berasal dari undang-undang, juga bisa melalui berbagai putusan hakim. Ehrlich menginginkan adanya gabungan kesadaran antara pembaharuan hukum di dalam undang-undang dengan kesadaran bahwa masyarakat

²⁸ I Gusti Ngurah Bayu Pradiva and Diah Ratna Sari Hariyanto, "Perluasan Asas Legalitas Dalam Rkuhp Sebagai Upaya Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia," *Kertha Semaya : Journal Ilmu Hukum* 10, no. 8 (2022): 1766, <https://doi.org/10.24843/ks.2022.v10.i08.p05>.

²⁹ Albert Aries, *Hukum Pidana Indonesia Menurut KUHP Lama & KUHP Baru Dilengkapi Dengan Asas, Yurisprudensi, Dan Postulat Latin* (Jakarta: Rajawali Pers, 2024): 59.

juga memiliki realitas yang terus berkembang, agar hukum dapat benar-benar berjalan efektif³⁰.

Bernard L. Tanya memaparkan bahwa dalam pandangan Ehrlich sebetulnya: “Hukum bukanlah sesuatu yang ditambahkan dari luar secara *a historis*. Hukum justru merupakan sesuatu yang eksis dalam masyarakat. Hukum diwujudkan dalam kebiasaan perilaku mereka sendiri. Ehrlich mendefinisikan *living law* sebagai *rechtsnormen* (norma-norma hukum)³¹.

Keberlakuan undang-undang pidana dibatasi dalam hal-hal sebagai berikut:

- a. Harus menerapkan undang-undang pidana yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan (*lex temporis delicti* atau *existing penal law*), dengan konsekuensi tidak boleh menerapkan undang-undang pidana yang dibuat setelah perbuatan dilakukan (*ex post facto penal laws*). Undang-undang pidana dilarang untuk diterapkan berlaku surut yang dikenal sebagai prinsip non-retroaktif.
- b. Larangan dalam mengkuilifikasikan perbuatan pidana di luar yang telah dirumuskan oleh undang-undang pidana yang dikenal dengan prinsip non-analogi.

Konsekuensi utama eksistensi asas legalitas yang absolut ini yaitu undang-undang memiliki peranan yang vital untuk membatasi penguasa dan hakim, sebagai

³⁰ Zainal Arifin Mochtar and Eddy Omar Syarif Hiariej, *DASAR-DASAR ILMU HUKUM: Memahami Kaidah, Teori, Asas Dan Filsafat Hukum* (Yogyakarta: Rajawali Pers, 2023): 304.

³¹ Mochtar and Hiariej: 306

pondasi hukum pidana dan peradilan pidana, serta satu-satunya sumber hukum pidana. Gagasan tentang keharusan menggunakan undang-undang pidana yang bertujuan membatasi kekuasaan dan kewenangan hakim dipengaruhi oleh pemikiran yang positif terhadap undang-undang pidana. Montesquieu meyakini bahwa undang-undang pidana adalah wujud dari rasio manusia dan rasa keadilan. Rousseau meyakini bahwa undang-undang pidana adalah wujud dari *volonte generale* (kehendak umum), *d'interet commun* (kepentingan umum), dan kedaulatan rakyat³².

Inti pemikiran para perancang KUHP Nasional adalah dasar patut dipidanya perbuatan, berkaitan erat dengan masalah sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan. KUHP Nasional pada dasarnya tetap bertolak pada dari asas legalitas formal yang bersumber pada Undang-Undang, sekaligus konsep ini memberikan peluang hadirnya 'hukum yang hidup dalam masyarakat/hukum tidak tertulis' sebagai sumber hukum (asas legalitas materiil)³³.

Terhadap Pasal-Pasal berkaitan dengan asas legalitas dalam KUHP Nasional yang saat itu masih dalam tahap rancangan undang-undang, Eddy O.S. Hiariej memiliki beberapa catatan penting³⁴, yaitu:

³² Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana ; Sejarah Asas Legalitas Dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*: 83.

³³ Yuherawan: 10.

³⁴ Hiariej, *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*: 38.

- a. Di masa yang akan datang, asas legalitas di Indonesia tidak lagi bersifat absolut karena adanya ketentuan Pasal 2 ayat (1) KUHP Nasional yang secara implisit mengakui hukum yang tidak tertulis dalam masyarakat.
- b. Pembatasan terhadap asas legalitas atau *lex temporis delicti* tidak berkaitan dengan perubahan perundang-undangan semata sebagaimana bunyi dari Pasal 3 ayat (1) KUHP Nasional (*vide* Tabel 1.0), juga berkaitan dengan kehidupan sosial kemasyarakatan.
- c. Ketentuan mengenai analogi merupakan suatu *contradictio interminis* bila dihubungkan dengan Pasal 2 ayat (1) KUHP Nasional, dalam hal seseorang dapat dipidana meski perbuatannya tersebut tidak / belum diatur dalam peraturan perundang-undangan.
- d. Ketentuan Pasal 1 ayat (4) yang saat itu masih menjadi RUU KUHP (Pasal 2 ayat (2) KUHP Nasional), hukum yang tidak tertulis tersebut tidak hanya berkaitan dengan situasi dan kondisi masyarakat Indonesia serta kearifan lokal, juga dapat berasal dari prinsip-prinsip umum yang diakui oleh bangsa-bangsa beradab di dunia. Artinya, asas legalitas juga dapat disesuaikan dengan praktik hukum kebiasaan yang sudah berlangsung dan diakui oleh masyarakat internasional (Hiariej, 2009: 38-39). Setelah menjadi KUHP Nasional Pasal dan ayat ini berubah menjadi Pasal 2 ayat (2) dengan parameter Pancasila, Undang-Undang Dasar 1945, Hak Asasi Manusia, dan prinsip hukum umum yang diakui bangsa-bangsa beradab di dunia.

- e. Pembatasan asas legalitas artinya memberi ruang yang luas pada pemenuhan rasa keadilan (the rule of law). Bermakna demi tegaknya keadilan, seyogyanya perbuatan yang tidak wajar, tercela, atau yang tidak sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat dapat dipidana, secara formal tidak ada hukum tertulis yang melarangnya bukan menjadi dasar untuk tidak dapat dipidana.
- f. Pembatasan terhadap asas legalitas menunjukkan secara implisit hukum pidana Indonesia telah mengakui ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang positif. Artinya, perbuatan yang tidak memenuhi rumusan delik dalam undang-undang tertulis tetap dapat dijatuhi hukuman pidana, jika suatu perbuatan tersebut dianggap tercela, bertentangan dengan keadilan dan norma-norma sosial lainnya dalam kehidupan masyarakat.

Pada beberapa catatan dari Eddy Hiariej di atas, penulis menambahkan bahwa perlu diingat pembatasan asas legalitas tersebut bukan ‘hanya’ berarti dapat menjatuhkan pidana terhadap orang yang melakukan perbuatan yang tidak wajar, tercela, bertentangan dengan keadilan dan norma-norma dalam masyarakat, juga perlu dilihat pembatasan tersebut juga berlaku untuk membebaskan seseorang dari pertanggungjawaban terhadap suatu perbuatan yang tertulis dalam undang.

Hukum adat pada hakikatnya tidak bertujuan untuk memberi hukum dan hukuman apa yang harus dijatuhkan terhadap terjadinya suatu pelanggaran. Hal yang paling penting adalah menunjukkan cara agar memulihkan kembali hukum yang menjadi tidak seimbang sebagai akibat dari terjadinya pelanggaran, yaitu melalui

kearifan lokal (*local wisdom*) sebagai penyelesaian permasalahan yang terjadi karena adanya perbuatan yang memenuhi delik adat³⁵.

KUHP Nasional saat ini tetap mempertahankan konsep asas legalitas sebagai asas fundamental dan dijelaskan pada Pasal 1 ayat (1) KUHP Nasional. Pasal ini berbunyi bahwa tidak seorangpun dapat dijatuhi sanksi pidana, jika perbuatan itu belum atau tidak diatur sebagai suatu tindak pidana dalam aturan undang-undang yang berlaku saat perbuatan tersebut dilakukan³⁶. Bunyi pasal ini masih serupa dengan bunyi yang terdapat dalam Pasal 1 KUHP (WvS) yang terdapat Pembaruan signifikan yang dikonstruksikan dalam Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) KUHP Nasional yang menjelaskan:

- 1) Kebijakan seperti yang tertuang pada Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi kehadiran dan keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat yang menerangkan bahwa setiap orang dapat dijatuhkan hukuman pidana meskipun perbuatannya tidak dituliskan secara eksplisit dalam perundang-undangan tersebut.
- 2) Hukum yang hadir dan hidup dalam masyarakat seperti yang tertuang pada ayat (1) diberlakukan diwilayah hukum tersebut berada serta sama-sama tidak tertulis jelas dalam Undang-Undang tersebut dan sejalan dengan prinsip dan konsep

³⁵ Aries, *Hukum Pidana Indonesia Menurut KUHP Lama & KUHP Baru Dilengkapi Dengan Asas, Yurisprudensi, Dan Postulat Latin*: 61.

³⁶ Widayati, "Perluasan Asas Legalitas Dalam RUU KUHP": 2.

dalam UUD 1945, Pancasila, HAM, serta asas hukum umum yang diakui oleh bangsa-bangsa yang beradab.

Pasal 2 ayat (1) dan (2) inilah yang memberi peluang dalam pemberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat atau dikenal dengan “the living law”. Pasal ini menunjukkan bahwa seseorang/setiap orang dapat dijatuhkan pidana menurut peraturan/hukum yang hidup dalam masyarakat, bahkan apabila suatu perbuatan yang dianggap perbuatan pidana tersebut tidak diatur dalam undang-undang. Hadirnya konstruksi kebijakan di Pasal 2 ayat (1) dan (2) memberikan penegasan terkait pemberlakuan *the living law* dalam KUHP Nasional dengan catatan bahwa hukum tersebut sejalan dengan asas-asas yang ada di dalam UUD 1945, Pancasila, HAM, juga asas hukum yang diakui dan diterima oleh bangsa-bangsa beradab. KUHP Nasional melakukan perluasan makna dan konsep asas legalitas dengan memasukkan unsur hukum yang berasal dari Indonesia itu sendiri yakni hukum adat. Hal positif dari hadirnya perluasan makna ini dapat memberikan masukan dalam perkembangan hukum pidana Indonesia di masa mendatang. Perluasan makna asas legalitas ini juga menimbulkan polemik karena pada dasarnya asas legalitas sangat menjunjung tinggi kepastian hukum. Keberadaan konsep asas legalitas materiil menimbulkan pula polemik terkait batasan-batasan hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat tersebut³⁷.

³⁷ Pradiva and Hariyanto, “Perluasan Asas Legalitas Dalam Rkuhp Sebagai Upaya Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia.”: 1768.

Menurut pembentuk KUHP, setidaknya terdapat lima alasan perlunya pengaturan hukum yang hidup (*living law*) dalam Pasal 2 KUHP Nasional³⁸, yaitu:

1. Diatur sebagai bentuk pengakuan dan penghormatan terhadap hukum adat (delik adat) yang masih hidup, sesuai dengan perkembangan masyarakat, prinsip Pancasila dan Negara Kesatuan Republik Indonesia (Pasal 18B ayat 2 UUD 1945).
2. Keberlakuan hukum pidana adat (delik adat) akan ditegaskan dan disusun oleh pemerintah pusat yang berasal dari PERDA masing-masing daerah berlakunya hukum tersebut.
3. Penegasan hukum pidana adat justru menjadikan hal itu tidak bertentangan dengan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Nasional dan larangan penggunaan analogi (Pasal 1 ayat 2 KUHP Nasional) yang memberikan kepastian hukum bagi masyarakat.
4. Sanksi dari hukum adat berupa pemenuhan dari kewajiban adat (Pasal 597 ayat 2) yang dianggap setara dengan Pidana Denda kategori II (10 juta Rupiah), dan dapat dikenakan pidana pengganti berupa ganti rugi apabila kewajiban adat setempat tidak dijalani (Pasal 96 ayat 3 KUHP Nasional).
5. Mengikuti Pertimbangan Putusan MK No. 35/PUU-X/2012 yang menyebutkan pengukuhan dan hapusnya masyarakat hukum adat ditetapkan dengan PERDA

³⁸ Aries, *Hukum Pidana Indonesia Menurut KUHP Lama & KUHP Baru Dilengkapi Dengan Asas, Yurisprudensi, Dan Postulat Latin*.

dan ketentuan lebih lanjut diatur dalam peraturan pemerintah, menurut Mahkamah merupakan delegasi wewenang yang diatur dalam Pasal 18 B ayat (2) UUD 1945.

Aries dalam bukunya “Hukum Pidana Indonesia Menurut KUHP Lama dan KUHP Baru dilengkapi dengan Asas, Yurisprudensi, dan Postulat Latin” menyatakan untuk dapat memahami hukum yang hidup dalam masyarakat (living law) menurut pandangan Penulis Pasal 2 ayat (1) KUHP Nasional dapat dimaknai dengan beberapa catatan³⁹, sebagai berikut:

1. Perbuatan yang terjadi bertentangan (harus bersifat melawan hukum) dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (Pasal 12 ayat 2 KUHP Nasional).
2. Perbuatan tersebut tidak terdapat padanan perbuatan/pengaturannya dalam KUHP Nasional.
3. Perbuatan tersebut hanya berlaku di tempat hukum yang berlaku dalam masyarakat itu ada.
4. Hukum yang hidup dalam masyarakat hanya berlaku hanya jika sesuai dengan nilai-nilai Pancasila, UUD 1945, HAM, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa yang beradab.
5. Perbuatan yang dimaksud dalam living law dituangkan dalam peraturan daerah provinsi/kabupaten agar tidak bertentangan dengan asas legalitas yang menurut Aries disebut dengan istilah “asas legalitas yang diperlunak”.

³⁹ Aries: 64.

Penempatan asas legalitas formil dan asas legalitas materiil pada Pasal 1 dan Pasal 2 KUHP Nasional yang mencerminkan asas keseimbangan dalam menentukan tindak pidana, pada permasalahan pidana telah ditempatkan asas-asas yang humanis. Asas legalitas formil dan asas legalitas Materiil yang telah dirumuskan pada dalam Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 2 ayat (1) KUHP Nasional menjadi pondasi utama dari asas-asas hukum pidana dari Buku I dalam penegakan ketentuan tindak pidana dalam Buku II. Asas legalitas formasil dan materiil ini menunjukkan di satu sisi KUHP memberikan dasar dalam penjatuhan pidana atau suatu perbuatan harus terlebih dahulu ada peraturan perundang-undangan yang mengatur perbuatan yang dilarang. Pada sisi lain, KUHP tidak mengurangi keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat, yang menentukan perbuatan seseorang yang patut dipidana walaupun dalam hal perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang tetap merupakan perbuatan pidana yang dapat dipidana⁴⁰.

Barda Nawawi Arief selaku anggota tim perumus KUHP Nasional menyatakan bahwa perluasan asas legalitas secara materiil di dalam konsep KUHP Nasional bukanlah merupakan ide yang baru, melainkan hanya melanjutkan dan mengimplementasikan gagasan yang sudah ada. Kepastian hukum masih tetap dipertahankan dengan tetap dimuatnya asas legalitas, karena asas ini selain mempunyai sifat perlindungan terhadap hukum pidana juga memberi kekuasaan kepada pemerintah

⁴⁰ Pujiyono et al., *PEMIKIRAN KONTEMPORER PEMBARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA*, ed. Pujiyono, 1st ed. (Depok: RajaGrafindo Persada, 2023): 77.

sebagai fungsi instrument, juga dapat menjamin terpeliharanya nilai-nilai dalam masyarakat. Asas legalitas yang dirumuskan dalam suatu undang-undang hukum pidana merupakan salah satu asas yang sangat fundamental yang harus tetap dipertahankan demi menjaga kepastian hukum. Makna asas legalitas haruslah dimaknai secara bijaksana dalam kerangka penegakan hukum dan keadilan⁴¹.

Makna living law yang dirumuskan dalam Pasal 2 KUHP Nasional disempitkan hanya terbatas pada eksistensi hukum adat yang masih dijalankan oleh Komunitas Masyarakat Hukum Adat di Indonesia. Konstruksi Pasal 2 KUHP Nasional jika seandainya dirumuskan dalam arti luas terhadap hukum yang hidup di masyarakat, maka akan menimbulkan potensi ketidakpastian hukum serta berimplikasi pada eksistensi asas legalitas materiil di masyarakat. Rumusan Pasal 2 KUHP dalam arti sempit adalah untuk menjaga eksistensi hukum adat yang masih dijaga dan dijalankan oleh masyarakat hukum adat serta untuk menjaga asas legalitas sebagai jantung hukum pidana⁴².

Pemenuhan Kepastian Hukum dan Keadilan dalam Konsep Asas Legalitas di Indonesia

Eksistensi hukum pidana tidaklah terpisahkan dari masyarakat itu sendiri. Norma hukum pidana dipercayai dapat menjadi salah satu norma yang memberikan perlindungan dari sisi moralitas masyarakat dan kepentingan masyarakat itu sendiri.

⁴¹ Pujiyono et al: 112-113.

⁴² Pujiyono et al. 116.

Melalui KUHP Nasional, pandangan dalam ber hukum yang condong ke arah formalistik bergeser ke arah legalitas materiil, dapat dilihat dengan diakomodirnya norma Hukum yang Hidup (living law) atau Hukum Adat ke dalam sistem hukum formal (KUHP Nasional). Perancangan KUHP Nasional telah dilaksanakan secara hati-hati dengan terlibatnya aspek sosio-filosofis, sosio-politik, dan sosio-kultural bangsa Indonesia, sejalan dengan rumusannya yang berbunyi “pengakuan terhadap yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum, permaafan hakim, pengutamaan keadilan restoratif daripada sekadar penghukuman”⁴³.

Richard Robert menyatakan bahwa fungsi hukum itu ada 4 (empat). Pertama, menjaga hubungan antara sesama individu dalam masyarakat. Kedua, yaitu mencegah kesewenang-wenangan dari penguasa. Ketiga, yaitu menyelesaikan sengketa baik antar individu ataupun antara individu dengan negara, dan keempat yaitu fungsi adaptatif. Fungsi adaptatif artinya untuk disesuaikan dengan perkembangan zaman. Alasan dimasukkan hukum yang hidup dalam masyarakat adalah menyadari bahwa masyarakat di Indonesia tidak terlepas dari multietnis, multireligi, dan multicultural⁴⁴. Asas Legalitas dalam KUHP Nasional diatur dan dirumuskan secara berbeda. Asas Legalitas dalam KUHP WvS Pasal 1 ayat (1): Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan suatu aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada,

⁴³ Pujiyono et al: 108.

⁴⁴ Eddy Omar Syarif Hiariej, “KULIAH TAMU WAKIL MENTERI HUKUM DAN HAM RI|PEMBARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA” (FH UNEJ, 2022).

sebelum perbuatan tersebut dilakukan. Asas Legalitas dalam KUHP Nasional merumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) bahwa: Tiada ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan, kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.

Perbedaan yang mendasar antara lain bahwa dalam KUHP Nasional analogi telah secara eksplisit dilarang digunakan (Pasal 1 ayat (2)) dan memberi peluang berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat (Pasal 2 ayat (1)). Secara umum, dalam rumusan Pasal 1 ayat (1) dikedunya tidak memiliki makna yang jauh berbeda.

Pemenuhan Kepastian Hukum dalam Konsep Asas Legalitas di Indonesia

Pada sejarahnya, gagasan legalitas yang mengklaim dapat memberikan kepastian hukum dalam penegakan hukum, khususnya dalam ranah hukum pidana, seperti yang dikatakan oleh L. J. van Apeldoorn, seorang yuris Belanda yang amat mempengaruhi dasar-dasar pendidikan hukum di Hindia Belanda yang berupaya menerangkan proses lahirnya asas legalitas. Rousseau, menurut van Apeldoorn, pada pokoknya mengatakan bahwa undang-undang adalah pernyataan kehendak yang orisinal dari rakyat, dan itu menjadi satu-satunya sumber bagi pembentukan hukum. Akibatnya, kebiasaan-kebiasaan dalam masyarakat menjadi sumber hukum yang tidak diakui secara formal, atau dalam istilah yang dikemukakan van Apeldoorn sebagai “undang-undang secara diam-diam”⁴⁵.

⁴⁵ Manullang, *LEGISME, LEGALITAS DAN KEPASTIAN HUKUM*: 9.

Kepastian hukum selalu berbanding lurus dengan dinamika dan perkembangan yang ada di masyarakat yang menjadi tempat hukum itu hidup. Cicero dengan adagium klasiknya *ubi societas ibi ius* yang berarti di mana ada masyarakat disitu ada hukum memberikan makna yaitu: di mana ada masyarakat, ada masalah hukum, dan akan timbul dinamika terkait kepastian hukum. Upaya mewujudkan kepastian hukum dalam sebuah negara hukum dilakukan dengan menerbitkan berbagai peraturan perundang-undangan sebagai pedoman dasar perilaku dalam kehidupan bernegara sehingga setiap orang mengetahui dan dapat memastikan perbuatan yang diperbolehkan atau tidak untuk dilakukan⁴⁶.

Menurut Mardjono, keinginan untuk memperoleh kepastian hukum, secara keliru telah terlalu dikaitkan pada perlunya ada peraturan perundang-undangan pidana (peraturan tertulis). Peraturan tertulis dapat memberikan perasaan kepastian dan keadilan yang kuat, kepastian hukum datangnya terutama dari kepercayaan bahwa hukum pidana tidak diterapkan secara sewenang-wenang (*arbitrair*). Keberadaan hukum pidana adat dimungkinkan akan mempengaruhi hukum pidana tertulis, seharusnya dapat memperkuat rasa keadilan dan kepastian hukum, karena mendekatkan hukum pidana tertulis dengan rasa keadilan dalam masyarakat. Hakim sebagai “penegak keadilan” mempunyai tugas dan kewajiban untuk selalu

⁴⁶ Marcus Priyo Gunarto and Wahyu Sudrajat, *DEKONSTRUKSI PUTUSAN BEBAS DAN PUTUSAN LEPAS DARI SEGALA TUNTUTAN HUKUM* (Yogyakarta: PUSTAKA PELAJAR, 2018): 2.

“menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup” menurut adat setempat⁴⁷.

Albert Aries dalam bukunya yang berjudul “Hukum Pidana Indonesia Menurut KUHP Lama & KUHP Baru Dilengkapi Dengan Asas, Yurisprudensi, Dan Postulat Latin” yang menggunakan istilah “Asas Legalitas yang diperlunak”⁴⁸, maka Penulis menyatakan dalam konteks asas legalitas yang ada dalam KUHP Nasional menyebut istilah “Kepastian Hukum yang diperlunak” yang berarti tidak menghilangkan kepastian hukum sama sekali dengan adanya klausul pemberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Hukum yang hidup dan berlaku dalam masyarakat yang diakui oleh KUHP Nasional ditetapkan dengan syarat dan parameter tertentu dalam KUHP Nasional. Pertama, yaitu ‘hanya’ jika tidak diatur dalam KUHP Nasional. Kedua, hukum yang hidup dalam masyarakat itu ‘hanya’ diberlakukan untuk perkara-perkara ringan yang tidak serta merta dapat menjadi suatu sumber hukum apabila tidak memenuhi ketentuan yang ditetapkan. Ketiga, yaitu tidak bertentangan dengan 4 batasan diantaranya: Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Hak Asasi Manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa beradab di dunia.

⁴⁷ Sri Rahayu, “Implikasi Asas Legalitas Terhadap Penegakan Hukum Dan Keadilan,” *Jurnal Inovatif VII*, no. September (2014): 4, <https://online-journal.unja.ac.id/jimih/article/view/2170>: 8.

⁴⁸ Aries, *Hukum Pidana Indonesia Menurut KUHP Lama & KUHP Baru Dilengkapi Dengan Asas, Yurisprudensi, Dan Postulat Latin*: 59.

Pemenuhan Keadilan dalam Konsep Asas Legalitas di Indonesia

Hans Kelsen menyatakan makna dari sebuah keadilan adalah legalitas, dimana suatu peraturan umum adalah adil apabila diterapkan sesuai dengan aturan tertulis yang mengaturnya dan sama penerapannya pada semua kasus serupa. Asas legalitas dibangun dengan dengan tujuan meligitimasi hukum dalam kekuasaan pemerintah agar tercipta Negara Hukum yang mana pengertiannya adalah negara berdasarkan hukum, hukum menjamin keadilan dan perlindungan bagi semua orang yang ada dalam wilayah negara yang bersangkutan. Segala kegiatan negara berdasarkan hukum atau dalam konteks Negara Hukum Indonesia yaitu Negara Berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar yang menjunjung tinggi hak asasi manusia serta menjamin segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menegakkan hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecuali⁴⁹.

Asas legalitas yang sebelumnya hanya dapat menjangkau *mala prohibita* menjadi perhatian khusus, asas legalitas mendapatkan pembaruan di dalam pembentukan KUHP Nasional yang diharapkan dapat menjadi akar untuk menyambut perbuatan-perbuatan yang sebelumnya tidak terjangkau seperti *crimina extra ordinaria*, perbuatan yang tidak wajar, tercela, bertentangan dengan keadilan serta nilai-nilai dalam masyarakat. Pembaruan rumusan asas legalitas dalam KUHP Nasional

⁴⁹ Fathir Heksmayar et al., "PERBANDINGAN ASAS LEGALITAS MENURUT KUHP, RUU KUHP, DAN HUKUM PIDANA ISLAM," 2013: 4.

tetap disusun dengan meletakkan pagar pembatas agar tidak menghilangkan keseimbangan esesi keadilan dan kepastian hukum.

Pasal 2 ayat (1) KUHP Nasional menentukan bahwa ketentuan yang dimaksud pada Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat yang mana perbuatan tersebut tidak/belum diatur dalam peraturan perundang-undangan. Penjelasan ayat ini menerangkan bahwa menjadi suatu kenyataan dalam beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di wilayah tersebut, dalam lapangan hukum pidana biasa dikenal dengan tindak pidana adat. Konstruksi dalam ayat ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur dalam peraturan perundang-undangan. Pengakuan terhadap tindak pidana adat/hukum yang hidup dalam masyarakat dinilai lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu.

Pasal 2 ayat (2) KUHP Nasional lebih lanjut menentukan bahwa keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat seperti yang tertuang pada ayat (1) sepanjang sejalan dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa beradab. Penjelasan dalam ayat (2) menerangkan bahwa ayat ini mengandung pedoman atau kriteria atau rambu-rambu dalam menetapkan sumber hukum materiil (hukum yang hidup dalam masyarakat) yang dapat menjadi sumber hukum (sumber legalitas materiil)⁵⁰.

⁵⁰ Widayati, "Perluasan Asas Legalitas Dalam RUU KUHP.": 315

Pada penjelasan Pasal 2 ayat (1) KUHP Nasional menyebutkan bahwa ketentuan dalam ayat ini merupakan pengecualian dari asas legalitas yang mengakui tindak pidana adat untuk lebih memenuhi rasa keadilan. Penjelasan Pasal 2 ayat (1) KUHP Nasional 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 wilayah tersebut. Hal demikian terdapat juga dalam lapangan hukum pidana yang dikenal dengan tindak pidana adat. Pemberian dasar hukum yang jelas mengenai keberlakuan hukum pidana adat, hal itu mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ini”⁵¹. 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 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

⁵¹ Widayati.: 317

kesebandingan hukum, sehingga akan menghasilkan suatu keadilan. Keadilan adalah tujuan hukum yang dapat dicapai dengan adanya kepastian hukum⁵².

Hukum yang hidup dalam masyarakat mengandung asas keseimbangan, pada dasarnya hukum yang hidup dalam masyarakat dilihat sebagai hukum yang digunakan untuk dapat menjatuhkan pidana terhadap seseorang, Hukum yang hidup dalam masyarakat juga harus dilihat sebagai hukum yang dapat membebaskan seseorang dari pertanggungjawaban pidana yang diukur dari salah satu kriteria pemidanaan suatu perbuatan dapat dikategorikan mencederai keadilan dalam masyarakat atau tidak.

Ukuran dalam menentukan keseimbangan keadilan dan kepastian hukum khususnya dalam menegakkan asas retroaktif⁵³, didasari dengan formula sebagai berikut:

- 1) Nilai keadilan tidak diperoleh dari tingginya nilai kepastian hukum, nilai keadilan didapat dari keseimbangan perlindungan hukum atas korban dan pelaku kejahatan;
- 2) Semakin serius ukuran suatu kejahatan, maka semakin besar nilai keadilan yang harus dipertahankan lebih dari nilai kepastian hukum.

Nilai keadilan lebih tinggi dari kepastian hukum, apabila terjadi pertentangan antara dua asas tersebut maka yang didahulukan adalah prinsip yang dapat mewujudkan keadilan dengan nyata. Memperlakukan hukum secara retroaktif dalam

⁵² Widayati: 317-319.

⁵³ Yuherawan, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana ; Sejarah Asas Legalitas Dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*: 267.

hal ini dilakukan dengan sifat terbatas, terutama dalam kejahatan-kejahatan yang luar biasa dengan melihat *modus operandi* atau metode yang digunakan serta akibat yang ditimbulkan (*victim*), tidak bertentangan dengan UUD 1945 dan bukan dengan maksud memberlakukan asas retroaktif secara mutlak tanpa pengecualian⁵⁴.

Hiariej sebagai bagian dari tim pembentuk KUHP Nasional menyatakan bahwa dimuatnya klausul hukum yang hidup dalam masyarakat tidak difungsikan untuk membangkitkan pranata hukum pidana adat atau membangkitkan peradilan adat. Hukum yang hidup dalam masyarakat dimuat dalam KUHP Nasional merupakan suatu tindakan untuk mengakomodasi pranata-pranata hukumpidana adat yang masih hidup serta tidak keluar dari konteks sistem peradilan pidana. Klausul hukum yang hidup dalam masyarakat itu adalah sebagai *Last Resource* yaitu sebagai yang paling akhir digunakan jika suatu delik yang terjadi tidak terdapat dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana⁵⁵.

D. SIMPULAN

Rumusan asas legalitas dalam KUHP *WvS* dan KUHP Nasional dirumuskan secara berbeda, dengan tidak meninggalkan makna yang terdapat dalam Pasal 1 ayat (1) pada KUHP *WvS*. KUHP Nasional menambahkan klausul keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat dalam Pasal 2 ayat (1) yang disusun dengan batas-batas yang

⁵⁴ Yuherawan: 267.

⁵⁵ Hiariej, "KULIAH TAMU WAKIL MENTERI HUKUM DAN HAM RI|PEMBARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA."

juga ditetapkan dalam Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang ini. Asas legalitas yang sebelumnya hanya dapat menjangkau *mala prohibita* menjadi perhatian khusus, asas legalitas mendapatkan pembaruan di dalam pembentukan KUHP Nasional yang diharapkan dapat menjadi akar untuk menyambut perbuatan-perbuatan yang sebelumnya tidak terjangkau seperti *crimina extra ordinaria*, perbuatan yang tidak wajar, tercela, bertentangan dengan keadilan serta nilai-nilai dalam masyarakat. Pembaruan rumusan asas legalitas dalam KUHP Nasional tetap disusun dengan meletakkan pagar pembatas agar tidak menghilangkan keseimbangan esensi keadilan dan kepastian hukum. Pagar yang menjadi parameter keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat menjadi alat penyeimbang antara keadilan dan kepastian hukum sehingga pembaruan asas legalitas dalam KUHP Nasional ini tidak serta merta meniadakan keadilan atau kepastian hukum.

DAFTAR PUSTAKA

- Arief, Barda Nawawi. *Kapita Selekta Hukum Pidana*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003.
- Aries, Albert. *Hukum Pidana Indonesia Menurut KUHP Lama & KUHP Baru Dilengkapi Dengan Asas, Yurisprudensi, Dan Postulat Latin*. Jakarta: Rajawali Pers, 2024.
- Chikmah, Anistsabatini Siti Jazilatul. “Perbandingan Hukum Pidana Mengenai Asas Legalitas.” *Universitas Darussalam Gontor*, 2016.
- Christianto, Hwian. “Pembaharuan Makna Legalitas Dalam Pidana Indonesia.” *Jurnal Hukum Dan Pembangunan* 39, no. 3 (2009): 347–75.
- Diantha, I Made Pasek. *Metodologi Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum*. Jakarta: Prenada Media Group, 2016.
- Gunarto, Marcus Priyo, and Wahyu Sudrajat. *DEKONSTRUKSI PUTUSAN BEBAS DAN PUTUSAN LEPAS DARI SEGALA TUNTUTAN HUKUM*. Yogyakarta: PUSTAKA PELAJAR, 2018.
- Heksmayar, Fathir, Dimas Artika Rakhman, Adhika Yogiswara, Sutrisno Saputra, and Roman Zulkarnai. “PERBANDINGAN ASAS LEGALITAS MENURUT KUHP, RUU KUHP, DAN HUKUM PIDANA ISLAM,” 2013.
- Hiariej, Eddy O.S. *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*. Jakarta: Erlangga, 2009.
- Hiariej, Eddy Omar Syarif. “KULIAH TAMU WAKIL MENTERI HUKUM DAN HAM RI|PEMBARUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA.” 2022.
- Iksan, Muchamad. “Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana: Studi Komparatif Asas Legalitas Hukum Pidana Indonesia Dan Hukum Pidana Islam (Jinayah).” *Jurnal Serambi Hukum* 11, no. 1 (2017): 1–26.
- Manullang, E. Fernando M. *LEGISME, LEGALITAS DAN KEPASTIAN HUKUM*. Kedua. Jakarta: Prenada Media Group, 2016.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: KENCANA, 2021.
- Mochtar, Zainal Arifin, and Eddy Omar Syarif Hiariej. *DASAR-DASAR ILMU HUKUM: Memahami Kaidah, Teori, Asas Dan Filsafat Hukum*. Yogyakarta: Rajawali Pers, 2023.
- Muladi. “Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat Di Era Demokrasi,” 2000.

Nurdin, Fransiskus Saverius. “Rekonstruksi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Berdasarkan Prinsip Keadilan.” *REFLEKSI HUKUM : Jurnal Ilmu Hukum* 1 (October 2016): 1–116.

———. “Rekonstruksi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Berdasarkan Prinsip Keadilan.” Universitas Kristen Satya Wacana, 2016.

Pradiva, I Gusti Ngurah Bayu, and Diah Ratna Sari Hariyanto. “Perluasan Asas Legalitas Dalam Rkuhp Sebagai Upaya Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia.” *Kertha Semaya : Journal Ilmu Hukum* 10, no. 8 (2022): 1766. <https://doi.org/10.24843/ks.2022.v10.i08.p05>.

Pujijono, Anthon F Susanto, Hartawiningsih, M Musa, Tongat, and Abdul Wahid. *PEMIKIRAN KONTEMPORER PEMBARUAN HUKUM PIDANA INDONESIA*. Edited by Pujijono. 1st ed. Depok: RajaGrafindo Persada, 2023.

Situngkir, Danel Aditia. “Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Nasional Dan Hukum Pidana Internasional.” *SOUMATERA LAW REVIEW* 1 (2018): 8.

Sri Rahayu. “Implikasi Asas Legalitas Terhadap Penegakan Hukum Dan Keadilan.” *Jurnal Inovatif VII*, no. September (2014): 4. <https://online-journal.unja.ac.id/jimih/article/view/2170>.

Suartha, I Dewa Made. “PERGESERAN ASAS LEGALITAS FORMAL KE FORMAL DAN MATERIAL DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL.” *Yustisia* 4, no. 1 (January 2015).

Sudibyo, Ateng, and Aji Halim Rahman. “DEKONSTRUKSI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA.” *Journal Presumption of Law* 3, no. 1 (April 1, 2021): 55–79. <https://doi.org/10.31949/jpl.v3i1.985>.

Widayati, Lidya Suryani. “Perluasan Asas Legalitas Dalam RUU KUHP.” *NEGARA HUKUM* 2, no. 2 (November 2011).

Yuherawan, Deni Setyo Bagus. *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana ; Sejarah Asas Legalitas Dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*. Malang: Setara Press, 2014.