

**REKONSTRUKSI REGULASI ASAS LEGALITAS
DALAM HUKUM PIDANA YANG BERBASIS NILAI KEADILAN**

DISERTASI

Disusun Dalam Rangka Menyelesaikan Program Doktor Ilmu Hukum



Oleh :
R. Sugiharto
NIM . 10302000436

Dibawah Bimbingan:

Promotor : Prof.Dr.H. Gunarto,S.H.,S.E.,Akt.,M.Hum
Co. Promotor : Prof.Dr.Hj. Sri Endah Wahyuningsih,S.H.,M.Hum

**PROGRAM DOKTOR (S3) ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG (UNISSULA)
SEMARANG**

2021

HALAMAN PENGESAHAN

REKONSTRUKSI REGULASI ASAS LEGALITAS
DALAM HUKUM PIDANA YANG BERBASIS NILAI KEADILAN

Oleh :

R. Sugiharto
NIM . 10302000436

DISERTASI

Untuk memenuhi salah satu syarat ujian Terbuka guna memperoleh gelar Doktor dalam Ilmu Hukum

Telah disetujui oleh Promotor dan Co-Promotor pada tanggal seperti tertera di bawah ini.

Semarang,2021

Promotor,

Co-Promotor,

Prof.Dr.H.Gunarto.S.H.,S.E.,Akt.,M.Hi
NIDN. 06-0503-6205

Prof. Dr. Hj Sri Endah Wahyuningsih, SH,M.Hum
NIDN : 06-2804-6401

Mengetahui :

Ketua Program Program Doktor (S3) Ilmu Hukum (PDIH)
Fakulta Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA)

Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun,S.H.,M.M.Hum.
NIDN.0621057002

PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI

Saya yang bertanda tangan di bawah ini,

Nama : R. SUGIHARTO
NIM : 10302000436
Program Studi : DOKTOR ILMU HUKUM
Fakultas : Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung
(UNISSULA)

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa Disertasi ini benar-benar merupakan hasil karya saya sendiri, bebas dari peniruan hasil karya orang lain. Kutipan pendapat dan tulisan orang lain ditunjuk sesuai dengan cara-cara penulisan karya ilmiah yang berlaku.

Apabila dikemudian hari terbukti atau dapat dibuktikan dalam Disertasi ini terkandung ciri-ciri plagiat dan bentuk-bentuk peniruan lain yang dianggap melanggar peraturan, maka saya bersedia menerima sanksi atas perbuatan tersebut.

Semarang,.....2021

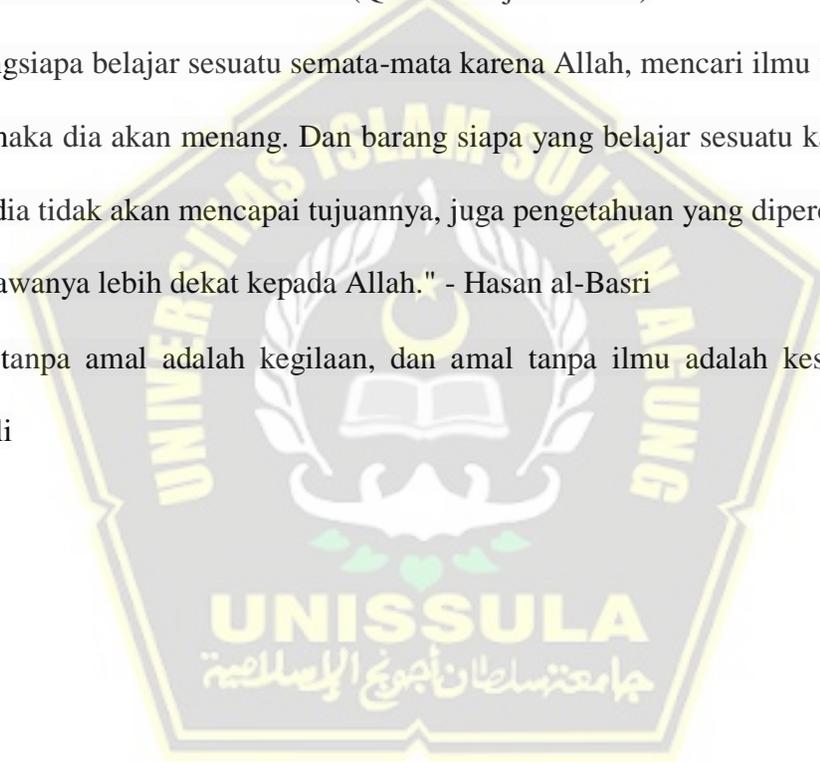
Yang Menyatakan

R. SUGIHARTO

NIM. 10302000436

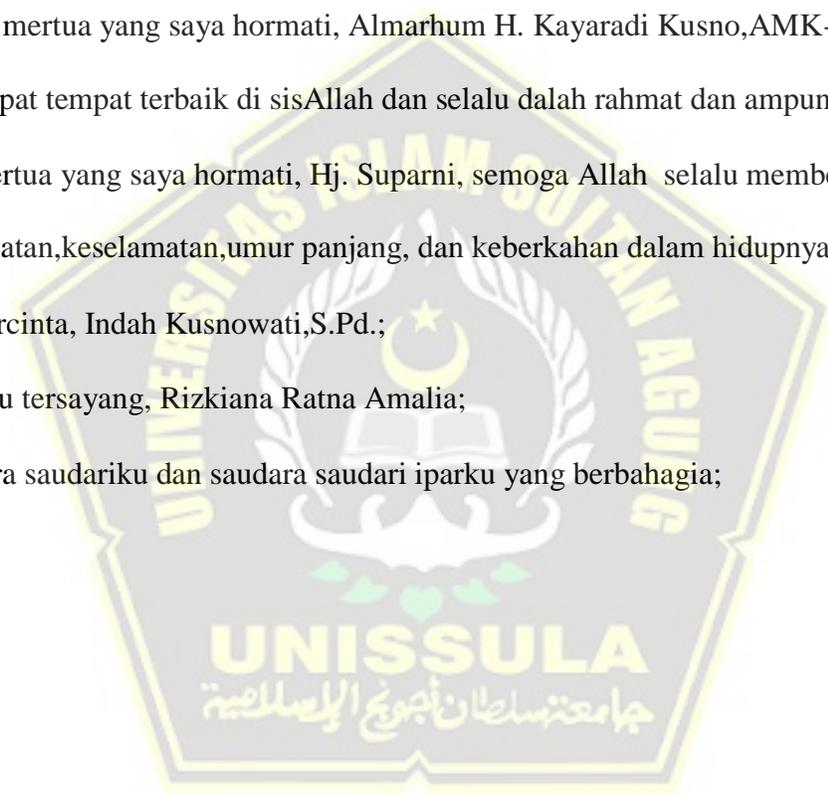
MOTTO

- Barang siapa bertakwa kepada Allah maka Dia akan menjadikan jalan keluar baginya, dan memberinya rezeki dari jalan yang tidak ia sangka, dan barang siapa yang bertawakal kepada Allah maka cukuplah Allah baginya, Sesungguhnya Allah melaksanakan kehendak-Nya, Dia telah menjadikan untuk setiap sesuatu kadarnya. (Q.S. Surat Ath-Thalaq ayat 2-3)
- "Allah akan mengangkat derajat orang-orang yang beriman dan orang-orang yang berilmu di antara kamu sekalian." (Q.S Al-Mujadilah: 11)
- "Barangsiapa belajar sesuatu semata-mata karena Allah, mencari ilmu yang ada bersamanya, maka dia akan menang. Dan barang siapa yang belajar sesuatu karena selain Allah, maka dia tidak akan mencapai tujuannya, juga pengetahuan yang diperolehnya tidak akan membawanya lebih dekat kepada Allah." - Hasan al-Basri
- "Ilmu tanpa amal adalah kegilaan, dan amal tanpa ilmu adalah kesia-siaan." - Imam Ghazali



PERSEMBAHAN

- Allah Subhanahu wa ta'ala;
- Nabi Muhammad Shallallahu Alaihi Wasalam
- Ayahanda tercinta Almarhum R. Soepangat, semoga beliau mendapat tempat terbaik di Allah dan selalu dalam rahmat dan ampunan-Nya;
- Ibunda tercinta Almarhumah Mrr. Rochani, semoga beliau mendapatkan tempat terbaik di sisi Allah dan selalu dalam rahmat dan ampunan-Nya;
- Bapak mertua yang saya hormati, Almarhum H. Kayaradi Kusno,AMK-C, semoga beliau mendapat tempat terbaik di sisi Allah dan selalu dalam rahmat dan ampunan-Nya;
- Ibu mertua yang saya hormati, Hj. Suparni, semoga Allah selalu memberikan kesehatan,keselamatan,umur panjang, dan keberkahan dalam hidupnya;
- Istri tercinta, Indah Kusnowati,S.Pd.;
- Anakku tersayang, Rizkiana Ratna Amalia;
- Saudara saudariku dan saudara saudari iparku yang berbahagia;



KATA PENGANTAR

Assalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh

Puji dan syukur penulis panjatkan kehadlirat Allah SWT atas segala limpahan rahmat,taufik,dan hidayah-Nya, sehingga penulis dapat menyelesaikan penyusunan disertasi dengan judul “REKONSTRUKSI REGULASI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA YANG BERBASIS NILAI KEADILAN”. Sholawat dan salam semoga senantiasa tercurah kepada junjungan Nabi Besar Muhammad S.A.W.

Disertasi ini disusun guna memenuhi syarat menyelesaikan pendidikan pada Program Doktor (S3) Ilmu hukum di Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.

Dengan adanya keterbatasan yang ada pada diri penulis,maka penulis yakin bahwa tanpa adanya keterlibatan pihak-pihak lain yang membantu dalam penyusunan disertasi ini,maka penyusunan disertasi ini tidak akan bisa terselesaikan. Oleh karena itu sudah sepatutnya penulis mengucapkan berjuta-juta terimakasih kepada Yth. Bapak Prof. Dr. H. Gunarto,S.H.,S.E.,Akt. M.Hum selaku Promotor dan Ibu Prof. Dr. Hj. Sri Endah Wahyuningsih,S.H.,M.Hum. selaku Co-Promotor yang telah meluangkan waktu,pikiran,tenaga,dengan kesabaran, arif dan bijaksana telah berkenan memberikan bimbingan dan pengarahan dalam menyusun disertasi ini.

Selain itu tak lupa penulis juga mengucapkan terimakasih yang sebesar-besarnya kepada semua pihak yang telah membantu dan memberikan dukungan baik moril maupun materiil,sehingga penulis dapat menyelesaikan penyusunan disertasi ini dengan baik. Dalam kesempatan ini penulis juga mengucapkan terimakasih kepada :

1. Yth. Bapak Drs. H. Bedjo Santoso, M.T., Ph.D. selaku Rektor Universitas Islam Sultan Agung yang telah memberikan ijin dan kesempatan kepada penulis untuk melanjutkan studi pada Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
2. Yth. Bapak Prof. Dr. H. Gunarto, S.H., S.E., Akt., M.Hum selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung yang telah memberikan ijin, kesempatan, biaya, dan semangat kepada penulis dalam menyelesaikan studi ini
3. Yth. Ibu Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, S.H., M.Hum selaku Ketua Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung yang berkenan memberikan ijin dan kesempatan pada penulis untuk menempuh studi pada Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang.
4. Yth. Bapak/Ibu Dewan Penguji dalam pelaksanaan ujian disertasi ini yang telah berkenan menguji dan memberikan masukan yang berharga dalam ujian disertasi ini.
5. Yth. Bapak/Ibu Dosen Pascasarjana Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang yang telah berkontribusi dalam dunia akademis khususnya bagi penulis.
6. Yth. Semua karyawan dan staff civitas akademika Program Doktor Ilmu Hukum Unissula yang telah dengan penuh keramahan, melayani, dan memfasilitasi kebutuhan selama penulis menempuh studi hingga terselesainya disertasi ini.
7. Yth. seluruh teman-teman dosen dan tenaga kependidikan Fakultas Hukum Unissula yang tidak dapat saya sebutkan satu persatu yang telah memberikan doa dan semangat dalam menyelesaikan studi ini.

8. Yang amat sangat saya cintai dan sayangi kedua orang tua saya almarhum Bapak R. Soepangat dan almarhumah Ibu Mrr. Rochani, yang dengan penuh rasa kasih sayang dan keikhlasan telah membimbing, mendidik, membesarkan, dan memberikan doa untuk putra-putrinya dalam menimba ilmu pengetahuan dan berusaha untuk menjadikan anak-anak yang soleh dan solehah. Kami berdoa semoga semua jerih payah beliau menjadi amal ibadah, diampuni semua dosa-dosanya, dimaafkan semua kesalahannya, dan mendapatkan tempat terbaik di sisi Allah SWT.
9. Yang amat sangat saya hormati dan cintai bapak dan ibu mertua almarhum H. Kayaradi Kusno, AMK-C dan Hj. Ibu Suparni yang telah memberikan doa dan restu serta menyemangati dalam menyelesaikan studi ini. Semoga almarhum Bapak H. Kayaradi Kusno diampuni dan dimaafkan segala dosa dan kesalahannya, serta mendapatkan tempat terbaik di sisi Allah SWT. Dan Ibu Hj. Suparni semoga selalu diberikan kesehatan, keselamatan, panjang umur, dan keberkahan dalam hidupnya.
10. Teristimewa buat istri tercinta, Indah Kusnowati, S.Pd. yang senantiasa bersabar, setia menemani penulis dalam suka maupun duka selama proses perkuliahan sampai terselesaikan disertasi ini. Dan yang tersayang ananda Rizkiana Ratna Amalia yang dengan lucu dan menggemaskan selalu menghibur dan menyemangati kehidupan dalam keluarga, sehingga menjadi motivasi buat saya untuk bisa menyelesaikan studi ini.
11. Saudara-saudaraku yang sangat baik hati Rr. Sri Sudiyati, B.A., Ir. R. Subagiono, Dra. Rr. Sri Rejeki, R. Sutjahjono, S.H. dr. Rr. Sri Wahyuningsih, dan almarhumah Rr. Sri Rahayu, S.H yang telah memberikan doa dan dukungan dalam penyelesaian studi ini.
12. Yang saya cintai keponakan-keponakan saya dr. Erni Yuliati, Taufan Agung Wicaksono, S.Ked., Ery Kurniawan Sulistiyo, S.H., Oki Arum Puspitasari, S.Pi., Puput

Solehati,SKM.,Nisa, Anas,Wanda Ermina yang telah memberikan semangat dalam menyelesaikan studi ini.

13. Seluruh pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu, yang telah berkenan membantu dalam penyusunan disertasi ini.

Atas segala bantuan dan kerjasama yang telah diberikan dengan ikhlas kepada penulis selama menempuh studi hingga rampungnya disertasi ini tak ada kata yang dapat terucapkan selain berjuta-jutaa terima kasih. Dan tentunya penulisan disertasi ini masih sangat jauh dari sempurna, oleh karena itu dengan kerendahan hati penulis mohon masukan, saran dan kritik yang membangun demi lebih baiknya penulisan disertasi ini.

Wassalamu'alaikum Warahmatullahi Wabaraakatuh.

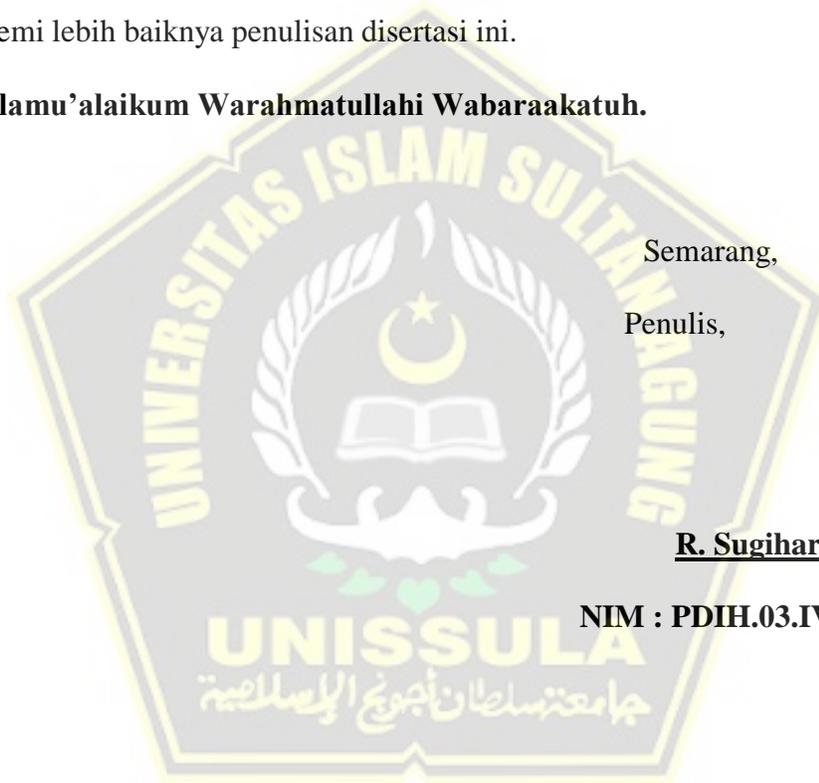
Semarang,

2021

Penulis,

R. Sugiharto

NIM : PDIH.03.IV.14.0138



ABSTRAK

Dasar pembenaran suatu perbuatan seorang dikualifikasi sebagai suatu perbuatan pidana dalam hukum pidana semata hanya didasarkan pada undang-undang. Hal tersebut sebagaimana dinyatakan di dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Sifat melawan hukum dalam asas legalitas ini hanya memberlakukan sifat melawan hukum formil. Padahal di Indonesia ini secara yuridis di samping diberlakukan hukum tertulis juga diakui dan diberlakukannya hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat yang di dalamnya mengandung sifat melawan hukum materiil. Hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat yang sesuai dengan nilai Pancasila merupakan hukum yang memberikan keadilan bagi rakyat Indonesia, oleh karena itu regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini perlu dilakukan rekonstruksi untuk menjadi asas legalitas hukum pidana yang berbasis nilai keadilan.

Permasalahan yang diajukan dalam penelitian disertasi ini adalah : mengapa regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini belum berbasis nilai keadilan; apa sajakah kelemahan regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini; dan bagaimana rekonstruksi regulasi asas legalitas dalam hukum pidana yang berbasis nilai keadilan.

Metode pendekatan penelitian yang digunakan di dalam penelitian ini adalah dengan menggunakan metode pendekatan yuridis normatif, yaitu dengan melakukan penelitian kepustakaan untuk mendapatkan data sekunder. Pendekatan yang dilakukan adalah pendekatan terhadap undang-undang, asas-asas hukum, sejarah hukum, kasus dan perbandingan hukum.

Temuan penelitian ini adalah: regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini belum berbasis nilai keadilan, karena sifat melawan hukum suatu perbuatan pidana hanya didasarkan pada undang-undang dengan tidak mengakui hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat yang mencerminkan keadilan; kelemahan dalam regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini, karena asas legalitas hanya mampu menjangkau *mala prohibita*, menghasilkan ketidakseimbangan perlindungan hukum yang diberikan kepada pelaku dan korban dan/atau masyarakat, memisahkan hukum dan moral serta nilai-nilai keadilan, asas legalitas tidak selalu dapat mengakomodasikan rasa keadilan masyarakat; dan rekonstruksi asas legalitas dalam hukum pidana yang berbasis nilai keadilan adalah regulasi asas legalitas hukum pidana dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP sebaiknya tidak hanya didasarkan pada asas legalitas formil semata, akan tetapi juga didasarkan atas legalitas materiil, baik dalam fungsinya yang positif dan yang negatif.

Kata Kunci : Rekonstruksi, Asas Legalitas, Hukum Pidana, Nilai Keadilan

ABSTRACT

The basis for justifying an act of a person qualified as a criminal act in criminal law is solely based on the law. This is as stated in Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code (KUHP). The unlawful nature of this legality principle only enforces the unlawful nature of the formal. In fact, in Indonesia, juridically, in addition to being enforced written law, it is also recognized and enforced by unwritten law or living law in society, which contains a nature against material law. Unwritten law or law that lives in society in accordance with the values of Pancasila is a law that provides justice for the people of Indonesia, therefore the regulation of the principle of legality in criminal law currently needs to be reconstructed to become the principle of legality of criminal law based on the value of justice.

The problems raised in this dissertation research are: why is the regulation of the principle of legality in criminal law not currently based on the value of justice; what are the weaknesses of the regulation of the principle of legality in criminal law today; and how is the reconstruction of the regulation of the principle of legality in criminal law based on the value of justice.

The research approach method used in this study is to use a normative juridical approach, namely by conducting library research to obtain secondary data. The approach taken is an approach to law, legal principles, legal history, cases and comparative law.

The findings of this study are: the regulation of the principle of legality in criminal law is currently not based on the value of justice, because the unlawful nature of a criminal act is only based on the law by not recognizing unwritten laws or laws that live in society that reflect justice; weaknesses in regulation the principle of legality in criminal law today, because the principle of legality is only able to reach the mala prohibita, resulting in an imbalance of legal protection given to perpetrators and victims and/or society, separating law and morals and values of justice, the principle of legality cannot always accommodate a sense of justice. public; and reconstruction of the principle of legality in criminal law based on the value of justice is the regulation of the principle of legality of criminal law in Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code should not only be based on the principle of formal legality, but also based on material legality, both in its positive and negative functions.

Keywords: Reconstruction, Legality Principle, Criminal Law, Value of Justice

RINGKASAN

A. Pendahuluan

Hukum erat hubungannya dengan kaidah sosial. Hukum sebagai kaidah sosial tidak lepas dari nilai yang berlaku dalam suatu masyarakat. Hukum sebagai cermin dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Hukum disebut baik apabila sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat.¹

Indonesia adalah negara hukum sebagaimana dinyatakan di dalam Pasal 1 ayat 3 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hukum bersumber dari nilai – nilai yang hidup di masyarakat baik yang sifatnya tertulis maupun tidak tertulis, di mana sumber hukum yang tidak tertulis ini banyak sekali ditemui di Indonesia. Wujud dari hukum tidak tertulis ini dapat berupa hukum adat maupun kearifan lokal (*local wisdom*) yang eksistensinya tetap diakui sebagai sebuah norma dan mempunyai daya ikat dan sanksi.

Pada Pasal 18 ayat 2 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyebutkan bahwa “Indonesia mengakui eksistensi hukum adat dan hak-hak tradisionalnya“. Hakim dan hakim konsitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.² Selain itu, putusan pengadilan di samping harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.³ Kemudian pada Pasal 8 ayat 4 Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 Tentang Kejaksaan Republik Indonesia disebutkan, bahwa jaksa senantiasa

¹ Mochtar Kusumaatmadja, 2002, *Konsep-konsep hukum dalam Pembangunan*, Pusat Studi Wawasan Nusantara: Alumni Bandung, hlm. 13

² Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

³ Pasal 50 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

berindak berdasarkan hukum dengan mengindahkan norma-norma keagamaan, kesopanan, kesusilaan serta wajib menggali dan menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan yang hidup dalam masyarakat.

Gustav Radburch berpendapat bahwa pada dasarnya, hukum itu bertujuan untuk mewujudkan kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan.⁴ Ketika semua tujuan tersebut berbenturan, maka yang dikedepankan adalah kemanfaatan. Tujuan yang ingin dicapai dalam hukum pidana tidak hanya semata kepastian hukum akan tetapi keadilan terlebih kemanfaatan. Namun kadang kala, putusan pengadilan pada praktiknya dapat melukai rasa keadilan karena ketidakseimbangan hukuman yang diterima. Hal ini dikarenakan para penegak hukum selalu mengartikan penegakan hukum secara tertulis. Aparat penegak hukum tidak menggali hukum yang hidup dalam masyarakat.

Sesungguhnya penegakan hukum berbeda dengan penegakan undang-undang. Menegakkan undang-undang selalu berdasarkan kepada aturan tertulis, sedangkan menegakkan hukum berdasarkan kepada hukum tidak tertulis. Oleh sebab itu dalam menegakkan hukum memang seharusnya diartikan menegakkan hukum yang hidup dalam masyarakat yang meliputi kearifan lokal (*local wisdom*).

Penegakan hukum yang dilakukan seharusnya dilakukan dengan menggunakan pendekatan kearifan lokal (*local wisdom*) demi mendapat keadilan yang substansi. Dalam arti bahwa penegakan hukum tidak hanya melihat pada aspek formal suatu perbuatan saja tetapi juga harus melihat bagaimana hukum yang hidup di lingkungan masyarakat sekitar. Apabila suatu perbuatan hanya melihat pada masalah hitam putih pasal saja di mana tersangka dapat diproses secara hukum karena perbuatan yang dilakukan melanggar undang-

⁴ Faisal, 2010, *Menerobos Positivisme Hukum*, Rangkang Education, Yogyakarta, hlm. 84

undang tertulis secara formal saja, maka keadilan yang kemudian didapat adalah keadilan yang formal procedural.⁵

Pada dasarnya hukum pidana adat adalah hukum yang hidup dan akan terus hidup, selama ada manusia dan budaya, ia tidak akan dihapus dengan perundang-undangan. Andaikata diadakan juga undang-undang yang akan menghapuskannya, maka akan percuma saja, malahan hukum pidana perundang-undangan akan kehilangan sumber kekayaannya, oleh karena hukum pidana adat lebih dekat hubungannya dengan antropologi dan sosiologi daripada hukum perundang-undangan.⁶

Dalam konteks hukum pidana di Indonesia, praktek hukum yang “mengesampingkan” hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum tidak dapat diterima lagi. Mengingat selama ini keberadaan hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum pidana telah memperoleh legitimasi secara formal.⁷

Dilihat dari sudut pendekatan nilai, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (reorientasi dan reevaluasi) nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantive hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (reformasi) hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (*Wetboek van Strafrechts*).⁸

⁵ Chandra Lumban Toruan dalam artikel Kearifan Lokal Sebagai Asas Penegakan Hukum Untuk Keadilan Yang Substansi http://www.academia.edu/23515607/KEARIFAN_LOKAL_SEBAGAI_ASPEK_PENEGAKAN_HUKUM_UNTUK_KEADILAN_YANG_SUBSTANSI (diakses pada 22 November 2020)

⁶ Hilman Hadikusuma, 1961, *Hukum Pidana Adat*, Rajawali, Jakarta, hlm.20

⁷ Tongtat, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perspektif Pembaharuan*, penerbit UMM, cetakan pertama, hlm.34

⁸ *Ibid.*

Hukum pidana dikaji dari fungsinya tentu memiliki peranan yang sangat penting di dalam mengatur kehidupan masyarakat, untuk mencapai keamanan, ketentraman, kesejahteraan, dan kebahagiaan di dalam masyarakat. Dapat dikatakan bahwa, hukum pidana memiliki arti yang penting dalam lingkup hukum publik. Sebagaimana yang telah kita ketahui, secara yuridis hukum pidana (materil) yang berlaku hingga saat ini adalah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) atau *Wetboek van Strafrechts* (W.v.S).

Berdasarkan hal tersebut juga dapat diketahui bahwa, KUHP yang berlaku hingga kini adalah warisan kolonial yang tentu secara substansi belum mencerminkan nilai-nilai, karakter, dan kepribadian Bangsa Indonesia, sehingga banyak hal yang perlu dirubah sehingga mampu memberikan keadilan bagi bangsa Indonesia.

Seiring dengan perkembangan zaman, teknologi, dan arus globalisasi mengharuskan hukum pidana juga berkembang mengikuti perkembangan zaman dan perkembangan masyarakat. Perkembangan ini juga berdampak terhadap bervariasinya dan berkembangnya tindak pidana dari masa ke masa. Dalam penegakan hukum, hal ini juga harus diimbangi dengan produk hukum yang progresif dan responsif. Mengingat bahwa hukum tidaklah statis, demikian pula masyarakat yang terus berkembang dan dinamis. Oleh sebab itu, hukum haruslah dinamis dengan melakukan perubahan-perubahan sejalan dengan perkembangan zaman dan dinamika kehidupan masyarakat. Mengacu pada KUHP, KUHP yang berlaku saat ini tentu juga perlu diperbaharui.

Memiliki KUHP nasional atau Hukum Pidana Indonesia dalam sistem hukum nasional tentu merupakan harapan besar bagi bangsa Indonesia. Dapat dikatakan bahwa, sejak kemerdekaan hingga sampai saat ini keinginan mewujudkan sistem hukum nasional merupakan agenda utama dalam pembangunan hukum nasional. Politik hukum pidana dalam

hal ini tentu memiliki andil dalam setiap proses pembaharuan hukum pidana Indonesia. Sangat besar harapan bangsa Indonesia untuk memiliki KUHP Indonesia yang mencerminkan nilai-nilai, pandangan, konsep, ide, gagasan, cita-cita, dan ideologi bangsa Indonesia. Namun, senyatanya hingga kini hal tersebut belum dapat terwujud, walaupun proses pembaharuannya telah berjalan sudah sangat lama namun belum disahkan hingga saat ini.

Perlu dipahami bahwa, menurut Barda Nawawi Arief, membangun atau melakukan pembaharuan hukum (*law reform*, khususnya “*penal reform*”) pada hakikatnya adalah “membangun/memperbaharui pokok-pokok pemikiran/konsep/ide dasarnya”, bukan sekedar memperbaharui/mengganti perumusan pasal (undang-undang) secara tekstual. Oleh karena itu, kajian atau diskusi tekstual mengenai konsep RUU KUHP harus disertai dengan diskusi konseptual. Berdasarkan hal ini dapat diketahui bahwa, pembaharuan hukum pidana dilakukan secara total, bukan merupakan tambal sulam dengan hanya mengganti secara tekstual (substansi) dari Undang-Undang. Secara total disini artinya yakni, bahwa yang diperbaharui adalah konsepnya, ide-idenya, pokok pikirannya, gagasan, pandangan, nilai-nilainya yang diarahkan pada karakter, kepribadian bangsa Indonesia dan tetap mengacu pada Pancasila. Pembaharuan hukum dalam hal ini untuk mengefektifkan penegakan hukum, maka dapat dimaknai sebagai kebijakan untuk memperbaharui substansi hukum.

Dapat dikatakan bahwa dalam penegakan hukum harusnya telah terjadi suatu pergeseran paradigma dari legalistic formal kearah hukum yang progresif dan responsif untuk mencapai tujuan hukum itu sendiri, yakni keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Hal ini sebagaimana yang kemukakan oleh Gustav Radbruch. Ahmad Rifai menyatakan bahwa :

... tujuan hukum sebenarnya sama dengan apa yang kemukakan oleh Gustav Radbruch sebagai 3 (tiga) nilai dasar dari hukum, yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Selanjutnya, Radbruch juga mengajarkan penggunaan asas prioritas dari ketiga asas tersebut, dimana prioritas utama selalu jatuh pada keadilan, baru kemanfaatan, dan terakhir kepastian hukum.⁹

Sesuai dengan realita hukum bahwa KUHP yang sekarang berlaku bukan berasal, berakar atau bersumber dari nilai-nilai, pandangan, konsep, gagasan, ide dan kenyataan sosiopolitik, sosio-ekonomi dan sosiobudaya yang hidup dalam masyarakat Indonesia sendiri, maka banyak hal yang tidak sesuai lagi. Salah satu dinamika yang menarik bahwa senyatanya, KUHP yang berlaku sekarang dianggap memuat konsep yang terlalu legalistik dengan menjunjung tinggi asas legalitas menjadikan penegakan hukum terlalu, kaku, tidak logis dan tidak mencerminkan keadilan.

Asas legalitas pertama-tama mempunyai bentuk sebagai undang-undang adalah dalam konstitusi Amerika 1776 an sesudah itu dalam Pasal 8 Declaration de droits de l'homme et ducitoyen 1789 : *nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etabile et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee*. Asas ini selanjutnya dimasukkan ke dalam Pasal 4 Code Penal Perancis yang menentukan *Nulle cotravention, nul delit, nul crimene peuvent entter punis de peinesqui n'etaient pas prononcees par lai loa avant qu'ils fussent comnis*" artinya: Tidak bertentangan dengan ketentuan yang ada, tiada delik, tiada kejahatan jika tidak ada ancaman pidana yang dinyatakan dalam undang-undang terlebih dahulu.

Dari Code Penal Perancis inilah, asas tersebut kemudian dimasukkan dalam Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* di Negeri Belanda yang dengan tegas menyatakan, "*Geen*

⁹ Ahmad Rifai, 2011, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, cetakan kedua, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 132.

feit is strafbaar dan uit kraft van eenedaaraan voorafgegane wetelijke strafbepaling“.
Selanjutnya asas tersebut dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia.¹⁰

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

Adanya terma legisme atau *legalistic* menimbulkan kontradiksi antara hukum yang sebenarnya dan hukum undang-undang. Perundangan sangat jauh dari hukum. Hukum (*ius*) adalah baik dan adil tanpa perintah, sedangkan perundangan (*leges*) dihasilkan dari penerapan kedaulatan dari orang yang memerintah.¹¹

Betapapun tujuan hukum adalah untuk menciptakan damai sejahtera dalam hidup bermasyarakat. Sehingga perlu diingat kembali pernyataan Ulpianus bahwa: “perintah hukum adalah hidup jujur, tidak merugikan sesama manusia, dan setiap orang mendapat bagiannya. Perlu juga kita merefleksi pendapat Bellefroid yang menyatakan:

Hukum adalah berusaha untuk memenuhi kebutuhan jasmani, kejiwaan, dan rohani masyarakat, sesuai dengan keadaan masyarakatnya, atau juga meningkatkan kemampuan individu dalam hidup bermasyarakat. Dengan demikian, apabila dikatakan bahwa masyarakat dalam keadaan tertib berarti setiap orang di dalam masyarakat tersebut dapat mengembangkan keadaannya baik secara jasmani, pikiran maupun rohaninya.¹²

¹⁰ Eddy O.S. Hiarej, 2014, 'Asas Legalitas dan Perkembangannya dalam Hukum Pidana' Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, hlm. 12

¹¹ Carl Joachim Friedrich, 2010, *Filsafat Hukum dalam Perspektif Historis*, Nusa Media, hlm. 75-76

¹² J.H.P. Bellefroid et.al., 1952, *Inleiding tot de Rechtwetenschap in Nederlands*, Utrecht, hlm. 3

Legalitas mencakup prinsip negatif dan positif. Prinsip negatif legalitas menyatakan bahwa pertimbangan utama dari sistem hukum adalah untuk melindungi warga negara dari negaranya yang hendak memaksakan kehendaknya kepada warga negara tersebut. Prinsip positif legalitas menekankan konsistensi dan kelengkapan dalam mengaplikasikan hukum yang mengharuskan sebuah negara untuk menghukum orang yang bersalah. Perbedaan antara prinsip positif dan negatif legalitas hanyalah satu perbedaan yang harus diingat ketika membicarakan soal legalitas dan keadilan. Legalitas akan merujuk pada hukum positif, sedangkan keadilan tidak semata-mata berdasarkan hukum positif tetapi juga moralitas.¹³

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan pada latar belakang yang telah dikemukakan di atas, penulis merumuskan beberapa permasalahan sebagai berikut:

1. Mengapa regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini belum berbasis pada nilai keadilan?
2. Apa sajakah kelemahan regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini?
3. Bagaimana rekonstruksi regulasi asas legalitas dalam hukum pidana yang berbasis nilai keadilan?

¹³ George P. Fletcher, 1998, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, hlm. 7.

C. Kerangka Teori

1. *Grand Theory* (Teori Keadilan Pancasila)

Dari aspek etimologis kebahasaan, kata “adil” berasal dari bahasa arab “*adala*” yang mengandung makna tengah atau pertengahan. Dari makna ini, kata “*adala*” kemudian disinonimkan dengan *wasth* yang menurunkan kata *wasith*, yang berarti penengah atau orang yang berdiri di tengah yang mengisyaratkan sikap yang adil.¹⁴

Keadilan secara umum diartikan sebagai perbuatan atau perlakuan yang adil. Sementara adil adalah tidak berat sebelah, tidak memihak dan berpihak kepada yang benar. Keadilan menurut kajian filsafat adalah apabila dipenuhi 2 (dua) prinsip, yaitu : *Pertama*, tidak merugikan se-seorang, dan *Kedua*, perlakuan kepada tiap-tiap manusia apa yang menjadi haknya. Jika kedua ini dapat dipenuhi barulah itu dikatakan adil. Dalam keadilan harus ada kepastian yang sebanding, di mana apabila digabung dari hasil gabungan tersebut akan menjadi keadilan.

Pada prakteknya, pemaknaan keadilan modern dalam penanganan permasalahan-permasalahan hukum ternyata masih debatable. Banyak pihak merasakan dan menilai bahwa lembaga pengadilan telah bersikap kurang adil karena terlalu syarat dengan prosedur, formalistis, kaku, dan lamban dalam memberikan putusan terhadap suatu perkara. Agaknya aktor tersebut tidak lepas dari cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Idealnya hakim harus mampu menjadi *living interpretator* yang mampu menangkap semangat keadilan dalam masyarakat dan tidak terbelenggu oleh kekakuan normatif prosedural

¹⁴ *Ibid.*

yang ada dalam suatu peraturan per undang-undangan bukan lagi sekedar sebagai *la bouche de la loi* (corong undang-undang).

Negara Pancasila adalah negara kebangsaan yang berkeadilan sosial, yang berarti bahwa negara sebagai penjelmaan manusia sebagai Makhluk Tuhan yang Maha Esa, sifat kodrat individu dan makhluk sosial bertujuan untuk mewujudkan suatu keadilan dalam hidup bersama (keadilan sosial). Keadilan sosial tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan manusia sebagai makhluk yang beradab (Sila Kedua). Manusia pada hakikatnya adalah adil dan beradab, yang berarti harus adil terhadap diri sendiri, adil terhadap Tuhannya, adil terhadap orang lain dan masyarakat serta adil terhadap lingkungan alamnya.¹⁵

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bersumber pada dasar negara. Pancasila sebagai dasar negara atau falsafah negara (*fiolosofische grondslag*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi negara Indonesia. Secara aksiologis, bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values Pancasila*). Bangsa Indonesia yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang berpersatuan, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial.

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesialah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila sebagai suatu bernilai. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembannya dalam sikap, tingkah

¹⁵ <http://kartikarahmah2406.wordpress.com/2012/12/02/teori-keadilan-sosial>, diunduh pada tanggal 22 November 2020, jam : 19.00 WIB.

laku, dan perbuatan manusia Indonesia. Oleh karenanya Pancasila sebagai suatu sumber hukum tertinggi secara irasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang mana sila kelimanya berbunyi : “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”, yang menjadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Untuk lebih lanjut menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban.

Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan Sila Kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “keadilan sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai :

- 1) Mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak;
- 2) Menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan dan pengusaha-pengusaha;
- 3) Merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar”.

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan individu yang lainnya.

Hukum nasional hanya mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan di dalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang menserasikan atau menselaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum di antara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada didalam kelompok masyarakat hukum.¹⁶

Pancasila mempunyai karakter atau sifat yang fleksibel dan mampu memberikan tuntutan jaman dalam mengikuti globalisasi perubahan jaman. Di dalam pembahasan persoalan keadilan yang muncul di dalam masyarakat, Pancasila mampu memberikan jawaban untuk permasalahan itu. Pancasila mampu memberikan nilai-nilai keadilan sebagai pembaharuan hukum di Indonesia. Pembaharuan hukum di Indonesia sangat diperlukan karena masih banyaknya persoalan-persoalan baru yang belum dapat dijangkau oleh hukum. Persoalan-persoalan tersebut seyogyakan diselesaikan dengan satu visi, misi, tujuan dan persepsi tentang Pancasila dalam melakukan pembaharuan hukum di Indonesia. Selain persoalan-persoalan baru yang belum terselesaikan, persoalan lama juga menjadi permasalahan yang juga dianggap *urgent* untuk segera diselesaikan, mengingat hukum selalu hadir dalam kehidupan masyarakat untuk memberikan kepastian, keadilan dan manfaat.

¹⁶ <http://ugun-guntari.blogspot.com/2011/02/teori-keadilan-perspektif-hukum>, diunduh pa-da tanggal 22 November 2020, jam : 07.30 WIB.

Di dalam substansi Pancasila terkandung nilai-nilai yang positif yang mampu memberikan perubahan bagi bangsa ini. Nilai-nilai positif ini mampu memberikan landasan bagi terciptanya suatu keadilan bagi bangsa Indonesia. Relevansi dengan keadilan maka nilai keadilan yang terkandung di dalam Pancasila dapat menjadi landasan dasar bagi terbentuknya hukum yang berkemanusiaan yang adil dan beradab serta berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Kemanusiaan yang adil dan beradab merupakan dasar dari perlindungan hak asasi yaitu memanusiakan manusia secara beradab tanpa mengurangi haknya sedikitpun. Sedangkan keadilan sosial merupakan keadilan yang digunakan untuk membedakan keadilan sosial dengan konsep keadilan dalam hukum. Keadilan sosial juga merupakan salah satu sila dalam Pancasila yaitu sila kelima dari Pancasila yang dirumuskan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alinea keempat.

Dalam sila kedua dan sila kelima tersebut tertuang nilai-nilai tujuan Negara untuk menciptakan keadilan dalam konteks kehidupan bersama. Makna dari sila kedua dan sila kelima mengandung makna keadilan yang berupa nilai, tentunya harus diwujudkan dalam kehidupan bersama. Keadilan tersebut didasari dan dijiwai oleh hakekat keadilan sosial yaitu keadilan dalam hubungan manusia dengan dirinya sendiri, hubungan manusia dengan sesama, hubungan manusia dengan bangsa dan negaranya kemudian yang terakhir adalah hubungan manusia dengan Tuhannya.

Pancasila sebagai akar dari cita hukum bangsa Indonesia memberikan konsekuensi bahwa dalam dinamika kehidupan berbangsa dan bernegara, sebagai pandangan hidup yang dianut akan memberikan arah pada pikiran dan tindakan. Cita hukum adalah gagasan, karsa, cipta dan pikiran berkenaan dengan hukum atau

persepsi tentang makna hukum, yang dalam intinya terdiri atas tiga unsur yakni keadilan, kehasil-gunaan atau manfaat dan kepastian hukum. Cita hukum terbentuk dalam pikiran dan sanubari manusia sebagai produk berpadunya pandangan hidup, keyakinan keagamaan dan kenyataan kemasyarakatan. Sejalan dengan itu maka, Ilmu hukum dan hukum Indonesia seyogyanya bertumpu dan mengacu pada cita hukum tersebut.¹⁷

Karakteristik keadilan Pancasila yaitu memanusiakan manusia secara adil dan beradab sesuai hak asasinya. Hak Asasi Manusia telah melekat semenjak manusia di dalam kandungan. Hak Asasi Manusia harus selalu dilindungi karena hukum ada untuk masyarakat. Hak asasi merupakan hak perlakuan yang sama dihadapan hukum. Selain memanusiakan manusia, karakteristik keadilan Pancasila juga memberikan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Manusia sebagai makhluk sosial, sehingga harus saling hormat menghormati antar sesama sesuai dengan ajaran Agustinus adalah soal nilai-nilai yakni harga dan cinta, dan mengasihi sesama. Hormat-menghormati antar sesama bertujuan untuk menghormati hak manusia dalam memperoleh keadilan dan kesejahteraan karena keadilan dalam sila kelima Pancasila memberikan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Karakteristik keadilan Pancasila merupakan kaidah-kaidah moral serta nilai *Value* tentang kebenaran yaitu keadilan yang berfungsi sebagai landasan untuk membentuk keadilan hukum dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yang mengadopsi nilai-nilai keadilan yang berdasarkan Pancasila sebagai ideologi bangsa *Rechtsidee*. Cita hukum *Rechtsidee* tentunya mempunyai tujuan yaitu keadilan. Di dalam hukum, keadilan

¹⁷ B. Arief Sidharta, 2010, *Ilmu Hukum Indonesia*, FH Unika Parahyangan, Bandung.

berbeda dengan keadilan sosial Pancasila ataupun dengan kemanusiaan yang adil dan beradab. Keadilan dalam hukum secara harfiahnya mempunyai makna yang sempit yakni apa yang sesuai dengan hukum dianggap adil sedang yang melanggar hukum dianggap tidak adil. Jika terjadi pelanggaran hukum, maka harus dilakukan pengadilan untuk memulihkan keadilan. Berbeda dengan konsep keadilan Pancasila. Dalam keadilan berdasarkan Pancasila, merupakan kewajiban moral yang mengikat anggota masyarakat dalam hubungannya dengan anggota masyarakat yang lainnya.

Keadilan sosial di dalam Pancasila merupakan suatu sumber nilai yang harus dijabarkan menjadi keadilan hukum. Tujuan mencapai keadilan itu melahirkan konsep keadilan sebagai hasil atau keputusan yang diperoleh dari penerapan atau pelaksanaan sepatutnya asas-asas dan perlengkapan hukum. Pengertian keadilan ini dapat disebut keadilan procedural (*“procedural” Justice*) dan konsep inilah yang dilambangkan dengan dewi keadilan, pedang, timbangan, dan penutup mata untuk menjamin pertimbangan yang tak memihak dan tak memandang orang.¹⁸

Diakui bahwa keadilan adalah sebagai daya hidup manusia yang substansial bagi kehidupan manusia, sehingga di dalam dasar dan ideologi negara Pancasila, yang dituangkan dalam dua buah sila, yaitu Sila kedua, Kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila kelima keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia yang mewakili ciri khas keadilan sosial yang tidak boleh lepas dari sila-sila lain dari Pancasila. Khususnya sila kelima yang merupakan salah satu tujuan atau cita-cita yang perlu dicari realisasinya.

¹⁸ Glenn R. Negley, 1970 “Justice”, dalam Louis Shores, ed., *Collier's Encyclopedia*, Volume 13, Crowell_Collier.

Nilai keadilan yang bersumber dari Pancasila adalah kemanusiaan yang adil dan beradab yaitu memanusiakan manusia sebagai makhluk sosial dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia yaitu memberikan kesejahteraan yang sama bagi seluruh rakyat Indonesia dalam bentuk keadilan dan mencerminkan sila-sila yang lain dari Pancasila.

Karakteristik keadilan Pancasila merupakan nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalam Pancasila sebagai asas atau dasar untuk membentuk hukum yang pada hakekatnya hukum bertujuan untuk menemukan keadilan. Undang-undang sebagai salah satu penjelmaan hukum merupakan upaya untuk mewujudkan keadilan tersebut. Dalam perspektif filsafat hukum, hukum mengandung sejumlah nilai-nilai yang menjadi landasan atau dasarnya¹⁹. Nilai-nilai atau landasan bagi hukum tersebut yaitu nilai-nilai yang bersumber dari Pancasila.

Keadilan berdasarkan Pancasila merupakan prinsip dasar yang digunakan untuk memperoleh keadilan dalam hukum. Keadilan berdasar Pancasila muncul dari kelima prinsip-prinsip yaitu sila-sila Pancasila. Karakteristik keadilan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia dan memberikan kesamaan hak di dalam memperoleh keadilan. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila merupakan prinsip dasar keadilan yang diadopsi dari sila-sila Pancasila. Keadilan yang berdasar atas ketuhanan Yang Maha Esa, keadilan yang mencerminkan persatuan dan kesatuan bangsa, keadilan yang mengutamakan hak asasi manusia, keadilan yang muncul dari proses negara demokrasi, dan keadilan yang sama dalam arti persamaan bagi seluruh rakyat Indonesia dalam memperoleh keadilan.

¹⁹ Agus Sunoto dan Wahyu Widodo, *Nilai-Nilai Hak Asasi Manusia dan Keadilan di Dalam Hukum*, Jurnal PPKn FPIPS IKIP PGRI Semarang. www.portalgaruda.org

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila mencerminkan keadilan yang diperoleh dari Tuhan Yang Maha Esa, yang memberikan seluas-luasnya kebebasan bagi warga negara dalam memeluk agama masing-masing tanpa ada paksaan. Keadilan semacam ini memberikan persamaan bagi warga negara untuk berhak menentukan agamanya tanpa ada paksaan dari pihak manapun. Selain itu dengan prinsip yang pertama dari Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, bangsa Indonesia memiliki keadilan berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa dengan kata lain keadilan yang diwujudkan berasal dari Tuhan Yang Maha Esa dan diakui kebenarannya oleh seluruh rakyat Indonesia.

Karakteristik keadilan yang diambil dari prinsip pertama dari Pancasila merupakan persamaan yang berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Keadilan dari Tuhan tidak membeda-bedakan terhadap umatnya. Keadilan dari Tuhan merupakan keadilan hakiki yang tidak dimiliki oleh keadilan-keadilan jenis yang lainnya. Irah-irah demi keadilan berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan prinsip keadilan berdasarkan Pancasila.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berlandaskan prinsip pertama dari Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa. Dengan kata lain, karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila mencerminkan bentuk keadilan yang berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Keadilan yang muncul merupakan keadilan yang bersumber dari Tuhan yang diwakilkan kepada manusia untuk menciptakan manusia yang adil dan beradab serta keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berlandaskan prinsip kedua dari Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab, menunjukkan bahwa keadilan

hanya untuk kepentingan manusia sebagai makhluk sosial. Kemanusiaan memberikan arti bahwa keadilan tersebut memberikan apa yang menjadi hak manusia tersebut. Hak yang diberikan berupa keadilan yang diwujudkan oleh penguasa atau pemerintah. Karakter keadilan tersebut memberikan perlindungan kepada manusia dalam memperoleh keadilan. Memberikan perlindungan hak asasi manusia sebagai makhluk yang beradab dengan cara memanusiakan manusia sebagai mana makhluk sosial yang membutuhkan keadilan.

Prinsip kedua dari Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab. Secara teori negara hukum, kemanusiaan merupakan hal yang utama dalam mewujudkan keadilan. Manusia membutuhkan keadilan dalam perlindungan hak asasi mereka sebagai makhluk sosial yang wajib dihormati dan dihargai. Konsep negara hukum selalu mengedepankan perlindungan hak asasi manusia. Konsep keadilan berdasarkan prinsip kedua dari Pancasila tersebut memberikan keadilan berupa perlindungan hak asasi manusia. Memanusiakan manusia serta menghargai dan menghormati hak-hak dasar manusia dalam memperoleh keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila menumbuhkan persatuan bagi terwujudnya keadilan di Indonesia. Sesuai dengan prinsip ketiga dari Pancasila yaitu persatuan Indonesia, maka keadilan yang terwujud membutuhkan kesepakatan bersama dalam menentukan antara keadilan dan ketidakadilan. Kesepakatan tersebut membutuhkan persatuan demi mewujudkan keadilan. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila perlu diwujudkan dengan persamaan persepsi tentang makna dari keadilan. Persamaan persepsi tersebut membutuhkan persatuan dalam mewujudkan keadilan. Prinsip persatuan Indonesia menumbuhkan sikap dan persepsi yang sama dalam

memaknai arti dari keadilan. Keadilan dalam arti persamaan, secara teori membutuhkan persamaan persepsi dan cara pandang tentang arti dari keadilan. Karakteristik keadilan berdasar Pancasila membutuhkan persamaan persepsi tentang keadilan dengan cara menumbuhkan persatuan dan kesatuan bangsa.

Keadilan berdasarkan Pancasila yang sesuai dengan prinsip keempat dari Pancasila yaitu kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan. Prinsip tersebut menjunjung tinggi sistem negara demokrasi guna mewujudkan keadilan yang diinginkan warga negara melalui perwakilannya. Dengan sistem demokrasi, maka diharapkan keadilan akan terwujud melalui perwakilan-perwakilan rakyat dalam menentukan kebijakan yang tentunya memberikan keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila secara teori negara hukum membutuhkan bentuk musyawarah untuk mewujudkan keadilan. Musyawarah tersebut mewujudkan pemerintahan yang wajib memberikan perlindungan keadilan bagi warga negara. Prinsip keempat dari Pancasila tersebut memberikan perwujudan demokrasi dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat guna mewujudkan keadilan. Keadilan akan terwujud jika direalisasikan oleh pemerintahan yang bersih yang mengedepankan perlindungan bagi warga negaranya dalam memperoleh keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila sesuai dengan prinsip kelima dari Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia memberikan persamaan yang adil bagi seluruh rakyat Indonesia. Persamaan tersebut memberikan perwujudan adil dengan seadil-adilnya kepada warga negara untuk mendapatkan perlindungan hukum. Perlindungan hukum yang sama tersebut mencerminkan

perlindungan hukum untuk diperlakukan sama dihadapan hukum bagi seluruh warga negara guna mewujudkan suatu keadilan. Prinsip kelima dari Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Persamaan tersebut mewujudkan keadilan yang diberikan kepada seluruh rakyat Indonesia dalam memperoleh keadilan. Keadilan diwujudkan demi kepentingan seluruh rakyat Indonesia. Prinsip tersebut memberikan keadilan yang sama bagi seluruh rakyat Indonesia. Keadilan yang sama tersebut sesuai dengan teori keadilan yaitu keadilan dalam arti persamaan. Perlindungan pemerintah dalam mewujudkan keadilan tidak ada pengecualian bagi warga negaranya dalam memperoleh keadilan. Keadilan diberikan sama sesuai dengan hak dan kewajiban warga negara.

Karakteristik keadilan Pancasila merupakan bagian bentuk keadilan yang berupa asas-asas dalam membentuk hukum. Hal ini perlu dibedakan antara keadilan hukum dan keadilan Pancasila. Keadilan berdasarkan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia serta perlindungan yang sama dihadapan hukum dalam realisasinya sebagai asas-asas pembentukan hukum yang berdasarkan Pancasila. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berupa perlindungan hak asasi manusia dan persamaan dihadapan hukum, tentunya tidak lepas dari prinsip-prinsip lima sila dari Pancasila. Keadilan berdasarkan Pancasila diolah dari pemikiran tentang lima prinsip yaitu Pancasila sebagai asas pembentukan hukum berdasarkan keadilan Pancasila yang mengedepankan hak asasi manusia dan perlindungan yang sama dihadapan hukum.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila meliputi nilai keadilan yang bersumber dari sila kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila keadilan sosial bagi

seluruh rakyat Indonesia yang merupakan perwujudan dari Negara Kesatuan Republik Indonesia. Nilai keadilan yang muncul dari kedua sila tersebut, mencerminkan nilai-nilai dari sila-sila yang lainnya. Dapat disimpulkan bahwa nilai keadilan Pancasila merupakan cerminan satu kesatuan yang utuh dari sila-sila yang terdapat di dalam Pancasila yang muncul dari perwujudan Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Keadilan berdasarkan Pancasila menganut beberapa asas-asas yang meliputi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, memanusiakan manusia dengan mengutamakan Hak Asasi Manusia yaitu hak dalam memperoleh keadilan, persatuan dalam mewujudkan keadilan, keadilan dapat diakui kebenarannya bagi seluruh rakyat Indonesia, dan perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Dari karakteristik Pancasila di atas, bahwa karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila sebagai falsafah dan ideologi bangsa meliputi beberapa prinsip yaitu:

- 1) Prinsip keadilan Pancasila berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Menjunjung tinggi keadilan dengan berlandaskan keadilan dari Tuhan. Oleh sebab itu, keadilan berdasarkan Pancasila mengakui adanya agama dan kepercayaan pada masing-masing individu warga Negara.
- 2) Prinsip keadilan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia serta memanusiakan manusia sebagai makhluk sosial yang wajib dilindungi keadilannya.
- 3) Prinsip keadilan Pancasila menjunjung tinggi nilai persatuan dan kesatuan demi terciptanya suasana kondusif bangsa yang memberikan keadilan bagi warga negara Indonesia.

- 4) Prinsip keadilan Pancasila menganut asas demokrasi demi terciptanya keadilan bagi warga Negara dalam menyatakan pendapatnya masing-masing berdasar atas musyawarah untuk mufakat.
- 5) Prinsip keadilan Pancasila memberikan keadilan bagi seluruh warga negaranya tanpa kecuali sesuai dengan hak-hak nya

Dari beberapa prinsip keadilan berdasarkan Pancasila yang telah disebutkan di atas, bahwa keadilan Pancasila mempunyai perbedaan dengan keadilan-keadilan yang lainnya. Keadilan Pancasila merupakan keadilan yang diambil dari karakter bangsa Indonesia itu sendiri.²⁰

2. *Middle Theory* (Teori Sistem Hukum)

Menurut Lawrence M. Friedman, berhasil atau tidaknya penegakkan hukum bergantung pada substansi hukum, struktur hukum/pranata hukum, dan budaya hukum. Penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide dan konsep-konsep hukum yang diharapkan rakyat menjadi kenyataan, penegakan hukum merupakan suatu proses yang melibatkan banyak hal.

Adapun instrument yang dibutuhkan dalam penegakan hukum adalah komponen struktur hukum (*legal structure*), komponen substansi hukum (*legal substance*) dan komponen budaya hukum (*legal culture*).²¹

²⁰ Teguh Prasetyo, 2015, *Keadilan Bermartabat, Perspektif Teori Hukum*, Nusamedia, Bandung.

²¹ Lawrence M. Friedman, 1977, *Law and Society an Introduction*. New Jersey. Prentice Hall Inc, Hal. 14.

a. Struktur hukum (*legal structure*) Struktur hukum adalah sebuah kerangka yang memberikan suatu batasan terhadap keseluruhan, di mana keberadaan institusi merupakan wujud konkrit komponen struktur hukum.²²

b. Substansi hukum (*legal substance*) Pada intinya yang dimaksud dengan substansi hukum adalah hasil-hasil yang diterbitkan oleh sistem hukum, mencakup aturan-aturan hukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis.²³

c. Budaya hukum (*legal culture*) Budaya hukum merupakan suasana sosial yang melatar belakangi sikap masyarakat terhadap hukum.²⁴

Dengan demikian komponen penegakan hukum pidana struktur hukum adalah aparat penegak hukum yaitu dari aparat Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan, Advokat, aparat pelaksana putusan pidana. Substansi hukum adalah peraturan hukum pidana tertulis yang berlaku saat ini. Budaya hukum pidana adalah nilai-nilai masyarakat yang telah diakui dan menjadi pedoman dalam kehidupan bermasyarakat.

Pelaksanaan penegakan hukum pidana di dalam masyarakat haruslah memperhatikan beberapa hal sebagaimana penegakan hukum pada umumnya antara lain:²⁵

- a. Manfaat dan kegunaannya bagi masyarakat;
- b. Mencapai keadilan, artinya penerapan hukum harus mempertimbangkan berbagai fakta dan keadaan secara proporsional;

²² Ibid

²³ Ahmad Mujahidin, 2007, *Peradilan Satu Atap di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, Hal.42.

²⁴ Lawrence M. Friedman, *Op.Cit.*, Hal 42.

²⁵ Ridhuan Syahrani, 1999, *Rangkaian Intisari Ilmu Hukum*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, Hal 192

c. Mengandung nilai-nilai keadilan, yaitu nilai-nilai yang terjabarkan dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantahkan, dan sikap tindak sebagai refleksi nilai tahap akhir untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.

3. *Applied Theory*

3.1. Teori/Mazhab Sejarah

Dalam setiap masyarakat selalu ada hukum yang berfungsi untuk mengatur perilaku mereka. Bahkan hukum merupakan bagian dari perkembangan budaya masyarakat. Tidak heran apabila dikatakan bahwa hukum adalah produk budaya (*law as a product of culture*).

Masyarakat yang berbudaya selalu menghasilkan hukumnya masing-masing. Setiap masyarakat menghasilkan tipe dan jenis hukumnya sendiri. Setiap masyarakat selalu mencitrakan hukumnya sesuai dengan budaya kemasyarakatan masing-masing. Karenanya, setiap masyarakat selalu menghasilkan tradisi hukum yang berbeda dengan masyarakat lainnya. Dari dasar pemikiran tersebut, setiap masyarakat mempunyai *the living law* yang sudah berkembang dan tumbuh semenjak masyarakat terbentuk. *The living law* tersebut lahir dari pergaulan hidup masyarakat yang secara materiil dipraktikkan secara terus menerus dan kemudian masyarakat tersebut menaatinya berdasarkan *moral duty*, bukan karena *coercive* dari yang berdaulat. *The living law* tersebut dapat bersumber dari kebiasaan/tradisi, agama, dan lainnya. Karenanya suatu pandangan yang keliru apabila ada pandangan yang menyatakan

bahwa dalam masyarakat tradisional tidak memiliki aturan tingkah laku yang disebut hukum.

Manusia merupakan makhluk rasional berbudaya, maka akan selalu membentuk pranata kebudayaan untuk mencegah chaos dan konflik di antara mereka. Manusia tidak hanya diciptakan dengan hasrat membenci, memusuhi, dan saling membinasakan, namun manusia juga diberikan rasa untuk saling mencintai, saling menyayangi antar sesama, dan suka perdamaian. Hukum lahir untuk mengimbangi kedua karakter yang ada pada manusia tersebut. Memang hukum tidak dapat menghilangkan sifat buruk manusia secara keseluruhan, namun hukum mengendalikan supaya manusia tidak menjadi setan. Begitupun hukum tidak dapat menjadikan manusia menjadi malaikat, namun setidaknya hukum mengarahkan manusia untuk menjadi makhluk sosial yang lebih baik. Dengan dasar tersebut, hukum telah lahir semenjak manusia

Konsep *the living law* juga dapat dilihat dari mazhab sejarah dengan eksponen utama Friedrich Karl von Savigny. F.K. von Savigny mengemukakan teorinya sebagai bantahan terhadap transplantasi hukum Romawi dan kodifikasi Jerman menjadi hukum Prancis. Untuk itu, F.K. von Savigny mengemukakan teori *Volksgeist* (*national character, nationelgeist, volkscharacter*, jiwa bangsa) yang menyatakan bahwa hukum lahir dari keyakinan bangsa tersebut.²⁶

Lebih lanjut, F.K. von Savigny menyatakan bahwa hukum merupakan salah satu aspek dari budaya yang hidup dalam masyarakat. Karenanya, hukum itu

²⁶ Mathias Reimann, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, 1989, hlm.95-98.

ditemukan dalam masyarakat, tidak diciptakan oleh yang berkuasa. Hukum merupakan refleksi jiwa suatu bangsa yang khas dan asasi yang berbeda antara satu bangsa. Hukum bukanlah buatan alam atau Tuhan, namun hukum dapat ditelusuri dalam denyut kehidupan masyarakat. Hukum merupakan bagian terpenting dari kehidupan masyarakat dan bangsa. Hukum eksis, berkembang, melemah dan menguat mengikuti kondisi masyarakat. Hal tersebut menandakan bahwa hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakat.²⁷

Dari pendapat F.K. von Savigny tersebut, maka dapat diketahui bahwa hukum yang ideal adalah hukum yang digali dari masyarakatnya, bukan hukum yang dibentuk dan lepas dari konteks masyarakat dimana hukum itu hidup. Hukum yang demikian itu disebut sebagai *The living law* yakni hukum yang hidup, tumbuh dan eksis bersama dalam kehidupan bermasyarakat. Negara tidak boleh hanya mentransplantasi hukum yang bukan dari jiwa dan budaya masyarakatnya, namun negara wajib menggali *The living law*.

Dari uraian-uraian di atas, penulis mengemukakan beberapa karakteristik *the living law*, yaitu Hukum bentuknya tidak tertulis; sifat tidak otonom (responsif atau progresif); bentuk peraturan perundang-undangan Adat kebiasaan, norma agama, dan lainnya; ditemukan dalam masyarakat; sanksi tidak wajib ada; sumber pembentukan pergaulan hidup masyarakat; tujuan keadilan; pemaksaan kesadaran masyarakat; keberlakuan sosiologis.

²⁷ Luis Kutner, Savigny: German Lawgiver, Marquette Law Review, Vol. 55, Issue 2 Spring, 1972, hlm. 283.

Jika dilihat dari aspek sosiologis dan antropologis, masyarakat Indonesia adalah masyarakat yang majemuk dengan beranekaragam budaya, agama, adat istiadat. Karenanya, adaberbagai hukum yang hidup di dalam masyarakat Indonesia, misalkan hukum adat dan hukum islam. Jadi sebelum Indonesia merdeka, masyarakat Indonesia sudah memiliki *The living law*. Bahkan, telah terjadi pluralisme hukum dimana setiap masyarakat hukum telah memiliki hukum masing-masing dengan corak dan karakteristik tersendiri.

Menurut F.C von Savigny terdapat hubungan organisasikan antara hukum dengan watak atau karakter suatu bangsa. Hukum hanyalah cerminan dari *volkgeist*. Oleh karena itu, hukum adat yang tumbuh dan berkembang dalam Rahim *volkgeist* harus dipandang sebagai hukum kehidupan yang sejati. Hukum sejati itu tidak dibuat, ia harus ditemukan.²⁸

3.2. Teori Keadilan Islam

Keadilan merupakan konsep yang relatif. Skala keadilan sangat beragam antara satu negara dengan negara lain, dan masing-masing skala keadilan itu didefinisikan dan ditetapkan oleh masyarakat sesuai dengan tatanan sosial masyarakat yang bersangkutan.

Dilihat dari sumbernya keadilan dapat diklasifikasikan menjadi dua; keadilan positif dan keadilan revelasional. Keadilan positif adalah konsep-konsep produk manusia yang dirumuskan berdasarkan kepentingan-kepentingan individual maupun

²⁸ Bernard LTanya, dkk, 2010, *Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta, Genta Publishing, hlm. 103

kepentingan kolektif mereka. Skala-skala keadilan dalam hal ini berkembang melalui persetujuan-persetujuan diam-diam maupun tindakan formal singkatnya, keadilan jenis ini merupakan produk interaksi antara harapan-harapan dan kondisi yang ada. Sedangkan keadilan revelasional adalah keadilan yang bersumber dari Tuhan yang disebut dengan keadilan Ilahi. Keadilan ini dianggap berlaku bagi seluruh manusia, terutama bagi pemeluk agama yang taat.²⁹

Nabi Muhammad saw sebagai pengemban risalah Allah yang terakhir, juga memiliki ajaran keadilan. Jika Al-Qur'an dan Al Hadits disepakati sebagai dua sumber pokok dan utama dan ajaran Muhammad saw, maka umat Islam memiliki pegangan yang kuat untuk menggali dan memahami konsep keadilan yang kemudian dapat diaplikasikan dalam kehidupan individual dan sosial mereka.

Al-Qur'an sebagai sumber ajaran Islam yang utama, banyak sekali menyebut keadilan. Kata al-Adl, dalam berbagai bentuk katanya disebut sebanyak 28 kali, kata al-Qist dalam berbagai shighahnya disebut sebanyak 27 kali, dan kata al-Miz yang mengandung makna yang relevan dengan keduanya disebut 23 kali.³⁰ Banyaknya ayat Al-Qur'an yang membicarakan keadilan menunjukkan bahwa Allah Swt adalah sumber keadilan dan memerintahkan menegakkan keadilan di dunia ini kepada para rasulNya dan seluruh hambaNya. Walaupun tidak ada satupun ayat Al-Qur'an yang secara eksplisit menunjukkan bahwa al-'Adl merupakan sifat Allah, namun banyak ayat yang menerangkan keadilanNya.³¹

²⁹ Majid Khadduri, 1999, *Teologi Keadilan Perspektif Islam*, Surabaya, Risalah Gusti, hlm.10.

³⁰ Abd al-Baqi, Muhammad Fu'ad, 1987, *al-Mu'jam al-Mufahras li Al-Fadh al-Qur'an al-Karim*, Bairut, Dar al-Fikr, hal. 448-449 dan 544-545.

³¹ Shihab M. Quraissy, 1996, *Wawasan Islam*, Mizan, Bandung, hal. 149

Allah Swt itu sendiri dengan firmanNya di dalam AL-Qur'an, memerintahkan mengakkan keadilan kepada para rasulNya dan seluruh hambaNya. Perintah Allah yang ditujukan kepada rasul itu terdapat pada surat al-Hadid (57) ayat 25 : "Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah kami turunkan bersama mereka al-Kitab dan neraca (keadilan) agar manusia dapat menegakkan keadilan..."

Ayat ini, secara gamblang, mengandung pengertian bahwa setiap rasul adalah pengemban keadilan Tuhan yang tertuang dalam al-Kitab. Bagi Muhammad saw keadilan yang diembannya tertuang dalam Al-Qur'an. Ayat ini juga menegaskan bahwa umat manusia mempunyai tugas yang sama dengan para rasul dalam menegakkan keadilan, dan acuan umat Islam dalam menegakkan keadilan adalah All-Qur'an.

Allah Swt, sebagaimana dapat dilihat surat al-Maidah ayat 8 dan 9, memerintahkan orang-orang mukmin untuk menegakkan keadilan, dan keadilan itu sendiri diklasifikasikan ke dalam amal salih. Oleh karena itu orang mukmin yang menegakkan keadilan dapat dikategorikan sebagai orang yang telah berupaya meningkatkan kualitas ketakwaan dirinya. Dengan istilah lain, dapat dikatakan bahwa keadilan itu sebagai salah satu indikator yang paling nyata dan dekat dengan ketakwaan. Firman Allah tersebut adalah :

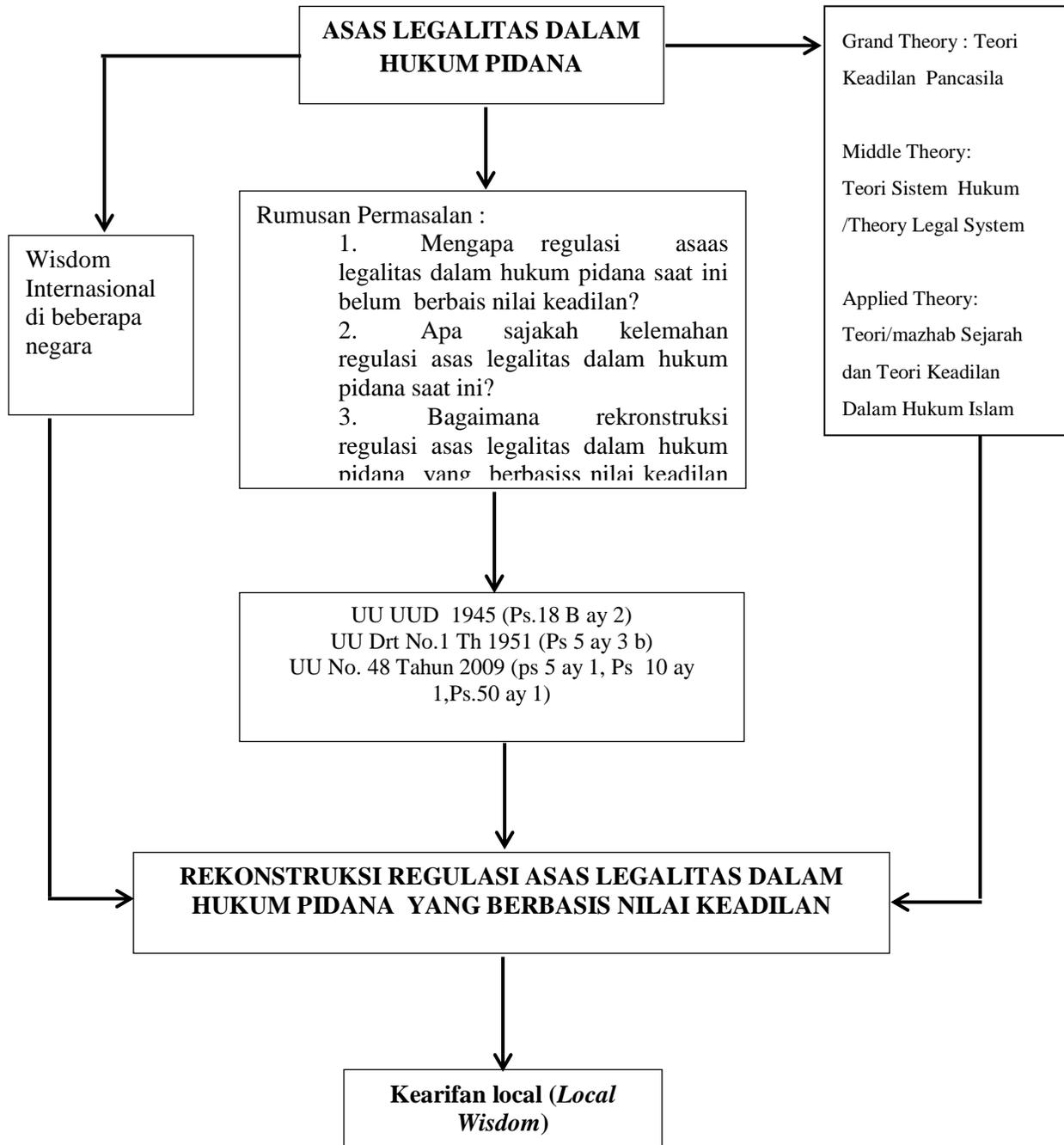
“Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu menjadi orang-orang yang menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap suatu kaum mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat dengan takwa dan bertakwalah

kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan. Allah telah menjanjikan kepada orang-orang yang beriman dan beramal salih, bahwa untuk mereka ampunan dan pahala yang besar". Ayat tersebut memerintahkan menegakkan keadilan dibidang hukum, baik kedudukan mukmin tersebut sebagai hakim maupun saksi.

Pada ayat lain, Allah juga memerintahkan untuk menegakkan keadilan dalam bentuk ucapan walaupun kepada kaum kerabat. Hal ini ditemukan pada surat al-Anam (6) ayat 152 : "... Dan apabila kalian berkata, maka berkatalah dengan adil walaupun terhadap kerabat".

Pada ayat itu juga Allah Swt memerintahkan agar mengelola harta anak yatim dengan baik, dan agar menyempurnakan takaran dan timbangan dengan adil. "Dan janganlah kamu dekati harta anak yatim, kecuali dengan cara yang bermanfaat -adil hingga sampai dewasa. Dan sempurnakan takaran dan timbangan dengan adil..."

D. Kerangka Pemikiran



Dasar patut dipidananya suatu perbuatan, berkaitan erat dengan masalah sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan. Indonesia sebagaimana disebutkan dalam UUD Negara Republik Indonesia 1945, Pasal 1 ayat 3 ,bahwa Indonesia adalah negara hukum. Di dalam negara hukum Indonesia di samping hukum tertulis atau peraturan perundang-undangan sebagai sumber hukum yang utama juga mengakui keberadaan hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum.

Dengan demikian di samping sumber hukum tertulis (undang-undang) sebagai kriteria/patokan formal yang utama, juga masih memberi tempat kepada sumber hukum tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat sebagai dasar penetapan patut dipidananya suatu perbuatan. Adapun alasan diakuinya hukum tidak tertulis tersebut antara lain didasarkan pada:

- a. Pasal 5 (3) sub b Undang-Undang Nomor.1 Drt. Tahun 1951
- b. Pasal 18 B (2) UUD NKRI 1945
- c. UU No.48 Tahun 22009 tentang Kekuasaan Kehakiman :

Pasal 5 (1)

Pasal 10 (1)

Pasal 50 (1)

Dengan bertolak dari kebijakan perundang-undangan nasional tersebut, dapatlah dikatakan bahwa perluasan asas legalitas secara materiel relevan untuk dijadikan asas dalam hukum pidana untuk memperbarui atau menggantikan asas legalitas dalam hukum pidana saat ini, yaitu Pasal 1 ayat (1) KUHP. Pedoman/kriteria/rambu-rambu untuk menentukan sumber hukum materiel mana yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum

(sumber legalitas), adalah "sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa". Jadi, pedoman/kriterianya bertolak dari nilai-nilai nasional maupun internasional. Sesuai dengan nilai-nilai nasional (Pancasila), artinya sesuai dengan nilai paradigma moral religius, kemanusiaan (*humanis*), kebangsaan, demokrasi (kerakyatan/hikmah kebijaksanaan), dan keadilan sosial.

E. Metode Penelitian

1. Paradigma Penelitian

Berkaitan dengan rumusan masalah dan tujuan dalam penelitian ini, paradigma yang digunakan dalam penelitian ini adalah paradigma positivisme. Positivisme merupakan paham yang menganut agar setiap metodologi yang dipikirkan untuk menemukan kebenaran hendaklah memperlakukan realitas sebagai sesuatu yang eksis, sebagai suatu obyek, yang harus dilepaskan dari sembarang macam prakonsepsi metafisis yang subyektif sifatnya.

Positivisme hukum merupakan salah satu aliran pemikiran dalam hukum. Inti pandangan positivisme hukum adalah bahwa hukum merupakan norma-norma atau kaidah yang dituangkan dalam peraturan perundangan, sehingga sifatnya konkrit dan dirumuskan dalam rumusan-rumusan yang jelas dan tegas.

2. Pendekatan Penelitian

Penelitian yang dilakukan oleh penulis lebih ditujukan kepada pendekatan undang-undang dan pendekatan kasus. Pendekatan undang-undang dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani. Pendekatan kasus dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan. Penulis melakukan penelitian dengan tujuan untuk menarik azas-azas hukum (*“rechtsbeginselen”*) yang dapat dilakukan terhadap hukum positif tertulis maupun hukum positif tidak tertulis.

Penelitian ini termasuk dalam tradisi penelitian hukum doctrinal dengan pendekatan yuridis normatif. Penelitian ini bekerja untuk menemukan jawaban-jawaban yang benar dengan pembuktian kebenaran yang dicari atau dari preskripsi-preskripsi hukum yang tertulis di kitab undang-undang berikut ajaran atau doktrin yang mendasarinya. Penelitian hukum normatif atau disebut juga penelitian hukum kepustakaan adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka.

3. Jenis Penelitian

Jenis penelitian ini adalah deskriptif-analitis, deskriptif maksudnya menggambarkan atau menelaah permasalahan hukum hal-hal yang berkaitan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan, sedangkan analitis

maksudnya data hasil penelitian diolah lebih dahulu, lalu dianalisis dan kemudian baru diuraikan secara cermat tentang asas legalitas dalam hukum pidana berdasar pada perspektif penegakan hukum yang berbasis nilai keadilan.

Penelitian deskriptif analitis juga menggambarkan peraturan perundangan yang berlaku dikaitkan dengan teori-teori hukum dan praktek pelaksanaan hukum positif yang menyangkut permasalahan dalam penelitian.

4. Sumber Data

Sumber data yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder. Data sekunder merupakan jenis data yang diperoleh secara tidak langsung dari sumbernya, seperti bahan bacaan yang berupa buku, makalah atau hasil penelitian, dokumen, peraturan perundangan, putusan pengadilan, data statistik dan lain sebagainya.

5. Teknik Pengumpulan Data

Mengenai teknik pengumpulan data dalam penelitian ini adalah dengan menggunakan teknik telaah kepustakaan (*study documenter*). Bahan-bahan yang digunakan berupa bahan hukum primer, yakni undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya, bahan hukum sekunder yang berupa kajian, analisis dan hasil penelitian tentang undang-undang atau putusan yang terkait. Pustaka hukum yang digunakan adalah melakukan penelaahan dan mempelajari karya-karya ilmiah tentang teori dan doktrin hukum positif maupun hukum Islam dari

buku-buku, artikel, majalah-majala, internet (*website*) atau sumber lain yang berkaitan dengan permasalahan yang dibahas, dan bahan hukum tersier yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer, dan sekunder. Seperti website, ensiklopedia, kamus.

6. Teknik Analisis Data

Analisis data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah *analisa data kualitatif*, yaitu suatu tata cara penelitian yang menghasilkan data *deskriptif analitis*, yaitu apa yang diperoleh dari penelitian kepustakaan, diteliti dan dipelajari sebagai sesuatu yang utuh.

Data yang telah terkumpul dan lengkap, dipilih dan disusun secara sistematis, dan kemudian dianalisa dengan menggunakan landasan teori yang ada, sehingga dapat mencapai suatu kesimpulan.

F. Pembahasan

1. Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat Ini Belum Berbasis Nilai Keadilan

Undang-Undang Dasar tahun 1945 merupakan konstitusi, sebagai hukum dasar sekaligus merupakan bukti adanya pembaharuan hukum di Indonesia, yang semula bernama Hindia Belanda, yang sudah seharusnya mempunyai tata hukum berbeda, sebagai ujud negara yang merdeka.

Pembaharuan hukum setelah ditetapkannya Undang-Undang Dasar 1945 sebagai konstitusi selalu dilakukan guna mencapai tujuan bernegara sebagaimana dirumuskan dalam alinea 4 Pembukaan Undang Undang Dasar 1945 yang menyatakan;

—Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia —.

Dengan demikian tujuan bernegara adalah melindungi segenap bangsa Indonesia serta tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa serta ikut serta melaksanakan ketertiban dunia berdasar Pancasila. Tujuan tersebut tentu membutuhkan tata hukum, tata urutan yang diimplementasikan dalam pembaharuan hukum Indonesia termasuk diantaranya Pembaharuan dalam Hukum Pidana.

Hukum Pidana merupakan salah satu bagian hukum, yang penegakannya dilakukan oleh Kekuasaan Kehakiman yang dalam Undang Undang Dasar 1945 terdapat pada BAB IX Pasal 24, 24A, 24B dan 24C.

Pasal 24 menyatakan sebagai berikut :

- (1) Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
- (2) Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

- (3) Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.

Ketentuan lain yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman terdapat pada Pasal 28D

ayat (1) yang menyatakan :

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Penegakan Hukum Pidana, yang merupakan sebagian dari Kekuasaan Kehakiman, secara substantif didasarkan pada Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP) yang berasal dari Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie (WvS v NI), yang berlakunya berdasar Aturan Peralihan UUD 1945 (sebelum amandemen) Pasal II, yang kemudian diteruskan dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, dengan nama KITAB UNDANG UNDANG HUKUM PIDANA (KUHP) atau Wetboek van Strafrecht (WvS).

Dengan demikian, KUHP yang berlakunya berdasar Undang Undang Nomor 1 tahun 1946 harus tidak bertentangan dengan konstitusi sebagai hukum dasar, yakni UUD tahun 1945. Apabila dalam Kekuasaan Kehakiman dinyatakan merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, maka penggunaan KUHP juga berorientasi pada penegakan hukum dan keadilan.

Pasal 1 ayat (1) KUHP menyatakan bahwa: Tidak ada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan. Ketentuan ini lazim disebut ketentuan tentang asas legalitas.

Dengan demikian, apabila ketentuan tentang perbuatan yang dapat dipidana digabungkan berdasar peraturan perundangan dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut:

1. Perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilarang oleh Hukum Pidana.
2. Perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat.
3. Perbuatan tersebut bertentangan dengan keadilan berdasar Ketuhanan Yang Maha Esa.

Dengan demikian, Hakim dalam memutuskan suatu perkara harus;

1. Berlandaskan keadilan berdasar Ketuhanan Yang Maha Esa.
2. Perbuatan yang dilakukan bertentangan dengan hukum tertulis (undang-undang).
3. Bertentangan dengan hukum yang hidup di masyarakat (*the living law*).

Hakim dalam memutus perkara tidak sekedar yuridis normatif, namun juga *yuridis cultural* dan *yuridis religius*. Hakim dalam memutus perkara tidak dapat semata-mata menggunakan KUHP yang merupakan peninggalan kolonial, namun KUHP yang digunakan tersebut harus tidak bertentangan dengan Undang Undang Dasar tahun 1945 sebagai hukum dasar (konstitusi), yang didalamnya terdapat Pancasila yang merupakan cita hukum, yang menurut Hans Kelsen dinamakan *ground norm*.

Friedman menyatakan, bahwa hukum sebagai suatu sistem terdiri atas 3 sub sistem, yaitu substansi hukum, struktur hukum dan kultur hukum. Sub sistem-sub sistem tersebut saling berkaitan dalam penegakan hukum. Penegakan Hukum akan berjalan baik bila ketiga sub sistem tersebut baik. Demikian pula sebaliknya, apabila antara sub sistem terjadi masalah, maka penegakan hukum juga akan bermasalah.

Kasus mbah Minah yang diputus bersalah oleh Hakim telah melakukan pencurian dan dijatuhi pidana penjara selama 1 bulan 15 hari dengan masa percobaan 3 bulan,

mendapat reaksi masyarakat luas, karena dipandang pembedaan terhadap mbah Minah melukai rasa keadilan masyarakat.

Pengadilan Negeri Banyumas pada tanggal 18 November 2009 mengeluarkan vonis, mbah Minah bersalah melakukan tindak pidana pencurian, dengan pidana 1 bulan 15 hari penjara, dengan masa percobaan 3 bulan. Setelah vonis selesai dibaca, pengunjung sidang beramai-ramai menemui mbah Minah, dan secara spontan mengumpulkan uang untuk transport pulang mbah Minah. Jaksa Noor Hani'ah pun memberikan uang transport pulang. Hakim Muslich Bambang Luqmono yang memimpin sidang, justru menemui mbah Minah, sambil meneteskan air mata mendekati dan menyalami dan mencium tangan mbah Minah.

Hakim Bambang pada saat diwawancarai wartawan berpendapat, bahwa bahwa kasus seperti ini mestinya tidak perlu sampai disidangkan di Pengadilan. Ia minta diselesaikan secara kekeluargaan. Jaksa Penuntut Umum, Noor Hani'ah menyatakan, pihaknya tidak bisa menghentikan kasus ini karena berkas perkara yang dilimpahkan dari Kepolisian sudah lengkap.

Kasus mbah Minah, yang merupakan kasus sederhana di suatu daerah terpencil, ternyata mampu menarik perhatian masyarakat luas termasuk Aparat Penegak Hukum di tingkat pusat, antara lain Menteri Hukum dan Perundang-undangan Republik Indonesia, karena seakan terjadi perbenturan antara kepastian hukum yang menyatakan mbah Minah bersalah dan dijatuhi pidana 1 bulan 15 hari penjara dengan masa percobaan 3 bulan, dengan rasa keadilan terbukti dengan respon masyarakat termasuk Jaksa Penuntut Umum dan Hakim pemutus perkara, yang secara spontan memberi bekal pulang kepada mbah Minah bahkan Hakim pemutus perkara menyalami sambil mencium tangan terpidana.

Friedmann menyatakan bahwa Ilmu Hukum berfungsi untuk menyelesaikan problem konkrit dengan tujuan mencapai keadilan, kesetabilan dan kesejahteraan. Dari pendapat Freidmenn tersebut dapat disimpulkan bahwa hukum merupakan institusi keadilan. oleh sebab itu maka membicarakan hukum sekaligus membicarakan keadilan. Menegakkan hukum berarti menegakkan keadilan.

Menjadi pertanyaan, apakah Hakim dalam memutus perkara sudah memperhatikan hukum yang hidup disamping hukum yang formal (hukum positif) atau UU? Dari proses peradilan yang berjalan, tampak bahwa Sistem Peradilan Pidana (SPP) hanya mengacu pada hukum positif, tidak memperhatikan hukum yang hidup.

Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, pada Pasal 5 menyatakan bahwa Hakim wajib menggali dan memahami nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat. Pada Pasal 5 tersebut secara tegas dinyatakan bahwa nilai hukum dan keadilan yang berkembang di masyarakat harus merupakan pertimbangan Hakim dalam memutus perkara. Jadi Hakim tidak cukup melandasi keputusannya hanya bertumpu pada KUHP.

Apalagi bila di tinjau dari prespektif sejarah, KUHP berasal dari WvS NI yang berlaku pada saat pemerintahan kolonial Hindia Belanda, yang keberlakuannya berdasar rambu-rambu UUD 1945 (sebelum diamandemen), terutama Auran Peralihan Pasal I dan Undang Undang Nomor 1 tahun 1946 jo UU Nomor 73 tahun 1958, yakni WvS NI diberlakukan di Indonesia dengan ketentuan namanya diubah menjadi WvS atau KUHP,dan disesuaikan dengan suasana negara merdeka.

Dengan demikian KUHP berlaku dengan rambu-rambu ;

1. Tidak bertentangan dengan Pancasila yang merupakan cita hukum atau

Rechtsidee/Grundnorm/Basic norm yang menurut *Stufenbau theorie* mendasari peraturan perundang-undangan suatu negara termasuk konstitusi/hukum dasar (dalam hal ini UUD 1945).

2. Tidak bertentangan dengan UUD 1945, sebagai hukum dasar, terutama pasal-pasal yang berkaitan dengan Penegakan Hukum, antara lain : Pasal 18 B, Pasal 24 ayat (1), Pasal 28 D ayat (1), dan Pasal 29 ayat (1).

3. Selaras dengan Undang Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dalam kerangka pembangunan Sistem Hukum Nasional (SISKUMNAS).

Pancasila sebagai cita Hukum (*rechtsidee/grundnorm/basic norm*) dapat difahami sebagai konstruksi berfikir yang merupakan keharusan untuk mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan masyarakat.

Pasal 18 B UUD tahun 1945 menyatakan:

(1) Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang.

(2) Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

Pasal 24 ayat (1) UUD tahun 1945 menyatakan :

Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Pasal 28 D UUD tahun 1945 ayat (1) menyatakan : Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Pasal 29 ayat (1) UUD tahun 1945: Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan tentang kepastian hukum dan keadilan yang harus ditegakkan sebagai berikut :

Pasal 2; Peradilan Negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.

Pasal 5 ayat (1); Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Pasal 50 ayat (1); Segala putusan pengadilan memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

Asas Legalitas yang mendasari Pasal 1 ayat (1) KUHP sudah seharusnya dilakukan interpretasi ulang sesuai dengan suasana Indonesia sebagai negara merdeka dengan berlandaskan Pancasila yang merupakan cita hukum, UUD tahun 1945 dan aturan perundangan lainnya , antara lain Undang Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagaimana ditetapkan dalam Sistem Hukum Nasional (SISKUMNAS).

Barda Nawaie Arief menyatakan perlu dilakukan reinterpretasi asas legalitas dalam konteks Sistem Hukum Nasional (SISKUMNAS) sebagai berikut ;

1. Inti atau hakikat asas legalitas adalah asas tentang sumber hukum. Dalam konteks Siskumnas, sumber hukum tidak hanya sumber hukum formal (UU/Hukum Tertulis), tetapi juga Sumber Hukum Materiel (Hukum Tidak Tertulis yang hidup di masyarakat). Jadi asas legalitas tidak hanya diartikan sebagai asas kepastian hukum yang formal, tetapi juga kepastian hukum materiel, tidak hanya diartikan sebagai *nullum delictum sine lege*, tetapi juga *nullum delictum sine ius*.

2. Asas legalitas pada inti/hakikatnya juga mengandung asas *Lex Temporis Delicti* — (*LTD*), yaitu seseorang hanya dapat dihukum berdasar *lex* yang ada /berlaku pada saat delik dilakukan. Dalam konteks Siskumnas, *lex* yang sudah ada pada waktu delik terjadi, bisa juga hukum yang hidup/ yang berlaku di dalam masyarakat. Jadi apabila seseorang dinyatakan telah melakukan perbuatan yang bertentangan (bersifat melawan hukum) atau yang sesuai (berarti tidak bersifat melawan hukum) dengan hukum/kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat pada saat perbuatan itu dilakukan, maka hal demikian tidak bertentangan dengan asas LTD.
3. Dalam konteks Siskumnas, asas legalitas seyogyanya tidak hanya dilihat / diartikan sebagai asas kepastian hukum (*principle of certainty ; the rule of law*), tetapi juga harus dilihat / diartikan sebagai asas keadilan (*principle of justice; the rule of justice*), sebagaimana dinyatakan oleh Douglas Husak, bahwa asas legalitas pada hakikatnya adalah asas keadilan (*the principle of justice*). Terlebih dalam Pasal 28 UUD tahun 1945 digunakan istilah kepastian hukum yang adil.

Hakim yang memimpin persidangan mbah Minah waktu dimintai tanggapan tentang kasus mbah Minah menjawab sambil menahan tangis; *Tiga butir kakao sangat berarti bagi petani untuk dijadikan bibit, dan bagi perusahaan jumlah tersebut tak berarti.*

Bambang mengaku tersentuh dengan yang dialami Minah karena teringat kehidupan orang tuanya yang juga petani. Bahkan menurut Bambang, perkara nenek Minah yang dinilai kecil tersebut sudah melukai banyak orang. Patrialis Akbar, Menteri Hukum dan HAM saat itu memberi komentar terhadap kasus mbah Minah sebagai berikut : *Para Penegak Hukum harusnya mempunyai prinsip kemanusiaan ,bukan Cuma menjalankan hukum secara positivistik. Itu saya kira sangat memalukan, (Kompleks Istana Presiden ;*

Medan Merdeka Utara Jakarta, jumat 20112010). Penegak Hukum memang harus punya prinsip kemanusiaan, masak nenek-nenek begitu....Hakimnya saja sampai menangis melihat nenek itu. Patrialis berjanji akan membuat sistem yang bisa menjawab permasalahan-permasalahan seperti yang sedang dialami oleh nenek Minah, nanti kita buat sistem...penjara sekarang kan sudah penuh

Mencermati pernyataan Bambang dan Patrialis Akbar dapat disimpulkan bahwa keduanya mengakui dan merasakan bahwa membawa kasus mbah Minah melukai rasa keadilan masyarakat di samping pertimbangan biaya dan kerugian yang tidak seimbang.

Berdasar pemikiran-pemikiran tersebut, maka seharusnya kasus mbah Minah tidak perlu bahkan tidak layak diproses dalam Sistem Peradilan Pidana karena secara substantief perbuatan yang dilakukan oleh mbah Minah bukan bersifat melawan hukum secara materiel dan bertentangan dengan rasa keadilan yang hidup dimasyarakat.

Apabila kasus mbah Minah dipandang sebagai perbuatan yang tidak melawan hukum, niscaya rasa keadilan masyarakat dapat diwujudkan, karena keadilan yang ditegakkan sesuai dengan aspirasi masyarakat, yakni keadilan yang sesuai dengan kearifan lokal (*local wisdom*), sebagai wujud dari implementasi Bhineka tunggal ika yang merupakan pangejawantahan dari Sila ke 3 Pancasila, Persatuan Indonesia. Disamping itu juga mampu mewujudkan keadilan yang humanis, keadilan yang manusiawi, sebagai implementasi dari Sila ke 2 dari Pancasila, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab. Keadilan yang religius juga terwujud sebagai implementasi dari Sila pertama Pancasila, Ketuhanan Yang Maha Esa. Apabila mbah Minah tidak diproses melalui Sistem Peradilan Pidana berarti telah ditegakkan *kepastian hukum yang materiel untuk mewujudkan keadilan yang sesuai dengan cita hukum bangsa yakni Pancasila.*

Apabila dikaji dari penegakan sistem hukum menurut Friedmann yang terdiri atas substansi, struktur dan kultur, maka perlu diadakan kajian substansi dan kultur lebih progresif, yakni secara substantief kepastian hukum tidak hanya difahami secara formal namun hendaknya difahami secara materiel. Sifat Melawan Hukum juga hendaknya difahami secara materiel, apakah secara substantief / materiel suatu perbuatan merupakan tindak pidana apa tidak. Apabila hal ini dilakukan, maka yang diwujudkan bukan sekedar *formal justice* namun juga *substantif justice*.

Secara kultural, dengan demikian, hukum yang diakui tidak sekedar hukum formal, hukum positif, hukum Undang Undang namun juga hukum yang hidup ditengah masyarakat. (*the living law*).

Pembaharuan Hukum Pidana merupakan bagian dari Pembangunan Hukum Nasional, yang juga merupakan bagian dari Pembangunan Nasional yang bertujuan untuk mewujudkan tujuan bernegara sebagaimana dirumuskan dalam alinea 4 UUD tahun 1945 berdasarkan Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee/grundnorm*). Pada dasarnya tujuan bernegara adalah mewujudkan kesejahteraan sosial dan perlindungan sosial (*social welfare dan social defence*) berlandaskan Pancasila sebagai *grundnorm*.

Hukum Pidana sebagai suatu sistem, sebagaimana dikemukakan oleh Friedmann terdiri atas : substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structure*) dan budaya hukum (*legal culture*). KUHP adalah induk dari hukum pidana substantief/materiel, dan merupakan bagian dari substansi hukum.

Dengan demikian, apabila akan dilakukan Pembaharuan Hukum Pidana, maka harus diadakan pembaharuan substansi hukumnya (*legal substance reform*), pembaharuan struktur hukum (*legal structure reform*) dan pembaharuan budaya hukum (*legal culture reform*).

Pembaharuan hukum tersebut harus berlandaskan Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee/grundnorm*).

2. Kelemahan Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat Ini

Lawrence M. Friedman menyampaikan sebuah Teori Sistem Hukum (*the Theory of Legal System*) di mana terdapat tiga elemen utama dari suatu sistem hukum yang meliputi Struktur (*Structure*), Substansi (*Substance*), dan Budaya (*Culture*).³² Struktur Hukum menurut Friedman adalah “*The structure of a system is its skeletal framework; ...the permanent shape, the institutional body of the system.*” Ini berarti bahwa struktur suatu sistem adalah kerangka-kerangkanya; sebuah bentuk permanen, badan institusional dari sistem. Substansi Hukum adalah “*The substance is composed of substantive rules and also about how institutions should behave*”. Ini berarti bahwa substansi hukum terdiri dari aturan substantif dan juga bagaimana seharusnya institusi berperilaku.

Budaya Hukum menurut Friedman adalah “*It is the element of social attitude and value. Behavior depends on judgement about which options are useful or correct. Legal culture refers to those parts of general culture—customs, opinions, ways of doing and thinking—that bend social forces toward or away from the law.*” Ini berarti bahwa budaya hukum adalah elemen dari sikap dan nilai sosial. Perilaku bergantung pada penilaian tentang pilihan mana yang berguna atau benar. Budaya hukum mengacu pada bagian-bagian dari budaya umum—adat istiadat, pendapat, cara melakukan dan berpikir yang membelokkan kekuatan sosial ke arah atau menjauh dari hukum.

³² Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, (New York: Russel Sage Foundation, 1975), h.14.

Teori Sistem Hukum Lawrence M. Friedman telah dijadikan sebagai referensi dalam menyusun rencana pembangunan hukum nasional. Hal ini dibuktikan dengan dimuatnya Teori Sistem Hukum dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional (RPJPN) 2005-2025. Dalam Lampirannya, disebutkan pembangunan hukum diarahkan pada perwujudan sistem hukum nasional yang berasal dari Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Pembangunan hukum mencakup pembangunan materi, struktur termasuk aparat hukum dan sarana prasarana hukum, serta mewujudkan masyarakat yang memiliki kesadaran juga budaya hukum yang tinggi untuk mewujudkan negara hukum, dan menciptakan masyarakat adil dan demokratis.³³

Teori Sistem Hukum dari Lawrence M. Friedman ternyata juga digunakan sebagai landasan awal dalam penyusunan *Grand Design* Pembangunan Hukum Nasional, dimana pembangunan hukum diarahkan kepada perwujudan sistem hukum nasional yang mantap dan mampu berfungsi baik sebagai sarana mencapai ketertiban dan kesejahteraan, maupun sebagai sarana bagi pelaksanaan pembangunan. Pada dasarnya pembangunan hukum mencakup penataan materi (*substance*), kelembagaan (*structure*), dan budaya (*culture*). Unsur-unsur tersebut saling mempengaruhi, karenanya hukum harus dibangun secara terpadu dan berkelanjutan, serta berwawasan global.

Menurut Lawrence M. Friedman, dalam setiap sistem hukum terdiri dari 3 (tiga) sub sistem, yaitu sub sistem substansi hukum (*legal substance*), sub sistem struktur

³³ Republik Indonesia, *Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional 2005-2025*, (Jakarta: 2007), Lampiran.

hukum (*legal structure*), dan subsistem budaya hukum (*legal culture*).³⁴ Substansi hukum meliputi materi hukum yang diantaranya dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Struktur hukum menyangkut kelembagaan (institusi) pelaksana hukum, kewenangan lembaga dan personil (aparatus penegak hukum). Sedangkan kultur hukum menyangkut perilaku (hukum) masyarakat. Ketiga unsur itulah yang mempengaruhi keberhasilan penegakan hukum di suatu masyarakat (negara), yang antara satu dengan lainnya saling bersinergi untuk mencapai tujuan penegakan hukum itu sendiri yakni keadilan. Salah satu subsistem yang perlu mendapat sorotan saat ini adalah struktur hukum (*legal structure*). Hal ini dikarenakan struktur hukum memiliki pengaruh yang kuat terhadap warna budaya hukum. Budaya hukum adalah sikap mental yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau bahkan disalahgunakan. Struktur hukum yang tidak mampu menggerakkan sistem hukum akan menciptakan ketidakpatuhan (*disobedience*) terhadap hukum. Dengan demikian struktur hukum yang menyalahgunakan hukum akan melahirkan budaya menelikung dan menyalahgunakan hukum. Berjalannya struktur hukum sangat bergantung pada pelaksanaannya yaitu aparatus penegak hukum.

Pada dasarnya reformasi hukum harus menyentuh tiga komponen hukum yang disampaikan oleh Lawrence Friedman yang meliputi: a. Struktur Hukum, dalam pengertian bahwa struktur hukum merupakan pranata hukum yang menopang sistem hukum itu sendiri, yang terdiri atas bentuk hukum, lembaga-lembaga hukum, perangkat hukum, dan proses serta kinerja mereka b. Substansi Hukum, dimana merupakan isi dari

³⁴ Lawrence M. Friedman, *Hukum Amerika: Sebuah Pengantar*, Terjemahan dari *American Law An Introduction*, 2nd Edition, Alih Bahasa: Wisnu Basuki, Jakarta: Tatanusa, 2001, hlm. 6-8

hukum itu sendiri, artinya isi hukum tersebut harus merupakan sesuatu yang bertujuan untuk menciptakan keadilan dan dapat diterapkan dalam masyarakat c. Budaya Hukum, hal ini terkait dengan profesionalisme para penegak hukum dalam menjalankan tugasnya, dan tentunya kesadaran masyarakat dalam menaati hukum itu sendiri. Dari segi materi/substansi hukumnya pembenahan perlu dilakukan tidak hanya mencakup kemungkinan mengadopsi pranata-pranata hukum baru yang muncul dalam kerangka globalisasi ekonomi yang dapat memunculkan kecenderungan terjadinya globalisasi hukum, namun juga adaptasi terhadap paradigma baru dalam sistem pemerintahan khususnya berkaitan dengan otonomi daerah, misalnya kemungkinan berlakunya ketentuan-ketentuan hukum adat setempat bagi hubungan-hubungan hukum atau peristiwa-peristiwa hukum tertentu. Pembenahan materi/substansi hukum tersebut bisa dilaksanakan melalui 3 alternatif, yaitu: a. Merumuskan dan menetapkan ketentuan-ketentuan hukum baru untuk hal-hal yang sama sekali belum diatur; b. Melakukan transformasi dari ketentuan-ketentuan hukum internasional menjadi ketentuan hukum nasional melalui instrument pengesahan/ratifikasi perjanjian-perjanjian internasional terkait; dan c. Memodifikasi ketentuan-ketentuan hukum yang sudah ada untuk mengikuti perkembangan kesadaran dan kebutuhan hukum yang berkembang dalam masyarakat.

Perjalanan reformasi hukum dikatakan belum berhasil optimal melihat realitas penegakan hukum yang terjadi sampai hari ini. Kepastian hukum masih ditegakkan melalui pendekatan peraturan atau undang-undang atau pendekatan legislatif, belum melalui penegakan hukum oleh pengadilan sebagai benteng terakhir masyarakat pencari keadilan atau pendekatan *lawenforcement* dan *an independent judiciary*. Meskipun supremasi hukum diteriakkan keras-keras, tetapi sejalan dengan itu penghormatan

terhadap hukum hanya sebatas formalistik dan prosedural. Ketidakhormatan terhadap hukum semakin menjadi-jadi manakala hukum hanya dipandang secara tekstual dan sangat positivistik menafikkan aspek keadilan yang menjadi ruhnyanya. Institusi dan aparatur hukum hanya mengedepankan *formal justice* semata tanpa memperdulikan *substansial justice* sehingga segala sesuatu dilihat secara hitam-putih.³⁵

Seringkali penegakan hukum tekanannya hanya selalu diletakkan pada aspek ketertiban semata. Hal ini mungkin sekali disebabkan oleh karena hukum diidentikkan dengan penegakan perundang-undangan, asumsi seperti ini adalah sangat keliru, karena hukum itu harus dilihat dalam satu sistem, yang menimbulkan interaksi tertentu dalam berbagai unsur sistem hukum yang tidak hanya mengacu pada aturan (*codes of rules*) dan peraturan (*regulations*), namun mencakup bidang yang luas, meliputi struktur, lembaga dan proses (*procedure*) yang mengisinya serta terkait dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) dan budaya hukum (*legalculture*).

Dalam konteks penegakan hukum, budaya hukum (*legal culture*) menjadi elemen yang sangat penting. Budaya hukum adalah meliputi pandangan, kebiasaan maupun perilaku dari masyarakat mengenai pemikiran nilai-nilai dan pengharapan dari sistem hukum yang berlaku, dengan perkataan lain, budaya hukum itu adalah iklim dari pemikiran sosial tentang bagaimana hukum itu diaplikasikan, dilanggar atau dilaksanakan. Setiap masyarakat, negara dan komunitas mempunyai budaya hukum sendiri yang dipengaruhi nilai-nilai budaya yang hidup dimasyarakat baik itu suku-suku atau adat maupun pengaruh agama.

³⁵ M. D, Mahfud, Moh, *Keniscayaan Reformasi Hukum : Upaya Menjaga Jati Diri Dan Martabat Bangsa*, Makalah dalam Konvensi Kampus VI dan Temu Tahunan XII Forum Rektor Indonesia (FRI) di Universitas Tanjungpura Pontianak, 9 Januari 2010, Hal 8.

Melihat kenyataan yang demikian, para penegak hukum semestinya tidak boleh hanya mengedepankan aspek hukum formil semata. Penegakan hukum yang hanya bertitik tolak dari substansi norma hukum formil yang ada dalam undang-undang, akan cenderung mencederai rasa keadilan masyarakat. Seyogyanya penekanannya harus juga bertitik tolak pada hukum yang hidup (*living law*). Lebih jauh para penegak hukum harus memperhatikan budaya hukum (*legal culture*), untuk memahami sikap, kepercayaan, nilai dan harapan serta pemikiran masyarakat terhadap hukum dalam sistem hukum yang berlaku.

Tujuan hukum secara teoretis mencakup tiga hal yaitu keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Keadilan dapat dikatakan sebagai tujuan utama yang bersifat universal. Keadilan memang merupakan konsepsi yang abstrak, namun demikian di dalam konsep keadilan terkandung makna perlindungan hak, persamaan derajat dan kedudukan di hadapan hukum, serta asas proporsionalitas antara kepentingan individu dan kepentingan sosial. Sifat abstrak dari keadilan adalah karena keadilan tidak selalu dapat dilahirkan dari rasionalitas, tetapi juga ditentukan oleh atmosfer sosial yang dipengaruhi oleh tata nilai dan norma lain dalam masyarakat. Oleh karena itu keadilan juga memiliki sifat dinamis yang kadang-kadang tidak dapat diwadahi dalam hukum positif.³⁶

³⁶ Moch.Mahfud MD.,*Penegakkan Hukum Dan Tata Kelola Pemerintahan Yang Baik,Bahan Pada Acara Seminar Nasional “Saatnya Hati Nurani Bicara”* yang diselenggarakan oleh DPP Partai HANURA, Jakarta 8 Januari 2009, Hal. 2-3

3. Rekonstruksi Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan

Eksistensi Asas Legalitas menyisakan polemik dalam hal penegakan hukum (*law enforcement*). Dalam konsepsi Negara Hukum, eksistensi Asas Legalitas adalah primaritas sifatnya, namun Asas Legalitas harus ada eksepsionalitas dalam memandang kejahatan. Atas dasar keterbatasan asas legalitas tersebut sehingga dipandang perlu untuk merekonstruksi kembali rumusannya menjadi “tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (living law)”. Rumusan ini yang ideal karena mengakomodir sifat melawan hukum formil maupun materil.

Melawan hukum merupakan salah satu unsur mutlak dari suatu delik. Karena Pasal ayat (1) KUHP menganut ajaran legalitas formal (*nulla poena sine lege*) maka melawan hukum dalam hal ini diartikan secara sempit sebagai bertentangan dengan perundang-undangan. Artinya suatu perbuatan diklasifikasikan sebagai melawan hukum apabila bertentangan dengan undang-undang tertulis. Rumusan legalitas formal tersebut merupakan anak kandung dari aliran legisme yang diwarisi dari Code Penal Perancis yang bertujuan untuk memberikan perlindungan mutlak terhadap kepastian hukum sebagai reaksi dari ketidakpastian yang mutlak pada masa absolutisme. Dengan rumusan asas legalitas tersebut maka apabila ada perbuatan yang menurut masyarakat sangat tercela sehingga layak dipidana perbuatan tersebut tidak dapat dipidana apabila ternyata belum ada perundang-undangan yang merumuskan perbuatan tersebut sebagai delik.

Menurut ajaran sifat melawan hukum formal suatu perbuatan dikualifikasikan sebagai melawan hukum apabila bertentangan dengan perundang-undangan tertulis, demikian juga sifat melawan hukum perbuatan tersebut hanya bisa dihapus dengan alasan pembenar yang dirumuskan dalam perundang-undangan tertulis sehingga hukum tidak tertulis sama sekali tidak mendapat tempat dalam hukum pidana.

Ajaran sifat melawan hukum materiil mengakui hukum tertulis sebagai hukum di samping perundang-undangan tertulis. Ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif menyatakan bahwa hukum tidak tertulis dapat digunakan sebagai dasar untuk mengkualifikasi suatu perbuatan melawan hukum, artinya suatu perbuatan yang menurut masyarakat tidak patut atau bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat (bertentangan dengan hukum tidak tertulis) dapat dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum dan oleh karenanya (apabila memenuhi syarat-syarat pidana lainnya) dapat dipidana. Ajaran ini tidak dianut dalam hukum pidana Indonesia karena jelas bertentangan dengan asas legalitas sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Sedangkan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang negatif menyatakan bahwa hukum tidak tertulis dapat digunakan sebagai dasar untuk menghapus sifat melawan hukum suatu perbuatan yang sudah memenuhi rumusan delik dalam perundang-undangan (tertulis). Dengan kata lain hukum tidak tertulis dapat berfungsi sebagai alasan pembenar. Ajaran ini tidak bertentangan dengan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP karena yang dilarang dalam Pasal ayat (1) KUHP adalah menggunakan hukum tidak tertulis sebagai dasar pidana, sedangkan dalam ajaran

sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang negatif hukum tidak tertulis digunakan sebagai dasar untuk menghapuskan pidana.³⁷

Basic idea “tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)” adalah setiap perbuatan pidana selalu menimbulkan kerugian materil maupun imateril bagi korban. Merupakan sebuah keharusan bahwa setiap pelaku perbuatan pidana dipidana. Oleh karena itu dalam hal ini Asas Legalitas itu harus bersifat kompromi. Asas Legalitas harus *extrovertif*. Kelemahan landasan ontologis dan aksiologis serta teleologis Asas Legalitas disebabkan bangunan Asas Legalitas didasarkan pada rumusan “*nullum crimen sine poena legali*” (tiada kejahatan tanpa pidana/hukuman menurut undang-undang). Dalam hal terjadinya *crimina extra ordinaria (strafwaardig)* karena menimbulkan kerugian bagi korban, rumusan ini hanya membangun relativitas antara perbuatan pidana dengan undang-undang pidana dan antara penguasa dengan pelaku dengan memberikan nilai manfaat kepada pelaku perbuatan (*offender oriented*). Hal ini merupakan keterbatasan pada aspek aksiologis substansi.

Dalam perspektif yang lain yakni dari sisi *victims orientied*, untuk dan atas nama perlindungan korban, terhadap semua perbuatan yang merugikan korban, harus dituntut dan dipidana. Orientasi terhadap kepentingan korban dibangun di atas gagasan “tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)”. Gagasan ini akan membentuk hukum pidana yang akan menuntut dan memidana semua perbuatan pidana baik *mala prohibita* maupun

³⁷ Ibid.

crimina extra ordinaria dengan alasan bahwa semua perbuatan tersebut merupakan tindakan yang selalu merugikan korban.³⁸

Gagasan “tentang tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)” yang berimplikasi pada *victimoriented* ternyata sudah ada secara faktual. Beberapa dekade yang lalu, enam (6) tahun setelah bangsa Indonesia merdeka tepatnya tahun 1951 pemerintah mengeluarkan sebuah undang-undang, yaitu Undang-Undang Darurat Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1951 (UU Drt 1951) tentang Pengadilan Swapraja. Pada Pasal 5 ayat (3) butir b menentukan “hakim menjatuhkan pidana penjara maksimum tiga (3) bulan dan/atau denda paling banyak lima ratus rupiah bagi perbuatan yang menurut hukum yang hidup (*living law*) dan harus dianggap sebagai delik yang belum ada padanannya dalam KUHP”. Ketentuan Pasal 5 ayat (3) butir b undang-undang tersebut menurut penulis berbicara tentang keharusan menghukum *crimina extra ordinaria* karena bertentangan dengan *living law* (sifat melawan hukum materiil).

Gagasan “tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)” yang berimplikasi pada *victim oriented* sudah diimpikan oleh bangsa Indonesia sejak tahun 1964 dalam KUHP baru, tetapi belum diwujudkan hingga hari ini. Walaupun UUHP baru belum dapat diwujudkan, tetapi sekarang telah ada RUU KUHP tahun 2019 yang secara implisit telah memperhatikan gagasan *nullum crimen sine poena*. Hal tersebut dapat ditemukan dalam buku Kesatu Tentang Ketentuan Umum RUU KUHP Pasal 2 ayat (1) yang menentukan bahwa: “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi

³⁸Deni Setyo B. Y., Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana (Setara Press 2014) 192-193.

berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam perundangan-undangan ”. Ayat 2 menentukan:“Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud padaayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila,HAM, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.”Dan dalam buku kedua (2) bab XXXVI Pasal 756 ayat (1) menentukan bahwa:“Setiap orang yang melakukan perbuatan yang menurut hukum yang tidak tertulis dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan sanksi pidana adalah tindak pidana. “Dari rumusan Pasal 2 ayat jo Pasal756 ayat (1) RUU KUHP tersebut di atas dapatlah kita menyatakan bahwa ide dasar dari rumusan pasal tersebut adalah sejalan dengan “tiada perbuatan pidana tanpa pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)”.

Tabel Rekonstruksi Regulasi Asas Legalitas dalam Hukum Pidana

Asas legalitas menurut KUHP	Kelemahannya	Rekonstruksinya
Perumusan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP (WvS) a. Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam	a. asas legalitas hanya menjangkau <i>mala prohibita</i> , namun tidak mampu menjangkau <i>crimina extra ordinaria</i> ,	Perumusan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP (WvS) a.Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan

<p>perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.</p>	<p>suatu perbuatan yang patut dipidana, tetapi bukan perbuatan yang dapat dipidana karena tidak dilarang oleh undang-undang pidana, sehingga akan semakin banyak perbuatan-perbuatan yang tidak dapat dituntut untuk dan atas nama asas legalitas.</p> <p>b. asas legalitas menghasilkan ketidakseimbangan perlindungan hukum yang diberikan kepada pelaku dan korban dan/atau masyarakat;</p> <p>c. asas legalitas memisahkan hukum dan moral serta nilai-nilai keadilan, padahal moral</p>	<p>pidana dalam perundang-undangan pidana yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan</p> <p>b. Perumusan asas legalitas dalam Hukum Pidana tidak hanya didasarkan pada asas legalitas formil, akan tetapi juga didasarkan atas asas legalitas material, baik dalam fungsinya yang positif dan negatif.</p>
-----------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>dan nilai-nilai keadilan merupakan aspek substansial dari hukum;</p> <p>d. asas legalitas dalam hukum pidana saat ini tidak selalu dapat mengakomodasikan rasa keadilan masyarakat, karena rasa keadilan masyarakat selalu dinamis seiring dengan dinamika (perkembangan) waktu, keadaan, dan budaya masyarakat itu sendiri.</p>	
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

SUMMARY

A. Preliminary

Law is closely related to social norms. Law as a social rule cannot be separated from the values that apply in a society. Law as a mirror of the values that live in society. The law is called good if it is in accordance with the living law in society.³⁹

Indonesia is a state of law as stated in Article 1 paragraph 3 of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia. Law comes from values that live in society, both written and unwritten, where there are many sources of unwritten law. found in Indonesia. The form of this unwritten law can be in the form of customary law or local wisdom whose existence is still recognized as a norm and has binding power and sanctions.

Article 18 paragraph 2 of the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia states that "Indonesia recognizes the existence of customary law and traditional rights". Judges and constitutional judges are obliged to explore, follow, and understand the legal values and sense of justice that live in society.⁴⁰ In addition, the court's decision must not only contain the reasons and basis for the decision, but also contain certain articles of the relevant legislation or unwritten legal sources that are used as the basis for adjudicating⁴¹. Then in Article 8 paragraph 4 of Law Number 16 of 2004 concerning the Prosecutor's Office of the Republic of Indonesia, it is stated that prosecutors always act according to the law by heeding religious norms, decency, morality and are obliged to explore and uphold human values that live in society.

³⁹ Mochtar Kusumaatmadja, 2002, *Konsep-konsep hukum dalam Pembangunan*, Pusat Studi Wawasan Nusantara:Alumni Bandung, hlm. 13

⁴⁰ Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

⁴¹ Pasal 50 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Gustav Radburch argues that basically, the law aims to realize legal certainty, justice and expediency.⁴² When all these goals collide, then what is put forward is expediency. The goal to be achieved in criminal law is not only legal certainty but justice, especially expediency. But sometimes, court decisions in practice can hurt the sense of justice because of the imbalance of punishments received. This is because law enforcers always interpret law enforcement in writing. Law enforcement officials do not explore the laws that live in society.

In fact, law enforcement is different from law enforcement. Enforcing the law is always based on written rules, while enforcing the law is based on unwritten laws. Therefore, in enforcing the law, it should be interpreted as enforcing the law that lives in society which includes local wisdom.

Law enforcement should be carried out using a local wisdom approach in order to obtain substantial justice. In the sense that law enforcement does not only look at the formal aspects of an act but also has to look at how the law lives in the surrounding community. If an act only looks at the black and white issue of the article where the suspect can be legally processed because the act committed violates the written law only formally, then the justice that is then obtained is formal procedural justice.⁴³

Basically customary criminal law is a living law and will continue to live, as long as there are humans and culture, it will not be abolished by legislation. If a law is also enacted that will abolish it, it will be useless, in fact the statutory criminal law will lose its source of wealth, because customary criminal law is more closely related to anthropology and sociology than statutory law⁴⁴.

⁴² Faisal, 2010, *Menerobos Positivisme Hukum*, Rangkang Education, Yogyakarta, hlm. 84

⁴³ Chandra Lumban Toruan dalam artikel Kearifan Lokal Sebagai Asas Penegakan Hukum Untuk Keadilan Yang Substansi http://www.academia.edu/23515607/KEARIFAN_LOKAL_SEBAGAI_ASPEK_PENEGAKAN_HUKUM_UNTUK_KEDADILAN_YANG_SUBSTANSI (diakses pada 22 November 2020)

⁴⁴ Hilman Hadikusuma, 1961, *Hukum Pidana Adat*, Rajawali, Jakarta, hlm.20

In the context of criminal law in Indonesia, the practice of law that “overrides” the unwritten law as a source of law is no longer acceptable. Given that so far the existence of unwritten law as a source of criminal law has obtained formal legitimacy.⁴⁵

Viewed from the point of view of the value approach, criminal law reform is essentially an effort to review and reevaluate (reorient and reevaluate) the sociopolitical, sociophilosophical, and sociocultural values that underlie and provide content to the normative and substantive content of the aspired criminal law. It is not a renewal (reform) of criminal law, if the value orientation of the aspired criminal law (for example the New Criminal Code) is the same as the value orientation of the old criminal law inherited by the colonialists (Wetboek van Strafrechts)⁴⁶.

Criminal law studied from its function certainly has a very important role in regulating people's lives, to achieve security, tranquility, welfare, and happiness in society. It can be said that, criminal law has an important meaning in the scope of public law. As we have seen, juridically, the criminal law (material) that is currently in force is the Criminal Code (KUHP) or Wetboek van Strafrechts (W.v.S).

Based on this, it can also be seen that the current Criminal Code is a colonial legacy which does not substantially reflect the values, character, and personality of the Indonesian nation, so many things need to be changed so that it can provide justice for the Indonesian people.

Along with the development of the times, technology, and the flow of globalization, criminal law must also develop according to the times and the development of society. This development also has an impact on the variety and development of criminal acts from time to time. In law enforcement, this must also be balanced with progressive and responsive legal products. Given that law is not static, neither is society that continues to develop and is dynamic. Therefore, the law must be dynamic by making changes in line with the times and the dynamics of people's lives. Referring to the Criminal Code, the current Criminal Code of course also needs to be updated.

Having a national Criminal Code or Indonesian Criminal Law in the national legal system is certainly a great hope for the Indonesian people. It can be said that, since independence until now, the desire to realize a national legal system has been the main agenda in the development of national law. The politics of criminal law in this case certainly has a hand in every process of reforming Indonesian criminal law. There is a great hope for the Indonesian

⁴⁵ Tongtat, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perspektif Pembaharuan*, penerbit UMM, cetakan pertama, hlm.34

⁴⁶ *Ibid.*

people to have an Indonesian Criminal Code that reflects the values, views, concepts, ideas, ideals, and ideologies of the Indonesian nation. However, in fact until now this has not been realized, although the renewal process has been running for a very long time but has not been ratified until now.

It should be understood that, according to Barda Nawawi Arief, building or carrying out legal reform (law reform, especially “penal reform”) is essentially “building/renewing the main points of thought/concepts/basic ideas”, not just updating/replacing the formulation of articles (law) textually. Therefore, the study or textual discussion regarding the draft of the Draft Criminal Code must be accompanied by a conceptual discussion. Based on this, it can be seen that criminal law reform is carried out in total, not a patchwork by only replacing textually (substance) of the Act. Totally here it means that what is being updated is the concept, its ideas, its main ideas, ideas, views, values which are directed at the character and personality of the Indonesian nation and still refer to Pancasila. Legal reform in this case is to make law enforcement more effective, it can be interpreted as a policy to renew the substance of the law.

It can be said that in law enforcement there should have been a paradigm shift from formal legalistic towards progressive and responsive law to achieve the objectives of the law itself, namely justice, expediency, and legal certainty. This is as stated by Gustav Radbruch. Ahmad Rifai stated that:

... the purpose of law is actually the same as what Gustav Radbruch has stated as the 3 (three) basic values of law, namely justice, expediency, and legal certainty. Furthermore, Radbruch also teaches the use of the priority principle of the three principles, where the main priority always falls on justice, then benefit, and finally legal certainty⁴⁷.

In accordance with the legal reality that the current Criminal Code does not originate, is rooted in or stems from values, views, concepts, ideas, ideas and socio-political, socio-economic and socio-cultural realities that live in Indonesian society itself, many things are no longer appropriate. . One of the interesting dynamics is that in fact, the current Criminal Code is considered to contain a concept that is too legalistic by upholding the principle of legality, making law enforcement too rigid, illogical and does not reflect justice.

The principle of legality first took the form of a law in the American constitution in 1776 and later in Article 8 of the Declaration de droits de l'homme et ducitoyen 1789: nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee. This principle is further incorporated into Article 4 of the French Penal Code which stipulates Nulle cotravention, nul delit, nul crimene peuvent enterter punis de peinesqui n'etaient pas

⁴⁷ Ahmad Rifai, 2011, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, cetakan kedua, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 132.

prononcees par lai loa avant qu'ils fussent commis" means: Does not conflict with existing provisions, no offense, no crime if there is no criminal threat stated in the law first.

From this French Penal Code, the principle was then included in Article 1 paragraph (1) of Wetboek van Strafrecht in the Netherlands which firmly stated, "Geen feit is strafbaar and uit kraft van eenedaaraan voorafgegane wetelijke strafbepaling". Furthermore, the principle is contained in Article 1 paragraph (1) of the Indonesian Criminal Code.⁴⁸

Criminal charges are only aimed at acts that qualify as mala prohibita. On the other hand, criminal charges cannot be directed against crimina extra ordinaria even though they cause harm to the victim, just because it has not been regulated or prohibited by criminal law. From the perspective of the legality principle, mala prohibita is an act that is strafbaar (can be punished) and crimina extra ordinaria is strafwaardig (deserved to be punished) and not strafbaar because it is not prohibited by criminal law.

The existence of the term legism or legalistic creates a contradiction between the actual law and the statutory law. Legislation is very far from the law. Law (ius) is good and just without orders, while legislation (leges) results from the exercise of the sovereignty of those who govern⁴⁹.

After all, the purpose of the law is to create peace in social life. So it is necessary to recall Ulpianus' statement that: "The commandment of the law is to live honestly, not to harm fellow human beings, and everyone gets their share. We also need to reflect on Bellefroid's opinion which states: Law is trying to meet the physical, psychological, and spiritual needs of the community, in accordance with the conditions of the community, or also to increase the ability of individuals to live in society. Thus, if it is said that society is in an orderly state, it means that everyone in the community can develop their condition both physically, mentally and spiritually⁵⁰.

Legality includes both negative and positive principles. The negative principle of legality states that the main consideration of the legal system is to protect citizens from countries that want to impose their will on these citizens. The positive principle of legality emphasizes consistency and completeness in applying laws that require a state to punish guilty persons. The distinction between the positive and negative principles of legality is only one distinction that

⁴⁸ Eddy O.S. Hiarej, 2014, '*Asas Legalitas dan Perkembangannya dalam Hukum Pidana*' Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, hlm. 12

⁴⁹ Carl Joachim Friedrich, 2010, '*Filsafat Hukum dalam Perspektif Historis*', Nusa Media, hlm. 75-76

⁵⁰ J.H.P. Bellefroid et.al., 1952, '*Inleiding tot de Rechtwetenschap in Nederlands*', Utrecht, hlm. 3

must be kept in mind when talking about legality and justice. Legality will refer to positive law, while justice is not solely based on positive law but also morality⁵¹.

B. Formulation of the Problem

Based on the background that has been stated above, the author formulates several problems as follows:

1. Why is the regulation of the principle of legality in criminal law not currently based on the value of justice?
2. What are the weaknesses of the regulation of the principle of legality in the current criminal law?
3. How is the reconstruction of the regulation of the principle of legality in criminal law based on the value of justice?

C. Theoretical Framework

1. Grand Theory (Pancasila Justice Theory)

From the etymological aspect of language, the word "fair" comes from the Arabic "adala" which means middle or middle. From this meaning, the word "adala" is then synonymous with wasith which derives the word wasith, which means a mediator or person standing in the middle which implies a fair attitude⁵².

Justice is generally defined as a fair act or treatment. While fair is impartial, impartial and side with the right. Justice according to philosophical studies is when 2 (two) principles are fulfilled, namely: First, not harming anyone, and Second, treating every human being what is his right. If these two can be met then it is said to be fair. In justice there must be a comparable certainty, where if the combined results are combined, it will become justice.

In practice, the meaning of modern justice in handling legal problems is still debatable. Many parties feel and consider that the judiciary has been unfair because it is too procedural, formalistic, rigid, and slow in giving a decision on a case. It seems that the actor cannot be separated from the judge's perspective on the law which is very rigid and normative-procedural

⁵¹ George P. Fletcher, 1998, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, hlm. 7.

⁵² *Ibid.*

in carrying out legal concretization. Ideally, judges must be able to become living interpreters who are able to capture the spirit of justice in society and are not shackled by the normative procedural rigidity that exists in a statutory regulation, no longer just as *la bouche de la loi* (the mouthpiece of the law).

The Pancasila state is a national state with social justice, which means that the state as the incarnation of humans as creatures of God Almighty, the nature of individuals and social beings aims to realize a justice in living together (social justice). Social justice is based on and inspired by the nature of human justice as a civilized being (Second Precept). Humans are essentially just and civilized, which means they must be fair to themselves, fair to their God, fair to others and society and fair to their natural environment⁵³.

The view of justice in national law is based on the basis of the state. Pancasila as the basis of the state or state philosophy (*fiilosofische grondslag*) until is now maintained and is still considered important for the Indonesian state. Axiologically, the Indonesian people are supporters of Pancasila values (subscribers of Pancasila values). An Indonesian nation that has a belief in God, which is humane, that is united, which is popular, and who has social justice.

As a supporter of values, it is the Indonesian people who respect, recognize, and accept Pancasila as a value. Recognition, appreciation, and acceptance of Pancasila as something of value will appear to reflect in the attitudes, behavior, and actions of the Indonesian people. If the acknowledgment, acceptance, or appreciation is reflected in the attitudes, behavior, and actions of the Indonesian people and the nation, in this case, they are also the bearers in the attitudes, behavior, and actions of Indonesian people. Therefore, Pancasila as a source of supreme law is irrational and as rationality is as a source of national law for the Indonesian nation.

The view of justice in the national law of the Indonesian nation is focused on the basis of the state, namely Pancasila, in which the fifth precept reads: "Social justice for all Indonesian people", the problem now is what is called fair according to the conception of national law which is based on Pancasila.

To further elaborate on justice in the perspective of national law, there is an important discourse on justice and social justice. Fair and justice are recognition and balanced treatment of rights and obligations.

Such a conception when linked to the Second Precept of Pancasila as the source of the national law of the Indonesian nation, essentially instructs to always carry out harmonious

⁵³ <http://kartikarahmah2406.wordpress.com/2012/12/02/teori-keadilan-sosial>, diunduh pada tanggal 22 November 2020, jam : 19.00 WIB.

relations between individual humans and other groups of individuals so as to create a just and civilized relationship⁵⁴.

Furthermore, if it is associated with "social justice", then justice must be associated with social relations. Social justice can be defined as:

- 1) Return the lost rights to the rightful ones;
- 2) Eradicating persecution, fear and rape and businessmen;
- 3) Realizing equality against the law between every individual, businessman and luxury people that he gets unreasonably.

Social justice concerns the interests of society by itself, individuals with social justice must set aside their individual freedoms for the interests of other individuals.

National law only regulates justice for all parties, therefore justice in the perspective of national law is justice that harmonizes or harmonizes general justice among some of the individual justices. In this justice, it focuses more on the balance between the individual rights of the community and the general obligations that exist within the legal community group.

Pancasila has a flexible character or nature and is able to provide the demands of the times in following the globalization of changing times. In discussing justice issues that arise in society, Pancasila is able to provide answers to these problems. Pancasila is able to provide the values of justice as a legal reform in Indonesia. Legal reform in Indonesia is very much needed because there are still many new problems that cannot be reached by law. These problems should be solved with one vision, mission, goals and perceptions about Pancasila in carrying out legal reform in Indonesia. In addition to new problems that have not been resolved, old problems are also problems that are also considered urgent to be resolved immediately, considering that the law is always present in people's lives to provide certainty, justice and benefits.

The substance of Pancasila contains positive values

who can make a difference for this nation. These positive values are able to provide the basis for the creation of justice for the Indonesian people. With relevance to justice, the value of justice contained in Pancasila can be the basic foundation for the formation of a just and civilized humane law and social justice for all Indonesian people.

A just and civilized humanity is the basis of the protection of human rights, namely humanizing human beings in a civilized manner without reducing their rights in the slightest.

⁵⁴ <http://ugun-guntari.blogspot.com/2011/02/teori-keadilan-perspektif-hukum>, diunduh pa-da tanggal 22 November 2020, jam : 07.30 WIB.

While social justice is justice that is used to distinguish social justice from the concept of justice in law. Social justice is also one of the precepts in Pancasila, namely the fifth precept of Pancasila which is formulated in the Preamble to the fourth paragraph of the 1945 Constitution.

In the second and fifth precepts, the values of the state's aim to create justice in the context of shared life are stated. The meaning of the second and fifth precepts contains the meaning of justice in the form of values, of course it must be realized in common life. Justice is based on and imbued with the essence of social justice, namely justice in human relations with themselves, human relations with others, human relations with their nation and state, then the last is human relations with God.

Pancasila as the root of the legal ideals of the Indonesian nation has the consequence that in the dynamics of the life of the nation and state, as a view of life adopted will give direction to thoughts and actions. Legal ideals are ideas, intentions, inventions and thoughts regarding law or perceptions of the meaning of law, which in essence consists of three elements, namely justice, usability or benefits and legal certainty. The ideal of law is formed in the minds and hearts of humans as a product of the integration of views of life, religious beliefs and social realities. In line with that, the science of law and Indonesian law should rely on and refer to the ideals of the law⁵⁵.

The characteristic of Pancasila justice is to humanize humans fairly and civilly according to their human rights. Human rights have been inherent since humans were in the womb. Human rights must always be protected because the law exists for the community. Human rights are the right to equal treatment before the law. Besides

Humanizing humans, the characteristics of Pancasila justice also provide social justice for all Indonesian people. Humans as social beings, so that they must respect each other and respect each other according to Augustine's teachings is a matter of values, namely price and love, and loving others. Respect for each other aims to respect human rights in obtaining justice and welfare because justice in the fifth principle of Pancasila provides social justice for all Indonesian people. The characteristics of Pancasila justice are moral principles and values of truth, namely justice which serves as the basis for establishing legal justice in the formation of legislation that adopts the values of justice based on Pancasila as the ideology of the Rechtsidee nation. Rechtsidee's legal ideals certainly have a goal, namely justice. In law, justice is different from Pancasila social justice or from just and civilized humanity. Justice in law literally has a narrow meaning, namely what is in accordance with the law is considered fair, while those who violate the law are considered unfair. If there is a violation of the law, then the court must do it to restore justice. It is different from the concept of Pancasila justice. In justice based on Pancasila,

⁵⁵ B. Arief Sidharta, 2010, *Ilmu Hukum Indonesia*, FH Unika Parahyangan, Bandung.

it is a moral obligation that binds community members in their relationship with other community members.

Social justice in Pancasila is a source of values that must be translated into legal justice. The goal of achieving justice gave birth to the concept of justice as a result or decision obtained from the proper application or implementation of legal principles and equipment. This understanding of justice can be called procedural justice ("procedural" justice) and this concept is symbolized by the goddess of justice, the sword, the scales, and the blindfold to ensure impartial judgment and does not look at people⁵⁶.

It is recognized that justice is a human life force that

essential for human life, so that in the basis and ideology of the state Pancasila, which is set forth in two precepts, namely the second precept, just and civilized humanity and the fifth precept of social justice for all Indonesian people, which represent the characteristics of social justice that cannot be separated from other precepts of Pancasila. Especially the fifth precept which is one of the goals or ideals that need to be realized.

The value of justice that comes from Pancasila is a just and civilized humanity, namely humanizing humans as social beings and social justice for all Indonesian people, namely providing equal welfare for all Indonesian people in the form of justice and reflecting the other precepts of Pancasila.

The characteristics of Pancasila justice are the values of justice contained in Pancasila as the principle or basis for forming laws which essentially aim to find justice. The law as one of the embodiments of law is an effort to realize this justice. In the perspective of legal philosophy, law contains a number of values that form the basis or basis⁵⁷. The values or the basis for the law are values derived from Pancasila.

Justice based on Pancasila is the basic principle used to obtain justice in law. Justice based on Pancasila arises from the five principles, namely the precepts of Pancasila. The characteristics of Pancasila justice prioritize human rights and provide equal rights in obtaining justice. The characteristics of justice based on Pancasila are the basic principles of justice which are adopted from the precepts of Pancasila. Justice based on divinity in the one and only God, justice that reflects the unity and integrity of the nation, justice that prioritizes human rights,

⁵⁶ Glenn R. Negley, 1970 "Justice", dalam Louis Shores, ed., *Collier's Encyclopedia*, Volume 13, Crowell_Collier.

⁵⁷ Agus Sunoto dan Wahyu Widodo, *Nilai-Nilai Hak Asasi Manusia dan Keadilan di Dalam Hukum*, Jurnal PPKn FPIPS IKIP PGRI Semarang. www.portalgaruda.org

justice that arises from the democratic state process, and equal justice in the sense of equality for all Indonesian people in obtaining justice.

The characteristics of justice based on Pancasila reflect the justice obtained from God Almighty, who provides the widest possible freedom for citizens to embrace their respective religions without any coercion. This kind of justice provides equality for citizens to have the right to determine their religion without any coercion from any party. In addition, with the first principle of Pancasila, namely Belief in One Supreme God, the Indonesian nation has justice based on the One Godhead, in other words, justice that is realized comes from God Almighty and is recognized as true by all Indonesian people.

The characteristics of justice that are taken from the first principle of Pancasila are equality based on the One Godhead. Justice from God does not discriminate against his people. Justice from God is an essential justice that other types of justice do not have. Irah-irah for the sake of justice based on God Almighty is the principle of justice based on Pancasila.

The characteristics of justice based on Pancasila are based on the first principle of Pancasila, namely Belief in One Supreme God. In other words, the characteristics of justice based on Pancasila reflect a form of justice based on the One Godhead. The justice that appears is justice that comes from God who is represented to humans to create just and civilized humans and justice for all Indonesian people. Characteristics of justice based on Pancasila which is based on the second principle of

Pancasila, which is a just and civilized humanity, shows that justice is only for the benefit of humans as social beings. Humanity gives meaning that justice gives what is human rights. The rights granted are in the form of justice that is realized by the ruler or government. The character of justice provides protection to humans in obtaining justice. Providing protection of human rights as civilized beings by humanizing humans as social beings who need justice.

The second principle of Pancasila is a just and civilized humanity. In theory, the rule of law, humanity is the main thing in realizing justice. Humans need justice in the protection of their human rights as social beings who must be respected and appreciated. The concept of the rule of law always prioritizes the protection of human rights. The concept of justice based on the second principle of Pancasila provides justice in the form of protection of human rights. Humanizing humans and respecting and respecting basic human rights in obtaining justice.

The characteristics of justice based on Pancasila foster unity for the realization of justice in Indonesia. In accordance with the third principle of Pancasila, namely the unity of Indonesia, the justice that is realized requires mutual agreement in determining between justice and injustice. The agreement requires unity in order to achieve justice. The characteristics of justice based on Pancasila need to be realized with a common perception of the meaning of justice. This common perception requires unity in realizing justice. The principle of Indonesian unity fosters

the same attitude and perception in interpreting the meaning of justice. Justice in the sense of equality, theoretically requires a common perception and perspective on the meaning of justice. The characteristics of justice based on Pancasila require a common perception of justice by fostering national unity and integrity.

Justice based on Pancasila is in accordance with the fourth principle of Pancasila, namely democracy led by wisdom in deliberation/representation. This principle upholds the democratic state system in order to realize the justice desired by citizens through their representatives. With a democratic system, it is hoped that justice will be realized through people's representatives in determining policies that will certainly provide justice.

The characteristics of justice based on Pancasila, in theory, the rule of law requires a form of deliberation to realize justice. The meeting created a government that is obliged to provide justice protection for citizens. The fourth principle of Pancasila provides the embodiment of democracy from the people, by the people and for the people in order to realize justice. Justice will be realized if it is realized by a clean government that prioritizes the protection of its citizens in obtaining justice.

The characteristics of justice based on Pancasila are in accordance with the fifth principle of Pancasila, namely social justice for all Indonesian people, providing fair equality for all Indonesian people. This equality provides a fair realization for citizens to get legal protection. The same legal protection reflects the legal protection to be treated equally before the law for all citizens in order to realize a justice. The fifth principle of Pancasila is social justice for all Indonesian people. This equality embodies justice that is given to all Indonesian people in obtaining justice. Justice is realized for the benefit of all Indonesian people. This principle provides equal justice for all Indonesian people. The same justice is in accordance with the theory of justice, namely justice in the sense of equality. The protection of the government in realizing justice is no exception for its citizens in obtaining justice. Justice is given equally in accordance with the rights and obligations of citizens.

The characteristics of Pancasila justice are part of the form of justice in the form of principles in forming law. It is necessary to distinguish between legal justice and Pancasila justice. Justice based on Pancasila prioritizes human rights and equal protection before the law in its realization as the principles of law formation based on Pancasila. The characteristics of justice based on Pancasila in the form of protection of human rights and equality before the law, of course, cannot be separated from the five precepts of Pancasila. Justice based on Pancasila is processed from thinking about five principles, namely Pancasila as the principle of law formation based on Pancasila justice which prioritizes human rights and equal protection before the law.

The characteristics of justice based on Pancasila include the value of justice that comes from the principles of just and civilized humanity and the precepts of social justice for all

Indonesian people which is the embodiment of the Unitary State of the Republic of Indonesia. The value of justice that arises from the two precepts reflects the values of the other precepts. It can be concluded that the value of Pancasila justice is a reflection of a unified whole of the precepts contained in Pancasila which emerged from the realization of the Unitary State of the Republic of Indonesia (NKRI). Justice based on Pancasila adheres to several principles which include justice based on the One Godhead, humanizing humans by prioritizing human rights, namely the right to obtain justice, unity in realizing justice, justice can be recognized as true for all Indonesian people, and equal treatment in front of the community law.

From the characteristics of Pancasila above, that the characteristics of justice based on Pancasila as the philosophy and ideology of the nation include several principles, namely:

1) The principle of Pancasila justice is based on the One Godhead. Uphold justice based on justice from God. Therefore, justice based on Pancasila recognizes the existence of religion and belief in each individual citizen.

2) The principle of justice of Pancasila puts forward human rights and humanizes humans as social beings whose justice must be protected.

3) The principle of justice Pancasila upholds the value of unity and integrity in order to create a conducive atmosphere for the nation that provides justice for Indonesian citizens.

4) The principle of justice Pancasila adheres to the principle of democracy in order to create justice for citizens in expressing their respective opinions based on deliberation for consensus.

5) The principle of Pancasila justice provides justice for all its citizens without exception in accordance with their rights

From several principles of justice based on Pancasila which have been mentioned above, that Pancasila justice has differences with other justices. Pancasila justice is justice taken from the character of the Indonesian nation itself⁵⁸.

2. Middle Theory (Legal System Theory)

According to Lawrence M. Friedman, the success or failure of law enforcement depends on the substance of the law, the structure of the law/legal institutions, and the legal culture. Law enforcement is an effort to realize legal ideas and concepts that are expected by the people to become a reality, law enforcement is a process that involves many things.

⁵⁸ Teguh Prasetyo, 2015, *Keadilan Bermartabat, Perspektif Teori Hukum*, Nusamedia, Bandung.

The instruments needed in law enforcement are components of the legal structure (legal structure), components of legal substance (legal substance) and components of legal culture (legal culture)⁵⁹.

a. Legal structure (legal structure) The legal structure is a framework that provides a limit to the whole, in which the existence of institutions is a concrete manifestation of the components of the legal structure⁶⁰.

b. Legal substance (legal substance) Basically what is meant by legal substance is the results published by the legal system, including legal rules, both written and unwritten⁶¹.

c. Legal culture (legal culture) Legal culture is the social atmosphere behind the attitude of society towards the law⁶².

Thus, the components of criminal law enforcement in the legal structure are law enforcement officers, namely from the Police, Prosecutors, Courts, Advocates, officers implementing criminal decisions. Legal substance is a written criminal law regulation currently in force. Criminal law culture is community values that have been recognized and become guidelines in social life.

The implementation of criminal law enforcement in the community must pay attention to several things as law enforcement in general, including⁶³:

a. Benefits and uses for society;

b. Achieving justice, meaning that the application of the law must consider various facts and circumstances proportionally;

c. It contains the values of justice, namely the values that are spelled out in solid and embodied rules, and the attitude of action as a reflection of the final stage of value to create, maintain, and maintain peaceful social life.

⁵⁹ Lawrence M. Friedman, 1977, *Law and Society an Introduction*. New Jersey. Prentice Hall Inc, Hal. 14.

⁶⁰ Ibid

⁶¹ Ahmad Mujahidin, 2007, *Peradilan Satu Atap di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, Hal.42.

⁶² ⁶² Lawrence M. Friedman, *Op.Cit.*, Hal 42.

⁶³ Ridhuan Syahrani, 1999, *Rangkaian Intisari Ilmu Hukum*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, Hal 192

3. Applied Theory

3.1. Theory/School of History

In every society there is always a law that serves to regulate their behavior. Even the law is part of the cultural development of society. No wonder it is said that law is a product of culture (law as a product of culture).

A cultured society always produces its own laws. Every society produces its own types and kinds of laws. Every society always image its law in accordance with the culture of each society. Therefore, every society always produces a legal tradition that is different from other societies. From this premise, every society has the living law that has developed and grown since society was formed. The living law is born from the social life of the community which is materially practiced continuously and then the community obeys it based on moral duty, not because of the coerciveness of the sovereign. The living law can be sourced from customs/traditions, religion, and others. Therefore, it is a wrong view if there is a view which states that in traditional societies there are no rules of behavior called laws.

Humans are culturally rational beings, so they will always form cultural institutions to prevent chaos and conflict between them. Humans are not only created with a desire to hate, be hostile, and destroy each other, but humans are also given a sense to love each other, love each other, and love peace. The law was born to balance the two characters that exist in humans. Indeed, the law cannot eliminate human vices as a whole, but the law controls so that humans do not become demons. Likewise, the law cannot make humans into angels, but at least the law directs humans to become better social beings. On this basis, the law has been born since humans

The concept of the living law can also be seen from the school of history with the main exponent Friedrich Karl von Savigny. F.K. von Savigny put forward his theory as a rebuttal to the transplantation of Roman law and the codification of German law into French law. To that end, F.K. von Savigny put forward the theory of Volksgeist (national character, nationelgeist, volkscharacter, soul of the nation) which states that law is born from the beliefs of the nation⁶⁴.

Furthermore, F.K. von Savigny stated that law is one aspect of culture that lives in society. Therefore, the law is found in society, not created by the powerful. Law is a reflection of the soul of a nation that is unique and fundamental that differs from one nation. Law is not made by nature or God, but law can be traced in the pulse of people's lives. Law is the most important part of the life of society and the nation. Law exists, develops, weakens and strengthens

⁶⁴ Mathias Reimann, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, American Journal of Comparative Law, Vol. 37, 1989, hlm.95-98.

according to the conditions of society. This indicates that the law cannot be separated from society⁶⁵.

From the opinion of F.K. von Savigny, it can be seen that the ideal law is a law that is extracted from the community, not a law that is formed and separated from the context of the community in which the law lives. Such law is referred to as the living law, namely the law that lives, grows and exists together in social life. The state must not only transplant laws that are not from the soul and culture of its people, but the state is obliged to explore the living law.

From the descriptions above, the author suggests several characteristics of the living law, namely the law in unwritten form; non-autonomous nature (responsive or progressive); forms of legislation, customs, religious norms, and others; found in society; sanctions are not mandatory; the source of the formation of the social life of the community; the aim of justice; coercion of public awareness; sociological behavior.

When viewed from the sociological and anthropological aspects, Indonesian society is a pluralistic society with diverse cultures, religions, customs. Therefore, there are various laws that live in Indonesian society, for example customary law and Islamic law. So before Indonesia's independence, the Indonesian people already had the living law. In fact, there has been legal pluralism where every legal community has had its own law with its own style and characteristics.

According to F.C von Savigny, there is an organizational relationship between law and the character or character of a nation. The law is only a reflection of the *volkgeist*. Therefore, the customary law that grows and develops in the womb of the *volkgeist* must be seen as the true law of life. The true law is not made, it must be found⁶⁶.

3.2. Islamic Justice Theory

Justice is a relative concept. The scale of justice varies greatly from one country to another, and each scale of justice is defined and determined by the community in accordance with the social order of the community concerned.

Judging from the source of justice can be classified into two; positive justice and relational justice. Positive justice is the concepts of human products that are formulated based on individual interests as well as their collective interests. Scales of justice in this case develop

⁶⁵ Luis Kutner, Savigny: German Lawgiver, *Marquette Law Review*, Vol. 55, Issue 2 Spring, 1972, hlm. 283.

⁶⁶ Bernard LTanya, dkk, 2010, *Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta, Genta Publishing, hlm. 103

through tacit agreements and formal actions in short, this type of justice is a product of the interaction between expectations and existing conditions. While revelatory justice is justice that comes from God which is called divine justice. This justice is considered to apply to all human beings, especially to devout religious adherents⁶⁷.

The Prophet Muhammad as the bearer of the last message of Allah, also has the teachings of justice. If the Al-Qur'an and Al-Hadith are agreed upon as the two main and main sources and teachings of Muhammad, then Muslims have a strong grip on exploring and understanding the concept of justice which can then be applied in their individual and social lives.

The Qur'an as the main source of Islamic teachings, mentions justice a lot. The word al-Adl, in its various forms, is mentioned 28 times, the word al-Qisth in its various shighahs is mentioned 27 times, and the word al-Mizan which contains meanings relevant to both is mentioned 23 times⁶⁸.

The many verses of the Qur'an that talk about justice show that Allah SWT is the source of justice and commands justice in this world to His messengers and all His servants. Although there is not a single verse of the Qur'an that explicitly indicates that al-'Adl is an attribute of Allah, there are many verses that explain His justice⁶⁹.

Allah Almighty Himself with His word in the Qur'an, ordered to uphold justice to His apostles and all His servants. Allah's command addressed to the apostle is contained in Surah al-Hadid (57) verse 25: "Indeed, We have sent our messengers with clear evidence and have sent down with them the Book and the balance (justice) so that humans can uphold justice..."

This verse clearly implies that every apostle is a bearer of God's justice as stated in the Bible. For Muhammad saw the justice that he carried out in the Qur'an. This verse also confirms that mankind has the same task as the apostles in upholding justice, and the reference for Muslims in upholding justice is the Qur'an.

Allah SWT, as can be seen in Surah al-Maidah verses 8 and 9, commands the believers to uphold justice, and justice itself is classified into righteous deeds. Therefore, believers who uphold justice can be categorized as people who have tried to improve the quality of their piety. In other terms, it can be said that justice is one of the most tangible indicators and is close to piety. The Word of God is:

⁶⁷ Majid Khadduri, 1999, *Teologi Keadilan Perspektif Islam*, Surabaya, Risalah Gusti, hlm.10.

⁶⁸ Abd al-Baqi, Muhammad Fu'ad, 1987, *al-Mu'jam al-Mufahras li Al-Fadh al-Qur'an al-Karim*, Bairut, Dar al-Fikr, hal. 448-449 dan 544-545.

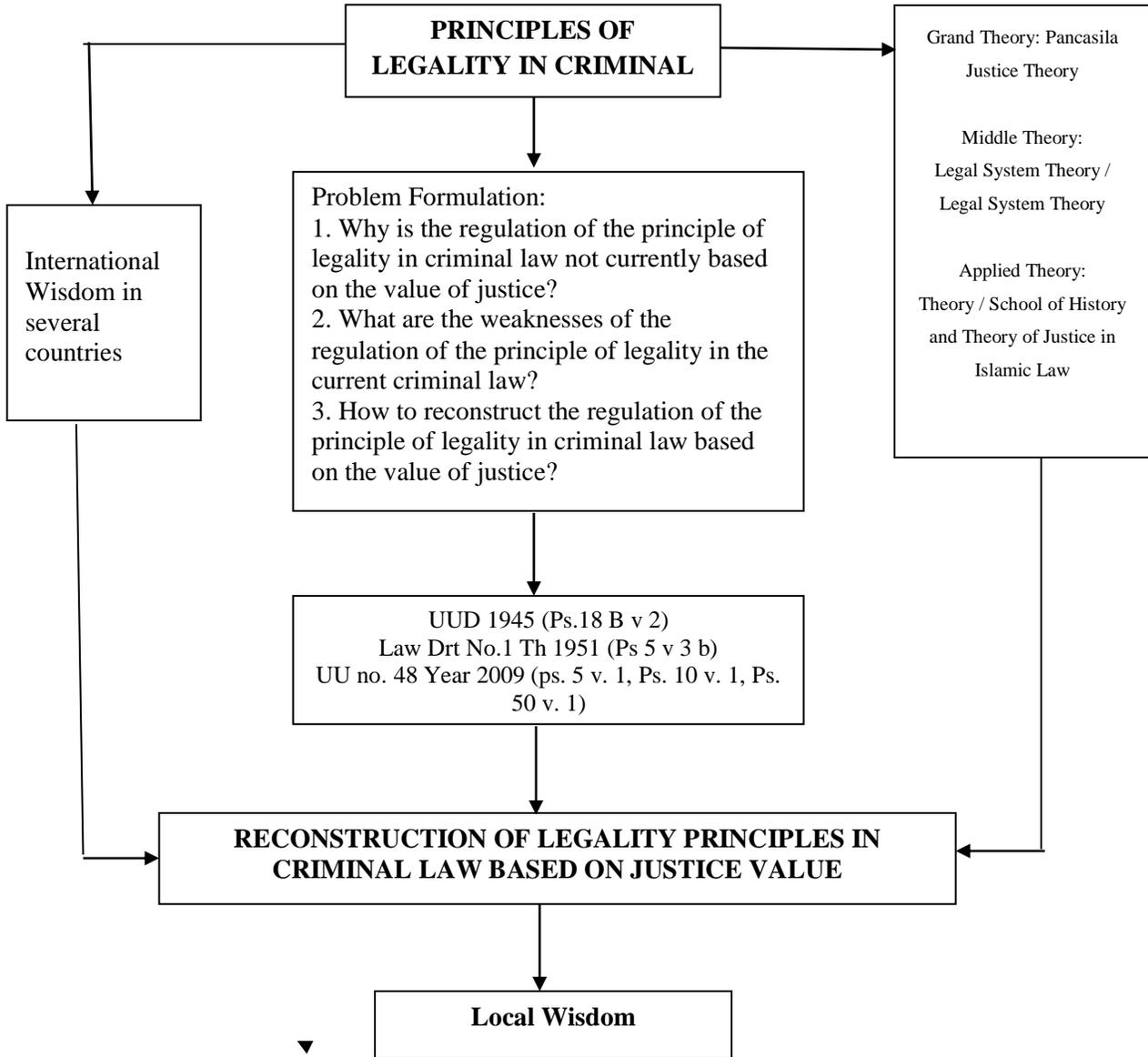
⁶⁹ Shihab M. Quraisy, 1996, *Wawasan Islam*, Mizan, Bandung, hal. 149

"O you who believe, be those who uphold (the truth) for Allah, be witnesses with justice. And do not let your hatred of a people encourage you to act unjustly. Be fair, because justice is closer to piety and fear Allah, verily Allah is Knowing of what you do. Allah has promised those who believe and do righteous deeds that they will have forgiveness and a great reward." The verse commands to uphold justice in the field of law, both the position of the believer as a judge and witness.

In another verse, Allah also commands to uphold justice in the form of speech even to relatives. This is found in the letter al-Anam (6) verse 152: "... And when you say, then speak fairly even to relatives".

In that verse also Allah SWT ordered to manage the property of orphans well, and to perfect the measure and scales fairly. "And do not approach the property of an orphan, except in a way that is beneficial - just until you reach adulthood. And perfect the measure and the scales with justice..

D. Framework



The basis for the punishment of an act is closely related to the problem of the source of law or the legal basis for declaring an act as a criminal act or not. Indonesia as stated in the 1945 Constitution of the Republic of Indonesia, Article 1 paragraph 3, that Indonesia is a state of law. In the Indonesian legal state, in addition to written law or statutory regulations as the main source of law, it also recognizes the existence of unwritten law or living law in society as a source of law. Thus, in addition to written sources of law (laws) as the main formal

criteria/benchmarks, they also still give place to unwritten sources of law that live in society as the basis for determining whether an act should be punished. The reasons for the recognition of the unwritten law are, among others, based on:

a. Article 5 (3) sub b of Law Number 1 Drt. year 1951

b. Article 18 B (2) UUD NKRI 1945

c. Law No.48 of 2009 concerning Judicial Power

- Article 5 (1)

- Article 10 (1)

- Article 50 (1)

Starting from the national legislation policy, it can be said that the extension of the legality principle is materially relevant to be used as a principle in criminal law to update or replace the legality principle in the current criminal law, namely Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code. Guidelines/criteria/signs for determining which material legal sources can be used as sources of law (source of legality), are "as long as they are in accordance with the values of Pancasila and/or general legal principles recognized by the people of nations". So, the guidelines/criteria are based on national and international values. In accordance with national values (Pancasila), meaning in accordance with the values of the religious moral paradigm, humanity (humanist), nationality, democracy (populist/wisdom wisdom), and social justice.

E. Research Method

1. Research Paradigm

In relation to the formulation of the problem and the objectives of this study, the paradigm used in this study is the positivism paradigm. Positivism is an understanding that holds that every methodology that is thought of to find the truth should treat reality as something that exists, as an object, which must be separated from any kind of subjective metaphysical preconceptions.

Legal positivism is one of the schools of thought in law. The essence of legal positivism's view is that law is the norms or rules set forth in laws and regulations, so that they are concrete and formulated in clear and firm formulations.

2. Research Approach

The research conducted by the author is more aimed at the legal approach and the case approach. The legal approach is carried out by reviewing all laws and regulations related to the legal issues being handled. The case approach is carried out by examining cases related to the issues at hand that have become court decisions. The author conducts research with the aim of drawing out legal principles (“rechtsbeginselen”) that can be carried out on written positive law and unwritten positive law.

This research belongs to the tradition of doctrinal law research with a normative juridical approach. This research works to find the right answers by proving the truth that is sought or from legal prescriptions written in the book of laws and the underlying teachings or doctrines. Normative legal research or also called library legal research is legal research carried out by examining library materials or secondary data.

3. Research Type

This type of research is descriptive-analytical, descriptive means to describe or examine legal issues relating to the Principle of Legality in Criminal Law Based on Justice Values, while analytical means that the research data is processed first, then analyzed and then carefully described about the principles. legality in criminal law is based on the perspective of law enforcement based on the value of justice.

Analytical descriptive research also describes the applicable laws and regulations associated with legal theories and practices of implementing positive law concerning the problems in the research.

4. Data Source

Sources of data that will be used in this study are secondary data. Secondary data is a type of data obtained indirectly from the source, such as reading materials in the form of books, papers or research results, documents, laws and regulations, court decisions, statistical data and so on.

5. Data Collection Techniques

Regarding the data collection technique in this research, it is by using a literature review technique (documentary study). The materials used are in the form of primary legal materials, namely laws and other statutory regulations, secondary legal materials in the form of studies, analysis and research results on related laws or decisions. The legal library used is to review and

study scientific works on theories and doctrines of positive law and Islamic law from books, articles, magazines, internet (websites) or other sources related to the issues discussed, and legal materials. tertiary, namely legal materials that provide instructions and explanations of primary and secondary legal materials. Such as websites, encyclopedias, dictionaries.

6. Data Analysis Techniques

The data analysis used in this research is qualitative data analysis, which is a research procedure that produces analytical descriptive data, namely what is obtained from library research, researched and studied as a whole.

The data that has been collected and complete are selected and arranged systematically, and then analyzed using the existing theoretical basis, so as to reach a conclusion.

F. Discussion

1. Regulation of the Principle of Legality in Criminal Law is currently not based on the value of justice

The 1945 Constitution is a constitution, as a basic law as well as proof of a legal reform in Indonesia, which was originally called the Dutch East Indies, which should have a different legal system, as an independent state.

Legal reforms after the stipulation of the 1945 Constitution as a constitution are always carried out in order to achieve the objectives of the state as formulated in paragraph 4 of the Preamble to the 1945 Constitution which states;

Then from that to form an Indonesian State Government that protects the entire Indonesian nation and the entire homeland of Indonesia and to promote public welfare, educate the nation's life, and participate in carrying out world order based on independence, eternal peace and social justice, the independence of the Indonesian nation is compiled in a Constitution of the State of Indonesia, which is formed in an arrangement of the Republic of Indonesia which is sovereign by the people based on the One Supreme Godhead, just and just humanity. civilized society, Indonesian Unity and Democracy led by wisdom in deliberation/representation and by realizing social justice for all Indonesian people.

Thus, the purpose of the state is to protect the entire Indonesian nation and the homeland of Indonesia, promote public welfare, educate the nation's life and participate in implementing world order based on Pancasila. This goal, of course, requires a legal system, the order in which it is implemented in the renewal of Indonesian law, including reforms in criminal law.

Criminal Law is one part of the law, the enforcement of which is carried out by the Judicial Power which in the 1945 Constitution is contained in CHAPTER IX Articles 24,24A, 24B and 24C.

Article 24 states as follows:

- (1) Judicial power is an independent power to administer justice in order to enforce law and justice.
- (2) Judicial power is exercised by a Supreme Court and judicial bodies under it in the general court environment, religious court environment, military court environment, state administrative court environment, and by a Constitutional Court.
- (3) Other bodies whose functions are related to judicial power are regulated by law.

Other provisions relating to judicial power are contained in Article 28D paragraph (1) which states: Everyone has the right to recognition, guarantee, protection and fair legal certainty and equal treatment before the law.

Criminal Law enforcement, which is part of the Judicial Power, is substantively based on the Criminal Code (KUHP) derived from *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie (WvS v NI)*, which came into force based on the Transitional Rules of the 1945 Constitution (before the amendment) Article II, which was then followed up by the promulgation of Law Number 1 of 1946 concerning the Regulation of Criminal Law, under the name of the *BOOK OF CRIMINAL LAW ACT (KUHP) or Wetboek van Strafrecht (WvS)*.

Thus, the Criminal Code which comes into force based on Law Number 1 of 1946 must not conflict with the constitution as the basic law, namely the 1945 Constitution. If the Judicial Power is declared to be an independent power to administer justice to uphold law and justice, then the use of the Criminal Code is also oriented towards on law enforcement and justice.

Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code states that: No act can be punished except on the strength of the criminal rules in the existing legislation, before the act is committed. This provision is commonly called the provision on the principle of legality.

Thus, if the provisions concerning criminal acts are combined based on the laws and regulations, it can be concluded as follows:

1. An act that can be punished is an act that is prohibited by the Criminal Law.
2. The act is contrary to legal values and the sense of justice that exists in society.
3. The act is contrary to justice based on the One Godhead.

Thus, the judge in deciding a case must;

1. Based on justice based on God Almighty.
2. The act is contrary to the written law (law).
3. Contrary to the law that lives in society (the living law).

Judges in deciding cases are not only normative juridical, but also cultural juridical and religious juridical. Judges in deciding cases cannot solely use the Criminal Code which is a colonial legacy, but the Criminal Code used must not conflict with the 1945 Constitution as the basic law (constitution), which contains Pancasila which is a legal ideal, which according to Hans Kelsen is called the ground norm.

Friedman stated that law as a system consists of 3 sub-systems, namely legal substance, legal structure and legal culture. These sub-systems are interrelated in law enforcement. Law enforcement will run well if the three sub-systems are good. Likewise, if there is a problem between the sub-systems, then law enforcement will also have problems.

The case of Mbah Minah, who was found guilty by the judge of committing theft and sentenced to prison for 1 month 15 days with a probationary period of 3 months, received a reaction from the wider community, because it was seen that the punishment of Mbah Minah hurt the community's sense of justice.

Banyumas District Court on November 18, 2009 issued a verdict, Ms. Minah was guilty of the crime of theft, with a sentence of 1 month and 15 days in prison, with a probationary period of 3 months. After the verdict was read, visitors at the trial flocked to meet Ms. Minah, and spontaneously collected money to transport Ms. Minah home. Prosecutor Noor Hani'ah also gave money for transportation home. Judge Muslich Bambang Luqmono, who presided over the trial, actually met Ms. Minah, with tears in her eyes, approached and greeted and kissed Ms. Minah's hand.

Judge Bambang, when interviewed by reporters, was of the opinion that such a case should not need to be tried in court. He asked to be resolved amicably. The Public Prosecutor, Noor Hani'ah stated that her party could not stop this case because the case files handed over from the Police were complete.

Mbah Minah's case, which was a simple case in a remote area, was able to attract the attention of the wider community, including Law Enforcement Officials at the central level, including the Minister of Law and Legislation of the Republic of Indonesia, because there seemed to be a clash between legal certainty that declared Ms. Minah guilty. and was sentenced to 1 month and 15 days in prison with a probationary period of 3 months, with a sense of justice as evidenced by the response of the community including the Public Prosecutor and the Judge

deciding the case, who spontaneously gave Mbah Minah his lunch and even the Judge who decided the case shook hands while kissing the convict's hand.

Friedmann states that Legal Science functions to solve concrete problems with the aim of achieving justice, stability and prosperity. From Friedmann's opinion, it can be concluded that law is an institution of justice. Therefore, to talk about law and at the same time talk about justice. Enforcing the law means upholding justice.

The question is, have judges in deciding cases paid attention to living law in addition to formal law (positive law) or law? From the ongoing judicial process, it appears that the Criminal Justice System (SPP) only refers to positive law, not paying attention to living law.

Law Number 48 of 2009 concerning Judicial Power, in Article 5 states that Judges are obliged to explore and understand the legal value and sense of justice that live in society. In Article 5 it is expressly stated that the value of law and justice that develops in the community must be a judge's consideration in deciding cases. So the judge is not sufficient to base his decision only on the Criminal Code.

Moreover, when viewed from a historical perspective, the Criminal Code originates from the WvS NI which was in effect during the Dutch East Indies colonial administration, whose validity was based on the signs of the 1945 Constitution (before it was amended), especially the Transitional Auran Article I and Law No. 1 of 1946 in conjunction with Law No. 73 of 1958, namely WvS NI was enforced in Indonesia with the provision that its name was changed to WvS or KUHP, and adapted to the atmosphere of an independent country.

Thus the Criminal Code applies with signs;

1. Does not conflict with Pancasila which is a legal ideal or

Rechtsidee/Grundnorm/Basic norm¹¹ which according to Stufenbau theorie¹¹ underlies the laws and regulations of a country including the constitution/basic law (in this case the 1945 Constitution).

2. Does not conflict with the 1945 Constitution, as basic law, especially articles related to law enforcement, including: Article 18 B, Article 24 paragraph (1), Article 28 D paragraph (1), and Article 29 paragraph (1).

3. In line with Law Number 48 of 2009 concerning Judicial Power in the framework of the development of the National Legal System (SISKUMNAS).

Pancasila as a legal ideal (rechtsidee/grundnorm/basic norm) can be understood as a construction of thinking which is a must to direct the law to the ideals desired by society.

Article 18 B of the 1945 Constitution states:

(1) The state recognizes and respects special or special regional government units which are regulated by law.

(2) The state recognizes and respects customary law community units and their traditional rights as long as they are still alive and in accordance with the development of society and the principles of the Unitary State of the Republic of Indonesia, which are regulated by law.

Article 24 paragraph (1) of the 1945 Constitution states:

Judicial power is an independent power to administer justice in order to enforce law and justice. Article 28 D of the 1945 Constitution paragraph (1) states: Everyone has the right to recognition, guarantees, protection, and fair legal certainty and equal treatment before the law.

Article 29 paragraph (1) of the 1945 Constitution: The state is based on the One Godhead. Law Number 48 of 2009 concerning Judicial Power states about legal certainty and justice that must be upheld as follows:

Section 2; The State Court applies and enforces law and justice based on Pancasila.

Article 5 paragraph (1); Judges are obliged to explore, follow, and understand the legal values and sense of justice that live in society.

Article 50 paragraph (1); All court decisions contain certain articles of the relevant laws and regulations or unwritten sources of law that are used as the basis for adjudicating.

The principle of legality that underlies Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code should be reinterpreted in accordance with the atmosphere of Indonesia as an independent country based on Pancasila which is the ideal of law, the 1945 Constitution and other laws and regulations, including Law Number 48 of 2009 concerning Judicial Power as stipulated in the National Legal System (SISKUMNAS).

Barda Nawaie Arief stated that it was necessary to reinterpret the principle of legality in the context of the National Legal System (SISKUMNAS) as follows;

1. The essence or nature of the principle of legality is the principle of the source of the law. In the context of Siskumnas, sources of law are not only formal sources of law (Law/Written Law), but also Material Law Sources (Unwritten Law that lives in society). So the principle of legality is not only interpreted as the principle of formal legal certainty, but also material legal certainty, not only interpreted as *nullum delictum sine lege*, but also *nullum delictum sine ius*.

2. The principle of legality at its core also contains the principle of *Lex Temporis Delicti* (LTD), that is, a person can only be punished based on the lex that existed/applicable at the time the offense was committed. In the context of the National Social Security System, the lex that

existed at the time the offense occurred, could also be a living law/applicable in society. So if someone is declared to have committed an act that is against the law or in accordance with the law/customs prevailing in society at the time the act was committed, then this does not conflict with the LTD principle.

3. In the context of the National Social Security System, the principle of legality should not only be seen / interpreted as the principle of legal certainty (principle of certainty; the rule of law), but must also be seen / interpreted as the principle of justice (principle of justice; the rule of justice), as stated by Douglas Husak, that the principle of legality is essentially the principle of justice. Moreover, Article 28 of the 1945 Constitution uses the term fair legal certainty.

The judge who presided over Mbah Minah's trial when asked for a response about Ms. Minah's case answered while holding back tears; Three cocoa beans mean a lot to farmers to be used as seeds, and to the company the number is meaningless.

Bambang said he was touched by what happened to Minah because she remembered the lives of her parents who are also farmers. According to Bambang, Minah's grandmother's case, which is considered minor, has injured many people. Patrialis Akbar, Minister of Law and Human Rights at the time commented on Ms. Minah's case as follows: Law enforcers should have humanitarian principles, not just carry out the law in a positivistic way. I think that is very embarrassing, (Presidential Palace Complex; Medan Merdeka Utara, Jakarta, Friday 20112010). Law enforcers really have to have humanitarian principles, how can old women be like that.... The judge just cried when he saw the grandmother. Patrialis promised to create a system that can answer the problems that Minah's grandmother is currently experiencing, later we will create a system...the prisons are full now...

Observing the statements of Bambang and Patrialis Akbar, it can be concluded that both of them acknowledge and feel that bringing Mbah Minah's case hurts the community's sense of justice in addition to the consideration of unequal costs and losses.

Based on these thoughts, Mbah Minah's case should not even be appropriate to be processed in the Criminal Justice System because substantively the actions committed by Ms. Minah are not materially against the law and are contrary to the sense of justice that lives in society.

If Mbah Minah's case is seen as an act that is not against the law, surely the community's sense of justice can be realized, because the justice that is enforced is in accordance with the aspirations of the community, namely justice in accordance with local wisdom, as the embodiment of the implementation of Bhineka Tunggal Ika which is the embodiment of Bhineka Tunggal Ika. from the 3rd Precept of Pancasila, Indonesian Unity. Besides that, it is also able to realize humanistic justice, humane justice, as the implementation of the 2nd Precept of Pancasila, Just and Civilized Humanity. Religious justice is also manifested as the implementation of the

first precepts of Pancasila, Belief in One God. If Ms. Minah is not processed through the Criminal Justice System, it means that material legal certainty has been enforced to realize justice in accordance with the ideals of the nation's law, namely Pancasila.

When examined from the enforcement of the legal system according to Friedmann, which consists of substance, structure and culture, it is necessary to conduct a more progressive study of substance and culture, namely substantially legal certainty is not only understood formally but should be understood materially. Unlawful nature should also be understood materially, whether substantively / materially an act is a criminal act or not. If this is done, then what is realized is not only formal justice but also substantive justice.

Culturally, thus, recognized law is not only formal law, positive law, statutory law but also law that lives in society (the living law).

The reform of the Criminal Law is part of the National Law Development, which is also part of the National Development which aims to realize the goals of the state as formulated in paragraph 4 of the 1945 Constitution based on Pancasila as a legal ideal (rechtsidee/grundnorm). Basically the purpose of the state is to realize social welfare and social protection (social welfare and social defense) based on Pancasila as the grundnorm.

Criminal Law as a system, as stated by Friedmann consists of: legal substance, legal structure and legal culture. The Criminal Code is the parent of substantive/material criminal law, and is part of the legal substance.

Thus, if a criminal law reform is to be carried out, there must be a legal substance reform, a legal structure reform and a legal culture reform. The legal reform must be based on Pancasila as a legal ideal (rechtsidee/grundnorm).

2. Weaknesses of Legality Principle Regulations in Current Criminal Law

Lawrence M. Friedman presented a Theory of Legal System (the Theory of Legal System) in which there are three main elements of a legal system which includes Structure, Substance, and Culture⁷⁰. Legal structure according to Friedman is "The structure of a system is its skeletal framework; ...the permanent shape, the institutional body of the system." This means that the structure of a system is its framework; a permanent form, the institutional body of the system. The substance of the law is "The substance is composed of substantive rules and also

⁷⁰ Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, (New York: Russel Sage Foundation, 1975), h.14.

about how institutions should behave". This means that the substance of law consists of substantive rules and also how institutions should behave.

Legal culture according to Friedman is "It is the element of social attitude and value. Behavior depends on judgment about which options are useful or correct. Legal culture refers to those parts of general culture—customs, opinions, ways of doing and thinking—that bend social forces toward or away from the law." This means that legal culture is an element of social attitudes and values. Behavior depends on judgments about which choices are useful or correct. Legal culture refers to those parts of general culture—customs, opinions, ways of doing and thinking that turn social forces toward or away from law.

Lawrence M. Friedman's Legal System Theory has been used as a reference in formulating national law development plans. This is evidenced by the inclusion of Legal System Theory in the Law of the Republic of Indonesia Number 17 of 2007 concerning the National Long-Term Development Plan (RPJPN) 2005-2025. In the appendix, it is stated that legal development is directed at the realization of a national legal system originating from Pancasila and the 1945 Constitution. Legal development includes the development of materials, structures including legal apparatus and legal infrastructure, as well as creating a society that has high awareness and legal culture for realize the rule of law, and create a just and democratic society⁷¹.

The Legal System Theory from Lawrence M. Friedman was also used as an initial basis in the preparation of the Grand Design of National Law Development, where legal development is directed to the realization of a national legal system that is stable and capable of functioning both as a means of achieving order and prosperity, as well as as a means for implementing development. . Basically, legal development includes the arrangement of material (substance), institutional (structure), and culture (culture). These elements influence each other, therefore the law must be built in an integrated and sustainable manner, and has a global perspective.

According to Lawrence M. Friedman, every legal system consists of 3 (three) sub-systems, namely the legal substance sub-system, the legal structure sub-system, and the legal culture sub-system⁷². The legal substance includes legal material, which includes statutory regulations. The legal structure concerns the law-implementing institutions (institutions), the authority of the institutions and personnel (law enforcement officers). Meanwhile, legal culture concerns the behavior (law) of the community. These three elements affect the success of law enforcement in a society (state), which synergize with each other to achieve the goal of law enforcement itself, namely justice. One of the subsystems that need attention at this time is the

⁷¹ Republik Indonesia, *Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional 2005-2025*, (Jakarta: 2007), Lampiran.

⁷² Lawrence M. Friedman, *Hukum Amerika: Sebuah Pengantar*, Terjemahan dari *American Law An Introduction*, 2nd Edition, Alih Bahasa: Wisnu Basuki, Jakarta: Tatanusa, 2001, hlm. 6-8

legal structure. This is because the legal structure has a strong influence on the color of legal culture. Legal culture is a mental attitude that determines how the law is used, avoided, or even abused. Legal structures that are not able to move the legal system will create disobedience to the law. Thus the legal structure that abuses the law will give birth to a culture of twisting and abusing the law. The running of the legal structure is very dependent on the implementer, namely law enforcement officials.

Basically, legal reform must touch the three legal components presented by Lawrence Friedman which include: a. Legal structure, in the sense that the legal structure is a legal institution that supports the legal system itself, which consists of legal forms, legal institutions, legal instruments, and their processes and performance b. Legal substance, which is the content of the law itself, meaning that the content of the law must be something that aims to create justice and can be applied in society c. Legal Culture, this is related to the professionalism of law enforcers in carrying out their duties, and of course public awareness in obeying the law itself. In terms of legal material/substance, improvements need to be made not only to include the possibility of adopting new legal institutions that have emerged within the framework of economic globalization which can lead to a trend towards legal globalization, but also adaptation to new paradigms in the government system, especially with regard to regional autonomy, for example the possibility of the application of local customary law provisions for certain legal relationships or legal events. The improvement of the legal material/substance can be implemented through 3 alternatives, namely: a. Formulate and stipulate new legal provisions for matters that have not been regulated at all; b. Transforming international legal provisions into national legal provisions through the instrument of ratification/ratification of related international treaties; and c. Modify existing legal provisions to keep up with the development of legal awareness and needs that develop in society.

The journey of legal reform is said to have not been optimal considering the reality of law enforcement that has occurred to this day. Legal certainty is still enforced through a regulatory approach or legislation or a legislative approach, not yet through law enforcement by the court as the last bastion of justice-seeking communities or a lawenforcement and an independent judiciary approach. Although the rule of law is shouted out loud, in line with that respect for the law is only limited to formalistic and procedural. Disrespect for the law is getting worse when the law is only seen as textual and very positivistic, denying the aspect of justice which is its spirit. Institutions and legal apparatus only prioritize formal justice without regard to substantial justice so that everything is seen in black and white⁷³.

⁷³ M. D, Mahfud, Moh, *Keniscayaan Reformasi Hukum : Upaya Menjaga Jati Diri Dan Martabat Bangsa*, Makalah dalam Konvensi Kampus VI dan Temu Tahunan XII Forum Rektor Indonesia (FRI) di Universitas Tanjungpura Pontianak, 9 Januari 2010, Hal 8.

Often the emphasis on law enforcement is always placed on the aspect of order alone. This is most likely due to the fact that law is identified with the enforcement of legislation, an assumption like this is very wrong, because the law must be seen in one system, which causes certain interactions in various elements of the legal system that do not only refer to the rules (codes of rules).) and regulations, but covers a broad field, including structures, institutions and processes (procedures) that fill them and are related to the law that lives in society (living law) and legal culture (legalculture).

In the context of law enforcement, legal culture is a very important element. Legal culture includes the views, habits and behavior of the community regarding the values and expectations of the applicable legal system, in other words, legal culture is the climate of social thinking about how the law is applied, violated or implemented. Every society, state and community has its own legal culture which is influenced by cultural values that live in the community, be it ethnicity or custom or religious influences.

Seeing this reality, law enforcers should not only prioritize formal legal aspects. Law enforcement that only starts from the substance of formal legal norms contained in the law, will tend to injure people's sense of justice. The emphasis should also be on the living law. Furthermore, law enforcers must pay attention to legal culture, to understand attitudes, beliefs, values and expectations as well as people's thoughts on the law in the applicable legal system.

Theoretically, the purpose of law includes three things, namely justice, certainty, and expediency. Justice can be said to be the main goal that is universal. Justice is indeed an abstract concept, however, the concept of justice contains the meaning of protecting rights, equality and position before the law, as well as the principle of proportionality between individual interests and social interests. The abstract nature of justice is because justice cannot always be born from rationality, but is also determined by the social atmosphere which is influenced by other values and norms in society. Therefore, justice also has a dynamic nature which sometimes cannot be accommodated in positive law⁷⁴.

3. Reconstruction of Legality Principles in Criminal Law Based on Justice Values

The existence of the principle of legality leaves a polemic in terms of law enforcement. In the conception of the rule of law, the existence of the principle of legality is a priority in nature, but the principle of legality must be exceptional in looking at crime. who live in society (living

⁷⁴ Moch.Mahfud MD.,*Penegakkan Hukum Dan Tata Kelola Pemerintahan Yang Baik,Bahan Pada Acara Seminar Nasional "Saatnya Hati Nurani Bicara"* yang diselenggarakan oleh DPP Partai HANURA, Jakarta 8 Januari 2009, Hal. 2-3

law). This formulation is ideal because it accommodates the unlawful nature of formal and material.

Breaking the law is one of the absolute elements of an offense. Because Article paragraph (1) of the Criminal Code adheres to the teachings of formal legality (*nulla poena sine lege*) then against the law in this case is interpreted narrowly as contrary to the legislation. This means that an act is classified as against the law if it is against the written law. The formulation of formal legality is the biological child of the flow of legism inherited from the French Penal Code which aims to provide absolute protection for legal certainty as a reaction to absolute uncertainty in the era of absolutism. With the formulation of the principle of legality, if there is an act that according to the community is very disgraceful, so that it deserves to be punished, the act will not be punished can be punished if it turns out that there is no legislation that defines the act as an offense.

According to the teachings of the unlawful nature of a formal act, an act is qualified as against the law if it is contrary to written legislation, as well as the unlawful nature of the act can only be removed with justifications formulated in written legislation so that unwritten law has no place in the law criminal law.

The doctrine of the nature of against material law recognizes written law as a law in addition to written legislation. The teaching of material unlawful nature in its positive function states that unwritten law can be used as a basis for qualifying an unlawful act, meaning that an act that according to the community is inappropriate or contrary to the sense of community justice (contrary to unwritten law) can be declared as an unlawful act and therefore (if it fulfills other conditions of punishment) it can be punished. This teaching is not adopted in Indonesian criminal law because it clearly contradicts the principle of legality as formulated in Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code. Meanwhile, the teaching of unlawful nature in a negative function states that unwritten law can be used as a basis for eradicating the unlawful nature of an act that has fulfilled the formulation of the offense in the (written) legislation. In other words, the unwritten law can serve as a justification. This teaching does not conflict with the principle of legality in Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code because what is prohibited in Article paragraph (1) of the Criminal Code is to use unwritten law as a basis for punishment, while in the teaching of unlawful material nature in a negative function, unwritten law is used as a basis for abolish crime⁷⁵.

The basic idea "there is no criminal act without a crime according to criminal legislation and the law that lives in society (living law)" is that every criminal act always causes material and immaterial losses to the victim. It is a must that every perpetrator of a criminal act is

⁷⁵ Ibid.

punished. Therefore, in this case, the principle of legality must be a compromise. The principle of legality must be extroverted. The weakness of the ontological and axiological and teleological foundations of the Legality Principle is due to the building of the Legality Principle based on the formulation "nullum crimen sine poena legali" (no crime without punishment/punishment according to the law). In the event of a crime extra ordinaria (strafwaardig) because it causes harm to the victim, this formulation only builds the relativity between the criminal act and the criminal law and between the authorities and the perpetrator by providing value benefits to the perpetrator of the act (offender oriented). This is a limitation on the axiological aspect of the substance.

In another perspective, I believe that from the victim-oriented perspective, for and in the name of the protection of the victim, all actions that harm the victim must be prosecuted and punished. Orientation to the interests of victims is built on the idea "there is no criminal act without a crime according to criminal legislation and the law that lives in society (living law)". This idea will form a criminal law that will prosecute and punish all criminal acts, both mala prohibita and crimina extra ordinaria on the grounds that all these acts are actions that always harm the victim⁷⁶.

The idea "about no criminal act without a criminal according to" criminal legislation and the law that lives in society (living law)" which has implications for being victim-oriented turns out to be factually existing. Several decades ago, six (6) years after the Indonesian nation became independent in 1951 to be exact, the government issued a law, namely the Emergency Law of the Republic of Indonesia Number 1 of 1951 (UU Drt 1951) concerning the Swapraja Court. Article 5 paragraph (3) point b determines "the judge imposes a maximum imprisonment of three (3) months and/or a maximum fine of five hundred rupiahs for acts which according to living law and must be considered as offenses that have no equivalent. in the Criminal Code". The provisions of Article 5 paragraph (3) point b of the law, according to the author, talk about the necessity to punish crimina extra ordinaria because it is contrary to the living law (against material law).

The idea of "no criminal act without any crime according to criminal legislation and living law" which has implications for victim orientation has been dreamed up by the Indonesian people since 1964 in the new Criminal Code, but has not been realized to this day. Although the new UUHP has yet to be realized, there is now a 2019 Criminal Code Bill which has implicitly taken into account the idea of nullum crimen sine poena. This can be found in the first book on the general provisions of the Draft Criminal Code Article 2 paragraph (1) which stipulates that: "The provisions as referred to in Article 1 paragraph (1) do not reduce the enactment of the law

⁷⁶ Deni Setyo B.Y., Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana (Setara Press 2014) 192-193.

that lives in society which determines that a person deserves to be punished even though the act is not regulated. in legislation'. Paragraph 2 determines: "The law that lives in society as referred to in paragraph (1) is in accordance with the values contained in Pancasila, human rights, and general legal principles recognized by the people of nations." And in the second book (2) Chapter XXXVI of Article 756 paragraph (1) stipulates that: "Anyone who commits an act which according to an unwritten law is declared a prohibited act and is threatened with criminal sanctions is a criminal act. "From the formulation of Article 2 paragraph in conjunction with Article 756 paragraph (1) of the Draft Criminal Code above, we can state that the basic idea of the formulation of the article is in line with "there is no criminal act without a crime according to criminal legislation and the law that lives in society (living law).)".

Table of Reconstruction of Legality Principles in Criminal Law

The principle of legality according to the Criminal Code	Weaknesses	The reconstruction
Formulation of the principle of legality in Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code (WvS) a. There is no action can be punished unless on the power of the rules criminal in legislation	a. the principle of legality is only able to reach mala prohibita, but cannot reach crimina extraordinaria, an act that deserves to be punished, but not an act that can be punished because it is not prohibited by criminal law, so that there will be	Formulati on of the principle of legality in Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code (WvS) a. No act can be punished except on the

<p>that existed before the deed is done.</p>	<p>more and more acts that cannot be prosecuted for and in the name of the principle of legality.</p> <p>b. the principle of legality results in an imbalance of legal protection provided to perpetrators and victims and/or the public;</p> <p>c. the principle of legality separates law and morals and values of justice, whereas morals and values of justice are substantial aspects of law;</p> <p>d. The principle of legality in current criminal law cannot always accommodate a sense of community justice, because the sense</p>	<p>strength of the criminal rules in criminal legislation that existed before the act was committed</p> <p>b. The formulation of the principle of legality in criminal law is not only based on the principle of formal legality, but is also based on the principle of material legality, both in its positive and negative functions.</p>
----------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>of community justice is always dynamic in line with the dynamics (development) of time, circumstances, and the culture of the community itself.</p>	
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERSETUJUAN.....	ii
PERNYATAAN KEASLIAN DISERTASI.....	iii
MOTTO.....	iv
PERSEMBAHAN.....	v
KATA PENGANTAR.....	vi
ABSTRAK.....	x
ABSTRACT.....	xi
RINGKASAN.....	xii
SUMMARY.....	lxxi
DAFTAR ISI.....	cvii
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Perumusan Masalah.....	18
C. Tujuan Penelitian.....	18
D. Kegunaan Penelitian	18
E. Kerangka Konseptual.....	19
F. Kerangka Teori.....	25
G. Kerangka Pemikiran.....	57
H. Metode Penelitian.....	60
1. Paradigma Penelitian.....	60
2. Pendekatan Penelitian.....	62

3. Jenis Penelitian.....	64
4. Sumber Data.....	64
5. Teknik Pengumpulan Data.....	66
6. Teknis Analisis Data.....	66
I. Orisinalitas Penelitian	68
J. Sistematika Penulisan.....	70
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	72
A. Tinjauan Umum Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana.....	72
1. Pengertian dan Sejarah Asas Legalitas dalam Hukum Pidana.....	72
2. Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana.....	101
3. Urgensi Asas Legalitas dalam Hukum Pidana	108
4. Makna yang Terkandung di dalam Asas Legalitas.....	117
B. Eksistensi Hukum Yang Hidup (<i>Living Law</i>) Dalam Masyarakat Di Indonesia.....	120
C. Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Islam.....	141
D. Asas Legalitas Dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.....	148
E. Kebijakan Penegakan Hukum Pidana.....	153
F. Perkembangan Teori/Ajaran Sifat Melawan Hukum Dalam Hukum Pidana.....	164
G. Penerapan Asas Legalitas Materiil Dalam Putusan Pengadilan/ Yurisprudensi di Indonesia.....	173
BAB III REGULASI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA DI INDONESIA SAAT INI BELUM BERBASIS NILAI KEADILAN.....	192
A. Konsekuensi Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat ini.....	192

B.	Perluasan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana.....	206
C.	Urgensi Perluasan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan.....	220
D.	Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat Ini Belum Berbasis Nilai Keadilan.....	233
BAB IV KELEMAHAN REGULASI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA		
	SAAT INI.....	262
A.	Sistem Hukum di Indonesia.....	262
B.	Kelemahan Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat Ini.....	266
BAB V REKONSTRUKSI REGULASI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM		
	PIDANA YANG BERBASIS NILAI KEADILAN.....	275
A.	Perbandingan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana di Beberapa Negara.....	275
B.	Rekonstruksi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) di Indonesia.....	281
C.	Rekonstruksi Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana yang Berbasis Nilai Keadilan.....	286
BAB VI PENUTUP.....		
A.	Kesimpulan.....	296
B.	Implikasi Kajian Desertasi.....	300
1.	Implikasi Toritis.....	300

2. Implikasi Praktis	305
C. Saran.....	308
DAFTAR PUSTAKA.....	311

BAB I

PENDAHULUAN

B. Latar Belakang Masalah

Kehidupan bermasyarakat tidak hanya diatur oleh hukum, akan tetapi harus berpedoman juga kepada agama, moral, kesopanan dan kaidah sosial lainnya. Hukum erat hubungannya dengan kaidah sosial. Hukum sebagai kaidah sosial tidak lepas dari nilai yang berlaku dalam suatu masyarakat. Hukum sebagai cermin dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Hukum disebut baik apabila sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat.⁷⁷

Indonesia adalah negara hukum sebagaimana dinyatakan di dalam Pasal 1 ayat 3 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Hukum bersumber dari nilai – nilai yang hidup di masyarakat baik yang sifatnya tertulis maupun tidak tertulis, di mana sumber hukum yang tidak tertulis ini banyak sekali ditemui di Indonesia. Wujud dari hukum tidak tertulis ini dapat berupa hukum adat maupun kearifan lokal (*local wisdom*) yang eksistensinya tetap diakui sebagai sebuah norma dan mempunyai daya ikat dan sanksi.

Pada Pasal 18 ayat 2 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 menyebutkan bahwa “Indonesia mengakui eksistensi hukum adat dan hak-hak tradisionalnya“. Hakim dan hakim konsitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.⁷⁸ Selain itu, putusan pengadilan di samping harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu

⁷⁷ Mochtar Kusumaatmadja, 2002, *Konsep-konsep hukum dalam Pembangunan*, Pusat Studi Wawasan Nusantara: Alumni Bandung, hlm. 13

⁷⁸ Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.⁷⁹ Kemudian pada Pasal 8 ayat 4 Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2004 Tentang Kejaksaan Republik Indonesia disebutkan, bahwa jaksa senantiasa berindak berdasarkan hukum dengan mengindahkan norma-norma keagamaan, kesopanan, kesusilaan serta wajib menggali dan menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan yang hidup dalam masyarakat.

Gustav Radburch berpendapat bahwa pada dasarnya, hukum itu bertujuan untuk mewujudkan kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan.⁸⁰ Ketika semua tujuan tersebut berbenturan, maka yang dikedepankan adalah kemanfaatan. Tujuan yang ingin dicapai dalam hukum pidana tidak hanya semata kepastian hukum akan tetapi keadilan terlebih kemanfaatan. Namun kadang kala, putusan pengadilan pada praktiknya dapat melukai rasa keadilan karena ketidakseimbangan hukuman yang diterima. Hal ini dikarenakan para penegak hukum selalu mengartikan penegakan hukum secara tertulis. Aparat penegak hukum tidak menggali hukum yang hidup dalam masyarakat.

Namun, sesungguhnya penegakan hukum berbeda dengan menegakkan undang-undang. Menegakkan undang-undang selalu berdasarkan kepada aturan tertulis, sedangkan menegakkan hukum berdasarkan kepada hukum tidak tertulis. Oleh sebab itu dalam menegakkan hukum memang seharusnya diartikan menegakkan hukum yang hidup dalam masyarakat yang meliputi kearifan lokal (*local wisdom*).

Penegakan hukum yang dilakukan seharusnya dilakukan dengan menggunakan pendekatan kearifan lokal (*local wisdom*) demi mendapat keadilan yang substansi. Dalam arti bahwa penegakan hukum tidak hanya melihat pada aspek formal suatu perbuatan saja

⁷⁹ Pasal 50 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

⁸⁰ Faisal, 2010, *Menerobos Positivisme Hukum*, Rangkang Education, Yogyakarta, hlm. 84

tetapi juga harus melihat bagaimana hukum yang hidup di lingkungan masyarakat sekitar. Apabila suatu perbuatan hanya melihat pada masalah hitam putih pasal saja di mana tersangka dapat diproses secara hukum karena perbuatan yang dilakukan melanggar undang-undang tertulis secara formal saja, maka keadilan yang kemudian didapat adalah keadilan yang formal procedural.⁸¹

Keadilan yang substansial dapat diperoleh jika aparat penegak hukum mampu dan mau melakukan reparadigma dan reinterpretasi terhadap arti dan makna dari penegakkan hukum serta mencari keadilan yang betul-betul tidak melukai rasa keadilan, misalnya dengan melakukan perdamaian jika kerugian yang ditimbulkan tidaklah begitu besar jika dibandingkan dengan vonis yang akan dijatuhkan, mediasi di tingkat penyidikan, perdamaian, mengingat bangsa kita adalah bangsa yang mengedepankan musyawarah.

Masyarakat yang masih berpegang pada hukum tidak tertulis seperti halnya pada aturan-aturan adat, penyelesaian permasalahan dengan hukum adat akan dirasakan lebih memberikan manfaat keadilan dibandingkan dengan hukum nasional yang kadang kala penegakkannya tajam ke bawah tumpul ke atas. Hukum yang berlaku dalam masyarakat terkesan berbeda berdasarkan strata sosialnya. Masyarakat yang memiliki kedudukan atau jabatan tinggi cenderung diperlakukan istimewa, sedangkan masyarakat biasa cenderung diperlakukan tidak adil. Fenomena ketidakadilan penegakkan hukum yang demikian hampir terjadi di setiap penjuru tanah air Indonesia.⁸²

⁸¹ Chandra Lumban Toruan dalam artikel Kearifan Lokal Sebagai Asas Penegakan Hukum Untuk Keadilan Yang Substansi http://www.academia.edu/23515607/KEARIFAN_LOKAL_SEBAGAI_ASPEK_PENEGAKAN_HUKUM_UNTUK_KEADILAN_YANG_SUBSTANSI (diakses pada 22 November 2020)

⁸² Alfian Biroli dalam artikel Problematika Penegakan Hukum Di Indonesia (Kajian Dengan Perspektif Sosiologi Hukum), Universitas Trunojoyo Madura.

Pada dasarnya hukum pidana adat adalah hukum yang hidup dan akan terus hidup, selama ada manusia dan budaya, ia tidak akan dihapus dengan perundang-undangan. Andaikata diadakan juga undang-undang yang akan menghapuskannya, maka akan percuma saja, malahan hukum pidana perundang-undangan akan kehilangan sumber kekayaannya, oleh karena hukum pidana adat lebih dekat hubungannya dengan antropologi dan sosiologi daripada hukum perundang-undangan.⁸³

Dalam konteks hukum pidana di Indonesia, praktek hukum yang “mengesampingkan” hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum tidak dapat diterima lagi. Mengingat selama ini keberadaan hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum pidana telah memperoleh legitimasi secara formal.⁸⁴

Secara umum pembaharuan hukum pidana harus dilakukan dengan pendekatan kebijakan, karena memang pada hakikatnya ia merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan atau *policy* (yaitu bagian dari politik hukum atau penegakkan hukum, politik hukum pidana politik kriminal, dan politik sosial). Di dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula pertimbangan nilai. Oleh karena itu, pembaharuan hukum pidana harus pula berorientasi pada pendekatan nilai.⁸⁵

Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan. *Pertama*, sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai atau menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya). *Kedua*, sebagai

⁸³ Hilman Hadikusuma, 1961, *Hukum Pidana Adat*, Rajawali, Jakarta, hlm.20

⁸⁴ Tongat, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perspektif Pembaharuan*, penerbit UMM, cetakan pertama, hlm.34

⁸⁵ Barda Nawawi Arief, 2011, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, Edisi Kedua Cetakan ke-3, Jakarta: Kencana, hlm. 29.

bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan). *Ketiga*, sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya memperbaharui substansi hukum (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum⁸⁶

Dilihat dari sudut pendekatan nilai, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (reorientasi dan reevaluasi) nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis, dan sosiokultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantive hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (reformasi) hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (*Wetboek van Strafrechts*).⁸⁷

Pada dasarnya, secara substansial sistem hukum pidana adat berlandaskan pada nilai-nilai yang terkandung dalam suatu masyarakat dengan bercirikan asas kekeluargaan, religius magis, komunal dan bertitik tolak bukan atas dasar keadilan individual akan tetapi keadilan secara bersama. Konsekuensi logis dimensi penyelesaian membawa keselarasan, kerukunan dan kebersamaan. Tegasnya, hukum adat lebih mengedepankan eksistensi pemulihan kembali keadaan yang terguncang akibat pelanggaran yang dilakukan oleh pelaku.

Selain itu, harapan masyarakat adat untuk meminta pengakuan dan perlindungan hak sebagai masyarakat hukum adat sampai saat ini belum ada. Hal ini dikarenakan Rancangan Undang-Undang Masyarakat Adat masih dalam program legislasi nasional.

⁸⁶ *Ibid*, hal., 29-30.

⁸⁷ *Ibid*.

Presiden Joko Widodo telah berkomitmen untuk menghadirkan Komisi Nasional Masyarakat Adat dalam fungsi pendataan, pengkajian, pendidikan, maupun penyelesaian konflik dalam masyarakat adat sebagai manifestasi Nawa Cita. Namun belum ada realisasi sampai sekarang, oleh sebab itu perlu ditindaklanjuti sebagai bukti keseriusan pemerintah dalam menghormati keberadaan Masyarakat Adat.⁸⁸

Rancangan Undang-Undang Masyarakat Adat sangatlah penting karena mengingat ketiadaan hukum tentu akan menimbulkan masalah bagi pemerintah dan rakyat. Harapannya Undang-Undang Masyarakat Adat dapat menjadi dasar ketika menyelesaikan setiap konflik yang terjadi dalam masyarakat.

Hukum pidana dikaji dari fungsinya tentu memiliki peranan yang sangat penting di dalam mengatur kehidupan masyarakat, untuk mencapai keamanan, ketentraman, kesejahteraan, dan kebahagiaan di dalam masyarakat. Dapat dikatakan bahwa, hukum pidana memiliki arti yang penting dalam lingkup hukum publik. Sebagaimana yang telah kita ketahui, secara yuridis hukum pidana (materiil) yang berlaku hingga saat ini adalah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) atau *Wetboek van Strafrechts* (W.v.S).

Dari segi historisnya, Mokhammad Najih menyatakan bahwa Bangsa Indonesia sejak kemerdekaannya pada tanggal 17 Agustus 1945 telah memilih untuk menggunakan undang-undang hukum pidana yang pernah diberlakukan pada masa kolonial, sebagaimana dikukuhkan dalam UU No. 1/1946 yang mengukuhkan W.v.S menjadi KUHP induk dari segala hukum pidana.⁸⁹

⁸⁸ <https://news.detik.com/kolom/3975715/penantian-panjang-ruu-masyarakat-adat> (diakses pada 22 November 2020).

⁸⁹ Mokhammad Najih, 2014, *Politik Hukum Pidana; Konsepsi Pembaharuan Hukum Pidana dalam Cita Negara Hukum*, cetakan pertama, Setara Press, Malang, hlm. 42.

Berdasarkan hal itu, dapat diketahui bahwa setelah Indonesia menyatakan kemerdekaannya, untuk mengisi kekosongan hukum pidana, maka dengan dasar Pasal II Aturan Peralihan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dengan menggunakan Undang-Undang No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana Indonesia, maka *Wetboek van Strafrechts voor Nederlandsch Indie* (WvSNI) tetap diberlakukan. Berdasarkan hal tersebut juga dapat diketahui bahwa, KUHP yang berlaku hingga kini adalah warisan kolonial yang tentu secara substansi belum mencerminkan nilai-nilai, karakter, dan kepribadian Bangsa Indonesia, sehingga banyak hal yang perlu dirubah sehingga mampu memberikan keadilan bagi bangsa Indonesia.

Seiring dengan perkembangan zaman, teknologi, dan arus globalisasi mengharuskan hukum pidana juga berkembang mengikuti perkembangan zaman dan perkembangan masyarakat. Perkembangan ini juga berdampak terhadap bervariasinya dan berkembangnya tindak pidana dari masa ke masa. Dalam penegakan hukum, hal ini juga harus diimbangi dengan produk hukum yang progresif dan responsif. Mengingat bahwa hukum tidaklah statis, demikian pula masyarakat yang terus berkembang dan dinamis. Oleh sebab itu, hukum haruslah dinamis dengan melakukan perubahan-perubahan sejalan dengan perkembangan zaman dan dinamika kehidupan masyarakat. Mengacu pada KUHP, KUHP yang berlaku saat ini tentu juga perlu diperbaharui.

Memiliki KUHP nasional atau Hukum Pidana Indonesia dalam sistem hukum nasional tentu merupakan harapan besar bagi bangsa Indonesia. Dapat dikatakan bahwa, sejak kemerdekaan hingga sampai saat ini keinginan mewujudkan sistem hukum nasional merupakan agenda utama dalam pembangunan hukum nasional. Politik hukum pidana dalam hal ini tentu memiliki andil dalam setiap proses pembaharuan hukum pidana Indonesia.

Sangat besar harapan bangsa Indonesia untuk memiliki KUHP Indonesia yang mencerminkan nilai-nilai, pandangan, konsep, ide, gagasan, cita-cita, dan ideologi bangsa Indonesia. Namun, senyatanya hingga kini hal tersebut belum dapat terwujud, walaupun proses pembaharuannya telah berjalan sudah sangat lama namun belum disahkan hingga saat ini.

Pembaharuan hukum pidana khususnya mengenai hukum pidana materiil (substentif) merupakan hal yang penting dan mendasar, karena KUHP sekarang tidak dapat lagi memenuhi kebutuhan hukum masyarakat Indonesia. Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa, “Pembaharuan dan pembangunan sistem hukum nasional, termasuk bidang hukum pidana, merupakan masalah besar dalam agenda kebijakan/politik hukum di Indonesia. Khususnya pembaharuan sistem hukum pidana nasional masih sangat memprihatinkan...”⁹⁰ Uraian ini menegaskan bahwa, pembaharuan dan pembangunan sistem hukum nasional yang berjalan sangat lamban ini mengarah pada anggapan bahwa, pembaharuan hukum pidana Indonesia khususnya sistem hukum nasional yang berlandaskan aspek ke Indonesiaan bukanlah hal yang mudah.

Perlu dipahami bahwa, menurut Barda Nawawi Arief, membangun atau melakukan pembaharuan hukum (*law reform*, khususnya “*penal reform*”) pada hakikatnya adalah “membangun/memperbaharui pokok-pokok pemikiran/konsep/ide dasarnya”, bukan sekedar memperbaharui/mengganti perumusan pasal (undang-undang) secara tekstual. Oleh karena itu, kajian atau diskusi tekstual mengenai konsep RUU KUHP harus disertai dengan diskusi konseptual. Berdasarkan hal ini dapat diketahui bahwa, pembaharuan hukum pidana dilakukan secara total, bukan merupakan tambal sulam dengan hanya mengganti secara

⁹⁰ Barda Nawawi Arief II, 2011, *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, cetakan kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. V.

tekstual (substansi) dari Undang-Undang. Secara total disini artinya yakni, bahwa yang diperbaharui adalah konsepnya, ide-idenya, pokok pikirannya, gagasan, pandangan, nilai-nilainya yang diarahkan pada karakter, kepribadian bangsa Indonesia dan tetap mengacu pada Pancasila. Pembaharuan hukum dalam hal ini untuk mengefektifkan penegakan hukum, maka dapat dimaknai sebagai kebijakan untuk memperbaharui substansi hukum.

Barda Nawawi Arief juga menyatakan bahwa, makna dan hakikat reformasi atau pembaharuan KUHP :

1. KUHP merupakan suatu sistem hukum, khususnya merupakan sistem hukum pidana (*penal system*) atau sistem pemidanaan (*sentencing system*). Oleh karena itu pembaharuan KUHP pada hakikatnya adalah pembaharuan sistem hukum pidana/sistem pemidanaan.
2. KUHP pada hakikatnya merupakan pembaharuan nilai budaya hukum/ide dasar.

Hal ini menunjukkan bahwa, pembaharuan hukum tidak hanya merupakan pembaharuan secara substantif, tapi merupakan pembaharuan sistem hukum, yang juga meliputi pembaharuan struktur hukum dan budaya hukum.

Secara sosiologis, mengingat pentingnya KUHP dalam penegakan hukum, maka KUHP harus segera diganti, RUU KUHP harus segera dirampungkan. Mengingat bahwa, KUHP yang berlaku sekarang adalah merupakan produk hukum warisan zaman kolonial tentu sudah tidak memadai lagi memenuhi kebutuhan dan tuntutan masyarakat. Dapat dikatakan bahwa dalam penegakan hukum harusnya telah terjadi suatu pergeseran paradigma dari legalistic formal kearah hukum yang progresif dan responsif untuk mencapai tujuan hukum itu sendiri, yakni keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Hal ini sebagaimana yang kemukakan oleh Gustav Radbruch. Ahmad Rifai menyatakan bahwa :

... tujuan hukum sebenarnya sama dengan apa yang kemukakan oleh Gustav Radbruch sebagai 3 (tiga) nilai dasar dari hukum, yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Selanjutnya, Radbruch juga mengajarkan penggunaan asas prioritas dari ketiga asas tersebut, dimana prioritas utama selalu jatuh pada keadilan, baru kemanfaatan, dan terakhir kepastian hukum.⁹¹

Sesuai dari penggunaan asas prioritas tersebut dapat diketahui bahwa, keadilan tentu harus diutamakan dalam hal ini.

Sesuai dengan realita hukum bahwa KUHP yang sekarang berlaku bukan berasal, berakar atau bersumber dari nilai-nilai, pandangan, konsep, gagasan, ide dan kenyataan sosiopolitik, sosio-ekonomi dan sosiobudaya yang hidup dalam masyarakat Indonesia sendiri, maka banyak hal yang tidak sesuai lagi. Salah satu dinamika yang menarik bahwa senyatanya, KUHP yang berlaku sekarang dianggap memuat konsep yang terlalu legalistik dengan menjunjung tinggi asas legalitas menjadikan penegakan hukum terlalu, kaku, tidak logis dan tidak mencerminkan keadilan.

Asas legalitas pertama-tama mempunyai bentuk sebagai undang-undang adalah dalam konstitusi Amerika 1776 an sesudah itu dalam Pasal 8 Declaration de droits de l' homme et ducitoyen 1789 : *nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee*. Asas ini selanjutnya dimasukkan ke dalam Pasal 4 Code Penal Perancis yang menentukan *Nulle cotravention, nul delit, nul crimene peuvent entter punis de peinesqui n'etaient pas prononcees par lai loa avant qu'ils fussent commis*" artinya: Tidak bertentangan dengan ketentuan yang ada, tiada delik, tiada kejahatan jika tidak ada ancaman pidana yang dinyatakan dalam undang-undang terlebih dahulu.

Dari Code Penal Perancis inilah, asas tersebut kemudian dimasukkan dalam Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* di Negeri Belanda yang dengan tegas menyatakan, "*Geen*

⁹¹ Ahmad Rifai, 2011, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, cetakan kedua, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 132.

feit is strafbaar dan uit kraft van eenedaaraan voorafgegane wetelijke strafbepaling“.

Selanjutnya asas tersebut dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia.⁹²

Asas Legalitas dibentuk untuk kepentingan umum dan untuk menjamin hak-hak semua warga masyarakat secara lebih baik dan bukan pengakuan terhadap individualisme. Dasar umum perlu tidaknya suatu hukuman itu dijatuhkan dan tentang adanya suatu hukuman itu sendiri adalah kebutuhan untuk memelihara kebebasan semua orang secara timbal balik, dengan meniadakan niat orang untuk melakukan tindakan yang bersifat melanggar hukum. Merupakan suatu asas yang 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 dengan maksud menjamin hak-hak yang ada pada setiap orang.⁹³

Suatu perbuatan tidak dikualifikasikan sebagai perbuatan pidana jika tidak dilarang dalam undang-undang pidana. Perbuatan pidana adalah perbuatan yang dilarang oleh undang-undang pidana, suatu perbuatan yang *onwetmatig* (bertentangan dengan undang-undang) yang dikenal sebagai *mala prohibita*. Perbuatan pidana yang belum atau tidak dilarang oleh undang-undang dikenal sebagai *criminal extra ordinaria*,⁹⁴ suatu perbuatan yang *onrechmatig* (bertentangan dengan hukum). Di antara *crimina extra ordinaria* dikenal dengan nama *criminal stellionatus* perbuatan jahat atau durjana.⁹⁵

Tuntutan pidana hanya ditujukan terhadap perbuatan yang dikualifikasikan sebagai *mala prohibita*. Sebaliknya tuntutan pidana tidak dapat ditujukan terhadap *crimina extra*

⁹² Eddy O.S. Hiarej, 2014, 'Asas Legalitas dan Perkembangannya dalam Hukum Pidana' Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, hlm. 12

⁹³ Van Bemmelen, 1971, *Ons Strafrecht: Algemeen del het Materiel Strafrecht*, H.D. Tjeenk Willink, hlm. 55

⁹⁴ Moeljatno, 2000, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, hlm. 24

⁹⁵ *Ibid*

ordinaria meskipun menimbulkan kerugian bagi korban, hanya karena belum diatur atau tidak dilarang oleh undang-undang pidana. Dari perspektif Asas legalitas mala *prohibita* merupakan perbuatan yang *strafbaar* (dapat dipidana) dan *crimina extra ordinaria* adalah *strafwaardig* (patut dipidana) dan bukan *strafbaar* karena tidak dilarang oleh undang-undang pidana. Secara prinsip dilarang mendefinisikan suatu perbuatan sebagai “*mala prohibita*” dengan cara mengkonstruksikan suatu perbuatan sebagai perbuatan pidana di luar yang dilarang oleh undang-undang. Prinsip ini disebut “*prinsip non analogi*”.

Undang-undang pidana yang harus diberlakukan untuk menuntut suatu perbuatan adalah undang-undang pidana yang sudah ada dan berlaku pada saat perbuatan dilakukan (*lex temporis delicti* atau *existing penal law*). Undang-undang pidana setelah perbuatan dilakukan (*ex post facto penal law*) dilarang untuk diterapkan. Dilarang memberlakukan undang-undang pidana secara surut (*retroaktif*) terhadap perbuatan yang telah dilakukan sebelum undang-undang tersebut dibuat. Prinsip ini dikenal sebagai “*prinsip nonretroaktif*”.

Schaaffmeister dan kawan-kawan berpendapat bahwa berlakunya asas legalitas bertujuan agar undang-undang pidana melindungi rakyat dari pelaksanaan kekuasaan tanpa batas oleh pemerintah. Ini yang dinamakan fungsi melindungi dari undang-undang pidana. Undang-undang pidana juga mempunyai fungsi instrumental yaitu bahwa pelaksanaan kekuasaan pemerintah tegas-tegas diperbolehkan dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang.⁹⁶

Adanya terma *legisme* atau *legalistic* menimbulkan kontradiksi antara hukum yang sebenarnya dan hukum undang-undang. Perundangan sangat jauh dari hukum. Hukum (*ius*)

⁹⁶ D. Schaffmeister et.al., 1995, *Hukum Pidana*, Liberty, hlm. 4.

adalah baik dan adil tanpa perintah, sedangkan perundangan (*leges*) dihasilkan dari penerapan kedaulatan dari orang yang memerintah.⁹⁷

Memang dalam literatur-literatur klasik dikemukakan antinomi antara kepastian hukum dan keadilan.⁹⁸ Kedua hal tersebut sangat mustahil dapat diwujudkan dalam situasi yang bersamaan. Oleh karena itu dalam hal ini hukum itu bersifat kompromi yaitu dengan mengorbankan keadilan demi mencapai kepastian hukum.⁹⁹ Dalam menghadapi antinomi tersebut peran penerap hukum sangat diperlukan. Peranan tersebut akan terlihat saat penerap hukum dihadapkan pada persoalan yang konkret. Di situ penerap hukum harus mampu untuk melakukan alternatif mana yang harus dikorbankan, kepastian hukum ataukah keadilan. Dan yang menjadi acuan adalah moral. Jika kepastian hukum yang dikedepankan penerap hukum harus pandai-pandai memberikan interpretasi terhadap undang-undang.

Betapun tujuan hukum adalah untuk menciptakan damai sejahtera dalam hidup bermasyarakat. Sehingga perlu diingat kembali pernyataan Ulpianus bahwa: “perintah hukum adalah hidup jujur, tidak merugikan sesama manusia, dan setiap orang mendapat bagiannya. Perlu juga kita merefleksikan pendapat Bellefroid yang menyatakan:

Hukum adalah berusaha untuk memenuhi kebutuhan jasmani, kejiwaan, dan rohani masyarakat, sesuai dengan keadaan masyarakatnya, atau juga meningkatkan kemampuan individu dalam hidup bermasyarakat. Dengan demikian, apabila dikatakan bahwa masyarakat dalam keadaan tertib berarti setiap orang di dalam masyarakat tersebut dapat mengembangkan keadaannya baik secara jasmani, pikiran maupun rohaninya.¹⁰⁰

Merupakan suatu kenyataan bahwa dalam hidup bermasyarakat diperlukan aturan-aturan yang bersifat umum. Betapun setiap kepentingan yang ada dalam masyarakat

⁹⁷ Carl Joachim Friedrich, 2010, *Filsafat Hukum dalam Perspektif Historis*, Nusa Media, hlm. 75-76

⁹⁸ Peter Mahmud Marzuki, 2013, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, hlm. 139

⁹⁹ P. van Dijk et.al., 1985, *Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van het Nederlands Recht*, W.E.J. Tjeenk-Willink, hlm.15.

¹⁰⁰ J.H.P. Bellefroid et.al., 1952, *Inleiding tot de Rechtswetenschap in Nederlands*, Utrecht, hlm. 3

dipertimbangkan untuk dituangkan di dalam aturan yang bersifat umum agar kepentingan-kepentingan itu dilindungi dan sedemokratis apapun kehidupan bernegara tidaklah mungkin semua aturan-aturan itu dapat mengakomodasi semua kepentingan tersebut. Pada masyarakat yang modern aturan yang bersifat umum tempat dituangkannya perlindungan kepentingan itu adalah undang-undang.¹⁰¹

Aturan hukum, baik berupa undang-undang maupun hukum tidak tertulis dengan demikian berisi aturan yang bersifat umum yang menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam hidup bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan dalam masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan semacam itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum. Dengan demikian kepastian hukum mengandung dua pengertian yaitu: pertama adanya aturan yang bersifat umum yang membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, kedua keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu.¹⁰²

Legalitas mencakup prinsip negatif dan positif. Prinsip negatif legalitas menyatakan bahwa pertimbangan utama dari sistem hukum adalah untuk melindungi warga negara dari negaranya yang hendak memaksakan kehendaknya kepada warga negara tersebut. Prinsip positif legalitas menekankan konsistensi dan kelengkapan dalam mengaplikasikan hukum yang mengharuskan sebuah negara untuk menghukum orang yang bersalah. Perbedaan antara prinsip positif dan negatif legalitas hanyalah satu perbedaan yang harus diingat

¹⁰¹ Peter Mahmud Marzuki, *Op.Cit.* hlm. 136.

¹⁰² *Ibid*

ketika membicarakan soal legalitas dan keadilan. Legalitas akan merujuk pada hukum positif, sedangkan keadilan tidak semata-mata berdasarkan hukum positif tetapi juga moralitas.¹⁰³

Masalah ini menarik untuk dikaji, khususnya terkait perdebatan ilmiah seputar pengaturan asas legalitas materil dalam RUU KUHP. Sebagian ahli hukum berpandangan bahwa hal tersebut merupakan pembaruan atau perluasan asas legalitas, namun sebagian ahli hukum lainnya berpandangan sebaliknya, yakni merupakan penyimpangan dari asas legalitas. Oleh karena itu, penulis bermaksud untuk melakukan suatu penelitian disertasi dengan judul **Rekonstruksi Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan.**

C. Perumusan Masalah

Berdasarkan pada latar belakang yang telah dikemukakan di atas, penulis merumuskan beberapa permasalahan sebagai berikut:

1. Mengapa regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini belum berbasis pada nilai keadilan?
2. Apa sajakah kelemahan regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini?
3. Bagaimana rekonstruksi regulasi asas legalitas dalam hukum pidana yang berbasis nilai keadilan?

D. Tujuan Penelitian

Berdasarkan uraian yang telah dikemukakan dalam rumusan masalah di atas, maka tujuan penelitian disertasi ini adalah :

¹⁰³ George P. Fletcher, 1998, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, hlm. 7.

1. Untuk mengetahui dan menganalisis regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini belum berbasis nilai keadilan.
2. Untuk mengetahui dan menganalisis kelemahan-kelemahan regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini.
3. Untuk merekonstruksi regulasi asas legalitas dalam hukum pidana yang berbasis nilai keadilan.

E. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kegunaan, baik dari segi teoritis ataupun secara praktis, yaitu :

1. Teoritis

Hasil Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi ilmu pengetahuan dalam bidang ilmu hukum, khususnya dalam bidang Hukum Pidana, yaitu menemukan teori baru/konsep baru/gagasan pemikiran baru tentang Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan.

2. Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan pengetahuan sebagai kontribusi kepada pemerintah dalam membuat kebijakan regulasi atau pembuatan undang-undang terkait dengan asas legalitas dalam hukum pidana, yakni Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan.

F. Kerangka Konseptual

Kerangka konseptual dalam penulisan disertasi ini menyajikan tentang kajian pustaka sebagai penjelasan dari judul disertasi yang meliputi sebagai berikut :

1. Rekonstruksi

Pengertian rekonstruksi adalah pengembalian seperti semula.¹⁰⁴ Rekonstruksi dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia berasal dari kata “konstruksi” berarti pembangunan yang kemudian ditambah imbuhan “re” pada kata konstruksi menjadi “rekonstruksi”, yang berarti pengembalian seperti semula.¹⁰⁵

Dalam Black Law Dictionary disebutkan *reconstruction is the act or process of rebuilding, recreating, or reorganizing something*. Rekonstruksi di sini dimaknai sebagai proses membangun kembali atau men-ciptakan kembali atau melakukan pengorganisasian kembali atas sesuatu.¹⁰⁶

Berikut adalah beberapa pengertian dari rekonstruksi menurut para ahli, yakni: ¹⁰⁷

a. B.N. Marbun

Rekonstruksi adalah pengembalian sesuatu ketempatnya yang semula, penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula.

b. James P. Chaplin

Reconstruction merupakan penafsiran data psikoanalitis se-demikian rupa, untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.

c. Ali Mudhofir

¹⁰⁴ Dalam <https://kbbi.web.id/rekonstruksi>, diakses pada tanggal 22 November 2020, jam : 12.43 WIB.

¹⁰⁵ Dalam <http://digilib.iain-palangkaraya.ac.id/16/3/Bab%202%20Kajian%20Pustaka.pdf>, diakses pada tanggal 22 November 2020, jam : 12.53 WIB.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Dalam <https://leviyamani.wordpress.com/2013/04/14/pengertian-rekonstruksi/>, diakses pada tanggal 22 November 2020, jam : 12.57 WIB.

Rekonstruksionisme adalah salah satu aliran dalam filsafat pen-didikan yang bercirikan radikal. Bagi aliran ini persoalan-persoalan pendidikan dan kebudayaan dilihat jauh ke depan dan bila perlu di-usahakan terbentuknya tata peradaban yang baru.

Rekonstruksi berasal dari kata konstruksi, konstruksi sendiri adalah susunan dan hubungan kata dalam kalimat atau kelompok kata. Makna suatu kata ditentukan oleh konstruksi dalam kalimat atau kelompok kata.¹⁰⁸ Rekonstruksi juga dimaknai sebagai proses membangun kembali atau menciptakan kembali atau melakukan pengorganisasian kembali atas sesuatu.¹⁰⁹

Menurut Andi Hamzah pengertian dari rekonstruksi adalah penyusunan kembali, reorganisasi, usaha memeriksa kembali kejadian terjadinya delik dengan mengulangi peragaan seperti kejadian yang sebenarnya, hal ini dilakukan baik oleh penyidik maupun oleh hakim untuk memperoleh keyakinan.¹¹⁰ Sehingga dalam hal ini dapat ditarik kesimpulan bahwa rekonstruksi adalah penyusunan kembali guna untuk memperbaiki hal-hal yang tidak benar atau salah akan sesuatu yang telah ada dengan tujuan untuk penyempurnaan kembali.

2. Asas Legalitas

Jonkers yang dikutip oleh Eddy O.S, menyatakan bahwa Pasal 1 ayat (1) KUHP, tidak ada perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas kekuatan undang-undang pidana

¹⁰⁸ Alwi Hasan, 2007, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Keempat*, Balai Pustaka, Jakarta, hlm. 453.

¹⁰⁹ Bryan A. Gamer, 1999, *Black' Law Dictionary*, West Group, ST. Paul Minn, hlm. 1278.

¹¹⁰ Gesied Eka Ardhi Yunatha, 2010, *Pelaksanaan Rekonstruksi Dalam Proses Penyidikan Guna Mengungkap Pemenuhan Unsur Delik Pencurian Dengan Kekerasan*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta, hlm. 76.

yang ada sebelum perbuatan dilakukan adalah suatu pasal tentang asas legalitas. Berbeda dengan asas hukum lainnya, asas legalitas ini tertuang secara eksplisit dalam undang-undang. Padahal, menurut pendapat para ahli hukum, suatu asas hukum bukan merupakan peraturan hukum konkrit.¹¹¹

Selanjutnya menurut Moeljatno, asas legalitas (*Principle of legality*), asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. Biasanya ini dikenal dalam bahasa latin sebagai *nullum delictum nulla poena sine praevia lege*. (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu).¹¹² Menurut Wirjono Prodjodikoro, bahasa latin yang berbunyi *nullum delictum, nulla puna sine praevia lege punali* diartikan tiada kejahatan, tiada hukuman pidana tanpa undang-undang hukum pidana terlebih dahulu¹¹³.

¹¹¹ Eddy O.S. Hiarej, *Asas Legalitas dan Perkembangannya Dalam Hukum Pidana*, Makalah Pelatihan Hukum Pidana Dan Kriminologi, UGM, Yogyakarta, 2014, hal. 6

¹¹² Moeljatno, *Azas-azas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1987, hal.23

¹¹³ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-asas Hukum Pidana Di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2003, hal. 43

3. Hukum Pidana

Hukum pidana adalah peraturan hukum mengenai pidana. Kata “pidana” berarti hal yang “dipidanakan”, yaitu oleh instansi yang berkuasa dilimpahkan kepada seseorang oknum sebagai hal yang tidak enak dirasakannya dan juga hal yang tidak sehari-hari dilimpahkan.

Tentunya ada alasan untuk melimpahkan pidana ini, dan alasan ini selayaknya ada hubungan dengan keadaan, yang didalamnya seorang oknum yang bersangkutan bertindak kurang baik. Maka, unsur “hukuman” sebagai suatu pembalasan tersirat dalam kata “pidana”.¹¹⁴

Hukum pidana mempunyai kedudukan istimewa, yang harus diberi tempat tersendiri dalam kelompok hukum publik dan hukum privat. Utrecht melihat hukum pidana sebagai hukum sanksi. Hukum pidana memberi suatu sanksi istimewa, baik atas pelanggaran hukum privat maupun atas pelanggaran hukum publik, hukum pidana melindungi kepentingan yang diselenggarakan oleh peraturan-peraturan hukum privat maupun peraturan hukum publik. Hukum pidana melindungi kedua macam kepentingan itu dengan membuat sanksi istimewa. Sanksi istimewa itu perlu, kata Utrecht, oleh karena kadangkadang perlu diadakannya tindakan pemerintah yang lebih keras.¹¹⁵

Pengertian hukum pidana dalam arti luas, terbagi atas hukum pidana materiel/materil dan hukum pidana formel/formil, hukum pidana materiel/materil berarti isi atau substansi hukum pidana itu, di sini hukum pidana dalam keadaan diam (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana), sedangkan hukum pidana formel/formil atau hukum

¹¹⁴ Andi Hamzah, 2008, *Azas-azas Hukum Pidana (edisi revisi 2008)*, Rieneka Cipta, Jakarta, hlm. 99.

¹¹⁵ Prasetyo Teguh, 2010, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Bandung, hlm. 19

acara pidana bersifat nyata atau konkret, di sini hukum pidana dalam keadaan bergerak atau berada dalam suatu proses atau biasa disebut juga dengan hukum acara pidana (Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana).¹¹⁶

4. Nilai Keadilan

John Rawls merumuskan keadilan sebagai *fairness* yang mengandung asas-asas, “Bahwa orang-orang yang merdeka dan rasional yang berkehendak untuk menyumbangkan kepentingan-kepentingan hendaknya memperoleh suatu kedudukan yang sama pada saat akan memulainya dan itu merupakan syarat yang fundamental bagi mereka untuk memasuki perhimpunan yang mereka hendaki”.¹¹⁷ Sementara itu, berbeda dengan pendapat Aristoteles yang menyatakan bahwa keadilan adalah kebajikan yang berkaitan dengan hubungan antar manusia, dimana adil dapat berarti menurut hukum dan apa yang sebanding atau semestinya.

Sehingga seseorang dikatakan berlaku tidak adil apabila orang itu mengambil lebih dari bagian yang semestinya, begitu juga jika seseorang yang tidak menghiraukan hukum maka dikatakan tidak adil, karena semua hal yang didasarkan kepada hukum dapat dianggap sebagai adil. Aristoteles mendekati masalah keadilan dari segi persamaan.¹¹⁸

¹¹⁶ Andi Hamzah, *Op.Cit*, hlm 2

¹¹⁷ Antonius Sudirman, 2007, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya : Suatu Pendekatan dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudence) Kasus-Kasus Hakim Bismar Siregar*, Citra Aditya, Jakarta, hlm. 46.

¹¹⁸ H. Siwanto Sunarso, 2013, *Filsafat Hukum Pidana, Konsep, Dimensi dan Aplikasi*, Rajawali Press, Jakarta, hlm. 265.

G. Kerangka Teori

1. *Grand Theory* (Teori Keadilan Pancasila)

Keadilan sesungguhnya merupakan konsep yang relatif.¹¹⁹ Pada sisi lain, keadilan merupakan hasil interaksi antara harapan dan kenyataan yang ada, yang perumusannya dapat menjadi pedoman dalam kehidupan individu maupun kelompok. Dari aspek etimologis kebahasaan, kata “adil” berasal dari bahasa arab “*adala*” yang mengandung makna tengah atau pertengahan. Dari makna ini, kata “*adala*” kemudian disinonimkan dengan *wasth* yang menurunkan kata *wasith*, yang berarti penengah atau orang yang berdiri di tengah yang mengisyaratkan sikap yang adil.¹²⁰

Dari pengertian ini pula, kata adil disinonimkan dengan *inshaf* yang berarti sadar, karena orang yang adil adalah orang yang sanggup berdiri di tengah tanpa *a priori* memihak. Orang yang demikian adalah orang yang selalu menyadari persoalan yang dihadapi itu dalam konteks-nya yang menyeluruh, sehingga sikap atau keputusan yang diambil ber-kenaan dengan persoalan itu pun menjadi tepat dan benar.¹²¹

Dengan demikian, sebenarnya adil atau keadilan itu sulit untuk dilukiskan dengan kata-kata, akan tetapi lebih dekat untuk dirasakan. Orang lebih mudah merasakan adanya keadilan atau ketidakadilan ke-timbang mengatakan apa dan bagaimana keadilan itu. Memang terasa sangat abstrak dan relatif, apalagi tujuan adil atau keadilan itupun ber-aneka ragam, tergantung mau dibawa kemana.

¹¹⁹ Majjid Khadduri, 1984, *The Islamic Conception of Justice*, Baltimore and London : The Johns Hopkins University Press, hlm. 1, sebagaimana dikutip Mahmutarom, 2009, *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Undip Semarang, hlm. 31

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Nurcholil Madjid, 1992, *Islam Kemanusiaan dan Kemoderenan, Doktrin dan Peradaban, Sebuah Telaah Kritis tentang Masalah Keimanan*, Yayasan Wakaf Paramadina, Cetakan kedua, Jakarta, hlm. 512-513, dalam Mahmutarom, *Ibid.*, hlm. 31.

Keadilan akan terasa manakala sistem yang relevan dalam struktur-struktur dasar masyarakat tertata dengan baik, lembaga-lembaga politis, ekonomi dan sosial memuaskan dalam kaitannya dengan konsep kestabilan dan keseimbangan. Rasa keadilan masyarakat dapat pula kita temukan dalam pelaksanaan penegakan hukum melalui putusan hakim.

Keadilan secara umum diartikan sebagai perbuatan atau perlakuan yang adil. Sementara adil adalah tidak berat sebelah, tidak memihak dan berpihak kepada yang benar. Keadilan menurut kajian filsafat adalah apabila dipenuhi 2 (dua) prinsip, yaitu : *Pertama*, tidak merugikan se-seorang, dan *Kedua*, perlakuan kepada tiap-tiap manusia apa yang menjadi haknya. Jika kedua ini dapat dipenuhi barulah itu dikatakan adil. Dalam keadilan harus ada kepastian yang sebanding, di mana apabila digabung dari hasil gabungan tersebut akan menjadi keadilan.

Pada prakteknya, pemaknaan keadilan modern dalam penanganan permasalahan-permasalahan hukum ternyata masih debatable. Banyak pihak merasakan dan menilai bahwa lembaga pengadilan telah bersikap kurang adil karena terlalu syarat dengan prosedur, formalistis, kaku, dan lamban dalam memberikan putusan terhadap suatu perkara. Agaknya aktor tersebut tidak lepas dari cara pandang hakim terhadap hukum yang amat kaku dan normatif-prosedural dalam melakukan konkretisasi hukum. Idealnya hakim harus mampu menjadi *living interpretator* yang mampu menangkap semangat keadilan dalam masyarakat dan tidak terbelenggu oleh kekakuan normatif prosedural yang ada dalam suatu peraturan per undang-undangan bukan lagi sekedar sebagai *la bouche de la loi* (corong undang-undang).

Lebih lanjut dalam memaknai dan mewujudkan keadilan, teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny yang tetap memper-tahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam meng-utamakan “*the search for justice*”.¹²² Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

Negara Pancasila adalah negara kebangsaan yang berkeadilan sosial, yang berarti bahwa negara sebagai penjelmaan manusia sebagai Makhluk Tuhan yang Maha Esa, sifat kodrat individu dan makhluk sosial bertujuan untuk mewujudkan suatu keadilan dalam hidup bersama (keadilan sosial). Keadilan sosial tersebut didasari dan dijiwai oleh hakikat keadilan manusia sebagai makhluk yang beradab (Sila Kedua). Manusia pada hakikatnya adalah adil dan beradab, yang berarti harus adil terhadap diri sendiri, adil terhadap Tuhannya, adil terhadap orang lain dan masyarakat serta adil terhadap lingkungan alamnya.¹²³

Berkaitan dengan keadilan sosial dimaksud, pandangan keadilan dalam hukum secara harfiahnya mempunyai makna yang sempit, yakni apa yang sesuai dengan hukum dianggap adil sedang yang melanggar hukum dianggap tidak adil. Jika terjadi pelanggaran hukum, maka harus dilakukan pengadilan untuk memulihkan keadilan. Dalam hal terjadinya pelanggaran pidana atau yang dalam bahasa sehari-hari disebut “*kejahatan*” maka harus dilakukan pengadilan yang akan melakukan pemulihan keadilan dengan menjatuhkan hukuman kepada orang yang melakukan pelanggaran pidana atau kejahatan tersebut.

¹²² Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet VIII, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 196.

¹²³ <http://kartikarahmah2406.wordpress.com/2012/12/02/teori-keadilan-sosial>, diunduh pada tanggal 22 November 2020, jam : 19.00 WIB.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bersumber pada dasar negara. Pancasila sebagai dasar negara atau falsafah negara (*fiolosofische grondslag*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi negara Indonesia. Secara aksiologis, bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values Pancasila*). Bangsa Indonesia yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang berpersatuan, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial.

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesialah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila sebagai suatu bernilai. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembannya dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan manusia Indonesia. Oleh karenanya Pancasila sebagai suatu sumber hukum tertinggi secara irasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia.

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang mana sila kelimanya berbunyi : “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”, yang men-jadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Untuk lebih lanjut menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban.

Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan Sila Kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab.

Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “keadilan sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai :

- 4) Mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak;
- 5) Menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan dan pengusaha-pengusaha;
- 6) Merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar”.

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan individu yang lainnya.

Hukum nasional hanya mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan di dalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensesikan atau menselaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum di antara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada didalam kelompok masyarakat hukum.¹²⁴

¹²⁴ <http://ugun-guntari.blogspot.com/2011/02/teori-keadilan-perspektif-hukum>, diunduh pa-da tanggal 22 November 2020, jam : 07.30 WIB.

Pancasila mempunyai karakter atau sifat yang fleksibel dan mampu memberikan tuntutan jaman dalam mengikuti globalisasi perubahan jaman. Di dalam pembahasan persoalan keadilan yang muncul di dalam masyarakat, Pancasila mampu memberikan jawaban untuk permasalahan itu. Pancasila mampu memberikan nilai-nilai keadilan sebagai pembaharuan hukum di Indonesia. Pembaharuan hukum di Indonesia sangat diperlukan karena masih banyaknya persoalan-persoalan baru yang belum dapat dijangkau oleh hukum. Persoalan-persoalan tersebut seyogyakan diselesaikan dengan satu visi, misi, tujuan dan persepsi tentang Pancasila dalam melakukan pembaharuan hukum di Indonesia. Selain persoalan-persoalan baru yang belum terselesaikan, persoalan lama juga menjadi permasalahan yang juga dianggap *urgent* untuk segera diselesaikan, mengingat hukum selalu hadir dalam kehidupan masyarakat untuk memberikan kepastian, keadilan dan manfaat.

Di dalam substansi Pancasila terkandung nilai-nilai yang positif yang mampu memberikan perubahan bagi bangsa ini. Nilai-nilai positif ini mampu memberikan landasan bagi terciptanya suatu keadilan bagi bangsa Indonesia. Relevansi dengan keadilan maka nilai keadilan yang terkandung di dalam Pancasila dapat menjadi landasan dasar bagi terbentuknya hukum yang berkemanusiaan yang adil dan beradab serta berkeadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Kemanusiaan yang adil dan beradab merupakan dasar dari perlindungan hak asasi yaitu memanusiakan manusia secara beradab tanpa mengurangi haknya sedikitpun. Sedangkan keadilan sosial merupakan keadilan yang digunakan untuk membedakan

keadilan sosial dengan konsep keadilan dalam hukum. Keadilan sosial juga merupakan salah satu sila dalam Pancasila yaitu sila kelima dari Pancasila yang dirumuskan dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alinea keempat.

Dalam sila kedua dan sila kelima tersebut tertuang nilai-nilai tujuan Negara untuk menciptakan keadilan dalam konteks kehidupan bersama. Makna dari sila kedua dan sila kelima mengandung makna keadilan yang berupa nilai, tentunya harus diwujudkan dalam kehidupan bersama. Keadilan tersebut didasari dan dijiwai oleh hakekat keadilan sosial yaitu keadilan dalam hubungan manusia dengan dirinya sendiri, hubungan manusia dengan sesama, hubungan manusia dengan bangsa dan negaranya kemudian yang terakhir adalah hubungan manusia dengan Tuhannya.

Pancasila sebagai akar dari cita hukum bangsa Indonesia memberikan konsekuensi bahwa dalam dinamika kehidupan berbangsa dan bernegara, sebagai pandangan hidup yang dianut akan memberikan arah pada pikiran dan tindakan. Cita hukum adalah gagasan, karsa, cipta dan pikiran berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum, yang dalam intinya terdiri atas tiga unsur yakni keadilan, kehasil-gunaan atau manfaat dan kepastian hukum. Cita hukum terbentuk dalam pikiran dan sanubari manusia sebagai produk berpadunya pandangan hidup, keyakinan keagamaan dan kenyataan

kemasyarakatan. Sejalan dengan itu maka, Ilmu hukum dan hukum Indonesia seyogyanya bertumpu dan mengacu pada cita hukum tersebut.¹²⁵

Karakteristik keadilan Pancasila yaitu memanusiakan manusia secara adil dan beradab sesuai hak asasinya. Hak Asasi Manusia telah melekat semenjak manusia di dalam kandungan. Hak Asasi Manusia harus selalu dilindungi karena hukum ada untuk masyarakat. Hak asasi merupakan hak perlakuan yang sama dihadapan hukum. Selain memanusiakan manusia, karakteristik keadilan Pancasila juga memberikan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Manusia sebagai makhluk sosial, sehingga harus saling hormat menghormati antar sesama sesuai dengan ajaran Agustinus adalah soal nilai-nilai yakni harga dan cinta, dan mengasihi sesama. Hormat-menghormati antar sesama bertujuan untuk menghormati hak manusia dalam memperoleh keadilan dan kesejahteraan karena keadilan dalam sila kelima Pancasila memberikan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Karakteristik keadilan Pancasila merupakan kaidah-kaidah moral serta nilai *Value* tentang kebenaran yaitu keadilan yang berfungsi sebagai landasan untuk membentuk keadilan hukum dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yang mengadopsi nilai-nilai keadilan yang berdasarkan Pancasila sebagai ideologi bangsa *Rechtsidee*. Cita hukum *Rechtsidee* tentunya mempunyai tujuan yaitu keadilan. Di dalam hukum, keadilan berbeda dengan keadilan sosial Pancasila ataupun dengan kemanusiaan yang adil dan beradab. Keadilan dalam hukum secara harfiahnya mempunyai makna yang sempit yakni apa yang sesuai dengan hukum dianggap adil sedang yang melanggar hukum dianggap tidak adil. Jika terjadi pelanggaran hukum, maka harus dilakukan pengadilan

¹²⁵ B. Arief Sidharta, 2010, *Ilmu Hukum Indonesia*, FH Unika Parahyangan, Bandung.

untuk memulihkan keadilan. Berbeda dengan konsep keadilan Pancasila. Dalam keadilan berdasarkan Pancasila, merupakan kewajiban moral yang mengikat anggota masyarakat dalam hubungannya dengan anggota masyarakat yang lainnya.

Keadilan sosial di dalam Pancasila merupakan suatu sumber nilai yang harus dijabarkan menjadi keadilan hukum. Tujuan mencapai keadilan itu melahirkan konsep keadilan sebagai hasil atau keputusan yang diperoleh dari penerapan atau pelaksanaan sepatutnya asas-asas dan perlengkapan hukum. Pengertian keadilan ini dapat disebut keadilan procedural (*“procedural” Justice*) dan konsep inilah yang dilambangkan dengan dewi keadilan, pedang, timbangan, dan penutup mata untuk menjamin pertimbangan yang tak memihak dan tak memandang orang.¹²⁶

Diakui bahwa keadilan adalah sebagai daya hidup manusia yang substansial bagi kehidupan manusia, sehingga di dalam dasar dan ideologi negara Pancasila, yang dituangkan dalam dua buah sila, yaitu Sila kedua, Kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila kelima keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia yang mewakili ciri khas keadilan sosial yang tidak boleh lepas dari sila-sila lain dari Pancasila. Khususnya sila kelima yang merupakan salah satu tujuan atau cita-cita yang perlu dicari realisasinya.

Nilai keadilan yang bersumber dari Pancasila adalah kemanusiaan yang adil dan beradab yaitu memanusiakan manusia sebagai makhluk sosial dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia yaitu memberikan kesejahteraan yang sama bagi seluruh rakyat Indonesia dalam bentuk keadilan dan mencerminkan sila-sila yang lain dari Pancasila.

¹²⁶ Glenn R. Negley, 1970 “Justice”, dalam Louis Shores, ed., *Collier's Encyclopedia*, Volume 13, Crowell_Collier.

Perbedaan keadilan Pancasila dengan keadilan hukum perlu dipahami, karena keadilan Pancasila merupakan nilai moral dan nilai keadilan yang berfungsi sebagai asas-asas hukum. Asas-asas hukum tersebut dijadikan pedoman dalam penyusunan hukum dan diaplikasikan ke dalam masyarakat sebagai aturan hukum. Karakteristik keadilan Pancasila merupakan nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalam Pancasila sebagai asas atau dasar untuk membentuk hukum yang pada hakekatnya hukum bertujuan untuk menemukan keadilan. Undang-undang sebagai salah satu penjelmaan hukum merupakan upaya untuk mewujudkan keadilan tersebut. Dalam perspektif filsafat hukum, hukum mengandung sejumlah nilai-nilai yang menjadi landasan atau dasarnya¹²⁷. Nilai-nilai atau landasan bagi hukum tersebut yaitu nilai-nilai yang bersumber dari Pancasila.

Keadilan berdasarkan Pancasila merupakan prinsip dasar yang digunakan untuk memperoleh keadilan dalam hukum. Keadilan berdasar Pancasila muncul dari kelima prinsip-prinsip yaitu sila-sila Pancasila. Karakteristik keadilan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia dan memberikan kesamaan hak di dalam memperoleh keadilan. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila merupakan prinsip dasar keadilan yang diadopsi dari sila-sila Pancasila. Keadilan yang berdasar atas ketuhanan Yang Maha Esa, keadilan yang mencerminkan persatuan dan kesatuan bangsa, keadilan yang mengutamakan hak asasi manusia, keadilan yang muncul dari proses negara demokrasi, dan keadilan yang sama dalam arti persamaan bagi seluruh rakyat Indonesia dalam memperoleh keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila mencerminkan keadilan yang diperoleh dari Tuhan Yang Maha Esa, yang memberikan seluas-luasnya kebebasan bagi

¹²⁷ Agus Sunoto dan Wahyu Widodo, *Nilai-Nilai Hak Asasi Manusia dan Keadilan di Dalam Hukum*, Jurnal PPKn FPIPS IKIP PGRI Semarang. www.portalgaruda.org

warga negara dalam memeluk agama masing-masing tanpa ada paksaan. Keadilan semacam ini memberikan persamaan bagi warga negara untuk berhak menentukan agamanya tanpa ada paksaan dari pihak manapun. Selain itu dengan prinsip yang pertama dari Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, bangsa Indonesia memiliki keadilan berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa dengan kata lain keadilan yang diwujudkan berasal dari Tuhan Yang Maha Esa dan diakui kebenarannya oleh seluruh rakyat Indonesia.

Karakteristik keadilan yang diambil dari prinsip pertama dari Pancasila merupakan persamaan yang berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Keadilan dari Tuhan tidak membeda-bedakan terhadap umatnya. Keadilan dari Tuhan merupakan keadilan hakiki yang tidak dimiliki oleh keadilan-keadilan jenis yang lainnya. Irah-irah demi keadilan berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa merupakan prinsip keadilan berdasarkan Pancasila.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berlandaskan prinsip pertama dari Pancasila yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa. Dengan kata lain, karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila mencerminkan bentuk keadilan yang berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Keadilan yang muncul merupakan keadilan yang bersumber dari Tuhan yang diwakilkan kepada manusia untuk menciptakan manusia yang adil dan beradab serta keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berlandaskan prinsip kedua dari Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab, menunjukkan bahwa keadilan hanya untuk kepentingan manusia sebagai makhluk sosial. Kemanusiaan memberikan arti bahwa keadilan tersebut memberikan apa yang menjadi hak manusia tersebut. Hak yang

diberikan berupa keadilan yang diwujudkan oleh penguasa atau pemerintah. Karakter keadilan tersebut memberikan perlindungan kepada manusia dalam memperoleh keadilan. Memberikan perlindungan hak asasi manusia sebagai makhluk yang beradab dengan cara memanusiakan manusia sebagai mana makhluk sosial yang membutuhkan keadilan.

Prinsip kedua dari Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab. Secara teori negara hukum, kemanusiaan merupakan hal yang utama dalam mewujudkan keadilan. Manusia membutuhkan keadilan dalam perlindungan hak asasi mereka sebagai makhluk sosial yang wajib dihormati dan dihargai. Konsep negara hukum selalu mengedepankan perlindungan hak asasi manusia. Konsep keadilan berdasarkan prinsip kedua dari Pancasila tersebut memberikan keadilan berupa perlindungan hak asasi manusia. Memanusiakan manusia serta menghargai dan menghormati hak-hak dasar manusia dalam memperoleh keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila menumbuhkan persatuan bagi terwujudnya keadilan di Indonesia. Sesuai dengan prinsip ketiga dari Pancasila yaitu persatuan Indonesia, maka keadilan yang terwujud membutuhkan kesepakatan bersama dalam menentukan antara keadilan dan ketidakadilan. Kesepakatan tersebut membutuhkan persatuan demi mewujudkan keadilan. Karakteristik keadilan berdasar Pancasila perlu diwujudkan dengan persamaan persepsi tentang makna dari keadilan. Persamaan persepsi tersebut membutuhkan persatuan dalam mewujudkan keadilan. Prinsip persatuan Indonesia menumbuhkan sikap dan persepsi yang sama dalam memaknai arti dari keadilan. Keadilan dalam arti persamaan, secara teori membutuhkan persamaan persepsi dan cara pandang tentang arti dari keadilan. Karakteristik keadilan

berdasar Pancasila membutuhkan persamaan persepsi tentang keadilan dengan cara menumbuhkan persatuan dan kesatuan bangsa.

Keadilan berdasarkan Pancasila yang sesuai dengan prinsip keempat dari Pancasila yaitu kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan. Prinsip tersebut menjunjung tinggi sistem negara demokrasi guna mewujudkan keadilan yang diinginkan warga negara melalui perwakilannya. Dengan sistem demokrasi, maka diharapkan keadilan akan terwujud melalui perwakilan-perwakilan rakyat dalam menentukan kebijakan yang tentunya memberikan keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila secara teori negara hukum membutuhkan bentuk musyawarah untuk mewujudkan keadilan. Musyawarah tersebut mewujudkan pemerintahan yang wajib memberikan perlindungan keadilan bagi warga negara. Prinsip keempat dari Pancasila tersebut memberikan perwujudan demokrasi dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat guna mewujudkan keadilan. Keadilan akan terwujud jika direalisasikan oleh pemerintahan yang bersih yang mengedepankan perlindungan bagi warga negaranya dalam memperoleh keadilan.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila sesuai dengan prinsip kelima dari Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia memberikan persamaan yang adil bagi seluruh rakyat Indonesia. Persamaan tersebut memberikan perwujudan adil dengan seadil-adilnya kepada warga negara untuk mendapatkan perlindungan hukum. Perlindungan hukum yang sama tersebut mencerminkan perlindungan hukum untuk diperlakukan sama dihadapan hukum bagi seluruh warga negara guna mewujudkan suatu keadilan. Prinsip kelima dari Pancasila yaitu keadilan sosial bagi seluruh rakyat

Indonesia. Persamaan tersebut mewujudkan keadilan yang diberikan kepada seluruh rakyat Indonesia dalam memperoleh keadilan. Keadilan diwujudkan demi kepentingan seluruh rakyat Indonesia. Prinsip tersebut memberikan keadilan yang sama bagi seluruh rakyat Indonesia. Keadilan yang sama tersebut sesuai dengan teori keadilan yaitu keadilan dalam arti persamaan. Perlindungan pemerintah dalam mewujudkan keadilan tidak ada pengecualian bagi warga negaranya dalam memperoleh keadilan. Keadilan diberikan sama sesuai dengan hak dan kewajiban warga negara.

Karakteristik keadilan Pancasila merupakan bagian bentuk keadilan yang berupa asas-asas dalam membentuk hukum. Hal ini perlu dibedakan antara keadilan hukum dan keadilan Pancasila. Keadilan berdasarkan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia serta

perlindungan yang sama dihadapan hukum dalam realisasinya sebagai asas-asas pembentukan hukum yang berdasarkan Pancasila. Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila yang berupa perlindungan hak asasi manusia dan persamaan dihadapan hukum, tentunya tidak lepas dari prinsip-prinsip lima sila dari Pancasila. Keadilan berdasarkan Pancasila diolah dari pemikiran tentang lima prinsip yaitu Pancasila sebagai asas pembentukan hukum berdasarkan keadilan Pancasila yang mengedepankan hak asasi manusia dan perlindungan yang sama dihadapan hukum.

Karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila meliputi nilai keadilan yang bersumber dari sila kemanusiaan yang adil dan beradab dan sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia yang merupakan perwujudan dari Negara Kesatuan Republik Indonesia. Nilai

keadilan yang muncul dari kedua sila tersebut, mencerminkan nilai-nilai dari sila-sila

yang lainnya. Dapat disimpulkan bahwa nilai keadilan Pancasila merupakan cerminan satu kesatuan yang utuh dari sila-sila yang terdapat di dalam Pancasila yang muncul dari perwujudan Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Keadilan berdasarkan Pancasila menganut beberapa asas-asas yang meliputi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, memanusiakan manusia dengan mengutamakan Hak Asasi Manusia yaitu hak dalam memperoleh keadilan, persatuan dalam mewujudkan keadilan, keadilan dapat diakui kebenarannya bagi seluruh rakyat Indonesia, dan perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Dari karakteristik Pancasila di atas, bahwa karakteristik keadilan berdasarkan Pancasila sebagai falsafah dan ideologi bangsa meliputi beberapa prinsip yaitu:

- 6) Prinsip keadilan Pancasila berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Menjunjung tinggi keadilan dengan berlandaskan keadilan dari Tuhan. Oleh sebab itu, keadilan berdasarkan Pancasila mengakui adanya agama dan kepercayaan pada masing-masing individu warga Negara.
- 7) Prinsip keadilan Pancasila mengedepankan hak asasi manusia serta memanusiakan manusia sebagai makhluk sosial yang wajib dilindungi keadilannya.
- 8) Prinsip keadilan Pancasila menjunjung tinggi nilai persatuan dan kesatuan demi terciptanya suasana kondusif bangsa yang memberikan keadilan bagi warga negara Indonesia.
- 9) Prinsip keadilan Pancasila menganut asas demokrasi demi terciptanya keadilan bagi warga Negara dalam menyatakan pendapatnya masing-masing berdasar atas musyawarah untuk mufakat.

10) Prinsip keadilan Pancasila memberikan keadilan bagi seluruh warga negaranya tanpa kecuali sesuai dengan hak-hak nya

Dari beberapa prinsip keadilan berdasarkan Pancasila yang telah disebutkan di atas, bahwa keadilan Pancasila mempunyai perbedaan dengan keadilan-keadilan yang lainnya. Keadilan Pancasila merupakan keadilan yang diambil dari karakter bangsa Indonesia itu sendiri.¹²⁸

2. *Middle Theory* (Teori Sistem Hukum)

Menurut Lawrence M. Friedman, berhasil atau tidaknya penegakkan hukum bergantung pada substansi hukum, struktur hukum/pranata hukum, dan budaya hukum. Penegakan hukum merupakan suatu usaha untuk mewujudkan ide-ide dan konsep-konsep hukum yang diharapkan rakyat menjadi kenyataan, penegakan hukum merupakan suatu proses yang melibatkan banyak hal.¹²⁹

Satjipto Raharjo berpendapat bahwa penegakan hukum itu bukan merupakan suatu tindakan yang pasti, yaitu menerapkan suatu tindakan yang pasti yaitu menerapkan hukum terhadap suatu kejadian, yang dapat di ibaratkan menarik garis lurus antara dua titik.¹³⁰

Penegakan hukum secara kongkret adalah berlakunya hukum positif dalam praktek sebagaimana seharusnya patut dipatuhi, oleh karena itu memberikan keadilan dalam suatu perkara berarti memutuskan hukum *in concreto* dalam

¹²⁸ Teguh Prasetyo, 2015, *Keadilan Bermartabat, Perspektif Teori Hukum*, Nusamedia, Bandung.

¹²⁹ Dellyana.Shat. 1988. *Konsep Penegakan Hukum*. Liberty. Yogyakarta, hlm. 32.

¹³⁰ Satjipto Raharjo, 2002, *Sosiologi Hukum : Perkembangan Metode Dan Pilihan Masalah*, Sinar Grafika, Yogyakarta, hlm.190

mempertahankan dan menjamin ditaatinya hukum materiil dengan menggunakan cara prosedural yang ditetapkan oleh hukum formal.

Menurut Soerjono Soekanto, penegakan hukum adalah kegiatan menyerasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan dalam kaidah-kaidah/pandangan nilai yang mantap dan mengejewantah dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan pergaulan perdamaian hidup. Faktor-faktor yang mempengaruhi penegakan hukum menurut Soerjono Soekanto adalah faktor hukum, faktor penegakan hukum, faktor sarana dan fasilitas pendukung, faktor masyarakat, dan faktor kebudayaan.¹³¹

Banyaknya peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia yang secara keseluruhan harus ditegakkan. Penegakkan hukum adalah suatu proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam kehidupan bermasyarakat yang berhubungan dengan hukum.¹³² Penegakkan hukum merupakan suatu persoalan yang dihadapi oleh setiap masyarakat.

Pernyataan penegakkan hukum mempunyai konotasi menegakkan, melaksanakan ketentuan di dalam masyarakat, sehingga dalam konteks yang lebih luas penegakan hukum merupakan suatu proses berlangsungnya perwujudan konsep-konsep yang abstrak menjadi kenyataan. Proses penegakkan hukum dalam kenyataannya memucak pada pelaksanaannya oleh pejabat penegak hukum itu sendiri. Sebagaimana Soejono Soekanto menyatakan bahwa :

¹³¹ Soerjono Soekanto. 2004. *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*. Cetakan Kelima.: Raja Grafindo Persada, Jakarta hlm. 42

¹³² <https://knowledgeisfree.blogspot.com/2015/10/pengertian-penegakan-hukum-kedasaran.html>, diakses pada tanggal 22 November 2020 jam 13.0 WIB.

“Penegakan hukum adalah kegiatan menserasikan hubungan nilai-nilai yang terjabarkan di dalam kaedah-kaedah yang mantap dan sikap tindak sebagai rangkaian penjabaran nilai tahap akhir, untuk menciptakan, memelihara dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.”¹³³

Dalam pelaksanaan penegakkan hukum perlu adanya suatu penyuluhan hukum guna untuk mencapai kadar kesadaran hukum yang tinggi dalam masyarakat, sehingga masyarakat dapat menghayati hak dan kewajiban asasi masyarakat dalam rangka tegaknya hukum, tegaknya keadilan, ketertiban hukum, kepastian hukum, dan terbentuknya sikap dan perilaku yang taat pada hukum.

Aktor-aktor utama yang peranannya sangat menonjol dalam proses penegakkan hukum itu adalah polisi, jaksa, pengacara dan hakim. Para penegak hukum ini dapat dilihat, pertama sebagai orang atau unsur manusia dengan kualitas, kualifikasi dan kultur kerjanya masing-masing. Dalam pengertian demikian persoalan penegakkan hukum tergantung kepada aktor, pelaku, pejabat atau aparat penegak hukum itu sendiri. Kedua penegak hukum dapat pula dilihat sebagai instusi, badan atau organisasi, dengan kualitas birokrasinya sendiri-sendiri. Dalam kaitan itu kita lihat penegakkan hukum itu dari kacamata kelembagaan yang pada kenyataannya, belum terinstitutionalkan secara rasional dan impersonal (*Institutionalized*). Namun, Kedua perspektif tersebut perlu dipahami secara komprehensif dengan melihat pula keterkaitannya satu sama lain serta keterkaitannya dengan berbagai faktor dan elemen yang terkait dengan hukum itu sendiri sebagai suatu sistem yang rasional.

¹³³ Soerdjono Soekanto, 2005, *Faktor-faktor yang mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali, Jakarta, hlm. 40.

Adapun instrument yang dibutuhkan dalam penegakan hukum adalah komponen struktur hukum (*legal structure*), komponen substansi hukum (*legal substance*) dan komponen budaya hukum (*legal culture*).¹³⁴

- a. Struktur hukum (*legal structure*) Struktur hukum adalah sebuah kerangka yang memberikan suatu batasan terhadap keseluruhan, di mana keberadaan institusi merupakan wujud konkrit komponen struktur hukum.¹³⁵
- b. Substansi hukum (*legal substance*) Pada intinya yang dimaksud dengan substansi hukum adalah hasil-hasil yang diterbitkan oleh sistem hukum, mencakup aturan-aturan hukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis.¹³⁶
- c. Budaya hukum (*legal culture*) Budaya hukum merupakan suasana sosial yang melatarbelakangi sikap masyarakat terhadap hukum.¹³⁷

Dengan demikian komponen penegakan hukum pidana struktur hukum adalah aparat penegak hukum yaitu dari aparat Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan, Advokat, aparat pelaksana putusan pidana. Substansi hukum adalah peraturan hukum pidana tertulis yang berlaku saat ini. Budaya hukum pidana adalah nilai-nilai masyarakat yang telah diakui dan menjadi pedoman dalam kehidupan bermasyarakat.

Pelaksanaan penegakan hukum pidana di dalam masyarakat haruslah memperhatikan beberapa hal sebagaimana penegakan hukum pada umumnya antara lain:¹³⁸

- a. Manfaat dan kegunaannya bagi masyarakat;

¹³⁴ Lawrence M. Friedman, 1977, *Law and Society an Introduction*. New Jersey. Prentice Hall Inc, Hal. 14.

¹³⁵ Ibid

¹³⁶ Ahmad Mujahidin, 2007, *Peradilan Satu Atap di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama, Hal.42.

¹³⁷ Lawrence M. Friedman, *Op.Cit.*, Hal 42.

¹³⁸ Ridhuan Syahrani, 1999, *Rangkaian Intisari Ilmu Hukum*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, Hal 192

- b. Mencapai keadilan, artinya penerapan hukum harus mempertimbangkan berbagai fakta dan keadaan secara proporsional;
- c. Mengandung nilai-nilai keadilan, yaitu nilai-nilai yang terjabarkan dalam kaidah-kaidah yang mantap dan mengejawantahkan, dan sikap tindak sebagai refleksi nilai tahap akhir untuk menciptakan, memelihara, dan mempertahankan kedamaian pergaulan hidup.

Penegakan hukum sebagai sebuah proses, pada hakekatnya merupakan penerapan diskresi yang menyangkut membuat keputusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaidah hukum, akan tetapi mempunyai unsurpenilaian pribadi, dengan kata lain diskresi tersebut berada antara hukum dan moral (etika dalam arti sempit). Pemahaman yang sama dengan pendapat tersebut, Sapiro Rahardjo berpendapat penegakan hukum sebagai proses sosial, yang bukan merupakan proses yang tertutup, melainkan proses yang melibatkan lingkungannya.¹³⁹

Gangguan terhadap penegakan hukum terjadi diakibatkan adanya ketidakserasian antara “tritunggal”, yaitu nilai, kaidah, dan perilaku, dimana ketidakserasian antara nilai-nilai yang berpasangan akan menjelma di dalam kaidah-kaidah yang simpang siur dan pola perilaku yang tidak terarah sehingga mengganggu kedamaian pergaulan hidup. Penegakan hukum semata-mata tidaklah berarti pelaksanaan perundang-undangan ataupun pelaksanaan keputusan-keputusan hakim, namun masalah pokok dari pada penegakan hukum terletak pada faktor-faktor yang mempengaruhinya, menurut Soerjono Soekanto, faktor-faktor penegakan hukum meliputi:¹⁴⁰ a. Faktor hukumnya sendiri,

¹³⁹ Ibid. Hal 203.

¹⁴⁰ Soerjono Soekanto, 2013, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Jakarta: Rajawali Press Cetakan ke 12, Hal 8.

misalnya undang-undang dan sebagainya. b. Faktor penegak hukum, yakni pihak yang membentuk maupun menerapkan hukum. c. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum. d. Faktor kebudayaan, yakni hasil karya, cipta, dan karsa yang didasarkan pada karsa manusia dalam pergaulan hidup. e. Faktor masyarakat, yakni lingkungan di mana hukum tersebut berlaku dan diterapkan.

3. *Applied Theory*

3.1. Teori/Mazhab Sejarah

Dalam setiap masyarakat selalu ada hukum yang berfungsi untuk mengatur perilaku mereka. Bahkan hukum merupakan bagian dari perkembangan budaya masyarakat. Tidak heran apabila dikatakan bahwa hukum adalah produk budaya (*law as a product of culture*).

Masyarakat yang berbudaya selalu menghasilkan hukumnya masing-masing. Setiap masyarakat menghasilkan tipe dan jenis hukumnya sendiri. Setiap masyarakat selalu mencitrakan hukumnya sesuai dengan budaya kemasyarakatan masing-masing. Karena, setiap masyarakat selalu menghasilkan tradisi hukum yang berbeda dengan masyarakat lainnya, misalkan tradisi hukum *civil law* dan *common law* memiliki perbedaan karakteristik yang disebabkan kedua tradisi hukum tersebut berkembang dan tumbuh dalam kehidupan kebudayaan masyarakat yang berbeda. Dari dasar pemikiran tersebut, setiap masyarakat mempunyai *the living law* yang sudah berkembang dan tumbuh semenjak masyarakat terbentuk. *The living law* tersebut lahir dari pergaulan hidup masyarakat yang secara materiil dipraktikkan secara terus menerus dan kemudian masyarakat tersebut menaatinya berdasarkan *moral duty*, bukan karena

coercive dari yang berdaulat. *The living law* tersebut dapat bersumber dari kebiasaan/tradisi, agama, dan lainnya. Karenanya suatu pandangan yang keliru apabila ada pandangan yang menyatakan bahwa dalam masyarakat tradisional tidak memiliki aturan tingkah laku yang disebut hukum.

Manusia merupakan makhluk rasional berbudaya, maka akan selalu membentuk pranata kebudayaan untuk mencegah chaos dan konflik di antara mereka. Manusia tidak hanya diciptakan dengan hasrat membenci, memusuhi, dan saling membinasakan, namun manusia juga diberikan rasa untuk saling mencintai, saling menyayangi antar sesama, dan suka perdamaian. Hukum lahir untuk mengimbangi kedua karakter yang ada pada manusia tersebut. Memang hukum tidak dapat menghilangkan sifat buruk manusia secara keseluruhan, namun hukum mengendalikan supaya manusia tidak menjadi setan. Begitupun hukum tidak dapat menjadikan manusia menjadi malaikat, namun setidaknya hukum mengarahkan manusia untuk menjadi makhluk sosial yang lebih baik. Dengan dasar tersebut, hukum telah lahir semenjak manusia.

Istilah *the living law* pertama kali dikemukakan oleh Eugen Ehrlich sebagai lawan kata dari *state law* (hukum dibuat oleh negara/hukum positif).¹⁴¹ Bagi Eugen Ehrlich perkembangan hukum berpusat pada masyarakat itu sendiri, bukan pada pembentukan hukum oleh negara, putusan hakim, ataupun pada pengembangan ilmu hukum. Eugen Ehrlich ingin menyampaikan bahwa masyarakat merupakan sumber utama hukum. Hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakatnya. Dengan dasar tersebut, Eugen Ehrlich

¹⁴¹ Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of The Sociology of Law*, Walter L. Moll trans., 1936, hlm. 137.

menyatakan bahwa hukum yang hidup (*the living law*) adalah hukum yang mendominasi kehidupan itu sendiri walaupun belum dimasukkan ke dalam proposisi hukum.¹⁴²

Dari pendapat di atas, dapat diketahui bahwa *the living law* merupakan seperangkat ketentuan yang kelahirannya bersamaan dengan lahirnya masyarakat. Hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakat. Hukum dibentuk oleh masyarakat, dan hukum berfungsi untuk melayani kepentingan masyarakat. Karenanya, bagi Eugen Ehrlich hukum negara (*state law*) bukan merupakan sesuatu yang independen dari faktor-faktor kemasyarakatan. Hukum negara harus memperhatikan *the living law* yang telah hidup dan tumbuh dalam kehidupan masyarakat. Terkait dengan hal tersebut, Eugen Ehrlich menyatakan: “*Rules of law were not lifeless constructions which existed independently of the social reality. On the contrary, they are parts of the “living”, i.e. functioning and effective order of social communications, which protect certain interests privileged by society and discriminates those interests that are denounced and disapproved by society. Society itself engenders a general order of societal relations, which later is put into legal forms by social groups and individuals who act thereby in the capacity of lawmakers (in the broader meaning, as specified above)*”.¹⁴³

Selain pendapat dari Eugen Ehrlich di atas, konsep *the living law* juga dapat dilihat dari mazhab sejarah dengan eksponen utama Friedrich Karl von Savigny. F.K. von Savigny mengemukakan teorinya sebagai bantahan terhadap transplantasi hukum Romawi dan kodifikasi Jerman menjadi hukum Prancis. Untuk itu, F.K. von Savigny

¹⁴² Ibid.hlm. 493.

¹⁴³ Ibid.,hlm. 142

mengemukakan teori *Volksgeist* (*national character, nationelgeist, volkscharacter*, jiwa bangsa) yang menyatakan bahwa hukum lahir dari keyakinan bangsa tersebut.¹⁴⁴

Lebih lanjut, F.K. von Savigny menyatakan bahwa hukum merupakan salah satu aspek dari budaya yang hidup dalam masyarakat. Karenanya, hukum itu ditemukan dalam masyarakat, tidak diciptakan oleh yang berkuasa. Hukum merupakan refleksi jiwa suatu bangsa yang khas dan asasi yang berbeda antara satu bangsa. Hukum bukanlah buatan alam atau Tuhan, namun hukum dapat ditelusuri dalam denyut kehidupan masyarakat. Hukum merupakan bagian terpenting dari kehidupan masyarakat dan bangsa. Hukum eksis, berkembang, melemah dan menguat mengikuti kondisi masyarakat. Hal tersebut menandakan bahwa hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakat.¹⁴⁵

Dari pendapat F.K. von Savigny tersebut, maka dapat diketahui bahwa hukum yang ideal adalah hukum yang digali dari masyarakatnya, bukan hukum yang dibentuk dan lepas dari konteks masyarakat dimana hukum itu hidup. Hukum yang demikian itu disebut sebagai *The living law* yakni hukum yang hidup, tumbuh dan eksis bersama dalam kehidupan bermasyarakat. Negara tidak boleh hanya mentransplantasi hukum yang bukan dari jiwa dan budaya masyarakatnya, namun negara wajib menggali *The living law*.

Dari uraian-uraian di atas, penulis mengemukakan beberapa karakteristik *the living law*, yaitu Hukum bentuknya tidak tertulis; sifat tidak otonom (responsif atau progresif); bentuk peraturan perundang-undangan Adat kebiasaan, norma agama, dan lainnya; ditemukan dalam masyarakat; sanksi tidak wajib ada; sumber pembentukan pergaulan

¹⁴⁴ Mathias Reimann, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, 1989, hlm.95-98.

¹⁴⁵ Luis Kutner, *Savigny: German Lawgiver*, *Marquette Law Review*, Vol. 55, Issue 2 Spring, 1972, hlm. 283.

hidup masyarakat; tujuan keadilan; pemaksaan kesadaran masyarakat; keberlakuan sosiologis.

Jika dilihat dari aspek sosiologis dan antropologis, masyarakat Indonesia adalah masyarakat yang majemuk dengan beranekaragam budaya, agama, adat istiadat. Karenanya, adaberbagai hukum yang hidup di dalam masyarakat Indonesia, misalkan hukum adat dan hukum islam. Jadi sebelum Indonesia merdeka, masyarakat Indonesia sudah memiliki *The living law*. Bahkan, telah terjadi pluralisme hukum dimana setiap masyarakat hukum telah memiliki hukum masing-masing dengan corak dan karakteristik tersendiri.

Menurut F.C von Savigny terdapat hubungan organisasikan antara hukum dengan watak atau karakter suatu bangsa. Hukum hanyalah cerminan dari *volkgeist*. Oleh karena itu, hukum adat yang tumbuh dan berkembang dalam Rahim *volkgeist* harus dipandang sebagai hukum kehidupan yang sejati. Hukum sejati itu tidak dibuat, ia harus ditemukan.¹⁴⁶

3.2. Teori Keadilan Islam

Keadilan merupakan konsep yang relatif. Skala keadilan sangat beragam antara satu negara dengan negara lain, dan masing-masing skala keadilan itu didefinisikan dan ditetapkan oleh masyarakat sesuai dengan tatanan sosial masyarakat yang bersangkutan.

Dilihat dari sumbernya keadilan dapat diklasifikasikan menjadi dua; keadilan positif dan keadilan revelasional. Keadilan positif adalah konsep-konsep produk manusia yang

¹⁴⁶ Bernard LTanya, dkk, 2010, *Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta, Genta Publishing, hlm. 103

dirumuskan berdasarkan kepentingan-kepentingan individual maupun kepentingan kolektif mereka. Skala-skala keadilan dalam hal ini berkembang melalui persetujuan-persetujuan diam-diam maupun tindakan formal singkatnya, keadilan jenis ini merupakan produk interaksi antara harapan-harapan dan kondisi yang ada. Sedangkan keadilan revelasional adalah keadilan yang bersumber dari Tuhan yang disebut dengan keadilan Ilahi. Keadilan ini dianggap berlaku bagi seluruh manusia, terutama bagi pemeluk agama yang taat.¹⁴⁷

Nabi Muhammad saw sebagai pengemban risalah Allah yang terakhir, juga memiliki ajaran keadilan. Jika Al-Qur'an dan Al Hadits disepakati sebagai dua sumber pokok dan utama dan ajaran Muhammad saw, maka umat Islam memiliki pegangan yang kuat untuk menggali dan memahami konsep keadilan yang kemudian dapat diaplikasikan dalam kehidupan individual dan sosial mereka.

Al-Qur'an sebagai sumber ajaran Islam yang utama, banyak sekali menyebut keadilan. Kata al-Adl, dalam berbagai bentuk katanya disebut sebanyak 28 kali, kata al-Qisth dalam berbagai shighahnya disebut sebanyak 27 kali, dan kata al-Mizanyang mengandung makna yang relevan dengan keduanya disebut 23 kali.¹⁴⁸ Banyaknya ayat Al-Qur'an yang membicarakan keadilan menunjukkan bahwa Allah Swt adalah sumber keadilan dan memerintahkan menegakkan keadilan di dunia ini kepada para rasulNya dan seluruh hambaNya. Walaupun tidak ada satupun ayat Al-Qur'an yang secara eksplisit

¹⁴⁷ Majid Khadduri, 1999, *Teologi Keadilan Perspektif Islam*, Surabaya, Risalah Gusti, hlm.10.

¹⁴⁸ Abd al-Baqi, Muhammad Fu'ad, 1987, *al-Mu'jam al-Mufahras li Al-Fadh al-Qur'an al-Karim*, Bairut, Dar al-Fikr, hal. 448-449 dan 544-545.

menunjukkan bahwa al-‘Adl merupakan sifat Allah, namun banyak ayat yang menerangkan keadilanNya.¹⁴⁹

Allah Swt itu sendiri dengan firmanNya di dalam AL-Qur’an, memerintahkan mengakkan keadilan kepada para rasulNya dan seluruh hambaNya. Perintah Allah yang ditujukan kepada rasul itu terdapat pada surat al-Hadid (57) ayat 25 : "Sesungguhnya Kami telah mengutus rasul-rasul kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah kami turunkan bersama mereka al-Kitab dan neraca (keadilan) agar manusia dapat menegakkan keadilan..."

Ayat ini, secara gamblang, mengandung pengertian bahwa setiap rasul adalah pengemban keadilan Tuhan yang tertuang dalam al-Kitab. Bagi Muhammad saw keadilan yang diembannya tertuang dalam Al-Qur’an. Ayat ini juga menegaskan bahwa umat manusia mempunyai tugas yang sama dengan para rasul dalam menegakkan keadilan, dan acuan umat Islam dalam menegakkan keadilan adalah All-Qur’an.

Allah Swt, sebagaimana dapat dilihat surat al-Maidah ayat 8 dan 9, memerintahkan orang-orang mukmin untuk menegakkan keadilan, dan keadilan itu sendiri diklasifikasikan ke dalam amal salih. Oleh karena itu orang mukmin yang menegakkan keadilan dapat dikategorikan sebagai orang yang telah berupaya meningkatkan kualitas ketakwaan dirinya. Dengan istilah lain, dapat dikatakan bahwa keadilan itu sebagai salah satu indikator yang paling nyata dan dekat dengan ketakwaan. Firman Allah tersebut adalah :

“Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu menjadi orang-orang yang menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-

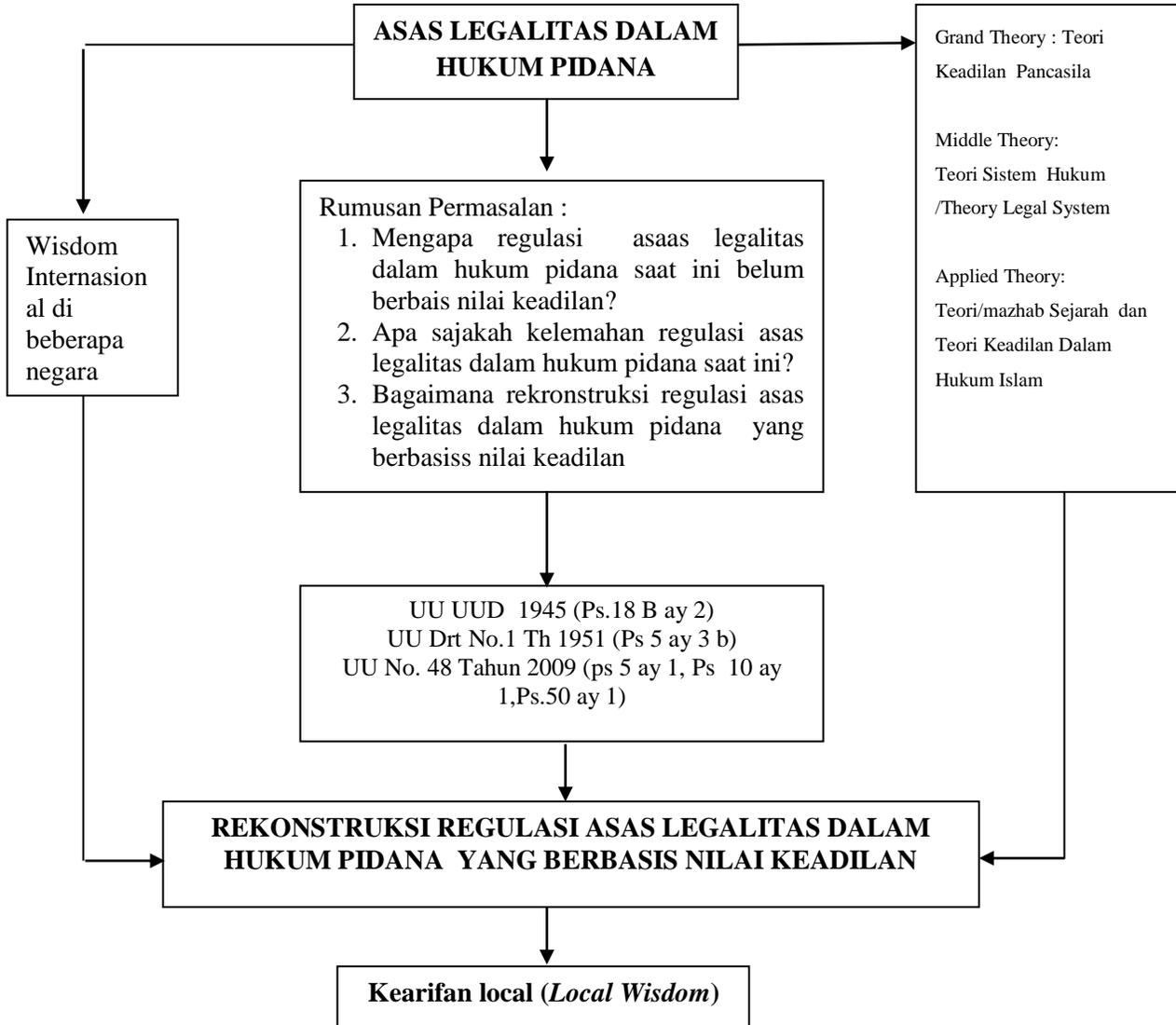
¹⁴⁹ Shihab M. Quraisy,1996, *Wawasan Islam*, Mizan, Bandung, hal. 149

kali kebencianmu terhadap suatu kaum mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat dengan takwa dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan. Allah telah menjanjikan kepada orang-orang yang beriman dan beramal salih, bahwa untuk mereka ampunan dan pahala yang besar". Ayat tersebut memerintahkan menegakkan keadilan dibidang hukum, baik kedudukan mukmin tersebut sebagai hakim maupun saksi.

Pada ayat lain, Allah juga memerintahkan untuk menegakkan keadilan dalam bentuk ucapan walaupun kepada kaum kerabat. Hal ini ditemukan pada surat al-Anam (6) ayat 152 : "... Dan apabila kalian berkata, maka berkatalah dengan adil walaupun terhadap kerabat".

Pada ayat itu juga AllahSwT memerintahkan agar mengelola harta anak yatim dengan baik, dan agar menyempurnakan takaran dan timbangan dengan adil. "Dan janganlah kamu dekati harta anak yatim, kecuali dengan cara yang bermanfaat -adil hingga sampai dewasa. Dan sempurnakan takaran dan timbangan dengan adil..."

H. Kerangka Pemikiran



Dasar patut dipidananya suatu perbuatan, berkaitan erat dengan masalah sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan. Indonesia sebagaimana disebutkan dalam UUD Negara Republik Indonesia 1945, Pasal 1 ayat 3 ,bahwa Indonesia adalah negara hukum. Di dalam negara hukum Indonesia di

samping hukum tertulis atau peraturan perundang-undangan sebagai sumber hukum yang utama juga mengakui keberadaan hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum. Dengan demikian di samping sumber hukum tertulis (undang-undang) sebagai kriteria/patokan formal yang utama, juga masih memberi tempat kepada sumber hukum tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat sebagai dasar penetapan patut dipidananya suatu perbuatan. Adapun alasan diakuinya hukum tidak tertulis tersebut antara lain didasarkan pada:

A. Pasal 5

(3) sub b Undang-Undang Nomor.1 Drt. Tahun 1951 yang intinya mengatur suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukum yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukum pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diakui oleh pihak yang terhukum, bilamana hukum adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui hukuman kurungan atau denda yang dimaksud di atas, maka terdakwa dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukuman adat yang tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa diganti seperti tersebut di atas.

B. Pasal 18

B (2) : Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip-prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

C.

UU

No.48 Tahun 22009 tentang Kekuasaan Kehakiman

- Pasal 5
(1): Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahaami nilai-nilai hukum daan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

- Pasal 10
(1): Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

- Pasal 50
(1): Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

Dengan bertolak dari kebijakan perundang-undangan nasional yang ada selama ini seperti dikemukakan di atas (yaitu adanya Undang-Undang Nomor 1/Drt/1951, UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009) dapatlah dikatakan bahwa perluasan asas legalitas secara materiel relevan untuk dijadikan asas dalam hukum pidana untuk memperbarui atau mnggantikan asas legalitas dalam hukum pidana saat ini, yaitu Pasal 1 ayat (1) KUHP. Pedoman/kriteria/rambu-rambu untuk menentukan sumber hukum materiel mana yang dapat dijadikan sebagai sumber hukum (sumber legalitas), adalah "sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa". Jadi, pedoman/kriterianya bertolak dari nilai-nilai nasional maupun internasional. Sesuai dengan

nilai-nilai nasional (Pancasila), artinya sesuai dengan nilai paradigma moral religius, kemanusiaan (*humanis*), kebangsaan, demokrasi (kerakyatan/hikmah kebijaksanaan), dan keadilan sosial.

H. Metode Penelitian

1. Paradigma Penelitian

Paradigma (*paradigm*) secara umum dapat diartikan sebagai seperangkat kepercayaan atau keyakinan dasar yang menuntun seseorang dalam bertindak dalam kehidupan sehari-hari. Pengertian ini sejalan dengan Guba yang dikonsepsikan oleh Thomas Kuhn sebagai seperangkat keyakinan mendasar yang memandu tindakan-tindakan seseorang, baik tindakan keseharian maupun dalam penyelidikan ilmiah. Dalam penelitian ini, pembahasan hanya dibatasi pada paradigma pencarian ilmu pengetahuan (*discipline inquiry paradigm*) yaitu suatu keyakinan dasar yang digunakan berbagai kalangan untuk mencari kebenaran realitas menjadi suatu ilmu atau disiplin ilmu pengetahuan tertentu.¹⁵⁰

Sebagai filosofi utama atau “payung”, paradigma akan mempengaruhi seluruh cabang ilmu dan melahirkan paham-paham atau aliran-aliran dalam masing-masing cabang ilmu tersebut. Dalam ilmu hukum aliran yang dipengaruhi paradigma positivisme adalah aliran ilmu hukum positif atau positivisme.

Berkaitan dengan rumusan masalah dan tujuan dalam penelitian ini, paradigma yang digunakan dalam penelitian ini adalah paradigma positivisme. Positivisme merupakan paham yang menganut agar setiap metodologi yang dipikirkan untuk

¹⁵⁰ Agus Salim, 2001, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial, Dari Denzin Guba dan Penerapannya*, Tiara Wacana Yogya: Yogyakarta, hlm. 33-34.

menemukan kebenaran hendaklah memperlakukan realitas sebagai sesuatu yang eksis, sebagai suatu obyek, yang harus dilepaskan dari sembarang macam prakonsepsi metafisis yang subyektif sifatnya.¹⁵¹ Diaplikasikan ke dalam pemikiran tentang hukum positivisme menghendaki dilepaskannya pemikiran metayuridis mengenai hukum, sebagaimana dianut pemikir hukum kodrat. Oleh karena itu, setiap norma hukum harus eksis dalam alamnya yang obyektif sebagaimana norma-noma yang positif, ditegaskan sebagai wujud kesepakatan kontraktual yang konkrit antara warga dan masyarakat. Hukum dipandang sebagai suatu gejala tersendiri yang perlu diolah secara ilmiah.

Positivisme hukum merupakan salah satu aliran pemikiran dalam hukum. Inti pandangan positivisme hukum adalah bahwa hukum merupakan norma-norma atau kaidah yang dituangkan dalam peraturan perundangan, sehingga sifatnya konkrit dan dirumuskan dalam rumusan-rumusan yang jelas dan tegas. Aliran positivisme hukum berakar pada filsafat positivism yang merupakan pemikiran filsafat seorang filsuf Perancis yaitu Auguste Comte. Positivisme hukum ini muncul sebagai reaksi terhadap aliran pemikiran hukum alam atau naturalisme. Berbeda dengan naturalisme yang memusatkan perhatiannya pada masalah keadilan yang abstrak, positivisme mengutarakan masalah ketertiban dan ketepatan, perhatiannya diarahkan pada obyek yang jelas dan pasti¹⁵²

¹⁵¹ Agus Salim, 2006, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial*, Tiara Wacana, Yogyakarta, hlm. 106

¹⁵² Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2013, *Filsafat, Teori, dan Ilmu Hukum: Pemikiran Menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan bermartabat*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, hlm. 195

2. Pendekatan Penelitian

Di dalam penelitian hukum terdapat beberapa pendekatan. Dengan pendekatan tersebut, peneliti akan mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu yang sedang dicoba untuk dicari jawabnya. Macam-macam pendekatan-pendekatan yang digunakan di dalam penelitian hukum adalah:¹⁵³

- a. Pendekatan undang-undang (*statute approach*);
- b. Pendekatan kasus (*case approach*);
- c. Pendekatan historis (*historical approach*);
- d. Pendekatan komparatif (*comparative approach*);
- e. Pendekatan konseptual (*conceptual approach*)

Penelitian yang dilakukan oleh penulis lebih ditujukan kepada pendekatan undang-undang dan pendekatan kasus. Pendekatan undang-undang dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani.¹⁵⁴ Pendekatan kasus dilakukan dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan.¹⁵⁵ Penulis melakukan penelitian dengan tujuan untuk menarik azas-azas hukum (“*rechtsbeginselen*”) yang dapat dilakukan terhadap hukum positif tertulis maupun hukum positif tidak tertulis.¹⁵⁶

Penelitian ini termasuk dalam tradisi penelitian hukum doctrinal dengan pendekatan yuridis normatif. Penelitian ini bekerja untuk menemukan jawaban-jawaban yang benar dengan pembuktian kebenaran yang dicari atau dari preskripsi-preskripsi

¹⁵³ Peter Mahmud Marzuki, 2009, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 93.

¹⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 93.

¹⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 94.

¹⁵⁶ Soerjono Soekanto, 1984, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 252.

hukum yang tertulis di kitab undang-undang berikut ajaran atau doktrin yang mendasarinya. Penelitian hukum normatif atau disebut juga penelitian hukum kepustakaan adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka.¹⁵⁷

Menurut Soerjono Soekanto, penelitian hukum normatif yaitu mencakup penelitian terhadap asas-asas hukum, penelitian terhadap sistematika hukum, penelitian terhadap taraf sinkronisasi hukum, penelitian sejarah dan penelitian perbandingan hukum.¹⁵⁸ Hal yang sama dikemukakan oleh Ronny Hanitijo Soemitro, bahwa penelitian hukum yang normatif atau penelitian hukum doctrinal, yaitu penelitian hukum yang menggunakan sumber data sekunder atau sumber data yang diperoleh melalui bahan-bahan kepustakaan. Penelitian hukum normatif adalah suatu proses untuk menemukan suatu aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.¹⁵⁹

3. Jenis Penelitian

Jenis penelitian ini adalah deskriptif-analitis, deskriptif maksudnya menggambarkan atau menelaah permasalahan hukum hal-hal yang berkaitan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan, sedangkan analitis maksudnya data hasil penelitian diolah lebih dahulu, lalu dianalisis dan kemudian baru

¹⁵⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, 2010, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Radja Grafindo Persada, Jakarta, hlm.13-14.

¹⁵⁸ Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, 2010, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Pustaka Pelajar Yogyakarta, hlm.153

¹⁵⁹ Peter Mahmud Marzuki, 2007, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Group, Jakarta, hlm. 35.

diuraikan secara cermat tentang asas legalitas dalam hukum pidana berdasar pada perspektif penegakan hukum yang berbasis nilai keadilan.

Penelitian deskriptif analitis juga menggambarkan peraturan perundangan yang berlaku dikaitkan dengan teori-teori hukum dan praktek pelaksanaan hukum positif yang menyangkut permasalahan dalam penelitian¹⁶⁰

4. Sumber Data

Sumber data yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder. Data sekunder merupakan jenis data yang diperoleh secara tidak langsung dari sumbernya, seperti bahan bacaan yang berupa buku, makalah atau hasil penelitian, dokumen, peraturan perundangan, putusan pengadilan, data statistik dan lain sebagainya.

Alat penelitian yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah penelusuran studi kepustakaan, yaitu mengkaji bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tersier yang berkaitan dengan permasalahan yang akan dikaji dan diteliti guna memperkuat analisis data sekunder.

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mengikat dan terdiri dari norma dasar yaitu UUD NRI 1945, KUHP, KUHAP, Undang-Undang Darurat tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan, dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, UU No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan RI, UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dan RUU KUHP Tahun 2019.

¹⁶⁰ Ronny Hanitijo Soemitro, 1990, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 97.

- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang memberi penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti, hasil penelitian dari para Juri¹⁶¹, buku ilmu hukum, jurnal hukum.
- c. Bahan hukum tertier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer, dan sekunder. Contohnya website, ensiklopedia, kamus.

5. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data mengandung makna sebagai upaya pengumpulan data dengan menggunakan alat pengumpul data tertentu. Penentuan alat pengumpul data dalam penelitian ini yang berpedoman pada jenis datanya.¹⁶² Data yang dikumpulkan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang diperoleh melalui studi kepustakaan.

Mengenai teknik pengumpulan data dalam penelitian ini adalah dengan menggunakan teknik telaah kepustakaan (*study documenter*). Bahan-bahan yang digunakan berupa bahan hukum primer, yakni undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya serta bahan hukum sekunder yang berupa kajian, analisis dan hasil penelitian tentang undang-undang atau putusan yang terkait. Pustaka hukum yang digunakan adalah melakukan penelaahan dan mempelajari karya-karya ilmiah tentang teori dan doktrin hukum positif maupun hukum Islam dari buku-buku, artikel, majalah-majalah, internet (*website*) atau sumber lain yang berkaitan dengan permasalahan yang dibahas.

¹⁶¹ Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, 1990, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Press, hlm 1.

¹⁶² W. Gulo, 2002, *Metode Penelitian*, Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta, hlm. 123.

6. Teknik Analisis Data

Analisis data yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah *analisa data kualitatif*, yaitu suatu tata cara penelitian yang menghasilkan data *deskriptif analitis*, yaitu apa yang diperoleh dari penelitian kepustakaan, diteliti dan dipelajari sebagai sesuatu yang utuh.¹⁶³

Data yang telah terkumpul dan lengkap, dipilih dan disusun secara sistematis, dan kemudian dianalisa dengan menggunakan landasan teori yang ada, sehingga dapat mencapai suatu kesimpulan. Dari data yang telah disusun dan dianalisis akan diperoleh kebenaran-kebenaran yang dapat dipakai untuk menjawab persoalan-persoalan yang diajukan dalam penelitian. Hal ini untuk menjamin apakah sudah dapat dipertanggungjawabkan sesuai dengan kenyataan, selanjutnya data diolah dan disajikan dalam bentuk laporan penelitian disertasi.

Penelitian hukum dalam disertasi ini menggunakan pendekatan kualitatif. Dalam penelitian hukum normatif hanya mengenal data sekunder berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier, maka dalam mengolah dan menganalisis bahan hukum tersebut tidak dapat melepaskan diri dari berbagai penafsiran yang dikenal dalam ilmu hukum. Suatu analisis yuridis normatif pada hakikatnya menekankan pada metode deduktif sebagai pegangan utama dan metode induktif sebagai tata kerja penunjang. Analisis normatif terutama mempergunakan bahan-bahan kepustakaan sebagai sumber data penelitiannya.¹⁶⁴

¹⁶³ Soerjono Soekanto, *op.cit.*, hlm. 250.

¹⁶⁴ Amiruddin dan Zainal Asikin, 2012, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, hlm. 166.

I. Orisinalitas Penelitian

Penelusuran terhadap studi-studi terdahulu dimaksudkan untuk me-mentukan orisinalitas studi ini, yang dilakukan dengan cara melakukan penelusuran terhadap hasil-hasil studi terdahulu (tinjauan pustaka) yang sejenis, baik yang telah dilakukan oleh para penstudi dari lingkungan disiplin ilmu hukum sendiri maupun di luar ilmu hukum, terutama ilmu-ilmu sosial humaniora.

Penulis telah menelusuri beberapa kajian dari studi terdahulu, dan penulis menemukan beberapa karya ilmiah dan penelitian disertasi yang temanya sama sebagai pembanding dengan penelitian disertasi penulis.. Berikut dapat disebutkan penelitian lain atau studi yang terdahulu sebagai pembanding dengan penelitian penulis.

No	Nama Peneliti	Judul Penelitian	Fokus Dan Hasil Penelitian	Unsur Kebaharuan Penelitian
1.	Budi Prastowo (Universitas Katolik Parahyangan)	Sifat melawan Hukum Formil/Materiil dan Pertanggungjawabana Pidana dalam Tindak Pidana Korupsi terhadap Putusan MK Nomor 003/PUUIV/2006	Adapun hasil penelitian yang dibahas mengenai: 1. Formulasi dan aplikasi perbuatan melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi setelah putusan Mahkamah Konstitusi. 2. Kebijakan Formulasi hukum pidana berdasarkan perbuatan melawan hukum materiil dalam tindak pidana	Adapun unsur kebaruan yang dilakukan penulis dalam penelitian ini yaitu berkaitan dengan : 1. Konsep kerugian keuangan negara sebelum adanya putusan Mahkamah Konstitusi. 2. Pergeseran konsep kerugian keuangan negara setelah adanya putusan Mahkamah Konstitusi 3. Dampak pergeseran konsep kerugian

			korupsi untuk masa yang akan datang.	keuangan negara terhadap penegakan hukum dalam tindak pidana korupsi di Indonesia
2	H.A. Malthuf Siroj dan Ismail Marzuki Universitas Nurul Jadid	PENEGAKAN HUKUM PROGRESIF: UPAYA MEWUJUDKAN KEADILAN SUBSTANTIF	Adapun hasil penelitian yang dibahas yaitu mengenai: 1. Berhukum dengan mengedepankan kebenaran legal-formal, yang menjadi sebab penegakan hukum di negeri ini tidak dapat memberi kebahagiaan kepada para pencari keadilan. 2. Gagasan hukum progresif menilai bahwa kebenaran hukum tidak selalu dinilai dari telah diterapkan hukum yang dirumuskan dalam undang-undang, melainkan sejauhmana hukum merespon perkembangan yang terjadi di masyarakat.	Adapun unsur kebaruan yang dilakukan penulis dalam penelitian ini yaitu berkaitan dengan : 1. Hukum progresif dapat dideskripsikan sebagai hukum yang memberi sebenar keadilan (<i>substansial justice</i>). Ia merupakan tipe hukum yang terbuka dan cair, tidak pernah berhenti mencari kebenaran dan keadilan (<i>the truth and justice</i>), oleh karenanya selalu sesuai dan/atau menyesuaikan diri dengan perkembangan dan perubahan kondisi masyarakat. Artinya, hukum progresif memiliki sifat yang responsif. 2. Proses penegakan hukum

				<p>progresif, merupakan strategi yang selalu berusaha menembus kebuntuan legalitas formal. Artinya, aparat penegak hukum diperbolehkan keluar dari kebenaran legalitas formal, demi mencapai keadilan sebagai tujuan utama hukum.</p>
3	Eko Soponyono (Disertasi, FH Undip, 2010)	Sistem Pemidanaan Yang Berorientasi Pada Korban	Ide keseimbangan dalam hukum pelaksanaan pidana mati bagi korban dan pelaku	Ide keseimbangan dalam sistem pemidanaan yang memberikan keseimbangan dan keadilan pada korban.
4	Ahmad Syafiq (Disertasi, FH Unissula, 2015)	Rekonstruksi Ideal Sanksi Pidana Tindak Pidana Korupsi di Indonesia Berdasarkan Pancasila (Perspektif Hukum Pidana Islam)	Rekonstruksi sanksi pidana mati juga bagi terpidana tindak pidana korupsi sebagai salah satu extraordinary crimes(kejahatan luar biasa)	Sanksi ideal bagi korupsi di Indonesia perspektif Hukum Pidana Islam adalah: Pidana mati, pidana pencabutan hak untuk dipilih dalam jabatan publik, pidana penjara, pidana denda, dan pengembalian kerugian negara.

J. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan dalam disertasi ini terdiri dari enam (6) bab yang masing-masing bab dapat diuraikan sebagai berikut :

Bab I, berisi merupakan Pendahuluan yang berisikan Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka Konseptual, Kerangka Teoretik, Kerangka Pemikiran, Metode Penelitian, Sistematika Penulisan dan Orisinalitas Penelitian..

Bab II, merupakan Tinjauan Pustaka yang berisi uraian mengenai berbagai teori yang akan digunakan sebagai landasan dasar analisis serta tinjauan mengenai konsep-konsep yang menjadi bagian dalam penelitian ini.

Bab III, berisi tentang regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini belum berbasis nilai keadilan.

Bab IV, berisi tentang kelemahan regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini.

Bab V, berisi tentang rekonstruksi regulasi asas legalitas dalam hukum pidana yang berbasis nilai keadilan.

Bab VI, merupakan bab penutup yang akan menyimpulkan hasil penelitian, yang kemudian akan diikuti dengan pemberian saran-saran atau rekomendasi terhadap hasil penemuan penelitian disertasi ini, dan implikasi kajian disertasi.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana

1. Pengertian dan Sejarah Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana

Pemikiran mengenai pentingnya ketentuan hukum yang jelas atas perbuatan-perbuatan yang dilarang di mulai sejak Kaisar Yustinianus mengadakan kodifikasi atasan ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku bagi warga Romawi.

“Roman citizens enjoyed some of the benefits of a regulated and limited government; and a few protections even applied in Greek city-states. The principles blossomed slowly dan painfully in England, symbolized by the Magna Carta of 1215”¹⁶⁵

Dari sinilah berkembang pemahaman akan arti penting kodifikasi bagi hukum bagi masyarakat Eropa sebagai bentuk kepastian hukum. Sejarah pembentukan dan pemberlakuan asas legalitas ini sendiri tidak dapat dilepaskan dari posisi hukum di dalam negara sebelum abad ke XVIII. Hukum Pidana di Eropa pada waktu itu hanya bersumber pada hukum tidak tertulis yaitu hukum adat.¹⁶⁶ Hukum adat menghendaki kekuasaan penuh atas hukum berada di tangan seorang penguasa saja, yakni Raja. Sebagai akibatnya pada masa itu kekuasaan negara menjadi sangat mutlak (sovereinitas negara) yang bercirikan kekuasaan raja yang mutlak (*absolute monarchie*). Di dalam pelaksanaan kekuasaannya, raja mengangkat sejumlah pejabat-pejabat negara dan kepada mereka inilah di berikan suatu kekuasaan yang sangat bebas sehingga berdampak pada tindakan yang sewenang-wenang pada rakyat, terutama dalam, bidang hukum. Meskipun Raja telah

¹⁶⁵ Frank R. Prassel, 1979, *“Criminal Law, Justice, and Society”*, Santa Monica California: Goodyear Publishing, hlm.. 70.

¹⁶⁶ Djoko Sutono, Hukum Pidana, di dalam P.A.F. Lamintang, 1997, *“Dasar-dasar Untuk Mempelajari Hukum Pidana yang Berlaku di Indonesia”*,: Citra Aditya, Bandung, hlm. 181.

menunjuk hakim sebagai wakil raja untuk mengadili setiap perkara, ternyata di dalam putusan-putusannya banyak sekali dijumpai kesewenang-wenangan hakim baik dalam menentukan perbuatan-perbuatan mana yang terlarang dan perbuatan-perbuatan mana yang tidak terlarang maupun jenis hukuman yang bagaimana yang dapat dijatuhkan kepada orang yang melanggar. Baru pada awal abad ke XVIII keadaan ini mulai direspons oleh rakyat Perancis yang menuntut kepastian hukum (*rechtszekerheid*) atas tindakan Raja yang sewenang-wenang. Menanggapi kondisi hukum yang semakin memburuk ini, banyak para tokoh dan ahli hukum menyerukan adanya perubahan-perubahan yang mendasar atau pembaharuan sehingga zaman ini dikenal dengan *de eeuw van de verlichting* atau zaman Aufklärung. Pada kondisi seperti ini seorang ahli hukum, Beccaria mengusulkan:

“Undang-undang Pidana itu dibentuk berdasarkan asas-asas yang bersifat lebih rasional yaitu yang di satu pihak dapat membatasi hak-hak penguasa untuk menjatuhkan hukuman-hukuman, berdasarkan pemikiran bahwa kebebasan pribadi para warga negara itu sejauh mungkin harus di hormati yaitu terutama dalam undang-undang pidana, suatu ketentuan pidana yang telah ada terlebih dahulu harus merupakan suatu syarat mutlak untuk dipakai sebagai dasar bagi hakim dalam menjatuhkan suatu hukuman, dan di lain pihak dapat menyelesaikan pertumbuhan hukum pidana sebagai hukum publik”.

Pendapat Beccaria ini pada akhirnya tertuang di dalam Code Penal 1791 (KUHP di Perancis) tetapi karena muatannya terlampau ideal dan tidak sesuai dengan keadaan pasca revolusi di Perancis maka Code Penal ini tidak bertahan lama. Namun demikian ide ini menjadi pemikiran awal yang sangat penting bagi terbentuknya rumusan Pasal 1 ayat 1 KUHP. Pemikiran mengenai hal ini sebenarnya sudah dimulai ketika seorang bangsawan Perancis bernama Jean Jacques Rousseau di dalam karyanya yang sangat terkenal *Du Contract Social*. Ia menegaskan bahwa tiap manusia di dalam keadaan status naturis

(alamiah) memiliki kebebasan penuh dan hak-hak. Agar pergaulan yang terbentuk tidak mengalami pertentangan atau konflik maka manusia-manusia itu mengadakan perjanjian satu sama lain (*maatschappelijk verdrag*).

Di dalam mengadakan perjanjian itulah tiap-tiap manusia menyerahkan sebagian dari hak-hak dan kebebasan yang dimilikinya kepada masyarakat (negara) yang di bentuk tadi, dengan maksud agar negara, dengan memperoleh hak-hak dan kebebasan itu, dapat menjaga ketertiban umum di dalam masyarakat dengan membatasi hak dan kewajiban manusia. Untuk melaksanakan tugasnya itu negara membentuk peraturan-peraturan yang pada hakekatnya membatasi hak-hak dan kebebasan tiap-tiap manusia. Dengan peraturan tadi, negara juga di beri tugas menjamin di taatinya peraturan-perturannya oleh manusia dan oleh karenanya peraturan tadi harus mengandung ancaman hukuman. Dari ajaran Rousseau ini, Djokosutono memberikan kesimpulan bahwa ajaran ini menjadi sumber dari hukum pidana sebab hukum pidana harus bersumber pada undang-undang atau pada umumnya peraturan-peraturan yang tertulis.

Pada perkembangan selanjutnya di tahun 1810, *Code Penal* baru telah terbentuk dengan mendapat pengaruh dari tokoh Inggris bernama Jeremy Bentham. Jeremy Bentham adalah seorang filsuf berkebangsaan Inggris yang melahirkan konsep-konsep utilitarianisme terkait dengan kepentingan politik dan hukum. Pemikiran Bentham ini sebenarnya merupakan pengembangan lebih lanjut dari teori kebebasan bersaing (*free competition*) dari Adam Smith dalam bukunya *The Wealth of Nations*. Berbeda dengan Beccaria dan Blackstone dalam menanggapi peran hukum sebagai usaha perlindungan hukum terhadap dua pihak baik negara dan rakyat (*involuntary law reformers*) dengan menganggap persatuan masyarakat itu untuk mengejar kepentingan pribadi masing-

masing.¹⁶⁷ Jeremy Bentham lebih menekankan pada prinsip kegunaan atau manfaat dari hukum itu sendiri bagi masyarakat dengan menekankan:¹⁶⁸ *Institutions were to be judged by their utility, whether they were to be regarded as useful was to depend solely upon their capacity to produce a balances of happines.*

Cara berpikir ini mulai masuk kedalam pertimbangan penyusunan Code Penal yang baru di Perancis. Apalagi nampak pada pertimbangan tidak akan di lakukan di terapkan hukum pidana jika *groundless, needles, unprofitable or inefficacious*.¹⁶⁹ Asas-asas yang terdapat di dalam Code Penal lama seluruhnya telah di ambil dan di muat dalam Pasal 4 Code Penal yang baru dengan mempertimbangkan manfaat perlindungan hukum yang seimbang antara kepentingan Negara dengan kepentingan rakyat.

Pasal 4 *Code Penal* ini sebenarnya merupakan penjabaran dari semangat pembaharuan yang di dengungkan dalam Revolusi Perancis oleh Lafayette melalui pasal 8 *Declaration Des Droit de l'home et du Citoyen* yang menghendaki kepastian hukum dengan memberikan sebuah gagasan *Nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etablie et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee* (Tidak seorang pun dapat di hukum kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang yang telah ada terlebih dahulu daripada perbuatannya itu sendiri).¹⁷⁰ Lafayette sendiri mendapatkan ilham ini dari ketentuan hukum di dalam bagian 8 hingga bagian 10 Bill of Rights Virginia 1776 yang menggariskan bahwa tidak seorang pun akan dapat di tuntutan atau akan dapat ditahan kecuali dalam peristiwa-peristiwa dan sesuai dengan cara-cara yang

¹⁶⁷ J.J. von Schmid, 1979, "*Pemikiran tentang Negara dan Hukum*",: Pembangunan & Erlangga, Jakarta, hlm. 22.

¹⁶⁸ William Seagle, 1971, "*Men of Law: From Hammurabi to Holmes*", Hafner Publishing Company, New York, hlm. 233-234.

¹⁶⁹ Nigel Walker, 1972, "*Sentencing in a Rational Sosiety*", London: Press, hlm.. 43.

¹⁷⁰ P.A.F. Lamintang, Op. Cit., hlm. 131.

telah di atur dalam undang-undang. Apabila dikaji dari sisi historisnya, asas ini sebenarnya berasal dari Habeas Corpus Act 1679 yang langsung menyebutkan pasal 39 dari Magna Charta 1215 sebagai sumbernya. Oleh karena itu dapat dikatakan asas legalitas ini sudah mulai ada sejak Magna Charta 1215.

Pengaturan Hukum Pidana di Negara Belanda sendiri sebenarnya sudah ada dengan adanya *Crimineel Wetboek voor het Koninkrijk Holland* (1809), namun ketika Napoleon menyatukan negeri Belanda dengan negeri Perancis maka *Cimineel Wetboek* menjadi tidak berlaku dan diganti dengan Code Penal. Pada perkembangan selanjutnya meskipun Belanda telah memperoleh kemerdekaannya pada tahun 1813, ternyata Code Penal ini masih tetap diberlakukan untuk sementara waktu hingga 75 tahun sambil menunggu terbentuknya Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang baru bagi Negeri Belanda. Baru pada tahun 1881, Belanda memiliki sendiri Kitab undang-undang Hukum Pidana yang bersifat nasional, yang di kenal dengan *wetboek van strafrecht* (Wvs). Dari rumusan undang-undang WvS ini ternyata Pasal 4 *Code Penal Perancis* tetap dicantumkan di dalam pasal 1 ayat 1 *Wetboek van Strafrecht* sehingga memberikan bukti persetujuan adanya kepastian hukum guna mencegah kesewenang-wenangan penguasa yang dapat merugikan penduduk. Simons menjelaskan alasan pencantuman ini

“De regel opgenomen in art.4 CP werd gehandhaafd bij art.1 lid 1 van ons wetboek van strafrecht. Naar mijne mening mag die regel, voorzover hij den eisch steit van het voorafgaan van verhouds-of gebodsvoorschrift en voorzover hij vordert de voorafgaande berreiging van de straf, ook nu nog worden beschouwd als een te waardenen waarborg voor persoonlijk rechtszekerheid. (ketentuan hukum yang terdapat di dalam Pasal 4 *Code Penal* itu tetap dipertahankan dalam Pasal 1 ayat 1 Kitab Undang-undang Hukum Pidana kita. Menurut pendapat saya peraturan tersebut hingga kini tetap dapat dipandang sebagai suatu pengakuan terhadap adanya suatu kepastian hukum bagi pribadi-pribadi orang yang harus dijamin, yaitu sejauh peraturan tersebut mensyaratkan bahwa peraturan yang bersifat mengharuskan atau yang bersifat melarang itu harus ada terlebih dahulu dan sejauh

itu mensyaratkan bahwa ancaman hukuman itu harus telah ada terlebih dahulu daripada perbuatannya itu sendiri)”

Dengan jelas, Simons menegaskan arti penting dari pencantuman Pasal 4 *Code penal* di dalam *Wetboek van Strafrecht* semata-mata hanya sebagai jaminan adanya kepastian hukum bagi pribadi-pribadi orang terhadap peraturan-peraturan yang mengharuskan dan melarang berikut sanksi yang mengikutinya. Secara implisit Pasal 4 *Code Penal* ini dapat dikatakan mengatur suatu keharusan adanya peraturan yang jelas terlebih dahulu terhadap tindakan apa yang dikategorikan sebagai perbuatan yang dilarang sehingga orang sebagai pribadi tidak merasa dijebak ketika melakukan perbuatan yang dilarang itu. Dari Pasal 4 *Code Penal* ini sebenarnya juga menghendaki adanya jaminan kepastian hukum terhadap hak-hak manusia untuk tidak diambil secara semena-mena. Melainkan mensyaratkan pengaturan dan perampasan hak asasi manusia itu secara jelas dan pasti di dalam sebuah peraturan undang-undang. POMPE menegaskan tujuan dari peraturan pidana *de strekking van de eerste regel was steeds, een waarborg te stellen voor de individuelle vrijheid tegen willekeur der overheid* (tujuan peraturan yang pertama itu adalah tetap, yaitu menjaga kebebasan individual terhadap kesewenangan penguasa).

Dapat diketahui dengan jelas bahwa latar belakang asas legalitas ini tidak terlepas dari reaksi atas kekuasaan raja yang sangat absolut sehingga dibutuhkan suatu jaminan pengaturan hukum yang jelas terhadap apa yang diharuskan dan dilarang.

Perkembangan pemahaman asas legalitas sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari perkembangan hukum pidana itu sendiri ketika menghadapi setiap perkembangan masyarakat dari waktu ke waktu. Untuk memahami beberapa tahapan perkembangan

pemahaman asas legalitas, akan dibahas setiap tahapan dengan menekankan arti penting asas legalitas dan pemberlakuannya pada masa itu.

a. Asas Legalitas sebagai Jaminan agar Pemerintah tidak Sewenang-wenang

Berawal dari kondisi pemerintahan yang absolut monarkhi di awal abad ke-XIII yang menggunakan kekuasaan dengan sangat otoriter dan sangat sewenang-wenang, pemikiran perlindungan hukum atas kepentingan rakyat mulai di pikirkan. *Jean Jacques Rousseau* meletakkan dasar hubungan antara pihak yang memerintah dan pihak yang di perintah itu di dalam ajarannya *du contract social*. *Rousseau* menegaskan hubungan ini sebagai bentuk penyerahan hak dari sekelompok individu yang tergabung di dalam masyarakat kepada beberapa orang untuk mengatur kepentingan yang ada dan menjamin ketertiban di masyarakat. Dengan demikian dapat di pahami kekuasaan seorang raja atau pemerintah pada saat itu bukan lagi berasal dari dewa atau keturunan Raja tetapi karena penyerahan sebagian hak dari rakyat.

Konsep ini semakin dipertajam oleh Montesquieu melalui pemikirannya tentang ajaran pemisahan kekuasaan yang mengatur bahwa antara ketiga kekuasaan: kekuasaan perundang-undangan yaitu yang membentuk undang-undang, kekuasaan kehakiman yang memidana kejahatan-kejahatan menyelesaikan sengketa antara sesama warga dan kekuasaan eksekutif yang menyatakan peperangan¹⁷¹ tidak boleh saling tumpang tindih tetapi harus terpisah satu sama lainnya. Ajaran trias politica ini bermaksud untuk melindungi individu terhadap tindakan sewenang-wenang dari pihak pemetintah. Di dalam bidang hukum hal ini membawa suatu pemahaman

¹⁷¹ Roeslan Saleh, 1983, "Perbuatan Pidana dan Pertanggung Jawaban Pidana: Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana", Aksara Baru, Jakarta, hlm.. 38.

bahwa hanya legislatif yang berwenang untuk menetapkan apa yang dipidana di dalam suatu undang-undang dan bukan hakim. Hakim hanya berposisi sebagai pelaksana dari undang-undang tidak lebih dari itu (*bouce de la loi*). Melalui ajaran pemisahan kekuasaan ini di satu sisi semakin mempertegas batas kekuasaan dari ketiga organ pemegang kekuasaan hanya saja di sisi lain semakin mempersulit masing-masing organ karena pada prakteknya masing-masing wilayah kekuasaan itu saling mendukung satu dengan yang lain. Konsep ini juga di dasarkan atas pemikiran Francis Bacon (1561-1626) yang mengetengahkan adagium *moneat lex, puisquam feriat*, yang berarti undang-undang harus memberikan peringatan terlebih dahulu sebelum merealisasikan ancaman yang terkandung di dalamnya.¹⁷² Hal ini di gunakan sebagai alasan pembenaar peneanaan pidana bagi pelanggarnya.

Arti penting asas legalitas di dalam tahap ini hanyalah sebagai suatu prinsip ketatanegaraan di mana rakyat harus mendapatkan perlindungan hukum. Seperti dikemukakan Oemar Seno Adji dengan “*Prinsip Legality*” merupakan karakteristik yang essentieel, baik ia di kemukakan oleh *Rule of Law* konsep, maupun oleh faham *rechstaat* dahulu, maupun oleh konsep *socialist*.¹⁷³ Oleh karena itu rumusan asas legalitas yang dirumuskan di dalam bahasa Latin: *Nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*” pada pengaplikasian awal lebih menekankan perbuatan-perbuatan yang dilarang itu di dalam Undang-undang. Pemilihan bentuk Undang-undang ini secara tegas tampak di dalam isitilah “*lege*” yang menunjuk Undang-undang sebagai satu-satunya produk hukum yang boleh

¹⁷² Eddy O.S. Hiarej, 2007, “*Pemikiran Rummelinjk mengenai Asas Legalitas*” di dalam *Jentera: Jurnal Hukum*, Edisi 16 tahun IV Bulan April-Juni, Jakarta, hlm.. 127.

¹⁷³ Oemar Seno Adji, 1980, “*Peradilan Bebas Negara Hukum*”, Erlangga, Jakarta, hlm. 21.

memberikan pengaturan tentang perbuatan yang dilarang dan ancaman hukuman. Moeljatno menjelaskan konsekuensi dari penggunaan istilah “aturan pidana dalam perundangan” (*wettelijk strafbepaling*) ini dengan tidak diakuinya perbuatan-perbuatan pidana yang berasal dari hukum tidak tertulis (adat).¹⁷⁴ Pidana (*poena*) lebih di atur secara tegas mengingat pemberian pidana atau pengenaan pidana pada hakekatnya merupakan pengurangan hak individu yang juga hak masyarakat.

Pemahaman akan arti penting perlindungan hukum terhadap rakyat ini pada akhirnya muncul juga di dalam *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* tahun 1789 khususnya pada pasal 8 yang menyatakan “tidak ada sesuatu yang boleh dipidana selain karena suatu wet yang di tetapkan dalam undang-undang dan diumumkan secara sah”. Penerapan prinsip ini ternyata membawa dampak di akunya asas legalitas di dalam undang-undang pidana Negeri Belanda (*Wetboek van Strafrecht*) pasal 4 dan Kitab Hukum Pidana Polandia pasal 1 yang menyebutkan penal *liability shall be incurred only by person who commits a socially dangerous act prohibited under threat of a penalty by a law in force at the time of its commissions menganut asas lex temporis delicti* (Undang-undang yang berlaku adalah Undang-undang pada saat delik terjadi).¹⁷⁵ Pengakuan prinsip legalitas ini sebagai bentuk perlindungan hak-hak rakyat terhadap kesewenang-wenangan Raja dan bukan pada pemikiran tentang perbuatan apa yang dilarang dan sanksinya.

b. Asas Legalitas sebagai Perlindungan Proses Hukum yang Jelas

¹⁷⁴ Moeljatno, 1996, *Asas-asas dalam Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm.. 25-26

¹⁷⁵ Barda Nawawi Arief, 2002, “*Perbandingan Hukum Pidana*”, Cet. IV, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 82-83.

Pemahaman asas legalitas ini kemudian berkembang kepada pemikiran akan pentingnya perlindungan hukum di dalam proses hukum. Hak-hak manusia sebagai individu benar-benar menjadi faktor yang sangat penting untuk di pikirkan terutama pada saat menghadapi proses hukum. Hal ini di dukung dengan adanya pengakuan Hak Asasi Manusia jauh sebelumnya di dalam Bill of Rights Virginia tahun 1776 yang menyatakan bahwa tidak ada orang yang boleh di tuntutan atau di tangkap selain dengan dan dalam peristiwa-peristiwa yang terdapat dalam undang-undang.

Pemikiran ini sebenarnya telah lama muncul di mulai dari pengaturan hak tersangka di dalam Pasal 39 Magna Charta tahun 1215 yang mengatur perlindungan terhadap penangkapan, penahanan, penyitaan, pembuangan, dikeluarkannya seseorang dari perlindungan hukum atau undang-undang (*vogelvrij*), selain dari jika dijatuhkan putusan pengadilan yang sah oleh “orang-orang yang sederajat” dari orang yang bebas di tuntutan itu.¹⁷⁶ Pada tahun 1679 di dalam *Habeas Corpus* Inggris juga menetapkan bahwa seseorang yang ditangkap harus diperiksa dalam waktu singkat untuk menghindari intimidasi dan kekerasan yang mungkin terjadi. Sehingga asas ini memberikan perlindungan terhadap tuntutan dan penangkapan yang sewenang-wenang. Pengakuan dan pemahaman asas legalitas pada fase ini hanya meliputi keabsahan prosedur dari proses hukum pidana yang di atur di dalam undang-undang dan penerapannya.

c. Asas Legalitas sebagai Hukum Pidana Materiil

¹⁷⁶ Muladi, et.al, 2003, “*Pengkajian Hukum tentang Asas-asas Pidana Indonesia dalam Perkembangan Masyarakat Masa Kini dan Mendatang*”, Badan Pembinaan Hukum Nasional – Departemen Kehakiman RI, Jakarta, hlm.. 19.

Pemikiran mengenai asas legalitas sebagai hukum pidana materiel ini sebenarnya berawal dari suatu pemahaman tentang apakah hukum pidana itu sine praevia lega poenale (hukum pidana adalah hukum undang-undang). Pertanyaan ini sebenarnya merupakan pergumulan yang berat mengenai bagaimana pemahaman hukum itu seharusnya. Pada awal abad ke XIX, pertanyaan ini mulai di bahas antara mazhab sejarah yang di pimpin oleh von Savigny dan aliran postivis dengan tokohnya Thibaut. Menurut pendapat von Savigny, masyarakat itu terus menerus berkembang begitu pula hukum yang tercipta secara seirama mengikuti perkembangan manusia itu dan memberikan pengaturannya di dalam kehidupan.¹⁷⁷ Oleh karena itu, menurut aliran historis usaha kodifikasi atau perumusan suatu norma di dalam Undang-undang akan membawa efek negatif bagi perlindungan masyarakat yang secara fakta terus berkembang.

Bertentangan dengan pendapat ini, Thibaut menegaskan perlunya kodifikasi di dalam sebuah undang-undang mengingat hak rakyat yang harus di utamakan. Rakyat harus dapat membaca dan memahami ketentuan hukum yang di tetapkan oleh Penguasa dan menghendaki penghapusan hukum kebiasaan yang tidak menimbulkan kepastian hukum karena terus-menerus berubah. Pertentangan ini terus-menerus berlangsung terutama ketika asas legalitas di undangkan di dalam *Code Civil*. Aliran historis dengan tegas menolak asas legalitas karena menghambat perkembangan dan pengakuan hukum kebiasaan yang sudah terlebih dahulu hidup di masyarakat. Selain itu argumentasi yang sering di berikan karena undang-undang itu sendiri telah terbukti tidak dapat mengakomodasi setiap kebutuhan masyarakat apalagi hukum

¹⁷⁷ Theo Huijbers OSC, 1982, "*Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*", Kanisius, Yogyakarta, hlm. 119.

pidana ketika menghadapi modus operandi dari kejahatan yang terus menerus berkembang.

Menanggapi hal ini aliran positivis tetap berpegang pada prinsip berpegang pada aturan yang jelas karena hal itu tidak akan menimbulkan ketidakpastian hukum. Bergstein memberikan pendapatnya mengenai hal ini dengan mengatakan *is de wet ongetwijfeld een bij uitstek gezaghebbende bron van recht* (tidak dapat di ragukan bahwa undang-undang merupakan sumber hukum yang sangat berwibawa). Bergstein menegaskan bahwa melalui undang-undang-lah setiap masyarakat akan melihat tujuan hukum termasuk di dalamnya perbuatan apa yang dilarang dan di ancam dengan saksi. Mengenai keberadaan hukum kebiasaan, Bergstein sama sekali tidak menolak, justru ia menegaskan tugas dari penegak hukum untuk mencari arti dari rumusan kata-kata yang terdapat di dalam Undang-undang itu. Ia menegaskan:

gtegenover de woorden der wet komt hem echter een grote vrijheid toe. Hij is dus niet 'la bouche de la loi', tenzij men daarronder verstaat 'la bouche de l'esprit de la loi' (terhadap kata-kata undang-undang penerap undang-undang memiliki suatu kebebasan yang luas. Jadi dia bukanlah “mulut undang-undang” tetapi “mulut jiwa undang-undang”.

Dengan demikian dengan jelas Bergstein memberikan satu hubungan yang saling melengkapi antara hukum yang tercantum di dalam undang-undang itu dengan hukum kebiasaan yang ada. Posisi undang-undang sebagai suatu jaminan mutlak dari apa yang dilarang oleh hukum pidana dan tercela sehingga harus di ancam dengan pidana. Masyarakat harus dengan wajib tunduk dan melaksanakan hukum yang berlaku itu. Sedangkan posisi hukum kebiasaan seperti di jelaskan oleh Suijing sebagai berikut:

“behoort hij de abstract geredigeerde wet me de prescripten der volksmoraal aan te vullen en dus altijd de gerechtigheid te oefenen, welke de wet in vereniging met de volksmoraal aan de justitiabelen waarborgt” (... hakim harus melengkapi undang-undang yang dirumuskan secara abstrak dengan ketentuan-ketentuan dari moral rakyat, dan karena itu selalu menyelenggarakan keadilan, yang adanya dijamin oleh undang-undang bersama dengan moral rakyat untuk melindungi para pencari keadilan).

Terkait dengan asas legalitas sebagaimana dirumuskan di dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP, Lamintang memberikan satu kritik tajam terhadap penerjemahan Pasal 1 ayat 1 KUHP. Kesalahan pertama terdapat pada fokus dari Pasal 1 ayat 1 KUHP sendiri yang mengatur tentang *strafbaarfeit* (perbuatan yang dapat dihukum) pemahamannya selalu terarah pada “perbuatan yang dapat dihukum” seharusnya “orang yang telah melakukan perbuatan tersebut atau pelakunya” yang menjadi fokusnya. Kedua, mengenai penerjemahan istilah *wettelijke strafbe* paling yang terlalu sering di terjemahkan dengan “peraturan pidana di dalam undang-undang” atau “aturan pidana dalam undang-undang” adalah kurang tepat. Istilah bepaling seharusnya di terjemahkan dengan “ketentuan” sedangkan istilah “*wettelijke*” lebih menunjuk pada *dijvoegelijk naamwoord* (suatu kata keterangan keadaan) sehingga terjemahan yang tepat adalah “ketentuan pidana menurut undang-undang”.

Apabila rumusan terjemahan “ketentuan pidana menurut undang-undang” ini di pergunakan maka semakin luaslah pemahaman asas legalitas yang tidak lagi hanya bertumpu pada undang-undang. Mengenai penafsiran Pasal 1 ayat 1 KUHP ini Profesor Van Hattum memberikan penjelasan:

“Intussen mag het begrip 'wettelijk' in dit artikel niet, evenmin als de term 'strafwet' in het opschrift van de eerste titel van het eerste boek, eng worden opgevat. Onder strafwet heeft me n te verstaan, niet het wetboek alleen, doch het geheel van Nederlandse strafrechtelijke voorschriften, algemene of bijzondere, zoals die in de gecodificeerde en niet gecodificeerde wetgeving worden

getroffen. En wet is hier dan niet op te vatten in de formele, doch in de materiele zin.” (Dalam pada itu pengertian “wettelijke” dalam pasal ini tidak boleh diartikan secara sempit, demikian perkataan “Undang-undang pidana” seperti yang dapat kita jumpai di bagian atas dari bab pertama Buku ke-I KUHP. Yang di maksud dengan Undang-undang Pidana itu bukan hanya kitab undang-undang saja, melainkan juga keseluruhan peraturan-peraturan hukum pidana Belanda, baik yang bersifat umum ataupun yang bersifat khusus, baik yang di jumpai di dalam perundang-undangan yang telah di bukukan ataupun yang dijumpai di dalam perundang-undangan yang tidak di bukukan. Dengan demikian, maka perkataan undang-undang itu janganlah di artikan sebagai undang-undang dalam arti formal melainkan ia harus di artikan sebagai undang-undang dalam arti material).

Dari pendapat Van Hattum ini, istilah “undang-undang” yang semula dipahami secara sempit sebagai undang-undang dalam arti formal seperti dimaksudkan dalam Pasal 5 dan Pasal 20 UUD berubah pemahamannya menjadi undang-undang dalam arti materiil yang di dalamnya menyangkut semua ketentuan perundang-undangan secara tertulis baik ataupun tidak tertulis. Pemahaman mengenai “perundang-undangan yang telah di bukukan ataupun yang tidak dibukukan” dari pendapat van Hattum di atas menurut saya bisa menjadi jalan bagi pengakuan hukum kebiasaan yang berlaku di masyarakat. Hal ini di dasarkan pada pengertian “perundang-undangan yang tidak dibukukan” (*niet gecodificeerde wetgeving worden getroffen*) yang memiliki ruang lingkup begitu luas, tidak hanya peraturan hukum tertulis, tetapi juga peraturan hukum pidana yang hidup di masyarakat.

Menanggapi hal ini Profesor Pompe mempunyai pemahaman yang agak berbeda, dengan mengatakan:

Kitab undang-undang kita berbicara mengenai ketentuan menurut undang-undang. Dengan demikian maka pertama-tama ia menunjuk pada undang-undang sendiri, yang dibentuk oleh raja bersama-sama dengan Staten Generaal. Yang di maksud dengan undang-undang itu, selanjutnya adalah juga peraturan-

peraturan dari penguasa-penguasa rendahan, asalkan peraturan-peraturan tersebut dibentuk berdasarkan suatu undang-undang”.¹⁷⁸

Apabila pendapat Pompe ini di kaji secara mendalam akan di dapatkan pemahaman mengenai istilah “undang-undang” di dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP itu menyangkut undang-undang itu sendiri di tambah peraturan-peraturan pelaksana dari undang-undang yang harus berdasarkan undang-undang. Pada dasarnya Pompe sependapat dengan van Hattum dalam memandang undang-undang dalam arti materiel hanya saja van Hattum yang lebih menekankan pengertian *wettelijke* itu menyangkut semua peraturan-peraturan hukum pidana baik yang sudah terkodifikasi maupun belum sehingga ruang lingkupnya begitu luas. Sedangkan Pompe lebih menekankan undang-undang sebagai batu uji dan dasar dari pemberlakuan semua peraturan-peraturan hukum pidana yang akan di akui. Dari pendapat Pompe ini, dapat diperoleh suatu istilah “bersumber pada undang-undang” atau “berdasarkan pada undang-undang” sebagai alternatif terjemahan istilah *wettelijke* dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP. Dalam pengertian inilah menurut saya, hukum kebiasaan (adat) dapat diberlakukan secara limitatif yaitu dengan syarat ditunjuk oleh Undang-undang untuk di berlakukan. Sebagai contoh; pemberlakuan hukum adat lokika sanggraha bagi masyarakat adat Bali yang mendasarkan diri pada Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Drt No. 5 Tahun 1951.

Pendapat yang cukup berbeda juga dikemukakan Profesor Simons yang mengatakan:

“Undang-undang Pidana itu adalah keseluruhan peraturan-peraturan menurut undang-undang yang menentukan dan mengatur pertanggung jawaban menurut hukum pidana. Undang-undang Pidana dalam arti yang luas semacam itu, seperti yang antara lain telah dipergunakan dalam Bab pertama Buku ke-I dari Kitab

¹⁷⁸ Ibid hal. 138

Undang-undang Hukum Pidana meliputi kitab undang-undang itu sendiri berikut semua undang-undang, keputusan-keputusan dan peraturan-peraturan yang di dalamnya memuat ketentuan-ketentuan pidana”¹⁷⁹.

Pada dasarnya Simons sependapat dengan apa yang dikemukakan van Hattum dan Pompe mengenai undang-undang dalam arti materiil hanya saja menurut Simons pemahaman undang-undang secara materiil itu lebih di tentukan dari ada atau tidaknya sanksi pidana pada peraturan hukum itu. Simons beranggapan bahwa daya kerja dari hukum pidana itu terletak dari sanksi pidana yang dincantumkan di setiap peraturan perundang-undangan. Dari pendapat Simons ini ruang lingkup pemahaman undang-undang secara materiil tidak seluas pemahaman van Hattum dan tidak sesempit pandangan Pompe. Jika van Hattum lebih mengabaikan aspek formal dan non formal dari peraturan-peraturan hukum pidana, Simons lebih membatasi pemahaman undang-undang dalam arti materiil ini di dalam peraturan yang secara formal dibentuk dan memiliki sanksi pidana. Berbeda dengan Pompe yang lebih menekankan pemahaman pada suatu prinsip berdasarkan undang-undang, ternyata Simons lebih memperluas pemahamannya dengan menekankan peraturan hukum itu tidak hanya undang-undang dan peraturan yang bersumber padanya asalkan memiliki ancaman pidana di dalamnya.

Pendapat mengenai asas legalitas secara materiil ini juga di kemukakan secara Jan Remmelink dengan menafsirkan ”undang-undang pidana” atau *wettelijke strafbe* paling dengan semua ketentuan hukum yang mengatur tindak pidana menurut

¹⁷⁹ Ibid

hukum yang berlaku, baik secara tertulis maupun tidak tertulis.¹⁸⁰ Pendapat ini sebenarnya mengemukakan satu pemahaman baru di dalam hukum pidana bahwa asas legalitas tidak boleh hanya berkuat pada apa yang tertera di dalam ketentuan hukum tertulis namun juga memberlakukan hukum tidak tertulis juga.

Pemahaman undang-undang dalam arti materiil ini ternyata mendapatkan tanggapan pro dan kontra dari beberapa ahli hukum Indonesia. Barda Nawawi Arief lebih mendukung pemahaman undang-undang dalam arti materiil ini dengan mengingat perkembangan masyarakat yang begitu cepat di satu sisi yang sangat membutuhkan perlindungan hukum pidana. Barda Nawawi Arief mengusulkan perubahan *adagium nullum delictum nulla poena sine lege* yang selama ini dipahami di dalam hukum pidana menjadi *nullum delictum nulla poena sine ius*. Penggantian istilah *lege* menjadi *ius* menurut Barda Nawawi akan memperluas pemahaman ahli hukum dan penegak hukum di dalam menggali dasar-dasar hukum yang di butuhkan ketika menghadapi suatu perkara yang bermodus operandi baru. Pemahaman asas legalitas tidak boleh hanya berdasar pada undang-undang (*lege atau lex*) tetapi lebih mendasar daripada itu berdasar pada hukum (*ius*). Ruang lingkup istilah *ius* ini juga sangat luas mencakup semua peraturan hukum pidana baik yang tertulis maupun tidak tertulis dan peraturan hukum yang terkodifikasi maupun tidak terkodifikasi. Apabila di perhatikan dengan seksama pendapat Barda Nawawi Arief ini sangat bersesuaian dengan pendapat van Hattum yang menekankan ruanglingkup peraturan hukum pidana secara luas.

¹⁸⁰ Jan Remmelink, 2003, "*Hukum Pidana: Komentar atas Pasal-pasal terpenting dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*"; Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm.. 355-362.

Bersesuaian dengan hal ini Muladi di dalam penelitiannya mengemukakan pokok-pokok pikiran perubahan pemahaman asas legalitas, ia mengusulkan:

“Mengenai sumber/dasar hukum atau landasan legalisasi untuk menyatakan suatu perbuatan dapat dipidana (menjadi tindak pidana) atau tidak, konsep tetap mempertahankan KUHP, namun diimbangi dan diperluas ke perumusan materiel yang memberi tempat kepada “hukum yang hidup atau hukum yang tidak tertulis”¹⁸¹

Muladi menjelaskan arti penting pemahaman legalitas itu tidak hanya bersumber pada Undang-undang (sumber formal) melainkan juga sumber hukum materiel (hukum yang hidup dari masyarakat) sebagai upaya untuk melindungi kepentingan hukum masyarakat yang telah ada dan mengantisipasi kebutuhan hukum yang tidak dapat di akomodasi dengan baik oleh undang-undang (sumber hukum formiil). Pendapat Muladi ini di dasarkan pada beberapa pertimbangan baik secara nasional maupun internasional sebagai berikut:

- 1) Bentuk perlunakan/penghalusan pertama terdapat di dalam KUHP sendiri; yaitu dengan adanya Psl 1:2 KUHP;
- 2) Dalam praktek yurisprudensi dan perkembangan teori, dikenal adanya ajaran sifat melawan hukum yang materiil;

Dalam hukum positif dan perkembangannya di Indonesia (dalam UUDS 1950; UU:1 Drt. 1951; UU:4/70 jo. UU:35/99 dan konsep KUHP Baru), asas legalitas tidak semata-mata diartikan sebagai *nullum delictum sine lege* tetapi juga sebagai *nullum delictum sine ius* atau tidak semata-mata dilihat sebagai asas legalitas formal, tetapi juga legalitas materiel, yaitu dengan mengakui hukum pidana adat, hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum;

¹⁸¹ Muladi, et.al, Op. Cit, hlm. 6.

Dalam dokumen Internasional dan KUHP negara lain juga terlihat perkembangan/pengakuan ke arah asas legalitas materiel (lihat Psl.15:2 ICCPR dan KUHP Kanada) yang mengakui juga *the general principles of law recognized by the community of nations* sebagai sumber hukum.

Di beberapa KUHP negara lain (antara lain KUHP Belanda, Yunani, Portugal) ada ketentuan mengenai “pemanfaatan/pengampuan hakim” (dikenal dengan berbagai istilah, antara lain *Rechtelijk pardon, Judicial pardon, Dispensa de pena* atau *Non-imposing of penalty*) yang merupakan bentuk “*Judicial corrective to the legality principle*”. Selain hal itu juga ada perubahan fundamental di KUHP Perancis pada tahun 1975 (dengan UU No. 75-624 tgl. 11 Juli 1975) yang menambahkan ketentuan mengenai “pernyataan bersalah tanpa menjatuhkan pidana” (*the declaration of guilt without imposing a penalty*). Perkembangan/perubahan yang sangat cepat dan sulit diantisipasi dan *cyber-crime* merupakan tantangan cukup besar bagi berlakunya asas *lex certa*, karena dunia maya (*cyber-space*) bukan dunia riil/nyata/pasti.

Di dalam penelitian ini, Muladi mengemukakan begitu banyak tantangan yang harus di hadapi hukum pidana untuk menjamin kepastian hukum. Setiap perkembangan dan perubahan yang terjadi baik dari modus operandi kejahatan yang semakin canggih (*cybercrime*) demikian juga perubahan secara nasional dan Internasional semakin mendesak perubahan pemahaman asas legalitas secara materiil. Suatu sikap yang terus mempertahankan asas legalitas secara formiil (hanya undang-undang) akan semakin mempersulit penegakan hukum pidana itu sendiri yang berakibat muncullnya ketidakadilan dan ketidakpastian hukum di masyarakat.

Tidak semua ahli hukum Indonesia menyetujui pandangan asas legalitas dalam arti materiil ini, ada beberapa ahli hukum yang dengan teguh memegang pandangan asas legalitas dalam arti formiil dan menolak pandangan asas legalitas secara materiil. Utrecht dapat dikatakan salah satu tokoh yang menolak keberadaan asas legalitas baik dipahami secara formiil maupun materiil karena menurutnya keberadaan asas legalitas ini akan sangat berdampak pada banyaknya perbuatan yang sepatutnya dipidana (*strafwaardig*) menjadi tidak dipidana. Ketentuan hukum pidana “undang-undang pidana” Ketentuan hukum pidana Tertulis Ketentuan hukum pidana Tertulis.¹⁸² Dapat diketahui dengan jelas bahwa Utrecht lebih mendasarkan pemahamannya pada mazhab historis dengan menekankan pentingnya pengakuan hukum yang hidup di masyarakat dan bukan hukum yang terkodifikasi. Pendapat ini ternyata mendapatkan perhatian yang sangat besar dari Andi Hamzah yang menganggap pemberlakuan asas legalitas ini bisa menimbulkan dilemma bagi pengakuan hukum adat yang tidak tertulis terbentur dengan sistem kodifikasi mengingat setiap daerah memiliki hukum adat yang berbeda namun tetap berlaku di dalam kenyataan.¹⁸³ Berbeda dengan pendapat ini, Moeljatno tetap menyetujui pemberlakuan asas legalitas ini dengan mendasarkan makna asas legalitas itu berdasarkan istilah *wetelijke bepaling* yang bermakna “aturan pidana dalam perundangan”.¹⁸⁴ Meskipun Moeljatno memahami makna istilah *wetelijke bepaling* itu secara formal, ia tetap memegang bahwa hukum pidana tidak hanya bersumber dari undang-undang. Moeljatno lebih memahami asas legalitas itu dalam pemahaman

¹⁸² E. Utrecht, 1986, "*Hukum Pidana I*", Pustaka Tinta Mas, Surabaya, hlm. 197-199.

¹⁸³ Andi Hamzah, 1994, "*Asas-asas Hukum Pidana*", : Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 43.

¹⁸⁴ Moeljatno, Op. Cit., hlm 25-26.

asas legalitas secara materiil. Hal ini dapat di lihat didalam pandangannya mengenai dasar pemberlakuan hukum adat yang di daasarkan pada Pasal 5 ayat (3) huruf b UU Darurat No. 1 Tahun 1951. Keberlakuan hukum adat tetap harus di dasarkan pada ketentuan hukum tertulis yang menunjukkan keberlakuannya. Hal ini sebenarnya sangat bersesuaian dengan pemahaman hukum undang-undang dalam arti materiil seperti yang dikemukakan Schaffmeister dan Keijzer bahwa “undang-undang dalam arti materiil” berarti peraturan yang dibuat oleh badan pemerintah yang berwenang yang berlaku umum dan yang mengikat penduduk¹⁸⁵ termasuk di dalamnya Undang-undang dan ketentuan hukum di bawah Undang-undang.

Tabel 1. Perbandingan Aliran Historis dan Aliran Kodifikasi

Perbandingan	Aliran Historis	Aliran Kodifikasi
kelebihan	a. Hukum menampung nilai-nilai hidup di masyarakat; b. Hukum selalu mengikuti perkembangan (dinamis)	a. Hukum sangat jelas (<i>lex certa</i>) sebagai konsekuensi dari <i>lex scriptura</i> ; b. Jaminan kepastian Hukum
kekurangan	a. Hukum yang cepat berubah; b. Kepastian hukum kurang mendapat perhatian	a. Hukum kurang menampung nilai-nilai yang hidup di masyarakat; b. Hukum ketinggalan jaman karena terpaku pada UU yang bersifat abstrak

Memperhatikan kedua aliran di atas yang sama-sama memiliki kelebihan dan kekurangan sebenarnya di butuhkan satu pengkajian yang baru di dalam menampung pemahaman terhadap asas legalitas. Pemahaman asas legalitas secara formiil (yang di pahami aliran kodifikasi) di satu sisi mempunyai kekurangan kurang responsifnya

¹⁸⁵ Schaffmeister, 2007, *Keizer dan Sutorius, "Hukum Pidana"*, editor J.E. Sahetapy dan Agustinus Pohan, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm.. 1.

undang-undang pada nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat. Sedangkan pemahaman asas legalitas secara materiil (yang di pahami aliran historis) sebenarnya membawa pemahaman ketentuan hukum semakin bebas dan cenderung tidak ada batasan yang jelas.

Untuk mengatasi hal itu, sebenarnya setiap kelebihan dari setiap pemahaman asas legalitas baik secara materiil maupun formiil dapat dipadukan menjadi satu pemahaman asas legalitas secara formiil materiil. Bentuk perpaduan ini menghendaki satu pemahaman yang jelas dan tegas bahwa sumber hukum yang terutama dan dasar dari hukum pidana hanyalah Undang-undang secara tertulis namun ini tidak berarti mengesampingkan hukum yang tidak tertulis. Kedudukan hukum tidak tertulis (atau hukum secara materiil) itu lebih merupakan penjabaran atau pelaksanaan dari Undang-undang yang telah ada dan dapat setara kedudukannya apabila di tunjuk keberlakuannya oleh Undang-undang. Pemahaman ini dengan sendirinya akan membuka suatu pemahaman baru pada apa yang di maksud dengan “undang-undang Pidana” (*wettelijk strafbepaling*) yang berupa ketentuan hukum pidana yang terdiri dari ketentuan hukum pidana tertulis maupun tidak tertulis. Yang terdiri dari Undang-undang sebagai dasar atau pedoman penafsiran yang ada (baik itu KUHP, Undang-undang secara Umum atau Undang-undang secara khusus), Undang-undang yang mencantumkan ancaman pidana, dan ketentuan hukum pidana adat yang di tunjuk keberlakuannya berdasarkan Undang-undang (misal, UU Darurat No. 1 Tahun 1951).

Pemahaman ini di Indonesia sebenarnya tampak sejak diberlakukannya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1946 jo. Undang-undang Nomor 73 Tahun 1958 maka

secara otomatis berlaku Wetboek van Strafrecht warisan zaman kolonial itu sebagai hukum pidana di Indonesia. Oleh karena berasal dari Belanda maka berlakulah sistem hukum kontinental atau *civil law system* yang mengutamakan sistem kodifikasi dalam perundang-undangannya. René David menegaskan sistem Romano-Germanic family ini sangat di pengaruhi ajaran *individualisme, liberalisme* dan *individual rights*¹⁸⁶ sehingga perlindungan hukum secara utama harus di muat di dalam undang-undang atau peraturan tertulis. Latar belakang inilah yang sebenarnya membawa hukum pidana Indonesia secara otomatis menerapkan prinsip *lex certa* (hukum pidana adalah hukum undang-undang) dan menolak keberadaan hukum kebiasaan atau hukum yang hidup dan diakui di dalam masyarakat. Padahal bangsa Indonesia sendiri telah memiliki nilai-nilai hukum yang hidup sebelum bangsa Belanda datang. Pemahaman terhadap asas legalitas pun benar-benar mengadopsi pemahaman awal sebagaimana sistim hukum pidana Belanda menjalankannya. Undang-undang menjadi satu-satunya dasar dalam menentukan ada atau tidaknya perbuatan pidana berikut dasar mengadili suatu perkara pidana. Akibat pelaksanaan asas legalitas dalam arti formiil ini banyak pencari keadilan yang tidak mendapatkan kepuasan ketika menyerahkan perkaranya di pengadilan. Kekecewaan ini disebabkan penolakan dari hakim yang menganggap hukum kebiasaan tidak dapat diterapkan dan berlaku hukum pidana di dalam KUHP. Pada posisi ini, saya sependapat dengan Barda Nawawi Arief ketika mengatakan:

“Secara formal memang KUHP (WvS) merupakan hukum pidana positif di Indonesia, sehingga ilmu yang mempelajarinya dapat saja disebut sebagai ‘ilmu

¹⁸⁶ René David & John C. Brierley, 1978, “*Major Legal Systems in the World Today*”, Stevens & Sons, London, hlm.. 24.

hukum pidana positif Indonesia' tetapi secara substansial sebenarnya tidak patut di sebut sebagai 'ilmu hukum pidana Indonesia'.¹⁸⁷

Hal ini di sebabkan, ilmu hukum indonesia secara materiil masih memberlakukan prinsip hukum asing atau kolonial dan tidak berakar pada pandangan/konsep nilai-nilai dasar (grundnorm) dan kenyataan (sosio-politik, sosio-ekonomi dan sosio-budaya) yang hidup dalam masyarakat Indonesia sendiri. Seharusnya pemahaman hukum pidana itu bersumber pada nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat Indonesia sendiri. Termasuk juga di dalamnya, pemahaman asas legalitas harus dimaknai bukan semata-mata di dasarkan atas Undang-undang atau hukum tertulis tetapi pada hukum yang hidup dan secara jelas diakui oleh masyarakat. Dengan mengingat dasar pemberlakuan asas legalitas sebagaimana di kemukakan Utrecht, yaitu adanya kemerdekaan pribadi dan kepentingan kolektivitet¹⁸⁸ maka hukum pidana Indonesia harus bercirikan kepentingan bangsa Indonesia sendiri. Mengenai adagium asas legalitas ini, Barda Nawawi Arief memberikan usulan *nullum delictum sine ius*¹⁸⁹ (garis bawah dari saya) yang berarti tidak ada delik dan tidak ada pidana sebelum ada hukum yang mengaturnya. Pendapat ini sebenarnya tetap bersumber dari pemahaman materiil hukum yang tidak hanya mengakui undang-undang sebagai dasar hukum pidana tetapi juga hukum yang kebiasaan, hukum adat yang memiliki nilai-nilai hukum di masyarakat. Mengenai hal ini Zainal Abidin Farid mengusulkan agar asas *nullum*

¹⁸⁷ Barda Nawawi Arief, 1998, "*Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*", Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 101.

¹⁸⁸ E. Utrecht, *Op. Cit.*, hlm. 195.

¹⁸⁹ Barda Nawawi Arief, "*Pokok-pokok Pemikiran (Ide Dasar) Asas-asas Hukum Pidana Nasional*" di dalam Moh. Slamet, et.al., 2003, *Aneka Wacana tentang Hukum: Tanda Mata 70 Tahun Prof. Hj. Hermien Hadiati Koeswadji, S.H.*, Kanisius, Yogyakarta, hlm 110.

delictum itu dengan *weltanschauung* bangsa Indonesia.¹⁹⁰ Asas legalitas harus di pahami menurut nilai-nilai hukum bangsa Indonesia sendiri, bersumber pada hukum yang hidup di masyarakat dan di rumuskan di dalam ketentuan hukum secara jelas dan tegas.

Pemberlakuan pemahaman undang-undang secara seimbang dengan sendirinya akan membawa perlindungan hukum dan kepastian hukum menjadi terjamin. Di dalam pemahaman asas legalitas secara formiil-materiil yang menjadi dasar perhatian utama adalah Undang-undang itu sendiri. Dasar pemahaman ini begitu penting mengingat hanya melalui produk hukum berupa Undang-undang saja setiap hak-hak dari masyarakat dapat di kurangi atau di ambil jika terjadi pelanggaran hukum. Namun ini tidak berarti tidak di akuinya ketentan hukum di bawah undang-undang. Ketentuan hukum yang berada di bawah undang-undang pun tetap diakui sepanjang isi dan materinya berdasar pada undang-undang dan tidak bertentangan dengan undang-undang. Mengenai hukum kebiasaan yang berlaku dan hidup di masyarakat, di dalam pandangan ini tetap di akui asalkan di tunjuk keberlakuannya oleh Undang-undang dan isinya tidak bertantangan dengan Undang-undang. Pengakuan ini tetap harus dipertahankan mengingat terdapat sebagian besar masyarakat Indonesia yang tunduk pada hukum adat. Oleh karena itu untuk mengakomodasi hal ini, pemahaman asas legalitas haruslah bersifat formiil-materiil dalam arti diakui keberadaanya pada masyarakat tertentu dan mendasarkan dirinya pada hukum nasional.

¹⁹⁰ Zainal Abidin Farid, 1995, "*Hukum Pidana I*", Eresco, Jakarta, hlm.. 144-147

2. Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana

Asas legalitas dipandang sebagai asas terpenting dalam hukum pidana Indonesia, karenanya diatur dalam KUHP, sebagai babon atau induknya hukum pidana. Pengaturan asas legalitas dalam Buku I (satu) KUHP tentang Ketentuan Umum, membawa konsekuensi bahwa ketentuan asas legalitas itu berlaku terhadap kejahatan-kejahatan yang diatur dalam Buku II maupun pelanggaran dalam Buku III KUHP. Demikian juga berlaku bagi semua peraturan pidana yang diatur dalam UU di luar KUHP, kecuali UU tersebut membuat penyimpangan (*lex specialist derogat lex generalis*).

Asas legalitas pada hakikatnya adalah tentang ruang berlakunya hukum pidana menurut waktu dan sumber/dasar hukum (dasar legalisasi) dapat dipidananya suatu perbuatan. (jadi sebagai “dasar kriminalisasi atau landasan yuridis pemidanaan”).¹⁹¹

Perumusan asas legalitas dalam Pasal 1 KUHP (WvS) terdiri dari 2 ayat yang selengkapnya sbb:

- (1) Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.
- (2) Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundangundangan, dipakai aturan yang paling ringan (menguntungkan) bagi terdakwa.¹⁹²

Mengenai makna asas legalitas seperti dirumuskan dalam KUHP/WvS tersebut di atas, menurut Sudarto,¹⁹³ membawa 2 konsekuensi yaitu:

¹⁹¹ Andi Hamzah, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 3

¹⁹² KUHP, terjemahan Moeljatno, 1979, Cetakan ke XI, Jogjakarta: FH UGM, 1979. Hlm..13.

¹⁹³ Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*, Cetakan ke-dua, Yayasan Sudarto Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, hlm. 22-23.

- a. Bahwa perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang sebagai tindak pidana tidak dapat dipidana. Jadi dengan adanya asas ini hukum yang tidak tertulis tidak berkekuatan untuk diterapkan.
- b. Adanya pendapat bahwa ada larangan penggunaan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang.

Senada dengan pendapat di atas, menurut Romli Atmasasmita, makna asas legalitas dalam KUHP adalah:¹⁹⁴

- a. Tiada suatu perbuatan merupakan suatu tindak pidana, kecuali telah ditentukan dalam undang-undang terlebih dulu.
- b. Ketentuan undang-undang harus ditafsirkan secara harfiah dan pengadilan tidak diperkenankan memberikan suatu penafsiran analogis untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana.
- c. Ketentuan undang-undang tidak berlaku surut. Menetapkan bahwa hanya pidana yang tercantum secara jelas dalam undang-undang yang boleh dijatuhkan.

Menurut Muladi, asas legalitas pada prinsipnya terdiri atas:

- a. *Nullum crimen sine lege* (tiada kejahatan tanpa undang-undang);
- b. *Nulla poena sine lege* (tiada pidana tanpa undang-undang);
- c. *Nulla poena sine crimen* (tiada pidana tanpa kejahatan).¹⁹⁵

Selanjutnya Muladi menegaskan, bahwa asas ini mencakup pula asas derivatif seperti "*nullum crimen sine lege praevia*" (tiada kejahatan tanpa undang-undang

¹⁹⁴ Romli Atmasasmita, 2000, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 48.

¹⁹⁵ Muladi, 2000, "*Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat Di Era Demokrasi*", Makalah Seminar, 27 April 2000, hlm.16

sebelumnya) dan “*nullum crimen sine poena legali*” (tidak kejahatan tanpa pidana yang diatur sebelumnya). Asas lain yang terkait 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*).¹⁹⁶

Asas legalitas seperti di atas menghendaki bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan yang merumuskan tindak pidana tidak dapat diberlakukan secara surut (*non retroaktif*). Menurut ELSAM, pemberlakuan secara surut merupakan suatu kesewenang-wenangan, yang berarti pelanggaran hak asasi manusia. Seseorang tidak dapat dituntut atas dasar undang-undang yang berlaku surut.

Berdasarkan rumusan Pasal 1 ayat (2) KUHP, maka kemungkinan peraturan dapat berlaku “*retroaktif*”, dengan syarat:

- Apabila sesudah terdakwa melakukan tindak pidana ada perubahan dalam perundang-undangan,
- Apabila perubahan undang-undang baru itu menguntungkan/ meringankan bagi terdakwa.

Mengenai perubahan dalam perundang-undangan yang berhubungan dengan masalah tindak pidana, menurut Nyoman Serikat Putra Jaya, dapat berupa:¹⁹⁷

1. Baik undang-undang lama maupun undang-undang baru, sama-sama menetapkan perbuatan sebagai tindak pidana;
2. Undang-undang lama menetapkan perbuatan sebagai tindak pidana aduan, sedangkan undang-undang baru menetapkan sebagai tindak pidana biasa;

¹⁹⁶ Ibid

¹⁹⁷ Nyoman Serikat Putra Jaya, 2008, *Beberapa Pemikiran Ke Arah Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung: hlm. 5-6.

3. Undang-undang lama menetapkan perbuatan sebagai tindak pidana biasa, sedangkan undangundang baru menetapkan sebagai tindak pidana aduan, dan
4. Undang-undang lama menetapkan sebagai tindak pidana, sedangkan undang-undang baru tidak lagi menetapkan sebagai tindak pidana.

Selanjutnya Nyoman Serikat Putra Jaya menegaskan yang berhubungan dengan kesalahan dapat berupa:

1. Undang-undang lama merumuskan kesengajaan sebagai unsur sedangkan undang-undang baru merumuskan kealpaan sebagai unsur;
2. Undang-undang lama merumuskan kealpaan sebagai unsur, sedangkan undang-undang baru tidak merumuskan kesengajaan sebagai unsur;
3. Undang-undang lama merumuskan kealpaan atau kesengajaan sebagai unsur, sedangkan undangundang baru tidak merumuskan kesengajaan atau kealpaan sebagai unsur;
4. Undang-undang lama merumuskan kealpaan atau kesengajaan sebagai unsur, sedangkan undangundang baru merumuskan kesengajaan atau kealpaan sebagai unsur;

Mengenai perubahan dalam perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana, menurut Nyoman Serikat Putra Jaya, dapat berupa:

1. Sanksi pidana dalam undang-undang lama dan undang-undang baru sama beratnya;
2. Sanksi pidana dalam undang-undang lama lebih berat dari sanksi pidana dalam undang-undang baru; dan
3. Sanksi pidana dalam undang-undang lama lebih ringan dari sanksi pidana dalam undang-undang baru

Menurut Barda Nawawi Arief¹⁹⁸ walaupun Pasal 1 ayat (2) KUHP mengandung di dalamnya ketentuan tentang retro-aktif, namun sebenarnya lebih tepat dikatakan bahwa pasal itu mengatur tentang “Aturan Peralihan” (ATPER), yaitu aturan dalam masa transisi karena adanya perubahan UU. Pasal 1 ayat (2) ini mengandung asas/prinsip, bahwa “ketentuan hukum yang diberlakukan dalam hal ada perubahan UU (dalam masa transisi) adalah ketentuan hukum yang menguntungkan/meringankan terdakwa”. Jadi Pasal 1 ayat (2) mengandung asas, bahwa dalam menghadapi 2 pilihan perundangundangan karena ada perubahan, harus “dipilih (diterapkan/ didahulukan) hukum yang menguntungkan/meringankan terdakwa”. Oleh karena itu dapat dikatakan mengandung “asas subsidiaritas”.

Pengertian paling ringan menurut Nyoman Serikat Putra Jaya harus diartikan seluas-luasnya, dan tidak hanya mengenai pidananya saja, tetapi mengenai segala sesuatunya dari peraturan itu yang mempunyai pengaruh terhadap penilaian sesuatu tindak pidana. Penentuannya harus dilakukan *in concreto* dan tidak *in abstracto*.¹⁹⁹

Namun demikian arti seluas-luasnya hanya sebatas jika perubahan UU itu menguntungkan bagi terdakwa, ketentuan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP tidak mencakup dalam hal ketentuan yang menguntungkan/meringankan kepentingan masyarakat, artinya retroaktif tidak berlaku jika perubahan itu menguntungkan bagi kepentingan masyarakat.

Berdasarkan penjelasan di atas maka Pasal 1 ayat (2) KUHP yang memberi kemungkinan peraturan berlaku “retroaktif”, dapat dikatakan lebih berorientasi pada kepentingan individu (“*offender*”). Artinya penyimpangan terhadap “non retroaktif”

¹⁹⁸ Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Dalam Konsep KUHP (Perspektif Perbandingan Hukum Pidana)*, Op-cit, hlm 17-18.

¹⁹⁹ Nyoman Serikat Putra Jaya, Op-Cit, hlm 7

(yaitu boleh retroaktif’) apabila memenuhi syarat/kriteria, bahwa perubahan UU itu menguntungkan/meringankan terdakwa (individu) semata, sedangkan jika perubahan itu menguntungkan masyarakat maka asas tersebut tidak berlaku.²⁰⁰

Dalam perundang-undangan di luar KUHP, asas legalitas ini ada yang menyimpangi atau dibuat *lex specialist* sebagai berikut:

- 1) Menjadikan Hukum Adat atau “hukum yang hidup di masyarakat” menjadi sumber hukum hukum pidana, selain hukum tertulis. Ketentuan yang demikian terdapat dalam:
 - a. UU No. 1 /Drt/1951 tentang Tata Susunan Lembaga Peradilan;
 - b. UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;
 - c. Pasal 18B (2) UUD’45 (amandemen ke-2 tahun 2000)
- 2) Pemberlakuan UU secara RETRO AKTIF diberlakukan terhadap :
 - a. Tindak Pidana Pelanggaran HAM berat / kejahatan kemanusiaan : - "Penjelasan Psl. 4" UU No. 39/1999 - Pasal 43 UU No. 26 / 2000
 - b. Tindak pidana Terorisme (Perpu No. 2/2002 jo. UU No. 16/2003) Telah dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat berdasarkan Putusan MK No. 013/PUUI/2003.

3. Urgensi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana

Seperti yang dijelaskan di atas, bahwa asas hukum bukan merupakan suatu aturan hukum yang konkret, melainkan suatu norma yang abstrak. Di atas telah ditegaskan oleh

²⁰⁰ Sri Endah Wahyuningsih, 2013, *Rekonstruksi Asas-Asas Hukum Pidana Nasional Berlandaskan Nilai-Nilai Kearifan Religius Dari Perspektif Hukum Islam*, Disertasi, Program Doktor UNDIP Semarang.

Sudikno mengenai asas hukum, yakni latar belakang peraturan yang konkret dan bersifat umum atau abstrak. Jadi, dapat dipahami mengenai urgensinya asas hukum dalam suatu aturan hukum/undang-undang, bahwa asas hukum merupakan bagian dari tujuan dibentuknya suatu peraturan hukum.

Terkait dengan urgensi asas dalam peraturan perundang-undangan, Satjipto Rahardjo menyatakan sebagai berikut :²⁰¹

Memasukkan asas dalam perundang-undangan memang dipujikan, disebabkan hukum itu bukan bangunan peraturan semata, melainkan juga bangunan nilai-nilai. Oleh karena itu, sudah tepatnyalah apabila dalam peraturan hukum itu ada bagian yang mampu untuk mengalirkan nilai-nilai tersebut, dan bagian itu adalah asas hukum.

Di dalam aturan hukum pidana, diketahui ada beberapa asas-asas di dalamnya. Suatu asas dalam hukum pidana, memberi batasan atau konsep berlakunya aturan konkret mengenai perbuatan pidana. Sehingga, menurut hemat penulis, bahwa urgensi dari adanya asas-asas dalam hukum pidana, bertujuan untuk memberikan konsepsi berlakunya suatu aturan pidana yang bersifat konkret.

Selanjutnya, terkait dengan urgensi asas dalam peraturan hukum, menurut Paton dikutip dari bukunya Satjipto Rahardjo, menyatakan sebagai berikut:²⁰²

Bahwa suatu sarana yang membuat hukum itu hidup, tumbuh, dan berkembang kemudian juga menunjukkan bahwa hukum itu bukan sekedar kumpulan peraturan-peraturan, maka hal itu disebutkan oleh karena asas mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis.

Oleh sebab itu, asas mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis seperti yang dikemukakan oleh Paton di atas, maka asas-asas dalam hukum pidana dianggap urgen

²⁰¹ Satjipto Rahardjo, 2006, *Sisi-Sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, cetakan kedua, Kompas Media Nusantara, Jakarta, hlm. 138

²⁰² Satjipto Rahardjo, 2012, *Ilmu Hukum*, cetakan ketujuh, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 45.

eksistensinya. Sebab, tujuan dari adanya hukum pidana, tidak lain merupakan sarana kontrol sosial, untuk melindungi masyarakat dari perbuatan jahat.

Asas bersifat fundamental dalam suatu peraturan hukum, karena sifatnya yang fundamental, maka asas terletak di bagian pertama atau pasal pertama dalam peraturan hukum. KUHP merupakan peraturan hukum pidana yang tertulis, oleh karena merupakan peraturan hukum yang tertulis, maka di bagian awal KUHP yang dijadikan landasan ialah asas legalitas.

Pada dasarnya asas legalitas ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang menyatakan “Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundangundangan pidana yang telah ada”.²⁰³

Adapun permasalahan dalam implementasi hukum pidana, terkait dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP, M. S Alfarisi dalam tulisannya yang berjudul “Politik Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia”, yang menyatakan sebagai berikut
.204

Pasal 1 ayat (1) KUHP berisi tentang asas legalitas, disebutkan dalam pasal tersebut bahwa seseorang tidak bisa dihukum apabila perbuatan orang tersebut tidak ada dalam peraturan perundang-undangan. Ayat ini menyempitkan peranan hakim yang dalam perundang-undangan selain hakim sebagai pemutus suatu perkara yang telah ada aturannya, hakim juga harus menggali nilai-nilai hukum yang ada di tengah masyarakat.

Oleh karenanya, menurut hemat penulis, bahwa hal ini dirasa tidak secara mutlak berlaku, bahwa Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menekankan dan mendasarkan pada aturan

²⁰³ Dihimpun oleh Redaksi Sinar Grafika, KUHAP dan KUHP, Cetakan kesepuluh, Sinar Grafika, Jakarta, 2011

²⁰⁴ M. S Alfarisi, *Politik Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Jurnal Yuridis Unaja Universitas Adiwangsa Jambi, Volume 1 Nomor 1, 1 Mei 2018, hlm. 28.

tertulis. Lebih lanjut, M. S Alfarisi²⁰⁵ menjelaskan terkait tugas dan fungsi hakim, sebagai berikut :

Sesuai dengan Pasal 5 ayat 1 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, secara jelas disebutkan dalam pasal tersebut bahwa “Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

Tongat dalam bukunya menjelaskan terkait dengan ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP, menyatakan sebagai berikut :²⁰⁶

Ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut mengandung pengertian, bahwa perbuatan pidana yang telah ditentukan dalam peraturan tertulis/undang-undang dapat diberlakukan terhadap tindak pidana yang terjadi setelah rumusan/ketentuan pidana di dalam peraturan tertulis/undang-undang diberlakukan. Dengan demikian, terhadap perbuatan pidana yang terjadi sebelum ketentuan pidana dalam peraturan tertulis/undang-undang diberlakukan, maka ketentuan pidana itu tidak dapat diberlakukan terhadap tindak pidana yang telah terjadi itu. Konsekuensinya, ketentuan pidana dalam peraturan tertulis/undang-undang itu hanya berlaku untuk waktu ke depan, hal ini biasa disebut dengan hukum tidak berlaku surut.

Oleh karena peraturan pidana mengatur suatu perbuatan yang dapat dipidana, atau dengan kata lain peraturan pidana memiliki sanksi yang sangat kejam. Dikatakan sanksi yang sangat kejam, yakni sanksi pidana itu merupakan sanksi yang membatasi kemerdekaan seseorang yang melanggar ketentuan-ketentuan pidana, yaitu sebuah kurungan/penjara. Oleh karena itu, rumusan Pasal 1 ayat (1) KUHP menjadi dasar berlakunya suatu aturan pidana untuk kedepannya atau sesudah diberlakukannya.

Menurut Teguh Prasetyo dalam bukunya “Hukum Pidana” terkait makna asas legalitas terdapat tiga poin, antara lain :²⁰⁷

A. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau perbuatan itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan hukum.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Tongat, Op.cit, Hlm. 45.

²⁰⁷ Teguh Prasetyo, 2010, *Hukum Pidana*, Edisi 1, Cetakan 1, Rajawali Pers, Jakarta, Hlm. 39.

- B. Untuk menentukan adanya tindak pidana tidak boleh digunakan analogi.
- d. Undang-undang hukum pidana tidak berlaku mundur/surut.

Dengan demikian, menurut penulis, bahwa suatu perbuatan pidana itu terlebih dahulu ada peraturan yang sudah mengatur tentang perbuatan pidana itu. Selain itu, penggunaan analogi dilarang, sebab dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana itu harus secara tegas mengacu pada peraturan tertulis yang telah berlaku. Adapun mengenai berlakunya undang-undang hukum pidana itu tidak boleh berlaku surut/mundur, artinya undang-undang hukum pidana itu berlakunya untuk waktu ke depan, dengan kata lain, berlakunya setelah ditetapkan undangundang hukum pidana.

Selanjutnya masih dalam bukunya Teguh Prasetyo, menjelaskan bahwa :²⁰⁸

Dasar pokok dalam menjatuhkan pidana terhadap seseorang yang telah melakukan perbuatan pidana adalah norma yang tidak tertulis, tidak dipidana apabila tidak ada kesalahan. Dasar ini adalah mengenai pertanggungjawaban seseorang atas perbuatan yang dilakukannya, jadi terkait dengan criminal responsibility atau criminal liability. Akan tetapi, mengenai dilarang dan diancamnya suatu perbuatan yaitu mengenai perbuatan pidananya sendiri, mengenal criminal act, juga ada dasar yang pokok yaitu asas legalitas, asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. Biasanya ini dikenal dalam bahasa latin sebagai Nullum Delictum Nulla Poena Sine Praevia Lege, yang berarti tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan terlebih dahulu.

Dengan adanya unsur kesalahan, sehingga dapat dijadikan dasar untuk penjatuhan sanksi pidana. Unsur kesalahan ini, implikasinya pada sistem sosial masyarakat, apabila terjadi suatu perbuatan pidana dan pelaku tersebut melakukannya dengan adanya unsur kesalahan, maka atas perbuatan tersebut dapat mengganggu ketertiban dan keamanan dalam masyarakat. Sehingga patut atas perbuatan pidana itu dapat dijatuhkan sanksi pidana.

²⁰⁸ Ibid.

Dalam rumusan Pasal 2 ayat (1) RKUHP (versi 9 Juli 2018), berbunyi sebagai berikut : “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.”

Pasal 2 ayat (1) RKUHP di atas, merupakan perluasan makna/konsep asas legalitas. Diketahui, bahwa asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP ialah dasar berlakunya hukum pidana ialah melalui undang-undang, tetapi dalam Pasal 2 ayat (1) RKUHP, dasar berlakunya hukum pidana tidak hanya melalui peraturan perundang-undangan saja, melainkan melalui nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Prof. Muladi memberi masukan beserta penjelasan terhadap Pasal 2 ayat (1) RKUHP, yaitu sebagai berikut :²⁰⁹

“Hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pasal ini berkaitan dengan hukum yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat hukum Indonesia. Di beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut. Dalam lapangan hukum pidana hal tersebut dikenal sebagai hukum pidana adat. Untuk memberikan dasar hukum mengenai berlakunya hukum pidana (delik) adat, perlu ditegaskan dalam Undang-Undang ini dan dikompilasi oleh pemerintah dalam bentuk Peraturan Presiden yang berasal dari Peraturan Daerah masing-masing. Kompilasi ini memuat mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat yang dikualifikasi sebagai tindak pidana adat. Kompilasi tersebut juga harus berorientasi pada nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab”.

Di dalam ilmu pengetahuan hukum pidana, dikenal dengan istilah formil dan materil.

Secara formil dipahami sebagai formalitas, dengan arti bahwa mengacu pada suatu ketentuan yang tertulis.

²⁰⁹ Muladi dalam penjelasan dan masukan, disetujui oleh TIMUS pada 5 Februari 2018, di dalam pending issue RUU KUHP Revisi 28 Mei 2018.

Asas legalitas formil, yang sudah dirumuskan secara eksplisit dalam pasal 1 (1) KUHP. Asas ini menggariskan, bahwa dasar untuk menentukan patut tidaknya suatu perbuatan dianggap bersifat melawan hukum atau perbuatan pidana, sehingga karenanya pelakunya dapat dipidana adalah ketentuan dalam undang-undang yang harus sudah ada sebelum perbuatan itu dilakukan.²¹⁰

Oleh karena suatu perbuatan patut dianggap perbuatan bersifat melawan hukum, maka yang menjadi patokan atau penentu perbuatan bersifat melawan hukum itu adalah melalui ketentuan undang-undang. Penjatuhan pidana pada perbuatan yang bersifat melawan hukum harus terlebih dahulu ada undang-undang yang mengatur perbuatan tersebut, apabila suatu perbuatan bersifat melawan hukum itu dilakukan sebelum ada undang-undang yang mengatur perbuatan tersebut, maka menurut konsep asas legalitas formil tidak dapat dijatuhi pidana atau dianggap bersifat melawan hukum. Konsepsi demikian, merupakan makna dari hukum tidak berlaku surut, yang artinya hukum berlaku kedepan atau berlaku sesudah aturan hukum itu disahkan.

Diketahui bahwa asas legalitas formil yang konsepnya mendasarkan pada hukum tertulis, maka hal ini menimbulkan dilematis di antara kalangan para ahli hukum seperti Utrecht dan Andi Hamzah, dikutip dari Derry Angling Kesuma dan Yuli Asmara Triputra dari jurnal yang berjudul “Dekontruksi Terhadap Asas Legalitas, Perimbangan Perlindungan Terhadap Kepentingan Pelaku dan Korban Tindak Pidana”. Maka menurut Utrecht dikutip dari jurnal tersebut, yaitu sebagai berikut :²¹¹

²¹⁰ Tongat, Op.cit, Hlm. 47

²¹¹ Derry Angling Kesuma & Yuli Asmara Triputra, 2018, *Dekontruksi Terhadap Asas Legalitas, Perimbangan Perlindungan Terhadap Kepentingan Pelaku dan Korban Tindak Pidana*, Jurnal Saburai, Volume 1 Nomor 1, hlm. 39.

Terhadap asas *nullum delictum* itu dapat dikemukakan beberapa keberatan. Pertama-tama dapat dikemukakan bahwa asas *nullum delictum* itu kurang melindungi kepentingan-kepentingan kolektif (*collectieve belangen*). Akibat asas *nullum delictum* itu hanyalah dapat dihukum mereka yang melakukan suatu perbuatan yang oleh hukum (peraturan yang telah ada) disebut secara tegas sebagai suatu pelanggaran ketertiban umum. Jadi, ada kemungkinan seorang yang melakukan suatu perbuatan yang pada hakikatnya merupakan kejahatan, tetapi tidak disebut oleh hukum sebagai suatu pelanggaran ketertiban umum, tinggal tidak terhukum. Asas *nullum delictum* itu menjadi suatu halangan bagi hakim pidana menghukum seorang yang melakukan suatu perbuatan yang biarpun tidak “*strafbaar*” masih juga “*strafwaardig*”. Ada lagi satu alasan untuk menghapuskan pasal 1 ayat (1) KUHPidana, yaitu suatu alasan yang dikemukakan oleh terutama hakim pidana di daerah bahwa pasal 1 ayat (1) KUHPidana menghindarkan dijalankannya hukum pidana adat.

Lebih lanjut, pendapat Utrecht di atas ditanggapi oleh Andi Hamzah yang dikutip dari Derry Angling Kesuma & Yuli Asmara Triputra, yaitu sebagai berikut :²¹²

Adanya asas legalitas pasal 1 ayat (1) KUHP merupakan dilema, karena memang dilihat dari segi yang satu seperti digambarkan oleh Utrecht tentang hukum adat yang masih hidup, dan menurut pendapat Andi Hamzah tidak mungkin dikodifikasikan seluruhnya karena perbedaan antara adat pelbagai suku bangsa, tetapi dilihat dari sudut yang lain, yaitu kepastian hukum dan perlindungan terhadap hak asasi manusia terhadap perlakuan yang tidak wajar dan tidak adil dari penguasa dan hakim sehingga diperlukan adanya asas itu. Lagi pula sebagai negara berkembang yang pengalaman dan pengetahuan para hakim masih sering dipandang kurang sempurna sehingga sangat berbahaya jika asas itu ditinggalkan.

Dalam arti asas legalitas materil, ialah penentuan perbuatan pidana tidak didasarkan pada ketentuan tertulis saja, namun juga pada ketentuan yang tidak tertulis, yaitu nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Asas legalitas materil, prinsip ini menurut Tongat dalam bukunya tidak dirumuskan secara formal dalam KUHP, tetapi prinsip ini tetap hidup dan dipegang teguh oleh masyarakat. Asas legalitas material menggariskan, bahwa dasar untuk menentukan patut tidaknya suatu perbuatan dianggap bersifat melawan hukum atau perbuatan pidana adalah nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat (*living law*). Nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat tersebut adalah nilai-nilai moral, nilai-nilai agama, nilai-nilai adat dan sebagainya.

²¹² Ibid

Asas legalitas materil, terlepas dari peraturan tertulis, yaitu bersumber dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Jadi, terkait ketentuan pidana dalam asas legalitas formil, ditentukan melalui peraturan tertulis. Sedangkan dalam asas legalitas materil, ketentuan pidananya terletak pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, bukan hanya melalui peraturan tertulis saja. Oleh karena itu, dua prinsip dasar ini harus diterapkan secara bijak. Dalam penjatuhan sanksi pidana, apabila suatu perbuatan yang dilanggar telah memenuhi unsur-unsur dalam peraturan tertulis (KUHP), maka penjatuhan sanksi tersebut telah memenuhi kepastian hukum secara formil. Namun, apabila terjadi suatu perbuatan yang tidak dirumuskan dalam peraturan tertulis (KUHP), tetapi oleh masyarakat telah dianggap sebagai perbuatan jahat, maka Hakim harus mempertimbangkan dan menjatuhkan sanksi pidana bersumber dari nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat tersebut, sehingga mencapai kepastian hukum secara materil

4. Makna Yang Terkandung Di Dalam Asas Legalitas

Sejarah hukum Indonesia tidak dapat dilepaskan dari pemberlakuan asas konkordansi dari hukum Belanda sendiri melalui Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 dan di tegaskan di dalam UU No. 1/Pnps/1965. Asas konkordansi ini seringkali dipahami secara pragmatis sebagai bentuk "adopsi" dari hukum Belanda secara mentah-mentah menjadi hukum nasional Indonesia. Sehingga seringkali memunculkan stigma yang mengatakan bahwa hukum Indonesia merupakan hukum kolonial Belanda dan bukan hukum nasional Indonesia sendiri. Permasalahan ini sebenarnya di dalam UU No. 1/Pnps/1965 telah di atur dengan jelas bahwa pemberlakuan hukum Belanda yang sudah lama berlaku di Indonesia selama masa penjajahan bukan serta merta berlaku tetapi harus di selaraskan

dengan jiwa dan kepribadian Bangsa Indonesia sendiri. Sahetapy memberikan istilah baru di dalam menjelaskan pemahaman ini bahwa dengan asas konkordansi tidak di artikan Indonesia meng "adopsi" hukum Belanda tetapi meng "adaptasi"kan hukum Belanda itu di dalam konteks masyarakat Indonesia.

Proses pengadaptasian ini seharusnya berlaku juga di dalam memahami makna asas legalitas terkait dengan konteks bangsa Indonesia. Bangsa Indonesia sebagai bangsa yang memiliki ciri khas sendiri sebenarnya sudah memiliki suatu hukum adat atau kebiasaan jauh sebelum bangsa Belanda menerapkan hukumnya. Meskipun selama 3,5 abad Indonesia berada di dalam penjajahan dan sudah 'terbiasa' dengan hukum kolonial Belanda tidak berarti secara pragmatis melupakan hukum adat yang sudah ada dan memberlakukan hukum Belanda. Hal ini sebenarnya juga berlaku bagi pemahaman asas legalitas. Pemahaman asas legalitas secara *lex certa* pada gilirannya akan menimbulkan kesulitan bagi hakim atau penegak hukum untuk mencari dasar hukum atas kasus yang belum ada dasar hukumnya. Kesulitan ini seringkali di jumpai di dalam perkara pidana adat atau kasus *cybercrime* yang memiliki dimensi berbeda dan perkembangan yang begitu cepat. Asas legalitas pada awal pembentukannya di pengaruhi oleh semangat perlindungan diri dari kesewenang-wenangan Raja (*abolutisme*) tidak seharusnya di pahami secara mentah-mentah sehingga penegak hukum terikat pada positivisme hukum yang kaku. Pada perkembangannya di Indonesia, pemahaman asas legalitas ini mulai mendapat pengaruh dari ajaran sifat melawan hukum materiil yang memandang "hukum" sebagai sumber hukum pidana juga. Jika semula hukum pidana begitu terikat pada apa yang di katakan oleh Undang-undang dan menolak setiap sumber hukum selain Undang-undang (apalagi hukum tidak tertulis), ajaran sifat melawan hukum materiil memberikan

satu terobosan baru dengan membuka diri secara penuh dan seluas-luasnya bagi pemberlakuan hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum pidana. Perkembangan ini sebenarnya lebih banyak di sebabkan kegagalan positivisme undang-undang dalam mengakomodasi setiap perkara yang telah berkembang secara luas dan begitu kompleks. Namun pada gilirannya, pemahaman asas legalitas menurut ajaran sifat melawan hukum materiil ini membawa akibat ketidakpastian hukum bagi masyarakat karena perbuatan dapat di katakan sebagai perbuatan pidana cukup di dasarkan atas hukum kebiasaan yang cepat berubah dan begitu fleksibel.

Untuk mengatasi hal ini, perlu di kembangkan satu pemahaman quasi antara pemahaman asas legalitas secara formiil dan asas legalitas secara materiil. Mengingat hakekat dari asas legalitas sendiri bertujuan untuk mewujudkan satu kepastian hukum maka setiap perbuatan yang dilarang haruslah di sebutkan dengan jelas dan tegas berikut sanksinya di dalam suatu ketentuan hukum. Bentuk ketentuan hukum ini sendiri bisa bermacam-macam, berupa peraturan perundang-undangan ataupun hukum tidak tertulis. Di dalam hukum tidak tertulis harus di lihat apakah terdapat satu parameter yang jelas tentang ada atau tidaknya satu perbuatan yang dilarang oleh masyarakat adat. Parameter ini dapat dilihat dari pertama, ada atau tidaknya masyarakat yang mendukung hukum itu, kedua eksistensi lembaga adat sebagai penegak hukum, ketiga adanya sanksi dan penegakkan sanksi atas pelanggaran yang terjadi. Dasar pemberlakuan hukum tidak tertulis ini juga tidak boleh di dasarkan atas pemahaman materiil tetapi harus merujuk pada ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Sebagai contoh pada kasus adat lokika sanggraha (delik susila adat Bali), pemberlakuan hukum adat ini tetap di dasarkan pada Pasal 5 ayat (3) huruf b Undang-undang Darurat No. 1 Tahun 1951 juncto Pasal 28

UU No. 4 Tahun 2004. Di sinilah pentingnya pemahaman yang baru mengenai asas legalitas harus berpijak mengingat pentingnya menjaga asas kepastian hukum dan asas keadilan tetap terwujud.

B. Eksistensi Hukum Yang Hidup (*Living Law*) Dalam Masyarakat Di Indonesia

Dalam setiap masyarakat selalu ada hukum yang berfungsi untuk mengatur perilaku mereka. Bahkan hukum merupakan bagian dari perkembangan budaya masyarakat. Tidak heran apabila dikatakan bahwa hukum adalah produk budaya (*law as a product of culture*). Setiap masyarakat menghasilkan tipe dan jenis hukumnya sendiri. Setiap masyarakat selalu mencitrakan hukumnya sesuai dengan budaya kemasyarakatan masing-masing. Karena, setiap masyarakat selalu menghasilkan tradisi hukum yang berbeda dengan masyarakat lainnya, misalkan tradisi hukum civil law dan common law memiliki perbedaan karakteristik yang disebabkan kedua tradisi hukum tersebut berkembang dan tumbuh dalam kehidupan kebudayaan masyarakat yang berbeda.

Dari dasar pemikiran tersebut, setiap masyarakat mempunyai *the living law* yang sudah berkembang dan tumbuh semenjak masyarakat terbentuk. *The living law* tersebut lahir dari pergaulan hidup masyarakat yang secara materiil dipraktekkan secara terus menerus dan kemudian masyarakat tersebut menaatinya berdasarkan *moral duty*, bukan karena *coercive* dari yang berdaulat. *The living law* tersebut dapat bersumber dari kebiasaan/tradisi, agama, dan lainnya. Karenanya suatu pandangan yang keliru apabila ada pandangan yang menyatakan bahwa dalam masyarakat tradisional tidak memiliki aturan tingkah laku yang disebut hukum.

Manusia merupakan makhluk rasional berbudaya, maka akan selalu membentuk pranata kebudayaan untuk mencegah chaos dan konflik di antara mereka. Manusia tidak hanya diciptakan dengan hasrat membenci, memusuhi, dan saling membinasakan, namun manusia juga diberikan rasa untuk saling mencintai, saling menyayangi antar sesama, dan suka perdamaian. Hukum lahir untuk mengimbangi kedua karakter yang ada pada manusia tersebut. Memang hukum tidak dapat menghilangkan sifat buruk manusia secara keseluruhan, namun hukum mengendalikan supaya manusia tidak menjadi setan. Begitupun hukum tidak dapat menjadikan manusia menjadi malaikat, namun setidaknya hukum mengarahkan manusia untuk menjadi makhluk sosial yang lebih baik. Dengan dasar tersebut, hukum telah lahir semenjak manusia itu berkelompok, bukan semenjak negara ada.

Dalam setiap masyarakat selalu ada hukum yang tumbuh dan berkembang yang dijadikan sebagai pedoman berperilaku. Hukum tersebut dikenal dengan istilah *the living law* dalam bentuk kebiasaan (*costume*), adat istiadat, kepercayaan, dan sebagainya.

Istilah *the living law* pertama kali dikemukakan oleh Eugen Ehrlich sebagai lawan kata dari *state law* (hukum dibuat oleh negara/hukum positif)²¹³ Bagi Eugen Ehrlich perkembangan hukum berpusat pada masyarakat itu sendiri, bukan pada pembentukan hukum oleh negara, putusan hakim, ataupun pada pengembangan ilmu hukum. Eugen Ehrlich ingin menyampaikan bahwa masyarakat merupakan sumber utama hukum. Hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakatnya. Dengan dasar tersebut, Eugen Ehrlich menyatakan bahwa hukum yang hidup (*the living law*) adalah hukum yang mendominasi kehidupan itu sendiri walaupun belum dimasukkan ke dalam proposisi hukum.²¹⁴

²¹³ Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of The Sociology of Law*, Walter L. Moll trans., 1936, hlm. 137.

²¹⁴ *Ibid.* hlm. 493.

Dari pendapat di atas, dapat diketahui bahwa *The living law* merupakan seperangkat ketentuan yang kelahirannya bersamaan dengan lahirnya masyarakat. Hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakat. Hukum dibentuk oleh masyarakat, dan hukum berfungsi untuk melayani kepentingan masyarakat. Karenanya, bagi Eugen Ehrlich hukum negara (*state law*) bukan merupakan sesuatu yang independen dari faktor-faktor kemasyarakatan. Hukum negara harus memperhatikan *the living law* yang telah hidup dan tumbuh dalam kehidupan masyarakat. Terkait dengan hal tersebut, Eugen Ehrlich menyatakan: “*Rules of law were not lifeless constructions which existed independently of the social reality. On the contrary, they are parts of the “living”, i.e. functioning and effective order of social communications, which protect certain interests privileged by society and discriminates those interests that are denounced and disapproved by society. Society itself engenders a general order of societal relations, which later is put into legal forms by social groups and individuals who act thereby in the capacity of lawmakers (in the broader meaning, as specified above)*”.²¹⁵

Jika dilihat dari aspek sosiologis dan antropologis, masyarakat Indonesia adalah masyarakat yang majemuk dengan beranekaragam budaya, agama, adat istiadat. Karenanya, adaberbagai hukum yang hidup di dalam masyarakat Indonesia, misalkan hukum adat dan hukum islam. Jadi sebelum Indonesia merdeka, masyarakat Indonesia sudah memiliki *the living law*. Bahkan, telah terjadi pluralisme hukum dimana setiap masyarakat hukum telah memiliki hukum masing-masing dengan corak dan karakteristik tersendiri.

Indonesia bukan lah negara yang menganut *civil law*, namun memiliki sistem hukum sendiri yakni negara hukum Pancasila. Untuk itu, di samping undang-undang sebagai sumber hukum utama, Indonesia juga masih mengakui *the living law* sebagai salah satu

²¹⁵ Ibid., hlm. 142

sumber hukumnya. Hal tersebut dapat dilihat dalam beberapa ketentuan yaitu dalam :1.Pasal 18B ayat (2) Konstitusi Indonesia yang berisi pengakuan terhadap masyarakat adat dan hak-hak yang dimilikinya. Ketentuan tersebut secara tidak langsung mengakui dan menghormati eksistensi *the living law* dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Hal tersebut ditandai dengan diakuinya desa dan desa adat beserta hak-hak mereka yang bersumber dari *the living law* masing-masing. 2.Pasal 5 UU Kekuasaan Kehakiman mewajibkan seorang hakim untuk menggali rasa hukum yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat. Artinya hakim dalam memutus perkara tidak sebatas sebagai *the speaker of the law* sebagaimana dalam tradisi *civil law*. Hakim diberikan kebebasan untuk menggali *the living law* untuk terciptanya keadilan. Bahkan dalam hal terjadi kekosongan hukum, penemuan hukum oleh hakim memaklaihukum yang eksis dalam masyarakat.

1. Hukum Adat dalam Masa Kemerdekaan

Merujuk pada pengertian hukum adat sebagaimana dikemukakan oleh Soepomo, maka hukum adat pembentukan dapat melalui Badan Legislatif, Melalui Pengadilan. Hukum merupakan kesatuan norma yang bersumber pada nilai-nilai (*values*). Namun demikian hukum dan hukum adat pada khususnya menurut karakternya, ada :

- a) Hukum adat memiliki karakter bersifat netral, dan
- b) Hukum adat memiliki karakter bersifat tidak netral karena sangat erat kaitannya dengan nilai-nilai religius.

Pembedaan ini penting untuk dapat memahami pembentukan atau perubahan hukum yang akan berlaku dalam masyarakat. Hukum netral- hukum lalu lintas - adalah hukum yang relative longgar kaitannya dengan nilai nilai religius susunan masyarakat

adat hal ini berakibat, perubahan hukum yang termasuk hukum netral mudah pembentukannya dan pembinaan hukum dilakukan melalui bentuk perumusan hukum perundang-undangan (legislasi). Sedangkan hukum adat yang erat kaitannya dengan nilai-nilai relegius – karena itu relative tidak mudah disatukan secara nasional, maka pembinaan dan perumusannya dalam hukum positif dilakukan melalui yurisprudensi.

Hukum adat oleh ahli barat, dipahami berdasarkan dua asumsi yang salah, pertama, hukum adat dapat dipahami melalui bahan-bahan tertulis, dipelajari dari catatan-catatan asli atau didasarkan pada hukum-hukum agama. Kedua, bahwa hukum adat disistimatisasi secara paralel dengan hukum-hukum barat. Akibat pemahaman dengan paradigma barat tersebut, maka hukum adat dipahami secara salah dengan segala akibat-akibat yang menyertai, yang akan secara nyata dalam perkembangan selanjutnya di masa kemerdekaan.

2. Hukum Adat dalam Konsitusi

Konstitusi kita sebelum amandemen tidak secara tegas menunjukkan kepada kita pengakuan dan pemakaian istilah hukum adat. Namun bila ditelaah, maka dapat disimpulkan ada sesungguhnya rumusan-rumusan yang ada di dalamnya mengandung nilai luhur dan jiwa hukum adat. Pembukaan UUD 1945, yang memuat pandangan hidup Pancasila, hal ini mencerminkan kepribadian bangsa, yang hidup dalam nilai-nilai, pola pikir dan hukum adat. Pasal 29 ayat (1) Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, Pasal 33 ayat (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasarkan azas kekeluargaan.

Pada tataran praktis bersumberkan pada UUD 1945 negara mengintroduser hak yang disebut Hak Menguasai Negara (HMN), hal ini diangkat dari Hak Ulayat, Hak

Pertuanan, yang secara tradisional diakui dalam hukum adat. Dalam konsitusi RIS pasal 146 ayat 1 disebutkan bahwa segala keputusan kehakiman harus berisi alasan-alasannya dan dalam perkara harus menyebut aturan-atiuran undang-undang dan aturan-aturan hukum adat yang dijadikan dasar hukum itu Selanjutnya dalam UUD Sementara, pasal 146 ayat 1 dimuat kembali. Dengan demikian hakim harus menggali dan mengikuti perasaaan hukum dan keadilan rakyat yang senantiasa berkembang. Dalam pasal 102 dan dengan memperhatikan ketentuan pasal 25 UUDS 1950 ada perintah bagi penguasa untuk membuat kodifikasi hukum. Maka hal ini termasuk di dalamnya hukum adat. Perintah kodifikasi ini pada hematnya juga berlaku pula terhadap hukum adat, dan perintah kodifikasi ini merupakan pertama kalinya disebtkan di dalam Peraturan Perundang-Undangan Republik Indonesia yang mengatur ketentuan terhadap kodifikasi hukum adat, walaupun dalam kenyatannya belum dapat dilaksanakan.²¹⁶

Dengan dekrit Presiden 5 Juli 1959, maka UUD 1945 dimbali berlaku, ada 4 pokok pikiran dalam pembukaan UUD 1945, yaitu persatuan melipouti segenap bangsa Indonesia, hal ini mencakup juga dalam bidang hukum, yang disebut hukum nasional. Pokok pikiran kedua adalah negara hendak mewujudkan keadilan sosial. Hal ini berbeda dengan keadilan hukum. Maka azas-azas fungsi sosial manusia dan hak milik dalam mewujudkan hal itu menjadi penting untuk diwujudkan dan disesusikan dengan tuntutan dan perkembangan amsyarakat, dengan tetap bersumberkan nilai primernya. Pokok Pikiran ketiga adalah : negara mewujudkan kedaulatan rakyat, berdasar atas kerakyatamn danm permusyawaratan dan perwakilan. Pokok pikiran ini sangat fondamental dan penting, adanya persatuan perasahaan antara rakyat dan pemimpinnya,

²¹⁶ Dewi C Wulansari., 2010, *Hukum Adat Indonesia Suatu Pengantar.*, Refika Aditama, Bandung, hlm..108

artinya pemimpin harus menantiasa memahami nilai-nilai dan perasahaan hukum, perasaaan politik dan menjadikannya sebagai spirit dalam menyelenggarakan kepentingan umum melalui kepngambilan kebijakan publik. Dalam hubungan itu maka ini mutlak diperlukan karakter manusia pemimpoin publik yang memiliki watak berani, bijaksana, adil, menjunjung kebenaran, berperasaan halus dan berperikemanusiaan. Pokok pikiran keempat adalah: negara adalah berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa, hal ini mengharuskan cita hukum dan kemasyarakatan harus senantiasa dikaitkan fungsi manusia, masyarakat memiliki keimanan dan ketaqwaan kepada Tuhan Yang Maha Esa, dan negara mengakui Tuhan sebagai penentu segala hal dan arah negara hanya semata-mata sebagai sarana membawa manusia dan masyarakatnya sebagai fungsinya harus seantiasa dengan visi dan niat memperoleh ridho Tuhan yang maha Esa. Namun setelah amandemen konstitusi, hukum adat diakui sebagaimana dinyatakan dalam Undang-undang Dasar 1945 pasal 18D ayat 2 menyatakan : Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

Memahami rumusan pasal 18 d UUD 1945 tersebut maka :

- a) Konstitusi menjamin kesatuan masyarakat adat dan hak-hak tradisionalnya;
- b) Jaminan konstitusi sepanjang hukum adat itu masih hidup;
- c) Sesuai dengan perkembangan masyarakat;
- d) Sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia; dan
- e) Diatur dalam undang-undang.

Maka konsitusi ini, memberikan jaminan pengakuan dan penghormatan hukum adat bila memenuhi syarat :

- a) Syarat Realitas, yaitu hukum adat masih hidup dan sesuai perkembangan masyarakat;
- b) Syarat Idealitas, yaitu sesuai dengan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia, dan keberlakuan diatur dalam undang-undang;

Hukum perundang-undangan sesuai dengan TAP MPR Tahun 2001, maka tata urutan perundang-undangan :

- a) Undang-undang Dasar 1945;
- b) Ketetapan MPR;
- c) Undang-undang/ Perpu;
- d) Peraturan Pemerintah;
- e) Peraturan Daerah;

Hal ini tidak memberikan tempat secara formil hukum adat sebagai sumber hukum perundang-undangan, kecuali hukum adat dalam wujud sebagai hukum adat yang secara formal diakui dalam perundang-undangan, kebiasaan, putusan hakim atau pendapat para sarjana.

3. Hukum Adat Dalam UU Drt No. 1 Tahun 1951

Hukum adat dalam Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951, dimuat dalam pasal 1 dan pasal 5. Pasal 1, ditegaskan. Kecuali pengadilan desa seluruh badan pengadilan yang meliputi badan pengadilan gubernemen badan pengadilan swapraja (*Zellbestuurrechtspraak*) kecuali pengadilan agama jika pengadilan itu menurut hukum

yang hidup merupakan suatu bagian dari pengadilan swapraja, dan pengadilan adat (*Inheemse rechtspraak in rechsreeks bestuurd gebied*) kecuali pengadilan agama jika pengadilan itu menurut hukum yang hidup merupakan suatu bagian tersendiri dari pengadilan adat yang telah dihapuskan.

Pasal 5 ayat (3) Sub b Hukum Materiil sipil dan untuk sementara waktu pun hukum materiil pidana sipil yang sampai kini berlaku untuk kaula-kaula daerah swapraja dan orang-orang yang dahulu diadili oleh pengadilan adat, adat tetap berlaku untuk kaula-kaula dan orang-orang itu dengan pengertian : ...perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana akan tetapi tidak ada bandingannya dalam KUHP Sipil maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari 3 (tiga) bulan penjara dan/ atau denda lima ratus, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak terhukum... Bahwa bilamana hukum adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui pidananya dengan kurungan atau denda, ...maka dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi 10 (sepuluh) tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukum adat yang menurut paham hakim tidak selaras lagi dengan zaman... Bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum harus dianggap perbuatan pidana dan yang ada bandingannya dengan KUHP Sipil maka dianggap diancam dengan hukum yang sama dengan hukum bandingannya yang paling mirip dengan perbuatan itu.

Memahami rumusan Pasal 18B UUD 1945 tersebut maka :

- a) Konstitusi *menjamin kesatuan masyarakat adat dan hak-hak tradisionalnya*;
- b) Jaminan konstitusi *sepanjang hukum adat itu masih hidup*;
- c) Sesuai dengan perkembangan masyarakat; dan

- d) Sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia.
- e) Diatur dalam undang-undang

Dengan demikian konsitusi ini, memberikan jaminan pengakuan dan penghormatan hukum adat bila memenuhi syarat :

- a) Syarat Realitas, yaitu hukum adat masih hidup dan sesuai perkembangan masyarakat;
- b) Syarat Idealitas, yaitu sesuai dengan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia, dan keberlakuan diatur dalam undang-undang;

Pasal 28 I ayat (3) UUD 1945 menegaskan bahwa “Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban”.

Antara Pasal 18 B ayat (2) dan Pasal 28 I ayat (3) pada prinsipnya mengandung perbedaan dimana Pasal 18 B ayat (2) termasuk dalam Bab VI tentang Pemerintahan Daerah sedangkan 28 I ayat (3) ada pada Bab XA tentang Hak Asasi Manusia. Lebih jelasnya bahwa Pasal 18 B ayat (2) merupakan penghormatan terhadap identitas budaya dan hak masyarakat tradisional (*indigeneous people*). Dikuatkan dalam ketentuan UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia pada Pasal 6 ayat 1 dan ayat 2 yang berbunyi :

- (1) Dalam rangka penegakan hak asasi manusia, perbedaan dan kebutuhan dalam masyarakat hukum dapat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat dan pemerintah.
- (2) Identitas budaya masyarakat hukum adat, termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan zaman.

Sebagaimana Penjelasan UU No. 39 Tahun 1999 (TLN No. 3886) Pasal 6 ayat (1) menyebutkan bahwa hak adat yang secara nyata masih berlaku dan dijunjung tinggi di dalam lingkungan masyarakat hukum adat harus dihormati dan dilindungi dalam rangka

perlindungan dan penegakan Hak Asasi Manusia dalam masyarakat bersangkutan dengan memperhatikan hukum dan peraturan perundang-undangan. Selanjutnya penjelasan Pasal 6 ayat (2) menyatakan dalam rangka penegakan Hak Asasi Manusia, identitas budaya nasional masyarakat hukum adat yang masih secara nyata dipegang teguh oleh masyarakat hukum adat setempat, tetap dihormati dan dilindungi sepanjang tidak bertentangan dengan asas-asas Negara Hukum yang berintikan keadilan dan kesejahteraan masyarakat. Dalam ketentuan tersebut, bahwa hak adat termasuk hak atas tanah adat dalam artian harus dihormati dan dilindungi sesuai dengan perkembangan zaman, dan ditegaskan bahwa pengakuan itu dilakukan terhadap hak adat yang secara nyata dipegang teguh oleh masyarakat hukum adat setempat.

Dalam kesimpulan seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional di Yogyakarta tahun 1975 telah dijelaskan secara rinci dimana sebenarnya kedudukan hukum adat dalam tata hukum nasional di Indonesia. Dalam seminar tersebut dijelaskan mengenai pengertian hukum adat, kedudukan dan peran hukum adat dalam sistem hukum nasional, kedudukan hukum adat dalam perundang-undangan, hukum adat dalam putusan hakim, dan mengenai pengajaran dan penelitian hukum adat di Indonesia. Hasil seminar diatas diharapkan dapat menjadi acuan dalam pengembangan hukum adat selanjutnya mengingat kedudukan hukum adat dalam tata hukum nasional di Indonesia sangat penting dan mempunyai peranan baik dalam sistem hukum nasional di Indonesia, dalam perundang-undangan, maupun dalam putusan hakim.

Para pencari keadilan (*justiciabellen*) tentu sangat mendambakan perkara-perkara yang diajukan ke pengadilan dapat diputus oleh hakim-hakim yang profesional dan memiliki integritas moral yang tinggi, sehingga dapat melahirkan putusan-putusan yang

tidak saja mengandung aspek kepastian hukum tetapi juga memberikan menjamin adanya keadilan bagi setiap orang. Karena keadilan itulah yang menjadi tujuan utama yang hendak dicapai dari proses penyelesaian sengketa di pengadilan.²¹⁷

Yurisprudensi, berasal dari kata bahasa Latin : *iuris prudential*,²¹⁸ secara teknis artinya peradilan tetap atau hukum. Yurisprudensi adalah putusan hakim (*judge made law*) yang diikuti hakim lain dalam perkara serupa (azas *similia similibus*), kemudian putusan hakim itu menjadi tetap sehingga menjadi sumber hukum yang disebut yurisprudensi. Yurisprudensi dalam praktek berfungsi untuk mengubah, memperjelas, menghapus, menciptakan atau mengukuhkan hukum yang telah hidup dalam masyarakat. Selanjutnya menurut Fockema Andrea, Yurisprudensi peradilan (dalam pengertian umum, pengertian abstrak); khususnya ajaran hukum yang dibentuk dan dipertahankan oleh pengadilan (sebagai kebalikan dari ajaran atau doctrine dari pengarang-pengarang terkemuka), selanjutnya pengumpulan yang sistematis dari putusan Mahkamah Agung dan Putusan Pengadilan Tinggi (yang tercatat) yang diikuti oleh hakim-hakim dalam memberikan putusannya dalam soal yang serupa.²¹⁹

Dalam hukum adat, yurisprudensi hukum, selain merupakan keputusan pengadilan yang telah menjadi tetap dalam bidang hukum adat, juga merupakan sarana pembinaan hukum adat, sesuai cita-cita hukum, sekaligus dari yurisprudensi dari masa ke masa dapat dilacak perkembangan-perkembangan hukum adat, baik yang masih bersifat local maupun yang telah berlaku secara nasional.

²¹⁷ Sutyoso Bambang, 2010, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum di Idonesia*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 4.

²¹⁸ Ahmad Kamil H dan Fausan, M, 2004, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Prenada Media, Jakarta, hlm. 9.

²¹⁹ Achmad S. Soema di Pradja., 1990, *Hukum Pidana Dalam Yurisprudensi*, Penerbit. Armico, Bandung, hlm. 16.

4. Hukum Pidana Adat

Dalam sistem hukum adat, sesungguhnya tidak ada pemisahan hukum pidana dengan hukum lain sebagaimana sistem hukum barat, penjatuhan pidana semata-mata dilakukan untuk menetapkan hukumnya (*verklaring van recht*) berupa sanksi adat (*adatreaktie*), untuk mengembalikan hukum adat yang dilanggar. Hukum pidana adat mendapat rujukan berlakunya dalam pasal 5 ayat 3 UU No. 1/Drt/1951.

Beberapa Yurisprudensi penting mengenai Hukum pidana adat adalah :

a) Perbuatan melawan Hukum

Misalnya PN Luwuk No. 27/Pid/ 1983, mengadili perkara hubungan kelamin di luar perkawinan, hakim memutus terdakwa melanggar hukum yang dihupo di wilayah banggai, Sulawesi Tengah, berdasarkan unsur pidana dalam pasal 5 ayat 3 sub b UU Drt 1/ drt/1951, yang unsurnya adalah: Unsur pertama, suatu perbuatan melanggar hukum yang hidup; Unsur kedua, perbuatan pelanggaran tersebut tidak ada bandingannya dalam KUHP; Unsur ketiga, perbuatan pelanggaran tersebut masih tetap berlaku untuk kaula-kaula dan oarng-orang yang bersangkutan. Putusan PT Palu No. 6/Pid/1984 tanggal 9 April 1984 menguatkan putusan PN Luwuk, dengan menambahkan bahwa, untuk memenuhi rasa keadilan masyarakat, yang menganggap perbuatan tersebut adalah perbuatan pidana, hakim memutuaskan terdakwa telah melakukan kejahatan bersetubuh dengan seorang wanita di luar nikah. Mahkamah Agung, dengan putusan No. 666K/ Pid/ 1984 tanggal 23 februari 1985, perbuatan yang dilakukan terdakwa dikatagorikan sebagai perbuatan zinah menurut hukum adat.

Mahkamah Agung dalam putusan Nomor 3898K/Pdt/1989, tanggal 19 Nopember 1992, mengenai pelanggaran adat serupa di daerah Kafemenanu, mamun diajukan secara perdata dengan gugatan, intinya: Jika dua orang dewasa melakukan hubungan kelamin atas dasar suka sama suka yang mengakibatkan di perempuan hamil, dan si laki-laki tidak bertanggung jawab atas kehamilan tersebut, harus ditetapkan suatu sanksi adat berupa pembayaran belis (biaya atau mas kawin) dari pihak laki-laki kepada pihak perempuan (di kenal dengan nama Pualeu Manleu).

b) Perbuatan melanggar hukum adat Logika Sanggraha di Bali.

Dalam perkara Nomor 854K/Pid/1983 tanggal 30 Oktober 1984, Menurut Mahkamah Agung, seorang laki-laki yang tidur bersama dengan seorang perempuan dalam satu kamar dan pada satu tempat tidur, merupakan bukti petunjuk bahwa laki-laki tersebut telah bersetubuh dengan wanita itu. Berdasarkan keterangan saksi korban dan adanya bukti petunjuk dari para saksi-saksi lainnya, terdakwa telah bersetubuh dengan saksi korban sebagaimana dimaksud dalam dakwaan subsider.

Mengenai dakwaan primer, Mahkamah Agung berpendirian bahwa dakwaan ini tidak terbukti dengan sah, karena unsur barang dalam pasal 378 KUHP tidak terbukti dengan sah dan meyakinkan, dengan demikian maka terdakwa harus dibebaskan dari dakwaan primer ex pasal 378 KUHP. Berdasarkan pertimbangan di atas Mahkamah Agung dalam diktum putusannya berbunyi :

- 1) Membebaskan terdakwa dari dakwaan primer;
- 2) Menyatakan terdakwa bersaklah terhadap dakwaan subsider melakukan tindak pidana adat Logika Sanggraha;

3) Menghukum terdakwa dengan hukuman penjara dua bulan;

Hukum adat pidana Logika Sanggraha di Bali Peswara Bali, merupakan suatu perbuatan seorang pria yang memiliki unsur-unsur :

- 1) Bersetubuh dengan seorang gadis;
- 2) Gadis tersebut menjadi hamil karenanya;
- 3) Pria tersebut tidak bersedia mengawini gadis tersebut sebagai istrinya yang sah.

c) Putusan Pengadilan negeri Mataram NO. 051/Pid.Rin/1988 tanggal 23 Maret 1988. Pengadilan mempertimbangkannya telah menyebut pelanggaran terhadap hukum adat delik Nambarayang atau Nagmpesake.

d) MA-RI Nomor 481 K/Pid/1986 tanggal 31 Agustus 1989 dari PN Ende Problematika organ tubuh wanita 55, beberapa kali diterapkan ketentuan pasal 378 KUHP, menempatkan organ tubuh perempuan sebagai barang. Solusinya diterapkan pasal 5 (3) b Undang-undang Drt Nomor 1 Tahun 1951 LN. Nomor 9 Tahun 1950 tanggal 13 Januari 1951. Dalam kasus serupa di pengadilan Negeri Medan Nomor 571/KS/1980 tanggal 5 Maret 1980 pernah diterapkan ketentuan pasal 378 KUHP dan dikuatkan oleh PT Nomor 144/Pid/ 1983 tanggal 8 Agustus 1983. Barang ditafsirkan secara luas, sehingga barang termasuk juga jasa. Barang sesuatu yang melekat bersatu pada diri seseorang (kemaluan) juga termasuk pengertian barang, yang dalam bahasa Tapanuli dikenal dengan ” Bonda” yang artinya ” barang” yang tidak lain adalah ” kemaluan” . Sehingga bilamana seorang gadis menyerahkan kehormatannya kepada pria, maka samalah artinya gadis tersebut menyerahkan barang kepada pri tersebut. Dengan penafsiran secara luas tersebut, maka telah terpenuhi unsur barang dalam pasal 378 KUHP. Dalam praktek kemudian banyak

diikuti penegak hukum (jaksa) Untuk menjerat seorang pria yang berhasil menyetubuhi gadis yang akan dikawini, tetapi akhirnya pria ingkar janji, dan gadis menjadi korban yang merana seumur hidup.

Dalam putusan MA-RI Nomor 61 K/ Pid/1988 tanggal 15 Maret 199056, berdasarkan perkara yang diputus pengadilan Negeri Pamekasan, penyelesaian tidak dapat menggunakan ketentuan pasal 378 KUHP, melainkan dengan melalui jalur delik adat zina ex pasal 5 (3) sub bUndang-undang Drt Nomor 1 Ytahun 1951 yang ada bandingannya dalam KUHP, yaitu pasal 381 KUHP, sehingga pria si pelaku dapat dipidana. Sikap MA-RI terhadap persoalan tersebut sejak putusannya Nomor 93K/Ke/1976, menjadi yurisprudensi tetap.

Penerapan delik pasal 293 KUHP Pria yang ingkar janji kawin, MA menyatakan terdakwa terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan kejahatan :
”Penyesatan dengan sengaja, membujuk seorang yang belum dewasa untuk melakukan perbuatan cabul, padahal tentang belum cukup umurnya itu dihitung selayaknya harus diduganya; Dalam Kasus ini ada beberapa hal yang patut dicatat :

- a) Bahwa batasan umur ”belum dewasa ” Mahkamah Agung tetap berpendirian seperti putusan sebelumnya, gadis yang belum mencapai umur 21 tahun; dalam kasus ini gadis tersebut berumur 20 tahun;
- b) Unsur membujuk dalam kasus ini berupa : ”Janji terdakwa untuk mengawini gadis setelah keinginanya bersetubuh tercapai, tidak ditepainya;
- c) Kualifikasi dirumuskan oleh *judex factie* (pertama maupun banding) dengan kata-kata : ”perempuan yang belum dewasa” sedangkan MARI merumuskan : seorang yang belum dewasa”;

- d) Diktum Putusan PT dijumpai perumusan hukuman : Pidana penjara selama 2, 5 tahun (dua setengah tahun). Menurut pasal 27 KUHP dengan menyebut banyaknya hari, bulan dan tahun..”, maka seharusnya: ” dua tahun enam bulan”

Sekilas perbedaan dari hukum kapitalis yang merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari globalisasi ekonomi, setidaknya memberi keyakinan kepada kita bagaimana globalisasi hukum itu tumbuh dan berkembang mengikuti globalisasi dibidang lain, namun globalisasi hukum itu tidak sepenuhnya akan mengubah atau menggantikan sistem hukum nasional. Artinya globalisasi hukum akan hidup diatas perbedaan sistem hukum negara bangsa. Dalam konteks ini jelas yang menentukan adalah politik hukum dari negara bangsa bersangkutan sebagaimana juga halnya dengan Indonesia. Masalah kemudian, bagaimana hal itu bisa bertahan, memang ditentukan pula oleh daya tawar dari suatu negara bangsa dan seberapa besar negara bangsa itu mampu mempertahankan politik hukumnya ditengah-tengah berkembangnya sistem hukum global atau apa yang lebih umum disebut dengan globalisasi hukum.

Politik hukum nasional akan menjadi sangat berperan dan memberi arahan bagi perkembangan hukum nasional ditengah-tengah menguatnya tuntutan globalisasi hukum, terutama besarnya kemungkinan terdapat ruang kosong ketika terjadi transplansi sistem hukum, atau pada saat suatu negara bangsa melakukan integrasi dengan sistem hukum global. Sebab bagaimana pun juga tidak ada satu sistem hukum pun yang sempurna dan masing-masing memiliki kelemahan dan kelebihan. Dalam hubungan ini Satjipto Raharjo mengemukakan, bahwa sejak semula hukum tidak pernah dapat memuaskan keinginan manusia sebagai suatu alat yang mematokki antara perbuatan yang “benar” dan yang “salah” secara sempurna. Salah-salah mengatur

bahkan bisa dikatakan seperti ungkapan “*Summum ius summa iniuria*” bahwa hukum yang bekerja terlalu hebat justru menimbulkan ketidakadilan.

C. Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Islam

Asas legalitas yang merupakan asas kemasyarakatan, secara substansial terdapat dalam hukum Islam baik di dalam Al-Quran maupun hadis-hadis Nabi Muhammad SAW.²²⁰

Hukum Islam menyatakan bahwa dalam penetapan tindak pidana harus ada nas yang melarang perbuatan tersebut dan mengancam hukuman terhadapnya. Adanya nas-nas yang melarang dan mengancam hukuman terhadap suatu perbuatan itu tidak cukup untuk menghukum setiap perbuatan, tetapi ada syarat lain bagi orang yang melakukan perbuatan terlarang ini supaya bisa dihukum, yaitu nas yang melarangnya itu valid (berlaku) pada waktu perbuatan itu dilakukan, valid menurut tempat terjadinya tindak pidana, dan valid terhadap individu yang berbuat. Apabila salah satu syarat ini tidak bisa dipenuhi, hukuman tidak bisa dijatuhkan kepada pelaku tindak pidana.²²¹

²²⁰ Menurut Martadha Muntahhari tujuan hukum Islam yang baik adalah: a) harus mencegah seseorang dari berbuat maksiat; b) batas tertinggi dan terendah suatu hukuman sangat tergantung kepada kebutuhan kemaslahatan masyarakat; c) memberikan hukuman kepada orang yang melakukan tindak pidana bukan berarti membalas dendam, melainkan sesungguhnya untuk kemaslahatannya; d) hukuman adalah upaya terakhir dalam menjaga seseorang supaya tidak jatuh ke dalam suatu maksiat. Martadha Muthahhari, 1996, *Islam dan Tantangan Zaman*, Pustaka Hidayah, Bandung, hlm 25

²²¹ Ensiklopedi, 2007, *Hukum Pidana Islam, Jilid I*, .Kharisma Ilmu, Bogor, 2007, hlm.131.

Namun demikian selain mendasarkan pada nas/aturan yang telah ditetapkan, asas legalitas dalam Islam juga mendasarkan pada kaidah umum yang merupakan aturan hukum umum dalam Islam. Adapun kaidah-kaidah umum tersebut adalah:²²²

1. “Tidak ada hukuman bagi perbuatan orang yang berakal sehat sebelum ada nas (ketentuan)”.

Maksudnya setiap perbuatan mukallaf (bekwaam) tidak dapat dikatakan terlarang sebelum adanya nas (ketentuan) yang melarangnya dan pelakunya mempunyai kebebasan untuk melakukan perbuatan tersebut atau meninggalkannya sehingga ada nas yang melarangnya.

2. “Dasar segala sesuatu adalah dibolehkan/mubah”.

Maksudnya, semua perbuatan atau sikap tidak berbuat dibolehkan dengan kebolehan yang asli (yakni bukan kebolehan yang dinyatakan oleh syarak). Jadi, selama belum ada nas yang melarang, tidak ada tuntutan terhadap orang yang berbuat atau tidak berbuat.

3. “Menurut syarak, tidak ada pembebanan suatu hukum kecuali terhadap seseorang mukallaf yang berkemampuan untuk memahami dalil-dalil pembebanan dan untuk melaksanakan hukum tersebut. Pekerjaan yang dibebankan hanyalah pekerjaan yang mungkin dilaksanakan dan disanggupi serta diketahui oleh mukallaf sehingga dapat mendorong dirinya untuk memperbuatnya”.

Aturan pokok tersebut sama-sama mengarah kepada satu pengertian, suatu perbuatan atau sikap tidak berbuat tidak boleh dipandang sebagai tindak pidana kecuali ada nas (ketentuan) yang jelas serta melarang perbuatan dan sikap tidak

²²² Ibid., hlm.134-135

berbuat tersebut. Apabila tidak ada nas yang demikian sifatnya, tidak ada tuntutan ataupun hukuman atas pelakunya.

Karena itu, suatu perbuatan dan sikap tidak berbuat tidak cukup dipandang sebagai tindak pidana hanya karena dilarang, tetapi juga harus dinyatakan hukumannya, baik hukuman had maupun hukuman takzir. Kesimpulan pernyataan tersebut bahwa aturan-aturan pokok hukum Islam telah menetapkan bahwa tidak ada tindak pidana dan tidak ada hukuman kecuali setelah adanya nas (ketentuan).

Berdasarkan kaidah tersebut maka secara implisit terkandung makna di anutnya asas legalitas dalam hukum Islam. Sejalan dengan kaidah tersebut maka A. Hanafi dalam bukunya menyebutkan:

Bahwa salah satu aturan pokok yang sangat penting dalam syariat Islam ialah aturan yang berbunyi: "sebelum ada nas (ketentuan) tidak ada hukum bagi perbuatan orang-orang yang berakal sehat". Dengan perkataan lain, perbuatan seseorang yang cakap tidak mungkin dikatakan dilarang, selama belum ada nas (ketentuan) yang melarangnya, dan ia mempunyai kebebasan untuk melakukan perbuatan itu atau meninggalkannya, sehingga ada nas yang melarangnya".²²³

Jadi menurut hukum Islam sesuatu perbuatan atau sikap tidak berbuat tidak boleh dipandang sebagai jarimah (tindak pidana) kecuali karena adanya nas (ketentuan) yang jelas dan yang melarang perbuatan dan sikap tidak berbuat tersebut. Apabila tidak ada nas yang demikian sifatnya maka tidak ada tuntutan ataupun hukuman atas pelakunya.

²²³ A. Hanafi, 1966, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam, Jilid I*, Biro Kemahasiswaan IAIN Sunan Kalijaga, Jogjakarta, hlm..59.

Sedangkan H.A. Djazuli berpendapat bahwa hukuman itu harus mempunyai dasar, baik dari Al-Qur'an, hadis, atau lembaga legislatif yang mempunyai kewenangan menetapkan hukuman untuk kasus takzir.²²⁴

Berdasarkan ketentuan di atas maka dapat diambil pengertian bahwa menurut kaidah hukum Islam "tidak ada suatu tindak pidana tanpa ada nas yang terlebih dahulu disiarkan atau diundangkan kepada masyarakat".

Dalam Al-Qur'an ada beberapa ayat yang berhubungan dengan asas legalitas. Allah SWT tidak menjatuhkan suatu siksa atas umat manusia kecuali sudah ada penjelasan dan pemberitahuan melalui rasul-rasulNya, dan beban (kewajiban) yang diberikan kepada mereka, yakni perkara yang disanggupi, sebagaimana tampak dalam firman Allah sebagai berikut:

1) Al-Qur'an Surat al-Isra' (Q.S.17 ayat 15)

مَنْ أَهْتَدَىٰ فَأَنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ ۗ وَمَنْ ضَلَّ فَأَنَّمَا
يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ
رَسُولًا

Artinya: "Barang siapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), maka sesungguhnya dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri, dan barang siapa yang sesat maka sesungguhnya dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. Dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan Kami tidak akan mengazab sebelum Kami mengutus seorang rasul.

2) Al-Qur'an Surat al-Qasas (QS.28) ayat 59:

²²⁴ H.A. Djazuli, 1997, *Fiqh Jinayah (Upaya menanggulangi Kejahatan Dalam Islam)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 25.

وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا
يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ﴿٥٤﴾

Artinya: Dan Tuhanmu tidak akan membinasakan kota-kota, sebelum Dia mengutus di ibukota itu seorang rasul yang membacakan ayat-ayat Kami kepada mereka dan tidak pernah (pula) Kami membinasakan kota-kota, kecuali penduduknya dalam keadaan melakukan kezaliman.

3) Al-Qur'an Surat al-An'am (QS.6 ayat 19)

قُلْ أَيُّ شَيْءٍ أَكْبَرُ شَهَادَةً قُلِ اللَّهُ شَهِيدٌ بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ وَأُوحِيَ إِلَيَّ
هَذَا الْقُرْآنُ لِأُنذِرَكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ أَيْنَكُم لَتَشْهَدُونَ أَنَّ مَعَ اللَّهِ
إِلَهَةً أُخْرَىٰ قُلْ لَا أَشْهَدُ قُلْ إِنَّمَا هُوَ إِلَهٌ وَاحِدٌ وَإِنِّي بَرِيءٌ مِّمَّا
تُشْرِكُونَ ﴿١٩﴾

artinya: Katakanlah: " siapakah yang lebih kuat persaksiannya?", Katakanlah: "Allah", Dia menjadi saksi antara aku dan kamu. Dan Al-Qur'an ini diwahyukan kepadaku supaya dengan dia aku memberi peringatan kepadamu dan kepada orang-orang yang sampai AlQur'an (kepadanya)".

Berdasarkan ayat-ayat Al-Qur'an di atas maka asas legalitas adalah sesuai dengan jiwa ayat-ayat tersebut. Jadi menurut ketentuan hukum Islam tidak ada suatu perbuatan yang dapat dihukum, kecuali setelah ada penjelasan dan pemberitahuan yang terdapat dalam aturan hukum terlebih dahulu.

Dalam hukum Islam semua ketentuan hukum telah terdapat dalam Al-Qur'an dan sunah Rasul yang berlaku sampai akhir zaman, oleh karena itu hukum Islam telah mengakomodasi semua perbuatan yang dianggap sebagai maksiat, bahkan untuk

tindak-tindak pidana yang akan datang (belum pernah terjadi dimasa turunnya Al-Qur'an maupun dimasa kepemimpinan Nabi Muhammad SAW).²²⁵

Asas legalitas sebagai asas dasar dalam penegakan hukum pidana berarti mendapat tempat yang sangat penting dalam hukum Islam, karena hal itu menurut Anwar Haryono menjadi ukuran keadilan dan jaminan adanya kepastian hukum.²²⁶

Namun demikian asas legalitas menurut hukum Islam tidak diterapkan secara absolut/kaku terbukti dengan adanya hadis-hadis Nabi Muhammad:

1. Hadis Dari Anas berkata: “Tidaklah sesuatu perkara yang di dalamnya terdapat kisas diajukan kepada Rasulullah SAW, kecuali beliau SAW memerintahkan untuk memberi maaf”.
2. Dalam Hadis riwayat Tirmidzi dari Aisyah juga meriwayatkan, bahwa Nabi Muhammad SAW, mengatakan: “Hindarlah hukuman hadd dari kaum muslimin, selama masih mungkin. Jika ada dasar untuk melepasnya seseorang dari hukuman, maka biarkanlah dia terbebaskan. Seorang hakim lebih baik keliru dalam memberi ampun daripada keliru dalam memberi hukuman”.
3. Dari Abu Hurairah dari Nabi Muhammad SAW bersabda: “Tidaklah seseorang memaafkan dari suatu kedzaliman, kecuali Allah akan menambahkannya kemuliaan”.

Berdasarkan hadis-hadis di atas dapat diketahui bahwa asas legalitas tidak diterapkan secara kaku, hal ini juga terlihat dari penerapan asas legalitas menurut

²²⁵ Menurut hukum Islam, tindak pidana (delik, jarimah) diartikan sebagai perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh syarak yang diancam oleh Allah SWT dengan hukuman hudud atau takzir. Ensiklopedi 2007, Hukum Pidana Islam, Kharisma Ilmu, Bogor, hlm.87.

²²⁶ Anwar Haryono, 1968, *Hukum Islam Keluasan Dan Keadilannya*, Bulan Bintang, Jakarta, hlm.156.

hukum Islam yang berbeda-beda tergantung pada jenis tindak pidananya, baik dalam tindak pidana hudud, kisas-diat maupun takzir.

Pada tindak pidana hudud penerapan asas legalitas diterapkan secara teliti dan cermat. Hal ini dapat dilihat dengan jelas dalam tujuh macam tindak pidana hudud yaitu: tindak pidana zina, qazaf (menduh orang lain menuduh zina), meminum minuman keras, tindak pidana pencurian, tindak pidana hirabah (gangguan keamanan), tindak pidana murtad, dan tindak pidana pemberontakan/ subversi (al-bagy).

Penerapan asas legalitas dalam tindak pidana takzir berbeda dengan penerapan asas legalitas pada tindak pidana hudud atau tindak pidana kisas dan diat. Penerapan asas legalitas pada tindak pidana takzir diperlonggar sampai batas tertentu. Kelonggaran dalam tindak pidana ini terdapat baik dalam segi bentuk tindak pidananya maupun segi hukumannya (sanksinya). Karena dalam tindak pidana takzir bentuk tindak pidananya yang memiliki sifat-sifat tertentu tidak memerlukan ketentuan tersendiri yang menyatakan sebagai tindak pidana, tetapi cukup menyatakannya dengan nas dan cara yang bersifat umum. Hukuman takzir dijatuhkan atas perbuatan yang membahayakan kemaslahatan individu, masyarakat, atau ketertiban umum.

D. Asas Legalitas Dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana

Perkembangan selanjutnya bahwa formulasi asas legalitas sebagai sumber/dasar hukum (dasar legalisasi) dapat dipidananya suatu perbuatan yang diatur di Pasal 1 ayat (1) KUHP/WvS, dalam penyusunan Konsep RUU KUHP 2019 diperluas ke dalam 2

buah pasal. Pasal 1 ayat (1) KUHP/WvS diformulasikan kembali dalam Pasal 1 Konsep, sementara formulasi pasal yang baru ada di Pasal 2 Konsep. Untuk lebih jelasnya, perumusan itu disandingkan sebagai berikut:

Pasal 1

- (1) 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.

Pasal 2

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

Berdasarkan sandingan formulasi asas legalitas di atas, tampak formulasi Pasal 1 ayat (1) KUHP/WvS hakikatnya identik dengan formulasi Pasal 1 ayat (1) Konsep meskipun ada sedikit modifikasi, berorientasi pada ide double track system (tercermin dari kata "pidana"). Kendatipun demikian, hakikatnya makna asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) Konsep dan Pasal 1 ayat (1) KUHP/WvS adalah sama, yakni sama-sama merupakan asas legalitas dalam pengertian formal yang merumuskan bahwa sumber/dasar hukum untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana didasarkan pada Undang-Undang. Menariknya, terdapat suatu hal baru yang tidak terdapat dalam KUHP/WvS saat ini dan ada di rumusan Konsep, yaitu hal baru tersebut sebagaimana dikatakan sebelumnya adalah dengan munculnya pasal baru (Pasal 2 Konsep). Analisisnya adalah bahwa menurut Pasal 2 ayat (1) Konsep, sumber/dasar hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana yang didasarkan pada asas legalitas formal (berdasarkan UU sebagaimana dimaksud pasal 1 ayat (1) Konsep) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang itu. Oleh karena itulah, Pasal 2 ayat (1) Konsep disebut sebagai asas legalitas dalam pengertian materiel/ asas legalitas materiel, yang memberikan tempat kepada "hukum yang hidup/ hukum tidak tertulis" sebagai dasar kriminalisasi atau landasan yuridis pemidanaan. Berikutnya patut dikemukakan, bahwa menurut Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Konsep, yang dimaksud hukum

yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana adalah hukum pidana adat. Hukum yang hidup dalam masyarakat di dalam pasal ini berkaitan dengan hukum yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Di beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang

hidup dalam masyarakat dan berlaku dalam masyarakat tersebut, yang menentukan seseorang patut dipidana. Untuk memberikan dasar hukum berlakunya hukum pidana (delik adat), perlu ditegaskan dan dikompilasi oleh pemerintah yang berasal dari Peraturan Daerah masing-masing tempat berlakunya hukum yang hidup adat. Kompilasi ini memuat mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat yang dikualifikasi

sebagai tindak pidana adat. Dan keadaan seperti ini tidak akan mengesampingkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas serta larangan analogi yang dianut dalam undang-undang ini.

Perlu dicermati, bahwa perluasan asas legalitas yang memberi tempat kepada hukum yang hidup sebagai sumber hukum ini, menurut pandangan Barda Nawawi Arief adalah didasarkan pada: 1).adanya berbagai kebijakan produk legislatif nasional setelah kemerdekaan; 2). kajian sosiologis mengenai "karakteristik" sumber hukum/asas legalitas menurut pandangan dan pemikiran orang Indonesia yang tidak terlalu formalistik dan terpisah-pisah/parsial; 3). berbagai hasil penelitian hukum adat; 4). kesepakatan ilmiah/seminar nasional; dan 5). berbagai hasil kajian komparatif dan dokumen/statement pertemuan Internasional. (Arief, 2018: 33).

Bersesuaian dengan hal itu, Muladi mengemukakan pokok-pokok pikiran perubahan pemahaman asas legalitas, adalah berikut ini: “Mengenai sumber/dasar hukum atau landasan legalisasi untuk menyatakan suatu perbuatan dapat dipidana (menjadi tindak pidana) atau tidak, konsep tetap mempertahankan KUHP (WvS), namun diimbangi dan diperluas ke perumusan materiel yang memberi tempat kepada “hukum yang hidup atau hukum yang tidak tertulis. Lebih lanjut, Muladi juga menjelaskan arti penting pemahaman legalitas itu tidak hanya bersumber pada Undang-Undang (sumber formal) melainkan juga sumber hukum materiel (hukum yang hidup dari masyarakat) sebagai upaya untuk melindungi kepentingan hukum masyarakat yang telah ada dan mengantisipasi kebutuhan hukum yang tidak dapat diakomodasi dengan baik oleh Undang-Undang” (Muladi et al, 2003: 6).

Memperhatikan berbagai konsepsi intelektual tersebut di atas, maka dapat penulis simpulkan bahwa “ide dasar” dari perumusan asas legalitas sebagai sumber/dasar hukum atau landasan legalisasi untuk menyatakan suatu perbuatan dapat dipidana (menjadi tindak pidana) dalam perspektif Konsep adalah bertolak pada “ide keseimbangan”. Yakni keseimbangan antara asas legalitas formal dan asas legalitas materiel. Walaupun Konsep memberi tempat kepada hukum yang hidup sebagai sumber hukum, namun Konsep juga memberi batas-batas berlakunya hukum yang hidup, yaitu sebagaimana telah diformulasikan dalam Pasal 2 ayat (2) berikut ini: 1).Hukum yang hidup tersebut berlaku dalam tempat itu hidup; 2). Hukum yang hidup tersebut sepanjang tidak diatur dalam undang-undang ini; 3). Sepanjang hukum yang hidup dalam masyarakat itu sesuai dengan: nilai-nilai Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui oleh masyarakat beradab.

Patut dicatat, bahwa sesuai dengan penjelasan Pasal 2 ayat (2) yang dimaksud "berlaku dalam tempat hukum itu hidup" adalah berlaku bagi setiap orang yang melakukan tindak pidana adat di daerah tersebut. Sementara itu juga patut dicermati hal menarik lainnya, yakni formulasi frasa "asas hukum umum yang diakui oleh masyarakat beradab" adalah bertolak pada "rambu-rambu internasional" (mengacu pada istilah "*the general principles of law recognized by the community of nations*") sebagaimana termaktub dalam Pasal 15 ayat (2) ICCPR. Akhirnya, dengan adanya formulasi Pasal 2 ayat (2) tersebut, diharapkan bisa menjadi kriteria atau rambu-rambu pedoman bagi hakim dalam menetapkan "hukum pidana adat yang hidup dalam masyarakat" sebagai sumber hukum (sumber legalitas materiel) yang keberlakuannya diakui oleh Undang-Undang ini.

E. Kebijakan Penegakan Hukum Pidana

Masalah penanggulangan kejahatan di masyarakat, tentunya tidak dapat dipisahkan dari konteks pembicaraan mengenai kebijakan penal. Kebijakan penal (*penal policy*) dapat diartikan sebagai usaha yang rasional untuk menanggulangi kejahatan dengan menggunakan sarana hukum pidana.²²⁷ Istilah kebijakan penal mempunyai pengertian yang sama dengan istilah kebijakan hukum pidana (*criminal law policy*) dan politik hukum pidana (*strafrechtspolitik*). Oleh karena itu, penggunaan ketiga istilah tersebut dalam bidang pemikiran mengandung arti yang sama.²²⁸

Usaha yang rasional untuk mengendalikan atau menanggulangi kejahatan (politik kriminal) sudah barang tentu tidak hanya menggunakan sarana "penal" (hukum

²²⁷ Barda Nawawi Arief, 1996, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, hlm.. 29

²²⁸ Salman Luthan, 2-14, *Kebijakan Kriminalisasi di Bidang Keuangan*, FH UII Press, Yogyakarta, hlm. 14.

pidana), tetapi dapat juga menggunakan sarana-sarana “non-penal”.²²⁹ Usaha penanggulangan kejahatan secara penal, yang dilakukan melalui langkah-langkah perumusan norma-norma hukum pidana, yang di dalamnya terkandung unsur-unsur substantif, struktural dan kultural masyarakat tempat sistem hukum tersebut diberlakukan. Usaha penanggulangan kejahatan melalui sarana penal tersebut dalam operasionalnya dijalankan melalui suatu sistem peradilan pidana yang di dalamnya bergerak secara harmonis dari subsistem-subsistem pendukungnya yakni Kepolisian, Kejaksaan, KPK, Pengadilan, Lembaga Pemasyarakatan serta Advokat.

Kebijakan kriminalisasi merupakan suatu kebijakan dalam menetapkan suatu perbuatan yang semula bukan tindak pidana (tidak dipidana) menjadi suatu tindak pidana (perbuatan yang dapat dipidana). Jadi hakikatnya kebijakan kriminalisasi merupakan bagian dari kebijakan kriminal (*criminal policy*) dengan menggunakan sarana hukum pidana (penal) sehingga termasuk bagian dari kebijakan hukum pidana (*penal policy*).²³⁰

Pada hakikatnya, kebijakan penal bukan semata-mata pekerjaan teknik perundang-undangan yang dapat dilakukan secara yuridis normatif dan sistematis-dogmatik, tapi juga memerlukan pendekatan yuridis faktual yang dapat berupa pendekatan sosiologis, historis dan komparatif. Di samping itu, kebijakan penal juga membutuhkan pendekatan komprehensif dari berbagai disiplin sosial lainnya dan pendekatan integral yang sejalan dengan kebijakan sosial atau kebijakan pembangunan nasional.²³¹

²²⁹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, 2010, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*,: Alumni, Bandung, hlm 158.

²³⁰ Barda Nawawi Arief, 2006, *Tindak Pidana Mayantara Perkembangan Kajian Cyber Crime di Indonesia*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, hlm. 20.

²³¹ Muladi, 1991, “*Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia Pada Masa Depan*”, Pidato Pengukuhan Guru Besar, : Universitas Diponegoro, Jakarta, hlm. 6.

Pengertian kebijakan atau politik hukum pidana dapat dilihat dari politik hukum maupun dari politik kriminal. Menurut Sudarto, Politik Hukum adalah

1. Usaha untuk mewujudkan peraturan-peraturan yang baik sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu saat.²³²
2. Kebijakan dari negara melalui badan-badan yang berwenang untuk menetapkan peraturan-peraturan yang dikehendaki yang diperkirakan bisa digunakan untuk mengekspresikan apa yang terkandung dalam masyarakat dan untuk apa yang dicita-citakan.²³³

Usaha dan kebijakan untuk membuat peraturan hukum pidana yang baik pada hakikatnya tidak dapat dilepaskan dari tujuan penanggulangan kejahatan. Dengan perkataan lain, dilihat dari sudut politik kriminal, maka politik hukum pidana identik dengan pengertian “kebijakan penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana”.

Usaha penanggulangan kejahatan dengan hukum pidana pada hakikatnya juga merupakan usaha penegakan hukum (khususnya penegakan hukum pidana). Oleh karena itu, sering pula dikatakan bahwa politik atau kebijakan hukum pidana merupakan bagian pula dari kebijakan penegakan hukum (*law enforcement policy*).

Penggunaan upaya hukum, termasuk hukum pidana, sebagai salah satu upaya mengatasi masalah sosial termasuk dalam bidang kebijakan penegakan hukum. Di samping itu, karena tujuannya untuk mencapai kesejahteraan masyarakat pada umumnya, maka kebijakan penegakan hukum inipun termasuk dalam bidang kebijakan sosial, yaitu segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Sebagai suatu masalah yang termasuk masalah kebijakan, maka penggunaan hukum pidana sebenarnya tidak merupakan suatu

²³² Sudarto, 1981, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 159

²³³ Sudarto, 1983, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung, hlm. 20

keharusan. Tidak ada kemutlakan dalam bidang kebijakan, karena pada hakikatnya dalam masalah kebijakan orang dihadapkan pada masalah kebijakan penilaian dan pemilihan dari berbagai macam alternatif.²³⁴

Di samping itu, usaha penanggulangan kejahatan lewat pembuatan undang-undang (hukum) pidana hakikatnya juga merupakan bagian integral dari usaha perlindungan masyarakat (*social welfare*). Oleh karena itu, wajar pulalah apabila kebijakan atau politik hukum pidana juga merupakan bagian integral dari kebijakan politik sosial (*social policy*).

Kebijakan sosial (*social policy*) dapat diartikan sebagai segala usaha yang rasional untuk mencapai kesejahteraan masyarakat dan sekaligus mencakup perlindungan masyarakat. Jadi di dalam pengertian "*social policy*", sekaligus tercakup di dalamnya "*social welfare policy*" dan "*social defence policy*". Dilihat dari arti luas, kebijakan hukum pidana dapat mencakup ruang lingkup kebijakan di bidang hukum pidana materiil, di bidang hukum pidana formil dan di bidang hukum pelaksanaan pidana.²³⁵

Pendapat Marc Ancel yang dikutip oleh Barda Nawawi Arief yang menyebutkan bahwa "*penal policy*" adalah suatu ilmu sekaligus seni yang pada akhirnya mempunyai tujuan praktis untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik dan untuk memberi pedoman tidak hanya kepada pembuat undang-undang, tetapi juga kepada pengadilan yang menerapkan undang-undang dan juga kepada para penyelenggara atau pelaksana Putusan Pengadilan.

Selanjutnya dinyatakan olehnya "di antara studi mengenai faktor-faktor kriminologis di satu pihak dan studi mengenai teknik perundang-undangan di lain pihak, ada tempat bagi

²³⁴ Barda Nawawi Arief, 1994, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, hlm 17-18

²³⁵ Barda Nawawi Arief, 2008, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm 28

suatu ilmu pengetahuan yang mengamati dan menyelidiki fenomena legislatif dan bagi suatu seni yang rasional, di mana para sarjana dan praktisi, para ahli kriminologi dan sarjana hukum dapat bekerja sama tidak sebagai pihak yang saling berlawanan atau saling berselisih, tetapi sebagai kawan sekerja yang terikat di dalam tugas bersama, yaitu terutama untuk menghasilkan suatu kebijakan pidana yang realistik, dan berpikiran maju (progresif) lagi sehat”.

"(Between the study of criminological factors on the one hand, and the legal technique on the other, there is room for a science which observes legislative phenomenon and for a rational art within which scholar and practitioners, criminologist and lawyers can come together, not as antagonists or in fratricidal strike, but as fellowworkers engaged in a common task, which is first and foremost to bring into effect a realistic, humane, and healthy progressive penal policy").

Menurut Barda Nawawi Arief, upaya melakukan pembaharuan hukum pidana (*penal reform*) pada hakekatnya termasuk bidang "*penal policy*" yang merupakan bagian dan terkait erat dengan "*law enforcement policy*", "*criminal policy*" dan "*social policy*". Ini berarti, pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya :

1. Dilihat dari sudut-sudut pendekatan-kebijakan :

- A. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaruan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai/menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya).
- B. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaruan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan).

C. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaruan hukum pidana pada hakikatnya merupakan bagian dari kebijakan (upaya rasional) untuk memperbaharui substansi hukum (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum;

2. Dilihat dari sudut pendekatan nilai

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya merupakan upaya peninjauan dan penilaian kembali ("reorientasi dan reevaluasi") nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofis dan sosiokultural yang melandasi kebijakan kriminal dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan ("reformasi") hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan (misalnya, KUHP Baru) sama saja dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan penjajah (KUHP lama atau WVS).

Kebijakan penal yang bersifat represif, namun sebenarnya juga mengandung unsur preventif, karena dengan adanya ancaman dan penjatuhan pidana terhadap delik diharapkan ada efek pencegahan/penangkal ("*deterrent effect*") nya. Di samping itu, kebijakan penal tetap diperlukan dalam penanggulangan kejahatan, karena hukum pidana merupakan salah satu sarana kebijakan sosial untuk menyalurkan "ketidaksukaan masyarakat ("*social dislike*") atau "pencelaan/kebencian sosial" ("*social disapproval social abhorrence*") yang sekaligus juga diharapkan menjadi sarana "perlindungan sosial" ("*social defence*"). Oleh karena itulah sering dikatakan, bahwa "*penal policy*" merupakan bagian integral dari "*social defence policy*".

Hal senada juga dikemukakan oleh Roeslan Saleh, beliau mengemukakan tiga alasan yang cukup panjang mengenai masih diperlukannya pidana dan hukum pidana, adapun intinya sebagai berikut:

- (a) Perlu tidaknya hukum pidana tidak terletak pada persoalan tujuan-tujuan yang hendak dicapai, tetapi terletak pada persoalan seberapa jauh untuk mencapai tujuan itu boleh menggunakan paksaan; persoalannya bukan terletak pada hasil yang akan dicapai, tetapi dalam pertimbangan antara nilai dari hasil itu dan nilai dari batas-batas kebebasan pribadi masing-masing.
- (b) Ada usaha-usaha perbaikan atau perawatan yang tidak mempunyai arti sama sekali bagi si terhukum; dan di samping itu harus tetap ada suatu reaksi atas pelanggaran-pelanggaran norma yang telah dilakukannya itu dan tidaklah dapat dibiarkan begitu saja.
- (c) Pengaruh pidana atau hukum pidana bukan semata-mata ditujukan pada si penjahat, tetapi juga untuk mempengaruhi orang yang tidak jahat yaitu warga masyarakat yang menaati norma-norma masyarakat.

Berdasarkan apa yang dikemukakan oleh Barda Nawawi Arief dan Roeslan Saleh, dapat ditarik kesimpulan bahwa penggunaan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan masih sangat diperlukan pada saat ini, mengingat bahwa hukum pidana selain memiliki sisi represif juga memiliki sisi preventif untuk mencegah agar masyarakat yang taat pada hukum tidak ikut melakukan atau akan berfikir dua kali jika ingin melakukan kejahatan.

Pencegahan dan penanggulangan kejahatan dengan sarana “penal” merupakan “*penal policy*” atau “*penal law enforcement policy*” yang fungsionalisasi/operasionalisasinya melalui beberapa tahap:

1. Tahap formulasi (kebijakan legislatif);

2. Tahap aplikasi (kebijakan yudikatif);
3. Tahap eksekusi (kebijakan eksekutif).

Dengan adanya tahap formulasi maka upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan bukan hanya tugas aparat penegak/penerap hukum, tetapi juga aparat pembuat hukum; bahkan kebijakan legislatif merupakan tahap paling strategis dari *penal policy*. Karena itu, kesalahan/kelemahan kebijakan legislatif merupakan kesalahan strategis yang dapat menjadi penghambat upaya pencegahan dan penanggulangan kejahatan pada tahap aplikasi dan eksekusi.

Kebijakan hukum pidana (*penal policy*) pada hakikatnya juga merupakan kebijakan penegakan hukum pidana. Kebijakan penegakan hukum pidana merupakan serangkaian proses yang terdiri dari tiga tahap kebijakan. Pertama, tahap kebijakan formulatif atau tahap kebijakan legislatif, yaitu tahap penyusunan/perumusan hukum pidana. Tahap kedua, tahap kebijakan yudikatif/aplikatif, yaitu tahap penerapan hukum pidana. Tahap ketiga, tahap kebijakan administrasi/eksekutif yaitu tahap pelaksanaan/eksekusi hukum pidana.

M. Cherif Bassiouni menyebut ketiga tahap itu dengan istilah: tahap formulasi (proses legislatif), tahap aplikasi (proses peradilan) dan tahap eksekusi (proses administrasi). Tahap pertama (kebijakan legislatif) yang merupakan bagian dari kajian penelitian penulis saat ini ialah merupakan tahap penegakan hukum “*in abstracto*”, sedangkan tahap kedua dan ketiga (tahap kebijakan yudikatif dan eksekutif) merupakan tahap penegakan hukum “*in concreto*”.

Ketiga tahap kebijakan penegakan hukum pidana tersebut di atas mengandung tiga kekuasaan atau kewenangan legislatif yang merumuskan atau menetapkan perbuatan sebagai perbuatan yang dapat dipidana (tindak pidana) dan sanksi pidananya, kekuasaan/kewenangan aplikasi hukum oleh aparat penegak hukum, dan

kekuasaan/kewenangan mengeksekusi atau melaksanakan hukum secara konkret oleh aparat/badan yang berwenang.

Ketiga kekuasaan/kewenangan ini mirip dengan istilah yang digunakan Masaki Hamano sewaktu menguraikan ruang lingkup yurisdiksi. Menurutnya, secara tradisional ada tiga kategori yurisdiksi, yaitu yurisdiksi legislatif (*legislative jurisdiction*), yurisdiksi yudisial (“*judicial jurisdiction*”) dan yurisdiksi eksekutif (“*executive jurisdiction*”). Istilah yurisdiksi yang dikemukakan oleh Masako Hamano ini mirip dengan yang digunakan oleh Jonathan Clough, yaitu *Prescriptive jurisdiction, Adjudicative Jurisdiction, and Enforcement jurisdiction*.⁵⁶ Pada tahap kebijakan legislatif ditetapkan sistem pemidanaan, pada hakikatnya sistem pemidanaan itu merupakan sistem kewenangan/kekuasaan menjatuhkan pidana. Patut dicatat bahwa pengertian “pidana” tidak hanya dapat dilihat dalam arti sempit/formal, tetapi juga dilihat dalam arti luas/material. Dalam arti sempit/formal, penjatuhan pidana berarti kewenangan menjatuhkan/mengenaikan sanksi pidana menurut undang-undang oleh pejabat yang berwenang (hakim).

Dalam arti luas/material, penjatuhan pidana merupakan suatu mata rantai proses tindakan hukum dari pejabat yang berwenang, mulai dari proses penyidikan, penuntutan sampai pada putusan pidana dijatuhkan oleh pengadilan dan dilaksanakan oleh aparat pelaksana pidana.⁵⁷ Dilihat dari pengertian pidana dalam arti luas itu sebagai suatu proses maka “kewenangan penyidikan” pada hakikatnya merupakan bagian juga dari “kewenangan pemidanaan”.

Kebijakan legislatif yang integral di bidang penegakan hukum pidana itu tidak berarti harus dituangkan dalam satu kitab undang-undang. Berbagai undang-undang seperti saat ini (ada hukum pidana materiil di dalam dan di luar KUHAP; dan ada undang-undang

pelaksana pidana). Dalam setiap perundang-undangan itu dapat saja diatur kewenangan masing-masing pejabat/aparat penegak hukum yang terkait dengan keempat tahap/proses di atas.

Kekuasaan negara untuk memidana dapat dibagi habis lewat undang-undang kepada berbagai pejabat/aparat negara yaitu pejabat penyidik, pejabat penuntut umum, pejabat pemberi keputusan dan pejabat eksekusi pidana.⁵⁸ Proses legislasi/formulasi merupakan tahap perencanaan awal yang sangat strategis dari proses penegakan hukum “*in concreto*.” Roeslan Saleh pernah menyatakan bahwa undang-undang merupakan bagian dari suatu kebijaksanaan tertentu; ia tidak hanya alat untuk melaksanakan kebijaksanaan, tetapi juga menentukan, menggariskan atau merancang suatu kebijaksanaan.

Kesalahan/kelemahan pada tahap kebijakan legislasi/formulasi merupakan kesalahan strategis yang dapat menjadi penghambat upaya penegakan hukum “*in concreto*”. Kebijakan strategis memberikan landasan, arah, substansi, dan batasan kewenangan dalam penegakan hukum yang akan dilakukan oleh pengemban kewenangan yudikatif maupun eksekutif. Posisi strategis tersebut membawa konsekuensi bahwa, kelemahan kebijakan formulasi hukum pidana akan berpengaruh pada kebijakan penegakan hukum pidana dan kebijakan penanggulangan kejahatan.

Menurut Barda Nawawi Arief, ada 4 masalah yang terkait dengan penegakan hukum yaitu: masalah kualitas SDM penegak hukum; masalah kualitas penegakan hukum “*in abstracto*” (proses pembentukan produk perundang-undangan; masalah penegakan hukum “*in concreto*”; dan masalah kualitas budaya hukum (pengetahuandan kesadaran hukum) masyarakat. Asas legalitas dan terwujudnya keadilan dalam penegakan hukum menyangkut dua hal dari empat masalah tersebut, yaitu masalah penegakan hukum “*in concreto*”, yaitu

bagaimana aturan hukum diterapkan untuk menyelesaikan kasus-kasus yang konkrit; dan masalah kualitas budaya hukum masyarakat, yang dalam hal ini adalah masalah apakah yang dirasa adil atau tidak adil oleh masyarakat.²³⁶

F. Perkembangan Teori/Ajaran Sifat Melawan Hukum Dalam Hukum Pidana

Sifat melawan hukum secara normatif telah di kenal dalam peristilahan dalam KUHP yang berlaku sekarang. Dalam formulasi delik sifat melawan hukum kadang disebutkan secara jelas sebagai suatu unsur dalam delik tersebut, namun, kadang kala juga tidak disebutkan secara tegas dalam formulasi delik tersebut.

Dalam perjalannya sifat melawan hukum yang diadopsi ke dalam hukum pidana sejatinya berawal dari tataran hukum perdata, dalam Arres Cohen-Lindenbaum 31 Desember 1919.²³⁷ Lebih lanjut Rosa Agustina (2003:13) mengkaji dari perspektif teoretis dan praktik konsepsi perbuatan melawan hukum dikenal dalam dimensi hukum perdata dan hukum pidana. Dari aspek etimologis dan terminologis maka perbuatan melawan hukum dalam bahasa Belanda dikenal dengan terminologi “*wederrechtelijk*” dalam ranah hukum pidana dan terminology “*onrechtmatige daad*” dalam ranah hukum perdata. Akan tetapi, pengertian dan terminologi “*wederrechtelijk*” dalam hukum pidana tersebut ada diartikan bertentangan dengan hukum (*in strijd met het recht*), atau melanggar hak orang lain (*met krenking van eens anders recht*) dan ada juga yang mengartikan sebagai tidak berdasarkan hukum (*niet steunend op het recht*) atau sebagai tanpa hak (*zonder bevoegheid*).

²³⁶ Barda Nawawi Arief, 2010, Masalah Penegakan hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan, Jakarta, Kencana Prenada Media Group, hlm. 18

²³⁷ Moelyatno. 2002. *Asas-asas Hukum Pidana*. Rineka Cipta. Jakarta. hlm 131

Menurut Sudargo Gautama dalam Agustina²³⁸ menjelaskan istilah perbuatan melawan hukum telah lama memusingkan para ahli hukum yang harus mempergunakan undang-undang. Dalam hukum Barat, pengertian perbuatan melawan hukum semakin lama memperlihatkan sifat semakin meluas. Semakin banyak perbuatan-perbuatan yang dahulu tidak termasuk “melawan hukum” sekarang termasuk istilah itu. Indonesia telah menganut pengertian perbuatan melawan hukum dalam arti yang luas.

Mengkaji sifat melawan hukum dalam kaitannya dalam tindak pidana, maka pada umumnya terdapat persamaan pendapat bahwa sifat melawan hukum merupakan unsur tindak pidana yang melekat terhadap perbuatan pelaku. Dalam pandangan sifat melawan hukum sebagai unsur yang absolut atau tidak dari suatu tindak pidana yang dapat dihukum, hal ini yang menimbulkan permasalahan jika unsur melawan hukum di tuliskan secara tegas dalam formulasi delik, maka menjadi konsekuensi mutlak harus dibuktikannya melawan hukum tersebut.

Menurut Jeremy Bentham, suatu tindakan yang tergolong mala in se, tidak dapat berubah (*immutable*), artinya dalam ruang manapun dan waktu tertentu kapanpun, tindakan tersebut tetap dianggap sebagai perbuatan jahat dan dilarang oleh undang-undang.²³⁹ Jika dikaitkan dengan sifat melawan hukum dari suatu perbuatan maka sangat lekat antara konsep mala in se dan perbuatan melawan hukum materiil, karena suatu perbuatan yang dipandang jahat sejak keberadaan manusia, disana melekat suatu sifat melawan hukum dari perbuatan lahiriyah yang tidak hanya melanggar aturan perundangan namun juga melanggar kaidah-kaidah dan norma dasar yang ada di masyarakat.

²³⁸ Agustina, R. 2003. *Perbuatan Melawan Hukum*. Program Pascasarjana FH UI. Jakarta. hlm. 31

²³⁹ <http://id.wikipedia.org> diakses 17-02-2012 pukul 13:59

Sebenarnya dalam perundang-undangan nasional sendiri, sifat melawan hukum materiil telah diatur dan diakui sebagai hukum yang kapasitasnya sebagai norma penyeimbang antara aturan tertulis dan aturan yang tidak tertulis, hal ini tersebar dalam produk legislatif selama ini, yaitu dalam Pasal 5 (3) sub b Undang-Undang No.1 Drt. 1951 Tentang tindakan-tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil: "... bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam maka diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak terhukum..... Bahwa bilamana hukuman adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui hukuman kurungan atau denda yang dimaksud diatas, maka.. terdakwa dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukuman adat yang ... tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa diganti seperti tersebut diatas".²⁴⁰

Pengertian hukum pidana telah coba dirumuskan oleh beberapa ahli hukum, salah satunya adalah R. Soesilo yang memberi pandangan bahwa pidana atau hukuman tersebut merupakan suatu perasaan yang tidak enak (sengsara) yang dijatuhkan oleh hakim sebagai vonis kepada orang yang telah melanggar undang-undang hukum pidana. Penjatuhan pidana adalah suatu nestapa bagi pelanggar, sehingga hal ini hanya digunakan

²⁴⁰ rief, B.N. 2010. *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*. Kencana Prenada Media Group. Jakarta. hlm. 77

sebagai obat terakhir (*ultimum remedium*), yang akan digunakan bilamana usaha-usaha lain seperti pencegahan sudah tidak berjalan.²⁴¹

Hukum pidana juga dirumuskan oleh WLG. Lemaire yang mengemukakan bahwa perbedaan mendasar antara hukum pidana dengan bidang hukum lainnya terletak pada norma-norma dalam hukum pidana yang berisi keharusan-keharusan dan larangan-larangan yang oleh pembentuk Undang-Undang telah dikaitkan dengan suatu sanksi berupa hukuman yakni suatu penderitaan yang bersifat khusus. Pengertian dari kedua ahli di atas telah memberikan gambaran bahwa dalam hukum pidana terdapat ketentuan-ketentuan yang telah dibuat oleh negara melalui peraturan yang apabila dilanggar maka pelakunya akan dijera dengan hukuman berupa penderitaan yang bersifat khusus yang digunakan sebagai *ultimum remedium*.

Dalam hukum pidana, hal utama yang diatur adalah mengenai tindak pidana atau *strafbaarfeit*. Tindak pidana sering disebut Utrecht dengan istilah peristiwa pidana atau peristiwa hukum karena membawa akibat sebagaimana yang telah diatur oleh hukum.²⁴² Peristiwa pidana ini terjadi bilamana suatu perbuatan bertentangan atau menghambat terlaksananya tata pergaulan masyarakat yang dianggap baik dan adil, dan perbuatan ini merugikan masyarakat. Akan tetapi, memang tak semua perbuatan yang merugikan masyarakat dan yang melawan hukum, dapat disebut sebagai perbuatan pidana, dan dapat diberi sanksi pidana. Oleh karena itu, pemerintah berkewajiban untuk memberikan kebijakan yang menyesuaikan apa-apa yang ditentukan sebagai perbuatan pidana.

Penentuan tersebut sangat dipengaruhi oleh perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat, dan pandangan-pandangan apakah ancaman dan penjatuhan pidana terhadap

²⁴¹ Erdianto Effendi, 2011, *Hukum Pidana Indonesia*, Suatu Pengantar, Refika Aditama, Bandung, hlm. 2

²⁴² Evi Hartanti, 2014, *Tindak Pidana korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 6.

perbuatan tersebut merupakan jalan utama untuk mencegah tidak terjadinya pelanggaran.²⁴³ Kebijakan pemerintah yang dinyatakan dalam aturan hukum pidana mengenai suatu perbuatan yang dilarang dikenal dengan istilah delik, dan barangsiapa memenuhi rumusnya, melawan hukum, dan bersalah karena telah melakukan, maka pelaku dinyatakan telah melakukan tindak atau perbuatan pidana.²⁴⁴

Untuk terjadinya suatu tindak pidana, Enschede mengungkapkan bahwa,

“een strafbaar feit is een menselijke gedraging, die valt binnen de grenzen van een delictsomschrijving, wederrechtelijk is en aan schuld te wijten” (tindak pidana adalah suatu perbuatan manusia, yang termasuk dalam perumusan delik, melawan-hukum dan kesalahan yang dapat dicelakan padanya).²⁴⁵

Sebagaimana yang tercantum dalam pendapat di atas, bahwa syarat utama terjadinya perbuatan pidana adalah harus adanya perbuatan yang dilakukan orang yang melanggar ketentuan dalam perundangundangan pidana, dan syarat kedua yaitu perbuatan yang dimaksud harus juga bersifat melawan hukum (seperti membunuh musuh di medan perang), atau tidak dapat dicela (bilamana pelaku berada dalam kesesatan yang dapat dimaafkan).²⁴⁶

Seperti yang dijelaskan secara singkat dengan konsep di bawah ini:²⁴⁷

1. Perbuatan pidana, yaitu perbuatan yang harus diatur dalam undangundang pidana sebagai tindakan yang dilarang, dan diancam dengan sanksi tertentu.²⁴⁸ Oleh karena itu, seturut dengan prinsip dalam asas legalitas, bilamana suatu perbuatan yang dirasakan melawan

²⁴³ Roeslan Saleh, 1983, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Dua Pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, hlm. 13.

²⁴⁴ Indriyanto Seno Adji, op.cit, hlm. 37.

²⁴⁵ Komariah Emong Sapardjaja, op.cit, hlm. 14 – 15

²⁴⁶ Schaffmeister, dkk, Terjemahan JE. Sahetapy dan Agustinus Pohan, 2011, *Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 26

²⁴⁷ R. Achmad S. Soemadi Praja, 1983, *Pengertian Serta Sifatnya Melawan Hukum bagi Terjadinya Tindak Pidana (Dihubungkan dengan Beberapa Putusan Mahkamah Agung)*,: Armico, Bandung, hlm. 18.

²⁴⁸ Schaffmeister, N. Keijzer, E. PH. Sutorius, supra catatan no. 17, hlm. 1.

hukum tetapi tidak ada ketentuan pidana yang mengaturnya, maka pelaku tidak dapat dijerat dengan sanksi pidana.

2. Pertanggungjawaban pidana, yaitu perbuatan tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan dalam arti dapat dicela (unsur kesalahan), dan bersifat melawan hukum. Dalam doktrin hukum bentuk pertanggungjawaban pidana ini dapat dijelaskan secara ringkas, sebagai berikut :

- a. dasar-dasar peniadaan kesalahan (alasan pemaaf), yaitu alasan-alasan yang berkaitan dengan kesalahan pelaku, dimana pada dasarnya tiada pidana tanpa kesalahan. Alasan ini dapat digunakan sebagai dasar penghapus pidana, bilamana perbuatan seseorang yang telah dilakukan mencocoki rumusan delik, tetapi terhadap pelaku sesungguhnya tidak patut disalahkan atau tidak sepatutnya orang itu dicela, maka hal-hal yang menjadi dasar pelaku tidak sepatutnya dicela tersebut disebut sebagai hal-hal yang dapat memaafkan, atau alasan pemaaf.²⁴⁹ Karena alasan penghapus pidana ini menyangkut dari dalam diri pribadi pelaku, maka dasar ini bila dilihat dari unsur delik, disebut juga sebagai unsur subjektif, dimana alasan pemaaf tersebut melekat dan berlaku hanya untuk diri pelaku sendiri.
- b. dasar-dasar peniadaan sifat melawan hukum (alasan pembenar), yaitu alasan-alasan yang menghapus sifat melawan hukumnya perbuatan. Alasan ini dapat digunakan sebagai dasar penghapus pidana, bilamana perbuatan seseorang yang telah dilakukan mencocoki rumusan delik, tetapi terdapat hal-hal yang menyebabkan tidak adanya sifat melawan hukum dari perbuatan tersebut, maka hal-hal itulah yang dikatakan sebagai alasan-alasan pembenar yang menghapuskan atau menghilangkan lanjut

²⁴⁹ H. M. Hamdan, 2012, *Alasan Penghapusan Pidana, Teori dan Studi Kasus*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 30.

beliau sifat melawan hukum dari suatu perbuatan atau tindakan. Dengan kata lain, perbuatan ini menjadi perbuatan yang dapat dibenarkan atau perbuatan yang tidak tercela, sehingga berlaku sebagai alasan pembenar untuk semua orang yang melakukan perbuatan tersebut dalam kejadian atau kondisi tertentu. Karena alasan penghapus pidana ini menyangkut dari luar diri pribadi pelaku, maka dasar ini bila dilihat dari unsur delik, disebut juga sebagai unsur objektif, dimana alasan pembenar tersebut menyangkut tentang perbuatan yang menjadi dibenarkan.

Seperti yang telah dipaparkan pada bagian pendahuluan, bahwa menurut ilmu hukum, dasar alasan pembenar tersebut dapat bersumber dari hukum tertulis seperti yang dianut dalam ajaran sifat melawan hukum formal, dan dapat bersumber dari hukum tidak tertulis seperti yang diterapkan dalam ajaran sifat melawan hukum materiil berfungsi negatif. Salah satu pendapat mengenai perbuatan melawan hukum materiil ini diungkapkan oleh Moeljatno yang juga mengatakan ketidaksependapatnya dengan pandangan bahwa hukum adalah undang-undang. Lebih lanjut beliau mengatakan bahwa,

“Pikiran bahwa Hukum adalah Undang Undang belum pernah kita alami. Bahkan sebaiknya, hampir semua Hukum Indonesia Asli ada hukum yang tidak tertulis. Kiranya perlu dipertegas disini bahwa dimana peraturan-peraturan Hukum Pidana kita sebagian besar telah dimuat dalam KUHP dan lain-lain perundang-undangan, maka pandangan tentang hukum dan sifat melawan hukum materiil di atas, hanya mempunyai arti dalam memperkecualikan perbuatan yang meskipun masuk dalam perumusan Undang Undang itu, toh tidak merupakan perbuatan pidana. Biasanya itu, dinamakan fungsi yang negatif dari sifat melawan hukum yang materiil”.

Sejalan dengan pendapat tersebut, Wirjono Prodjodikoro juga berpendapat bahwa sifat melawan hukum materiil berfungsi negatif tetap diperlukan sebagai dasar alasan pembenar yang menghilangkan sifat melawan hukum, sehingga perbuatan pelaku yang

pada dasarnya merupakan tindak pidana (*Rechtsvaardigingsgrond*) menjadi diperbolehkan atau dihalalkan karena hilangnya sifat melawan hukum dari perbuatan tersebut. Pendapat-pendapat tersebut dengan tegas menyatakan bahwa perbuatan melawan hukum secara materiil harus selalu diartikan dalam fungsinya yang negatif, dimana suatu perbuatan sebenarnya telah memenuhi rumusan delik atau dipandang telah terbukti melawan hukum secara formil, akan tetapi perbuatan itu ternyata dipandang oleh masyarakat sebagai perbuatan yang tidak tercela atau tidak melawan hukum secara materiil, maka pelaku tersebut dilepaskan dari segala tuntutan hukum, di mana perkecualiannya adalah berasal dari ilmu Hukum (di luar Undang-Undang).

G. Penerapan Asas Legalitas Materiil Dalam Putusan Pengadilan/Yurisprudensi Di Indonesia

Dalam penegakan hukum ada tiga unsur yang selalu berkaitan dan haruslah diperhatikan, karena satu sama lainnya harus berimbang, yaitu keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan, hal ini sebagaimana yang pernah dicetuskan Gustav Radbruch.

Letak strategis putusan hakim untuk menjadi penegak hukum yang merdeka sebagaimana amanat Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 tanpa diintimidasi kekuasaan apapun, yang kemudian dijabarkan dan tertuang dalam Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009, tentang Kekuasaan Kehakiman di mana dalam Pasal 1 menyatakan “Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan Negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia”, Kemudian dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

disebutkan “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya, lalu dari bunyi Pasal 10 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman jelaslah bahwa Pengadilan dilarang menolak suatu perkara apakah karena tidak ada hukumnya ataupun karena hukumnya yang kurang jelas, karena oleh Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

Seorang hakim dalam menjalankan fungsi yudisialnya bukan hanya sebagai terompetnya undang-undang, yang menganggap pasal – pasal hukum sebagai satu-satunya sumber hukum, namun lebih jauh hakim juga haruslah berani bertindak sebagai penemu hukum sebagaimana diamanatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang kemudian dijabarkan oleh Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, di mana hakim diharuskan memiliki kemampuan untuk mengeksplorasi nilai-nilai keadilan dalam masyarakat untuk kemudian pertimbangannya tersebut dituangkan dalam bentuk putusan-putusannya yang dapat dijadikan acuan yang berupa Yurisprudensi.

Pengetahuan hukum yang harus dikuasai hakim sesungguhnya harus haruslah multidisplin, yang melintasi hukum acara, hukum materiil, ilmu hukum, filsafat hukum, sosiologi hukum, psikologi hukum, ilmu komunikasi, hukum adat, metodologi hukum dan lain – lain.

Hakim bukanlah mulutnya undang-undang atau mulut hukum positif pada umumnya, demikian pula hakim tidak sekedar menerapkan bunyi suatu perjanjian yang merupakan undang-undang bagi pihak-pihak yang membuatnya, hakim sudah seharusnya menjadi mulut keadilan, kepatutan, kepentingan umum dan ketertiban umum. Asas ini menunjukkan bahwa sebagai hakim tidak boleh semata-mata mencari dan menemukan kebenaran formil, termasuk dalam perkara-perkara keperdataan, hakim harus mencari dan menemukan kebenaran materiil.

Walaupun demikian apabila hakim dihadapkan pada pilihan antara ketentuan hukum tertulis (hukum positif) dengan hukum tidak tertulis, maka hakim atau siapapun juga yang menerapkan hukum, harus mengutamakan atau mendahulukan ketentuan hukum tertulis, akan tetapi penerapan hukum tertulis ini harus mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut yakni a) Mengutamakan atau mendahulukan hukum tertulis apabila diketahui atau secara wajar dan rasional dipahami bahwa ketentuan hukum tertulis (hukum positif) merupakan pembaharuan terhadap hukum tidak tertulis atau terjadi transformasi ketentuan hukum tidak tertulis menjadi hukum tertulis (hukum positif); b) Mengutamakan atau mendahulukan hukum tidak tertulis, apabila ketentuan hukum tidak tertulis merupakan suatu yang tumbuh dan kemudian menjadi suatu koreksi atau penafsiran terhadap suatu ketentuan aturan hukum tertulis. Koreksi ini merupakan kenyataan hukum yang hidup dalam masyarakat dan dapat terjadi karena hukum tertulis yang telah usang atau ada kekosongan tertentu dalam ketentuan hukum tertulis, atau jika aturan hukum tertulis (hukum positif) tersebut memunculkan ketidakadilan, melanggar kepatutan, kepentingan umum dan ketertiban umum.

Menurut Gustav Radbruch sebagaimana dikutip oleh Bambang Sutyoso, ia menyatakan idealnya suatu putusan hakim itu harus memuat *idee des recht*, yang meliuti 3 (tiga) unsur yaitu : keadilan (*gerechttigkeit*), kepastian hukum (*rechtsicherheit*), dan kemanfaatan (*zwechtmassigkeit*). Ketiga unsur ini harus dipertimbangkan hakim dan diterapkan secara proporsional, sehingga pada gilirannya dapat dihasilkan putusan yang berkualitas dan memenuhi harapan pencari keadilan. Namun dalam implementasinya terkadang tidaklah mudah untuk mensinergikan ketiga unsur tersebut, terutama antara unsur keadilan dengan kepastian hukum yang bisa saja saling bertentangan, namun demikian hakim dalam hal ini haruslah berpegang teguh kepada asas yang mendasar dalam sebuah putusan yakni “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”, jadi hakim dalam putusannya haruslah mengedepankan keadilan karena putusannya tersebut dipertanggung jawabkannya kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Putusan hakim yang menggambarkan benturan antara aspek keadilan dengan kepastian hukum, tentunya seorang hakim akan lebih memilih aspek keadilan sehingga akhirnya hakim akan menyimpangi aspek kepastian hukum dalam hal ini hukum tertulis (hukum positif), guna hal tersebut hakim haruslah memantapkan dirinya menjadi profesionalisme dalam mewujudkan putusan yang berkualitas, dengan menghasilkan putusan-putusan yang eksekutable yang berisikan integritas tinggi, memuat pertimbangan yuridis yang utama, beriintikan rasa keadilan dan kebenaran, sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku dalam masyarakat, dapat diterima akal sehat (*ethos, pathos, filosofis, sosiologis, serta logos*).

Jadi Putusan hakim yang baik adalah putusan hakim yang mampu memberikan keadilan sebagaimana pada asas dasar sebuah putusan yakni “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”

1. Penerapan Konsep melawan materiil (dalam Fungsi Positif) Dikaitkan dengan Asas Legalitas

Melawan hukum materiil dan asas legalitas merupakan 2 (dua) doktrin yang sangat fundamental dalam implementasi hukum pidana. Keduanya sangat menentukan tercapainya tujuan dan fungsi hukum pidana. Tujuan dari hukum pidana merupakan tujuan secara umum dari hukum yaitu terwujudnya kepastian (*certainty*), keadilan (*fairness*), dan kemanfaatan (*expediency*) bagi pelaku dan masyarakat ; fungsi hukum pidana yaitu menjaga ketertiban (*to order*) dan mencegah terjadinya tindak pidana yang merugikan masyarakat (*social defend*).

Penerapan melawan hukum materiil dalam tindak pidana umum tidak ada persoalan. Karena yang diterapkan dalam tindak pidana umum adalah konsep melawan hukum materiil dalam fungsi negatif. Konsep ini menegaskan bahwa yang merupakan perbuatan melawan hukum adalah tetap berdasarkan hukum tertulis (berdasarkan Undang-undang), hanya alasan penghapus pidana (alasan pembenar) dapat didasarkan pada hukum tidak tertulis atau kepatutan dan kebiasaan di masyarakat. Dasar penjatuhan pidana tetap pada undang-undang, sehingga tidak bertentangan dengan asas legalitas. Hanya terhadap delik adat (*adat delict*), melawan hukum materiil dalam fungsi positif diterapkan. Hal ini berdasarkan Pasal 5 ayat (3b) Undang-undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951. Dalam ketentuan tersebut dinyatakan bahwa penerapan delik adat yang

berdasarkan hukum yang hidup di masyarakat hanya terbatas pada perbuatan atau delik yang tidak ada padanannya dalam KUHP. Sepanjang ada padanannya maka yang diberlakukan adalah delik dalam KUHP. Sehingga tidak kontradiktif dengan keberadaan asas legalitas.

Penerapan konsep melawan hukum materiil dalam fungsi positif telah diterapkan dalam putusan terhadap tindak pidana korupsi sebelum putusan MK No.003/PUU-IV/2006. Putusan tersebut diantaranya :

- a) Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 275K/Pid/1983, tanggal 28 Desember 1983 atas nama terdakwa Natalegawa.
- b) Putusan Mahkamah Agung Nomor 2477K/Pid/1988, tanggal 23 Juli 1993 dalam kasus PT. Metro Sakti
- c) Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1571K/Pid/1993, tanggal 18 Januari 1995 kasus Elia Suselo Sosroloka.

Kasus korupsi yang menerapkan melawan hukum materiil dalam fungsi positif, sesudah Putusan MK No. 003/PUU-IV/2006 yaitu :

- a) Putusan Mahkamah Agung Nomor 996/K/Pid/2006 atas nama terdakwa Hamdani Amin.
- b) Putusan Mahkamah Agung Nomor 1974K/Pid/2006 atas nama terdakwa Rusadi Kantaprawira.
- c) Putusan Mahkamah Agung Nomor 2608K/Pid/2006 atas nama terdakwa Acmad Rojali.
- d) Putusan Mahkamah Agung Nomor 103K/Pid/2007 atas nama terdakwa Theo F. Toemion.

Pada dasarnya penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif terhadap tindak pidana korupsi telah diterapkan oleh Mahkamah Agung jauh sebelum ditetapkannya Undang-Undang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang positif sekarang berlaku, dimana memuat legalitas penerapan melawan hukum tersebut. Hal ini terbukti sebelum putusan MK No. 003/PUU-IV/2006, Mahkamah Agung telah menghasilkan yurisprudensi yang menerapkan konsep melawan hukum materiil dalam fungsi positif. Walaupun hal tersebut tidak ada hukum positif yang mengaturnya. Hal ini mengindikasikan langkah progresif lembaga yudikatif yaitu Mahkamah Agung sebagai benteng terakhir pengadilan yang diharapkan dapat memberikan solusi terhadap situasi yang sesuai dengan rasa keadilan di masyarakat.

Landasan deduktif putusan tersebut dapat dilihat dalam pertimbangan dari putusan kasus korupsi yang menetapkan bahwa pelaku tindak pidana korupsi dipidana berdasarkan asas-asas hukum tidak tertulis. Adapaun pertimbangan tersebut adalah sebagai berikut :

a) Sebelum Putusan MK

Berdasarkan Putusan Mahkamah Agung No. 275K/Pid/1982 tanggal 15 Desember 1983 atas nama Raden Sonson Natalegawa: penafsiran perbuatan melawan hukum oleh pengadilan negeri tidak tepat dimana *policy* perkreditan direksi tidak melanggar peraturan hukum yang ada sanksi pidananya, namun sesuai dengan perkembangan ilmu hukum, seharusnya hal tersebut diukur berdasarkan asas-asas hukum tidak tertulis maupun asas-asas yang bersifat umum menurut kepatutan dalam masyarakat; menurut kepatutan dalam masyarakat apabila seorang pegawai negeri menerima fasilitas yang berlebihan serta keuntungan lainnya dari

orang lain dengan maksud agar pegawai negeri itu menggunakan kekuasaan atau wewenang yang melekat pada jabatannya secara menyimpang, hal itu merupakan perbuatan melawan hukum karena menurut kepatutan perbuatan itu merupakan perbuatan yang tercela atau perbuatan yang menusuk perasaan hati masyarakat banyak; penggunaan kekuasaan serta wewenang secara menyimpang oleh terdakwa menurut pertimbangan Pengadilan Negeri selaku *yudex factie* dalam perkara ini dianggap terbukti seperti pemberian kredit terhadap *real estate*, adanya *overdrat*, adanya perpanjangan kredit dan sebagainya merupakan tanggung jawab terdakwa Raden Sonson Natalegawa selaku Direktur Bank Bumi Daya yang membidangi/membawahi perkreditan dengan tugas menganalisa atau memeriksa permohonan kredit kepada terdakwa, perbuatan mana merupakan penyimpangan dari kebijakan tertulis dari nBank Indonesia yang menurut Mahkamah Agung dianggap sebagai perbuatan yang dilakukan tanpa kewenangan yang melekat padanya ataupun tanpa dia berhak melakukan demikian, dan perbuatan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum.

b) Setelah Putusan MK

Berdasarkan pada 4 putusan Mahkamah Agung yaitu Putusan No.996K/Pid/2006 atas nama terdakwa Hamdani Amin, Putusan No.1974K/Pid/2006 atas nama terdakwa Rusadi Kantaprawira, Putusan No.2608K/Pid/2006 atas nama Acmad Rojadi, dan Putusan No.103K/Pid/2007 atas nama terdakwa Theo F. Toemion pada umumnya pertimbangannya adalah :

- 1) Mendasarkan pada *doktrin Sens-Clair (la doctrin du senclair)* hakim melakukan penemuan hukum dengan memperhatikan: Pasal 28 ayat (1) dan

Pasal 16 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman; hakim dalam mencari makna melawan hukum harus mencari dan menemukan kehendak publik yang bersifat unsur pada saat ketentuan tersebut diberlakukan untuk kasus konkrit; hakim seyogyanya mendasarkan putusan sesuai dengan kesadaran hukum dan penerapan hukum yang hidup dalam masyarakat ketika putusan dijatuhkan karena hal tersebut merupakan hukum dalam makna sebenarnya (Hamaker dan Achmad Ali); Undang-undang banyak menunjukkan kekurangan dan seringkali tidak jelas, maka hakim harus melakukan penafsiran secara *gramatikal* atau *histories* (mulai dipertimbangkan dalam putusan No. 2608); Mahkamah Agung mengadopsi ajaran prioritas dari Gustav Radbruch yang berpendapat bahwa tujuan hukum berdasarkan prioritas adalah keadilan, kemanfaatan, baru kepastian (mulai dipertimbangkan dalam putusan 103).

- 2) Mahkamah Agung dalam memberikan makna unsur melawan hukum memperhatikan doktrin dan yurisprudensi : menurut Indrianto Seno Adji, tujuan diperluasnya unsur perbuatan melawan hukum dalam tindak pidana korupsi adalah untuk mempermudah pembuktian dipersidangan; berdasarkan butir 2 Surat Menteri Kehakiman tanggal 11 Juli 1970 sebagai pengantar diajukannya RUU No. 3 Tahun 1971 disimpulkan pengertian perbuatan melawan hukum secara materiil adalah dititikberatkan pada pengertian yang diperoleh dari hukum tidak tertulis; yurisprudensi MARI No. 275K/Pid/1983 tentang penerapan melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi ; dan yurisprudensi dan doktrin merupakan sumber hukum formil selain Undang-

undang, kebiasaan dan traktat. Yurisprudensi perbuatan melawan hukum materiil dijadikan pedoman untuk terbinanya konsistensi penerapan dalam perkara tindak pidana korupsi.

Berdasarkan pertimbangan tersebut dapat disimpulkan bahwa pada dasarnya kasus korupsi sangat merugikan masyarakat, membawa penderitaan berkepanjangan masyarakat, sehingga merupakan perbuatan yang tidak patut dan melanggar asas-asas yang hidup dan diakui oleh masyarakat. Atas dasar tersebut asas legalitas dilanggar sepanjang untuk kepentingan dan membahagiakan masyarakat.

Argumentasi ini mendasarkan pada deduktif hukum progresif. Hukum progresif bertumpu pada hukum diciptakan untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Bahkan penerapan asas legalitas tidak perlu dipertahankan secara kuat (*unstrength*) sepanjang prinsip *rule of law* telah tercapai. Model ini dilaksanakan dengan cara mengembangkan *due process of law* (proses hukum yang adil) melalui hukum acara. Disisi lain proses penjatuhan pidana yang konsisten, kosekuen dan tanpa pilih kasih merupakan kunci keberhasilan dalam menekan kejahatan tertentu.

Prinsip asas legalitas disamping hukum tidak tertulis tidak boleh diberlakukan, juga terdapat prinsip perlindungan warga negara terhadap kesewenang-wenangan penguasa. Prinsip perlindungan ini yang dikembangkan berdasarkan konsep hukum progresif. Oleh karena korupsi merajalela sehingga banyak merugikan warga negara maka warga negara harus dilindungi. Dibutuhkan langkah progresif untuk menjatuhkan pemidanaan terhadap pelaku korupsi. Bahkan dalam perspektif interna- sional korupsi merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan sehingga Indonesia menetapkan sebagai *extra ordinary crime*. Oleh karena itu *law enforcement* harus pula bersifat *extra effort*.

Implementasi penegakan hukum yang bersifat *extra* ini dengan cara menetapkan pemidanaan berdasarkan kepututan atau kebiasaan yang diakui oleh masyarakat walaupun menyimpang dari asas legalitas. Sehingga penegakan yang bersifat *extra* dalam rangka memberikan perlindungan hukum terhadap warga negara juga.

2. Akibat Penerapan Melawan Hukum Materiil dalam Fungsi Positif terhadap Asas Legalitas

Asas legalitas mengandung prinsip yang tegas, hal ini sesuai dengan pendapat Machteld Boot yang menyatakan ada 4 (empat) syarat yang terkandung dalam asas legalitas, yaitu : *nullum crimen noella poena sine lege praevia; nullum crimen nulla poena sine lege scripta; nullum crimen nulla poena sine lege certa; dan nullum crimen nulla poena sine lege strica*. Hal ini senada dengan pendapat Groenhuijsen yang telah penulis kemukakan pada bagian terdahulu. Demikian pula pendapat Anselm von Feuerbach yang menyatakan: *nulla poena sine lege* (tiada pidana tanpa undang-undang), *nulla poena sine crimen* (tiada pidana tanpa perbuatan pidana), *nullum crimen sine poena legali* (tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang).

Dari pendapat tersebut, asas legalitas memiliki 2 (dua) fungsi. Fungsi dibidang hukum materiil yaitu melindungi dan fungsi dibidang hukum formil yaitu fungsi instrumentasi. Fungsi melindungi adalah fungsi undang-undang pidana melindungi rakyat terhadap kekuasaan pemerintah yang tanpa batas, fungsi instrumentasi tercermin dalam frase ketiga dari pendapat Feuerbach yang menyatakan: tiada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang. Dalam hukum acara pidana positif Indonesia, asas legalitas menyatakan bahwa semua perbuatan pidana harus dituntut. Hal ini merupakan penjabaran lebih lanjut dari makna asas legalitas frase ketiga tersebut.

Oleh karena itu walaupun penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif bertentangan dengan asas legalitas, namun pertentangan itu hanya berkaitan dengan makna asas legalitas dalam fungsinya melindungi. Secara prosedural, hal ini masih dapat diperkuat dengan fungsi asas legalitas yang bersifat instrumentasi. Melalui penguatan *due process of law* maka pertentangan tersebut dapat dianulir.

Fungsi melindungi dari asas legalitas pada dasarnya tidak hilang begitu saja dengan penerapan konsep melawan hukum materiil dalam fungsi positif. Hal ini karena penerapan tersebut pada hakekatnya juga melindungi warga negara terhadap perbuatan para koruptor yang sangat merugikan masyarakat. Terdapat perluasan fungsi perlindungan dari pelaku yang merugikan masyarakat. Perlindungan pertama terhadap kesewenang-wenang penguasa dan perlindungan kedua terhadap perbuatan korupsi para koruptor. Kemudian dilakukan kontrol melalui fungsi instrumentasi dari asas legalitas dari hukum formilnya dengan cara penguatan *due process of law*.

Penguatan selanjutnya dengan menerapkan konsep hukum progresif. Hukum progresif bermakna hukum berkembang mengikuti kebutuhan masyarakat. Pada dasarnya konteks yang melingkupi kejahatan korupsi mengharuskan hukum terutama asas legalitas diperluas maknanya. Hal karena korupsi merajalela dan sangat merugikan masyarakat. Korupsi merupakan kejahatan *extra ordinary crime*, dan korupsi juga dianggap sebagai kejahatan internasional (*international crime*). Sehingga semua pihak baik nasional, regional maupun internasional harus memberantas korupsi. Bahkan indeks korupsi dijadikan sebagai *barier* dalam menentukan suatu negara bersih atau tidak terhadap perilaku korup.

Apabila penulis kaji dalam perspektif tujuan dan fungsi hukum pidana maka

penerapan tersebut juga tidak meniadakan tujuan dan fungsi dari hukum pidana. Seperti kita ketahui bahwa tujuan hukum pidana adalah hadirnya kepastian, keadilan, dan kemanfaatan bagi adressat hukum. Memang dari segi kepastian tidak dapat terwujud, namun dari segi keadilan dan kemanfaatan penerapan konsep melawan hukum materiil dalam pemidanaan kasus korupsi dapat dirasakan oleh masyarakat dan negara. Dengan pemidanaan pelaku korupsi uang negara dapat dikembalikan untuk kepentingan masyarakat dan pelaku dapat dipidana. Dibandingkan dengan tidak menerapkan konsep tersebut, hanyalah kepastian yang dapat terwujud. Demikian pula terhadap fungsi hukum yaitu terwujudnya ketertiban dalam masyarakat (*to order*) dan mencegah terjadinya kejahatan korupsi. Hal ini juga terwujud jika pelaku korupsi dijatuhi pidana.

Dengan mendasarkan pada deduktif yang penulis uraikan di atas maka penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif secara tersurat memang bertentangan dengan asas legalitas. Hal ini sesuai dengan pendapat Juniver Girsang yang menyatakan bahwa penerapan sifat melawan hukum positif dalam tindak pidana korupsi merupakan pelanggaran serius terhadap asas legalitas dan menyimpang dari perlindungan konstitusional berdasarkan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Namun jika dielaborasi secara mendalam (*indepth elaboration*) ternyata secara tersirat tidak bertentangan dengan penerapan asas legalitas. Bahkan tujuan dan fungsi hukum pidana secara ideal dapat terwujud.

Jika kita berbandingkan dengan pelaksanaan asas legalitas di beberapa negara, khususnya di negara yang menganut sistem *Common Law*, asas legalitas tidak begitu menonjol. Dalam hal ini analogi tidak hanya diizinkan tetapi menjadi dasar pembaharuan *Common Law*. Sebagai contoh Amerika Serikat lebih ketat dalam

membatasi analogi dan asas retroaktif, yang diterapkan hanya dalam hukum pembuktian. Implementasi asas legalitas pada dasarnya tergantung dari model hukum pidana di masing-masing negara. Penerapan ini melihat konteks dimana dan apa tujuan utama dari asas legalitas atau kepentingan konkret dan idiil yang dilindungi yang merupakan tujuan dari hukum pidana baik secara umum maupun khusus. Hal ini berkembang secara *continue* mengikuti perkembangan masyarakatnya.

Proses hukum formil dalam menegakkan hukum pidana materiil menekankan pada kebenaran materiil. Pada tahap proses ini ditekankan untuk bersifat *due process of law*, sehingga kebenaran materiil dapat diperoleh. Penemuan kebenaran model ini mengharuskan hakim bersifat aktif, dimana hakim memandang perbuatan yang didakwakan terbukti berdasarkan pada isi dan alat bukti yang sah. Dengan mendasarkan hal tersebut hakim mendapatkan keyakinan bahwa fakta yang ada dalam surat dakwaan dalam kenyataannya memang benar terjadi.

Hukum pidana materiil yang akan ditegakkan haruslah ada terlebih dahulu. Jika dalam kondisi tertentu ada faktanya namun ternyata hukum materiil tidak ada maka dilakukan penemuan hukum. Oleh karena itu, ada 2 (dua) unsur dalam penemuan hukum yaitu sumber hukum (undang-undang, doktrin, yurisprudensi, perjanjian dan kebiasaan) dan fakta. Penemuan hukum, pada awalnya melakukan penilaian fakta berdasarkan hukum yang ada (sumber hukum). Penilaian mengenai situasi fakta apa yang menurut penilai sesuai dengan standar yuridis yang bersifat umum. Pada akhirnya ditemukannya hukumnya terhadap fakta tersebut. Sedangkan instrumen yang digunakan untuk melakukan penemuan hukum dapat berupa penafsiran maupun konstruksi hukum (*analogi, argumentum a contrario*, penyempitan/perluasan hukum).

Menurut Eddy O.S Hiariej, ada 7 (tujuh) asas dalam penemuan hukum. Asas-asas dimaksud yaitu :

- a) Asas proporsionalitas dan subsidiaritas. Asas ini berkaitan dengan keseimbangan antara cara dan tujuan serta jika suatu muncul berbagai alternatif pemecahan maka dipilih alternatif pemecahan yang paling sedikit menimbulkan kerugian. Penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif untuk tindak pidana korupsi memenuhi asas ini. Keputusan menerapkannya diambil karena konteks korupsi saat ini sangat merugikan masyarakat dan korupsi merajalela. Bahkan korupsi dianggap publik enemy (musuh bersama). Korupsi yang terjadi di Indonesia berdampak buruk terhadap sendi kehidupan bangsa. Korupsi telah menghancurkan sistem perekonomian, sistem demokrasi, sistem politik, sistem hukum, sistem pemerintahan, dan tatanan sosial kemasyarakatan.
- b) Asas relevansi. Hukum pidana digunakan untuk mempersoalkan penyimpangan perilaku sosial (abnormal) yang sepatutnya dikoreksi. Perilaku korupsi merupakan perilaku yang tidak wajar atau abnormal, sehingga perlu dilakukan perlawanan melalui hukum pidana.
- c) Asas kepatutan. Kepatutan harus menguji logika yuridis, maka sudah sepatutnya perbuatan korupsi yang pada dasarnya amat merugikan masyarakat di jatuhkan pidana.
- d) *Asas in dubio pro reo* (jika ada keragu-raguan maka diambil keputusan yang paling menguntungkan terdakwa). Keragu-raguan yang muncul harus diselesaikan dengan melakukan penyelidikan. Oleh karena itu, tentunya kasus korupsi yang dipidana berdasarkan konsep melawan hukum materiil dalam fungsi positif sudah benar-benar dilakukan penyelidikan yang memadai sehingga dinyatakan dapat dipidana.

- e) *Asas exceptio format regulam* (jika penyimpangan terhadap aturan umum dilakukan maka penyimpangan tersebut diartikan secara sempit).
- f) *Asas titulus est lex* (judul perundang-undangan yang menentukan) dan *rubrika est lex* (bagian/rubrik perundang-undangan yang menentukan).
- g) Asas materiil yang menyangkut aturan tidak tertulis. Hakim dalam memutus suatu perkara baik dengan menerapkan interpretasi maupun instrumen yang lain harus memperhatikan nilai-nilai kepatutan dan kebiasaan dalam masyarakat yang diakui dalam dunia hukum yang dibuktikan dengan adanya doktrin atau yurisprudensi. Penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif dalam kasus korupsi pada dasarnya pelaksanaan tersebut telah diukung dengan adanya yurisprudensi sebelumnya. Yurisprudensi dimaksud adalah Putusan Mahka mah No. 275/K/Pid/1982 tanggal 15 Desember 1983 atas nama terdakwa Raden Sonson Natalegawa.

Penerapan konsep melawan hukum materiil dalam fungsi positif dalam putusan Mahkamah Agung dalam tindak pidana korupsi merupakan salah satu penerapan penemuan hukum oleh hakim.

BAB III

REGULASI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA

DI INDONESIA SAAT INI BELUM BERASIS NILAI KEADILAN

A. Konsekuensi Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat ini

Pada bagian akhir suatu peraturan perundang-undangan selalu ditemukan ketentuan yang menyatakan bahwa: "Peraturan perundang-undangan ini berlaku sejak saat diundangkan". Hal tersebut berarti bahwa peraturan perundang-undangan pada dasarnya berlaku untuk masa yang akan datang setelah suatu peraturan itu dibuat.

Prinsip berlakunya hukum pidana menurut waktu ini terdapat dalam Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, yang berbunyi: "Tiada suatu perbuatan boleh dihukum, melainkan atas kekuatan ketentuan pidana dalam undang-undang, yang ada terdahulu dari pada perbuatan itu".

Di dalam hukum pidana, prinsip tersebut dikenal dengan "asas legalitas" atau "*principle of legality*", merupakan suatu asas yang sangat fundamental dalam Hukum Pidana karena merupakan bentuk perlindungan terhadap individu terutama pelaku tindak pidana dalam menjamin keadilan dan kepastian hukum.

Asas legalitas ini dirumuskan dalam bahasa Latin: "*Nullum delictum, nulla poena, sine praevia lege poenali*",²⁵⁰ yang artinya bahwa suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada sebelumnya.

Asas legalitas ini telah berlaku di berbagai negara yang menggunakan hukum pidana yang telah dikodifikasi dalam suatu "*wetboek*" seperti negara-negara yang menganut system

²⁵⁰ Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Fak. Hukum UNDIP Semarang, hlm. 22.

hukum Eropa Kontinental. Asas ini juga termuat dalam Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia 1948 (Pasal 11).²⁵¹

Yang menjadi pertanyaan adalah: mengapa asas legalitas ini diperlukan dan apa konsekuensi dari diberlakukannya asas ini?

Asas legalitas ini bermula dari Eropa Barat, pada abad XVIII dimana pada waktu itu para ahli hukum berjuang melawan rezim monarki absolute. Pada masa rezim ini hukum pidana dijalankan secara sewenang-wenang, perbuatan pidana ditentukan oleh raja sebagai simbol kekuasaan. Hak-hak warga negara tidak dihormati, hak asasi ditekan dan belum tentu seseorang dapat menuntut lewat peradilan bebas. Hal ini dikarenakan hukum pidana yang dipakai pada waktu itu adalah hukum Romawi yang menganut system "*Criminal Extra Ordonaria*" artinya kejahatan yang tidak disebut dalam undang-undang. Sistem ini dalam menentukan suatu tindak pidana tidak didasarkan pada suatu peraturan perundang-undangan, melainkan berdasar pada kehendak dan kepentingan raja sebagai pengasa yang tidak terbatas.

Dari situlah timbul pemikiran tentang harus ditentukannya peraturan terlebih dahulu tentang perbuatan yang dilarang, dimaksudkan agar penduduk mengetahui perbuatan yang dibolehkan dan yang ilarang. Asas legalitas ini pertama kali ditemukan dalam bukunya Montesquieu yang berjudul "*L'esprit des Lois*" 1748 dan buku tulisan Rousseau yang berjudul "*Dus Contract Social*".²⁵²

Montesuieu merupakan salah seorang ahli hukum yang memperjuangkan asas legalitas ini, dengan teori "Trias Politica" nya. Teori ini mengajarkan adanya pemisahan yang jelas pada masing-masing kekuasaan yakni:

²⁵¹ Adami Chazawi, 2007, *Pelajaran Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 170.

²⁵² Moelyatno, 1993, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 24.

1. Kekuasaan legislatif atau kekuasaan membuat undang-undang yang dipegang oleh parlemen;
2. Kekuasaan eksekutif dipegang pemerintah;
3. Kekuasaan yudikatif yang dipegang badan kehakiman.

Dengan *system sparation of power* tersebut Montesquieu berpendapat bahwa diluar undang undang tidak ada hukum. Undang-undang dibuat oleh DPR, dilaksanakan oleh raja, dan hakim yang bertugas mengadili perkara-perkara yang timbul sebagai akibat adanya pelanggaran terhadap aturan undang-undang. Dipisahkannya masing-masing kekuasaan tersebut dimaksudkan untuk membatasi kekuasaan raja yang absolut. Kekuasaan yang berada pada satu tangan akan menimbulkan kesewenang-wengan penguasa.

Jadi parlemen yang bertugas sebagai pembuat suatu peraturan ini yang menentukan perbuatan apa yang dapat dianggap sebagai tindak pidana dan bagaimana cara menjatuhkan pidana. Untuk dapat dikatakan sebagai perbuatan pidana haruslah dirumuskan terlebih dahulu dalam suatu peraturan perundang-undangan.

Jean Jaques Rousseau mempunyai pendapat yang sama dengan Montequieu, dia mengemukakan pendapatnya mengenai:

Contrac Sosial atau perjanjian masyarakat, bahwa negara terbentuk karena adanya perjanjian masyarakat, di dalam negara modern rakyatlah yang memegang kekuasaan.

Maksudnya adalah hukum dibuat oleh masyarakat dalam bentuk undang-undang, pemerintah sebagai badan eksekutif pelaksana undang-undang, dan hakim sebagai badan yudikatif. Kedua badan tersebut tidak dibolehkan membentuk undang-undang, hakim hanya boleh menggunakan hukum dan tidak boleh membuat hukum.

Asas legalitas ini dipakai dalam bentuk undang-undang pada saat pecahnya revolusi Perancis yang dinyatakan dalam Pasal 8 “*Declaration des droits de L’homme et du citoyen*” 1789, yang bunyinya: Tidak ada sesuatu yang boleh dipidana selain karena suatu wet yang ditetapkan dalam undang-undang dan diundangkan secara sah.²⁵³

Perjuangan Montesquieu ini kemudian dilanjutkan oleh Anselm Von Feuerbach yang mengemukakan dalam bahasa Latin dalam bukunya yang berjudul “*Lebrbuch des Peinlichen Recht*” tahun 1801, yaitu “*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege*”, yang artinya tidak ada tindak pidana dan tidak ada pidana tanpa adanya ketentuan hukum terlebih dahulu yang menentukan.

Kemudian dibawah pemerintahan Napoleon 1801 asas tersebut dimasukkan dalam Code Penal Perancis tepatnya terdapat dalam Pasal 4. Belanda sebagai Negara jajahan Perancis di-berlakukan pula asas tersebut dalam *Wetboek van Strafrecht Nederland* 1881 yang terletak dalam Pasal 1. Demikian halnya Hindia Belanda (Indonesia) sebagai negara jajahan Belanda menggunakan pula *Wetboek van Strafrecht voor Nederland Indie* 1918. Setelah Indonesia merdeka pun masih menggunakan WvS tersebut meski telah mengalami beberapa perubahan tepatnya terdapat pada Pasal 1 ayat (1) KUHP.

Asas legalitas ini mengandung tiga unsur yang bersifat hakiki, yaitu:

1. Hukum pidana yang berlaku harus berbentuk tertulis;
2. Perundang-undangan pidana tidak boleh berlaku surut dan;
3. Tidak diperbolehkan menggunakan analogi.

Untuk menjamin kepastian hukum maka peraturan perundang-undangan yang berlaku harus berbentuk tertulis. Hukum yang berlaku hanyalah undang-undang, di luar undang-

²⁵³ Ibid

undang tertulis bukan merupakan suatu hukum. Dengan bentuknya yang tertulis ini memudahkan hakim dalam memeriksa dan memutus suatu perkara, karena hakim hanya menerima perkara yang sudah jelas hukumnya, tidak usah repot-repot mencari hukum apa yang akan diberlakukan karena sudah tersedia. Dipergunakannya asas legalitas formal ini, menimbulkan konsekuensi pada hakim, dimana hakim dalam menjatuhkan putusannya senantiasa terikat pada undang-undang.

Asas ini disatu pihak ada keuntungannya bagi kepentingan pribadi, namun sebagai konsekuensi dengan adanya asas legalitas ini adalah asas *nullum delictum* kurang melindungi kepentingan kolektif (*collective bealngen*), karena asas ini menggambarkan yang dapat dihukum adalah mereka yang melakukan suatu perbuatan yang oleh hukum (peraturan yang telah ada) disebut secara tegas sebagai pelanggaran ketertiban umum. Disamping itu, asas legalitas ini akan menjadi halangan bagi hakim untuk menghukum seseorang yang telah melakukan suatu perbuatan pidana, namun dalam undang-undang perbuatan tersebut belum diatur.

Tidak sempurnanya pelaksanaan hukum pidana selama ini dalam praktek peradilan masih dapat diatasi, yakni dengan memberikan wewenang kepada hakim dalam penerapan hukum pidana adat atas perbuatan-perbuatan yang terlarang. Perbuatan-perbuatan yang demikian itu tidak atau belum diancam dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Apabila dikaji lebih mendalam, dapat dilihat bahwa asas legalitas ini mengandung banyak kerugiannya, namun yang menjadi pertanyaan adalah mengapa asas ini masih saja berlaku di Indonesia, sedangkan di Negara-negara lain seperti pada Unisovyet (sebelum bubar), asas ini sudah ditinggalkan. Untuk menjawab pertanyaan tersebut kita harus melihat kembali mengenai sejarah lahirnya asas legalitas. Seperti kita ketahui bahwa asas ini lahir

pada suatu jaman yang saat itu merupakan puncak perkembangan terhadap anggapan individualitas terhadap hukum, dan hukum yang memberikan jaminan penuh bagi kemerdekaan diri pribadi dan saat itu pandangan hukum sangat individualistis, sehingga sudah barang tentu asas *nullum delictum* ini dipertahankan.

Indonesia merupakan negara yang menggunakan hukum pidana warisan produk colonial yang pada saat itu berfaham individualitas, dimana sampai sekarang masih tetap menggunakan KUHP kolonial yang baru. Dengan masih berlakunya asas legalitas, maka sangat berpengaruh terhadap keberadaan dan perkembangan hukum di Indonesia, terutama dalam hubungannya dengan hukum adat yang ada. Indonesia merupakan negara dengan adat budaya yang sangat beragam, namun konsekuensi terhadap hukum adat adalah meskipun dalam hukum adat suatu perbuatan adalah dilarang, tetap saja tidak dapat dipidana, karena peraturannya yang berbentuk tidak tertulis. Ini sebagai konsekuensi dari diberlakukannya asas legalitas yang mensyaratkan bahwa hanya hukum tertulis yang dapat menjadi dasar bagi penjatuhan pidana.

Dengan demikian kita dapat melihat bahwa asas legalitas ini mempunyai kekurangan yakni bersifat kaku, kurang dinamis, sedangkan masyarakat maupun teknologi berkembang begitu cepat. Sehingga hukum yang ada tidak dapat mengakomodir tuntutan masyarakat, selalu berjalan ditempat dan ketinggalan jaman. Padahal jika kita melihat aturan-aturan lain yang tersebar di luar KUHP ternyata masih ada aturan yang memberikan ruang terhadap hukum adat sebagai dasar bagi suatu hukuman yang akan dijatuhkan terhadap pelaku tindak pidana. Dalam Undang-undang Dasar Sementara 1950 misalnya, disebutkan dalam Pasal 14 ayat (2) bahwa: "Tidak seorang juapun boleh dituntut untuk

dihukum atau dijatuhi hukuman kecuali karena suatu aturan hukum yang ada dan berlaku terhadapnya”.

Dalam pasal tersebut dipakai istilah “aturan hukum” (*Rect*) yang pengertiannya lebih luas dari pada aturan “undang-undang” (WET), karena dapat berbentuk “hukum tertulis” maupun “hukum tidak tertulis”.²⁵⁴

Dari bunyi pasal tersebut dapat dilihat bahwa hukum pidana adat mempunyai dasar yang kuat untuk dijadikan dasar hukum dalam menjatuhkan pidana.

Selain itu ada pula aturan-aturan hukum masih memberikan ruang terhadap berlakunya hukum pidana adat yakni aturan yang terdapat pada Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang Darurat No. 1 Drt. 1951 yang berbunyi:

“... bahwa suatu perbuatan yang menurut ukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak boleh lebih dari tiga bulan penjara atau denda lima ratus rupiah. Yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan si terhukum.....Bahwa bilamana hukuman adat yang dijatuhkan itu menurut pikiran hakim melampaui hukuman kurungan atau denda yang dimaksud di atas, makaterdakwa dapat dikenakan hukuman pengganti setinggi 10 tahun penjara, dengan pengertian bahwa hukuman adat yang..... tidak selaras lagi dengan zaman senantiasa diganti seperti tersebut diatas”.

Dari bunyi ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b UU No.1 Drt tahun 1951 tersebut dapat diambil kesimpulan bahwa hukum pidana adat hanya berlaku untuk sementara saja yaitu bagi kaula-kaula atau orang-orang yang dahulu diadili di daerah swapraja/pengadilan adat. Di dalam penjelasan undang-undang tersebut menerangkan bahwa masih dipertahankannya hukum pidana adat oleh karena dalam tempo dulu yang pendek Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Sipil dan diulang pengundangannya setelah kitab ini disesuaikan dengan keadaan pemerintah yang baru ini dan belum tentu apakah perbuatan-perbuata pidana adat

²⁵⁴ Barda Nawawi Arief, 1996, *Bunga Rampai hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 91.

harus diakui terus: maka untuk sementara waktu perbuatan-perbuatan pidana adat ini dan hukuman-hukuman adat dihapus.

Sebagai tindakan peralihan, maka ketentuan tersebut untuk selanjutnya diadakan peraturan untuk menyebarkan hukuman-hukuman adat itu, dalam hal mana diadakan perbedaan diantara perbuatan-perbuatan pidana adat yang tidak ada bandingnya dengan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Sipil dan perbuatan-perbuatan pidana adat yang ada bandingnya dalam Kitab Undang-Undang Pidana Sipil.

Ketentuan Pasal 5 ayat (3) sub b, bila dihubungkan dengan ketentuan Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana ditemukan adanya pergeseran prinsip yang dianut oleh hukum pidana Indonesia. Pengertian materiil adanya perbuatan itu tidak saja dilarang oleh undang-undang (hukum tertulis) tetapi juga oleh aturan-aturan yang tidak tertulis. Walaupun di dalam undang-undang belum ada dan tidak mengancam pidana atas perbuatan itu, tetapi hukum tidak tertulis menganggap perbuatan itu sebagai perbuatan tercela maka tidak ada alasan bagi hakim untuk tidak menjatuhkan pidana atas dilakukannya perbuatan tersebut.

Di samping itu Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman (UU No. 48 tahun 2009) menetapkan:

- a. Pasal 10 ayat (1): “Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak/kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.
- b. Pasal 50 ayat (1): “Putusan pengadilan selain harus menurut alasan-alasan dan dasardasar putusan itu, juga memuat pula pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan atau sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”.

c. Pasal 5 ayat (1): “Hakim dan hakim konstitusi sebagai wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

Dari ketentuan pasal-pasal tersebut, maka jelaslah bahwa hukum pidana adat atau hukum tidak tertulis masih dapat dijadikan sebagai landasan untuk menentukan suatu hukum. Hal ini sangat diperlukan di Indonesia mengingat banyaknya adat istiadat yang terdapat di negeri ini dengan hukum pidananya masing-masing. Menurut Van Vollen Hoven di Indonesia terdapat 19 macam masyarakat hukum adat.²⁵⁵ Apabila ketentuan-ketentuan tersebut dapat diterapkan dalam pelaksanaan hukum, maka hal ini akan memberikan nilai-nilai keadilan di masyarakat akan tetap tercipta dan terpelihara. Namun apakah hal itu dapat dilakukan dengan mudah, serta bagaimana dengan kepastian hukumnya. Untuk itu maka harus dicari jalan keluar agar kepastian hukum dapat tercipta, dan di lain pihak nilai keadilan tetap terpelihara.²⁵⁶

Sampai saat ini Indonesia masih tetap menggunakan KUHP warisan kolonial, meski begitu kita masih berupaya untuk menyempurnakan KUHP produk bangsa Indonesia yang baru, mengingat Pasal 1 ayat(1) ini merupakan persoalan paling mendasar, dan apakah asas legalitas sebagaimana yang disebutkan dalam pasal tersebut masih akan dipertahankan.

Asas legalitas formal dalam KUHP Indonesia saat ini disamping terdapat sudut keuntungannya ada pula sudut kerugiannya. Kelemahan dari berlakunya asas legalitas antara lain:

1. Hukum tidak dapat mengakomodir rasa keadilan yang dituntut masyarakat

²⁵⁵ Soeroso, Pengantar Ilmu Hukum, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm. 78.

²⁵⁶ Mardjono Reksodipuro, 1987, *Bunga Rampai Permasalahan Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum UI, Jakarta,.

2. Undang-undang yang dibentuk selalu ketinggalan jaman, karena tidak dapat mengikuti laju perkembangan jaman dan teknologi yang berkembang begitu cepat;
3. Undang-undang tidak selalu dapat menyelesaikan segala persoalan masyarakat yang timbul.
4. Undang-undang tidak dapat sempurna, karena kadang-kadang menggunakan istilah yang tidak jelas/kabur, sehingga hakim perlu memberikan penafsira.
5. Undang-undang tidak dapat mengatur seluruh aspek kehidupan dalam masyarakat, sehingga memungkinkan terjadi kekosongan hukum.²⁵⁷

Namun dibalik semua itu pertanyaan yang timbul adalah bagaimana penyusun konsep KUHP baru dalam merumuskan asas legalitas, apakah masih dicantumkan atau tidak.

Untuk menjawab pertanyaan itu, maka dapat dilihat dan diketahui dari pasal yang bersangkutan, yaitu Pasal 1 ayat (1) konsep KUHP yang bertolak dari asas legalitas dalam pengertian yang formal, bahwa sumber hukum yang utama adalah undang-undang (hukum tertulis). Dengan demikian konsep KUHP barupun masih memuat adanya asas legalitas ini. Namun konsep KUHP ini memperluas perumusan secara material dengan menegaskan Pasal 1 (1) tersebut tidak mengurangi barlakunya “hukum yang hidup” di dalam masyarakat, yaitu terhadap delik-delik yang tidak ada bandingnya atau tidak telah diatur dalam undang-undang.²⁵⁸

Dikatakan oleh Barda Nawawi Arief, salah seorang anggota team perumus KUHP baru bahwa:”Dengan bertolak dari kebijakan perundang-undangan nasional yang ada selama ini seperti ditulis terdahulu, (UU No.1/Drt/1951 dan UU No. 14 tahun 1970), dapat dikatakan bahwa perluasan asas legalitas secara material di dalam konsep KUHP baru

²⁵⁷ Soeroso, loc cit, hlm .90.

²⁵⁸ Barda Nawawi Arief, 1996, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 88.

bukanlah merupakan ide yang baru, melainkan hanya melanjutkan dan mengimplementasikan gagasan yang sudah ada.

Perluasan perumusan asas legalitas secara materiil adapat dicarikan dasar pbenarannya pada empat landasan yakni:

1. Landasan kebijakan legislatif nasional yang keluar setelah kemerdekaan antara lain UU No.1 Drt tahun 1951 dan UU No. 14 tahun 1970;
2. Landasan kesepakatan ilmiah dalam seminarseminar nasional ;
3. Landasan sosiologis yang bertolak dari budaya hukum kekeluargaan (menurut Satjipto Rahardjo: budaya hukum perorangan menghasilkan konsep “*legisme liberal*” dan “*konsep rule of law*”, sedangkan budaya hukum kekeluargaan menghasilkan “legisme kekeluargaan” dan konsep “*the rule of justice/moral*”);
4. Landasan Internasional yang bertolak dari Pasal 15 ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Rights*) yang menyebutkan adanya dua dasar/sumber hukum untuk menyetakan dapat dipidananya si pembuat, yaitu:
 - a. Berdasarkan undang-undang atau hukum positif yang berlaku (ayat 1)
 - b. Berdasarkan asas-asas atau prinsip hukum umum yang diakui masyarakat bangsa-bangsa (*the general principle of recognized by the commubity of nations*, ayat (2).

Dengan tetap dimuatnya asas legalitas ini, maka kepastian hukum masih tetap dipertahankan, oleh karena asas ini disamping mempunyai sifat perlindungan terhadap hukum pidana juga memberi kekuasaan kepada pemerintah sebagai fungsi instrument, juga dapat menjamin nilai-nilai dalam masyarakat tetap terpelihara. Dengan dicantumkannya kedua landasan hukum tersebut, maka akan terciptalah keseimbangan diantara keduanya.

Dengan demikian maka asas legalitas ini bersifat materiil dan dapat dikatakan sebagai asas legalitas materiil.

Dengan diterapkannya asas legalitas materiil dalam konsep KUHP baru, maka akan membawa konsekuensi-konsekuensi baik terhadap hukumnya sendiri maupun terhadap pelaksanaannya (hakim). Konsekuensi terhadap hukumnya sendiri adalah bahwa dengan diterapkannya asas legalitas materiil tersebut maka hukum yang hidup dalam masyarakat akan tetap terpelihara. Sedangkan terhadap masyarakat sendiri, dapat merasakan keadilan yang sebenarnya. Dengan demikian akan terjalin suatu keseimbangan antara hukum positif dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Bagi hakim sendiri selaku penegak hukum, diberi kesempatan seluas-luasnya untuk menggali nilai-nilai hukum yang terdapat dalam masyarakat, dengan demikian hakim harus cakap dan selalu berusaha untuk memahami dan mempelajari hukum adat dalam menjalankan tugasnya.

Karena itu dalam sistem hukum adat jika terhadap suatu persoalan yang belum terdapat aturan hukumnya hakim berwenang bahkan wajib memberikan putusan yang mencerminkan keadilan masyarakat yang tumbuh dan diakui saat ini. Pada saat itu hakim wajib mewujudkan secara konkrit melalui putusannya, apa yang dianggapnya sesuai dengan perasaan hukum masyarakat. Menjadi penting pengetahuan hakim menggali hukum yang hidup dalam masyarakat, dimana sedang terjadi suatu persoalan, karena pengetahuan hakim relevan dengan mutu putusan pengadilan yang dihasilkan. Jika pengetahuan hakim terhadap hukum adat kurang memadai, maka putusan yang dihasilkannya pun tidak akan mencerminkan tuntutan dalam masyarakat.

B. Perluasan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana

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 :²⁵⁹

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.

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*

²⁵⁹ Moeljatno, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm.. 26

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.

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.

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..

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.²⁶⁰ 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.

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.

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.

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.

²⁶⁰ Jan Remmelink, 2003, *Hukum Pidana – Komentar Atas pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm.. 356

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.²⁶¹

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.

Berlakunya asas legalitas memiliki dua fungsi yaitu : *pertama*, fungsi melindungi yaitu tidak ada pemidanaan kecuali atas dasar undang-undang.²⁶² Dalam hal ini, undang-undang pidana melindungi rakyat terhadap pelaksanaan kekuasaan yang tanpa batas dari pemerintah. *Kedua*, fungsi instrumental yaitu tidak ada perbuatan pidana yang tidak dituntut. Dalam hal ini, pelaksanaan kekuasaan oleh pemerintah tegas-tegas diperbolehkan yaitu dalam batas-batas yang ditentukan oleh undang-undang.

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 akan kehilangan kekuatannya. Dengan demikian

²⁶¹ Jan Rummelink, *Hukum Pidana ... op. cit.* hlm. 357.

²⁶² *Ibid.* hlm 357.

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 ekstensif.²⁶³

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.²⁶⁴ 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.

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

²⁶³ D. Schaffmeister dkk, JE Sahetapy (Penerjemah), 1995, *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, hlm. 8-10.

²⁶⁴ Jan Rummelink dan Moeljatno, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 28

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

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. *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.

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.

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 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.

Asas legalitas telah diakui secara universal dalam sistem hukum pidana nasional yang dianut banyak negara.²⁶⁵ 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”.

²⁶⁵ Romli Atmasasmita, 2009, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Fikahati Aneska, Jakarta, hlm. 106.

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)*.²⁶⁶

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.²⁶⁷ 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.

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

²⁶⁶ Barda Nawawi Arief, 2003, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 1.

²⁶⁷ *Ibid*

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.

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*”.

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 Eiusdem 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.²⁶⁸

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 justeru 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

²⁶⁸ Romli Atmasasmita, 2009, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Fikahati Aneska, Jakarta, hlm. 111.

dilakukan lagi, sejak ditetapkannya pembagian masyarakat adat menurut Van Vollenhoeven.²⁶⁹

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 progarm pembangunan di bidang hukum yang lebih menitikberatkan pada perubahan-perubahan fungsi dan peranan tatanan hukum serta pranata hukum yang berlaku secara nsional. 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?.

C. Urgensi Perluasan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan

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

²⁶⁹ Romli Atmasasmita, 1995, *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Maju, Bandung, hlm. 92.

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.

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).²⁷⁰

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

²⁷⁰ Barda Nawawi Arief, 2008, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana – Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Jakarta, hlm. 75.

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 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 kesewenangan 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 kesewenangan 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.²⁷¹ 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

²⁷¹ Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2009, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum – Studi pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm. 39.

“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*).²⁷² 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.

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.²⁷³

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)

²⁷² *Summary report* dari 34th *International Training Course* yang diselenggarakan oleh UNAFEI di Tokyo tahun 1973, dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, 1992, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, hlm 158

²⁷³ Sudarto, 2007, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, hlm. 36

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.²⁷⁴ 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 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

²⁷⁴ Hilman Hadikusuma, 1989, *Hukum Pidana Adat*, Alumni, Bandung, hlm. 8.

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*.²⁷⁵ 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.²⁷⁶

²⁷⁵ Gesetz analogi adalah analogi terhadap suatu perbuatan yang sama sekali tidak terdapat dalam hukum pidana.

²⁷⁶ Hilman Hadikusuma, 1989, *Hukum Pidana Adat*, Alumni, Bandung, hlm 12.

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.²⁷⁷ Hal ini menunjukkan tidak adanya kepastian bagi masyarakat. Dengan demikian, apa 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.

²⁷⁷ Ibid

D. Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat Ini Belum Berbasis Nilai Keadilan

Pembaharuan Hukum Indonesia dimulai sejak diproklamasikannya kemerdekaan bangsa Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945. Pembukaan Undang Undang Dasar 1945 alinea III menyatakan bahwa kemerdekaan bangsa Indonesia merupakan berkah dan rahmat Allah Yang Maha Kuasa serta adanya keinginan luhur dari bangsa Indonesia untuk berkehidupan kebangsaan yang bebas. Keinginan luhur untuk berkehidupan kebangsaan yang bebas itu dicapai dengan membentuk pemerintah Negara Indonesia yang disusun dalam Undang Undang Dasar. Dengan demikian maka cita-cita atau keinginan luhur bangsa Indonesia adalah terwujudnya kehidupan berbangsa yang bebas dalam suatu keteraturan berbingkai Undang Undang Dasar.

Undang-Undang Dasar merupakan hukum dasar (konstitusi) yang berperan sebagai landasan tertib hukum suatu negara. Dengan demikian maka kehidupan kebangsaan yang bebas sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan Undang Undang Dasar 1945 adalah kehidupan kebangsaan bebas berlandaskan pada tertib hukum.

Undang-Undang Dasar tahun 1945 merupakan konstitusi, sebagai hukum dasar sekaligus merupakan bukti adanya pembaharuan hukum di Indonesia, yang semula bernama Hindia Belanda, yang sudah seharusnya mempunyai tata hukum berbeda, sebagai ujud negara yang merdeka.

Pembaharuan hukum setelah ditetapkannya Undang-Undang Dasar 1945 sebagai konstitusi selalu dilakukan guna mencapai tujuan bernegara sebagaimana dirumuskan dalam alinea 4 Pembukaan Undang Undang Dasar 1945 yang menyatakan;

—Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang Undang Dasar Negara Indonesia, yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasarkan kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmah kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia —.

Dengan demikian tujuan bernegara adalah melindungi segenap bangsa Indonesia serta tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa serta ikut serta melaksanakan ketertiban dunia berdasar Pancasila. Tujuan tersebut tentu membutuhkan tata hukum, tata urutan yang diimplementasikan dalam pembaharuan hukum Indonesia termasuk diantaranya Pembaharuan dalam Hukum Pidana.

Hukum Pidana merupakan salah satu bagian hukum, yang penegakannya dilakukan oleh Kekuasaan Kehakiman yang dalam Undang Undang Dasar 1945 terdapat pada BAB IX Pasal 24, 24A, 24B dan 24C.

Pasal 24 menyatakan sebagai berikut :

- (4) Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
- (5) Kekuasaan Kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.
- (6) Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang.

Ketentuan lain yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman terdapat pada Pasal 28D ayat (1) yang menyatakan :

Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Penegakan Hukum Pidana, yang merupakan sebagian dari Kekuasaan Kehakiman, secara substantif didasarkan pada Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP) yang berasal dari *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch Indie (WvS v NI)*, yang berlakunya berdasar Aturan Peralihan UUD 1945 (sebelum amandemen) Pasal II, yang kemudian diteruskan dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana, dengan nama **KITAB UNDANG UNDANG HUKUM PIDANA (KUHP)** atau *Wetboek van Strafrecht (WvS)*.

Dengan demikian, KUHP yang berlakunya berdasar Undang Undang Nomor 1 tahun 1946 harus tidak bertentangan dengan konstitusi sebagai hukum dasar, yakni UUD tahun 1945. Apabila dalam Kekuasaan Kehakiman dinyatakan merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, maka penggunaan KUHP juga berorientasi pada penegakan hukum dan keadilan.

Pasal 8 ayat (3) Undang Undang Nomor 16 tahun 2004 tentang Kejaksaan menyatakan —Demi keadilan dan kebenaran berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, Jaksa melakukan penuntutan dengan keyakinan berdasar alat bukti yang sah.

Pasal 2 ayat (1) Undang Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan: Peradilan dilakukan demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa

Pasal 5 Undang Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan: Hakim wajib menggali dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Pasal 1 ayat (1) KUHP menyatakan bahwa: Tidak ada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan. Ketentuan ini lazim disebut ketentuan tentang asas legalitas.

Dengan demikian, apabila ketentuan tentang perbuatan yang dapat dipidana digabungkan berdasar peraturan perundangan dapat disimpulkan hal-hal sebagai berikut:

4. Perbuatan yang dapat dipidana adalah perbuatan yang dilarang oleh Hukum Pidana.
5. Perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat.
6. Perbuatan tersebut bertentangan dengan keadilan berdasar Ketuhanan Yang Maha Esa.

Dengan demikian, Hakim dalam memutuskan suatu perkara harus;

4. Berlandaskan keadilan berdasar Ketuhanan Yang Maha Esa.
5. Perbuatan yang dilakukan bertentangan dengan hukum tertulis (undang-undang).
6. Bertentangan dengan hukum yang hidup di masyarakat (*the living law*).

Hakim dalam memutus perkara tidak sekedar yuridis normatif, namun juga *yuridis cultural* dan *yuridis religius*. Hakim dalam memutus perkara tidak dapat semata-mata menggunakan KUHP yang merupakan peninggalan kolonial, namun KUHP yang digunakan tersebut harus tidak bertentangan dengan Undang Undang Dasar tahun 1945 sebagai hukum dasar (konstitusi), yang didalamnya terdapat Pancasila yang merupakan cita hukum, yang menurut Hans Kelsen dinamakan *ground norm*.

Friedman menyatakan, bahwa hukum sebagai suatu sistem terdiri atas 3 sub sistem, yaitu substansi hukum, struktur hukum dan kultur hukum. Sub sistem-sub sistem tersebut saling berkaitan dalam penegakan hukum. Penegakan Hukum akan berjalan baik

bila ketiga sub sistem tersebut baik. Demikian pula sebaliknya, apabila antara sub sistem terjadi masalah, maka penegakan hukum juga akan bermasalah. Sementara itu Philip dan Nonet menyatakan, bahwa pada perkembangannya Hukum terbagi atas 3 (tiga) klasifikasi, yaitu hukum yang represif, hukum yang otonom dan hukum yang responsip.

Kasus mbah Minah yang diputus bersalah oleh Hakim telah melakukan pencurian dan dijatuhi pidana penjara selama 1 bulan 15 hari dengan masa percobaan 3 bulan, mendapat reaksi masyarakat luas, karena dipandang pembedaan terhadap mbah Minah melukai rasa keadilan masyarakat. Kasus mbah Minah secara singkat diuraikan sebagai berikut :

MINAH (55 tahun), warga Damakradenan Ajibarang Banyumas, mengambil 3 (tiga) biji kakao (buah coklat) senilai Rp.2.100,00 dari perkebunan PT Rumpun Sari Antan yang berada berdampingan dengan kebun tempat dia sedang bekerja, dengan maksud digunakan sebagai bibit. Setelah 3 (tiga) biji kakao tersebut diambil, lalu diletakkan di samping pagar pembatas kebun, lalu melanjutkan pekerjaannya berkebun.

Belum sempat biji kakao tersebut dibawa pulang, seorang mandor perkebunan bernama Sutarno menegurnya, siapa yang mengambil dan meletakkan biji kakao di samping pagar perkebunan biji kakao ?. Minah menjawab bahwa dia yang mengambil dan akan dibuat sebagai bibit. Sutarno mengatakan bahwa hal tersebut tidak boleh dan membawa 3 (tiga) biji kakao tersebut.

Dialog antara mbah Minah dan mandor Sutarno ditayangkan oleh SCTV sebagaimana diceritakan oleh mbah Minah pada saat diwawancarai sebagai berikut; Mandor bertanya kepada saya, ini untuk apa Bu ?. Saya jawab: —untuk bibit... Dia

melarang, saya bilang, ya sudah, kalau tidak boleh..... Bibit kemudian dibawa pak mandor, lalu saya pulang....

Permintaan maaf dari mbah Minah ternyata tidak diterima, manajemen PT Rumpun Sari Antan justru melaporkan mbah Minah ke Kepolisian Sektor Ajibarang Banyumas pada akhir bulan Agustus 2009. Laporan berlanjut dengan penyidikan, penuntutan dan proses di Pengadilan Negeri Banyumas.

Pengadilan Negeri Banyumas pada tanggal 18 November 2009 mengeluarkan vonis, mbah Minah bersalah melakukan tindak pidana pencurian, dengan pidana 1 bulan 15 hari penjara, dengan masa percobaan 3 bulan. Setelah vonis selesai dibaca, pengunjung sidang beramai-ramai menemui mbah Minah, dan secara spontan mengumpulkan uang untuk transport pulang mbah Minah. Jaksa Noor Hani'ah pun memberikan uang transport pulang. Hakim Muslich Bambang Luqmono yang memimpin sidang, justru menemui mbah Minah, sambil meneteskan air mata mendekati dan menyalami dan mencium tangan mbah Minah.

Hakim Bambang pada saat diwawancarai wartawan berpendapat, bahwa bahwa kasus seperti ini mestinya tidak perlu sampai disidangkan di Pengadilan. Ia minta diselesaikan secara kekeluargaan. Jaksa Penuntut Umum, Noor Hani'ah menyatakan, pihaknya tidak bisa menghentikan kasus ini karena berkas perkara yang dilimpahkan dari Kepolisian sudah lengkap.

Kasus mbah Minah, yang merupakan kasus sederhana di suatu daerah terpencil, ternyata mampu menarik perhatian masyarakat luas termasuk Aparat Penegak Hukum di tingkat pusat, antara lain Menteri Hukum dan Perundang-undangan Republik Indonesia, karena seakan terjadi perbenturan antara kepastian hukum yang menyatakan mbah Minah

bersalah dan dijatuhi pidana 1 bulan 15 hari penjara dengan masa percobaan 3 bulan, dengan rasa keadilan terbukti dengan respon masyarakat termasuk Jaksa Penuntut Umum dan Hakim pemutus perkara, yang secara spontan memberi bekal pulang kepada mbah Minah bahkan Hakim pemutus perkara menyalami sambil mencium tangan terpidana.

Kasus mbah Minah tersebut akan dikaji melalui teori hukum sebagai berikut ;

1. Teori Sistem Hukum dari Friedmann.

Sistem Hukum (*the legal system*) terdiri atas substansi hukum (*legal substance*) ,struktur hukum (*legal structure*) dan budaya hukum (*legal culture*).

2. Tipologi Hukum dalam masyarakat dari Philippe Nonet dan Philip Selznick.

Philippe Nonet dan Philip Selznick menggolongkan tipologi hukum yang ada di masyarakat menjadi 3 golongan yakni : hukum yang represip, hukum yang otonom dan hukum yang responsip.

Philippe Nonet dan Philip Selznick menyatakan sebagai berikut :

(1) Law as the servant of repressive power ; (2) Law as a differentiated institution capabel of taming repression and protecting its own integrity and (3) Law as a facilitation of response to social need and aspirations.. (*Esmi;halaman 50*).

3. Stufenbou theorie dari Hans Kalsen.

Grundnorm/Basic norm adalah *the source of identity and as the source of unity of legal system*. (*Esmi;halaman 44*).

Grundnorm/basic norm atau cita hukum harus dipahami sebai dasar atau sekaligus pengikat dalam pembentukan perundang-undangan. Grundnorm/basic norm atau cita hukum inilah yang akan mendasari pembentukan konstitusi (Undang

Undang Dasar),sedangkan Undang Undang Dasar merupakan aturan dasar yang mendasari peraturan perundang-undangan.

Friedmann menyatakan bahwa Ilmu Hukum berfungsi untuk menyelesaikan problem konkrit dengan tujuan mencapai keadilan, kesetabilan dan kesejahteraan. Dari pendapat Freidmenn tersebut dapat disimpulkan bahwa hukum merupakan institusi keadilan. oleh sebab itu maka membicarakan hukum sekaligus membicarakan keadilan Menegakkan hukum berarti menegakkan keadilan. Paul Scholten menyatakan,bahwa ilmu hukum adalah ilmu tentang keadilan, sehingga dapat disimpulkan bahwa kepastian hukum pada dasarnya untuk menegakkan keadilan. Pompe menyatakan bahwa hukum adalah kepercayaan. Dengan demikian maka penegakkan hukum dimaksudkan untuk meneguhkan kepercayaan.

Sudarto menyatakan bahwa hukum tidak lain merupakan kasih sayang. Menegakkan hukum adalah menegakkan kasih sayang. Sedangkan Barda Nawawi Arief berpendapat bahwa pada Hukum terdapat asas keseimbangan, keseimbangan antara kepentingan individu dan masyarakat, keseimbangan antara kepastian dan keadilan, keseimbangan antara yang formal dan yang materiel, keseimbangan antara hukum formal (UU) dengan hukum yang hidup

Menjadi pertanyaan, apakah Hakim dalam memutus perkara sudah memperhatikan hukum yang hidup disamping hukum yang formal (hukum positif) atau UU? Dari proses peradilan yang berjalan, tampak bahwa Sistem Peradilan Pidana (SPP) hanya mengacu pada hukum positif, tidak memperhatikan hukum yang hidup.

Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, pada Pasal 5 menyatakan bahwa Hakim wajib menggali dan memahami nilai hukum dan rasa

keadilan yang hidup di masyarakat. Pada Pasal 5 tersebut secara tegas dinyatakan bahwa nilai hukum dan keadilan yang berkembang di masyarakat harus merupakan pertimbangan Hakim dalam memutus perkara. Jadi Hakim tidak cukup melandasi keputusannya hanya bertumpu pada KUHP.

Apalagi bila di tinjau dari prespektif sejarah, KUHP berasal dari WvS NI yang berlaku pada saat pemerintahan kolonial Hindia Belanda, yang keberlakuannya berdasar rambu-rambu UUD 1945 (sebelum diamandemen), terutama Auran Peralihan Pasal I dan Undang Undang Nomor 1 tahun 1946 jo UU Nomor 73 tahun 1958, yakni WvS NI diberlakukan di Indonesia dengan ketentuan namanya diubah menjadi WvS atau KUHP, dan disesuaikan dengan suasana negara merdeka.

Dengan demikian KUHP berlaku dengan rambu-rambu ;

4. Tidak bertentangan dengan Pancasila yang merupakan cita hukum atau *Rechtsidee/Grundnorm/Basic norm* yang menurut *Stufenbau theorie* mendasari peraturan perundang-undangan suatu negara termasuk konstitusi/hukum dasar (dalam hal ini UUD 1945).
5. Tidak bertentangan dengan UUD 1945, sebagai hukum dasar, terutama pasal-pasal yang berkaitan dengan Penegakan Hukum, antara lain : Pasal 18 B, Pasal 24 ayat (1), Pasal 28 D ayat (1), dan Pasal 29 ayat (1).
6. Selaras dengan Undang Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dalam kerangka pembangunan Sistem Hukum Nasional (SISKUMNAS).

Pancasila sebagai cita Hukum (*rechtsidee/grundnorm/basic norm*) dapat difahami sebagai konstruksi berfikir yang merupakan keharusan untuk mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan masyarakat.

Pasal 18 B UUD tahun 1945 menyatakan:

(3) Negara mengakui dan menghormati satuan-satuan pemerintahan daerah yang bersifat khusus atau bersifat istimewa yang diatur dengan undang-undang.

(4) Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.

Pasal 24 ayat (1) UUD tahun 1945 menyatakan :

Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Pasal 28 D UUD tahun 1945 ayat (1) menyatakan : Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Pasal 29 ayat (1) UUD tahun 1945: Negara berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan tentang kepastian hukum dan keadilan yang harus ditegakkan sebagai berikut :

Pasal 2; Peradilan Negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.

Pasal 5 ayat (1); Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Pasal 50 ayat (1); Segala putusan pengadilan memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

Asas Legalitas yang mendasari Pasal 1 ayat (1) KUHP sudah seharusnya dilakukan interpretasi ulang sesuai dengan suasana Indonesia sebagai negara merdeka dengan berlandaskan Pancasila yang merupakan cita hukum, UUD tahun 1945 dan aturan

perundangan lainnya , antara lain Undang Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagaimana ditetapkan dalam Sistem Hukum Nasional (SISKUMNAS).

Barda Nawaie Arief menyatakan perlu dilakukan reinterpretasi asas legalitas dalam konteks Sistem Hukum Nasional (SISKUMNAS) sebagai berikut ;

4. Inti atau hakikat asas legalitas adalah asas tentang sumber hukum. Dalam konteks Siskumnas, sumber hukum tidak hanya sumber hukum formal (UU/Hukum Tertulis), tetapi juga Sumber Hukum Materiel (Hukum Tidak Tertulis yang hidup di masyarakat). Jadi asas legalitas tidak hanya diartikan sebagai asas kepastian hukum yang formal, tetapi juga kepastian hukum materiel, tidak hanya diartikan sebagai *nullum delictum sine lege*, tetapi juga *nullum delictum sine ius*.
5. Asas legalitas pada inti/hakikatnya juga mengandung asas *Lex Temporis Delicti* — (*LTD*), yaitu seseorang hanya dapat dihukum berdasar *lex* yang ada /berlaku pada saat delik dilakukan. Dalam konteks Siskumnas, *lex* yang sudah ada pada waktu delik terjadi, bisa juga hukum yang hidup/yang berlaku di dalam masyarakat. Jadi apabila seseorang dinyatakan telah melakukan perbuatan yang bertentangan (bersifat melawan hukum) atau yang sesuai (berarti tidak bersifat melawan hukum) dengan hukum/kebiasaan yang berlaku dalam masyarakat pada saat perbuatan itu dilakukan, maka hal demikian tidak bertentangan dengan asas LTD.
6. Dalam konteks Siskumnas, asas legalitas seyogyanya tidak hanya dilihat / diartikan sebagai asas kepastian hukum (*principle of certainty ; the rule of law*), tetapi juga harus dilihat / diartikan sebagai asas keadilan (*principle of justice; the rule of justice*), sebagaimana dinyatakan oleh Douglas Husak, bahwa asas legalitas pada hakikatnya adalah asas keadilan (*the principle of justice*). Terlebih dalam Pasal 28 UUD tahun 1945 digunakan istilah kepastian hukum yang adil.

Douglas Husak menyatakan sebagai berikut : *Fidelity to law cannot be construed merely as fidelity to statutory law, but must be understood as fidelity to the principle of justice that underlie statutory law.*

Hakim yang memimpin persidangan mbah Minah waktu dimintai tanggapan tentang kasus mbah Minah menjawab sambil menahan tangis; *Tiga butir kakao sangat berarti bagi petani untuk dijadikan bibit, dan bagi perusahaan jumlah tersebut tak berarti.*

Bambang mengaku tersentuh dengan yang dialami Minah karena teringat kehidupan orang tuanya yang juga petani. Bahkan menurut Bambang, perkara nenek Minah yang dinilai kecil tersebut sudah melukai banyak orang. Patrialis Akbar, Menteri Hukum dan HAM saat itu memberi komentar terhadap kasus mbah Minah sebagai berikut : *Para Penegak Hukum harusnya mempunyai prinsip kemanusiaan ,bukan Cuma menjalankan hukum secara positivistik. Itu saya kira sangat memalukan, (Kompleks Istana Presiden ; Medan Merdeka Utara Jakarta, jumat 20112010). Penegak Hukum memang harus punya prinsip kemanusiaan, masak nenek-nenek begitu....Hakimnya saja sampai menangis melihat nenek itu.* Patrialis berjanji akan membuat sistem yang bisa menjawab permasalahan-permasalahan seperti yang sedang dialami oleh nenek Minah, *nanti kita buat sistem...penjara sekarang kan sudah penuh*

Mencermati pernyataan Bambang dan Patrialis Akbar dapat disimpulkan bahwa keduanya mengakui dan merasakan bahwa membawa kasus mbah Minah melukai rasa keadilan masyarakat di samping pertimbangan biaya dan kerugian yang tidak seimbang.

Hal ini senada dengan pendapat Sudarto, yang menyatakan bila akan mengadakan kriminalisasi harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut:

1. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata materiel spiritual berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan ini maka (penggunaan) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengugeran terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.
2. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (materiel dan atau spiritual) atas`warga masyarakat.
3. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principle*).
4. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas. (*overbelasting*).

Kesimpulan yang dapat ditarik dari pendapat Sudarto adalah bahwa apabila akan melakukan kriminalisasi, yaitu menjadikan suatu perbuatan menjadi tindak pidana hendaknya memenuhi kriteria:

1. Memperhatikan tujuan Pembangunan Nasional, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat.
2. Perbuatan mendatangkan kerugian, baik materiel maupun spirituil.
3. Memperhatikan *cost and benefit principle*.
4. Memperhatikan kemampuan daya kerja badan penegak hukum untuk menghindari *overbelasting*.

Pendapat Sudarto identik dengan hasil Simposium Pembaharuan Hukum Pidana Nasional tahun 1980.

Berdasar pemikiran-pemikiran tersebut, maka seharusnya kasus mbah Minah tidak perlu bahkan tidak layak diproses dalam Sistem Peradilan Pidana karena secara substantief perbuatan yang dilakukan oleh mbah Minah bukan bersifat melawan hukum secara materiel dan bertentangan dengan rasa keadilan yang hidup dimasyarakat.

Apabila kasus mbah Minah dipandang sebagai perbuatan yang tidak melawan hukum, niscaya rasa keadilan masyarakat dapat diwujudkan, karena keadilan yang ditegakkan sesuai dengan aspirasi masyarakat, yakni keadilan yang sesuai dengan kearifan lokal (*local wisdom*), sebagai wujud dari implementasi Bhineka tunggal ika yang merupakan pangejawantahan dari Sila ke 3 Pancasila, Persatuan Indonesia. Disamping itu juga mampu mewujudkan keadilan yang humanis, keadilan yang manusiawi, sebagai implementasi dari Sila ke 2 dari Pancasila, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab. Keadilan yang religius juga terwujud sebagai implementasi dari Sila pertama Pancasila, Ketuhanan Yang Maha Esa. Apabila mbah Minah tidak diproses melalui Sistem Peradilan Pidana berarti telah ditegakkan *kepastian hukum yang materiel untuk mewujudkan keadilan yang sesuai dengan cita hukum bangsa yakni Pancasila*.

Apabila demikian yang terjadi, maka menurut Philippe Nonet dan Philip Selznick telah diterapkan hukum yang responsif, yang bercirikan antara lain mampu beradaptasi secara bertanggung jawab, selektif dan tidak serampangan.

Suatu institusi yang responsif mempertahankan secara kuat hal-hal yang esensial bagi integritasnya sembari tetap memperhatikan keberadaan kekuatan-kekuatan baru di dalam lingkungannya. Untuk melakukan hal ini hukum responsif memperkuat cara-cara bagaimana

keterbukaan dan integritas dapat saling menopang walau terdapat pertentangan diantara keduanya. Lembaga responsif menganggap tekanan-tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk melakukan koreksi diri.

Apabila dikaji dari penegakan sistem hukum menurut Friedmann yang terdiri atas substansi, struktur dan kultur, maka perlu diadakan kajian substansi dan kultur lebih progresif, yakni secara substantief kepastian hukum tidak hanya difahami secara formal namun hendaknya difahami secara materiel. Sifat Melawan Hukum juga hendaknya difahami secara materiel, apakah secara substantief / materiel suatu perbuatan merupakan tindak pidana apa tidak. Apabila hal ini dilakukan, maka yang diwujudkan bukan sekedar *formal justice* namun juga *substantif justice*.

Secara kultural, dengan demikian, hukum yang diakui tidak sekedar hukum formal, hukum positif, hukum Undang Undang namun juga hukum yang hidup ditengah masyarakat. (*the living law*).

Anthon F Susanto berpandangan tentang keadilan sebagai berikut :

....sebuah keputusan yang adil disatu pihak memperoleh pengakuan dengan cara mengindahkan aturan, namun di lain pihak mengakui hal-hal di luar itu artinya sesuatu akan dianggap adil tidak sekedar keputusan mematuhi aturan hukum. Sebuah keputusan akan menjadi adil apabila diambil melalui sebuah proses interpretasi hukum. Seorang hakim misalnya, pada setiap pembacaan keputusan yang menetapkan sesuatu menghasilkan yang adil apabila menjaga undang undang sekaligus menghancurkan atau menghapus undang-undang.....(Jurnal Keadilan Sosial 39-40).

Keadilan menurut Anthon F Susanto tidak sekedar sesuai dengan hukum positif, namun juga hal di luar itu dengan jalan interpretasi. Bukankah dapat disimpulkan bahwa hal di luar itu sebagaimana dikemukakan adalah hukum yang hidup (*the living law*) ?

Pengaturan kepastian hukum yang berkeadilan dalam KUHP yang akan datang dilakukan dengan melakukan Pembaharuan Hukum Pidana (*Penal Reform*). yang terdiri atas

pembaharuan hukum pidana materiel (substantief), pembaharuan hukum pidana formil/hukum acara pidana, dan pembaharuan hukum pelaksanaan pidana.

Pembaharuan Hukum Pidana merupakan bagian dari Pembangunan Hukum Nasional, yang juga merupakan bagian dari Pembangunan Nasional yang bertujuan untuk mewujudkan tujuan bernegara sebagaimana dirumuskan dalam alinea 4 UUD tahun 1945 berdasarkan Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee/grundnorm*). Pada dasarnya tujuan bernegara adalah mewujudkan kesejahteraan sosial dan perlindungan sosial (*social welfare dan social defancel*) berlandaskan Pancasila sebagai *grundnorm*.

Hukum Pidana sebagai suatu sistem, sebagaimana dikemukakan oleh Friedmann terdiri atas : substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structurell*) dan budaya hukum (*legal culture*). KUHP adalah induk dari hukum pidana substantief/materiel, dan merupakan bagian dari substansi hukum. Bagian lain dari substansi hukum adalah Hukum Pidana formil/Hukum Acara Pidana, dan Hukum Pelaksanaan Pidana.

Dengan demikian, apabila akan dilakukan Pembaharuan Hukum Pidana, maka harus diadakan pembaharuan substansi hukumnya (*legal substance reform*), pembaharuan struktur hukum (*legal structure reform*) dan pembaharuan budaya hukum (*legal culture reform*). Pembaharuan hukum tersebut harus berlandaskan Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee/grundnorm*).

KUHP sebagai bagian dari substansi hukum (*legal substance*) apabila hendak diperbaharui harus berlandaskan Pancasila sebagai cita hukum, yang menurut Barda Nawawi Arief berlandaskan asas keseimbangan (*asas monodualistis*), yakni berlandaskan keseimbangan terhadap sila-sila yang terdapat pada Pancasila, yakni terwujudnya hukum yang religius, humanis serta sesuai dengan asas kemasyarakatan).

Pembaharuan Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP) hendaknya memperhatikan asas keseimbangan monodualistis berlandaskan Pancasila, yakni antara lain:

1. Keseimbangan antara kepastian hukum dan keadilan (kesimbangan antara asas legalitas dengan asas culpabilitas).
2. Keseimbangan antara kepastian hukum yang formall dengan kepastian hukum yang substansial/materiel.
3. Keseimbangan antara diberlakukannya hukum tertulis/UU dengan hukum tidak tertulis/hukum yang hidup (*living law*).
4. Keseimbangan antara keadilan prosedural (*formal justice*) dengan keadilan substansial. (*substantieve justice*).
5. Keseimbangan keadilan berdasarkan Ketuhanan (*religius justice*), berlandaskan kemanusiaan (*humanisjustice*), keadilanberdasarkan persatuan/kebinekaan (*integralistic justice*),keadilan berlandaskan kerakyatan/demokrasi (*people justice*) serta keadilan berdasarkan keadilan sosial (*social justice*).
6. Keseimbangan antara kepentingan pelaku tindak pidana (*offenders*) dan korban tindak pidana (*victim*).
7. Keseimbangan antara pemberian sanksi dengan permaafan.
8. Keseimbangan antara diteruskan atau dihentikannya proses peradilan.

Hal tersebut akan dapat terlaksana apabila aspirasi dan peran masyarakat dibuka seluas-luasnya dalam pembangunan hukum nasional,yang apabila digunakan pembagian hukum menurut Phillipe Nonet dan Philip Selznick ,menggunakan pola Hukum Responsif.

Indonesia sebagai negara *civil law system* dalam perkembangan hukumnya tidak terlepas dari isu kepastian hukum. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana sebagai sumber hukum pidana telah memuat asas legalitas/kepastian hukum yaitu pada Pasal 1 ayat (1), “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan.”

Isu kepastian hukum pada awalnya tidak mendapat perhatian khusus dalam perkembangan hukum di Indonesia. Adanya dinamika politik kemudian membawa isu kepastian hukum dalam amandemen kedua UUD NRI 1945. Pasal 28I ayat (1) Amandemen Kedua UUD NRI 1945, yaitu: “... *hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.*”. Apabila ditelusuri lebih jauh, isu kepastian hukum sebenarnya sudah ada sejak Belanda membawa Kitab Undang-Undang Hukum Pidana di Indonesia. Isu kepastian hukum tersebut yaitu antara paham kodifikasi yang dipengaruhi oleh Belanda dan hukum adat atau dikenal juga dengan hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia.

Berkaitan dengan hal tersebut pada kenyataannya amandemen UUD NRI 1945 tidak menjawab mengenai isu kepastian hukum yang sebenarnya terjadi di ruang lingkup hukum positif Indonesia. Perkembangan mengenai isu kepastian hukum di Indonesia antara hukum positif dan hukum adat masyarakat Indonesia kemudian mendapatkan perhatian khusus yaitu dengan diundangkannya beberapa peraturan perundang-undangan dan dalam RUU KUHP.

Berdasarkan uraian latar belakang di atas untuk membatasi pembahasan dalam penelitian ini kemudian diuraikan rumusan permasalahan yaitu: Apa yang mendasari gagasan kepastian hukum dalam Amandemen Kedua UUD NRI 1945?; Bagaimana perkembangan kepastian hukum dalam ruang lingkup hukum adat di Indonesia? Untuk

membahasa kedua pertanyaan tersebut saya mengemukakan dua poin bahasan yaitu gagasan kepastian hukum dalam Amandemen Kedua UUD 1945 dan Perkembangan konsep kepastian hukum dalam perkembangan hukum adat di Indonesia.

Gagasan legalitas yang mengklaim dapat memberikan kepastian hukum dalam penegakan hukum khususnya dalam hukum pidana secara historis adalah gagasan yang lahir berkat gagasan legisme L.J. van Apeldoorn, seorang yuris dari Belanda.²⁷⁸ Menurut van Apeldorn pengaruh Montesquieu dan lainnya di masa abad ke-19 lahirlah gerakan hukum “legisme”, yaitu gerakan isme hukum yang mengasumsikan bahwa setiap kegiatan penerapan hukum, itu semata-mata hanyalah suatu penerapan isi dari undang-undang terhadap perkara-perkara konkret. Penerapan ini dilaksanakan secara rasional dan logis. Itu disebabkan undang-undang dianggap sebagai suatu sistem yang logis, yang bisa diberlakukan terhadap setiap perkara.²⁷⁹ Sehingga kepastian hukum yang diberikan oleh legalitas tidak boleh dipandang terputus dengan legisme. Keduanya sama-sama menjadi peletak atau fondasi dasar dari kepastian hukum yang tertuang dalam hukum (undang-undang).²⁸⁰

Gagasan legalitas di Indonesia sudah ada sejak Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) didatangkan oleh Belanda yang kemudian diterima dalam sistem hukum di Indonesia. Kemudian gagasan legalitas ini diusulkan oleh dalam proposal amandemen UUD NRI 1945 yang dilaksanakan pasca-pemilu 1999. Kemunculan proposal ini dilatari oleh

²⁷⁸ E. Fernando M. Manullang, 2017, *Legisme, Legalitas dan Kepastian Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm 9

²⁷⁹ Ibid

²⁸⁰ Ibid

motif politis dari kelompok ABRI untuk melindungi kelompoknya dari peradilan hak asasi manusia.²⁸¹ Pasal 28I ayat (1) Amandemen Kedua UUD NRI 1945, yaitu:

“... hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.”

Sebelumnya, gagasan legalitas ini tidak pernah dibahas dalam ruang lingkup hukum di Indonesia. Ia dimasukkan dengan harapan dapat menjadi obat mujarab terhadap ketidakpastian hukum dalam penegakan hukum, khususnya yang dirasakan oleh banyak orang di masa pemerintahan Presiden Soeharto (Orde Baru).²⁸²

Penulis melihat munculnya Pasal 28I ayat (1) Amandemen Kedua UUD NRI 1945 yang diusulkan oleh kelompok ABRI bukanlah suatu jawaban atas gagasan legalitas di Indonesia. Fakta bahwa hal tersebut didasari oleh kelompok ABRI yang ingin melindungi kelompoknya terhadap kegiatan operasi ABRI pada masa Orde Baru dari peradilan HAM menunjukkan bahwa gagasan tersebut tidaklah tepat dianggap sebagai gagasan legalitas yang selama ini dimaksudkan sebagai asas kepastian hukum. Hal ini kemudian menjadi kontras ketika tujuan proposal ini ternyata gagal dikemudian hari setelah adanya pengadilan HAM yang berlaku hukum secara surut.

Munculnya gagasan legalitas di Indonesia apabila dibandingkan dengan lahirnya Teori Kepastian Hukum yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch sangat jauh berbeda. Teori Kepastian Hukum muncul ketika tidak adanya demokrasi dan timbulah kesewenangan pada masa Nazi Jerman sedangkan di Indonesia muncul bukan karena permasalahan bidang

²⁸¹ Denny Indrayana, Amandemen UUD 1945, hlm. 234-237 dalam E. Fernando M. Manullang, *Legisme, Legalitas dan Kepastian Hukum*. *Ibid*, hlm. 7.

²⁸² *Locit*

hukum di Indonesia secara menyeluruh melainkan muncul atas kepentingan kelompok tertentu.

Menurut penulis, permasalahan gagasan legalitas muncul semenjak adanya asas legalitas dan paham kodifikasi yang dibawa oleh Belanda pada masa penjajahan di Indonesia yaitu antara KUHP dengan Hukum Adat yang hidup dalam masyarakat Indonesia. Permasalahan tersebut terjadi karena selama ini sebelum Belanda masuk di Indonesia, masyarakat Indonesia dalam menjalankan hukum didasari oleh hukum adat yang diakui oleh masyarakat. Hukum adat tersebut tidak tertulis akan tetapi diakui keberadaannya dan berlaku bagi masyarakat adat tertentu. Akan tetapi hanya sedikit akademisi hukum pada masa itu membahas mengenai permasalahan ini dan dalam tingkat pemerintahan dan parlemenpun tidak pernah menganggap gagasan legalitas sebagai suatu hal yang penting dan mendesak. Hal ini dibuktikan dengan tujuan diusulkannya proposal amandemen UUD NRI 1945 Pasal 28I ayat (1) atas dasar motif politis, bukan karena atas dasar permasalahan hukum yang selama ini nyata ada dalam permasalahan hukum di Indonesia.

Setelah Belanda datang ke Indonesia dan membawa pengaruh khususnya dalam bidang hukum maka munculah doktrin hukum dalam masyarakat Indonesia yaitu hukum yang berlaku adalah hukum yang tertulis. Doktrin tersebut menjadi awal mula gagasan legalitas lahir di Indonesia dan bertahan hingga pada masa sekarang.

Dalam perkembangan hukum setelah Indonesia merdeka, hukum adat sebenarnya diakui dalam sistem hukum di Indonesia. Pengakuan akan hukum adat ini terdapat dalam Pasal 18B ayat (2) UUD NRI 1945, yaitu:

“Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan

perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang.”

Akan tetapi Pasal 18B ayat (2) UUD NRI 1945 belum menjawab mengenai permasalahan antara hukum positif di Indonesia dan hukum yang hidup di masyarakat atau hukum adat. Lembaga Yudisial di Indonesia kemudian berusaha untuk menyelesaikan permasalahan ini sehingga diundangkannya UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menjelaskan bahwa dalam memutus perkara seorang hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Pasal 50 ayat (1) menjelaskan bahwa putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

Kemudian diundangkan juga Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa yang mengakui adanya Peraturan Desa Adat dalam Pasal 110, bahwa “Peraturan Desa Adat disesuaikan dengan hukum adat dan norma adat istiadat yang berlaku di Desa Adat sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan”. Pasal 111 ayat (1) menjelaskan bahwa ketentuan tersebut hanya berlaku bagi desa adat.

Dalam Rancangan KUHP gagasan legalitas ada dua macam yaitu asas legalitas secara formil dan secara materiil. Asas legalitas formil diatur dalam Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP. Pasal tersebut berbunyi: “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”. Bunyi pasal ini sebenarnya masih seirama dengan asas legalitas yang berlaku saat ini.²⁸³

Asas legalitas materil kemudian diatur secara khusus dan eksplisit dalam Pasal 2 RUU KUHP. Pasal 2 ayat (1) berbunyi: “ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”. Pasal inilah yang telah membuka keberlakuan “hukum yang hidup di masyarakat” (*the living law*). Dengan kata lain, seseorang dapat dipidana berdasarkan hukum yang hidup di masyarakat, meskipun undang-undang tidak menentukan secara eksplisit bahwa perbuatan tersebut sebagai perbuatan pidana.

Kemudian dalam Pasal 2 ayat (2) RUU KUHP ditentukan pula bahwa “berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, hak asasi manusia, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa”. Ayat ini bermaksud menentukan batasan terhadap “hukum yang hidup di masyarakat” tersebut. Namun, makna “hukum yang hidup di masyarakat” masih memiliki cakupan yang sangat luas, termasuk hukum adat, kebiasaan, dan hukum lokal atau hukum agama, seperti: hukum syariat Islam di Aceh.

Rancangan KUHP tersebut tidak terlepas dari Teori Hukum Progresif yang dikemukakan oleh Satjipto Raharjo. Gagasan hukum progresif muncul sebagai reaksi keprihatinan terhadap keadaan hukum di Indonesia, sehingga muncul pendapat dari

²⁸³ Prianter Jaya Hairi, *Kontradiksi Pengaturan “Hukum Yang Hidup Di Masyarakat” Sebagai Bagian Dari Asas Legalitas Hukum Pidana Indonesia*, (Jakarta: Pusat Penelitian Badan Keahlian DPR RI, 2016). *Jurnal Negara Hukum*: Vol. 7, No. 1, Juni 2016. hlm 90

pengamat internasional hingga masyarakat awam bahwa sistem hukum Indonesia masih jauh dari harapan dan memerlukan pembenahan secara serius. Gagasan hukum progresif muncul sebagai reaksi atas “kegagalan” hukum Indonesia yang didominasi doktrin positivism dalam menanggulangi kasus-kasus korupsi dan pelanggaran hak asasi manusia.

Dengan demikian, menjalankan hukum secara progresif tidak semata-mata berpijak pada *rule and logic* namun juga *rule and behavior*. Hal ini mengingatkan pada pernyataan Oliver Wendell Holmes: “...*The live of the law has not been logic. It has been experience*”. Menggunakan hukum tidak semata-mata mengandalkan logika peraturan namun juga harus mempertimbangkan hukum yang bersumber dari pengalaman empiris misalnya kearifan lokal.²⁸⁴

Berdasarkan hal tersebut penulis sependapat dengan Teori Hukum Progresif dalam pembaharuan Rancangan KUHP termasuk mengenai konsep gagasan legalitas formil dan materiil. Bahwa peraturan perundang-undangan menurut penulis tidak semata-mata menjadi sebuah *rule* atau aturan main. Aturan main tersebut tidak boleh dipandang hanya sebagai wujud dari kepastian hukum.

Berkaitan dengan hal tersebut di atas Penulis sependapat dengan aliran sosiologi hukum oleh Oliver W. Holmes yang menyatakan bahwa, “*the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”.²⁸⁵ Yaitu hukum adalah apa yang ada dalam pengadilan. Berkaitan dengan hal tersebut dalam Pasal 55A Rancangan KUHP bahwa, “Hakim dalam mengadili suatu perkara pidana wajib menegakkan hukum dan keadilan”. Sehingga antara aliran realism oleh Oliver W. Holmes dikaitkan dengan Teori Hukum Progresif yang ada dalam Rancangan KUHP dapat dikatakan bahwa keduanya

²⁸⁴ Al. Wisnubroto, dalam Prianter Jaya Hairi. *Ibid.*, hlm. 95.

²⁸⁵ Steven Vago and Steven E. Barkan, 2018, *Law and Society*, Eleventh edition, New York: Routledge

memiliki pemikiran yang sama yaitu undang-undang sebagai hukum yang tertulis yang dianggap sebagai kepastian hukum di Indonesia seharusnya tidak menjadi suatu halangan dalam menegakkan keadilan. Undang-undang hanyalah sebagai aturan main sedangkan yang menentukan keadilan adalah hakim sehingga keadilan di atas dari gagasan legalitas.

Dengan demikian Penulis sependapat dengan Teori Tiga Nilai Dasar Hukum yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch dalam bukunya yang berjudul *Rechtsphilosophie* tahun 1975 yang mengatakan bahwa yang paling utama dari teorinya adalah keadilan dan kemanfaatan setelah itu baru kepastian hukum dapat tercapai. Menurut Gustav Radbruch apabila memperbincangkan kepastian hukum tidak hanya semata-mata tentang tujuan hukum akan tetapi juga suasana (suasana pengadilan, hakim, dll), HAM, dan demokrasi.

Penulis berpendapat bahwa kepastian hukum tidaklah sama dengan keadilan. Kepastian hukum akan memunculkan keadilan dan keadilan adalah ketika adanya suatu kepastian hukum.

BAB IV

KELEMAHAN REGULASI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA SAAT INI

A. Sistem Hukum Di Indonesia

Martin Kryger menyatakan bahwa “*law as tradition*”. Sebagai sebuah tradisi maka hukum mempunyai tiga elemen utama, yakni *pastness*, *authoritative presence*, dan *transmission*. Lebih lanjut, dikatakan bahwa di samping sebagai sebuah tradisi, hukum dibentuk secara sistematis dan secara terus menerus untuk menjaga dan memelihara hubungan antara individu dalam masyarakat.²⁸⁶ Pendapat tersebut menerangkan bahwa hukum tidak dapat dilepaskan dari perkembangan kehidupan masyarakat. Karenanya, hukum merupakan produk budaya/tradisi yang eksis di dalam masyarakat. Kiranya, pandangan Cicero yang menyatakan bahwa “*ubi societas ibi ius*” dan pandangan von Savigny tentang *volkgeist* dapat dijadikan rujukan bahwa perkembangan masyarakat selalu diikuti oleh perkembangan hukum. Dengan kata lain, bahwa setiap perubahan masyarakat akan berimplikasi kepada perubahan hukum. Masyarakat merupakan laboratorium bagi hukum itu sendiri.

Sebagai sebuah tradisi, hukum di setiap masyarakat berbeda satu dengan lainnya yang sangat dipengaruhi oleh latar belakang kesejarahan, karakter/perilaku, rasa hukum, dan cara pandang. Pada masyarakat yang cenderung homogen dengan karakter tunggal, membutuhkan hukum yang terkodifikasi melalui pembentukan undang-undang. Namun pada masyarakat yang heterogen cenderung pengembangan hukumnya melalui *case by case* melalui putusan pengadilan. Dalam masyarakat yang religius, hukum kebanyakan

²⁸⁶ Martin Kryger, 1986, *Law as Tradition*, Journal of Law and Philosophy, Vol. 5 No. 2 August hlm. 240.

dipengaruhi oleh nilai-nilai agama, sehingga hukumnya memiliki karakter religius dan *transcendence*.

Perbedaan latar belakang kesejerahan, karakter/perilaku, rasa hukum, dan cara pandang di atas melahirkan cara ber-hukum yang berbeda pula. Cara ber-hukum tersebut yang kita kenal dengan istilah tradisi hukum atau sistem hukum. Dewasa ini, telah berkembang beberapa sistem hukum di berbagai belahan dunia diantaranya adalah sistem hukum eropa daratan, sistem hukum anglo saxon, hukum Islam, hukum adat, dan sistem hukum Indonesia serta sistem lainnya. Walaupun antara satu masyarakat dengan masyarakat yang lain memiliki sistem hukum yang berbeda, namun memiliki tujuan yang sama, yakni untuk mengatur aktifitas manusia dalam bermasyarakat. Joseph Dainow menyatakan tujuan utama dari sistem hukum adalah untuk mengatur dan mengharmonisasi aktifitas manusia dalam berbermasyarakat sebagai bagian dari budaya peradaban, sejarah dan kehidupan masyarakatnya.²⁸⁷

Indonesia sebagai sebuah negara dan bangsa yang berdaulat juga memiliki tradisi atau sistem hukum yang khas dibandingkan dengan masyarakat dunia lainnya. Sistem hukum Indonesia tersebut tentu lahir dari sebuah perjalanan sejarah panjang, tradisi dan kebudayaan yang merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dengan eksistensi negara dan bangsa Indonesia itu sendiri.

Banyak ahli yang berpendapat bahwa Indonesia menganut siste eropa continental. Mereka ber-alasan bahwa karena Indonesia pernah menjadi daerah jajahan belanda selama berabad-abad yang notebene adalah negara dengan sistem eropa kontinental. Menurut

²⁸⁷ Joseph Dainow, *The Civil Law and The Common Law: Some Points of Comparison*, The Americal Journal of Comparative Law, Vol. 15, No. 3 (1966-1967), hlm. 419.

penulis, alasan kesejarahan tersebut memang tidak dapat dipungkiri sangat mempengaruhi sistem hukum Indonesia, namun bukan berarti Indonesia memakai sistem eropa kontinental secara mutlak.

Sebagaimana penulis ungkapkan pada paragraf pertama bahwa “*law as tradition*”, maka pertanyaan yang muncul adalah apakah sistem eropa kontinental merupakan tradisi hukum Indonesia? Tentu bukan. Jika bukan, maka sistem hukum eropa kontinental tidak dapat dipaksakan menjadi sistem hukum Indonesia. Meminjam pendapat Eugen Ehrlich²⁸⁸ yang menyatakan hukum berkembang dan eksis pada masyarakat itu sendiri, bukan pada undang-undang, ilmu pengetahuan hukum ataupun pada putusan hakim.

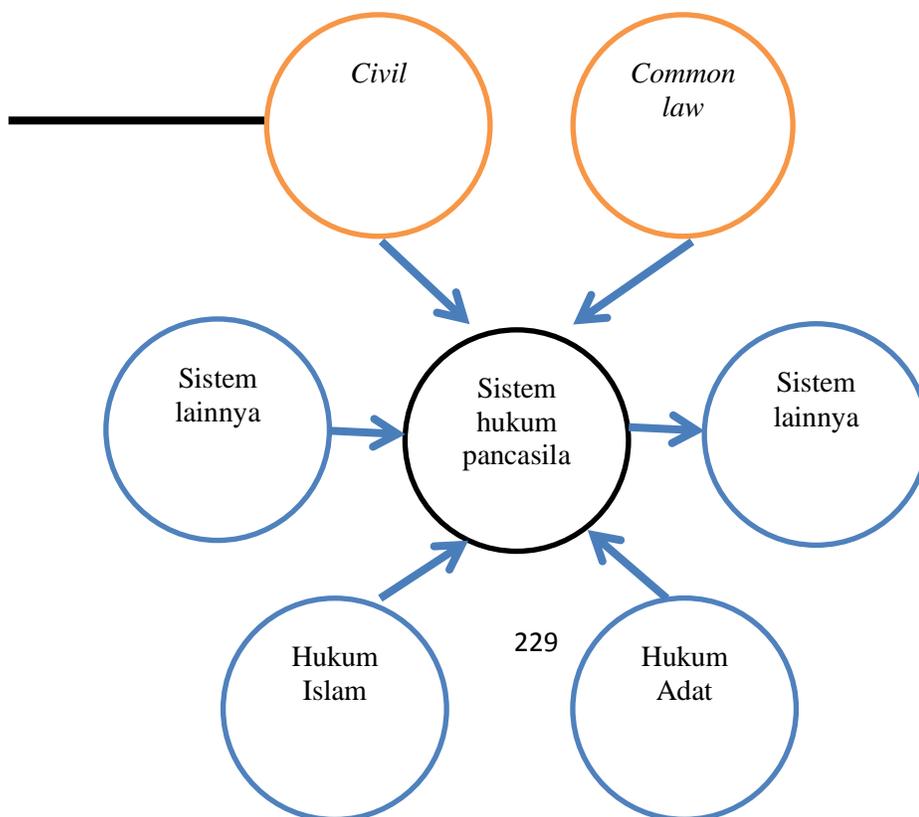
Dengan pendapat tersebut, maka hukum sebagai sebuah tradisi/budaya harus ditemukan dalam masyarakat. Begitupun dengan sistem hukum Indonesia harus digali dari budaya masyarakat Indonesia. Untuk itu, penulis berpendapat bahwa sistem hukum Indonesia memiliki karakteristik tersendiri yang berdasarkan Pancasila. Pancasila merupakan refleksi kebudayaan bangsa dan rakyat Indonesia. Pancasila merupakan jiwa bangsa Indonesia. Untuk itu, Indonesia memiliki sistem tersendiri dalam berhukum yakni sistem hukum Pancasila. Terkait dengan hal tersebut, penulis menyitir pendapat Moh. Mahfud MD yang menyatakan bahwa sistem hukum Pancasila merupakan sistem hukum yang bersifat prismatic, yakni suatu konsep perpaduan antara hal-hal yang baik dari seluruh sistem yang ada.²⁸⁹ Pancasila berisi perpaduan antara dari hal-hal yang baik dari pandangan individualism dan kolektifisme, pandangan *rechtsstaat* dan *rule of law*, pandangan *law as tool of social engineering* dan *the living law*, dan pandangan *religious nation state* yakni

²⁸⁸ Eugen Ehrlich, 1936, *Fundamental Law Principles of The Sociology of Law*, Walter L. Moll trans

14 ²⁸⁹ Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum Dalam PERDA Berbasis Syariah*, Jurnal Quia Iustum, Volume 14 Nomor 1, 2007, hlm. 9.

negara berlandaskan agama, namun bukan agama tertentu. Dari pendapat di atas, maka sistem hukum Pancasila merupakan peleburan yang baik-baik dari beberapa sistem hukum, baik eropa kontinental, anglo saxon, dan sistem lainnya. Sistem hukum Pancasila dipengaruhi oleh sistem-sistem hukum tersebut. Sehingga, dalam sistem hukum Pancasila ada unsur eropa kontinental, anglo saxon, hukum islam dan hukum adat. Apa atau konsep hukum yang baik dalam sistem-sistem hukum tersebut dimasukkan ke dalam sistem hukum Pancasila. Jadi, dapat dikatakan bahwa sistem hukum Pancasila bercirikan pada sistem yang religius, sistem yang humanis, dan sistem yang sosius. Sistem hukum yang religius merupakan refleksi dari nilai ketuhanan yang ada dalam Sila ke-1. Sistem hukum yang humanis merupakan refleksi dari nilai kemanusiaan yang ada dalam Sila ke-2, Sila ke-3 dan Sila ke-4. Adapun sistem hukum yang sosius merupakan refleksi dari nilai keadilan sosial yang ada dalam Sila ke-5.

Konsep sistem hukum Pancasila yang prismatic tersebut dapat digambarkan sebagai berikut:



B. Kelemahan Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat Ini

Lawrence M. Friedman menyampaikan sebuah Teori Sistem Hukum (*the Theory of Legal System*) di mana terdapat tiga elemen utama dari suatu sistem hukum yang meliputi Struktur (*Structure*), Substansi (*Substance*), dan Budaya (*Culture*).²⁹⁰ Struktur Hukum menurut Friedman adalah “*The structure of a system is its skeletal framework; ...the permanent shape, the institutional body of the system.*” Ini berarti bahwa struktur suatu sistem adalah kerangka-kerangkanya; sebuah bentuk permanen, badan institusional dari sistem. Substansi Hukum adalah “*The substance is composed of substantive rules and also about how institutions should behave*”. Ini berarti bahwa substansi hukum terdiri dari aturan substantif dan juga bagaimana seharusnya institusi berperilaku. Budaya Hukum menurut Friedman adalah “*It is the element of social attitude and value. Behavior depends on judgement about which options are useful or correct. Legal culture refers to those parts of general culture—customs, opinions, ways of doing and thinking—that bend social forces toward or away from the law.*” Ini berarti bahwa budaya hukum adalah elemen dari sikap dan nilai sosial.

²⁹⁰ Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, (New York: Russel Sage Foundation, 1975), h.14.

Perilaku bergantung pada penilaian tentang pilihan mana yang berguna atau benar. Budaya hukum mengacu pada bagian-bagian dari budaya umum-adat istiadat, pendapat, cara melakukan dan berpikir yang membelokkan kekuatan sosial ke arah atau menjauh dari hukum.

Teori Sistem Hukum Lawrence M. Friedman telah dijadikan sebagai referensi dalam menyusun rencana pembangunan hukum nasional. Hal ini dibuktikan dengan dimuatnya Teori Sistem Hukum dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional (RPJPN) 2005-2025. Dalam Lampirannya, disebutkan pembangunan hukum diarahkan pada perwujudan sistem hukum nasional yang berasal dari Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.

Pembangunan hukum mencakup pembangunan materi, struktur termasuk aparat hukum dan sarana prasarana hukum, serta mewujudkan masyarakat yang memiliki kesadaran juga budaya hukum yang tinggi untuk mewujudkan negara hukum, dan menciptakan masyarakat adil dan demokratis.²⁹¹

Teori Sistem Hukum dari Lawrence M. Friedman ternyata juga digunakan sebagai landasan awal dalam penyusunan *Grand Design* Pembangunan Hukum Nasional, dimana pembangunan hukum diarahkan kepada perwujudan sistem hukum nasional yang mantap dan mampu berfungsi baik sebagai sarana mencapai ketertiban dan kesejahteraan, maupun sebagai sarana bagi pelaksanaan pembangunan. Pada dasarnya pembangunan hukum mencakup penataan materi (*substance*), kelembagaan (*structure*), dan budaya

²⁹¹ Republik Indonesia, *Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional 2005-2025*, (Jakarta: 2007), Lampiran.

(*culture*). Unsur-unsur tersebut saling mempengaruhi, karenanya hukum harus dibangun secara terpadu dan berkelanjutan, serta berwawasan global.

Pembangunan sistem hukum nasional dilakukan dengan melakukan pembentukan materi hukum yang merefleksikan nilai-nilai dan kepentingan sosial serta perwujudan masyarakat hukum yang tercermin dari tingginya kepatuhan kepada aturan hukum. Materi hukum harus menjamin terlaksananya kepastian dan ketertiban hukum, serta perlindungan terhadap hak asasi manusia, mampu mengembangkan disiplin dan kepatuhan serta penghargaan kepada hukum, yang pada akhirnya mampu mendorong adanya kreativitas peran masyarakat dalam pembangunan nasional.²⁹²

Menurut Lawrence M. Friedman, dalam setiap sistem hukum terdiri dari 3 (tiga) sub sistem, yaitu sub sistem substansi hukum (*legal substance*), sub sistem struktur hukum (*legal structure*), dan subsistem budaya hukum (*legal culture*).²⁹³ Substansi hukum meliputi materi hukum yang diantaranya dituangkan dalam peraturan perundang-undangan. Struktur hukum menyangkut kelembagaan (institusi) pelaksana hukum, kewenangan lembaga dan personil (aparatus penegak hukum). Sedangkan kultur hukum menyangkut perilaku (hukum) masyarakat. Ketiga unsur itulah yang mempengaruhi keberhasilan penegakan hukum di suatu masyarakat (negara), yang antara satu dengan lainnya saling bersinergi untuk mencapai tujuan penegakan hukum itu sendiri yakni keadilan. Salah satu subsistem yang perlu mendapat sorotan saat ini adalah struktur hukum (*legal structure*).

²⁹² Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Dokumen Pembangunan Hukum Nasional Tahun 2019*, (Jakarta: Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia RI, 2019), h.52.

²⁹³ Lawrence M. Friedman, *Hukum Amerika: Sebuah Pengantar*, Terjemahan dari *American LawAn Introduction*, 2nd Edition, Alih Bahasa: Wisnu Basuki, Jakarta: Tatanusa, 2001, hlm. 6-8

Hal ini dikarenakan struktur hukum memiliki pengaruh yang kuat terhadap warna budaya hukum. Budaya hukum adalah sikap mental yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau bahkan disalahgunakan. Struktur hukum yang tidak mampu menggerakkan sistem hukum akan menciptakan ketidakpatuhan (*disobedience*) terhadap hukum. Dengan demikian struktur hukum yang menyalahgunakan hukum akan melahirkan budaya menelikung dan menyalahgunakan hukum. Berjalannya struktur hukum sangat bergantung pada pelaksanaannya yaitu aparaturnya penegak hukum.

Di Indonesia, tujuan hukum adalah untuk membentuk suatu pembentukan negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa serta ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Jika hukum tidak lagi dapat bekerja sesuai tujuan dan sebagaimana fungsinya maka itu menandakan upaya-upaya reformasi hukum sudah waktunya dilakukan.

Pada dasarnya reformasi hukum harus menyentuh tiga komponen hukum yang disampaikan oleh Lawrence Friedman yang meliputi: a. Struktur Hukum, dalam pengertian bahwa struktur hukum merupakan pranata hukum yang menopang sistem hukum itu sendiri, yang terdiri atas bentuk hukum, lembaga-lembaga hukum, perangkat hukum, dan proses serta kinerja mereka b. Substansi Hukum, dimana merupakan isi dari hukum itu sendiri, artinya isi hukum tersebut harus merupakan sesuatu yang bertujuan untuk menciptakan keadilan dan dapat diterapkan dalam masyarakat c. Budaya Hukum, hal ini terkait dengan profesionalisme para penegak hukum dalam menjalankan tugasnya, dan tentunya kesadaran masyarakat dalam menaati hukum itu sendiri. Dari segi

materi/substansi hukumnya pembenahan perlu dilakukan tidak hanya mencakup kemungkinan mengadopsi pranata-pranata hukum baru yang muncul dalam kerangka globalisasi ekonomi yang dapat memunculkan kecenderungan terjadinya globalisasi hukum, namun juga adaptasi terhadap paradigma baru dalam sistem pemerintahan khususnya berkaitan dengan otonomi daerah, misalnya kemungkinan berlakunya ketentuan-ketentuan hukum adat setempat bagi hubungan-hubungan hukum atau peristiwa-peristiwa hukum tertentu. Pembenahan materi/substansi hukum tersebut bisa dilaksanakan melalui 3 alternatif, yaitu: a. Merumuskan dan menetapkan ketentuan-ketentuan hukum baru untuk hal-hal yang sama sekali belum diatur; b. Melakukan transformasi dari ketentuan-ketentuan hukum internasional menjadi ketentuan hukum nasional melalui instrument pengesahan/ratifikasi perjanjian-perjanjian internasional terkait; dan c. Memodifikasi ketentuan-ketentuan hukum yang sudah ada untuk mengikuti perkembangan kesadaran dan kebutuhan hukum yang berkembang dalam masyarakat.

Perjalanan reformasi hukum dikatakan belum berhasil optimal melihat realitas penegakan hukum yang terjadi sampai hari ini. Kepastian hukum masih ditegakkan melalui pendekatan peraturan atau undang-undang atau pendekatan legislatif, belum melalui penegakan hukum oleh pengadilan sebagai benteng terakhir masyarakat pencari keadilan atau pendekatan *lawenforcement* dan *an independent judiciary*. Meskipun supremasi hukum diteriakkan keras-keras, tetapi sejalan dengan itu penghormatan terhadap hukum hanya sebatas formalistik dan prosedural. Ketidakhormatan terhadap hukum semakin menjadi-jadi manakala hukum hanya dipandang secara tekstual dan sangat positifistik menafikkan aspek keadilan yang menjadi ruhnya. Institusi dan aparatur

hukum hanya mengedepankan *formal justice* semata tanpa memperdulikan *substansial justice* sehingga segala sesuatu dilihat secara hitam-putih.²⁹⁴

Seringkali penegakan hukum tekanannya hanya selalu diletakkan pada aspek ketertiban semata. Hal ini mungkin sekali disebabkan oleh karena hukum diidentikkan dengan penegakan perundang-undangan, asumsi seperti ini adalah sangat keliru, karena hukum itu harus dilihat dalam satu sistem, yang menimbulkan interaksi tertentu dalam berbagai unsur sistem hukum yang tidak hanya mengacu pada aturan (*codes of rules*) dan peraturan (*regulations*), namun mencakup bidang yang luas, meliputi struktur, lembaga dan proses (*procedure*) yang mengisinya serta terkait dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) dan budaya hukum (*legalculture*).

Dalam konteks penegakan hukum, budaya hukum (*legal culture*) menjadi elemen yang sangat penting. Budaya hukum adalah meliputi pandangan, kebiasaan maupun perilaku dari masyarakat mengenai pemikiran nilai-nilai dan pengharapan dari sistem hukum yang berlaku, dengan perkataan lain, budaya hukum itu adalah iklim dari pemikiran sosial tentang bagaimana hukum itu diaplikasikan, dilanggar atau dilaksanakan. Setiap masyarakat, negara dan komunitas mempunyai budaya hukum sendiri yang dipengaruhi nilai-nilai budaya yang hidup dimasyarakat baik itu suku-suku atau adat maupun pengaruh agama.

Melihat kenyataan yang demikian, para penegak hukum semestinya tidak boleh hanya mengedepankan aspek hukum formil semata. Penegakan hukum yang hanya bertitik tolak dari substansi norma hukum formil yang ada dalam undang-undang, akan

²⁹⁴ M. D, Mahfud, Moh, *Keniscayaan Reformasi Hukum : Upaya Menjaga Jati Diri Dan Martabat Bangsa*, Makalah dalam Konvensi Kampus VI dan Temu Tahunan XII Forum Rektor Indonesia (FRI) di Universitas Tanjungpura Pontianak, 9 Januari 2010, Hal 8.

cenderung mencederai rasa keadilan masyarakat. Seyogyanya penekanannya harus juga bertitik tolak pada hukum yang hidup (*living law*). Lebih jauh para penegak hukum harus memperhatikan budaya hukum (*legal culture*), untuk memahami sikap, kepercayaan, nilai dan harapan serta pemikiran masyarakat terhadap hukum dalam sistem hukum yang berlaku.

Tujuan hukum secara teoretis mencakup tiga hal yaitu keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Keadilan dapat dikatakan sebagai tujuan utama yang bersifat universal. Keadilan memang merupakan konsepsi yang abstrak, namun demikian di dalam konsep keadilan terkandung makna perlindungan hak, persamaan derajat dan kedudukan di hadapan hukum, serta asas proporsionalitas antara kepentingan individu dan kepentingan sosial. Sifat abstrak dari keadilan adalah karena keadilan tidak selalu dapat dilahirkan dari rasionalitas, tetapi juga ditentukan oleh atmosfer sosial yang dipengaruhi oleh tata nilai dan norma lain dalam masyarakat. Oleh karena itu keadilan juga memiliki sifat dinamis yang kadang-kadang tidak dapat diwadahi dalam hukum positif.²⁹⁵

²⁹⁵ Moch.Mahfud MD.,*Penegakkan Hukum Dan Tata Kelola Pemerintahan Yang Baik,Bahan Pada Acara Seminar Nasional “Saatnya Hati Nurani Bicara”* yang diselenggarakan oleh DPP Partai HANURA, Jakarta 8 Januari 2009,Hal. 2-3

BAB V

REKONSTRUKSI REGULASI ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA

YANG BERBASIS NILAI KEADILAN

A. Perbandingan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Di Beberapa Negara

1. Asas legalitas dalam hukum pidana di Indonesia

Asas legalitas dalam KUHP dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) dan ayat (2). Pasal 1 ayat (1) KUHP mengatur bahwa tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan, sedangkan ayat (2) mengatur bahwa jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan bagi terdakwa. Pencantuman asas legalitas tersebut sebagai wujud dari kepastian proses hukum yang melindungi individu dari kesewenang-wenangan penegak hukum di Indonesia.

2. Asas legalitas dalam hukum pidana di Korea Selatan.

Korea Selatan mengatur tentang asas legalitas dalam *Criminal Code Of Republic Of South Korea* yang dirumuskan dalam Pasal 1 sub judul *Criminality and Punishment* yang terdiri dari tiga ayat sebagai berikut:

- i. Kriminalitas dan pemidanaan suatu perbuatan harus ditentukan dari undang-undang yang mendahului saat dilaksanakan perbuatan itu.
- ii. Apabila suatu undang-undang berubah setelah suatu kejahatan dilakukan dan mengakibatkan perbuatan itu tidak lagi merupakan suatu kejahatan atau ancaman pidana atas kejahatan itu menjadi lebih ringan

dari pada yang ditetapkan oleh undang-undang lama, maka undang-undang baru akan di tetapkan.

- iii. Jika suatu undang-undang diubah setelah penjatuhan pidana di bawah undang-undang lama dan telah mempunyai kekuatan hukum tetap, dan undang-undang baru itu membuat perbuatan itu bukan lagi merupakan delik pidana, maka pelaksanaan pidana dapat dikurangi/dihapuskan.

Perbedaan asas legalitas di masing-masing negara dapat memberikan dampak positif maupun negatif di antara keduanya. Meskipun demikian, adanya perbedaan tersebut dapat dijadikan sebagai bahan studi perbandingan dalam pembaharuan hukum pidana di masing-masing negara. Artinya bahwa hasil perbandingan asas legalitas dapat menjadi kontribusi teoritis dalam pembaharuan hukum pidana Indonesia yang saat ini tengah melakukan pembaharuan melalui Rancangan Undang-undang (RUU) KUHP.

Perbandingan asas legalitas di kedua negara ini dihubungkan dengan tujuan hukum yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian. Menurut penulis, asas legalitas di Korea Selatan lebih memenuhi tujuan hukum, dilihat dari unsur keadilan dan kemanfaatan dalam pengecualian asas non-retroaktifnya. Mencabut atau mengurangi hukuman terpidana meskipun putusan sudah berkekuatan hukum tetap. Sekalipun terdapat kekurangan dengan tidak diaturnya mekanisme pengampunan tersebut, namun setidaknya menunjukkan bahwa Korea Selatan mempertimbangkan aspek keadilan dan kemanfaatan. Mengingat bahwa meskipun suatu perbuatan merupakan tindak pidanasebelumnya dan pelakunya pantas dihukum, namun dengan dihapusnya perbuatan tersebut dari rumusan undang-undang menunjukkan bahwa masyarakat sudah tidak menilai bahwa perbuatan tersebut adalah sesuatu yang berbahaya.

Berbeda halnya dalam KUHP Indonesia yang tidak mengatur secara tegas akibat hukum mengenai adanya dekriminalisasi sebelum dan sesudah putusan inkraacht. Meskipun dalam praktiknya di Indonesia terlihat bahwa bagi terdakwa yang kasusnya belum inkraacht, maka dapat menggunakan ketentuan yang paling menguntungkan sehingga tersangka/terdakwa tidak dipidana, namun jika dekriminalisasi terjadi pada saat putusan sudah inkraacht, maka terpidana tetap menjalankan pidananya sesuai dengan putusan yang telah dijatuhkan. Kondisi ini dianggap menimbulkan ketidakadilan dan ketidakmanfaatan.

3. Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Norwegia

Pengaturan mengenai Asas Legalitas (*Legality Principle*) di Norwegia ini diatur dalam Pasal 3 Aturan Umum (General Provisions) yang mengatur mengenai *Introductory Provisions* (Ketentuan Pengantar). Adapun hal ini nampak pada bunyi ketentuan Pasal 3 alinea kesatu. Di mana Pasal 3 alinea kesatu berbunyi: “If the criminal legislation has been amended in the period following the commission of an act, the penal provisions in force at the time of its commission shall be applicable to the act unless otherwise provided.”²⁹⁶

(apabila undang-undang pidana telah diubah dalam tenggang waktu antara dilakukannya perbuatan dengan pemeriksaan pengadilan, maka ketentuan-ketentuan pidana yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan itulah yang diterapkan, kecuali ditentukan sebaliknya). Selanjutnya juga nampak pada Pasal 3 alinea kedua. Di mana Pasal 3 alinea kedua ini berbunyi: “The penal provisions in force at the time a particular issue is decided

²⁹⁶ The General Penal Code of Norway, tersedia pada <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1690/file/c428fe3723f10dcbcf983ed59145.htm/preview>, diakses pada 7 Februari 2021

shall be applicable when they lead to a decision more favourable to the person charged than the provisions in force at the time of commission of the act. However, in the case of an appeal, interlocutory appeal, or a petition for reopening a case, no account shall be taken of provisions that come into force only after the decision occasioning the appeal, interlocutory appeal, or petition for reopening the case, has been made.”²⁹⁷ (Aturan-aturan pidana yang berlaku pada saat putusan dalam suatu perkara tertentu diterapkan apabila peraturan itu lebih menguntungkan bagi terdakwa daripada aturan-aturan pidana yang berlaku pada saat pidana itu dilakukan. Akan tetapi peraturan-peraturan pidana yang berlaku setelah putusan pengadilan, tidak dapat diterapkan dalam putusan itu dimintakan banding atau dimintakan pemeriksaan ulang). Dari ketentuan Pasal 3 terlihat bahwa pada prinsipnya undang-undang yang berlaku adalah undang-undang pada saat delik itu dilakukan atau saat delik itu terjadi, hal ini nampak dari bunyi Pasal 3 tersebut “..., the penal provisions in force at the time of its commission shall be applicable to the act...” Namun, berdasarkan ketentuan pada Pasal 3 yakni yang terdapat pada alinea kedua, dikatakan bahwa apabila pada saat putusan yang dijatuhkan ada undang-undang baru, maka undang-undang baru itulah yang diterapkan apabila undang-undang baru itu lebih menguntungkan daripada undang-undang lama, hal ini nampak dari bunyi Pasal 3 tersebut “The penal provisions in force at the time a particular issue is decided shall be applicable when they lead to a decision more favourable to the person charged than the provisions in force at the time of commission of the act” Sehingga nampak bahwa dari Pasal 3 KUHP Norwegia menganut asas legalitas (legality principle) yang dalam hal ini terutama menganut asas *lex temporis delicti*. Jadi, apabila kita lihat dari

²⁹⁷ Ibid.

bunyi Pasal dalam KUHP Indonesia dan KUHP Norwegia (Penal Code Norwegia) maka nampak bahwa prinsip memberlakukan artinya undang-undang yang berlaku adalah undang-undang yang ada pada saat delik terjadi atau disebut juga asas “nonretroaktif”, artinya ada larangan berlakunya suatu undang-undang pidana secara surut. Jadi, apabila kita lihat dari bunyi Pasal dalam KUHP Indonesia dan KUHP Norwegia (Penal Code Norwegia) maka nampak bahwa prinsip memberlakukan undang-undang yang lebih menguntungkan di Norwegia ini mirip dengan ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP Indonesia. Namun demikian prinsip tersebut di Norwegia berlakunya lebih terbatas dibandingkan dengan di Indonesia. Dalam praktek yurisprudensi di Indonesia, prinsip mendahulukan undang-undang yang lebih menguntungkan itu dapat juga dapat diterapkan pada tingkat banding maupun tingkat kasasi. Sedangkan di Norwegia tidak demikian. Menurut KUHP Norwegia yang berbunyi:“..., no account shall be taken of provisions that come into force only after the decision occasioning the appeal, interlocutory appeal, or petition for reopening the case, has been made.” Di mana undang-undang baru tidak dapat diterapkan di tingkat banding atau pada pemeriksaan ulang. Yang berarti di Norwegia ini berarti apabila setelah putusan tingkat pertama ada undang-undang baru, maka undang-undang baru itu tidak dapat diterapkan pada tingkat banding atau pemeriksaan ulang walaupun undang-undang baru itu lebih menguntungkan. Jadi, bisa dikatakan bahwa KUHP Norwegia nampaknya lebih mengutamakan undang-undang yang lama, atau undang-undang yang berlaku pada saat delik terjadi. Sedangkan undang-undang baru hanya dapat berlaku apabila:

- Undang-undang baru itu berlaku sebelum putusan pengadilan dijatuhkan.
- Undang-undang itu lebih menguntungkan daripada undang-undang lama.

B. Rekonstruksi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) di Indonesia

Sejujurnya harus diakui, terdapat sejumlah pergeseran paradigma (paradigm shift) dalam kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia pasca amandemen UUD 1945 yang belum dipahami secara benar. Dalam kehidupan ber hukum, amandemen ketiga UUD 1945 Pasal 1 ayat (3) secara tegas menyatakan : “Negara Indonesia adalah negara hukum”. Menurut Mahfud MD, melalui amandemen UUD 1945, yang meniadakan penjelasan konsepsi negara hukum Indonesia, kemudian dicantumkan pada Pasal 1 ayat (3), yang menyebutkan bahwa Indonesia adalah negara hukum, tanpa embel-embel itu, sebenarnya dilakukan dengan sengaja (bukan sekedar penyederhanaan semantik) dengan maksud untuk memberi tempat yang lebih luas pada pemenuhan rasa keadilan (the rule of law) tanpa dominasi kepastian hukum dan formalitas (rechstaat).²⁹⁸

Menurut Mahfud sebagaimana dikutip Eddy O.S. Hiariej, demi tegaknya keadilan, seyogyanya perbuatan yang tidak wajar, tercela, atau yang tidak sesuai dengan nilai-nilai dalam masyarakat dapat dipidana meskipun secara formal tidak ada hukum tertulis yang melarangnya.²⁹⁹ Dalam konteks sistem hukum modern, setiap sistem hukum tidak mungkin bebas dan steril dari pengaruh sistem hukum lain. Paradigma baru yang diusung Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil amandemen ketiga sesungguhnya bukanlah ide/gagasan yang jatuh dari langit. Gagasan itu muncul sebagai hasil pengalaman sosial (social experience) bangsa dan negara Indonesia dalam kehidupan ber hukum. Paradigma baru yang diusung Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 antara lain bertolak dari realitas, bahwa

²⁹⁸Moh. Mahfud MD, *Hukum Tak Kunjung Tegak*, Bandung : Citra Aditya Bakti, 2007, h. 92.

²⁹⁹Eddy O.S. Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, op., cit., h. 39.

dalam konteks masyarakat Indonesia ukuran untuk menentukan patut tidaknya suatu perbuatan dianggap bersifat melawan hukum bukanlah sekedar didasarkan pada ukuran formal berdasarkan hukum negara (undang-undang), tetapi juga didasarkan pada nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat.

Dalam konteks masyarakat (adat) tertentu, bahkan nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat menjadi pranata sosial primer, sedang hukum negara menjadi pranata sosial skunder. Sementara di sisi lain, harus juga diakui, bahwa dominasi positivisme hukum di Indonesia masih demikian kokohnya yang mewujud antara lain dari munculnya pendewaan terhadap kepastian hukum. Sebuah bangunan ideologis yang sesungguhnya hanya mengakui hukum tertulis (undang-undang) sebagai tatanan yang berkualitas sebagai hukum. Bangunan ideologis ini secara terbuka menolak penggunaan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat sebagai ukuran untuk menentukan patut tidaknya suatu perbuatan dianggap bersifat melawan hukum. Penggunaan nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat sebagai ukuran untuk menentukan patut tidaknya suatu perbuatan bersifat melawan hukum dianggap tidak dapat menjamin kepastian hukum.

Secara teoretis, perdebatan tentang halal tidaknya penggunaan nilai-nilai sosial sebagai ukuran dalam menentukan patut tidaknya suatu perbuatan dianggap bersifat melawan hukum telah dikemukakan Werner Menski. Menurut Menski, pandangan positivistik—yang mengasumsikan hanya hukum negara (undang-undang) sebagai satu-

satunya hukum yang dapat menyelesaikan perselisihan dalam masyarakat—merupakan pandangan yang *unsufficient* dan *unsatisfactory*.³⁰⁰

Penggunaan hukum negara (undang-undang) dengan mengesampingkan pranata sosial lain dalam menentukan patut tidaknya suatu perbuatan bersifat melawan hukum dirasa tidak memadai dan tidak memuaskan. Pandangan Menski tersebut hakikatnya lebih merepresentasi keinginan dan kehendak masyarakat Indonesia yang tidak menghendaki adanya ukuran tunggal dalam menentukan tindak pidana. Secara lebih operasional, paradigma baru dalam kehidupan ber hukum sebagaimana diusung Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 telah terjabarkan dalam Undang-undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang secara tegas menyatakan

:

- a. Pasal 5 (1) "Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat".
- b. Pasal 50 (1) "Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis (kebiasaan dari penulis) yang dijadikan dasar untuk mengadili".

Memperhatikan landasan konstitusional dan operasional sebagaimana terpapar di atas tersimpul, bahwa larangan analogi dalam hukum pidana sesungguhnya telah ter-delegitimasi. Delegitimasi atas larangan analogi dalam hukum pidana berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 dan Undang-undang Nomor 48

³⁰⁰Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context The Legal Systems of Asia and Africa*, 2th ed., Cambridge, UK. : Cambridge University Press, 2006, h. 72.

tahun 2009 dapat diberikan penjelasan seperti berikut: Pertama, secara yuridis formal, larangan analogi dalam hukum pidana yang didasarkan pada ketentuan Pasal 1 (1) KUHP telah batal demi hukum, mengingat hadirnya paradigma baru dalam kehidupan ber hukum di Indonesia yang didasarkan pada konstitusi khususnya Pasal 1 (3) UUD 1945. Delegitimasi larangan analogi dalam hukum pidana sebagai akibat berlakunya ketentuan Pasal 1 (3) UUD 1945 juga diperkuat oleh ketentuan dalam Pasal 5 (1) juncto. Pasal 50 (1) Undang-undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang memberikan legitimasi terhadap berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat (living law). Untuk memidana suatu perbuatan berdasarkan hukum yang hidup dalam masyarakat mau tidak mau hakim harus menggunakan analogi atau setidaknya menggunakan penafsiran ekstensif.

Realitas ini misalnya juga terbaca secara terang dalam pengakuan Patrick Delvin seorang positivis sebagaimana dikutip Posner yang menyatakan, dalam konsep hukum, hakim seringkali “meregangkan hukum” (memperluas hukum, pen.) untuk mencapai keadilan substantif, meskipun para hakim tidak mengakui jika yang dilakukannya merupakan “peregangan hukum” (*that judges sometimes “stretch the law” to do substantive justice, and he does not disapprove provided the judges don’t acknowledge that they are stretching the law*).³⁰¹

³⁰¹Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge, Massachusetts : The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, h. 95

Kedua, secara yuridis formal terdapat kontradiksi atau pertentangan substansi antara Pasal 1 (1) KUHP di satu sisi dan ketentuan Pasal 1 (3) UUD 1945 juncto. Pasal 5 (1) juncto. Pasal 50 (1) Undang-undang Nomor 48 tahun 2009 di sisi yang lain. Kontradiksi ini sesungguhnya teratasi dengan asas-asas atau prinsip berlakunya hukum. Bertolak dari prinsip-prinsip berlakunya hukum, maka substansi ketentuan Pasal 1 (1) KUHP—khususnya yang menyangkut larangan analogi dalam hukum pidana—harus dianggap tidak berlaku baik berdasarkan prinsip *lex superior derogat legi inferior* maupun berdasarkan prinsip *lex posterior derogat legi priori*.

C. Rekonstruksi Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai

Keadilan

Eksistensi Asas Legalitas menyisakan polemik dalam hal penegakan hukum (*law enforcement*). Dalam konsepsi Negara Hukum, eksistensi Asas Legalitas adalah primaritas sifatnya, namun Asas Legalitas harus ada eksepsionalitas dalam memandang kejahatan. Atas dasar keterbatasan asas legalitas tersebut sehingga dipandang perlu untuk merekonstruksi kembali rumusannya menjadi “tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)”. Rumusan ini yang ideal karena mengakomodir sifat melawan hukum formil maupun materil.

Dalam ilmu hukum pidana, pemidanaan terhadap suatu perbuatan harus memenuhi syarat-syarat pemidanaan. Syarat-syarat pemidanaan tersebut berkaitan dengan penilaian terhadap aspek perbuatan maupun

sikap batin pelakunya. Dari aspek perbuatan (*actus reus*) diisyaratkan bahwa perbuatan tersebut harus melawan hukum dan tidak ada alasan pembeda yang menghapus sifat melawan hukum perbuatan tersebut.³⁰² Syarat ini merupakan konsekuensi berlakunya asas legalitas. Sedangkan dari aspek sikap batin pelakunya (*mensrea*) diisyaratkan bahwa pada pelakunya ada kemampuan bertanggungjawab ada kesalahan, dan tidak ada alasan pemaaf yang menghapus kesalahan tersebut. Syarat ini merupakan konsekuensi dari dianutnya asas culpabilitas. Semua syarat tersebut bersifat kumulatif dan harus dipenuhi (imperatif) dalam setiap pemidanaan.

Melawan hukum merupakan salah satu unsur mutlak dari suatu delik. Karena Pasal ayat (1) KUHP menganut ajaran legalitas formal (*nulla poena sine lege*) maka melawan hukum dalam hal ini diartikan secara sempit sebagai bertentangan dengan perundang-undangan. Artinya suatu perbuatan diklasifikasikan sebagai melawan hukum apabila bertentangan dengan undang-undang tertulis. Rumusan legalitas formal tersebut merupakan anak kandung dari aliran legisme yang diwarisi dari Code Penal Perancis yang bertujuan untuk memberikan perlindungan mutlak terhadap kepastian hukum sebagai reaksi dari ketidakpastian yang mutlak pada masa absolutisme. Dengan rumusan asas legalitas tersebut maka apabila ada perbuatan yang menurut masyarakat sangat tercela sehingga

³⁰² R.B. Budi Prastowo, 'Delik Formil/Materiil, Sifat Melawan Hukum Formil/Materiil dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Tindak Pidana Korupsi: Kajian Teori Hukum Pidana terhadap Putusan MK RI Perkara Nomor 003/PUU-IV/2006' (2006) 24 Jurnal Hukum Pro Justitia 212, 214.

layak dipidana perbuatan tersebut tidak dapat dipidana apabila ternyata belum ada perundang-undangan yang merumuskan perbuatan tersebut sebagai delik.

Menurut ajaran sifat melawan hukum formal suatu perbuatan dikualifikasikan sebagai melawan hukum apabila bertentangan dengan perundang-undangan tertulis, demikian juga sifat melawan hukum perbuatan tersebut hanya bisa dihapus dengan alasan pembenar yang dirumuskan dalam perundang-undangan tertulis sehingga hukum tidak tertulis sama sekali tidak mendapat tempat dalam hukum pidana. Ajaran sifat melawan hukum materiil mengakui hukum tertulis sebagai hukum di samping perundang-undangan tertulis. Ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif menyatakan bahwa hukum tidak tertulis dapat digunakan sebagai dasar untuk mengkualifikasi suatu perbuatan melawan hukum, artinya suatu perbuatan yang menurut masyarakat tidak patut atau bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat (bertentangan dengan hukum tidak tertulis) dapat dinyatakan sebagai perbuatan melawan hukum dan oleh karenanya (apabila memenuhi syarat-syarat pemidanaan lainnya) dapat dipidana. Ajaran ini tidak dianut dalam hukum pidana Indonesia karena jelas bertentangan dengan asas legalitas sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Sedangkan ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang negatif menyatakan bahwa hukum tidak tertulis dapat digunakan sebagai dasar untuk menghapus sifat melawan hukum suatu perbuatan yang sudah memenuhi rumusan delik dalam perundang-undangan (tertulis). Dengan kata lain hukum tidak tertulis dapat berfungsi sebagai alasan pembenar. Ajaran ini tidak bertentangan dengan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP karena yang

dilarang dalam Pasal ayat (1) KUHP adalah menggunakan hukum tidak tertulis sebagai dasar pemidanaan, sedangkan dalam ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang negatif hukum tidak tertulis digunakan sebagai dasar untuk menghapuskan pidana.³⁰³

Basic idea “tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)” adalah setiap perbuatan pidana selalu menimbulkan kerugian materiil maupun imateril bagi korban. Merupakan sebuah keharusan bahwa setiap pelaku perbuatan pidana dipidana. Oleh karena itu dalam hal ini Asas Legalitas harus bersifat kompromi. Asas Legalitas harus *extrovertif*. Kelemahan landasan ontologis dan aksiologis serta teleologis Asas Legalitas disebabkan bangunan Asas Legalitas didasarkan pada rumusan “*nullum crimen sine poena legali*” (tiada kejahatan tanpa pidana/hukuman menurut undang-undang). Dalam hal terjadinya *crimina extra ordinaria (strafwaardig)* karena menimbulkan kerugian bagi korban, rumusan ini hanya membangun relativitas antara perbuatan pidana dengan undang-undang pidana dan antara penguasa dengan pelaku dengan memberikan nilai manfaat kepada pelaku perbuatan (*offender oriented*). Hal ini merupakan keterbatasan pada aspek aksiologis substansi.

Dalam perspektif yang lain yakni dari sisi *victims oriented*, untuk dan atas nama perlindungan korban, terhadap semua perbuatan yang merugikan korban, harus dituntut dan dipidana. Orientasi terhadap kepentingan korban dibangun di atas gagasan “tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)”. Gagasan ini akan membentuk hukum pidana yang

³⁰³ Ibid.

akan menuntut dan memidana semua perbuatan pidana baik *mala prohibita* maupun *crimina extra ordinaria* dengan alasan bahwa semua perbuatan tersebut merupakan tindakan yang selalu merugikan korban.³⁰⁴

Gagasan “tentang tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)” yang berimplikasi pada *victimoriented* ternyata sudah ada secara faktual. Beberapa dekade yang lalu, enam (6) tahun setelah bangsa Indonesia merdeka tepatnya tahun 1951 pemerintah mengeluarkan sebuah undang-undang, yaitu Undang-Undang Darurat Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1951 (UU Drt 1951) tentang Pengadilan Swapraja. Pada Pasal 5 ayat(3) butir b menentukan “hakim menjatuhkan pidana penjara maksimum tiga(3) bulan dan/atau denda paling banyak lima ratus rupiah bagi perbuatan yang menurut hukum yang hidup (*living law*) dan harus dianggap sebagai delik yang belum ada padanannya dalam KUHP”. Ketentuan Pasal 5 ayat (3) butir b undang-undang tersebut menurut penulis berbicara tentang keharusan menghukum *crimina extra ordinaria* karena bertentangan dengan *living law* (sifat melawan hukum materiil).

Gagasan “tentang tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)” juga pernah diterapkan dalam praktik peradilan bangsa Indonesia, yaitu pada peristiwa tindak pidana Terorisme tanggal 12 Oktober tahun 2002 di Bali yang menelankorban 202 jiwa dari 21 negara. Pada peristiwa tersebut pemerintah bertindak melawan hukum (Asas Legalitas) untuk menegakan hukum. Wujud nyata

³⁰⁴Deni Setyo B.Y., Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana (Setara Press 2014) 192-193.

melawan hukum tersebut oleh pemerintah adalah dengan memberlakukan cara surut Asas Legalitas (*retroactive*) dengan dikeluarkannya PERPU No. 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme yang kemudian ditetapkan menjadi UU No.15 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme. Perbuatan melawan hukum tersebut semata-mata untuk memberikan jaminan perlindungan terhadap korban (*Law enforcement*). Jadi bisa disimpulkan, bahwa tindakan pemerintah untuk membatasi primatitas Asas Legalitas adalah tindakan sewenang-sewenang. Yang perlu disoroti disini adalah bukan semata-mata tindakan sewenang-wenang tetapi bagaimana kebijaksanaan (*sofia*) pemerintah untuk menegakkan hukum walaupun terkesan melawan hukum. Selain itu, di dalam hukum ada prinsip-prinsip tertentu yang memiliki gradasi lebih tinggi dari sekedar kepastian hukum yang harus diprioritaskan. Prinsip-prinsip tersebut adalah prinsip-prinsip umum keadilan yang berisikan moralitas. Atas nama moralitas yang berisikan nilai-nilai kebenaran dan keadilan, sehingga tindakan melawan hukum (*rectroactif*) sangat dibenarkan.

Gagasan “tiada perbuatan pidana tanpa ada pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)” yang berimplikasi pada *victim oriented* sudah diimpikan oleh bangsa Indonesia sejak tahun 1964 dalam KUHP baru, tetapi belum diwujudkan hingga hari ini. Walaupun UUHP baru belum dapat diwujudkan, tetapi sekarang telah ada RUU KUHP tahun 2019 yang secara implisit telah memperhatikan gagasan *nullum crimen sine poena*. Hal tersebut dapat ditemukan dalam buku Kesatu Tentang Ketentuan Umum RUU KUHP Pasal 2 ayat (1) yang menentukan bahwa: “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi

berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam perundangan-undangan ”. Ayat 2 menentukan:“Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud padaayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila,HAM, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.”Dan dalam buku kedua (2) bab XXXVI Pasal 756 ayat (1) menentukan bahwa:“Setiap orang yang melakukan perbuatan yang menurut hukum yang tidak tertulis dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan sanksi pidana adalah tindak pidana. “Dari rumusan Pasal 2 ayat jo Pasal756 ayat (1) RUU KUHP tersebut di atas dapatlah kita menyatakan bahwa ide dasar dari rumusan pasal tersebut adalah sejalan dengan “tiada perbuatan pidana tanpa pidana menurut perundang-undangan pidana dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*)”.

Tabel Rekonstruksi Regulasi Asas Legalitas dalam Hukum Pidana

Asas legalitas menurut KUHP	Kelemahannya	Rekonstruksinya
Perumusan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP (WvS) a. Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam	a. asas legalitas hanya mampu menjangkau <i>mala prohibita</i> , namun tidak mampu menjangkau <i>crimina extra ordinaria</i> ,	Perumusan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP (WvS) a.Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan

<p>perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.</p>	<p>suatu perbuatan yang patut dipidana, tetapi bukan perbuatan yang dapat dipidana karena tidak dilarang oleh undang-undang pidana, sehingga akan semakin banyak perbuatan-perbuatan yang tidak dapat dituntut untuk dan atas nama asas legalitas.</p> <p>b. asas legalitas menghasilkan ketidakseimbangan perlindungan hukum yang diberikan kepada pelaku dan korban dan/atau masyarakat;</p> <p>c. asas legalitas memisahkan hukum dan moral serta nilai-nilai keadilan, padahal moral</p>	<p>pidana dalam perundang-undangan pidana yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan</p> <p>b. Perumusan asas legalitas dalam Hukum Pidana tidak hanya didasarkan pada asas legalitas formil, akan tetapi juga didasarkan atas asas legalitas material, baik dalam fungsinya yang positif dan negatif.</p>
-----------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>dan nilai-nilai keadilan merupakan aspek substansial dari hukum;</p> <p>d. asas legalitas dalam hukum pidana saat ini tidak selalu dapat mengakomodasikan rasa keadilan masyarakat, karena rasa keadilan masyarakat selalu dinamis seiring dengan dinamika (perkembangan) waktu, keadaan, dan budaya masyarakat itu sendiri.</p>	
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

BAB VI

PENUTUP

A. Kesimpulan

Dari hal-hal yang diuraikan sebagaimana bahasan dalam bab-bab sebelumnya dan merupakan jawaban dari rumusalan permasalahan yang diangkat di dalam penelitian disertasi ini, maka dapat disimpulkan sebagai berikut :

1. **Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat Ini Belum Berbasis Nilai Keadilan.**

Dalam regulasi asas legalitas hukum pidana saat ini sebagaimana diatur di dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP , bahwa suatu perbuatan dikualifikasikan sebagai suatu perbuatan pidana semata hanya didasarkan pada perundang-undangan (peraturan hukum yang tertulis). Dengan demikian asas legalitas di dalam hukum pidana saat ini tidak mengakui dan memberlakukan hukum yang tidak tertulis, dalam hal ini adalah hukum yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*). Penegakkan hukum yang berpegang pada asas legalitas memang sangat mudah untuk mewujudkan kepastian hukum, namun belum tentu dapat mewujudkan keadilan. Keadilan hendak diwujudkan melalui penegakan hukum bukan sekedar keadilan formal menurut rumusan undang-undang, melainkan keadilan yang substansial, yaitu keadilan yang benar-benar sesuai dengan rasa keadilan masyarakat yang didasarkan atas hukum yang hidup (*the living law*). Hal ini disebabkan oleh karena :

- a. Hukum yang hidup (*the living law*) merupakan hukum yang tumbuh dan berkembang yang dijadikan sebagai pedoman berperilaku, lahir dari pergaulan

hidup masyarakat yang secara materiil dipraktekkan secara terus menerus dan kemudian masyarakat tersebut menaatinya berdasarkan *moral duty*, bukan karena *coercive* dari yang berdaulat.

- b. Hukum yang ideal adalah hukum yang digali dari masyarakatnya, bukan hukum yang dibentuk dan lepas dari konteks masyarakat di mana hukum itu hidup. Negara tidak boleh hanya mentransplantasi hukum yang bukan dari jiwa dan budaya masyarakatnya, namun negara wajib menggali *the living law*.
- c. Dilihat dari aspek sosiologis dan antropologis, masyarakat Indonesia adalah masyarakat yang majemuk dengan beranekaragam budaya, agama, adat istiadat. Dengan demikian, maka di samping undang-undang sebagai sumber hukum utama, Indonesia juga masih mengakui *the living law* sebagai salah satu sumber hukumnya.

2. Kelemahan Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Saat Ini.

Regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini, Pasal 1 ayat (1) KUHP memandang dasar pembedaan suatu perbuatan dikualifikasi sebagai suatu perbuatan pidana hanya didasarkan pada peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) semata atau hanya mengakui dan memberlakukan sifat melawan hukum suatu perbuatan didasarkan atas sifat melawan hukum formil dan tidak mengakui dan memberlakukan sifat melawan hukum materiil yang didasarkan atas hukum yang tidak tertulis yang hidup

di dalam masyarakat (*the living law*). Oleh karena itu, dalam regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini terdapat beberapa kelemahan, yaitu:

- a. asas legalitas hanya mampu menjangkau *mala prohibita*, namun tidak mampu menjangkau *crimina extra ordinaria*, suatu perbuatan yang patut dipidana, tetapi bukan perbuatan yang dapat dipidana karena tidak dilarang oleh undang-undang pidana, sehingga akan semakin banyak perbuatan-perbuatan yang tidak dapat dituntut untuk dan atas nama asas legalitas.
- b. asas legalitas menghasilkan ketidakseimbangan perlindungan hukum yang diberikan kepada pelaku dan korban dan/atau masyarakat;
- c. Undang-undang yang dibentuk selalu ketinggalan jaman, karena tidak dapat mengikuti laju perkembangan jaman dan teknologi yang berkembang begitu cepat;
- d. Asas legalitas tidak memberikan kepada aparaturnya penegak hukum untuk menerapkan hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dalam penegakkan hukum pidana yang di dalamnya mengandung keadilan substantif.

- e. asas legalitas memisahkan hukum dan moral serta nilai-nilai keadilan, padahal moral dan nilai-nilai keadilan merupakan aspek substansial dari hukum;
 - f. asas legalitas dalam hukum pidana saat ini tidak selalu dapat mengakomodasikan rasa keadilan masyarakat, karena rasa keadilan masyarakat selalu dinamis seiring dengan dinamika (perkembangan) waktu, keadaan, dan budaya masyarakat itu sendiri
3. Rekonstruksi Regulasi Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Yang Berbasis Nilai Keadilan.

Rekonstruksi regulasi asas legalitas dalam hukum pidana yang berbasis nilai keadilan adalah regulasi asas legalitas hukum pidana dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP sebaiknya tidak hanya didasarkan pada asas legalitas formil semata, akan tetapi juga didasarkan atas legalitas materiil, baik dalam fungsinya yang positif dan yang negatif.

B. Implikasi Kajian Disertasi

Implikasi yang dapat diperoleh dari hasil penelitian yang dituangkan dalam disertasi ini adalah

1. Implikasi Toritis

Rumusan asas legalitas dalam KUHP WvS yang berlaku saat ini hanya mengarah kepada asas legalitas formil. Asas legalitas formil maksudnya adalah segala sesuatu yang secara formal menimbulkan kaidah normatif untuk menuntut suatu perbuatan. Dalam hal

ini, sumber hukum pidana hanya undang-undang pidana dan perundang-undangan pidana lainnya.

Secara yuridis asas legalitas materiel ini diakui oleh Undang-undang Nomor 1 Drt Tahun 1951. Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-undang Nomor 1 Drt. 1951 disebutkan bahwa “suatu perbuatan menurut hukum yang hidup harus dianggap suatu perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingannya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap dengan hukuman yang tidak lebih tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan dasar kesalahan si terhukum”. Bahwa suatu perbuatan menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana dan yang ada bandingannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang sama dengan hukuman bandingnya yang paling mirip kepada perbuatan pidana itu”.

Pemberian tempat kepada hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis diakomodir pula oleh Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman khususnya Pasal 50 ayat (1) dan Pasal 5. Pasal 50 ayat (1) berbunyi: “Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”. Sedangkan Pasal 5 berbunyi “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Demikian juga halnya dengan Pasal 18B (2) UUD’45 (amandemen ke-2): Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat

hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang.

Asas Legalitas yang mendasari Pasal 1 ayat (1) KUHP sudah seharusnya dilakukan interpretasi ulang sesuai dengan suasana Indonesia sebagai negara merdeka dengan berlandaskan Pancasila yang merupakan cita hukum, UUD tahun 1945 dan aturan perundangan lainnya, antara lain Undang Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagaimana ditetapkan dalam Sistem Hukum Nasional (SISKUMNAS). Reinterpretasi asas legalitas dalam konteks Sistem Hukum Nasional (SISKUMNAS) sebagai berikut ;

1. Inti atau hakikat asas legalitas adalah asas tentang sumber hukum. Dalam konteks Siskumnas, sumber hukum tidak hanya sumber hukum formal (UU/Hukum Tertulis), tetapi juga Sumber Hukum Materiel (Hukum Tidak Tertulis yang hidup di masyarakat). Jadi asas legalitas tidak hanya diartikan sebagai asas kepastian hukum yang formal, tetapi juga kepastian hukum materiel, tidak hanya diartikan sebagai *nullum delictum sine lege*, tetapi juga *nullum delictum sine ius*.

2. Asas legalitas pada inti/hakikatnya juga mengandung asas *Lex Temporis Delicti* (LTD), yaitu seseorang hanya dapat dihukum berdasar *lex* yang ada /berlaku pada saat delik dilakukan. Dalam konteks Siskumnas, *lex* yang sudah ada pada waktu delik terjadi, bisa juga hukum yang hidup/yang berlaku di dalam masyarakat. Jadi apabila seseorang dinyatakan telah melakukan perbuatan yang bertentangan (bersifat melawan hukum) atau yang sesuai (berarti tidak bersifat melawan hukum) dengan hukum/kebiasaan yang

berlaku dalam masyarakat pada saat perbuatan itu dilakukan, maka hal demikian tidak bertentangan dengan asas LTD.

3. Dalam konteks Siskumnas, asas legalitas seyogyanya tidak hanya dilihat / diartikan sebagai asas kepastian hukum (*principle of certainty ; the rule of law*), tetapi juga harus dilihat / diartikan sebagai asas keadilan (*principle of justice; the rule of justice*), oleh karena asas legalitas pada hakikatnya adalah asas keadilan (*the principle of justice*). Terlebih dalam Pasal 28 UUD tahun 1945 digunakan istilah kepastian hukum yang adil.

Apabila dikaji dari penegakkan sistem hukum, yang terdiri atas substansi, struktur dan kultur, maka perlu diadakan kajian substansi dan kultur lebih progresif, yakni secara substantief kepastian hukum tidak hanya difahami secara formal namun hendaknya difahami secara materiel. Sifat melawan hukum juga hendaknya difahami secara materiel, apakah secara substantief / materiel suatu perbuatan merupakan tindak pidana apa tidak. Apabila hal ini dilakukan, maka yang diwujudkan bukan sekedar formal justice, namun juga substantif justice. Secara kultural, dengan demikian, hukum yang diakui tidak sekedar hukum formal, hukum positif, hukum Undang Undang namun juga hukum yang hidup ditengah masyarakat (*the living law*).

Pembaharuan Hukum Pidana merupakan bagian dari Pembangunan Hukum Nasional, yang juga merupakan bagian dari Pembangunan Nasional yang bertujuan untuk mewujudkan tujuan bernegara sebagaimana dirumuskan dalam alinea 4 UUD tahun 1945 berdasarkan Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee/grundnorm*). Pada dasarnya tujuan bernegara adalah mewujudkan kesejahteraan sosial dan perlindungan sosial (*social welfare dan social defance*) berlandaskan Pancasila sebagai *grundnorm*.

Hukum Pidana sebagai suatu sistem, terdiri atas : substansi hukum (*legal substance*), struktur hukum (*legal structure*) dan budaya hukum (*legal culture*). KUHP adalah induk dari Hukum Pidana Substantief/materiel, dan merupakan bagian dari sistem hukum pidana. Dengan demikian, apabila akan dilakukan Pembaharuan Hukum Pidana, maka harus diadakan pembaharuan substansi hukumnya (*legal substance reform*), pembaharuan struktur hukum (*legal structure reform*) dan pembaharuan budaya hukum (*legal culture reform*). Pembaharuan hukum tersebut harus berlandaskan Pancasila sebagai cita hukum (*rechtsidee/grundnorm*).

KUHP sebagai bagian dari substansi hukum (*legal substance*) apabila hendak diperbaharui harus berlandaskan Pancasila sebagai cita hukum, yang berlandaskan asas keseimbangan (asas monodualistis), yakni berlandaskan keseimbangan terhadap sila-sila yang terdapat pada Pancasila, yakni terwujudnya hukum yang religius, humanis serta sesuai dengan asas kemasyarakatan).

Pembaharuan Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP) hendaknya memperhatikan asas keseimbangan monodualistis berlandaskan Pancasila, yakni antara lain Keseimbangan antara kepastian hukum dan keadilan (kesimbangan antara asas legalitas dengan asas culpabilitas); Keseimbangan antara kepastian hukum yang formal dengan kepastian hukum yang substansial/materiel; Keseimbangan antara diberlakukannya hukum tertulis/UU dengan hukum tidak tertulis /hukum yang hidup (*living law*); Keseimbangan antara keadilan prosedural (*formal justice*) dengan keadilan substansial (*substantieve justice*); Keseimbangan keadilan berdasarkan Ketuhanan (*religius justice*), berlandaskan kemanusiaan (*humanis justice*), keadilan berdasarkan

persatuan/kebinekaan (*integralistic justice*), keadilan berlandaskan kerakyatan/demokrasi (*people justice*) serta keadilan berdasarkan keadilan sosial (*social justice*); Keseimbangan antara kepentingan pelaku tindak pidana (*offenders*) dan korban tindak pidana (*victim*); Keseimbangan antara pemberian sanksi dengan maafan; Keseimbangan antara diteruskan atau dihentikannya proses peradilan.

2. Implikasi Praktis

Sebagai salah satu contoh penegakkan hukum yang semata didasarkan pada asas legalitas formal, Pasal 1 ayat (1) KUHP, yang dirasa hanya sebatas menegakkan hukum (kepastian hukum /undang-undang) dan belum mencerminkan adanya rasa keadilan, seperti pada kasus pencurian buah cacao yang dilakukan oleh mbah Minah.

Pada kasus mbah Minah terdapat perbenturan antara kepastian hukum formal yang ada dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP dengan (kepastian) hukum yang hidup di masyarakat. Ada perbenturan antara hukum formal (KUHP) dengan hukum yang hidup di masyarakat. Masyarakat bahkan memandang, diprosesnya mbah Minah ke ranah peradilan tidak mencerminkan rasa keadilan masyarakat, mereka merasa diperlakukan sewenang-wenang oleh pihak yang mempunyai posisi kuat (PT Rumpun Sari Antan).

Masyarakat di desa Ajibarang dan sekitarnya menyatakan bahwa perbuatan mbah Minah memetik 3 biji kakao di perkebunan milik PT Rumpun Sari Antan bukan merupakan pencurian, dan hal itu sudah menjadi kebiasaan masyarakat, misalnya mengambil daun pisang, memetik beberapa buah lombok, mengambil kayu reneck dan lain sebagainya. Lebih-lebih perbuatan memetik biji kakao tersebut dilakukan di siang

hari secara terang-terangan, dan setelah biji dipetik diletakkan begitu saja disebelah pohon kakao tempat biji tersebut dipetik, tidak disembunyikan, tidak dibawa lari, sebagaimana lazimnya dilakukan oleh para pencuri bila mencuri barang. Pada saat ditanya atau ditegur mandor Sutarno, apakah dia yang mengambil biji kakao, dengan jawaban lugu diiyakan, tanpa ada ekspresi bersalah, dan pada saat diberitahu itu tidak boleh dilakukan, diapun tidak jadi membawa biji kakao tersebut, dan bahkan dibawa pergi mandor Sutarno. Kesimpulannya mbah Minah tidak pernah merasa melakukan pencurian, mbah Minah tidak merasa melakukan tindak pidana, mbah Minah tidak pernah merasa bersalah, atau setidaknya mbah Minah tidak merasa bersalah terhadap perbuatannya. Masyarakat setempat juga memandang bahwa perbuatan mbah Minah bukan kejahatan, perbuatan mbah Minah menurut kebiasaan setempat wajar dilakukan. Jadi menurut pandangan masyarakat setempat perbuatan tersebut tidak melanggar hukum.

Hukum berfungsi untuk menyelesaikan problem konkrit dengan tujuan mencapai keadilan, kesetabilan dan kesejahteraan. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa hukum merupakan institusi keadilan. Oleh sebab itu, maka membicarakan hukum sekaligus membicarakan keadilan, menegakkan hukum berarti menegakkan keadilan. Ilmu hukum adalah ilmu tentang keadilan, sehingga dapat disimpulkan bahwa kepastian hukum pada dasarnya untuk menegakkan keadilan.

Berdasar pemikiran-pemikiran tersebut, maka seharusnya kasus mbah Minah tidak perlu bahkan tidak layak diproses dalam Sistem Peradilan Pidana karena secara substantief perbuatan yang dilakukan oleh mbah Minah bukan bersifat melawan hukum

secara materiil dan bertentangan dengan rasa keadilan yang hidup dimasyarakat. Apabila kasus mbah Minah dipandang sebagai perbuatan yang tidak melawan hukum, niscaya rasa keadilan masyarakat dapat diwujudkan, karena keadilan yang ditegakkan sesuai dengan aspirasi masyarakat, yakni keadilan yang sesuai dengan kearifan local (*local wisdom*), sebagai wujud dari implementasi Bhineka Tunggal Ika yang merupakan pangejawantahan dari Sila ke 3 Pancasila, Persatuan Indonesia. Di samping itu juga mampu mewujudkan keadilan yang humanis, keadilan yang manusiawi, sebagai implementasi dari Sila ke 2 dari Pancasila, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab. Keadilan yang religius juga terwujud sebagai implementasi dari Sila pertama Pancasila, Ketuhanan Yang Maha Esa. Apabila mbah Minah tidak diproses melalui Sistem Peradilan Pidana berarti telah ditegakkan kepastian hukum yang materiil untuk mewujudkan keadilan yang sesuai dengan cita hukum bangsa yakni Pancasila.

C. Saran

1. Rumusan asas legalitas dalam KUHP /WvS yang berlaku saat ini hanya mengarah kepada asas legalitas formil. Asas legalitas formil maksudnya adalah segala sesuatu yang secara formal menimbulkan kaidah normatif untuk menuntut suatu perbuatan. Dalam hal ini, sumber hukum pidana hanya perundang-undangan pidana. Dalam perkembangannya di dalam Rancangan KUHP Baru terdapat perubahan formulasi, yaitu di samping mengakui adanya asas legalitas formil juga diakui adanya asas legalitas materiil. Asas legalitas materiil adalah asas legalitas yang memberikan tempat kepada hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dan berlaku di masyarakat.

Secara yuridis, asas legalitas materiil ini diakui dalam Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-undang Nomor 1 Drt Tahun 1951, Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman khususnya Pasal 50 ayat (1) dan Pasal 5. Dan asas legalitas materiil dalam praktek penegakkan hukum pidana telah pernah diterapkan dalam beberapa putusan pengadilan atau yurisprudensi. Oleh karena itu, maka regulasi asas legalitas dalam hukum pidana saat ini perlu dilakukan rekonstruksi dari asas legalitas formil ke dalam asas legalitas formil dan materiil.

2. Aparatur penegak hukum sebagai salah satu unsur dari sistem hukum, yaitu di sub bidang struktural di dalam menegakkan hukum hendaknya berani menerapkan hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) yang keberadaan secara konstitusional diakui di Indoneia.
3. Dalam Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana/RUU KUHP yang baru sudah mengakomodasikan asas legalitas di samping asas legalitas formil juga asas legalitas materiil. Namun penggunaan asas legalitas materiil di sini hanya diberlakukan untuk asas legalitas materiil dalam fungsinya yang positif, sedangkan asas legalitas materiil dalam fungsinya yang negatif belum diatur. Oleh karena itu dalam RUU KUHP sebagai aturan hukum pidana positif di masa mendatang perlu dimasukkan asas legalitas materiil dalam fungsinya yang negatif, artinya hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dijadikan sebagai alasan pembenar untuk menghapuskan sifat melawan hukum dalam undang-undang. Hal ini untuk menghindari adanya proses hukum pidana terhadap perbuatan seseorang yang menurut hukum tidak tertulis atau hukum yang hidup dalam masyarakat dinilai atau dipandang sebagai suatu

perbuatan yang tidak jahat, tidak tercela, dan tidak bertentangan dengan rasa keadilan sehingga merupakan suatu perbuatan yang wajar atau tidak melawan hukum.

DAFTAR PUSTKA

A. Buku

- A. Hanafi, 1966, *Asas-Asas Hukum Pidana Islam*, Jilid I, Biro Kemahasiswaan IAIN Sunan Kalijaga, Jogjakarta
- A. Mukthie Fadjar. 2003. *Tipe Negara Hukum*. Bayumedia Publishing. Malang
- Abdurrahman al-Maliki dan Ahmad ad-Da'ur, 2004, *Sistem Sanksi dan Hukum Pembuktian Dalam Islam*, Pustaka Thariqul Izzah, Bogor
- Abdur-rahman I.Doi, 1992, *Shari'ah The Islamic law, Tindak Pidana Dalam Syari'at Islam*, Rineka Cipta, Jakarta
- Achmad Ali, 2009, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial prudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Kencana Prenada Media Grup, Jakarta
- Achmad S. Soema di Pradja., 1990, *Hukum Pidana Dalam Yurisprudensi*, Penerbit. Armico, Bandung
- .
Adami Chazawi, 2007, *Pelajaran Hukum Pidana*, Raja Grafindo Persada, Jakarta,
- .
Agus Salim, 2001, *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial, Dari Denzin Guba dan Penerapannya*, Tiara Wacana Yogya: Yogyakarta
- Agustina, R. 2003. *Perbuatan Melawan Hukum*. Program Pascasarjana FH UI. Jakarta
- Ahmad Kamil H dan Fausan, M, 2004, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, Prenada Media, Jakarta
- Ahmad Mujahidin, 2007, *Peradilan Satu Atap di Indonesia*, Bandung: Refika Aditama
- Ahmad Rifai, 2011, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, cetakan kedua, Sinar Grafika, Jakarta
- Ali, A. 2002. *Menguak Tabir Hukum*. Gunung Agung. Jakarta
- Alwi Hasan, 2007, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Keempat*, Balai Pustaka, Jakarta
- Amiruddin dan Zainal Asikin, 2012, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Rajagrafindo Persada, Jakarta

- Andi Hamzah, 1994, "*Asas-asas Hukum Pidana*",: Rineka Cipta, Jakarta
- _____, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta
- _____, 2012, *Asas-asas Hukum Pidana Di Indonesia & Perkembangannya*, SoG Media, Medan
- Antonius Sudirman, 2007, *Hati Nurani Hakim dan Putusannya : Suatu Pendekatan dari Perspektif Ilmu Hukum Perilaku (Behavioral Jurisprudence) Kasus-Kasus Hakim Bismar Siregar*, Citra Aditya, Jakarta,
- Anwar Harjono, 1968, *Hukum Islam Keluasan dan Keadilannya*, Bulan Bintang, Jakarta
- Arief, B.N. 2010. *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*. Kencana Prenada Media Group. Jakarta.
- B. Arief Sidharta, 2010, *Ilmu Hukum Indonesia*, FH Unika Parahyangan, Bandung.
- Barda Nawawi Arief I, 2015, *RUU Baru Sebuah Restrukturisasi/Rekonstruksi/Reformasi Sistem Hukum Pidana Indonesia, Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mahupiki dan Fakultas Hukum Pelita Harapan Surabaya, Surabaya
- _____, 2011, *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, cetakan kedua, Citra Aditya Bakti, Bandung,
- _____, "Pokok-pokok Pemikiran (Ide Dasar) Asas-asas Hukum Pidana Nasional" di dalam Moh. Slamet, et.al., 2003, *Aneka Wacana tentang Hukum: Tanda Mata 70 Tahun Prof. Hj. Hermien Hadiati Koeswadji, S.H.*, Kanisius, Yogyakarta
- _____, 1994, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang
- _____, 1996, *Bunga Rampai hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung,

- _____, 1998, *“Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana”*, Citra Aditya Bakti, Bandung
- _____, 2002, *“Perbandingan Hukum Pidana”*, Cet. IV, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- _____, 2003, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung,
- _____, 2006, *Tindak Pidana Mayantara Perkembangan Kajian Cyber Crime di Indonesia*, RajaGrafindo Persada, Jakarta
- _____, 2008, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana – Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana, Jakarta
- _____, 2011, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru)*, Edisi Kedua Cetakan ke-3, Kencana, Jakarta:
- Bryan A. Gamer, 1999, *Black’ Law Dictionary*, West Group, ST. Paul Minn,
- Burhanuddin Salam, 1996, *Filsafat Pancasila*, Rineka Cipta, Jakarta
- Carl Joachim Friedrich, 2010, *Filsafat Hukum dalam Perspektif Historis*, Nusa Media,
- Chaerudin, Syaiful Ahmad Dinar, Syarif Fadilla, 2008, *Strategi Pencegahan & Penegakan Hukum Tindak Pidana Korupsi*, Bandung: Refika Aditama,
- D. Schaffmeister dkk, JE Sahetapy (Penerjemah), 1995, *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta
- Dalam Abdur-Rahman I.Doi, 1992, *Shari’ah The Islamic Law, Tindak Pidana Dalam Syariat Islam*, Rineka Cipta, Jakarta
- Dalam Maftuh Ahnan, 1986, *Mutiara Hadis Shahih Bukhari*, Bintang Pelajar, Surabaya
- Dalam Sayyid Sabiq, 1987, *Fikih Sunnah, Jilid 10*, Alma’arif, Bandung,
- Dellyana.Shat. 1988. *Konsep Penegakan Hukum*. Liberty. Yogyakarta
- Deni Setyo B.Y., 2014, *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*, Setara Press
- Dewi C Wulansari., 2010, *Hukum Adat Indonesia Suatu Pengantar*,. Refika Aditama, Bandung
- Dacey, Albert Venn. 1952. *Introduction to Study of The Law of The Constitution*, Ninth edition. ST. Martin’s Street, London: Macmillan And Co, Limited

- Dihimpun oleh Redaksi Sinar Grafika, KUHP dan KUHP, Cetakan kesepuluh, Sinar Grafika, Jakarta, 2011
- Djoko Sutono, Hukum Pidana, di dalam P.A.F. Lamintang, 1997, "*Dasar-dasar Untuk Mempelajari Hukum Pidana yang Berlaku di Indonesia*", : Citra Aditya, Bandung
- Dominikus Rato., 2011, *Hukum Adat (Suatu Pengantar Singkat Memahami Hukum Adat di Indonesia)* Laksbang Pressindo, Yogyakarta
- E. Fernando M. Manullang, 2017, *Legisme, Legalitas dan Kepastian Hukum*, Kencana, Jakarta
- E. Utrecht, 1986, "*Hukum Pidana I*", Pustaka Tinta Mas, Surabaya
- Eddy O.S. Hiarej, 2014, '*Asas Legalitas dan Perkembangannya dalam Hukum Pidana*' Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta
- _____, 2009, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Erlangga, Jakarta
- _____, 2014, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta
- EM, Kaswardi, 1993, *Pendidikan Nilai Memasuki Tahun 2000*, Gramedia, Jakarta
- Ensiklopedi, 2007, *Hukum Pidana Islam, Jilid I*, .Kharisma Ilmu, Bogor
- Erdianto Effendi, 2011, *Hukum Pidana Indonesia, Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung
- Eugen Ehrlich, 1936, *Fundamental Law Principles of The Sociology of Law*, Walter L. Moll trans
- Evi Hartanti, 2014, *Tindak Pidana korupsi*, Sinar Grafika, Jakarta
- Faisal, 2010, *Menerobos Positivisme Hukum*, Rangkang Education, Yogyakarta
- Frank R. Prassel, 1979, "*Criminal Law, Justice, and Society*", Santa Monica California: Goodyear Publishing
- George P. Fletcher, 1998, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press,
- Gesied Eka Ardhi Yunatha, 2010, *Pelaksanaan Rekonstruksi Dalam Proses Penyidikan Guna Mengungkap Pemenuhan Unsur Delik Pencurian Dengan Kekerasan*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta

- Glenn R. Negley, "Justice", dalam Louis Shores, ed., *Collier's Encyclopedia*, Volume 13, Crowell_Collier, 1970.
- H. M. Hamdan, 2012, *Alasan Penghapusan Pidana, Teori dan Studi Kasus*, Refika Aditama, Bandung
- H. Siwanto Sunarso, 2013, *Filsafat Hukum Pidana, Konsep, Dimensi dan Aplikasi*, Rajawali Press, Jakarta
- H. Una Kartawisastra, 1980, *Strategi Klarifikasi Nilai*, P3G Depdikbud, Jakarta
- H.A. Djazuli, 1997, *Fiqh Jinayah (Upaya menanggulangi Kejahatan Dalam Islam)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- H.M. Noor Syam, 2009, "NKRI Sebagai Sistem Kenegaraan Pancasila dalam Wawasan Filosofis Ideologis dan Konstitusional", *Jurnal Konstitusi*. Vol. 1 No. 2, Universitas Wisnuwardhana, Malang
- H.P.Panggabean. 2014. *Penerapan Teori Hukum Dalam Sistem Peradilan Indonesia*. . Alumni Bandung
- Hans Kelsen, 2009, *Pengantar Teori Hukum*, Penerbit Nusa Media, Bandung
- Hilman Hadikusuma, 1961, *Hukum Pidana Adat*, Rajawali, Jakarta
- _____, 1989, *Hukum Pidana Adat*, Alumni, Bandung,
- Iriyanto A. Baso Ence, 2008, *Negara Hukum & Hak Uji Konstitusionalitas Mahkamah Konstitusi (Telaah Terhadap Kewenangan Mahkamah Konstitusi)*, Alumni, Bandung
- J.J. von Schmid, 1979, "Pemikiran tentang Negara dan Hukum", : Pembangunan & Erlangga, Jakarta
- Jan Remmelink dan Moeljatno, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta
- _____, 2003, "Hukum Pidana: Komentar atas Pasal-pasal terpenting dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia", : Gramedia Pustaka Utama, Jakarta
- Jazim Hamidi dan Mustafa Lutfi, 2010, *Civic education antara realitas politik dan implementasi hukumnya*,. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta
- JimlyAshiddiqie, 2005, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Konstitusi Press. Jakarta

- Joseph Dainow, *The Civil Law and The Common Law: Some Points of Comparison*, The Americal Journal of Comparative Law, Vol. 15, No. 3 (1966-1967)
- Kansil dan Christin S.T Kansil, 2005, *Modul Pancasila dan Kewarganegaraan*, Pradnya Paramita, Jakarta
- Komariah Emong Sapardjaja, 2002, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil Dalam Hukum Pidana Indonesia (Studi Kasus Tentang Penerapan dan Perkembangannya dalam Yurisprudensi)*, Alumni, Bandung
- Laboratorium Pancasila IKIP Malang, 1997, *Refleksi Pancasila dalam Pembangunan Usaha Nasional*, Surabaya
- Lihat Jonker Sihombing, 2009, *Tanggung Jawab Yuridis Bankir Atas Kredit Macet Nasabah*, Alumni, Bandung
- Lilik Mulyadi, 2012, *Bunga Rampai Hukum Pidana Umum dan Khusus*, Alumni, Bandung
- M. Agus Santoso, 2014, *Hukum, Moral & Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*, Ctk. Kedua, Kencana, Jakarta
- M. Chabib Thoah, 1996, *Kapita Selekta Pendidikan Islam*, Pustaka Pelajar, Cet. 1, Yogyakarta
- M. S Alfarisi, *Politik Hukum Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*, Jurnal Yuridis Unaja Universitas Adiwangsa Jambi, Volume 1 Nomor 1, 1 Mei 2018, hlm. 28.
- M. Solly Lubis, *Ilmu Negara*, Satria, Jakarta
- M. Tahir Azhary. 2003. *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya, Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*. Kencana. Bogor
- Majjid Khadduri, 1984, *The Islamic Conception of Justice*, Baltimore and London : The Johns Hopkins University Press, hlm. 1, sebagaimana dikutip Mahmutarom, 2009, *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Undip Semarang
- Mansur Isna, 2001, *Diskursus Pendidikan Islam*, Global Pustaka Utama, Yogyakarta
- Mardjono Reksodipuro, 1987, *Bunga Rampai Permasalahan Dalam Sistem Peradilan Pidana*, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum UI, Jakarta,.
- Maria Farida, 1998, *Ilmu Perundang-Undangan*, Kanisius, Yogyakarta

- Meoljatno, 1996, *Asas-asas dalam Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm..
- Miriam Budiardjo. 1985. *Dasar-dasar Ilmu Politik*. Gramedia, Cetakan IX. Jakarta
- Mochtar Kusumaatmadja, 2002, *Konsep-konsep hukum dalam Pembangunan*, Pusat Studi Wawasan Nusantara:Alumni Bandung
- Moeljatno, 1987, *Asas Asas Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta
- Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, 1988, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, Jakarta
- Mokhammad Najih, 2014, *Politik Hukum Pidana; Konsepsi Pembaharuan Hukum Pidana dalam Cita Negara Hukum*, cetakan pertama, Setara Press, Malang
- Muhammad Rawwas Qal'ahji, 1999, *Ensiklopedi Fiqh Umar bin Khattab.ra*, Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, 2010, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Pustaka Pelajar Yogyakarta
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, 2010, *Teori-teori dan Kebijakan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung
- _____, 2013, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi Alumni*, Bandung, hlm. 33.
- _____, 1991, “*Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia Pada Masa Depan*”, Pidato Pengukuhan Guru Besar, : Universitas Diponegoro, Jakarta,
- _____, 2003, “*Pengkajian Hukum tentang Asas-asas Pidana Indonesia dalam Perkembangan Masyarakat Masa Kini dan Mendatang*”, Badan Pembinaan Hukum Nasional – Departemen Kehakiman RI, Jakarta,
- Nigel Walker, 1972, “*Sentencing in a Rational Society*”, London: Press
- Nyoman Sarikat Putra Jaya, 2008, *Beberapa Pemikiran Ke Arah Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Adiya Bakti, Bandung
- Oemar Seno Adji, 1980, “*Peradilan Bebas Negara Hukum*”, Erlangga, Jakarta
- P. van Dijk et.al., 1985, *Van Apeldoorn's Inleiding tot de Studie van het Nederlands Recht*, W.E.J. Tjeenk-Willink
- Peter Mahmud Marzuki, 2009, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta
- _____, 2013, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group

- _____, 2007, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Group, Jakarta
- Pius Partanto, M.Dahlan Barry, 2001, *Kamus Ilmiah Populer*, Arkala, Surabaya
- Prasetyo Teguh, 2010, *Kriminalisasi dalam Hukum Pidana*, Nusa Media, Bandung
- R. Achmad S. Soemadi Praja, 1983, *Pengertian Serta Sifatnya Melawan Hukum bagi Terjadinya Tindak Pidana (Dihubungkan dengan Beberapa Putusan Mahkamah Agung)*, Armico, Bandung
- René David & John C. Brierley, 1978, *“Major Legal Systems in the World Today”*, Stevens & Sons, London
- Ridhuan Syahrani, 1999, *Rangkaian Intisari Ilmu Hukum*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti
- Ridwan Halim, 2005. *Pengantar Ilmu Hukum Dalam Tanya Jawab*, Ghalia Indonesia, Jakarta,
- Roeslan Saleh, 1983, *“Perbuatan Pidana dan Pertanggung Jawaban Pidana: Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana”*, Aksara Baru, Jakarta,
- Roeslan Saleh, 1983, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana, Dua Pengertian Dasar Dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta,
- Romli Atmasasmita, 1995, *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Mandar Maju, Bandung
- _____, 2000, *Perbandingan Hukum Pidana*, Mandar Maju, Bandung
- _____, 2009, *Perbandingan Hukum Pidana Kontemporer*, Fikahati Aneska, Jakarta,
- Ronny Hanitijo Soemitro, 1990, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Ghalia Indonesia, Jakarta
- Satijpto Rahardjo, 2009, *Pendidikan hukum sebagai pendidikan manusia*, Genta Publishing, Yogyakarta
- _____, 2009, *Hukum Progresif: Aksi, Bukan Teks*, dalam Satya Arinanto & Ninuk Triyanto, ed., *Memahami Hukum: dari Konstruksi sampai Implementasi*, Rajawali Pers, Jakarta
- _____, 2006, *Sisi-Sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, cetakan kedua, Kompas Media Nusantara, Jakarta
- _____, 2012, *Ilmu Hukum*, cetakan ketujuh, Citra Aditya Bakti, Bandung

- _____, 2002, *Sosiologi Hukum : Perkembangan Metode Dan Pilihan Masalah*, Sinar Grafika, Yogyakarta
- Scahmid, J.J. Von. 1988. *Pemikiran Tentang Negara dan Hukum, Terjemah*, Pembangunan Jakarta
- Schaffmeister, 2007, *Keizer dan Sutorius, "Hukum Pidana"*, editor J.E. Sahetapy dan Agustinus Pohan, Citra Aditya Bakti, Bandung
- Soerjono Soekanto, 2005, *Faktor-faktor yang mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali, Jakarta
- _____, 2010, *Penelitian Hukuum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Radja Grafindo Persada, Jakarta
- _____, 1984, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta
- _____, 2013, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Jakarta: Rajawali Press Cetakan ke 12
- _____. 2004. *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegeakan Hukum*. Cetakan Kelima.: Raja Grafindo Persada, Jakarta
- Soeroso, 2008, *Pengantar Ilmu Hukum*, Sinar Grafika, Jakarta,
- Sri Endah Wahyuningsih, 2013, *Rekonstruksi Asas-Asas Hukum Pidana Nasional Berlandaskan Nilai-Nilai Kearifan Religius Dari Perspektif Hukum Islam*, Disertasi, Program Doktor UNDIP Semarang.
- Steven Vago and Steven E. Barkan, 2018, *Law and Society*, Eleventh edition, New York: Routledge
- Sudarsono, 2001. *Ilmu Filsafat Suatu Pengantar*, Rineka Cipta, Jakarta,
- Sudarto, 1981, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung
- _____, 1983, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*, Sinar Baru, Bandung
- _____, 1990, *Hukum Pidana I*, Cetakan ke-dua, Yayasan Sudarto Fakultas Hukum UNDIP, Semarang
- _____, 2007, *Hukum dan Hukum Pidana*, Alumni, Bandung
- Suhrawardi K. Lunis, 2000. *Etika Profesi Hukum*, Cetakan Kedua, Sinar Grafika, Jakarta,

- Sutiyoso Bambang, 2010, *Reformasi Keadilan dan Penegakan Hukum di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta
- Syamsul Maarif, 2007, *Revitalisasi Pendidikan Islam*,: Graha Ilmu, Yogyakarta
- Tamanaha, Brian Z. 2006. *On the Rule of Law*, New york: Cambridge University Press
- Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2009, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum – Studi pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta
- _____, 2010, *Hukum Pidana*, Edisi 1, Cetakan 1, Rajawali Pers, Jakarta
- _____, 2013, *Hukum dan Sistem Hukum berdasarkan Pancasila*, Media Perkasa, Yogyakarta
- _____, 2015, *Keadilan Bermartabat, Perspektif Teori Hukum*, Nusamedia, Bandung.
- Theo Huijbers OSC, 1982, “*Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*”, Kanisius, Yogyakarta
- _____, 1995, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cet VIII, Kanisius, Yogyakarta
- Tobroni dkk., 2007, *Pendidikan kewarganegaraan Demokrasi, HAM, Civil Society dan multikulturalisme*, Pusapom, Malang
- Tongtat, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perspektif Pembaharuan*, penerbit UMM, cetakan pertama,
- Ulber Silalahi, MA., 2009. *Metodologi Penelitian Sosial*, Refika Aditama, Bandung
- Vincy Fon and Fransico Parisi, 2006, *Judicial Precedent in Civil Law System: A dynamic Analysis*, International Review of Law and Economics
- W. Gulo, 2002, *Metode Penelitian*, Gramedia Widiasarana Indonesia, Jakarta,
- W. Lawrence Neuman, 2003, *Social Research Methods Qualitative and Quantitativeth Approaches*, 5 edition, Boston: Allyn and Bacon
- W.J.S Poerwadarminta, 1986. *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta,
- William Seagle, 1971, “*Men of Law: From Hammurabi to Holmes*”, Hafner Publishing Company, New York
- Wirjono Prodjodikoro, 2003, *Asas-asas Hukum Pidana Di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung,
- Zainal Abidin Farid, 1995, “*Hukum Pidana I*”, Eresco, Jakarta

A. Peraturan Perundang-undangan

UUD NKRI 1945

UU No. 1 Tahun 1946 Tentang Peraturan Hukum Pidana (KUHP)

UU No. 8 Tahun 1981 Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP)

Undang-Undang Darurat tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan, dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil

UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

UU No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan RI

UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia

B. Jurnal

Al. Wisnubroto, Dasar-dasar Hukum Progresif (Makalah Materi Sekolah Hukum Progresif Angkatan I, Kerjasama Laboratorium Hukum FH UAJY dengan Paguyuban Sinau Hukum Progresif), KMMH (Keluarga Mahasiswa Magister Hukum) UGM dan IMM (Ikatan Mahasiswa Muhammadiyah) UMY, Yogyakarta

Derry Angling Kesuma & Yuli Asmara Triputra, 2018, *Dekonstruksi Terhadap Asas Legalitas, Perimbangan Perlindungan Terhadap Kepentingan Pelaku dan Korban Tindak Pidana*, Jurnal Saburai, Volume 1 Nomor 1,

Dina Novita Sari, 2012, *“Pergeseran Ajaran Melawan Hukum Materiil Dalam Tindak Pidana Korupsi Sejak Berlakunya Undang-Undang No. 24 Tahun 1960 Hingga Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 jo. Undang-Undang No 31 Tahun 1999”*, Skripsi Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 161.

Eddy O.S. Hiarej, 2007, *“Pemikiran Rummelinjk mengenai Asas Legalitas” di dalam Jentera: Jurnal Hukum*, Edisi 16 tahun IV Bulan April-Juni, Jakarta.

Gesied Eka Ardhi Yunatha, 2010, *Analisis Pelaksanaan Rekonstruksi Dalam Proses Penyidikan Guna Mengungkap Pemenuhan Unsur Delik Pencurian Dengan Kekerasan*, Skripsi, Universitas Sebelas Maret, Surakarta

Hendra Wahanu Prabandani, 2011, *Pembangunan Hukum Berbasis Kearifan Lokal*, Artikel JDIH EDISI 01/TAHUN XVII/2011, BAPPENAS, Jakarta,

Martin Kryger, 1986, *Law as Tradition*, Journal of Law and Philosophy, Vol. 5 No. 2 August hlm. 240.

Maruarar Siahaan, “Peran Mahkamah Konstitusi Dalam Penegakan Hukum Konstitusi”, Jurnal Hukum, No.3 Vol. 16, Juli 2009

Moh. Mahfud MD, *Politik Hukum Dalam PERDA Berbasis Syariah*, Jurnal Quia Iustum, Volume 14 Nomor 1, 2007

Mompang L. Pangabean, “Kebijakan Legislatif Dalam Hukum Pelaksanaan Pidana Di Indonesia”, Masalah-Masalah Hukum, Jilid 41, No 2, April 2012

Muladi, 2000, “Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat Di Era Demokrasi”, Makalah Seminar, 27 April 2000

Prianter Jaya Hairi, *Kontradiksi Pengaturan “Hukum Yang Hidup Di Masyarakat” Sebagai Bagian Dari Asas Legalitas Hukum Pidana Indonesia*, (Jakarta: Pusat Penelitian Badan Keahlian DPR RI, 2016). Jurnal Negara Hukum: Vol. 7, No. 1, Juni 2016. hlm 90

Soko Wiyono, 2009, *Hak Asasi Manusia (HAM) dalam Kerangka Negara Hukum yang Demokratis Berdasarkan Pancasila*. Jurnal Konstitusi. Vol. 1 No. 2,: Universitas Wisnuwardhana, Malang, hlm. 17

Veive Large Hamenda, Tinjauan Hak Asasi Manusia Terhadap Penerapan Hukuman Mati Di Indonesia, Jurnal Vol.II/No.1/Jan-Mrt/2013.www.portalgaruda.org.

C. Internet

Aceh Jurnal Nasional, “Hadapi Tuduhan Pelecahan Lambang Negara”, <http://www.ajnn.net/news/hadapi-tuduhan-melecehkan-lambang-Negara-zaskia-gotikdepresi/index.html?14701227050>, diakses pada tanggal 22 Agustus 2016 pukul 14.31 WIB

Agus Sunoto dan Wahyu Widodo, *Nilai-Nilai Hak Asasi Manusia dan Keadilan di Dalam Hukum*, Jurnal PPKn FPIPS IKIP PGRI Semarang. www.portalgaruda.org

Chandra Lumban Toruan dalam artikel Kearifan Lokal Sebagai Asas Penegakan Hukum Untuk Keadilan Yang Substansi http://www.academia.edu/23515607/KEARIFAN_LOKAL_SEBAGAI_ASPEK_PENEGAKAN_HUKUM_UNTUK_KEADILAN_YANG_SUBSTANSI (diakses pada 22 November 2020)

Dalam <http://digilib.iain-palangkaraya.ac.id/16/3/Bab%202%20Kajian%20Pustaka.pdf>, diakses pada tanggal 22 November 2020, jam : 12.53 WIB.

Dalam <https://kbbi.web.id/rekonstruksi>, diakses pada tanggal 22 November 2020, jam : 12.43 WIB.

Dalam <https://leviyamani.wordpress.com/2013/04/14/pengertian-rekonstruksi/>, diakses pada tanggal 22 November 2020, jam : 12.57 WIB.

<http://id.m.wikipedia.org/wiki/Prinsip>.

<http://id.wikipedia.org> diakses 17-02-2012 pukul 13:59

<http://kartikarahmah2406.wordpress.com/2012/12/02/teori-keadilan-sosial>, diunduh pada tanggal 22 November 2020, jam : 19.00 WIB.

<http://kbbi.web.id/prinsip>.

<http://ugun-guntari.blogspot.com/2011/02/teori-keadilan-perspektif-hukum>, diunduh pada tanggal 22 November 2020, jam : 07.30 WIB.

<https://knowledgeisfreee.blogspot.com/2015/10/pengertian-penegakan-hukum-kedasaran.html>, diakses pada tanggal 22 November 2020 jam 13.0 WIB.

<https://news.detik.com/kolom/3975715/penantian-panjang-ruu-masyarakat-adat> (diakses pada 22 November 2020).

id.m.wikipedia.org/wiki/Negara_kesatuan.

kedaulatan.wikia.com/wiki/Kedaulatan_di_Indonesia.

Muchamad Ali Safa'at, "*Kekuatan Mengikat Dan Pelaksanaan Putusan MK*", Makalah untuk Universitas Brawijaya Malang, tanpa tahun, hlm 2, Muchamad Ali Safa'at, "*Penafsiran Konstitusi*", <http://safaat.lecture.ub.ac.id/2011/11/penafsiran-konstitusi/>, diakses 5 Mei 2015.

www.google.com/m?q=keadilan+menurut+rawls+implementasi+keadilan+sosial+Indonesia+anil+

www.pengertianahli.com/2013/05/pengertian-pancasila-sebagai-dasar.html?m=1#

www.pengertianahli.com/2014/01/pengertian-keadilan-apa-itu-keadilan.html?m=1#.

www.pusakaindonesia.org/nilai-dasar-sila-kelima-dalam-pancasila/.

www.profgunarto.wordpress.com., diunduh pada tanggal 22 November 2020, jam : 15.50 WIB.

