

Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri # 1

ASAS LEGALITAS

Dalam Rancangan KUHP 2005



ELSAM 2005

Asas Legalitas Dalam Rancangan KUHP

Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #1

Penulis

Fajrimei A. Gofar

Tim Kerja Penulisan

A.H Semendawai

Betty Yolanda

Ifdhal Kasim

Fajrimei A. Gofar

Syahrial M. Wiryawan

Supriyadi Widodo Eddyono

Wahyu Wagiman

Zainal Abidin

Cetakan Pertama

September 2005

Semua Penerbitan ELSAM didedikasikan kepada para korban pelanggaran hak asasi manusia, selain sebagai bagian dari usaha pemajuan dan perlindungan hak asasi manusia di Indonesia.

*Buku ini diterbitkan dengan bantuan dana dari **The Asia Foundation** dan **USAID***

Isi buku ini menjadi tanggung jawab dari ELSAM.

Penerbit

ELSAM-Lembaga studi dan Advokasi Masyarakat

Jln. Siaga II No. 31 Pejaten Barat, Pasar Minggu Jakarta 12510

Telp: (021) 797 2662; 7919 2519; 7919 2564; Facs: (021) 7919 2519

Email: elsam@nusa.or.od, advokasi@nusa.net.id; Web-site: www.elsam.or.id

BAB I

PROBLEMATIKA ASAS LEGALITAS DALAM RANCANGAN KUHP

Dalam Rancangan KUHP, asas legalitas telah diatur secara berbeda dibandingkan *Wetboek van Strafrecht (WvS)*. Asas legalitas pada dasarnya menghendaki: (i) perbuatan yang dilarang harus dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan, (ii) peraturan tersebut harus ada sebelum perbuatan yang dilarang itu dilakukan. Tetapi, adagium *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali* telah mengalami pergeseran, seperti dapat dilihat dalam Pasal 1 Rancangan KUHP berikut ini:

- (1) 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.
- (2) Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi.
- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam 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.
- (4) 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.

Sebagian ahli hukum pidana menganggap bahwa pengaturan tersebut merupakan perluasan dari asas legalitas. Tetapi, sebagian lagi menganggap pengaturan tersebut sebagai kemunduran, terutama bunyi Pasal 1 ayat (3). Akibatnya, timbul perdebatan di antara para yuris Indonesia, bahkan yuris Belanda. Perdebatan ini seolah mengulang perdebatan lama ketika Kerajaan Belanda akan memberlakukan KUHP di Hindia Belanda, yaitu apakah akan diberlakukan bagi seluruh lapisan masyarakat di Hindia Belanda atau tidak.¹ Namun, Van Vollenhoven menentang keras jika KUHP diberlakukan juga kepada pribumi.

Pengaturan Pasal 1 ayat (3) Rancangan KUHP kontradiktif dengan Pasal 1 ayat (2) yang melarang penggunaan analogi. Padahal Pasal 1 ayat (3), menurut Prof. Andi Hamzah, merupakan analogi yang bersifat *gesetz* analogi, yaitu analogi terhadap perbuatan yang sama sekali tidak terdapat dalam hukum pidana. Selanjutnya, menurut Prof. Andi Hamzah,

¹ Pada saat itu masyarakat Hindia Belanda dibagi ke dalam tiga kelompok, yaitu: Eropa, Timur Asing, dan Pribumi.

pelarangan analogi dalam Pasal 1 ayat (2) lebih pada *recht* analogi, yaitu analogi terhadap perbuatan yang mempunyai kemiripan dengan perbuatan yang dilarang oleh hukum pidana.

Melalui pengaturan Pasal 1 ayat (3) Rancangan KUHP, bisa saja seseorang dapat dituntut dan dipidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat, walaupun perbuatan tersebut tidak dinyatakan dilarang dalam perundang-undangan. Padahal, seharusnya asas legalitas merupakan suatu *safeguard* bagi perlindungan, penghormatan dan penegakan hak asasi manusia, yang menghendaki adanya batasan terhadap penghukuman terhadap seseorang.

Selain itu, *hukum yang hidup dalam masyarakat (The Living Law)* sangat luas pengertiannya. Tercakup di situ antara lain hukum adat, hukum kebiasaan, hukum lokal, bahkan bisa jadi hukum lain yang dianggap hidup dalam masyarakat, seperti pemberlakuan Syariat Islam di Nangroe Aceh Darussalam.

Melalui pemaparan di atas, setidaknya terdapat dua masalah penting yang perlu dibahas, yaitu: masalah asas legalitas dan 'hukum yang hidup dalam masyarakat'. Dari pokok masalah tersebut, ada beberapa permasalahan yang muncul, antara lain:

- Apakah pengaturan asas legalitas dalam Rancangan KUHP tidak bertentangan secara konseptual dengan asas legalitas itu sendiri;
- Apabila asas legalitas dalam Rancangan KUHP itu diterima, apa akibat yang dapat timbul dalam tatanan hukum pidana;
- Apakah akibat yang dapat timbul dengan diakomodasinya '*The Living Law*' ke dalam asas legalitas; dan
- Bagaimana seharusnya '*The Living Law*' ditempatkan dalam tatanan hukum, perlukah ia diformalkan dalam undang-undang.

BAB II

ARTI PENTING ASAS LEGALITAS

2.1. Asas Legalitas dan Aspek-aspeknya

Dalam hukum Romawi kuno yang menggunakan bahasa Latin, tidak dikenal apa yang disebut asas legalitas.² Pada saat itu dikenal kejahatan yang disebut *criminal extra ordinaria*, yang berarti 'kejahatan-kejahatan yang tidak disebut dalam undang-undang'. Di antara *criminal extra ordinaria* ini yang terkenal adalah *crimina stellionatus* (perbuatan durjana/jahat).³

Dalam sejarahnya, *criminal extra ordinaria* ini diadopsi raja-raja yang berkuasa. Sehingga terbuka peluang yang sangat lebar untuk menerapkannya secara sewenang-wenang. Oleh karena itu, timbul pemikiran tentang harus ditentukan dalam peraturan perundang-undangan terlebih dahulu perbuatan-perbuatan apa saja yang dapat dipidana.⁴ Dari sini timbul batasan-batasan kepada negara untuk menerapkan hukum pidana.

Menurut Jan Remmelink, agar dipenuhinya hak negara untuk menegakkan ketentuan pidana (*jus puniendi*), diperlukan lebih dari sekadar kenyataan bahwa tindakan yang dilakukan telah memenuhi perumusan delik. Tetapi diperlukan lagi norma lain yang harus dipenuhi, yaitu norma mengenai berlakunya hukum pidana. Di antaranya, berlakunya hukum pidana menurut waktu (*tempus*) -- di samping menurut tempat (*locus*). Norma ini sangat penting untuk menetapkan tanggung jawab pidana.⁵

Bila suatu tindakan telah memenuhi unsur delik yang dilarang, tetapi ternyata dilakukan sebelum berlakunya ketentuan tersebut, tindakan itu bukan saja tidak dapat dituntut ke muka persidangan, tetapi juga pihak yang terkait tidak dapat dimintai pertanggungjawabannya. Harus ada ketentuannya terlebih dahulu yang menentukan bahwa tindakan tersebut dapat dipidana. Norma seperti inilah yang disebut sebagai asas legalitas atau *legaliteitbeginsel* atau *Principle of Legality*.

² Lihat: Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Cetakan Ketujuh, 2000, hlm. 23.

³ *Ibid*, hlm. 23-24.

⁴ *Ibid*, hlm. 24.

⁵ Dalam perumusan surat dakwaan, seperti yang diatur dalam KUHP, *locus delicti* dan *tempus delicti* sangat penting untuk dicantumkan. Tanpa kedua hal ini, surat dakwaan Jaksa dapat dinyatakan batal demi hukum dan prematur.

Ajaran asas legalitas ini sering dirujuk sebagai *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*, artinya: tiada delik, tiada pidana, tanpa didahului oleh ketentuan pidana dalam perundang-undangan. Walaupun menggunakan bahasa Latin, menurut Jan Remmelink, asal-muasal adagium di atas bukanlah berasal dari hukum Romawi Kuno. Akan tetapi dikembangkan oleh juris dari Jerman yang bernama von Feuerbach, yang berarti dikembangkan pada abad ke-19 dan oleh karenanya harus dipandang sebagai ajaran klasik.

Dalam bukunya yang berjudul *Lehrbuch des Peinlichen Rechts* (1801), Feuerbach mengemukakan teorinya mengenai tekanan jiwa (*Psychologische Zwang Theorie*). Feuerbach beranggapan bahwa suatu ancaman pidana merupakan usaha preventif terjadinya tindak pidana. Apabila orang telah mengetahui sebelumnya bahwa ia diancam pidana karena melakukan tindak pidana, diharapkan akan menekan hasratnya untuk melakukan perbuatan tersebut.⁶ Oleh karena itu harus dicantumkan dalam undang-undang.

Jauh sebelum asas ini muncul, seorang filsuf Inggris, Francis Bacon (1561-1626) telah memperkenalkan adagium '*moneat lex, priusquam feriat*', artinya: undang-undang harus memberikan peringatan terlebih dahulu sebelum merealisasikan ancaman yang terkandung di dalamnya.⁷ Dengan demikian, asas legalitas menghendaki bahwa ketentuan yang memuat perbuatan dilarang harus dituliskan terlebih dahulu.

Dalam tradisi sistem *civil law*, ada empat aspek asas legalitas yang diterapkan secara ketat, yaitu: Peraturan perundang-undangan (*law*), retroaktivitas (*retroactivity*), *lex certa*, dan analogi.⁸ Mengenai keempat aspek ini, menurut Roelof H Haveman, *though it might be said that not every aspect is that strong on its own, the combination of the four aspects gives a more true meaning to principle of legality*.⁹

- *Lex Scripta*

Dalam tradisi *civil law*, aspek pertama adalah penghukuman harus didasarkan pada undang-undang, dengan kata lain berdasarkan hukum yang tertulis. Undang-undang (*statutory, law*) harus mengatur mengenai tingkah laku (perbuatan) yang dianggap sebagai tindak pidana. Tanpa undang-undang yang mengatur mengenai perbuatan yang dilarang, maka perbuatan tersebut tidak bisa dikatakan sebagai tindak pidana. Hal ini berimplikasi bahwa kebiasaan tidak bisa dijadikan dasar menghukum seseorang.

⁶ Lihat: M. Karfawi, "Asas Legalitas dalam Usul Rancangan KUHP (Baru) dan Masalah-masalahnya", *Jurnal Arena Hukum*, Juli 1987, hlm 9-15. Lihat juga: Moeljatno, *op.cit.* hlm. 25.

⁷ Lihat: *Ibid*, hlm 355.

⁸ Lihat: Roelof H. Heveman, *The Legality of Adat Criminal Law in Modern Indonesia*, Tata Nusa, Jakarta, 2002, hlm 50.

⁹ *Ibid*.

Tidak bisanya kebiasaan menjadi dasar penghukuman bukan berarti kebiasaan tersebut tidak mempunyai peran dalam hukum pidana. Ia menjadi penting dalam menafsirkan *element of crimes* yang terkandung dalam tindak pidana yang dirumuskan oleh undang-undang tersebut.

▪ *Lex Certa*

Dalam kaitannya dengan hukum yang tertulis, pembuat undang-undang (legislatif) harus merumuskan secara jelas dan rinci mengenai perbuatan yang disebut dengan tindak pidana (kejahatan, *crimes*)¹⁰. Hal inilah yang disebut dengan asas *lex certa* atau *bestimmtheitsgebot*. Pembuat undang-undang harus mendefinisikan dengan jelas tanpa samar-samar (*nullum crimen sine lege stricta*), sehingga tidak ada perumusan yang ambigu mengenai perbuatan yang dilarang dan diberikan sanksi. Perumusan yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum dan menghalangi keberhasilan upaya penuntutan (pidana) karena warga selalu akan dapat membela diri bahwa ketentuan-ketentuan seperti itu tidak berguna sebagai pedoman perilaku.¹¹

Namun demikian, dalam prakteknya tidak selamanya pembuat undang-undang dapat memenuhi persyaratan di atas. Tidak jarang perumusan undang-undang diterjemahkan lebih lanjut oleh kebiasaan yang berlaku di dalam masyarakat apabila norma tersebut secara faktual dipermasalahkan.¹²

▪ *Non-retroaktif*

Asas legalitas menghendaki bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan yang merumuskan tindak pidana tidak dapat diberlakukan secara surut (retroaktif). Pemberlakuan secara surut merupakan suatu kesewenang-wenangan, yang berarti pelanggaran hak asasi manusia. Seseorang tidak dapat dituntut atas dasar undang-undang yang berlaku surut. Namun demikian, dalam prakteknya penerapan asas legalitas ini terdapat penyimpangan-penyimpangan. Sebagai contoh, kasus Bom Bali, kasus Pelanggaran Hak Asasi Manusia Timor-Timur, dan kasus Tanjung Priok. Dalam kasus-kasus tersebut, asas legalitas disimpangi dengan memberlakukan asas retroaktif.

¹⁰ Dalam Rancangan KUHP tidak lagi dikenal dengan sebutan pelanggaran dan kejahatan, kedua istilah ini disebut dalam satu istilah *tindak pidana*.

¹¹ Jan Rummelink, *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit PT Gramedia Jakarta, 2003, hlm. 358

¹² Lihat: *Ibid.* Jan Rummelink mencontohkan mengenai *culpa* yang diterjemahkan lebih lanjut berdasarkan kebiasaan. Begitu pula *garantenstellung* yang dibicarakan dalam konteks 'tidak berbuat/melalaikan' (*nalaten*). Juga mengenai penyertaan dan percobaan yang mengalami perluasan ruang lingkup. Perlu juga dicatat mengenai kebebasan Hakim menggunakan interpretasi teleologis dan fungsional.

Jika ditinjau lebih jauh, penerapan asas retroaktif ini dikarenakan karakteristik kejahatan-kejahatan dalam kasus tersebut yang sangat berbeda dengan jenis kejahatan biasa.

Sejalan dengan itu, menurut Prof. Dr. Romli Atmasasmita, prinsip hukum non-retroaktif tersebut berlaku untuk pelanggaran pidana biasa, sedangkan pelanggaran hak asasi manusia bukan pelanggaran biasa, oleh karenanya prinsip non-retroaktif tidak bisa dipergunakan.¹³

▪ *Analogi*

Seperti disebutkan di muka, asas legalitas membatasi secara rinci dan cermat tindakan apa saja yang dapat dipidana. Namun demikian, dalam penerapannya, ilmu hukum memberi peluang untuk dilakukan interpretasi terhadap rumusan-rumusan perbuatan yang dilarang tersebut.¹⁴ Dalam ilmu hukum pidana dikenal beberapa metode atau cara penafsiran, yaitu: penafsiran tata bahasa atau gramatikal, penafsiran logis, penafsiran sistematis, penafsiran historis, penafsiran teleologis atau sosiologis, penafsiran kebalikan, penafsiran membatasi, penafsiran memperluas, dan penafsiran analogi.¹⁵

Dari sekian banyak metode penafsiran tersebut, penafsiran analogi¹⁶ telah menimbulkan perdebatan di antara para yuris yang terbagi ke dalam dua kubu, menerima dan menentang penafsiran analogi.¹⁷ Secara ringkas, penafsiran analogi adalah apabila terhadap suatu perbuatan yang pada saat dilakukannya tidak

¹³ Kompas, Jumat 18 Agustus 2000, "Demi Keadilan, Penerapan Asas Retroaktif Bisa Diterima".

¹⁴ Di dalam ilmu hukum pidana mengenai penafsiran undang-undang hukum pidana merupakan hal yang sangat penting, demikian pula bagi para penegak hukum, terutama hakim. Penafsiran penting juga untuk kepastian hukum. Lihat: Sofyan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana: Asas Hukum Pidana Sampai pada Peniadaan Pidana*, Armica Bandung, 1995, hlm 67.

¹⁵ Lihat: *Ibid*, hlm 68-72.

¹⁶ Baik Mulyatno dalam bukunya "Asas-Asas Legalitas", maupun Sofyan Sastrawidjaja, analogi dipadankan dengan kata 'kiyas'.

¹⁷ Kelompok penerima di antaranya Taverne, Pompe, dan Jonkers. Kelompok penentang di antaranya Scholten, van Hattum, termasuk yuris sekarang Jan R Emmelink. Yuris Indonesia sebagian besar menentang penerapan analogi, di antaranya Moeljatno dan Roeslan Saleh. Sementara dalam praktek peradilan, penafsiran analogi kerap digunakan, misalnya pengertian barang (goed) telah diperluas termasuk aliran listrik pada tahun 1921. Dalam sejarah peradilan pidana Indonesia, Hakim Bismar Siregar dalam Kasus "Perayu Gombal" pada Pengadilan Tinggi Medan Reg.: 144/PID/1983/PT.Mdn telah menafsirkan Pasal 378 KUHP yang memperluas pengertian benda termasuk pula "kegadisan seorang wanita". Lihat juga: Eva Achjani Zulfa, *Ketika Jaman Meninggalkan Hukum*, 01 April 2003, www.pemantauperadilan.com.

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 Prof. Andi Hamzah, ada dua macam analogi, yaitu: *gesetz analogi* dan *recht analogi*. *Gesetz analogi* adalah analogi terhadap perbuatan yang sama sekali tidak terdapat dalam ketentuan pidana. Sementara *recht analogi* adalah analogi terhadap perbuatan yang mempunyai kemiripan dengan perbuatan yang dilarang dalam ketentuan hukum pidana.

Beberapa alasan yang menyetujui dipakainya analogi, di antaranya adalah karena perkembangan masyarakat yang sedemikian cepat sehingga hukum pidana harus berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat itu. Sementara yang menentang mengatakan bahwa penerapan analogi dianggap berbahaya karena dapat menyebabkan ketidakpastian hukum dalam masyarakat. Dalam perkembangannya, pembatasan dan penggunaan analogi ini tergantung pada sistem hukum yang dianut suatu negara.¹⁸ Menurut Jan Remmelink, inti dari penafsiran analogis, singkatnya, bagi pendukung pendekatan ini tidak membatasi pengertian suatu aturan hanya dalam batas-batas *polyseem* kata-kata. Bila diperlukan, mereka akan siap sedia mengembangkan dan merumuskan aturan baru (hukum baru), tentu tidak dengan sembarang melainkan dalam kerangka pemikiran, rasio ketentuan yang bersangkutan.¹⁹ Dalam perkembangannya, karena trauma pada saat pemerintahan Nazi²⁰, timbul keengganan yang besar terhadap penggunaan metode ini di seluruh Eropa dan Belanda.²¹

¹⁸ Beberapa negara, seperti Denmark, sudah menerima penafsiran analogi, namun negara-negara daratan Eropa masih keberatan terhadap penerapan penafsiran ini. Lihat: Jan Remmelink, *op.cit.* hlm 359.

¹⁹ *Ibid.* Dalam hal ini, Jan Remmelink sendiri sebagai salah satu ahli pidana Belanda yang mendukung pelarangan analogi, beberapa alasan yang dikemukakannya antara lain: (i) pelarangan analogi mendukung kepastian hukum, karena sampai sekarang pada tingkat tertentu masih ditemukan adanya kepastian perihal isi ketentuan-ketentuan larangan dari sudut pandang batas-batas kata menurut ilmu bahasa, sekalipun beberapa makna kata ditafsirkan secara sangat luas. Hal itu memunculkan keraguan, namun kita masih tetap menemukan arah perkembangan dengan batas-batas yang aman; (ii) Pengembangan hukum (perundang-undangan) tidak terutama dibebankan pada hakim; (iii) Kemungkinan untuk tetap dapat 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; dan (iv) Berdasarkan sejarah perundang-undangan, terdapat penolakan, sebagai contoh UU tahun 1886 (Belanda) tidak dimaksudkan sebagai pengakuan terhadap penggunaan metode penafsiran analogis. Lihat: *Ibid.* hlm 360.

²⁰ Pada saat pemerintahan Nazi telah terjadi penggunaan analogi secara serampangan sehingga menimbulkan trauma yang mendalam di Eropa.

²¹ *Ibid.*

2.2. Asas Legalitas dan Hak Asasi Manusia

Pemberian hukuman, atau sanksi yang berlebihan, tidak manusiawi, tanpa dasar yang jelas adalah pelanggaran hak asasi manusia. Sejarah peradaban umat manusia telah mencatat bagaimana kesewenang-wenangan penguasa yang diktator menerapkan hukum pidana. Sehingga timbul pemikiran untuk membatasi kewenangan penguasa termasuk dalam menjatuhkan pidana.

Dalam kaitannya dengan hak negara untuk menghukum seseorang (*ius punendi*), asas legalitas merupakan *safeguard* dari kesewenang-wenangan penguasa. Asas legalitas dianggap sebagai sendi dari primaritas hukum pidana. Berdasarkan 'teori perjanjian'²² yang dikembangkan beberapa ahli, kewenangan negara untuk menjatuhkan pidana dilandasi oleh perjanjian antara individu dan negara.²³ Asas legalitas ini dianggap sebagai salah satu wujud dari perjanjian antara penguasa dan individu itu. Dalam artian, kebebasan individu sebagai subyek hukum mendapatkan jaminan perlindungan kontraktual melalui asas legalitas.²⁴ Melalui asas legalitas inilah terjadi suatu pembenaran kepada negara untuk menjatuhkan pidana sehingga ada kepastian hukum.

Menurut Prof. Satochid Kertanegara, asas legalitas muncul pada akhir abad sebelum revolusi Perancis.²⁵ Pada saat itu belum dikenal hukum pidana yang tertulis. Sehingga pemeriksaan perkara diserahkan pada kesadaran hakim. Akibatnya, hakim dapat bertindak sewenang-wenang dan dapat menjatuhkan hukuman terhadap suatu perkara berdasarkan kesalahan hukum pribadinya, maka dengan sendirinya tidak ada kepastian hukum. Masyarakat tidak memperoleh perlindungan dari perilaku sewenang-wenang dan kediktatoran.

²² Teori Perjanjian dalam hukum pidana di antaranya dikembangkan oleh Hugo Grotius, yang mengandaikan sebagaimana seseorang menutup kontrak jual beli, demikian pula seseorang yang melakukan delik akan menerima apa yang secara alamiah terkait pada delik dimaksud, yaitu hukuman. Ajaran ini juga ditemukan pada Teori JJ Rousseau, terutama dalam argumentasinya 'untuk tidak menjadi korban suatu pembunuhan, ia sepakat untuk menerima kematian, jika hal itu memang dituntut darinya. Lihat: Jan Rummelink, *op.cit*, hlm 598.

²³ Teori-teori perjanjian ini semuanya dilandaskan pada prinsip yang tidak dapat dibuktikan, sehingga dengan mudah dapat dipatahkan. Dalam artian, teori ini dilandaskan pada aksioma, sebab itu pula ajaran ini sering disebut sebagai ajaran hukum aksiomatis. Walaupun demikian, menurut Jan Rummelink, ajaran ini masih berguna untuk menerangkan landasan kewenangan penguasa untuk menegakkan wibawa hukum, Lihat: Jan Rummelink, *Ibid*, hlm 599.

²⁴ Lihat: *Ibid*.

²⁵ Mengutip ulang dari H. Abdurrahman, *Beberapa Catatan Tentang Asas Legalitas*. Makalah yang disampaikan pada *Focus Group Discussion tentang Pengaturan Asas Legalitas dalam RKUHP* yang diadakan ELSAM di Hotel Ibis Tamarin, 22 Agustus 2005. Bersumber dari: Prof. Satochid Kertanegara, *Hukum Pidana: Kumpulan Kuliah*, Balai Lektur, Jakarta.

Dalam kaitannya dengan negara hukum, asas legalitas merupakan salah satu asas yang fundamental.²⁶ Asas legalitas merupakan suatu penghubung antara *rule of law* dari hukum pidana yang penyampingannya hanya dapat dibenarkan dalam keadaan memaksa. Melalui asas legalitas diharapkan terdapat perlindungan terhadap hak asasi manusia, yang melindungi dari kesewenang-wenangan penuntutan dan penghukuman.

2.3. Pengaturan Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia

Dalam hukum pidana Indonesia, asas legalitas ini diatur dengan jelas dalam KUHP yang berlaku sekarang (*Wetboek van Strafrecht*) maupun dalam Rancangan KUHP (selanjutnya disingkat RKUHP). Pasal 1 ayat (1) KUHP yang menyatakan bahwa *tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan*. Bunyi Pasal 1 ayat (1) KUHP ini, secara rinci, berisi dua hal penting, yaitu: (i) suatu tindak pidana harus dirumuskan terlebih dahulu dalam peraturan perundang-undangan; (ii) peraturan perundang-undangan harus ada sebelum terjadinya tindak pidana (tidak berlaku surut).²⁷

Asas legalitas menghendaki bahwa suatu perbuatan dapat dinyatakan sebagai tindak pidana apabila terlebih dahulu ada undang-undang yang menyatakan bahwa perbuatan itu sebagai tindak pidana. Oleh karenanya, asas legalitas melarang penerapan hukum pidana secara surut (retroaktif). Pasal 1 ayat (1) KUHP inilah yang menjadi landasan penegakan hukum pidana di Indonesia, terutama dalam kaitannya dengan kepastian hukum.²⁸

Asas legalitas ini diatur pula dalam Pasal 6 ayat (1) UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyebutkan bahwa *tidak seorang pun dapat dihadapkan di depan pengadilan selain daripada yang ditentukan oleh undang-undang*. Bunyi pasal ini memperkuat kembali kehendak asas legalitas terhadap hukum pidana yang dibuat secara tertulis. Begitu juga dalam UUD 1945 Amandemen II Pasal 28 I ayat (1) yang menyebutkan bahwa "Hak untuk hidup, ... dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun." Begitu pula dalam Amandemen IV disebutkan bahwa "Untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka

²⁶ Lihat: ELSAM, *Background Paper: Tinjauan Umum terhadap Rancangan KUHP Nasional*, 2005.

²⁷ Beberapa yuris menerangkan juga bahwa sebenarnya dalam Pasal 1 KUHP tersebut terdapat larangan analogi. Dengan demikian, dalam Pasal 1 KUHP terkandung tiga hal penting dengan memasukkan larangan menggunakan analogi dalam menentukan adanya tindak pidana.

²⁸ Tetapi sayangnya, penegakan hukum pidana di Indonesia acap kali dihadapkan pada jenis kejahatan yang terus berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat. Terdapat tindakan-tindakan baru yang ternyata merugikan, sementara hukum pidana tertinggal jauh dengan perkembangan masyarakat. Kenyataan ini menimbulkan suatu dilema terhadap eksistensi asas legalitas, apakah kepastian hukum akan dikalahkan oleh upaya pemenuhan keadilan dalam masyarakat atau sebaliknya. Lihat: Eva Achjani Zulfa, *Ketika Jaman Meninggalkan Hukum*, 01 April 2003, [www. pemantauperadilan.com](http://www.pemantauperadilan.com).

pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam perundang-undangan."

2.4. Penerapan Asas Legalitas dalam Hukum Pidana di Indonesia

Perlu disadari bahwa *Wet Boek van Strafrecht (WvS)* merupakan peninggalan kolonial Belanda.²⁹ Sehingga dalam pelaksanaannya memerlukan beberapa penyesuaian dalam konteks Indonesia. Di antaranya terdapat pasal-pasal yang tidak diberlakukan dan diamandemen dengan menambah pasal-pasal yang dianggap masih kurang. Dalam perkembangannya, kebijakan mengamandemen pasal-pasal KUHP ini ditinggalkan dengan membentuk undang-undang baru. Sehingga muncul apa yang disebut dengan tindak pidana di luar KUHP. Tetapi ternyata pengaturan tindak pidana di luar KUHP ini membentuk sistem tersendiri yang menyimpang dari ketentuan umum hukum pidana sebagaimana diatur dalam buku I KUHP. Baik itu mengenai asas hukumnya maupun ketentuan pembedanya.³⁰

Sebagai peraturan peninggalan Belanda³¹, menurut Mudzakkir,³² asas legalitas kemudian menjadi problem dalam penerapannya. Asas legalitas dihadapkan pada realitas masyarakat Indonesia yang heterogen.³³ KUHP maupun ketentuan pidana di luarnya masih menyisakan bidang perbuatan yang oleh masyarakat dianggap sebagai perbuatan yang dilarang, sementara undang-undang tertulis tidak mengatur larangan itu.³⁴

Tetapi, dalam sejarah hukum pidana Indonesia, keberadaan pengadilan adat memungkinkan diterapkannya pidana adat dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) walaupun

watak kolonial KUHP, terutama pasal-pasal yang berkenaan dengan penghinaan.

³⁰ Lihat: Mudzakkir, *Pengaturan Asas Legalitas dalam RUU KUHP*. Makalah dalam *Focus Group Discussion* Mengenai Pengaturan Asas Legalitas dalam RKUHP yang diadakan ELSAM, Hotel Ibis Tamarin, Jakarta, 22 Agustus 2005.

³¹ Seperti kita ketahui, sistem hukum Belanda adalah sistem hukum Eropa Kontinental yang diwariskan ke Indonesia. Beberapa ahli memandang bahwa sistem ini kurang cocok untuk masyarakat Indonesia yang heterogen.

³² Salah satu tim perumus RKUHP Tahun 2004, mengajar di Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta.

³³ Lihat: Mudzakkir, *Op.cit.*

³⁴ Menurut Mudzakkir, ini merupakan suatu kondisi kelemahan hukum tertulis yang selalu tidak bisa membuat rumusan hukum yang sempurna yang sesuai dengan nilai kehidupan masyarakat yang dinamik, apalagi dalam masyarakat Indonesia yang heterogen. *Ibid.*

tindak pidana adat itu tidak diatur dalam KUHP. Oleh karena itu, asas legalitas dalam praktek di Indonesia tidak³⁵ diterapkan secara murni seperti yang dikehendaki Pasal 1 KUHP.³⁶

Jauh sebelum Indonesia merdeka, eksistensi peradilan adat telah diakui ketika pendudukan Belanda.³⁷ Pengakuan peradilan adat ini dituangkan dalam berbagai peraturan yang dikeluarkan pemerintah pendudukan Belanda.³⁸ Di awal-awal kemerdekaan,³⁹ peradilan-peradilan adat masih tetap eksis, sementara KUHP (*Wetboek van Strafrecht*) diberlakukan untuk mengisi kekosongan hukum.⁴⁰ UUDS 1950 dan UU Nomor 1 Tahun 1951 dianggap mengukuhkan keberadaan peradilan adat tersebut.⁴¹ Namun, sejak diberlakukannya UU

³⁵ Menurut saya, asas legalitas bukan tidak diterapkan secara murni, tetapi pernah diterapkan secara tidak murni sampai berlakunya UU No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

³⁶ Pernyataan ini terungkap dalam *Focus Group Discussion* Asas Legalitas dalam RKUHP yang diadakan ELSAM pada tanggal 22 Agustus 2005.

³⁷ Sejarah peradilan adat di Indonesia dapat dilihat pada: *Sekilas Mengenai Peradilan Adat*, yang disusun oleh Tim Perkumpulan untuk Pembaharuan Berbasis Masyarakat dan Ekologis (HuMa), sebagai materi penunjang bagi wartawan pada kegiatan Seminar Peradilan Adat pada tanggal 10 Desember 2003, di Sanggau, Kalimantan Barat. Lihat juga: Abdurrahman Saleh, *Peradilan Adat dan Lembaga Adat dalam Sistem Peradilan Indonesia*, makalah pada Sarasehan Peradilan Adat, KMAN, Lombok, September 2003.

³⁸ Di antaranya Staatsblad (Stb.) 1881 Nomor 83 untuk Aceh Besar, Stb 1886 Nomor 220 untuk Pinuh (Kalimantan Barat), Stb 1889 Nomor 90 untuk daerah Gorontalo, Stb 1906 Nomor 402 untuk Kepulauan Mentawai, Stb 1908 Nomor 231 untuk daerah Hulu Mahakam (Kalimantan Selatan dan Timur), Stb 1908 Nomor 234 untuk daerah Irian Barat, serta Stb 1908 Nomor 269 untuk daerah Pasir (Kalimantan Selatan dan Timur). Tanggal 18 Februari 1932, *Regeling van de Inheemsche Rechtspraak* (peradilan pribumi) diterbitkan. Pengaturan ini kemudian dicabut dan diganti dengan Stb 1932 Nomor 80. Peraturan ini diberlakukan secara bertahap melalui berbagai peraturan untuk masing-masing daerah. Lihat: *Ibid*.

³⁹ Pada awal-awal kemerdekaan, Indonesia pernah menyatakan diri untuk membuat sistem hukum yang lebih "asli", tetapi kenyataannya sekarang ini tetap mengarah pada unifikasi hukum seperti yang telah dirintis Hindia Belanda. Keebet von Bendabeckmann, *op.cit*.

⁴⁰ Sehingga, menurut Moeljatno, terdapat kejanggalan dalam penerapan hukum pidana. Oleh karenanya UUDS 1950 dalam Pasal 14 ayat (2) menyebutkan '*tidak seorang juapun boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi hukuman kecuali karena suatu aturan hukum yang sudah ada dan berlaku terhadapnya*'. Kembali menurut Moeljatno, dalam bunyi pasal itu termaktub aturan yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk hukum adat sehingga peradilan adat tetap eksis. Lihat: Moeljatno, *op.cit*. hlm 26.

⁴¹ Beberapa yuris Indonesia sering merujuk pada dua ketentuan tersebut mengenai eksistensi peradilan adat.

Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman,⁴² peradilan adat dihapuskan. Akibatnya praktis, eksistensi peradilan adat sudah berakhir melalui UU Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

Dalam prakteknya, peradilan adat ini menjadikan hukum adat dan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar untuk menuntut dan menghukum seseorang. Dengan kata lain, seseorang yang dianggap melanggar hukum adat (pidana adat) dapat diajukan ke pengadilan dan diberi hukuman. Karena praktek inilah, menurut Mudzakkir,⁴³ yang menjadikan, RKUHP mencantumkan 'hukum yang hidup dalam masyarakat' sebagai penyimpangan⁴⁴ asas legalitas.

Hukum yang hidup dalam masyarakat, dalam literatur dapat dipersamakan dengan *The Living Law* yang cakupannya begitu luas. Di antaranya tercakup hukum kebiasaan, hukum adat, hukum lokal, hukum asli, hukum pribumi dan sebagainya. Pada dasarnya, hukum-hukum yang tersebut itu mempunyai karakter yang sama, yaitu tidak tertulis.⁴⁵ Yang menjadi pertanyaan selanjutnya, apakah hukum yang 'hidup dalam masyarakat' ini tercakup juga hukum agama, misalnya hukum Islam -- yang berlaku di NAD -- yang berbeda karena tertulis dalam Kitab dan Hadist.

Hukum hidup dalam masyarakat ini dicantumkan dalam RKUHP pada Pasal 1 ayat (3). Otomatis yang dimaksud dalam RKUHP adalah 'hukum yang hidup dalam masyarakat' yang berkaitan dengan hukum pidana, misalnya pidana adat dan hukum pidana Islam. Tentu saja pencantuman itu menimbulkan kontroversi di kalangan yuris, termasuk di antaranya yuris mancanegara, Prof. Schaffmeister yang menyebutkan pasal tersebut sebagai pasal akrobatik.

Kontroversi itu timbul tidak lain karena karakter hukum yang hidup dalam masyarakat yang sangat berbeda dengan karakter hukum pidana. Melalui asas legalitas, hukum pidana menghendaki aturan yang tertulis dan cermat. Sementara hukum yang hidup dalam masyarakat tidak tertulis. Pada dasarnya, munculnya terminologi hukum yang hidup dalam

⁴² Undang-undang ini dengan tegas menyebutkan, bahwa peradilan adat dihapuskan. Hanya empat peradilan di Indonesia yang diakui sebagai pengadilan resmi, yaitu: pengadilan umum, pengadilan agama, pengadilan tata usaha negara dan pengadilan militer.

⁴³ Lihat: Mudzakkir, *op.cit.*

⁴⁴ Mudzakkir berpendapat bahwa pencantuman 'hukum yang hidup dalam masyarakat' adalah suatu pengecualian dari asas legalitas, *op.cit.*

⁴⁵ Dalam sejarahnya, hukum yang tertulis berawal dari hukum yang hidup dalam masyarakat ini. Kerabat yang sangat dekat dapat dilihat pada sistem hukum *common law* yang diterapkan Inggris serta bekas koloni-koloni dan jajahannya. Untuk lebih jelas mengenai sejarah hukum ini dapat dilihat: John Gilisen dan Frits Gorle', *Sejarah Hukum: Suatu Pengantar*, Refika Aditama Bandung, Januari 2005.

masyarakat dalam RKUHP tidak lain adalah untuk menunjuk hukum selain hukum yang dibentuk oleh negara. Dengan demikian, secara kasat mata RKUHP ini seolah membuka peluang pluralisme hukum walaupun mekanisme penyelesaiannya tetap menggunakan peradilan pidana.⁴⁶ Asas legalitas dihadapkan dengan pemberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Di Indonesia, dapat dikatakan hukum yang tidak tertulis itu kebanyakan adalah hukum adat. Dalam konteks RKUHP termasuk di situ maksudnya adalah delik adat. Menurut I Gede A.B. Wiranata, penyebutan delik adat atau perbuatan pidana adat adalah kurang tepat, melainkan pelanggaran adat. Oleh karena sebenarnya yang dimaksud adalah penyelewengan dari berbagai ketentuan hukum adat, berupa sikap tindak yang mengganggu kedamaian hidup yang juga mencakup lingkup laku kebiasaan-kebiasaan yang hidup berupa kepatutan dalam masyarakat.⁴⁷

Delik adat atau pelanggaran adat berasal dari istilah Belanda *adat delicten recht*. Istilah ini tidak dikenal dalam berbagai masyarakat adat di Indonesia. Lagi pula, hukum adat tidak membedakan antara hukum pidana dan hukum adat. Hukum pelanggaran adat dimaknai sebagai aturan-aturan hukum adat yang mengatur peristiwa atau perbuatan kesalahan yang berakibat terganggunya keseimbangan masyarakat, sehingga perlu diselesaikan (dihukum) agar keseimbangan masyarakat tidak terganggu.⁴⁸

Dalam bukunya yang berjudul *Hukum Adat Indonesia: Perkembangannya dari Masa ke Masa* (2005), I Gede A.B. Wiranata menyimpulkan pelanggaran adat adalah, (i) suatu peristiwa aksi dari pihak dalam masyarakat; (ii) aksi itu menimbulkan adanya gangguan keseimbangan; (iii) gangguan keseimbangan itu menimbulkan reaksi; dan (iv) reaksi yang timbul menjadikan terpeliharanya kembali gangguan keseimbangan kepada keadaan semula.⁴⁹ Sementara tugas penegakan hukum dan pelanggarannya ada pada kepala persekutuan hukum adat tersebut. Berbeda dengan pengaturan RKUHP yang menghendaki

⁴⁶ Lihat bunyi Pasal 67 ayat (1) RKUHP (versi 26 Mei 2005) yang menyatakan: Pidana tambahan terdiri atas: (a) pencabutan hak tertentu; (b) perampasan barang tertentu dan/atau tagihan; (c) pengumuman putusan hakim; (d) pembayaran ganti kerugian; dan (e) pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup. Lihat juga bunyi Pasal 100 ayat (1) RKUHP (versi 26 Mei 2005) yang menyebutkan: Dengan memperhatikan ketentuan Pasal 1 ayat (4), hakim dapat menetapkan pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup.

⁴⁷ Lihat: I Gede A.B. Wiranata, *Hukum adat Indonesia: Perkembangannya dari Masa ke Masa*, PT Citra Aditya Bakti Bandung, 2005, hlm 206.

⁴⁸ I Gede A.B. Wiranata, *Ibid.* hlm 206. Lihat juga pengertian delik adat menurut Soepomo, Van Vollenhoven, dan Ter Haar, dalam I Gede A.B. Wiranata, *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, hlm 207-208.

penegakannya tetap melalui aparat penegak hukum yang dibentuk oleh negara.⁵⁰ Di antaranya tetap melalui polisi, jaksa, dan diperiksa melalui pengadilan. Hal ini tersirat dalam bunyi Pasal 100 ayat (1) RKUHP yang menyebutkan “Dengan memperhatikan ketentuan Pasal 1 ayat (4) hakim dapat menetapkan pemenuhan kewajiban adat setempat dan/atau kewajiban menurut hukum yang hidup.”

⁵⁰ Lihat: Bunyi Pasal 67 ayat (1) dan Pasal 100 ayat (1) RKUHP (versi 26 Mei 2005).

BAB III

ASAS LEGALITAS DAN HUKUM YANG HIDUP DALAM MASYARAKAT

3.1. Pengaturan Asas Legalitas dalam RKUHP

Seperti disebutkan dalam bagian pertama, asas legalitas dalam RKUHP telah diatur secara berbeda dengan KUHP (*Wetboek van Strafrecht*). Perbedaan itu antara lain bahwa dalam RKUHP analogi telah secara eksplisit dilarang digunakan (Pasal 1 ayat (2)) dan memberi peluang berlakunya 'hukum yang hidup dalam masyarakat' (Pasal 1 ayat (3)). Walaupun demikian, makna yang dikandung dalam Pasal 1 ayat (1) dalam RKUHP tidak berbeda seperti yang diatur dalam KUHP, yaitu: asas legalitas. Dalam Pasal 1 RKUHP disebutkan bahwa:

- (1) 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.
- (2) Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi.
- (3) 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.
- (4) 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.

Penjelasannya:

Ayat (1)

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, 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.

Ayat (2)

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.

Ayat (3)

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, maka hal tersebut mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana ini.

Ketentuan dalam 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.

Ayat (4)

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 dalam ayat ini berorientasi pada nilai nasional dan internasional.

Bunyi Pasal 1 RKUHP di atas secara keseluruhan dapat dibaca: 'hukum pidana Indonesia berdasarkan asas legalitas yang diperkuat dengan larangan menggunakan penafsiran analogi'. Tetapi, asas legalitas dapat dikecualikan dengan memberlakukan 'hukum yang hidup dalam masyarakat' yang menganggap suatu perbuatan adalah perbuatan dilarang. 'Hukum yang hidup dalam masyarakat' ini diberlakukan secara limitatif dengan pembatasan-pembatasan tertentu, yaitu sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Dalam Pasal 1 RKUHP diatur hal-hal yang baru dibandingkan KUHP, di antaranya adalah: (i) adanya penjatuhan "tindakan" kepada pelanggar hukum pidana;⁵¹ (ii) penggunaan frase "peraturan perundang-undangan" yang berarti bukan hanya undang-undang;⁵² (iii) larangan penggunaan analogi;⁵³ dan (iv) berlakunya "hukum yang hidup dalam masyarakat".

Berdasarkan bunyi Pasal 1 ayat (1) RKUHP, terdapat dua hal penting mengenai berlakunya hukum pidana, yaitu: (i) bahwa suatu perbuatan harus dirumuskan dulu dalam peraturan perundang-undangan; (ii) peraturan perundang-undangan tersebut harus lebih dulu ada pada saat terjadinya perbuatan dimaksud. Dari hal yang pertama, konsekuensinya adalah bahwa perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam peraturan perundang-undangan sebagai suatu tindak pidana tidak dapat dimintai pertanggungjawaban. Melalui asas ini hukum tidak tertulis tidak dapat diterapkan. Dengan kata lain, hanya perundang-undangan dalam formal yang dapat memberikan pengaturan di bidang pidana.

Kata peraturan perundang-undangan yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) RKUHP tidak lain menunjuk pada semua produk legislatif yang mencakup pemahaman bahwa tindak pidana akan dirumuskan secara legitimit.⁵⁴ Berdasarkan UU Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, tata urutan perundang-undangan di antaranya: (i) Undang-Undang Dasar 1945; (ii) Undang-undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang; (iii) Peraturan Pemerintah; (iv) Peraturan Presiden; dan (v) Peraturan daerah. Dengan demikian, peraturan perundang-undangan yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) RKUHP termasuk juga peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh pemerintah provinsi maupun kabupaten/kota.

Pentingnya tindak pidana yang dirumuskan melalui undang-undang tidak lain sebagai wujud dari kewajiban pembentuk undang-undang untuk merumuskan ketentuan pidana secara terinci atau secermat mungkin.⁵⁵ Perumusan tindak pidana yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum dan menghalangi

⁵¹ Adanya penjatuhan "tindakan" kepada pelanggar hukum pidana sebelumnya tidak ada. Ketentuan ini sebagai konsekuensi memasukkan pengenaan "tindakan" kepada orang yang terbukti melanggar hukum pidana, pelanggar hukum pidana yang telah dinyatakan terbukti tetapi tidak terbukti adanya kesalahan atau masih tergolong anak (di bawah umur) ke dalam Buku I RKUHP. Tindakan bukanlah pidana dan tidak sama dengan pidana, tetapi mengandung unsur "paksaan" hukum, misalnya keharusan untuk masuk rumah sakit. Lihat: Mudzakkir, *op.cit.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Munculnya pengaturan larangan analogi dimaksudkan untuk mengurangi perbedaan pendapat dalam menafsirkan hukum yang dapat menghambat penegakan hukum pidana.

⁵⁴ Lihat: Jan Remmelink, *Op.cit.* hlm. 358.

⁵⁵ Asas ini dikenal dengan asas *lex certa* atau dikenal juga sebagai *bestimmtheitsgebot*.

keberhasilan upaya penuntutan karena warga selalu akan dapat membela diri bahwa ketentuan-ketentuan seperti itu tidak berguna sebagai pedoman berlaku.⁵⁶

Dari hal kedua yang disebutkan di atas, bahwa peraturan seperti yang dimaksud harus ada sebelum perbuatan dilakukan. Ini artinya ketentuan hukum pidana tidak diperbolehkan berlaku surut. Asas legalitas ini pada prinsipnya mengandaikan bahwa setiap individu mempunyai kebebasan. Melalui asas legalitas inilah individu mempunyai jaminan terhadap perlakuan sewenang-wenang negara terhadapnya sehingga terjadi kepastian hukum.

Melalui pengaturan Pasal 1 ayat (1) RKUHP ini dapat diketahui bahwa hanya perbuatan yang diatur secara rinci/tegas dalam peraturan perundang-undangan saja yang dapat dikenakan tindak pidana atau tindakan. Selain itu, tidak bisa, termasuk perbuatan-perbuatan yang kiranya patut dipidana, jika undang-undang tidak menentukan bahwa perbuatan tersebut adalah tindak pidana, maka kepada pelakunya tidak dapat dimintakan pertanggungjawaban.

Arti penting asas legalitas yang diatur dalam Pasal 1 ayat (1) RKUHP diperkuat lagi pengaturan ayat (2) yang melarang penggunaan analogi. Maksud dari bunyi Pasal 1 ayat (2) RKUHP sebenarnya adalah menghendaki tidak adanya penerapan sanksi terhadap perbuatan-perbuatan yang dilakukan seseorang secara berlebihan. Dengan kata lain, menghendaki bahwa perumusan delik diterapkan secara ketat (*nullum crimen sine lege stricta*: 'tiada ketentuan pidana terkecuali dirumuskan secara sempit/ketat di dalam peraturan perundang-undangan'. Menurut Mudzakkir, alasan dicantulkannya pengaturan larangan analogi adalah agar semua asas umum hukum pidana dimuat dalam ketentuan umum hukum pidana Buku I RUU KUHP dan selanjutnya mengurangi perbedaan pendapat dalam menafsirkan hukum yang dapat menghambat penegakkan hukum pidana. Oleh sebab itu, larangan analogi dimasukkan dalam Pasal 1 ayat (2) sebagai bentuk penguatan doktrin hukum pidana yang diterima oleh para ahli hukum tersebut.

Dalam pengaturan Pasal 1 RKUHP tidak ada larangan penafsiran ekstensif. Kembali menurut Mudzakkir, hal ini karena ada perbedaan utama antara penafsiran analogi dengan ekstensif, yaitu: produk penafsiran analogi menambah "hukum pidana baru" yang memuat perbuatan yang dilarang (perbuatan pidana) yang semula tidak dilarang atau dibolehkan, sedangkan produk penafsiran ekstensif adalah memperluas makna atau pengertian yang tercakup dari suatu undang-undang. Oleh karenanya penafsiran ekstensif tidak dilarang.

Dari bunyi Pasal 1 ayat (2) tersebut, RKUHP melarang semua bentuk analogi. Baik itu *gesetz* analogi maupun *recht* analogi. Dengan demikian, sebenarnya pasal ini melarang penerapan Pasal 1 ayat (3) yang memberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat.

⁵⁶ *Ibid.*

3.2.Munculnya Hukum Hidup yang dalam Masyarakat dalam RKUHP

Seperti diketahui bahwa usaha pembaharuan hukum pidana Indonesia sudah dimulai sejak tahun 60-an. Saat itu disadari bahwa KUHP yang berlaku sekarang merupakan warisan kolonial Belanda. Semangat untuk menggantikan KUHP dengan hukum pidana yang lebih sesuai dengan nilai-nilai ke-Indonesia-an begitu menggebu. Seperti yang terungkap dalam laporan Simposium Hukum Pidana Nasional tahun 1980 yang diadakan di Semarang bahwa:

Masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi atas suatu perbuatan haruslah sesuai dengan politik kriminal yang dianut oleh bangsa Indonesia, yaitu sejauh mana perbuatan tersebut bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku dalam masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka menyelenggarakan kesejahteraan masyarakat.⁵⁷

Jauh sebelum simposium itu, dalam Seminar Hukum Nasional I tahun 1963, keinginan memberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat itu sudah muncul. Dalam Resolusi butir (iv) disebutkan bahwa:

Yang dipandang sebagai perbuatan-perbuatan jahat tadi adalah perbuatan-perbuatan yang dirumuskan unsur-unsurnya dalam KUHP ini maupun dalam perundang-undangan lain. Hal ini tidak menutup pintu bagi larangan perbuatan-perbuatan menurut hukum adat yang hidup dan tidak menghambat pembentukan masyarakat yang dicita-citakan tadi, dengan sanksi adat yang masih dapat sesuai dengan martabat bangsa.⁵⁸

Sementara dalam Resolusi butir (vii) disebutkan bahwa unsur-unsur hukum agama dan hukum adat dijalankan dalam KUHP. Begitu pula dalam Seminar Hukum Nasional IV tahun 1979, dalam laporan mengenai Sistem Hukum Nasional disebutkan antara lain bahwa: (i) sistem hukum nasional harus sesuai dengan kebutuhan dan kesadaran hukum rakyat Indonesia; (ii) ... hukum nasional sejauh mungkin diusahakan dalam bentuk tertulis. Di samping itu, hukum yang tidak tertulis tetap merupakan bagian dari hukum nasional.⁵⁹

Dengan demikian, dapat dipahami bahwa munculnya pengaturan asas legalitas dalam RKUHP yang dikecualikan dengan memberlakukan "hukum yang hidup dalam masyarakat" dilatarbelakangi oleh semangat me-Indonesia-kan hukum pidana. Pada saat itu semangat itu begitu menggebu namun tidak diikuti usaha-usaha yang lebih konkret oleh yuris-yuris Indonesia. Pengaturan asas legalitas -- dan penerapan sanksi adat -- dalam RKUHP sekarang ini adalah sisa-sisa semangat itu.

⁵⁷ Mengutip ulang dari Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, 2002, hlm. 31.

⁵⁸ Mengutip ulang dari Barda Nawawi Arief, *Ibid*, hlm. 79.

⁵⁹ *Ibid*, hlm. 80.

Selanjutnya, dalam konteks Indonesia sekarang, apakah semangat itu masih relevan. Dalam artian apakah politik kriminal itu masih bisa dipakai untuk Indonesia sekarang dan masa depan. Saat ini, disadari bahwa Indonesia dalam transisi menuju demokrasi. Oleh karena itu, mestinya RKUHP dikontekskan pada masa sekarang, sehingga perbuatan-perbuatan yang dilarang dan tidak dilarang mesti di sesuaikan dengan konteks ini. Pengaturan asas legalitas yang dikecualikan, atau tepatnya disimpangi dalam RKUHP juga dapat menimbulkan permasalahan-permasalahan dalam penegakan hukum pidana.

3.3. Hukum yang Hidup dalam Masyarakat Menjadi Hukum Formal

Penjelasan Pasal 1 ayat (3) RKUHP menyebutkan bahwa ketentuan dalam ayat ini merupakan pengecualian dari asas legalitas. Diakuinya tindak pidana adat tersebut untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat tertentu. Jadi, dapat diketahui salah satu tujuannya adalah untuk memenuhi rasa keadilan.

Pencantuman hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum yang tidak tertulis) ini tidak lain menarik hukum yang tidak tertulis ini menjadi hukum formal. Hal ini dapat dilihat pada penjelasan Pasal 1 ayat (3) RKUHP yang menyatakan:

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, maka hal tersebut mendapat pengaturan secara tegas dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana ini.

Penjelasan di atas dapat diartikan bahwa penegakan hukum yang hidup dalam masyarakat akan dilakukan oleh negara melalui perangkat-perangkatnya. Jika terjadi pelanggaran akan ditegakkan oleh pengadilan, pelakunya akan diproses melalui proses formal, baik itu penangkapan, penyidikan, maupun pemidanaan.

Pertanyaannya adalah apakah dengan menjadikan hukum yang hidup dalam masyarakat menjadi hukum formal (hukum pidana) dapat menjamin terpenuhinya rasa keadilan masyarakat? Sebelum menjawab pertanyaan ini perlu disadari bahwa hukum pidana sangatlah berbeda dengan hukum yang hidup dalam masyarakat, terutama hukum adat. Dalam hukum adat tidak dikenal pembagian hukum yang berupa hukum pidana, tetapi pelanggaran adat. Lagi pula, walaupun tanpa harus ditarik ke dalam hukum formal, seperti KUHP, hukum yang hidup dalam masyarakat ini tetap eksis. Rasa keadilan bagi masyarakat dapat terpenuhi dengan membiarkan masyarakat menegakkan hukumnya sendiri tanpa campur tangan pengadilan.

Alasan lain tim perumus memasukkan hukum yang hidup dalam masyarakat dalam Pasal 1 ayat (3) RKUHP di antaranya adalah adanya anggapan bahwa masih banyak perbuatan lain yang oleh masyarakat dianggap sebagai perbuatan jahat tetapi belum tertampung dalam

RKUHP. Pemikiran demikian ini dapat dipersamakan dengan anggapan masih terdapat *criminal extra ordinaria* dalam konsep jaman Romawi Kuno. Dengan kata lain, masih banyak *crimina stellionatus* (perbuatan jahat/durjana) yang tidak tertampung KUHP. Padahal, dalam RKUHP sudah banyak muncul jenis-jenis tindak pidana yang baru, yang proses kriminalisasinya berdasarkan praktek pengadilan dan dinamika masyarakat. Lalu pertanyaannya, perbuatan jahat apa yang masih tersisa? Lagi pula, politik kriminal yang mencantumkan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar menetapkan orang melakukan tindak pidana akan rentan terjadinya krisis kelebihan kriminalisasi⁶⁰. Dengan demikian akan melimpahnya jumlah kejahatan dan perbuatan-perbuatan yang dikriminalkan.

3.4. Belum Ada Batasan yang Jelas Mengenai Hukum yang Hidup dalam Masyarakat

Pasal 1 ayat (3) ini tidak memberikan pengertian yang sangat jelas apa yang dimaksud dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Ketidakjelasan ini akan berakibat penggunaan hukum yang hidup dalam masyarakat secara semena-mena. Sehingga dikhawatirkan muncul gejala premanisme hukum adat seperti yang diungkapkan Prof. Tambun Anyang yang terjadi di Kalimantan Barat.

Apabila dianggap sebagai suatu pengakuan mengenai eksistensi hukum yang hidup dalam masyarakat, RKUHP tidak memberikan batasan yang jelas hukum yang mana yang diterapkan mengingat bahwa setiap komunitas mempunyai hukum yang berbeda-beda antara satu dengan yang lainnya. Apabila dalam hukum yang hidup dalam masyarakat itu tercakup juga hukum adat, RKUHP tidak menentukan dengan jelas siapa yang dimaksud dengan masyarakat adat, tidak ada batasan-batasan yang pasti dan rinci. Hal ini menjadikan setiap orang bisa saja menganggap dirinya sebagai masyarakat adat sehingga ia dapat menolak atau mengubah ketentuan hukum yang seharusnya berlaku baginya.

RKUHP juga belum memberikan lingkup keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat ini, misalnya wilayah geografis. Dalam Pasal 1 ayat (4) disebutkan 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*. Pada dasarnya pasal ini hendak membatasi pemberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat. Tidak semua hukum yang hidup dalam masyarakat dapat diterapkan kecuali: (i) sesuai dengan nilai-nilai Pancasila; dan (ii) sesuai dengan prinsip-prinsip yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa. Tetapi, batasan yang diberikan pasal ini tidak cukup untuk melindungi pemberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat secara semena-mena, karena batasan yang diberikan masih bersifat multiinterpretasi.

⁶⁰ Lihat: M Cherif Bassiouni, *Substantive Criminal Law*, 1978, hlm 82-84.

3.5. Hukum yang Hidup dalam Masyarakat Berbeda dengan Hukum Pidana

Seperti disebutkan di muka, asas legalitas menghendaki peraturan yang dituliskan (*lex scripta*), dirumuskan dengan rinci (*lex certa*), tidak diberlakukan surut (non-retroaktif), dan larangan analogi. Hukum yang hidup dalam masyarakat tidaklah tertulis dan tidak mempunyai rumusan yang jelas mengenai perbuatan yang dilarang itu. Lagi pula, pelanggaran terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat tidak mutlak rumusannya ada terlebih dahulu dari perbuatannya. Hukum yang hidup dalam masyarakat sangat berbeda dengan konsep asas legalitas yang menghendaki aturan yang tertutup. Sementara hukum yang hidup dalam masyarakat mempunyai sifat terbuka sehingga perbuatan jahat yang dimaksudkannya adalah setiap perbuatan yang dapat mengakibatkan keseimbangan masyarakat terganggu.

Dengan demikian, apa yang disebutkan dalam penjelasan RKUHP bahwa pencantuman hukum yang hidup dalam masyarakat tidak akan mengganggu asas legalitas adalah anggapan yang keliru. Praktek pengadilan yang menerapkan hukum adat sebagai dasar pemidanaan kebanyakan bukanlah kejahatan baru, melainkan kejahatan yang memang sudah ada dalam KUHP. Sebagai contoh, misalnya perbuatan *incest*, pemerkosaan, pembunuhan, perzinahan, dan sebagainya.⁶¹

Dalam RKUHP, jika terjadi tindak pidana maka pertanggungjawabannya adalah pertanggungjawaban individu. Sementara dalam hukum yang hidup dalam masyarakat, terutama hukum adat, pertanggungjawaban pidana tidak selalu pertanggungjawaban individu. Tetapi sanksi dapat pula dijatuhkan pada orang lain yang bukan pelaku, di antaranya kepada keluarga pelaku.

Pemberian sanksi dalam hukum adat tidak melihat apakah suatu perbuatan jahat itu sebagai perbuatan yang disengaja atau tidak (kelalaian), melainkan melihat pada akibat yang ditimbulkan. Hal ini tentu saja berbeda dengan konsep hukum pidana.

3.6. Penerapan Hukum yang Hidup dalam Masyarakat adalah Analogi

Dalam penjelasan Pasal 1 ayat (2) RKUHP disebutkan 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.

Melalui penerapan hukum yang hidup dalam masyarakat, perbuatan yang semula bukan tindak pidana berdasarkan KUHP dapat menjadi tindak pidana, tidak lain merupakan suatu

⁶¹ Lihat: Ahmad Ubbe, *Delik Adat Bugis-Makassar dan Keputusan Peradilan dalam Lintas Sejarah*. Dalam E.K.M. Masinambow, *Hukum dan Kemajemukan Budaya*, Yayasan Obor Indonesia, 2000, hlm. 123-148.

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*. Padahal telah secara tegas dalam Pasal 1 ayat (2) terdapat larangan analogi. Dengan demikian, telah terdapat pertentangan antara Pasal 1 ayat (2) dan Pasal 1 ayat (3) RKUHP.

3.7. Penerapan Hukum yang Hidup dalam Masyarakat Bukan Mengakomodasi Pluralisme

Pencantuman hukum yang hidup dalam masyarakat tidak lain merupakan suatu bentuk untuk membedakan hukum negara dan hukum bukan negara. Hukum yang hidup dalam masyarakat ini berlaku karena diperintahkan dan diperkenankan oleh negara melalui rumusan RKUHP berdasarkan pertimbangan bahwa dalam kenyataannya memang masih ada sebagian kecil masyarakat yang menerapkan hukum tersebut. Pertimbangan diakomodasinya hukum yang hidup dalam masyarakat ini tidak lain adalah pertimbangan pragmatis untuk mengakomodasi pluralitas budaya Indonesia.

Ruang lingkup berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat seperti yang diatur dalam RKUHP ini masih bergantung pada negara, yaitu melalui pembatasan-pembatasan yang disebutkan dalam Pasal 1 ayat (4) RKUHP. Bekerjanya hukum ini bukan bekerja dengan sendirinya melainkan berdasarkan kontrol negara, yaitu: penerapannya masih berdasarkan pengadilan pidana. Oleh karenanya, berlakunya hukum negara masih sangat dominan dibandingkan hukum yang hidup dalam masyarakat. Dengan kata lain, hukum yang hidup dalam masyarakat ini masih diposisikan sebagai hukum yang nomor dua setelah hukum negara. Karakter pengakuan ini, bisa dikatakan sebagai pluralisme hukum yang lemah.⁶² Dalam artian belum mengakomodasi pluralisme hukum secara utuh.

Hal lain yang perlu dicermati adalah bahwa dengan dominannya hukum negara terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat ini patut diduga pengaturan dalam RKUHP adalah sebagai usaha untuk menjinakkan keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat. Pada akhirnya hukum yang hidup dalam masyarakat ini akan menjadi hukum negara.

3.8. Pencantuman Hukum yang hidup dalam masyarakat Menghilangkan Esensi Hukum Adat

Seperti yang disebutkan di muka, hukum yang hidup dalam masyarakat termasuk juga hukum adat yang masih berlaku di komunitas masyarakat adat. Penegakan hukum adat, tidak terlepas dari unsur-unsur spiritualitas masyarakat adat yang menerapkannya. Sehingga berkaitan pula dengan ritual-ritual yang menjadi kebiasaan mereka untuk mengembalikan keseimbangan jika terdapat pelanggaran.

⁶² John Griffith membedakan pluralisme hukum lemah dan pluralisme hukum kuat. Lihat: *Pluralisme Hukum*, Huma, Januari 2005.

Pencantuman hukum yang hidup dalam masyarakat dalam Pasal 1 ayat (3) RKUHP tidak lain adalah suatu pengambilalihan fungsi penegakan hukum adat. Dengan kata lain, pencantuman itu telah menjadikan hukum adat sebagai hukum negara, sehingga penegakannya pun melalui hukum negara. Dengan demikian, esensi hukum adat telah bergeser maknanya.

Pengakomodasian hukum adat tersebut tidak lain adalah sebagai bentuk penaklukan, dan ingin melenyapkan hukum adat itu sendiri. Hukum adat yang tidak tertulis itu akan dijadikan hukum yang tertulis dan akhirnya terjadi positifisasi hukum adat. Padahal hukum adat sangat berbeda karakternya dengan hukum tertulis (positif). Lagi pula, menurut John Griffiths⁶³, pemahaman asas kepastian hukum dalam hukum adat (hukum yang hidup dalam masyarakat) tidak sama dengan asas kepastian hukum yang dipahami dalam sistem hukum negara. Bagi para penggerak sentralisme hukum beranggapan bahwa upaya membentuk suatu sistem hukum modern yang seragam memerlukan adanya pengecualian-kecualian melalui pemberlakuan hukum adat tertentu, sampai pada suatu saat di mana masyarakat primitif heterogen yang masih tersisa melebur menjadi masyarakat yang homogen dan modern.⁶⁴

3.9. Beberapa Permasalahan yang Mungkin Timbul dari Penerapan Hukum yang Hidup dalam Masyarakat

Hukum yang hidup dalam masyarakat adalah tidak dapat diperkirakan sehingga senantiasa dinamis, tumbuh berkembang, dan berubah termasuk tentang terlarang atau tidaknya suatu perbuatan. Seperti disebutkan di muka, hukum yang hidup dalam masyarakat pada dasarnya bukanlah hukum yang tertulis. Selain menimbulkan ketidakpastian hukum, pengakuan secara formal hukum yang hidup dalam masyarakat oleh RKUHP ini akan menambah keruwetan sistem hukum negara yang pada dasarnya menginginkan adanya keseragaman.⁶⁵

Dalam penerapannya, hukum pidana memerlukan peradilan. Jika hukum yang hidup dalam masyarakat ini diajukan pengadilan akan ditemui suatu hambatan bagi jaksa (penuntut umum) untuk merumuskan delik dalam surat dakwaan. *Element of crimes* yang terdapat pada hukum yang hidup dalam masyarakat tidak begitu rinci seperti halnya ketentuan pidana dalam peraturan perundang-undangan. Lagi pula, tanpa memasukkan hukum yang hidup dalam masyarakat perkara di pengadilan sudah menumpuk. Sehingga dapat menghambat prinsip peradilan cepat dan biaya murah. Penyelesaian perkara oleh masyarakat adat sendiri jauh lebih murah ketimbang diselesaikan oleh pengadilan.

⁶³ John Griffiths, *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Lihat: *Ibid.*

Persoalan krusial lain di antaranya adalah mengenai proses dan cara memeriksa perkara jika pelaku pelanggaran merupakan orang yang bukan kelompok persekutuan masyarakat adat bersangkutan. Akibatnya, dibutuhkan hakim yang mengerti dengan baik karakteristik hukum adat yang akan dijadikan dasar putusannya. Selain itu, persoalan *ne bis in idem* yang oleh hukum pidana pelakunya telah dibebaskan, sementara hukum adat menganggap tetap menyatakan hal tersebut adalah pelanggaran, tentu saja akan terjadi proses peradilan yang berulang-ulang. Hal tersebut tidak lain merupakan pelanggaran hak asasi manusia.

BAB IV

KESIMPULAN DAN REKOMENDASI

4.1. Kesimpulan

- Pasal 1 ayat (1) RKUHP menghendaki agar hukum pidana harus ditentukan terlebih dahulu melalui peraturan perundang-undangan. Barulah kemudian seseorang bisa dimintai pertanggungjawabannya terhadap perbuatan yang dilakukannya setelah ada peraturan tentang itu. Peraturan perundang-undangan yang dimaksud dalam ayat (1) tersebut tidak lain adalah peraturan perundang-undangan yang dibentuk oleh pembentuk undang-undang yang diakui negara. Dengan kata lain adalah hukum tertulis. Sementara, hukum yang hidup dalam masyarakat bukanlah hukum yang dibentuk oleh pembentuk peraturan perundang-undangan, tidak tertulis, dan bukan sebagai peraturan perundang-undangan seperti yang dimaksud dalam UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Oleh karena itu, hukum yang hidup dalam masyarakat bertentangan dengan Pasal 1 ayat (1) RKUHP. Dengan kata lain, terjadi pertentangan satu sama lainnya.
- Secara tegas dalam Pasal 1 ayat (2) RKUHP terdapat larangan penggunaan analogi. Tetapi hukum yang hidup dalam masyarakat yang diatur dalam Pasal 1 ayat (3) ini merupakan analogi yang bersifat *gesetz analogi*. Dengan demikian, terjadi pertentangan lagi di antara aturan Pasal 1 RKUHP.
- Hukum pidana menghendaki adanya pengaturan yang bersifat rinci dan cermat, prinsip ini dikenal sebagai prinsip *lex certa*. Hukum yang hidup dalam masyarakat bukanlah hukum yang dituliskan. Oleh karenanya, sangat tidak mungkin perumusan delik yang diatur dalam hukum yang hidup dalam masyarakat dibuat secara rinci.
- Pengakuan hukum yang hidup dalam masyarakat ini merupakan sisa-sisa semangat me-Indonesia-kan hukum pidana. Pengakuan masyarakat adat melalui penerapan pidana adat bukanlah pada tempatnya dalam RKUHP, karena hukum adat tidak sejalan dengan nafas hukum pidana yang menghendaki adanya kodifikasi dan unifikasi.
- Pengakomodasian hukum yang hidup dalam masyarakat ini, yang penegakannya masih melalui pengadilan dapat menghilangkan esensi hukum adat yang syarat dengan unsur ritual dan religius.

4.2. Rekomendasi

- Telah terjadi pertentangan secara konseptual pengaturan antara asas legalitas dan hukum yang hidup dalam masyarakat. Oleh karenanya, pengaturan Pasal 1 RKUHP perlu dirumuskan ulang dengan tetap konsisten mengenai asas legalitas, yaitu penerapan asas legalitas secara murni.

- Pengaturan Pasal 1 ayat (3) RKUHP bukanlah suatu bentuk perluasan asas legalitas, tetapi sebagai kemunduran dan penghilangan makna asas legalitas. Oleh karena itu, pemberian kemungkinan berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat perlu dihilangkan dalam pengaturan ketentuan hukum pidana.
- Pencantuman pengaturan hukum yang hidup dalam masyarakat telah bertentangan dengan prinsip hukum pidana *lex certa* yang menghendaki perumusan yang rinci mengenai perbuatan-perbuatan yang dilarang. Pencantuman hukum yang hidup dalam masyarakat dapat menimbulkan ketidakpastian hukum serta menimbulkan kesewenang-wenangan dalam penegakan hukum pidana.
- Pengaturan mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat dalam RKUHP sebenarnya bukanlah tempat yang pas. Hukum pidana menghendaki kodifikasi dan unifikasi, sementara hukum yang hidup dalam masyarakat sangat plural dan tergantung pada komunitas tertentu. Seharusnya hukum yang hidup dalam masyarakat ini ditempatkan pada sarana hukum yang lain selain hukum pidana. Lagi pula, pengakomodasian hukum yang hidup dalam masyarakat pada RKUHP dapat berakibat terhadap hilangnya esensi hukum yang hidup dalam masyarakat itu sendiri. Seharusnya hukum yang hidup dalam masyarakat ditempatkan pada penafsiran unsur-unsur tindak pidana yang telah terjadi dalam praktek selama ini, bukan menempatkannya sebagai dasar menghukum seseorang. Biarkanlah hukum yang hidup dalam masyarakat tumbuh dan berkembang sendiri dalam masyarakat adat tanpa harus ditarik menjadi hukum yang formal. Justru rasa keadilan masyarakat dapat lebih dirasakan apabila penegakannya diserahkan pada komunitasnya masing-masing.

DAFTAR BACAAN

- Ahmad Ubbe, "Delik Adat Bugis-Makassar dan Keputusan Peradilan Dalam Lintas Sejarah", dalam E.K.M. Masinambow, *Hukum dan Kemajemukan Budaya*, Yayasan Obor Indonesia, 2000
- Artidjo Alkostar, *Menggugat Ideologi Hukum RUU KUHP*, <http://www.kompas.com>
- Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, 2002
- Bassiouni, M Cherif, *Substantive Criminal Law*, 1978
- Eva Achjani Zulfa, *Ketika Jaman Meninggalkan Hukum*, 01 Apr 2003, www.pemantauperadilan.com
- ELSAM, *Background Paper: Timjauan Umum Terhadap Rancangan KUHP Nasional*, 2005
- Gilisen, John dan Frits Gorle', *Sejarah Hukum: Suatu Pengantar*, Refika Aditama Bandung, Januari 2005
- Heveman, Roelof H., *The Legality of Adat Criminal Law in Modern Indonesia*, Tatanusa, Jakarta, 2002
- H Abdurrahman, *Beberapa Catatan Tentang Asas Legalitas*, Makalah yang disampaikan pada *Focus Group Discussion tentang Pengaturan Asas Legalitas dalam RKUHP* yang di adakan ELSAM di Hotel Ibis Tamarim, 22 Agustus 2005.
- Abdurrahman, *Peradilan Adat dan Lembaga Adat dalam Sistem Peradilan Indonesia*, makalah pada Sarasehan Peradilan Adat, KMAN, Lombok, September 2003
- I Gede A.B. Wiranata, *Hukum adat Indonesia: Perkembangannya dari Masa ke Masa*, PT Citra Aditya Bakti Bandung, 2005
- Kompas, Jumat 18 Agustus 2000, "Demi Keadilan, Penerapan Asas Retroaktif Bisa Diterima"
- Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Cetakan Ketujuh, 2000
- M. Karfawi, *Asas Legalitas Dalam Usul Rancangan KUHP (Baru) dan Masalah-masalahnya*, Jurnal Arena Hukum, Juli 1987 hlm 9 – 15

Mudzakkir, *Pengaturan Asas Legalitas Dalam RUU KUHP*, Makalah dalam *Focus Group Discussion* Mengenai Pengaturan Asas Legalitas Dalam RKUHP yang diadakan ELSAM, Hotel Ibis Tamarim Jakarta, 22 Agustus 2005

Remmelink, Jan, *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana dan Padanannya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia*, Penerbit PT Gramedia Jakarta, 2003

Sofyan Sastrawidjaja, *Hukum Pidana: Asas Hukum Pidana Sampai pada Peniadaan Pidana*, Armica Bandung, 1995



PROFIL PROGRAM

ADVOKASI RANCANGAN KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA

Program Advokasi ini dibentuk dan terlaksana sejak Tahun 2001 saat Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia mengeluarkan sebuah Draft Rancangan Undang-Undang KUHP yang dirumuskan pada Tahun 1999-2000. Menyikapi lahirnya draft KUHP tersebut kemudian ELSAM berinisiatif melakukan monitoring dan pemantauan yang sistematis. Pelaksanaan dimulai, dengan mengumpulkan berbagai dokumen RUU KUHP dan mulai merancang beberapa diskusi tematik berkenaan isu Reformasi Hukum pidana dan Hak Asasi Manusia. Dalam perjalanannya dalam Tahun 2001-2005, Program ini telah banyak melakukan aktivitas-aktivitas penting. Baik berupa diskusi, seminar, riset dan pengumpulan informasi yang berkaitan dengan reformasi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. Beberapa Hasil seminar-diskusi, riset maupun dokumentasi dari program ini dapat diakses di Divisi Legal Service ELSAM. Beberapa dokumen yang dapat diakses ialah:

- RUU KUHP Tahun 2000
- Catatan diskusi: R KUHP dan Penegakan Hak Asasi Manusia, 2001
- RUU KUHP Tahun 2004-2005
- Beberapa Artikel dan Karya Tulis berkenaan dengan RUU KUHP
- Catatan Hasil diskusi "Pemetaan terhadap RUU KUHP" 2004
- Catatan Hasil diskusi "Asas legalitas Dalam R KUHP" 2005
- Catatan Hasil diskusi "Contempt Of Court dalam RUU KUHP" 2005.
- Catatan Hasil diskusi "Human Trafficking dalam RUU KUHP" 2005.
- Background Paper atas RUU KUHP, 2004
- Position paper "R KUHP mengancam Kebebasan dasar" 2005
- Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #1, "Asas legalitas Dalam R KUHP" 2005
- Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #2, "Contempt Of Court Dalam R KUHP" 2005
- Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #3, "Pemidanaan, Pidana dan tindakan Dalam R KUHP" 2005
- Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #4, "Pidana Korporasi Dalam R KUHP" 2005

POSITION PAPER ADVOKASI RUU KUHP SERI #1
"Asas Legalitas Dalam Rancangan KUHP"

- Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #5, "Kejahatan terhadap Publik Dalam R KUHP" 2005
- Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #6, "Perdagangan Manusia Dalam R KUHP" 2005
- Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #7, "Politik Kriminal Dalam R KUHP" 2005