

**DEKONTRUKSI TERHADAP ASAS LEGALITAS, PERIMBANGAN PERLINDUNGAN
TERHADAP KEPENTINGAN PELAKU DAN KORBAN TINDAK PIDANA**

Dr. Derry Angling Kesuma. SH.,M. Hum

kesumaderry@gmail.com.

Dr. H. Yuli Asmara Triputra. SH.,M. Hum

yuliasmaratriputra@gmail.com.

Abstract

One of the basic principles of criminal law is the principle of legality. The principle of legality has a very fundamental position and therefore becomes one of the most important principles in the criminal law. This principle, among others, regulates about what and how an action or deed can be categorized as a criminal offense and based on what proposition. The introduction of the legality principle in jurisprudence initially serves normatively to standardize one's behavior so that it can be categorized as a crime (offense) or not. But in its development, the principle of legality is also used as a tool to arbitrarily set legal policies by the authorities. This is between the forms of the problem of absolutism of the principle of legality. Regarding the process of Deconstructing to the Legality Principle, in relation to the treatment of Protection Balance on the Interests of Criminal Actors and Victims, where the authors will only use normative legal methodology, that is, to analyze only the literature materials without conducting the hypothesis testing (library research). By reforming the substance of the law, the potential for improving the legal and legal structure of the law becomes systematic and more directed. Among the legal substances that need attention are Legal Legality Principles.

From the description and formulation of the author, then the principle of legality has a narrower range and scope is narrower when compared with the idea nullum crimen sine poena. Legality principle can only be used to demand "mala prohibita", while the idea of "nullum crimen sine poena" can be used to prosecute "mala prohibita", and criminal extra ordinaria.

Keywords: *Legality Principle, Legal Protection, Balance Principle*

I. PENDAHULUAN

Proses dialektika dalam hubungan dengan pembaharuan hukum pidana, terutama yang menyangkut tentang asas Legalitas dalam hukum pidana, diawali dari adanya terjemahan kata "*ideological critique*". Kritik ideologis terhadap suatu konsep hukum maupun asas hukum merupakan suatu hal yang tidak juga baru, karena asas ini berkembang sejak tahun 1970, dalam tataran pengembangan filsafat hukum.

Salah satu asas pokok dalam hukum pidana adalah asas legalitas (*principle of legality*). Asas legalitas memiliki kedudukan yang sangat fundamental dan oleh karenanya menjadi salah satu asas yang paling penting dalam hukum pidana. Asas ini antara lain mengatur tentang apa dan bagaimana sebuah tindakan atau perbuatan dapat dikategorikan sebagai tindak pidana dan didasarkan atas dalil apa. Diperkenalkannya asas legalitas dalam ilmu hukum pada awalnya berfungsi secara normatif untuk membuat standar atas perilaku seseorang sehingga dapat dikategorikan sebagai sebuah tindak pidana (delik) ataukah tidak. Namun pada perkembangannya, asas legalitas juga digunakan sebagai alat untuk menetapkan kebijakan hukum secara sewenang-wenang oleh penguasa. Inilah di antara wujud problem absolutisme asas legalitas (Deni Setyo BY, 2014)

Hukum positif di Indonesia mengenal asas legalitas dalam KUHP Pasal 1 ayat (1), bahwa setiap perbuatan yang disebut sebagai perbuatan/tindak pidana harus dirumuskan dalam undang-undang yang diadakan terlebih dahulu yang menetapkan dalam rumusan yang jelas tentang perbuatan-perbuatan dimaksud. Sebagai konsekuensinya, sebuah perbuatan yang menurut pandangan masyarakat dianggap sebagai perbuatan tercela karena melanggar nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat tidak dapat dipidana karena tidak diatur secara tertulis dalam undang-undang (I Dewa Made Suartha, 2015). Dengan bahasa yang lain, Deni Setyo Bagus Yuherawan menyatakan bahwa sangat tidak masuk akal membebaskan orang yang telah melakukan kejahatan hanya karena kejahatan itu tidak dilarang oleh undang-undang pidana. Hal ini karena setiap perilaku kejahatan harus ada pertanggungjawaban pidananya (Deni Setyo BY, 2014). Pertanggungjawaban tersebut hakikatnya merupakan upaya untuk mengembalikan keadaan menjadi baik seperti semula dan mewujudkan keadilan. Oleh karenanya sekecil apapun kejahatan harus ada pertanggungjawabannya. Kondisi Asas Legalitas beserta segala konsekuensinya tersebut, telah merangsang munculnya beberapa kritik dan wacana pembaharuan dari para ahli hukum. Salah seorang dari mereka, Deni Setyo Bagus, menganggap sudah waktunya menumbuhkembangkan ide dekonstruktif terhadap Asas Legalitas dengan paradigma yang baru. Ia berargumentasi bahwa Asas Legalitas telah memperlakukan pelaku dan korban secara tidak proporsional. Asas legalitas hanya mengakomodasi kepentingan serta menjunjung tinggi hak asasi pelaku dengan mengorbankan kepentingan dan hak asasi korban, yang sering kali berjumlah jauh lebih banyak dari pelaku (Deni Setyo BY, 2014).

Asas legalitas sering dilihat sebagai ketentuan yang secara absolut dianggap benar sehingga secara formil pasti telah mewakili rasa keadilan masyarakat. Oleh sebab itu maka ketentuan-ketentuan dalam undang-undang harus ditegakkan bagaimanapun caranya dan mesti diperlakukan sebagai representasi dari nilai-nilai keadilan. Konsekuensi dari pola pikir dan paradigma seperti ini tentu saja adalah persepsi yang berlebihan dengan menganggap bahwa hukum adalah undang-undang dan undang-undang sama dengan hukum. Paradigma formalistik dalam melihat hukum ini telah berakibat semakin sulitnya menemukan keadilan sejati. Yang ada adalah keadilan yang formal, sempit dan kaku, yakni keadilan yang tidak mewakili semua hak dan kepentingan, baik hak korban, pelaku, negara, dan masyarakat.

Menurut Jan Gissels dan mark van Koecke, *ideological critique* berkaitan dengan hukum baru akhir-akhir ini banyak mengalami perkembangan. Ideologi adalah keseluruhan nilai-nilai dan kaidah-kaidah yang membentuk wawasan orang atas manusia dan masyarakat, dimana pada level teori hukum, kritik ideologis merupakan pengembangan untuk menampilkan ke permukaan ideologi yang tersembunyi dalam, perundang-undangan, peradilan, dan kepustakaan hukum, dengan maksud untuk membuka selubung yang menyembunyikan ideologi ini. Dasar kefilosofatan asas legalitas inilah yang kemudian menjadi awal/dasar pemikiran-pemikiran filsafat hukum yang melatar belakangi dan menumbuh kembangkan asas legalitas.

Pemikiran Barda Nawawi Arif, dimana beliau mengkritisi ketentuan Asas Legalitas hukum pidana sebagaimana tercantum dalam KUHP pasal 1 ayat (1). Menurutnya, dengan adanya ketentuan pasal 1 ayat (1) KUHP, seolah-olah hukum pidana tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat sengaja ditiadakan atau dimatikan. Ditiadkannya hukum pidana tidak tertulis pada jaman penjajahan bisa dimaklumi, karena memang sesuai dengan politik hukum Belanda saat itu. Namun akan sangat dirasakan janggal apabila kebijakan itu diteruskan setelah kemerdekaan. Dengan adanya asas legalitas formal, hukum tidak

tertulis/hukum yang hidup menjadi tidak tergalai dan terungkap secara utuh ke permukaan, khususnya dalam praktek peradilan pidana (Barda Nawawi Arief, 2011). Kritik terhadap Asas Legalitas juga disampaikan dalam perspektif ontologis maupun aksiologis, yakni bahwa Asas Legalitas dianggap memiliki keterbatasan-keterbatasan. Di antara keterbatasan itu adalah: 1) Asas Legalitas hanya dapat bermakna jika ditopang oleh undang-undang yang baik (*good penal law*). Sebaliknya, Asas Legalitas menjadi tidak bermakna jika ditopang oleh undang-undang pidana yang tidak baik (*bad penal laws*); 2) Asas Legalitas tidak memiliki daya jangkau untuk menuntut '*crimina extra ordinaria*' (tindak pidana luar biasa), walaupun perbuatan tersebut menimbulkan kerugian luar biasa bagi korban dan/atau masyarakat; 3) Adanya keterbatasan daya jangkau terhadap '*crimina extra ordinaria*', Asas Legalitas sama sekali tidak melakukan fungsi perlindungan terhadap kepentingan korban dan/atau masyarakat (Deni Setyo BY, 2014).

Dari apa yang telah dijabarkan diatas, menarik minat penulis untuk meneliti secara lebih mendalam mengenai proses Dekonstruksi Terhadap Asas Legalitas, sehubungan dengan perlakuan Perimbangan Perlindungan Terhadap Kepentingan Pelaku Dan Korban Tindak Pidana, dimana penulis hanya akan menggunakan metodologi hukum Normatif, yaitu menganalisa bahan-bahan kepustakaan saja dengan tanpa melakukan pengujian hipotesa (*library research*). Dengan mereformasi substansi hukum, maka potensi untuk memperbaiki struktur hukum dan budaya hukum menjadi sistematis dan lebih terarah. Di antara substansi hukum yang perlu mendapat perhatian adalah Asas Legalitas hukum.

II. Metode penelitian

Penelitian ini bersifat yuridis normatif, yaitu dengan melakukan kajian terhadap norma-norma hukum, khususnya peraturan perundang-undangan tertentu atau hukum tertulis. Penelitian normatif adalah penelitian yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka. Pemikiran normatif didasarkan pada penelitian yang mencakup: 1) asas-asas hukum; 2) sistematik hukum; 3) taraf sinkronisasi vertikal dan horisontal; 4) perbandingan hukum; 5) sejarah hukum. Penelitian ini juga disebut penelitian hukum non doktrinal. (S Irianto & Sidharta, 2011)

III. Hasil dan Pembahasan

Kata *asas* berasal dari bahasa arab *asasun* yang berarti dasar atau prinsip, sedangkan kata "legalitas" berasal dari bahasa latin yaitu *lex* yang berarti undang-undang, atau dari kata jadian *legalis* yang berarti sah atau sesuai dengan ketentuan undang-undang. Dengan demikian arti legalitas adalah keabsahan menurut undang-undang (Subekti & Tjitrosudibyo, 1969). Asas legalitas berkaitan dengan ketentuan yang menyatakan bahwa tidak ada pelanggaran dan tidak ada hukuman sebelum ada undang-undang yang mengaturnya. Menurut Moeljatno, asas legalitas (*Principle of legality*) adalah asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan.

Asas legalitas yang dikenal dalam hukum pidana modern muncul dari lingkup sosiologis Abad Pencerahan yang mengagungkan doktrin perlindungan rakyat dari perlakuan sewenang-wenang kekuasaan. Sebelum datang Abad Pencerahan (Bambang Purnomo, 1994), kekuasaan dapat menghukum orang meski tanpa ada peraturan terlebih dulu. Saat itu, selera kekuasaanlah yang paling berhak menentukan apakah perbuatan dapat dihukum atau tidak. Untuk menangkalnya, hadirilah asas legalitas yang merupakan instrumen penting perlindungan kemerdekaan individu saat berhadapan dengan negara. Dengan demikian, apa yang disebut dengan perbuatan yang dapat dihukum menjadi otoritas peraturan, bukan kekuasaan. Perlindungan terhadap hak-hak rakyat banyak yang pada mulanya dilakukan melalui perjuangan dengan asas politik, yakni dengan menghadapi kepentingan rakyat *vis a vis* kekuasaan raja yang absolut. Akar gagasan asas legalitas berasal dari ketentuan Pasal 39 *Magna Charta* (1215) di Inggris, yang menjamin adanya perlindungan rakyat dari penangkapan, penahanan, penyitaan, pembuangan, dan dikeluarkannya seseorang dari perlindungan hukum/undang-undang, kecuali ada putusan peradilan yang sah. Ketentuan ini diikuti *Habeas Corpus Act* (1679) di Inggris yang mengharuskan seseorang yang ditangkap diperiksa dalam waktu singkat. Pasca lahirnya *Magna Charta* dan *Habeas Corpus Act*, jaminan atas hak dan kewajiban rakyat kemudian berubah menjadi asas-asas hukum. Asas-asas hukum ini dirumuskan dalam hukum tertulis, agar memiliki jaminan kepastian hukum (*rechtszekerheid*). Pelopor perjuangan politik dan hukum di Inggris adalah John Locke (1760).

Perjuangan rakyat Inggris tersebut kemudian berkembang hingga ke Perancis, sebagai bentuk perlawanan atas kesewenang-wenangan raja Louis XIV, dengan simbol Penjara Bastille sebagai simbol

kekuasaan raja yang despotis (Bambang Purnomo, 1994). Perjuangan rakyat Perancis dipengaruhi oleh dua orang filsuf paling terkemuka Abad Pencerahan, Charles Montesquieu (1689-1755) dan Jean Jacques Rousseau (1712-1778). Montesquieu lewat bukunya *L'esprit des Lois* (1748) dan bukunya Rousseau "*Dus Contrat Social, ou principes du droit politique*" (1762) memperkenalkan pemikiran asas legalitas, sebagai bentuk perlawanan terhadap konsep *Let's ces moi*, yang didengungkan Raja Louis. Selain dipengaruhi oleh kedua filsuf tersebut perkembangan asas legalitas di Perancis juga dipengaruhi oleh Marquis de Lafayette, seorang sahabat George Washington, yang membawa pemikiran asas legalitas dari Amerika ke Perancis. Di Amerika, ketentuan asas legalitas sudah dicantumkan dalam *Declaration of Independence* 1776, di sana disebutkan tiada seorang pun boleh dituntut atau ditangkap selain dengan, dan karena tindakan-tindakan yang diatur dalam, peraturan perundang-undangan. Pemikiran asas legalitas kemudian diimplementasikan sebagai undang-undang dalam Pasal 8 *Declaration des droits de L'homme et du citoyen* (1789). Asas ini kemudian dimasukkan dalam Pasal 4 Code Penal Perancis pada masa pemerintahan Napoleon Bonaparte (1801). Bunyi ketentuan ini adalah bahwa "*Tidak ada sesuatu yang boleh dipidana selain karena suatu wet yang ditetapkan dalam undang-undang dan diundangkan secara sah.*" Beccaria, dalam "*Dei delitti e drlee pene*" (*Over misdaden en straffen* 1764) juga menyatakan bahwa individu harus dilindungi dari perbuatan sewenang-wenang. Oleh karenanya perlu dibuat suatu hukum sebelum delik itu terjadi. Hukum itu harus mengatur dengan jelas dan tegas, sehingga bisa memberi petunjuk dalam menjalankan peradilan pidana

Dalam bahasa latin disebut sebagai *nullum delictum nulla poena sine praevia lege*. (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu). Menurutnnya, dari formulasi Asas Legalitas tersebut setidaknya dikandung tiga pengertian:

- 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;
- 3) Aturan-aturan hukum pidana tidak boleh berlaku surut.

Sedangkan Peter Mahmud Marzuki mendefinisikannya sebagai tiada seorang pun dapat dipidana karena melakukan suatu perbuatan jika tidak ada aturan undang-undang yang mengatur sebelum perbuatan dilakukan. Kedua pengertian di atas memiliki substansi yang sama yaitu perbuatan seseorang pada dasarnya tidak dapat dijerat hukum apabila tidak ada undang-undang yang mengaturnya sebelum perbuatan tersebut dilakukan. Sementara itu, secara lebih tegas menurut Wirjono Prodjodikoro, bahasa latin Asas Legalitas yang berbunyi *nullum delictum, nulla puna sine praevia lege punali* diartikan tiada kejahatan, tiada hukuman pidana tanpa undang-undang hukum pidana terlebih dahulu. Para ahli hukum pidana pada dasarnya sepakat dengan adanya 3 (tiga) makna dalam asas legalitas, yaitu (Wirjono Prodjodikoro, 2003):

- a) tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu belum dinyatakan terlebih dahulu dalam suatu undang-undang;
- b) untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (qiyas);
- c) aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut. Tiga makna asas legalitas tersebut mengakibatkan adanya dua implikasi, yaitu:
 - 1) larangan menggunakan analogi (prinsip non analogi); dan
 - 2) keharusan menggunakan undang-undang pidana yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan. Artinya, dilarang memberlakukan undang-undang pidana secara retroaktif (prinsip non-retroaktif).

Di Indonesia, Asas Legalitas diwujudkan dalam aturan hukum yaitu Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang menyatakan: "Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan" Ketentuan tentang "aturan pidana dalam undang-undang yang telah ada" dalam pasal 1 ayat (1) KUHP ini memiliki pengertian bahwa harus ada empat unsur penting dalam hukum pidana, yaitu:

- 1) kualifikasi perbuatan pidana;
- 2) undang-undang pidana yang harus diberlakukan;
- 3) sumber hukum pidana; dan
- 4) sistem hukum pidana.

Perjalanan selanjutnya, Von Feuerbach seorang sarjana Jerman, merumuskan adagium "*Nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali.*" Bahwa tidak delik, tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu. Adagium ini terkandung dalam bukunya *Lehrbuch des peinlichen Rechts* (1801). Asas legalitas yang dikemukakan oleh Feuerbach mengandung tiga pengertian (Molejatno, 2002):

1. Tidak ada perbuatan dapat dipidana, apabila belum diatur dalam undang-undang.
2. Dalam menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi.
3. Aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut (*non retroaktif*).

Tujuan yang ingin dicapai dari asas legalitas itu sendiri adalah memperkuat kepastian hukum, menciptakan keadilan dan kejujuran bagi terdakwa, mengefektifkan fungsi penjeratan dalam sanksi pidana, mencegah penyalahgunaan kekuasaan, dan memperkuat *rule of law*. Di satu sisi asas ini memang dirasa sangat efektif dalam melindungi hak-hak rakyat dari kesewang-wenangan penguasa. Namun, efek dari pemberlakuan ketentuan asas legalitas adalah, hukum kurang bisa mengikuti perkembangan pesat kejahatan. Ini menjadi kelemahan mendasar dari pemberlakuan asas legalitas. E Utrecht mengatakan, asas legalitas kurang melindungi kepentingan-kepentingan kolektif (*collectieve belangen*), karena memungkinkan dibebaskannya pelaku perbuatan yang sejatinya merupakan kejahatan tapi tidak tercantum dalam peraturan perundang-undangan. Jadi, paradigma yang dianut asas ini adalah konsep mala in prohibita (suatu perbuatan dianggap kejahatan karena adanya peraturan), bukan mala in se (suatu perbuatan dianggap kejahatan karena tercela).

Apabila dianalisis lebih intens, detail dan terperinci terminologi ‘ketentuan perundang-undangan’ (*wettelijk strafbepaling*) dan ‘undang-undang’ maka ruang lingkup asas legalitas dalam hukum pidana materiil lebih luas dengan terminologi ‘perundang-undangan’ dari kata ‘undang-undang’ pada ketentuan hukum acara pidana. Tegasnya, asas legalitas di samping dikenal dalam ketentuan hukum pidana materiil juga dikenal dalam ketentuan hukum acara pidana (hukum pidana formal). Andi Hamzah kemudian lebih lanjut menyebutkan bahwa dengan demikian, asas legalitas dalam hukum acara pidana lebih ketat daripada dalam hukum pidana materiil, karena istilah dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP (sama dengan Belanda) ‘ketentuan perundang-undangan’ (*wettelijk strafbepaling*) sedangkan dalam hukum acara pidana disebut undang-undang pidana. Jadi, suatu peraturan yang lebih rendah seperti Peraturan Pemerintah dan Peraturan Daerah dapat menentukan suatu perbuatan dapat dipidana tetapi tidak boleh membuat aturan acara pidana.

Hakikat ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut mendeskripsikan tentang pemberlakuan hukum pidana menurut waktu terjadinya tidak pidana (*tempus delicti*). Konkritnya, untuk menentukan dapat atau tidaknya suatu perbuatan agar dipidana maka ketentuan pidana tersebut harus ada terlebih dahulu diatur sebelum perbuatan dilakukan. Francis Bacon (1561-1626), seorang filsuf Inggris merumuskan dalam adagium *moneat lex, priusquam feriat* (undang-undang harus memberikan peringatan terlebih dahulu sebelum merealisasikan ancaman yang terkandung di dalamnya), ini kiranya mencakup lebih dari sekedar itu, yakni mencakup juga pembenaran atas pidana yang dijatuhkan. Hanya jika ancaman pidana yang muncul terlebih dahulu telah difungsikan sebagai upaya pencegahan, menghukum dapat dibenarkan.

Pada dasarnya, perkembangan asas legalitas eksistensinya diakui dalam KUHP Indonesia baik **asas legalitas formal** (Pasal 1 ayat (1) KUHP) maupun **asas legalitas materiil** (Pasal 1 ayat (3) RUU KUHP Tahun 2008). Akan tetapi, Utrecht keberatan dengan dianutnya asas legalitas di Indonesia. Alasannya ialah banyak sekali perbuatan yang sepatutnya dipidana (*strafwaardig*) tidak dipidana karena adanya asas tersebut serta asas legalitas menghalangi berlakunya hukum pidana adat yang masih hidup dan akan hidup. Lebih terperinci maka Utrecht mengatakan bahwa: ‘*Terhadap azas nullum delictum* itu dapat dikemukakan beberapa keberatan. Pertama-tama dapat dikemukakan bahwa azas *nullum delictum* itu kurang melindungi kepentingan-kepentingan kolektif (*collectieve belangen*). Akibat azas *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. Azas *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 KUH Pidana, yaitu suatu alasan yang dikemukakan oleh terutama hakim pidana di daerah bahwa pasal 1 ayat 1 KUH Pidana menghindarkan dijalankannya hukum pidana adat. Akan tetapi, walaupun demikian pada umumnya asas legalitas tersebut menurut Andi Hamzah diterima dalam KUHP Indonesia meskipun merupakan dilema. Lebih jauh dikatakan, bahwa: ‘Menurut pendapat Andi Hamzah, adanya asas tersebut di dalam KUHP Indonesia merupakan dilemma, 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 dari perlakuan yang tidak wajar dan tidak adil dari penguasa dan hakim sehingga diperlukan adanya asas itu. Lagipula sebagai negara berkembang yang pengalaman dan pengetahuan para hakim masih sering dipandang kurang sempurna sehingga sangat berbahaya jika asas itu ditinggalkan.

Asas legalitas konteks di atas dalam KUHP Indonesia mengacu kepada ide dasar adanya kepastian hukum (*rechtzekerheids*). Akan tetapi, dalam implementasinya maka ketentuan asas legalitas tersebut tidak

bersifat mutlak. A. Zainal Abidin Farid menyebutkan pengecualian asas legalitas terdapat dalam *hukum transistoir* (peralihan) yang mengatur tentang lingkungan kuasa berlakunya undang-undang menurut waktu (*sphere of time, tijdgebied*) yang terdapat pada pasal 1 ayat (2) KUH Pidana yang berbunyi, 'bilamana perundang-undangan diubah setelah waktu terwujudnya perbuatan pidana, maka terhadap tersangka digunakan ketentuan yang paling menguntungkan baginya.

Barda Nawawi Arief mempergunakan terminologi melemahnya/bergesernya asas legalitas terutama dalam bentuk perlindungan terhadap kepentingan pelaku dan korban tindak pidana, antara lain dikarenakan sebagai berikut:

1. Bentuk pelunakan/penghalusan pertama terdapat di dalam KUHP sendiri, yaitu dengan adanya Pasal 1 ayat (2) KUHP;
2. Dalam praktik yurisprudensi dan perkembangan teori, dikenal adanya ajaran sifat melawan hukum yang materiel;
3. Dalam hukum positif dan perkembangannya di Indonesia (dalam Undang-undang Dasar Sementara 1950; Undang-undang Nomor 1 Drt 1951; Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 jo Undang-undang Nomor 35 Tahun 1999; 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;
4. Dalam dokumen internasional dalam KUHP negara lain juga terlihat perkembangan/pengakuan ke arah asas legalitas materiel (lihat Pasal 15 ayat (2) *International Convention on Civil and Political Right* (ICCPR) dan KUHP Kanada di atas);
5. Di beberapa KUHP negara lain (antara lain KUHP Belanda, Yunani, Portugal) ada ketentuan mengenai 'pemaafan/pengampunan hakim' (dikenal dengan berbagai istilah, antara lain '*rechterlijk pardon*', '*Judicial pardon*', '*Dispensa de pena*' atau '*Nonimposing of penalty*') yang merupakan bentuk '*Judicial corrective to the legality principle*';
6. Ada perubahan fundamental di KUHP Perancis pada tahun 1975 (dengan Undang-undang Nomor 75-624 tanggal 11 Juli 1975) yang menambahkan ketentuan mengenai 'pernyataan bersalah tanpa menjatuhkan pidana' ('*the declaration of guilt without imposing a penalty*');
7. Perkembangan/perubahan yang sangat cepat dan sulit diantisipasi dari '*cyber-crime*' merupakan tantangan cukup besar bagi berlakunya asas 'lex certa', karena dunia maya (*cyber-space*) bukan dunia riil/realita/nyata/pasti.

Salah satu konsekuensi hukum dari esensiasas legalitas adalah pemberian hak kepada pelaku untuk tidak dituntut jika perbuatannya bukan perbuatan yang dilarang oleh undang-undang pidana (*mala prohibita*). Dalam hal ini, pelaku tidak dapat dituntut dengan menggunakan undang-undang yang berlaku kemudian (prinsip non-retroaktif). Pelaku juga tidak bisa dituntut dengan menggunakan analogi (prinsip non-analogi). Hak untuk dapat dituntut (terutama atas dasar prinsip non-retroaktif) diatur dalam KUHP, UUD 1945, TAP MPR, UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM, dan beberapa Peraturan Perundang-undangan lainnya.

Dari perspektif gradasi kepentingan dalam masyarakat, peningkatan gradasi hak untuk tidak dituntut menjadi hak asasi manusia dan hak konstitusional merupakan sesuatu yang tidak proporsional. Sangat tidak masuk akal memberikan hak yang lebih berbobot kepada individu pelaku, yang mana individu pelaku tidak lebih penting dibandingkan korban dan/atau masyarakat. Seharusnya pembobotan lebih diberikan kepada hak-hak korban dan/atau masyarakat (Deni Setyo BY, 2014). Perimbangan perlindungan terhadap kepentingan pelaku dengan korban tindak pidana harus dilakukan dalam konteks masyarakat. Tidaklah mungkin membahas kepentingan individu pelaku kejahatan diluar konteks masyarakat.

Menurut makna universal hukum, hukum ialah mewujudkan keadilan dalam hidup bersama manusia. Makna ini tercapai dengan dimasukkannya prinsip-prinsip keadilan bagi kehidupan bersama itu. Maka menurut pandangan orang, hukum yang sebenarnya adalah hukum yang positif yang merupakan realisasi dari prinsip keadilan. Harus diakui bahwa orang yang berpandangan empiris tidak sampai pada pandangan ini. Mereka mendapat pengertian tentang hukum dari apa yang terjadi dalam pembentukan hukum dalam undang-undang. Dengan ini mereka memastikan bahwa hukum berasal dari suatu pemerintahan yang sah dalam suatu negara yang berdaulat (Theo Huijbers, 1982).

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

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

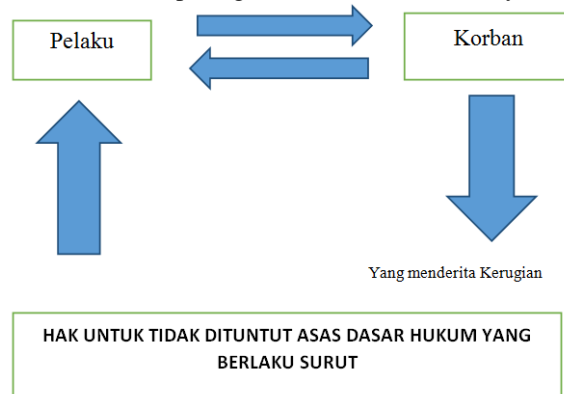
Akibatnya peraturan yang ditentukan kehilangan artinya sebagai hukum dan mungkin tidak akan ditaati lagi. Bila perkembangan semacam ini cukup disadari oleh orang-orang yang menetapkan hukum mereka itu akan menyetujui bahwa hukum positif menjadi hukum yang mati. Hukum hanya dipandang sebagai hukum kalau tidak bertentangan dengan prinsip keadilan. Konsekuensi logisnya adalah peraturan yang tidak adil bukanlah hukum yang sebenarnya. Tetapi kalau suatu peraturan kehilangan maknanya sebagai hukum, maka peraturan itu tidak mewajibkan lagi sehingga, tidak boleh ditaati. Aquinas menyatakan “pemberontakan terhadap tata hukum yang tidak adil sering kali tidak diizinkan karena bahaya huru-hara dan anarkhi.” Walaupun demikian tetap benar bahwa hukum yang tidak adil kehilangan artinya sebagai hukum, sekalipun peraturannya terus ditaati. Peraturan ini ditaati tidak oleh karena memiliki kekuatan hukum, tetapi oleh karena orang yang menetapkannya adalah penguasa. Maka dengan ini perbedaan antara hukum dan kekuasaan telah hilang. Dalam konteks ketaatan seperti di atas peneliti melihat bahwa dalam hal ini orang mentaati peraturan itu (yang tidak adil) karena adanya ketakutan terhadap penguasa bukan ketaatan dari dalam sikap batinnya (moral). Memang dalam aplikasi hukum sangat sulit membedakan hukum yang adil dan tidak adil. Orang yang mempelajari masalah hukum kurang senang dengan ketidakpastian ini. Itu akibat dari adanya anggapan hukum itu harus pasti (certum) untuk menjamin kehidupan bersama dan menghindari terjadinya chaos. Penegakan dari kepastian hukum itu dicapai dengan membentuk undang-undang (positifisasi). Kesimpulannya adalah bahwa dalam hukum yang sebenarnya dua segi disatukan: hukum adalah hukum yang adil dan pasti. Bila salah satu segi berkekurangan, hukum itu kehilangan artinya sebagai hukum.¹⁹ Hal ini dapat peneliti jelaskan secara sederhana dengan mengkomparasikan relativitas hukum yang pasti dengan hukum yang adil yaitu manusia yang secara realitas dibentuk dari dua komponen yang berbeda tapi saling dependensi; yaitu hubungan antara komponen jiwa dan raga. Memang benar adanya bahwa badan tanpa jiwa tidak bermakna, dan di sisi lain jiwa tidak dapat soliter. Jiwa hanya bisa eksis bila menyatu dengan raga membentuk manusia yang hidup. Namun persatuan dua hal yang berbeda ini, tidak lantas bisa disamakan. Baik jiwa maupun raga tetap memperlihatkan segi yang beda dalam eksistensi manusia. Dengan menerima hukum alam sebenarnya diterima kriteria untuk menilai apa hukum yang sungguh menurut prinsip keadilan.

Dari aspek perbuatan (*actus reus*) diisyaratkan bahwa perbuatan tersebut harus melawan hukum dan tidak ada alasan pembenar yang menghapus sifat melawan hukum perbuatan tersebut. Syarat ini merupakan konsekuensi berlakunya asas legalitas. Sedangkan dari aspek sikap batin pelakunya (*mens rea*) 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.

Hak dan kewajiban adalah seperti dua sisi mata uang, yang saling ketergantungan, dan tidak bisa ditekakkan sendirian. Tataran yang ada adalah tataran statis dan dinamis. Pada tataran statis, korelasi harus selalu difahami dalam kedudukan “*equilibrium* (keseimbangan)” dengan sifatnya yang equal (setara). Hak Asasi dan kewajiban asasi pelaku serta korban tindak pidana adalah setara, tidak ada yang lebih tinggi tingkatnya. Pada tataran dinamis, hak dan kewajiban asasi dalam posisi terbalik. Pada saat pelaku memenuhi atau melaksanakan haknya, maka saat itu hak korban mulai berkurang, begitu pula sebaliknya.

Secara esensial, hak (asasi) pelaku, dan hak (asasi) korban dalam posisi yang seimbang. Penghormatan terhadap hak asasi pelaku harus diimbangi secara proporsional dengan pemberian penghormatan terhadap hak asasi manusia. Dengan demikian, “hak untuk tidak dituntut berdasarkan hukum yang berlaku surut, yang hanya diberikan kepada pelaku telah mengakibatkan ketidak seimbangan pada hak dan kewajiban dalam diri pelaku”, dimana pelaku hanya mempunyai hak tanpa kewajiban, ataupun pada hak

pelaku dan korban, dimana hak korban dinegasikan sehingga yang ada hanyalah hak pelaku. Ketidak proporsionalan tersebut dapat diilustrasikan pada gambar berikut (Deni Setyo BY, 2014):



Dalam ilustrasi gambar tersebut, pelaku yang telah menimbulkan kerugian diberikan hak untuk tidak dapat di tuntutan, sedangkan korban (termasuk keluarganya) yang dirugikan justru tidak memperoleh hak untuk mendapatkan kembali hal-hal yang telah dirugikan oleh pelaku.

Ternyata, keseimbangan antara hak pelaku dan korban juga ada didalam amanah UUD 1945, Pasal 28J UUD 1945 yang menentukan : 1) setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara; dan 2) dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis.

Undang-Undang No. 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia juga memuat kalusula pembatas pada Pasal 4, yang menentukan : "Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran berat terhadap hak asasi manusia yang digoogknkan kedalam kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes againts humanity*).

Tulisan ini memberi sebuah konklusi bahwa ternyata kalau kita bicara tentang hukum dalam konteks penegakan hukum kira-kira aspek mana yang harus kita kedepankan Supremasi hukum atau Supremasi undang-undang, sisi positif hukum atau negatif dari hukum. Asas Legalitas yang baru (hasil rekonstruksi) telah mewakili sisi positif dari hukum dan sepadan dengan semangat bangsa Indonesia untuk segera memiliki Undang-Undang Hukum Pidana baru tanpa harus bergantung dengan Undang-Undang Hukum Pidana milik negara lain yang pernah menjajah bangsa Indonesia.

IV. Kesimpulan

Dari apa yang telah dikemukakan oleh penulis, maka dapatlah penulis tarik beberapa kesimpulan sebagai berikut :

Asas legalitas mempunyai daya jangkau dan ruang lingkup yang lebih sempit bila dibandingkan dengan gagasan *nullum crimen sine poena*. Asas Legalitas hanya dapat digunakan untuk menuntut "*mala prohibita*", sedang gagasan "*nullum crimen sine poena*" dapat digunakan untuk menuntut "*mala prohibita*", dan *criminal extra ordinaria*.

DAFTAR PUSTAKA

- Hiarej, Eddy O.S., (2014), '*Asas Legalitas dan Perkembangannya dalam Hukum Pidana*' (Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.
- _____, (2014), '*Asas Legalitas dan Perkembangannya dalam Hukum Pidana*' (Pelatihan Hukum Pidana dan Kriminologi, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.
- Koesoemaatmadja, Mochtar & Arief Sidharta, (2009), *Pengantar Ilmu Hukum: Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Cetakan ke-2, Alumni, Bandung.
- Koesoemaatmadja, Mochtar, (2006), *Konsep-konsep Hukum dalam Pembangunan*, Cetakan ke-2, Alumni, Bandung.
- M. Hadjon, Philipus, (2009), *Argumentasi Hukum*, Cetakan ke-4, Gadjah Mada University Press, Yogyakarta.
- Marzuki, Peter Mahmud, (2014), *Penelitian Hukum* (Edisi Revisi), Cetakan ke-9, Kencana, Jakarta.
- Moeljatno, 2009, *Asas-asas Hukum Pidana* (Edisi Revisi), Rineka Cipta, Jakarta.
- P.A.F. Lamintang, (2011), *Dasar-dasar Hukum Pidana yang berlaku di Indonesia*, cetakan ke-4, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Prastowo, R.B. Budi, (2007), '*Delik Formil/ Materiil, Sifat Melawan Hukum Formil/Materiil dan Pertanggungjawaban Pidana dalam Tindak Pidana Korupsi*', Rajawali Press, Jakarta.
- R. Soesilo, (1995), *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP): Serta Komentar-komentarnya Lengkap dengan Pasal Demi Pasal*, Politeia, Bogor.
- Romli Atmasasmita, (2010), *Sistem Peradilan Pidana Kontemporer*, Kencana, Jakarta.
- Saleh, Roeslan, (1978), *Suatu Reorientasi dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta.
- Setyo B Y, Deni, (2014), *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana: Sejarah Asas Legalitas dan Gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana*, Setara Press, Jakarta.
- Soekanto, Soerjono, & Sri Mamudji, (1990), *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Press, Jakarta.