

## **Inkonsistensi Asas Legalitas dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana 2005**

*(Legality Principles Inconsistency in Criminal Code of Law 2005)*

ALFONS ZAKARIA

*Dosen Fakultas Hukum Universitas Brawijaya  
Jl. MT. Haryono Nomor 169 Malang 65145*

### **ABSTRACT**

One of fundamental principles in criminal law is principle of legality. According to this principle, no felony shall be punishable by any penalty not prescribed by law prior to its commission. This principle has the meaning that the criminal act must be explicitly mentioned in the law. In other words, the law must be in written and the criminal act also must be written in detail in the law before the criminal act done. Another meaning of this principle are retroaktif principle and analogical interpretation are unable to be implemented. So that unwritten living law is not recognized in this principle.

**Key words:** asas legalitas (principle of legality), hukum yang hidup dalam masyarakat (the living law)

### **PENDAHULUAN**

#### **A. Latar Belakang**

Pasal 1 Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana (RKUHP) 2005 menyebutkan:

- (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.

Sedangkan penjelasan ayat-ayat tersebut sebagai berikut:

#### **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 kesewenangwenangan 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.

Bagian yang perlu kita cermati dalam rumusan pasal 1 RKUHP diatas adalah dalam ayat (3). Ayat tersebut telah memberikan peluang terhadap penerapan hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat. Sebagai alasan penerapan hukum yang hidup di masyarakat adalah bahwa satu fakta bahwa di beberapa daerah di tanah air masih terdapat ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tertulis, yang hidup dan diakui sebagai hukum di daerah yang bersangkutan, yang menentukan bahwa pelanggaran atas hukum itu patut dipidana. Batasan tentang berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila atau

prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa (internasional).

Sehingga dalam rumusan pasal tersebut mengandung konsekuensi bahwa seseorang yang melanggar hukum yang berlaku dalam masyarakat atau hukum yang tidak tertulis dapat dipidana. Dengan kata lain, sumber hukum formal dalam menentukan suatu perbuatan dapat dipidana tidak harus ditentukan sebelumnya melalui peraturan yang tertulis terlebih dahulu.

## B. Rumusan Masalah

Kalau kita berpedoman kepada ajaran asas legalitas, maka kita akan menemukan dalam pasal 1 RKUHP adanya inkonsistensi penerapan asas legalitas, yaitu pada ayat (3) tentang hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum yang tidak tertulis.

## PEMBAHASAN

### A. Sejarah Munculnya Asas Legalitas

Asas legalitas atau *principle of legality* atau juga dalam istilah latin dikenal dengan asas "*nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*" ini berlatar belakang pada sejarah yang panjang yang diperjuangkan oleh pendekar-pendekar hukum dalam abad XVIII di Eropa Barat sebagai reaksi atas berlakunya hukum pidana pada zaman monarki absolut dengan menjalankan pidana secara semenang-menang, sekehendak dan menurut kebutuhan raja sendiri. Kesewenang-wenangan dalam memberlakukan hukum pidana itu dapat terjadi karena sistem berlakunya hukum pidana ketika itu masih menganut "*Criminal Extra Ordonaria*" dari sistem hukum Romawi, yaitu suatu sistem hukum yang untuk menentukan suatu kejahatan tidak didasarkan pada peraturan perundang-undangan, melainkan sesuai dengan keperluan pemegang kekuasaan yakni raja. Sistem ini memungkinkan raja-raja memberlakukan hukum pidana menurut selera dan sekehendaknya karena tidak ada ketentuan yang membatasinya, baik dalam hal menentukan perbuatan sebagai kejahatan dan bentuk pidana yang dijatuhkan serta cara menjalankannya (Adami Chazawi, 2005:170).

Ahli hukum yang memperkenalkan dan memperjuangkan asas legalitas ini antara lain yang terkenal adalah Montesquieu (1689-1755) yang terkenal dengan ajaran *Trias Politica* dan Von Feuerbach (1755-1833) yang memperkenalkan asas legalitas dengan bahasa latin yaitu *Nulum delictum nulla poena sine pravia lege*.

Montesquieu dalam bukunya *De l'esprit des lois* mengemukakan tentang ajaran *Trias Politica* yang membedakan kekuasaan negara menjadi tiga, yaitu:

1. Kekuasaan legislatif atau membuat undang-undang yang dipegang oleh parlemen;
2. Kekuasaan eksekutif yang menjalankan pemerintahan yang dipegang oleh pemerintah;
3. Kekuasaan yudikatif yang menjalankan undang-undang yang telah dibuat oleh parlemen.

Ajaran *Trias Politica* ini mengisyaratkan bahwa untuk menentukan suatu perbuatan terlarang dan menjatuhkan pidana atas perbuatan tersebut, terlebih dahulu harus dibuat ketentuan hukum yang menyatakan perbuatan itu terlarang dan dapat dipidana.

Sedangkan menurut Anselm Von Feuerbach dalam bukunya *Lehrbuch des peinlichen Recht* (1801) memperkenalkan istilah *Nulum delictum nulla poena sine pravia lege*, yang artinya tidak ada pidana tanpa ada ketentuan hukum yang lebih dulu menentukan demikian. Von Feuerbach mengemukakan hal tersebut karena teori pemidanaannya yang dikenal dengan *psychologische zwang* atau teori tekanan jiwa, dimana mengajarkan 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 (Fajrime A. Gofar, 2005:6). Dengan kata lain untuk menjamin dan mempertahankan ketertiban masyarakat, pidana harus berfungsi untuk menakut-nakuti masyarakat agar tidak berbuat jahat, sehingga agar orang mengetahui perihwal ancaman pidana itu, hal-hal yang dilarang

beserta ancaman pidananya itu harus ditetapkan terlebih dahulu 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. Dengan demikian, asas legalitas menghendaki bahwa ketentuan yang memuat perbuatan dilarang harus dituliskan terlebih dahulu (Fajrime A. Gofar, 2005:6).

Munculnya asas legalitas untuk pertama kalinya mempunyai bentuk dalam undang-undang ialah dalam pasal 8 "*Declaration des droits de L'homme et du citoyen*" (1789), semacam undang-undang dasar yang pertama yang dibentuk dalam tahun pecahnya Revolusi Perancis. Bunyinya: Tidak ada sesuatu yang boleh dipidana selain karena suatu *wet* yang ditetapkan dalam undang-undang dan diundangkan secara sah. Dari *Declaration des droits de L'homme et du citoyen*, asas ini dimasukkan dalam pasal 4 *Code Penal* Perancis, dibawah pemerintah Napoleon (1801). Dan dari sini asas itu dikenal oleh Nederland karena pejahahan Napoleon, sehingga mendapat tempat dalam *Wetboek v. Strafrecht Nederland* 1881, pasal 1 dan kemudian karena adanya asas konkordansi antara Nederlan Indie dan Nederland masuklah ke dalam pasal 1 W.v.S. Nederlan Indie 1918 (Moeljatno, 2002:24).

## B. Pengertian Asas Legalitas

Asas legalitas atau asas *nullum delictum, nulla poena sine pravia lege poenali* atau dalam bahasa indonesia berarti tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya atau menurut Hazewinkel-Suringa memakai kata dalam bahasa Belanda: *Geen delict, geen straf zonder een voorafgaande*. Sering pula dipakai istilah latin: *Nulum crimen sine lege stricta* yang artinya tidak ada delik tanpa ketentuan yang jelas atau Hazewinkel-Suringa memakai kata dalam bahasa Belanda: *Geen delict*

*zonder een precieze wettelijke bepaling* (Andi Hamzah, 1994:40).

Berdasarkan penjelasan diatas, menurut Sudarto, asas legalitas berisikan dua hal (Sudarto, 1990:22):

1. Suatu tindak pidana harus dirumuskan/disebutkan dalam peraturan undang-undang. Mengenai hal ini ada dua konsekuensi, yang pertama adalah bahwa perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang sebagai suatu tindak pidana, tidak dapat dipidana. Jadi dengan adanya asas ini hukum yang tak tertulis tidak berkekuatan untuk diterapkan. Sedangkan konsekuensi yang kedua adalah adanya anggapan bahwa larangan penggunaan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang.
2. Peraturan undang-undang ini harus ada sebelum terjadinya tindak pidana. Sehingga konsekuensinya adalah peraturan perundang-undangan tindak boleh retro-aktif (berlaku surut).

Sedangkan menurut Moeljatno (2002 :25), dari rumusan asas legalitas dapat ditarik kesimpulan bahwa:

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

Menurut Fajrime, 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. 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* (Fajrime A. Gofar, 2005:6).

### 1. *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.

Sehingga dengan adanya ketentuan ini konsekuensinya adalah bahwa perbuatan-perbuatan pidana menurut hukum adat tidak dapat dipidana, sebab di situ tidak ditentukan dengan aturan tertulis (Moeljatno, 2002:26).

### 2. *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. 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.

### 3. Non-retroaktif

Asas legalitas menghendaki bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan yang merumuskan tindak pidana tidak dapat diberlakukan secara surut (retroaktif).

Dasar pemikiran dari larangan berlaku surut dalam asas legalitas adalah (Sudarto, 1990:22):

- a. Menjamin kebebasan individu terhadap kesewenang-wenangan penguasa.

- b. Bahwa pidana itu juga sebagai paksaan *psychisch* (*psychologische dwang*). Dengan adanya ancaman pidana terhadap orang yang melakukan tindak pidana, penguasa berusaha mempengaruhi jiwa si calon pembuat untuk tidak berbuat.

#### 4. 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. 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.

Dari sekian banyak metode penafsiran tersebut, penafsiran analogi telah menimbulkan perdebatan di antara para yuris yang terbagi ke dalam dua kubu, menerima dan menentang penafsiran analogi. Secara ringkas, penafsiran analogi adalah apabila terhadap suatu perbuatan yang pada saat dilakukannya tidak merupakan tindak pidana, diterapkan ketentuan hukum pidana yang berlaku untuk tindak pidana lain yang mempunyai sifat atau bentuk yang sama dengan perbuatan tersebut, sehingga kedua perbuatan tersebut dipandang analog satu dengan lainnya.

### C. Asas Legalitas dalam KUHP

Kitab Undang-undang Hukum Pidana di Indonesia adalah berasal dari *Wetboek van Strafrecht voor Nederland Indie* yang menurut Undang-undang RI tahun 1946 No. 1 diberlakukan di Indonesia sampai dengan sekarang meskipun dengan adanya perubahan dan tambahan. KUHP juga menganut asas legalitas yang disebutkan dalam pasal 1 ayat (1):

Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada terlebih dahulu (*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaraan vooragegane wettelijke strafbepaling*)

Seperti halnya penjelasan diatas, bahwa asas legalitas yang disebutkan dalam pasal 1 ayat (1) KUHP mengandung tiga pengertian dasar (Adami Chazawi, 2005:172):

1. Ketentuan hukum pidana itu harus ditetapkan lebih dahulu secara tertulis.

Peraturan perundangan haruslah tertulis karena tertulis berarti harus ditetapkan terlebih dahulu baru kemudian diberlakukan. Ketentuan pidana harus tertulis tidak saja dalam undang-undang, tetapi juga tertulis dalam bentuk peraturan-peraturan lainnya. Jadi, sumber hukum pidana bukan hanya undang-undang dalam arti formil, tetapi juga dalam arti materiil termasuk Peraturan Pemerintah, Peraturan Daerah, Peraturan Presiden dan lainnya sebagainya yang mengandung aspek hukum pidana.

2. Dalam hal untuk menentukan suatu perbuatan apakah berupa tindak pidana ataukah bukan, tidak boleh menggunakan penafsiran analogi.

Alasan mengapa analogi dilarang dalam hukum pidana berpokok pangkal untuk menjamin kepastian hukum. Dirasakan sebagai penyerangan dan pelanggaran atas kepastian berlakunya hukum apabila analogi ini diberlakukan, sebagaimana dasar dibentuknya rumusan pasal 1 ayat (1) KUHP ialah pada latar belakang kepastian hukum dalam rangka melindungi rakyat dari upaya kesewenang-wenangan penguasa.

3. Ketentuan hukum pidana tidak boleh berlaku surut (*terugwerkend* atau retro aktif).

Ketentuan pasal 1 ayat (2) KUHP merupakan perkecualian dalam ketentuan tidak boleh berlaku surut. Hukum pidana dapat berlaku surut jika memenuhi tiga syarat, yaitu:

- a. Harus ada perubahan perundang-undangan mengenai suatu perbuatan;
- b. Perubahan itu terjadi adalah setelah perbuatan dilakukan;
- c. Peraturan yang baru itu lebih menguntungkan atau meringankan bagi pelaku.

#### D. Asas Legalitas dalam RKUHP

Rumusan pasal 1 RKUHP menunjukkan bahwa adanya penyimpangan terhadap asas legalitas, yaitu dalam ayat (3) yang berbunyi:

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.

Penerapan pasal 1 ayat (3) ini akan menimbulkan penyimpangan dari dianutnya asas legalitas, yaitu berupa:

1. Ketentuan hukum pidana itu harus ditetapkan lebih dahulu secara tertulis (*lex scripta*). *Lex scripta* merupakan konsekuensi langsung dari *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali*. Bahwa suatu perbuatan dapat dikatakan tindak pidana jika telah ditentukan terlebih dahulu oleh peraturan tertulis. Penerapan pasal 1 ayat (3) RKUHP yang memberlakukan hukum yang hidup di masyarakat atau yang tidak tertulis yang ada di masyarakat adalah penyimpangan yang jelas terhadap asas legalitas. Peraturan yang tidak tertulis dijadikan dasar dalam menentukan suatu perbuatan dapat dipidana atau tidak. Sehingga, dengan kata lain, jika RKUHP ini diterapkan, seseorang dapat dijatuhi pidana atas perbuatannya yang melanggar peraturan yang tidak tertulis. Hal ini akan menyebabkan adanya ketidakpastian hukum, karena peraturan tersebut tidak dapat diketahui dengan baik oleh masyarakat luas dan dapat terjadi kesewenangan oleh hakim dalam memutus perkara.
2. Ketentuan hukum pidana itu harus ditetapkan secara jelas dan rinci mengenai perbuatan yang disebut dengan tindak pidana (*lex certa*). 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. Telah kita ketahui bahwa hukum yang hidup di masyarakat adalah yang tidak tertulis, sehingga rumusannya pasti tidak dapat dimunculkan secara jelas. Perumusan yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum dan menghalangi keberhasilan upaya penuntutan (pidana) karena penuntut umum akan kesulitan dalam merumuskan tindak pidana yang telah dilakukan dalam Surat Dakwaan.
3. Dalam hal untuk menentukan suatu perbuatan apakah berupa tindak pidana ataukah bukan, tidak boleh menggunakan penafsiran analogi. Seperti yang disebutkan secara eksplisit dalam pasal 1 ayat (2) RKUHP tentang larangan analogi, penerapan hukum yang hidup dalam masyarakat akan menimbulkan penafsiran analogi. Hal ini disebabkan karena pengertian penafsiran analogi berarti bahwa terhadap suatu perbuatan yang pada waktu dilakukan tidak merupakan suatu tindak pidana, tetapi terhadapnya diterapkan ketentuan pidana yang berlaku untuk tindak pidana lain yang mempunyai sifat atau bentuk yang sama, karena kedua perbuatan tersebut dipandang analog satu dengan yang lain. Melalui penerapan hukum yang hidup dalam masyarakat, perbuatan yang semula bukan tindak pidana berdasarkan KUHP dapat menjadi tindak pidana, tidak lain merupakan suatu analogi. Berdasarkan hukum yang hidup dalam masyarakat, yang deliknya tidak diatur dalam ketentuan pidana, seseorang dapat dimintai pertanggungjawabannya. Hal semacam ini merupakan suatu bentuk analogi yang bersifat *gesetz analogi*.

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 (Fajrime A. Gofar, 2005:25).

Kalau kita kaji lebih mendalam, dalam pasal 1 RKUHP mengatur hal-hal yang baru jika dibandingkan KUHP sekarang, di antaranya adalah:

1. Adanya penjatuhan “tindakan” kepada pelanggar hukum pidana, sedangkan dalam KUHP sekarang tidak dikenal tindakan kalau kita mengacu bunyi pasal 10 KUHP;
2. Penggunaan kata “peraturan perundang-undangan” yang berarti bukan hanya undang-undang saja, tetapi juga peraturan lain di bawah undang-undang sesuai dengan Undang-undang No. 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan;
3. Larangan penggunaan analogi yang disebutkan secara eksplisit, sedangkan dalam KUHP sekarang tidak disebutkan secara eksplisit;
4. Berlakunya “hukum yang hidup dalam masyarakat”, dalam KUHP sekarang tidak dikenal.

Seperti hal diatas, hal baru yang akan dibahas lebih mendalam oleh penulis adalah tentang berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat. Selain adanya penyimpangan terhadap konsekuensi dianutnya asas legalitas, terdapat tiga permasalahan teknis yang akan muncul jika RKUHP, yang memberlakukan hukum yang hidup di masyarakat ini diberlakukan, yaitu:

1. Belum jelasnya pengertian hukum yang hidup di masyarakat  
Perumusan pasal 1 RKUHP maupun dalam penjelasannya tidak menjelaskan secara tegas tentang hukum yang mana yang hidup di dalam masyarakat. Pengertian masyarakat tidak dijelaskan dengan tegas, masyarakat dalam lingkup yang mana, apakah dalam tingkat desa, kota, atau provinsi. Kita telah mengetahui bahwa masyarakat kita terbagai dalam

kelompok-kelompok yang terbentuk berdasarkan suatu ikatan tertentu, dimana aturan dalam suatu kelompok ada yang berbeda dengan yang ada di kelompok yang lain. Jika dilihat dari timbulnya atau waktu berlakunya hukum yang ada di masyarakat, apakah juga hukum atau aturan yang baru saja disepakati oleh sebagian masyarakat atau dalam suatu kelompok masyarakat, sudah otomatis dapat diberlakukan kepada seluruh masyarakat atau kelompok yang lain dan berlaku saat itu juga.

Kemungkinan yang juga bisa terjadi adalah tentang dasar diberlakukannya suatu aturan atau hukum yang ada di masyarakat berdasarkan tempat terjadinya perbuatan. Apakah aturan yang diberlakukan mengikuti tempat terjadinya perbuatan (asas teritorialitet), atau orang yang melakukan perbuatan (asas personalitet) atau bahkan berdasarkan pada asas universal. Jika terdapat suatu kelompok masyarakat yang menerapkan hukum agama yang dianutnya, apakah hukum agama itu juga berlaku bagi orang lain, bukan dari kelompok itu, yang melakukan perbuatan terlarang di kelompok masyarakat itu, sedangkan orang lain tersebut bukan beragama yang sama dengan masyarakat tersebut.

Tentang terjadi perbedaan dalam hal batasan atau bentuk sanksi atau hukuman antara hukum tertulis dengan hukum yang hidup dalam masyarakat, hukum yang manakah yang harus dijadikan pegangan oleh hakim dalam memutus perkara tersebut. Hal-hal seperti yang disebutkan diatas inilah yang masih menjadi kendala dalam penerapan RKUHP.

2. Kesulitan jaksa dalam merumuskan delik dalam dakwaannya

Seorang jaksa atau penuntut umum dalam menyusun dakwaannya harus dilakukan cermat dan jelas, agar dakwaannya dapat diterima oleh majelis hakim. Penyusunan dakwaan yang cermat dan jelas, agar tidak terjadi dakwaan kabur, harus dapat

dirumuskan dengan baik antara perbuatan yang didakwakan dengan aturan yang menjadi dasar dakwaan atas perbuatan tersebut. Jika aturan yang menjadi dasar dakwaan telah jelas dirumuskan oleh pembuat aturan, maka jaksa sebagai penuntut umum akan lebih mudah dalam menyusun surat dakwaannya. Namun jika aturan yang menjadi dasar dakwaan tidak jelas atau bahkan tidak tertulis, penuntut umum akan kesulitan dalam penyusunan surat dakwaan. Peraturan yang tidak jelas akan menimbulkan penafsiran yang seluas-luasnya, atau penafsiran yang bertujuan mencari kebenaran terhadap argumentasi yang diberikan.

Jelaslah bahwa penafsiran antara penuntut umum dengan penafsiran penasehat hukum akan bertolak belakang, karena mereka menafsirkan aturan tersebut seluas-luasnya untuk mendukung argumentasinya. Hal ini akan memunculkan akan adanya ketidakpastian hukum dalam penerapan suatu aturan.

3. Terlalu banyaknya sumber hukum formal. Diakui bahwa hukum yang hidup di masyarakat, walaupun dengan adanya batasan sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa, akan menciptakan ratusan atau bahkan ribuan sumber-sumber hukum formal yang baru, sejalan dengan jumlah kelompok masyarakat yang ada di Indonesia. Hal ini selain akan menciptakan ketidakpastian hukum, juga dapat menciptakan kebingungan aparat penegak hukum dalam menyelesaikan suatu perkara. Tuntutan yang kemudian timbul adalah aparat penegak hukum diharuskan mampu menguasai hukum-hukum yang hidup di masyarakat, baik hukum materiil maupun hukum formilnya.

## PENUTUP

### A. Kesimpulan

Pasal 1 ayat (3) merupakan inkonsistensi dalam penerapan asas legalitas, yaitu dalam hal:

1. Ketentuan hukum pidana itu harus ditetapkan lebih dahulu secara tertulis (*lex scripta*), namun dalam pasal 1 pengakuan terhadap hukum yang hidup di masyarakat adalah pengakuan terhadap hukum yang tidak tertulis.
2. Ketentuan hukum pidana itu harus ditetapkan secara jelas dan rinci mengenai perbuatan yang disebut dengan tindak pidana (*lex certa*), namun dalam hukum yang hidup dalam masyarakat jelas-jelas tidak ditetapkan secara jelas dan rinci.
3. Dalam hal untuk menentukan suatu perbuatan apakah berupa tindak pidana ataukah bukan, tidak boleh menggunakan penafsiran analogi. Melalui penerapan hukum yang hidup dalam masyarakat, perbuatan yang semula bukan tindak pidana berdasarkan KUHP dapat menjadi tindak pidana.

Dalam pelaksanaan RKUHP akan terdapat 3 permasalahan teknis yaitu:

1. Belum jelasnya pengertian hukum yang hidup di masyarakat sehingga tidak dapat menjamin kepastian hukum.
2. Kesulitan jaksa dalam merumuskan delik dalam dakwaannya, sehingga menghambat penyelesaian suatu perkara.
3. Terlalu banyaknya sumber hukum formal.

### B. Saran

Memberlakukan asas legalitas secara murni untuk menjamin kepastian hukum, dengan cara mengubah RKUHP, sehingga menerapkan prinsip-prinsip atau konsekuensi di antaranya asas legalitas yaitu hukum harus tertulis, dirumuskan secara jelas dan terinci, larangan penafsiran analogi dan tidak berlaku surut.



**DAFTAR PUSTAKA****A. Literatur**

- Chazawi, Adami**, 2005, *Pelajaran Hukum Pidana Bagian I*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta
- Gofar, Fajrime A.**, 2005, *Asas Legalitas Dalam Rancangan KUHP 2005*, ELSAM, Jakarta
- Hamzah, Andi**, 1994, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta
- Moeljatno**, 2002, *Asas-asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta
- Prasetyo, Teguh**, 2005, *Hukum Pidana Maretil Jilid I*, Kurnia Kalam, Yogyakarta

**Prodjodikoro, Wirjono**, 2003, *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*, Refika Aditama, Bandung

**Sudarto**, 1990, *Hukum Pidana I*, Yayasan Sudarto, Semarang

**B. Peraturan Perundang-undangan**

Kitab Undang-undang Hukum Pidana  
Rancangan Kitab Undang-undang Hukum Pidana 2005

**C. Lain-lain**

<http://www.suarapembaruan.com>  
<http://www.hukumonline.com>  
<http://www.elsam.or.id>