

# PERTENTANGAN ASAS LEGALITAS FORMIL DAN MATERIIL DALAM RANCANGAN UNDANG-UNDANG KUHP \*

**Ramadan Tabiu dan Eddy O.S Hiariej**

Program Studi Pascasarjana, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta  
Jalan Sosio Justisia No. 1, Bulaksumur, Sleman, Daerah Istimewa Yogyakarta 55281

## ***Abstract***

---

*This study discusses on the contradiction of formal and material legality principle in the KUHP bill. The questions posed in this research is what are the forms of said contradiction between the formal and material legality principle in the KUHP bill? The result shows that there exists contradiction between the formal legality principle in article 1 section (1) of the KUHP bill with the material legality principle in article 2 section (2) of KUHP bill. In the author's opinion, the criminalization of applicable laws shall still be conducted through the State's court allthewhile accommodating adat values. However this method shall be the last resort (ultimum remedium) in criminal law, in the sense that if the adat community can settle its disputes on its own, the disputes shall not be brought to the State judiciary.*

**Keywords:** KUHP bill, adat law, adat community, legality principle.

## ***Intisari***

---

Penelitian ini membahas tentang pertentangan asas legalitas formil dan materiil dalam rancangan KUHP. Rumusan masalah yang dikemukakan adalah bagaimana bentuk-bentuk pertentangan asas legalitas formil dengan asas legalitas materiil dalam Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP)? Kesimpulan dari penelitian ini adalah terdapat pertentangan asas legalitas formil dalam pasal 1 ayat (1) RUU KUHP dengan asas legalitas materiil dalam pasal 2 ayat (1) RUU KUHP. Menurut hemat penulis, pemidanaan hukum yang hidup sebaiknya tetap melalui pengadilan negara dengan mengakomodasi nilai-nilai adat. Namun demikian, hal ini hanya sebagai sarana terakhir (*ultimum remedium*) dalam hukum pidana, artinya sepanjang masyarakat adat melalui lembaga adat, tokoh adat dan masyarakat adat dapat menyelesaikan pelanggaran hukum yang hidup atau hukum adat itu maka tidak perlu dibawa ke ranah pengadilan negara.

**Kata kunci:** RUU KUHP, hukum adat, masyarakat adat, asas legalitas.

## ***Pokok Muatan***

---

A. Pendahuluan .....	29
B. Metode Penelitian .....	31
C. Pembahasan .....	31
D. Penutup .....	35

---

\* Naskah Publikasi Penelitian Tesis Program Pascasarjana FH UGM.

## A. Pendahuluan

Presiden Soekarno sebagaimana dikutip oleh Moeljatno menjelaskan bahwa “Kedudukan kehakiman dan hukuman di Indonesia sekarang tidak sama dengan kedudukan kehakiman di Negara-negara lain. Hukum Indonesia menduduki tempat inkonvensional, ia bersumber pada revolusi kita sendiri[...]”.<sup>1</sup>

Menurut Moeljatno, ucapan Presiden tersebut tepatnya ada dua makna yaitu pertama, bahwa kata-kata tersebut mewujudkan pikiran yang sebenarnya terkandung oleh bangsa Indonesia sendiri serta kedua bahwa ucapan tersebut tegas dan tandas.<sup>2</sup> Lebih lanjut Moeljatno menyatakan, bahwa apa yang diamanatkan Kepala Negara tersebut bukanlah hal yang baru, sebab meskipun dengan kata-kata yang agak samar-samar dan tidak spektakuler maka anjuran untuk menilai kembali, menguji kembali hukum yang berlaku dalam hal ini hukum pidana, telah dinyatakan oleh Pemerintah Indonesia dalam Pasal V Undang-undang No. 1 Tahun 1946 tentang Peraturan Hukum Pidana. Pasal V menentukan bahwa: “Peraturan hukum pidana, baik seluruhnya atau sebagian tidak dapat dijalankan, atau bertentangan dengan kedudukan Republik Indonesia, harus dianggap seluruhnya, atau sebagian untuk sementara tidak berlaku”.<sup>3</sup>

Pasal V tersebut merupakan awal pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Peraturan hukum pidana harus mencerminkan ideologi politik bangsa Indonesia yaitu Pancasila dan UUD 1945. Dari situlah seharusnya bangunan hukum pidana bertumpu, dibangun dan dikembangkan. Nilai-nilai yang ditanamkan oleh penjajah yang tidak sesuai lagi dengan nilai bangsa Indonesia yang merdeka harus dibuang dan ditinggalkan, sebaliknya nilai hukum pidana yang masih sejalan dengan bangsa yang merdeka tetap dipertahankan dan sebaiknya hanya bersifat komplementer atau pelengkap.

Diberlakukannya *Wetboek van Strafrecht (WvS)* sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana berdasarkan UU No. 1 tahun 1946 dan Undang-Undang No. 73 Tahun 1958, pemberlakuan *WvS* atau KUHP sekarang diseluruh wilayah Indonesia dan berakhirnya dualisme hukum pidana di Indonesia, merupakan peninggalan Belanda yang sebagian besar isinya diganti dan disesuaikan dengan nilai bangsa Indonesia yang merdeka. Pembaharuan Hukum Pidana tersebut masih bersifat parsial atau sebagian yang sifatnya masih tambal sulam, seharusnya pembaharuan hukum pidana itu adalah pembaharuan secara total atau menyeluruh yang merupakan KUHP karya bangsa Indonesia di zaman yang merdeka sekarang ini.

Amanat pembaharuan itu telah dimulai dengan Rekomendasi Seminar Hukum Nasional I Tahun 1963 yang menyerukan agar rancangan kodifikasi hukum pidana nasional secepat mungkin diselesaikan, maka pada tahun 1964 dibicarakan konsep yang pertama. Kemudian berturut-turut konsep RKUHP tersebut yaitu Konsep 1968, Konsep 1971/1972, Konsep 1982/1983, yang kemudian menjadi Konsep 1987/1988. Konsep 1987/1988 mengalami pengkajian terus-menerus sampai yang terakhir menjadi Konsep 1991/1992 yang kemudian direvisi sampai dengan bulan Maret 1993, konsep terakhir 2004-2008.<sup>4</sup> Sampai dengan tahun 2012, RUU KUHP terutama Pasal 1 tentang asas legalitas formil, Pasal 2 tentang asas legalitas materiel, yang sebelum konsep 2012 asas legalitas baik formil maupun materiel masuk dalam Pasal 1.<sup>5</sup>

Dalam menetapkan sumber hukum atau dasar patut dipidanya suatu perbuatan, konsep bertolak dari pendirian bahwa sumber hukum yang utama adalah undang-undang atau hukum tertulis. Jadi, bertolak dari *asas legalitas dalam pengertian yang formal*. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (1) RKUHP. Namun, berbeda dengan asas legalitas

<sup>1</sup> Moeljatno, 1985, *Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, hlm. 28.

<sup>2</sup> *Ibid*, hlm. 28-29

<sup>3</sup> *Ibid*, hlm. 29-31

<sup>4</sup> Barda Nawawi Arief, 2002, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 96. Lihat juga, Barda Nawawi Arief, 2011, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 102.

yang dirumuskan di dalam *Wetboek van Strafrecht (WvS)*, dalam RKUHP memperluas perumusan asas legalitas yaitu dengan *perumusan asas legalitas materiel* yang ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3).<sup>6</sup>

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) atau Pasal 2 ayat (1) RUU KUHP 2012. 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. Namun, Van Vollenhoven menentang keras jika KUHP diberlakukan juga kepada pribumi.<sup>7</sup>

Pengaturan asas legalitas formil maupun asas legalitas materiel yang dimasukan dalam rumusan RUU KUHP tidak serta merta dijustifikasi bahwa asas legalitas materiel itu merupakan suatu kemunduran, tetapi harus dikaji dan diteliti terlebih dahulu termasuk asas legalitas itu sendiri. Secara singkat asas legalitas dalam hukum pidana dapat dijelaskan bahwa, rumusan asas legalitas diformulasi dalam bahasa latin, oleh von Feuerbach yang berbunyi *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali* yang artinya tiada delik, tiada pidana, tanpa didahului oleh ketentuan pidana dalam perundang-undangan.

Persoalan kemudian adalah terhadap asas legalitas materiel pertama, penentuan perbuatan dengan berdasarkan pada hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis dan ppidanaannya menjadi wewenang mutlak oleh negara melalui lembaga penegak hukumnya; Kedua, keberadaan hukum yang hidup setelah dinormakan dalam hukum pidana nasional; Ketiga, banyaknya beban kasus yang akan dialami oleh penegak hukum; Keempat, hukum yang hidup di Indonesia begitu banyak karena antar

daerah yang satu dengan yang lain berbeda; Kelima, mengenai penafsiran hukum yang hidup, termasuk hukum pidana adat padahal ada yang menganggap bahwa yang ada adalah pelanggaran adat dan sifat pertanggungjawabannya bisa dilimpahkan kepada anggota keluarga yang lain, sedangkan hukum pidana mengenal pertanggungjawaban individu. Dan keenam terkait dengan larangan penggunaan analogi. Dari semua masalah diatas, pengaturan asas legalitas materiel dalam RUU KUHP dapat bertentangan dengan asas legalitas formil.

Kelebihan dimasukkannya asas legalitas materiel dalam RUU KUHP, **pertama**, untuk menggali nilai-nilai masyarakat Indonesia yang selama ini terabaikan dengan hukum asing. **Kedua**, agar penegak hukum mengedepankan keadilan daripada kepastian hukum. Meskipun selama ini hukum yang hidup itu telah ada dalam UU Drt. No. 1 Tahun 1951 maupun dalam Undang-undang Kekuasaan Kehakiman, tetapi pola pikir penegak hukum telah terkooptasi dengan KUHP (WvS), sehingga sulit menerapkan Undang-undang diluar KUHP itu sendiri. **Ketiga**, sebagai penyeimbang asas legalitas. Namun pengaturannya harus serba hati-hati, demi menjaga keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan, baik terhadap asas legalitas formil maupun asas legalitas materiel. Berdasarkan latar belakang di atas, diambil rumusan masalah yaitu bagaimana bentuk-bentuk pertentangan asas legalitas formil dengan asas legalitas materiel dalam Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP)?

## B. Metode Penelitian

Penelitian hukum menurut Soerjono Soekanto sebagaimana dikutip oleh Bambang Waluyo, bahwa “penelitian hukum merupakan suatu kegiatan ilmiah, yang didasarkan pada metode, sistematika, dan pemikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu, dengan jalan menganalisisnya.

<sup>5</sup> Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) 2012.

<sup>6</sup> Barda Nawawi Arief, *Op. cit.*, hlm. 78.

<sup>7</sup> ELSAM, 2005, *Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #1: Asas Legalitas Dalam Rancangan KUHP*, ELSAM, Jakarta, hlm.10.

Kecuali itu, maka juga diadakan pemeriksaan yang mendalam terhadap fakta hukum tersebut, untuk kemudian mengusahakan suatu pemecahan atau permasalahan-permasalahan yang timbul dalam gejala yang bersangkutan”.<sup>8</sup>

Secara khusus berdasarkan jenis, sifat, dan tujuannya suatu penelitian hukum dapat dibedakan menjadi dua yaitu penelitian hukum normatif, dan penelitian hukum empiris.<sup>9</sup> Penelitian hukum normatif atau penelitian hukum kepustakaan adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka. Sedangkan penelitian hukum empiris atau sosiologis adalah penelitian hukum terutama meneliti data primer.<sup>10</sup>

Penelitian ini diklasifikasikan sebagai penelitian normatif atau kepustakaan dengan penekanan yang diawali pada pertentangan asas hukum yang selanjutnya akan dicari rujukannya pada sistem norma atau studi kepustakaan. Data yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder. Data sekunder merupakan jenis data yang diperoleh secara tidak langsung dari sumbernya, seperti bahan bacaan yang berupa buku, makalah atau hasil penelitian, dokumen, peraturan perundangan, putusan pengadilan, data statistik dan lain sebagainya. Lokasi penelitian yang dilakukan dalam penelitian yaitu Perpustakaan Fakultas Hukum UGM Yogyakarta; Dirjen Peraturan dan Perundang-Undangan, Kementerian Hukum dan HAM RI di Jakarta; Badan Pembinaan Hukum Nasional, Kementerian Hukum dan HAM RI di Jakarta. Alat penelitian yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah penelusuran studi kepustakaan, yaitu mengkaji bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder maupun bahan hukum tersier yang berkaitan dengan permasalahan yang akan dikaji dan diteliti guna memperkuat analisis data sekunder.

Metode analisis data yang digunakan adalah metode deskriptif kualitatif yaitu mencari dan mengumpulkan data yang ada hubungannya dengan objek dan permasalahan yang akan diteliti yang kemudian diambil dan disusun secara sistematis untuk mendapatkan gambaran yang jelas dan lengkap. Setelah diperoleh data sekunder yakni bahan-bahan hukum berupa bahan hukum primer, sekunder dan tersier kemudian diolah dan dianalisis dengan metode kualitatif yakni pemaparan kembali dengan kalimat yang sistematis untuk memberikan gambaran secara jelas atas jawaban permasalahan yang ada, pada akhirnya dinyatakan dan disajikan dalam bentuk pemaparan (deskriptif), yang kemudian menarik suatu kesimpulan atas permasalahan dan hasil penelitian.

### C. Pembahasan

Secara terminologi, asas legalitas pada dasarnya lazim disebut “*principle of legality*”, “*legaliteitbeginself*”, “*non-retroaktif*”, “*de la legalite*”, atau “*ex post facto laws*”. Menurut Dupont, Asas legalitas merupakan asas yang paling penting dalam hukum pidana.<sup>11</sup> Sedangkan menurut Lilik Mulyadi, Dikaji dari perspektif hukum positif (*ius constitutum*) asas legalitas diatur dalam ketentuan Pasal 1 ayat (1) KUHP (*WvS*) yang merupakan asas legalitas formil. Dalam RUU KUHP, dikaji dari perspektif *ius constituendum* asas legalitas tidak hanya mengatur asas legalitas formil tetapi juga asas legalitas materiel.<sup>12</sup> Asas legalitas formil dalam RUU KUHP, 2012, yaitu sebagaimana termaktub dalam Pasal 1 yang berbunyi:

- (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.

<sup>8</sup> Bambang Waluyo, 1991, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 6.

<sup>9</sup> *Ibid.*, hlm. 13.

<sup>10</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2010, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 13-14.

<sup>11</sup> Lilik Mulyadi, “Eksistensi Hukum Pidana Adat Di Indonesia: Pengkajian Asas, Teori, Praktik Dan Prosedurnya”, [pn-kepanjen.go.id/index.php?option=com\\_content&task=view&id=117:eksistensi-hukum-pidana-adat-di-indonesia-pengkajian-asas-teori-praktik-,-danprosedurnya&catid=23:artikel&Itemid=36](http://pn-kepanjen.go.id/index.php?option=com_content&task=view&id=117:eksistensi-hukum-pidana-adat-di-indonesia-pengkajian-asas-teori-praktik-,-danprosedurnya&catid=23:artikel&Itemid=36), diakses 12 Mei 2012.

- (2) Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi. Asas legalitas materiel dalam RUU KUHP, 2012, termaktub dalam Pasal 2, yang berbunyi sebagai berikut:

Ketentuan sebagaimana dimaksud pada Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undang. Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, hak asasi manusia, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Secara teoritis, berdasarkan makna asas legalitas oleh beberapa pakar hukum pidana, diantaranya bahwa: suatu perbuatan pidana harus diatur terlebih dahulu dalam peraturan perundang-undangan; pemidanaan terhadap hukum yang hidup, kebiasaan, atau hukum adat/hukum tidak tertulis tidak dibolehkan atau dilarang. Berdasarkan makna asas legalitas tersebut maka dasar menentukan suatu perbuatan pidana adalah bahwa suatu perbuatan dikatakan sebagai perbuatan pidana harus ditentukan terlebih dahulu dalam peraturan perundang-undangan. Secara teoritis rumusan asas legalitas formil Pasal 1 ayat (1) dengan asas legalitas materiel Pasal 2 ayat (1) dalam RUU KUHP tentang dasar menentukan perbuatan pidana telah bertentangan. Penentuan perbuatan mana yang dipandang sebagai perbuatan pidana, menurut Moeljatno, kita mengenal asas yang dinamakan asas legalitas atau *principle of legality*, yakni asas yang menentukan bahwa tiap-tiap perbuatan pidana harus ditentukan sebagai demikian oleh suatu aturan undang-undang (Pasal 1 ayat (1) KUHP)<sup>13</sup>. Hal yang sama juga disampaikan oleh Roeslan Saleh bahwa mengenai penentuan dari perbuatan pidana, segala

sesuatunya diatur oleh undang-undang.<sup>14</sup>

Namun, Moeljatno, dalam keterangan tentang isi persoalan, pada waktu akan menyampaikan prasarannya mengenai “Atas Dasar atau Asas-Asas Apakah Hendaknya Hukum Pidana Kita Dibangun?” di Yogyakarta, 14 Juli 1964. Yang termuat dalam Bab III, mengenai asas legalitas pada intinya bahwa asas legalitas perlu kemungkinan ada pengecualian, terutama mengenai batasan materiel, selain batasan formil.<sup>15</sup> Hal ini yang mendapat perhatian dalam rumusan asas legalitas seperti dalam RUU KUHP. Apabila berdasarkan rumusan pasal 2 ayat (1) RUU KUHP 2012, tentang pengecualian asas legalitas masih terlalu jauh karena semua perbuatan pidana menurut hukum yang hidup, hukum tidak tertulis atau hukum adat dapat dipidana oleh negara.

Apabila dikaji secara *Ius Constituendum* atau hukum yang dicita-citakan yang akan datang, maka terhadap asas legalitas formil akan disimpangi atau ada pengecualian, yaitu terhadap RUU KUHP apabila menjadi KUHP Nasional kedepan asas legalitas materiel dalam hal ini hukum adat dapat dipidana oleh lembaga negara. Dengan melihat rumusan yang ada sekarang maka segala perbuatan pidana adat akan menjadi wewenang lembaga negara untuk menyidik, menuntut, dan mengadili perbuatan pidana adat. Dengan demikian, pemidanaan terhadap hukum yang hidup menjadi wewenang negara dan sifatnya mutlak. Rumusan tersebut sangat jelas penyimpangan terhadap asas legalitas sangat jauh dan bisa mencederai kepastian hukum maupun asas kemanfaatan terhadap hukum yang hidup, hukum tidak tertulis, atau hukum adat.

Dicederainya kepastian hukum terkait dengan perbuatan pidana adat yang tidak tertulis dalam perundang-undangan, sehingga apabila ada perbuatan yang oleh orang-orang yang tidak mengetahui tentang perbuatan pidana menurut masyarakat adat tertentu karena orang tersebut dari daerah lain yang beda adat istiadatnya dapat

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Moeljatno, 1983, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Penerbit Bina Aksara, Jakarta, hlm. 5.

<sup>14</sup> Roeslan Saleh, 1983, *Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta, hlm. 31.

<sup>15</sup> Moeljatno, 1985, *Fungsi Dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia Dan Rencana Undang- Undang Tentang Asas-Asas Dan Dasar-Dasar Pokok Tata Hukum Indonesia*, Penerbit Bina Aksara, Jakarta, hlm. 5.

dijatuhi pidana. Selain itu, pemidanaan yang dilakukan oleh lembaga negara belum tentu sesuai dengan harapan masyarakat adat. Sedangkan terkait asas kemanfaatan berhubungan dengan cara kerja lembaga negara serba formalistik, kaku dan butuh proses lama. Sementara penyelesaian oleh lembaga adat, tokoh adat, atau masyarakat adat menjunjung tinggi nilai-nilai adat yang ada dalam masyarakat, penuh kekerabatan, persaudaraan, kasus-kasus tertentu dilakukan dengan upacara adat yang penuh dengan nuansa mistis dan religius, dan cara bekerjanya cepat dan tidak terlalu formal.

Selain itu, paradigma hakim dalam menjatuhkan putusan terkait dengan perbuatan pidana adat kedepannya bisa mengabaikan dalam menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dan berdasarkan dengan putusan-putusan hakim terdahulu tentang perbuatan pidana adat yang sama atau ada kemiripannya. Hal tersebut bisa terjadi karena beban yang diemban oleh hakim sangat berat. Dan paradigma tersebut tidak sesuai lagi dengan Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009, bahwa “hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.

Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim dan hakim konstitusi sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.<sup>16</sup> Menurut hemat penulis, pemidanaan hukum yang hidup sebaiknya hanya sebagai sarana terakhir (*ultimum remedium*) dalam hukum pidana, artinya sepanjang masyarakat adat melalui lembaga adat, tokoh adat dan masyarakat adat dapat menyelesaikan pelanggaran hukum yang hidup atau hukum adat itu maka tidak perlu dibawah ke ranah pengadilan. Dengan demikian, penyimpangan asas legalitas tidak terlalu jauh, juga nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat masih tetap dipertahankan dan tetap menjunjung tinggi nilai-nilai itu. Hal ini sesuai dengan amanat UUD 1945 Pasal 18B

ayat (2) hasil amandemen perubahan kedua yang menyatakan “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”.<sup>17</sup>

Pemidanaan hukum yang hidup sebagai sarana terakhir apabila, pertama, penyelesaian adat tidak adil; kedua, ada pihak yang tidak menginginkan penyelesaian adat, karena dilihat dari perbuatannya tidak sesuai dengan batasan-batasan yang ditentukan seperti dalam Pasal 2 ayat (2) RUU KUHP; ketiga, pelanggaran tersebut dapat membahayakan instabilitas masyarakat adat maupun instabilitas bangsa dan negara, maka disitulah letak penegak hukum berdiri dan berada sebagai penengah dan pencegah konflik, disamping pemidanaan hukum pidana adat itu. Ketiga syarat tersebut sifatnya terpisah-pisah atau tidak kumulatif, artinya salah satu yang terpenuhi sudah bisa dibawah ke ranah pengadilan.

Dengan demikian, pemberlakuan hukum yang hidup untuk dapat dipidananya perbuatan menurut hukum adat, seharusnya tidak hanya terkait dengan batasan yang disebutkan dalam Pasal 2 ayat (2) RUU KUHP, tetapi juga terkait dengan “pada saat kapan pelanggaran perbuatan menurut hukum yang hidup itu untuk dibawah ke ranah hukum melalui lembaga negara untuk dapat dipidana”. Disamping itu, asas legalitas dalam hal sumber hukum tetap berpegang pada sumber hukum tertulis dan sumber hukum tidak tertulis. Sedangkan asas legalitas dalam menetapkan sumber hukum yang utama, juga masih berpegang pada asas legalitas formil, selain pengecualian asas legalitas materiel.

Asas legalitas juga berhubungan dengan sistem pemisahan kekuasaan oleh Montesquieu. Hal ini seperti yang dikemukakan oleh Romli Atmasasmita, yang meminta perhatian masyarakat

<sup>16</sup> Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076).

<sup>17</sup> Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 2011, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi*, Penerbit Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, hlm. 25-26.

ahli hukum pidana dan akademisi, bahwa proses kriminalisasi suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana juga terkait kepada sistem pemisahan kekuasaan yang selama ini dianut di berbagai negara (*Montesquieu*),<sup>18</sup> hal ini juga termasuk Indonesia. Wewenang badan legislatif salah satunya adalah proses pembentukan suatu undang-undang, dan wewenang badan atau kekuasaan kehakiman (yudikatif) yaitu dalam penerapan suatu undang-undang termasuk wewenang penyidikan dan penuntutan serta wewenang pemeriksaan pengadilan.<sup>19</sup> Menurut Cesare Beccaria, menyatakan bahwa penafsir hukum itu adalah penguasa, yaitu wakil dari masyarakat, dan bukan hakim, yang tugasnya hanya untuk memeriksa apakah seseorang telah atau tidak bertindak melawan hukum.<sup>20</sup> sama dengan Becaria adalah R Emmelink sebagaimana dikutip oleh Eddy O.S. Hiariej, bahwa persyaratan dapat dipidananya suatu perbuatan adalah pengaruh dari ajaran pemisahan kekuasaan yang dikemukakan Montesquieu bahwa bukan hakim yang menetapkan tindakan apa yang dapat diancam pidana, namun pembuat undang-undanglah yang menciptakan hukum agar putusan peradilan tidak sewenang-wenang.<sup>21</sup>

Dimasukkannya asas legalitas materiel dalam RUU KUHP diteruskan dengan dianutnya sifat melawan hukum materiel, disamping melawan hukum formil. Terkait dengan sifat melawan hukum materiel oleh beberapa pakar hukum pidana di Indonesia, ada yang menerimanya hanya terbatas pada sifat melawan hukum materiel dalam fungsinya yang negatif. Diantaranya adalah Komariah Emong Sapardjaja yang menyatakan bahwa ajaran sifat melawan hukum materiel hanya diterima dalam fungsinya yang negatif, dalam arti bahwa suatu perbuatan dapat hilang sifat melawan hukum, apabila secara materiel perbuatan itu tidak

bertentangan dengan hukum.<sup>22</sup>

Senada dengan Komariah Emong Sapardjaja adalah Chairul Huda, yang menyatakan, bahwa ajaran melawan hukum mengikuti pandangan ajaran sifat melawan hukum materiel terbatas pada fungsinya yang negatif. Lebih lanjut Chairul Huda, bahwa menjadikan melawan hukum materiel sebagai unsur mutlak setiap tindak pidana, berarti menggunakan hal itu sebagai alasan penghapus pidana di luar undang-undang. Dengan demikian, terdapat alasan penghapus pidana, yaitu yang ditentukan dalam undang-undang dan yang berada diluarnya.<sup>23</sup> Dengan memperhatikan Pasal 1 dan Pasal 2 RUU KUHP, menurut Eddy O.S. Hiariej, dalam catatannya terhadap RUU KUHP menyatakan bahwa pembatasan terhadap asas legalitas sebagaimana termaktub dalam Pasal 1 dan Pasal 2 RUU KUHP (RUU KUHP 2012, Pasal 1, Pasal 2, dan Pasal 3), menunjukkan bahwa secara implisit hukum pidana di Indonesia telah mengakui ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsi yang positif. Artinya, meskipun suatu perbuatan tidak memenuhi rumusan delik dalam undang-undang tertulis, hakim dapat menjatuhkan pidana apabila perbuatan tersebut dianggap tercela, bertentangan dengan keadilan dan norma-norma sosial lainnya dalam kehidupan masyarakat.<sup>24</sup>

Persoalan kemudian dalam RUU KUHP adalah tidak memberikan pengertian/batasan yuridis tentang asas legalitas materiel atau tindak pidana menurut hukum yang hidup dalam masyarakat adat tertentu, Yang hanya memberikan landasan yuridis yaitu Pasal 2 ayat (1). Jika konsisten asas legalitas sebagai sumber hukum, baik sumber hukum tertulis maupun tidak tertulis juga terkait dengan hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis akan disamakan kedudukannya dengan hukum yang tertulis dalam RUU KUHP, maka pengertian

<sup>18</sup> Romli Atmasasmita, 2010, *Globalisasi Dan Kejahatan Bisnis*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 166-167.

<sup>19</sup> *Ibid.*, hlm. 67.

<sup>20</sup> Cesare Beccaria, 2011, *Perihal Kejahatan Dan Hukuman*, Penerjemah Wahmuji, Genta Publishing, Yogyakarta, hlm. 10.

<sup>21</sup> Eddy O.S. Hiariej, "Pemikiran R Emmelink Mengenai Asas Legalitas", *Jentera Jurnal Hukum*, Edisi 16-tahun IV, April-Juni 2007, hlm. 127.

<sup>22</sup> Komariah Emong Sapardjaja, 2002, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia Studi Kasus Tentang Penerapan dan Perkembangannya Dalam Yuriprudensi*, Penerbit Alumni, Bandung, hlm. 26.

<sup>23</sup> Chairul Huda, 2006, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana Dan Pertanggungjawaban Pidana*, Penerbit Kencana Prenada Media, Jakarta, hlm. 56-57.

<sup>24</sup> Eddy O. S. Hiariej, 2009, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, Penerbit Erlangga, Jakarta, hlm. 39-40.

yuridis harus mendapatkan perhatian atau tempat dalam Ketentuan Umum RUU KUHP. Sedangkan pengertian tentang asas legalitas formil atau pengertian tindak pidana diatur dalam Pasal 11.

#### D. Penutup

Pertentangan asas legalitas formil dan materiiil dapat dikaji dari dua hal, pertama, secara teoritis, kedua, secara *Ius Constituendum*. Secara teoritis, berdasarkan makna asas legalitas bahwa dasar menentukan suatu perbuatan pidana harus berdasarkan pada suatu peraturan perundang-undangan yang sudah ada sebelumnya, dan dilarangnya pemidanaan terhadap hukum yang tidak tertulis atau hukum kebiasaan. Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP yang merupakan asas legalitas formil, yang menghendaki suatu perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai perbuatan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan tersebut dilakukan. Hal ini bertentangan dengan Pasal 2 ayat (1) merupakan asas legalitas materiel, yang menghendaki bahwa meskipun suatu perbuatan tidak diatur dalam peraturan perundangan-undangan, tetapi berdasarkan hukum yang hidup bahwa perbuatan tersebut adalah perbuatan yang terlarang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat itu, maka perbuatan tersebut patut dipidana. Secara *Ius Constituendum* atau hukum yang dicita-citakan yang akan datang, masih terdapat pertentangan. Meskipun asas legalitas formil disimpangi atau ada pengecualian dengan memasukan asas legalitas materiel (Pasal 2 ayat (1)) sebagai penyeimbang asas legalitas formil, namun dengan pemidanaan terhadap hukum pidana

adat yang menjadi wewenang mutlak dari negara, dengan memperhatikan sifat dari hukum pidana adat itu, maka secara implisit akan membawa pandangan dan pemikiran orang Indonesia yang tidak terlalu formalistik menuju pada pemikiran yang formalistik dan serba kaku. Selain itu, pemidanaan terhadap hukum yang hidup atau hukum yang tidak tertulis dalam masyarakat seyogyanya diberikan kewenangan terlebih dahulu terhadap lembaga adat, tokoh adat, dan masyarakat adat dan pemidanaan yang dilakukan oleh lembaga negara hanya bersifat *ultimum remedium* atau sebagai sarana terakhir. Dengan demikian penyimpangan terhadap asas legalitas tidak terlalu jauh, sumber hukum utama tetap berpegang pada asas legalitas formil dan asas legalitas materiel tetap mendapat ruang dalam RUU KUHP. Dengan dianutnya asas legalitas materiel diteruskan dengan dianutnya ajaran sifat melawan hukum materiel dalam fungsi yang negatif, dan sifat melawan hukum materiel dalam fungsi positif. Namun, pengertian/batasan tindak pidana adat tidak mendapat ruang dalam Buku Kesatu RUU KUHP.

### DAFTAR PUSTAKA

#### A. Buku

Arief, Barda Nawawi, 2002, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung.  
 \_\_\_\_\_, 2011, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Kencana

Prenada Media Group, Jakarta.  
 Atmasasmita, Romli, 2010, *Globalisasi Dan Kejahatan Bisnis*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.  
 Beccaria, Cesare, 2011, *Perihal Kejahatan Dan Hukuman*, Penerjemah Wahmuji, Genta Publishing, Yogyakarta.

- ELSAM, 2005, *Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #1: Asas Legalitas Dalam Rancangan KUHP*, ELSAM, Jakarta.
- Hiariej, Eddy O. S., 2009, *Asas Legalitas Dan Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Penerbit Erlangga, Jakarta.
- Huda, Chairul, 2006, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggungjawaban Pidana Tanpa Kesalahan Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana Dan Pertanggungjawaban Pidana*, Penerbit Kencana Prenada Media, Jakarta.
- Moeljatno, 1985, *Membangun Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1983, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Penerbit Bina Aksara, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1985, *Fungsi Dan Tujuan Hukum Pidana Indonesia Dan Rencana Undang-Undang Tentang Asas-Asas Dan Dasar-Dasar Pokok Tata Hukum Indonesia*, Penerbit Bina Aksara, Jakarta.
- Saleh, Roeslan 1983, *Suatu Reorientasi Dalam Hukum Pidana*, Aksara Baru, Jakarta.
- Sapardjaja, Komariah Emong, 2002, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia Studi Kasus Tentang Penerapan dan Perkembangannya Dalam Yuriprudensi*, Penerbit Alumni, Bandung.
- Soekanto, Soerjono dan Mamudji, Sri, 2010, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Waluyo, Bambang, 1991, *Penelitian Hukum Dalam Praktek*, Sinar Grafika, Jakarta.
- B. Makalah**
- Hiariej, Eddy O.S., "Pemikiran Remmelink Mengenai Asas Legalitas", *Jentera Jurnal Hukum*, Edisi 16-tahun IV, April-Juni 2007, hlm. 127.
- C. Internet**
- Mulyadi, Lilik, "Eksistensi Hukum Pidana Adat Di Indonesia: Pengkajian Asas, Teori, Praktik Dan Prosedurnya", [pn-kepanjen.go.id/index.php?option=com\\_content&task=view&id=117:eksistensi-hukum-pidana-adat-di-indonesia-pengkajian-asas-teori-praktik-danprosedurnya&catid=23:artikel&Itemid=36](http://pn-kepanjen.go.id/index.php?option=com_content&task=view&id=117:eksistensi-hukum-pidana-adat-di-indonesia-pengkajian-asas-teori-praktik-danprosedurnya&catid=23:artikel&Itemid=36)., diakses Pada Tanggal 12 Mei 2012.
- D. Peraturan Perundang-Undangan**
- Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5076).
- Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU KUHP) 2012.