

ASAS LEGALITAS DALAM HUKUM PIDANA : STUDI KOMPARATIF ASAS LEGALITAS HUKUM PIDANA INDONESIA DAN HUKUM PIDANA ISLAM (*JINAYAH*)

Oleh:

Muchamad Iksan, S.H., M.H.

Dosen FH-Universitas Muhammadiyah Surakarta (UMS)
Mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana UMS
Email: mi214@ums.ac.id

Abstraksi

Pembaharuan KUHP sedang berjalan, walaupun tertatih. Asas legalitas salah satu bagian penting yang mendapat perhatian. Asas legalitas dalam Pasal 1 (1) KUHP menganut ajaran legalistik formal yang kurang sesuai dengan nilai-nilai yang hidup di masyarakat Indonesia yang juga mengakui hukum adat/hukum tidak tertulis, yang sesuai dengan ajaran legalistik material. Pembaharuan hukum pidana ini perlu juga didasarkan pada studi komparatif dengan hukum pidana (asas legalitas) dengan hukum pidana Islam (jinayah). Bagaimanapun harus diakui, bahwa hukum pidana Islam (jinayah) merupakan hukum syariah yang diyakini keberadaannya oleh mayoritas penduduk Indonesia, sehingga apabila pembaharuan hukum pidana yang sedang berlangsung sesuai dengan hukum pidana Islam (jinayah), akan lebih acceptable dalam pemberlakuannya di masyarakat.

Kata Kunci :Asas Legalitas, Studi Komperatif, Pidana Islam

A. Pendahuluan

Indonesia sejak merdeka telah menyadari urgensi pembaharuan hukum pidana peninggalan pemerintah kolonial dengan hukum pidana yang sesuai dengan kebutuhan dan kesadaran hukum negara dan masyarakat Indonesia yang sudah merdeka. Langkah pertama adalah dengan menetapkan UU No. 1 tahun 1946 tentang Pemberlakuan *Wetboek van Strafrech Nederland Indie* (WvS NI yang sekarang dikenal dengan KUHP dengan beberapa perubahannya). Langkah ini setidaknya untuk menghindari adanya kekosongan hukum

di bidang pidana, sebelum dibuat hukum pidana baru yang memang benar-benar produk dari negara merdeka Indonesia, yang lebih sesuai dari aspek filosofi, nilai, asas, dan normanya dengan nilai-nilai Pancasila dan ke-Indonesia-an lainnya.

Gagasan untuk pembaharuan hukum pidana telah dikumandangkan sejak tahun 1960-an setelah diselenggarakan Seminar Hukum Nasional I. Seminar Nasional dimaksud telah merekomendasikan pembentukan tim perumus konsep (RUU) KUHP Nasional yang akan menggantikan

KUHP /WvS NI. Silih berganti Tim bentukan Kementerian Kehakiman (sekarang Kemenkumham) bekerja keras sampai saat ini, akan tetapi karena minim/rendahnya *political will* dari pemerintah dan lembaga legislatif, RUU KUHP itu belum juga disahkan menjadi UU. Walaupun patut bersyukur juga, karena RUU KUHP sudah masuk Prolegnas 2015, dan mulai dibahas DPR pada Juli 2015 ini.

Dalam pembaharuan hukum pidana (KUHP), tidak saja diperlukan kajian mendalam terhadap KUHP yang berlaku (lama) maupun nilai-nilai filosofi Pancasila dan ke-Indonesia-an lainnya yang hidup di masyarakat, akan tetapi juga harus memperhatikan nilai-nilai yang hidup dan berkembang di masyarakat Interhadional yang beradab.

Menurut **Barda Nawawi Arief**, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya mengandung makna, suatu upaya untuk melaksanakan reorientasi dan reformasi hukum pidana yang sesuai dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan social, kebijakan kriminal, dan kebijakan penegakan hukum di Indonesia. Dengan demikian dalam pembaharuan hukum pidana (termasuk hukum pidana formil), harus ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*“policy-oriented*

approach”), karena memang pada hakekatnya ia hanya merupakan bagian dari suatu langkah kebijakan atau *“policy”* (yaitu bagian dari politik hukum/penegakan hukum, politik hukum pidana, politik kriminal, dan politik sosial), dan sekaligus pendekatan yang berorientasi pada nilai (*“value-oriented approach”*), karena dalam setiap kebijakan (*policy*) terkandung pula pertimbangan nilai. Jadi makna dan hakekat pembaharuan hukum pidana sebagai berikut:

1. *Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan:*
 - a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya untuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemanusiaan) dalam rangka mencapai tujuan hadional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya);
 - b. Sebagai bagian dari kebijakan criminal, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan);
 - c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan bagian dari upaya mempebaharui sistem hukum (**legal substance**) dalam rangka lebih

mengefektifkan penegakan hukum.

2. *Dilihat dari sudut pendekatan nilai:*

*Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali (**re-orientasi** dan **re-evaluasi**) nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofik, dan sosio kultural yang memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana (materiil dan formil) yang dicita-citakan. Bukanlah pembaharuan (reformasi) hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang dicita-citakan sama dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama warisan kolonial.¹*

Jadi dalam pengambilan

kebijakan hukum pidana, baik kebijakan di bidang hukum pidana harus dilakukan secara integral / komprehensif melalui pendekatan kebijakan dan pendekatan nilai. Karena apabila tidak, maka kebijakan hukum pidana itu tidak akan efektif mencegah kejahatan, dan secara lebih luas melindungi masyarakat dari tindak kejahatan.

Dengan terminologi yang berbeda, **Muladi**² memberikan patokan-patokan karakteristik yang harus diperhatikan dalam membuat kebijakan

hukum pidana yang akan datang, yaitu: *pertama*, hukum pidana hadional mendatang yang dibentuk harus memenuhi pertimbangan sosiologis, politis, praktis, dan juga dalam kerangka ideologis Indonesia; *kedua*, hukum pidana hadional mendatang tidak boleh mengabaikan aspek-aspek yang bertalian dengan kondisi manusia, alam, dan tradisi Indonesia; *ketiga*, hukum pidana hadional mendatang harus dapat menyesuaikan diri dengan kecenderungan-kecenderungan universal yang tumbuh di dalam pergaulan masyarakat beradab; *keempat*, karena sistem peradilan pidana, politik criminal, dan politik penegakan hukum merupakan bagian dari politik sosial, maka hukum pidana hadional mendatang harus memperhatikan aspek-aspek yang bersifat preventif; *kelima*, hukum pidana hadional mendatang harus selalu tanggap terhadap perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi guna meningkatkan efektifitas fungsinya di dalam masyarakat.

¹ Barda Nawawi Arief. 1996. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti. Hal. 31.

² Muladi. 1990. *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang*. Pidato Pengukuhan Guru Besar FH UNDIP. Semarang. 24 Februari 1990. Hal. 3.
Lihat juga pendapat Sudarto. 1986. *Hukum dan Hukum Pidana*. Bandung: Alumni. Hal. 36-40
Bahwa upaya fungsionalisasi hukum pidana juga harus secara sungguh-sungguh memperhatikan:
1. Tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata materiil dan spiritual berdasarkan Pancasila; sehubungan dengan hal itu maka (**penggunaan**) hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi kejahatan dan mengadakan pengurangan terhadap tindakan

penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman masyarakat;

2. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau yang akan ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian materiil dan spiritual bagi warga masyarakat;
3. Penggunaan hukum pidana harus memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (**cost and benefit principle**); dan
4. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (**overbelasting**).

Untuk menghasilkan kebijakan legislatif (KUHP) yang ideal dimaksud, diperlukan kajian perbandingan hukum (*comparative law*). Menurut **Mohammad Faiz**,³ Perbandingan hukum bukanlah suatu subjek persoalan, melainkan suatu metode studi. Hal tersebut merupakan proses mempelajari hukum-hukum di luar negeri dengan membandingkannya dengan hukum-hukum lokal. Tugas utamanya adalah untuk mengetahui dengan pasti perbedaan dan persamaan di dalam peraturan hukum, prinsip-prinsip dan lembaga-lembaga terkait pada dua negara atau lebih dengan cara pandang untuk menyediakan solusi bagi permasalahan setempat. Hal ini juga merupakan disiplin untuk memelihara “social order” berdasarkan pengetahuan dan pengalaman yang hidup di negara-negara lain. Menurut **Kokkini Iatridou**, tujuan mempelajari perbandingan hukum secara interhadional adalah:⁴

- a. Menguntungkan persahabatan antar negara;
- b. Menguntungkan terciptanya pengetahuan hukum sipil;
- c. Perkembangan hukum privat Eropa umum, juga hukum pidana Eropa;

- d. Memberikan tambahan perkembangan bagian perbandingan umum untuk setiap bagian disiplin ilmu hukum;
- e. Perkembangan hukum baru internasional dan nasional;
- f. Perbandingan hukum mempunyai nilai pendidikan yang penting;
- g. Memberi kontribusi perundang-undangan, interpretasi peraturan, dan memperluas organi internasional;
- h. Bantuan perkembangan yuridis sebagai tujuan pada umumnya.

Sedangkan **S.R. Sianturi** menyatakan, bahwa manfaat mempelajari perbandingan hukum pidana, antara lain:⁵

- a. Kita akan dapat melihat dan merasakan kekuatan dan kelemahan dari hukum pidana kita sendiri. Dalam hal ini perlu digaris bawahi bahwa hukum pidana kita yang berlaku dewasa ini adalah warisan penjajah Belanda dan resminya masih berbahasa Belanda. Sekalipun sudah ditambal sulam sana-sini, namun masih perlu pembaharuan.

³ <http://panmohamadfaiz.com/2007/02/17/perbandingan-hukum-1/>
⁴ Dalam Andi Hamzah, 2008, *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara*, Edisi ketiga, Jakarta: Sinar Grafika, Hal. 5.

⁵ S.R.Sianturi, 1982-1983, *Hukum Pidana Perbandingan*, Jakarta: Alumni-AHM-PTHM, Hal. 8-9.

- b. Dengan lebih mengenal kekuatan dan kelemahan itu, niscaya akan timbul gagasan-gagasan untuk memperbaiki kelemahan itu yang jika perlu mempelajari kekuatan-kekuatan yang terdapat dalam hukum pidana asing itu, lalu dinilai kesesuaiannya dengan kebutuhan kita.
- c. Dengan mempelajari jiwa dari hukum pidana asing itu dalam perbandingannya dengan yang kita miliki, juga akan meningkatkan cita-cita hukum dan sekaligus memperluas cakrawala pandangan kita.
- d. Pengetahuan dalam rangka perbandingan itu dapat digunakan sebagai bahan untuk memperbaharui hukum pidana kita yang sekarang ini.

Bartholomew (dalam *Comparative Law, 5 Indian Law Review, p. 86*), menegaskan bahwa: “Secara ringkas, metode perbandingan dapat digambarkan, sejauh mengenai ilmu hukum, dengan menaruh perhatian pada metode studi, dengan jalan mana dua atau lebih sistem hukum, konsep, lembaga atau prinsip diteliti dengan pengamatan guna mengetahui secara pasti mengenai perbedaan-perbedaan dan persamaan di antaranya.” Sementara

Rheinstein (dalam *Comparative Law: Its Function, Methods & Usages, 22 Ark, L.R.*) menyatakan bahwa: “Istilah perbandingan hukum sebaiknya merujuk pada pemaparan berbagai hal mengenai cara memperlakukakan hukum secara ilmiah dengan cara pengklasifikasian secara khusus atau deskripsi analitik dari teknik penggunaan satu atau lebih sistem hukum positif.”⁶

Adapun terakait metode perbandingan hukum, **Peter de Cruz** (pp. 235-239) menyebutkan delapan tahap dalam perbandingan hukum:⁷

- 1st – *identify the problem and state it as precisely as possible*
- 2nd – *identify the foreign jurisdiction and, if possible, the parent legal family*
- 3rd – *decide which primary sources of law are going to be needed or, even more importantly, which materials are available*
- 4th – *gather and assemble the material relevant to the jurisdiction being examined*
- 5th – *organize the material in accordance with headings reflecting the legal philosophy and ideology of the legal system being investigated;*
- 6th – *tentatively map out the possible answers to the problem, comparing carefully the different approaches, bearing in mind possible cultural differences or socio economic factors, where relevant, and exploring any other non-legal factors which may have influenced the current legal position in both jurisdiction*

⁶ *Ibid.*

⁷ Aidul Fitriaciada Azhari, 2015, *Bahan Kuliah: Perbandingan Sistem Hukum*, Program Doktor Ilmu Hukum UMS.

7th –critically analyse the legal principle in terms of their intrinsic meaning rather than according to any Western of other standards;

8th – set out your conclusions within a comparative framework with caveats, if necessary, and with critical commentary, wherever relevant, and relate it to the original purpose of your enquiry.

Dalam tulisan ini, penulis akan mengkomparasikan tentang asas terpenting/fundamental dalam hukum pidana (*jinayat*) yaitu asas legalitas dalam sistem hukum pidana positif Indonesia, hukum pidana Latvia, dan dalam Hukum Pidana Islam (*jinayah*). Tulisan ini akan diawali dengan bahasan sejarah dan pengertian asas legalitas, pengaturan asal legalitas dalam hukum positif Indonesia, hukum Latvia, dan hukum Islam, serta komparasi antar ketiganya.

B. Permasalahan

1. Bagaimana sejarah dan pengertian asas legalitas?
2. Bagaimana hukum pidana positif Indonesia mengatur tentang asas legalitas?
3. Bagaimana hukum pidana Islam (*jinayah*) mengatur tentang asas legalitas?
4. Bagaimana perbandingan asas legalitas dalam hukum positif

Indonesia dan hukum pidana Islam (*jinayah*)?

C. Pembahasan

1. Sejarah dan Pengertian Asas

Legalitas

Asas legalitas (*principle of legality*) biasa dikenal dalam bahasa Latin sebagai “*Nullum delictum nulla poena sine praevia lege*” (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu). Adagium tersebut sebenarnya berasal dari **Von Feuerbach**, sarjana hukum pidana Jerman (1775-1833). Dialah yang merumuskan dalam pepatah Latin dalam bukunya yang berjudul “*Lehrbuch des peinlichen recht*” (1801).⁸

Menurut sejarahnya di dalam hukum Romawi kuno yang memakai bahasa Latin, tidak dikenal pepatah ini, juga asas legalitas tidak dikenal. Dalam sebuah karangan berjudul “*Tijdschrift v. Strafrecht*” disebutkan bahwa di zaman Romawi itu dikenal kejahatan yang dinamakan *crimina extra ordinaria*, artinya kejahatan-kejahatan yang tidak disebut dalam undang-undang.⁹

⁸ Moeljatno, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Cetakan ke-tujuh, Jakarta: Rineka Cipta, Hal. 23.

⁹ *Ibid.*

Di antara *crimina extra ordinaria* ini yang sangat terkenal adalah *crimina stellionatus*, yang *letterlijk* artinya: perbuatan jahat, durjana. Jadi tidak ditentukan perbuatan apa yang dimaksud di situ. Sewaktu hukum Romawi kuno itu diterima (*diresipieer*) di Eropa Barat pada Abad Pertengahan (sebagaimana halnya dengan Indonesia dalam zaman penjajahan *meresipieer* hukum Belanda), maka pengertian tentang *crimina extra ordinaria* diterima pula oleh raja-raja yang berkuasa. Dan dengan adanya *crimina extra ordinaria* ini lalu diadakan kemungkinan untuk menggunakan hukum pidana itu secara sewenang-wenang menurut kehendaknya dan kebutuhan raja sendiri.¹⁰

Pada puncaknya reaksi terhadap kekuasaan yang mutlak (*absolutisme*) dari para raja-raja, yang dinamakan jaman *Ancien Regime*, maka di situlah timbul pikiran tentang harus ditentukan dalam *wet* lebih dahulu perbuatan-perbuatan yang dapat dipidana, agar supaya penduduk lebih dahulu bisa tahu dan tidak akan melakukan perbuatan tersebut. Pertama-tama diketemukan pikiran tentang *asas*

legalitas adalah oleh **Montesquieu** dalam bukunya "*L'esprit des Lois*" (1748) dan **Rousseau** dalam bukunya "*Dus Contract Social*" (1762). Asas tersebut pertama-tama mempunyai bentuk sebagai 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 suatu yang boleh dipidana selain karena suatu wet yang ditetapkan dalam undang-undang dan diundangkan secara sah*". Dari *Declaration des droits de L'homme eet du citoyen*, asas ini dimasukkan dalam Pasal 4 *Code Penal* Perancis, di bawah pemerintahan **Napoleon** (1801). Dan dari sini asas ini dikenal oleh Netherland karena penjajahan Napoleon, sehingga mendapat tempat dalam *Wetboek van Strafrecht Netherland* 1881, Pasal 1 dan kemudian karena adanya asas konkordansi antara *Netherland Indie* dan *Netherland* masuklah dalam Pasal 1 *WvS Netherland Indie* 1918.¹¹

Perumusan asas legalitas dari **von Feurbach**¹² dalam bahasa

¹⁰ *Ibid*, Hal. 24-25.

¹¹ *Ibid*, Hal. 25.

¹² *Ibid*, Baca juga Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*, Cetakan ke-dua, Semarang: Yayasan Sudarto Fakultas Hukum UNDIP, hal. 25.

Latin itu dikemukakan berhubungan dengan teorinya yang dikenal dengan nama teori “*vom psychologischen Zwang*”, yang menganjurkan supaya dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang dilarang di dalam peraturan bukan saja tentang macamnya perbuatan yang harus dituliskan dengan jelas, tetapi juga tentang macamnya pidana yang diancamkan. Dengan cara demikian ini maka orang yang akan melakukan perbuatan yang dilarang tadi lebih dahulu diketahui pidana apa yang dijatuhkan kepadanya nanti jika perbuatan itu dilakukan. Dengan demikian dalam batinnya, dalam *psychennya*, lalu diadakan *tem* atau tekanan untuk tidak berbuat, dan kalau sampai melakukan perbuatan tadi, maka jika dijatuhi pidana kepadanya bisa dipandang sebagai sudah disetujuinya sendiri. Jadi pendirian **von Feurbach** mengenai pidana ialah pendirian yang tergolong *absolut* (mutlak). Sama halnya teori Pembalasan (*retribution*).

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.¹³ Dengan demikian, asas legalitas menghendaki bahwa ketentuan yang memuat perbuatan dilarang harus dituliskan terlebih dahulu.

Dalam tradisi *civil law system*, ada empat aspek asas legalitas yang diterapkan secara ketat, yaitu: peraturan perundang-undangan (*law*), retroaktivitas (*retroactivity*), *lex certa*, dan analogi.¹⁴ 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*.¹⁵ Ke-empat aspek asas legalitas di atas penjelasannya sebagai berikut:

- ***Lex Scripta: tertulis***

Dalam *civil law system*, aspek pertama adalah pemidanaan harus didasarkan pada undang-undang, dengan kata lain berdasarkan hukum

¹³ Lihat: M. Karfawi, 1987, *Asas Legalitas dalam Usul Rancangan KUHP (Baru) dan Masalah-masalahnya*, Jurnal Arena Hukum, Juli 1987, Hal. 9-15.
Lihat juga: Moeljatno, *Op.cit.* hal. 355.

¹⁴ Lihat: Roelof H. Heveman, 2002, *The Legality of Adat Criminal Law in Modern Indonesia*, Jakarta: Tata Nusa, Hal. 50.

¹⁵ *Ibid.*

yang tertulis. Undang-undang (*statutory, law*) harus mengatur mengenai tingkah laku (perbuatan) yang dianggap sebagai tindak pidana. Tanpa undang-undang yang mengatur mengenai perbuatan yang dilarang, maka perbuatan tersebut tidak bisa dikatakan sebagai tindak pidana. Hal ini berimplikasi bahwa hukum kebiasaan/hukum yang hidup tidak bisa dijadikan dasar menghukum seseorang. Tidak bisanya kebiasaan menjadi dasar penghukuman bukan berarti kebiasaan tersebut tidak mempunyai peran dalam hukum pidana. Ia menjadi penting dalam menafsirkan *element of crimes* yang terkandung dalam tindak pidana yang dirumuskan oleh undang-undang tersebut.¹⁶

- ***Lex Certa: Jelas dan rinci***

Dalam kaitannya dengan hukum yang tertulis, pembuat undang-undang (legislatif) harus merumuskan secara jelas dan rinci mengenai perbuatan yang disebut dengan tindak pidana (kejahatan, *crimes*). 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.¹⁷ Namun demikian ELSAM¹⁸ berpendapat, dalam prakteknya tidak selamanya pembuat undang-undang dapat memenuhi persyaratan di atas. Tidak jarang perumusan undang-undang diterjemahkan lebih lanjut oleh kebiasaan yang berlaku di dalam masyarakat apabila norma tersebut secara faktual dipermasalahkan.

- ***Analogi***

¹⁶ ELSAM, 2005, *Asas Legalitas KUHP Dalam Rancangan 2005*, Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri 1, Jakarta, Hal. 6-7.

¹⁷ Jan Rummelink, 2003, *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*

Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia, Jakarta : PT Gramedia Pustaka Utama, Hal. 358.

¹⁸ ELSAM, *loc-cit*.

Analogi artinya memperluas berlakunya suatu peraturan dengan mengabstraksikannya menjadi aturan hukum yang menjadi dasar dari peraturan itu (*ratio legis*) dan kemudian menerapkan aturan yang bersifat umum ini kepada perbuatan konkrit yang tidak diatur dalam undang-undang.

Penerapan peraturan secara analogi ini dilakukan apabila ada kekosongan (*leemte* atau *lucke*) dalam undang-undang untuk perbuatan (peristiwa) yang mirip dengan apa yang diatur oleh undang-undang. Akan tetapi sebaliknya apabila ada peristiwa (baru) yang tidak diatur dalam undang-undang maka peraturan itu tidak diterapkan, apabila tidak sesuai dengan rasio dari peraturan tersebut. Penggunaan yang demikian itu disebut "*argumentum a contrario*" (pemberian alasan secara dibalik/*bewijs van het tegendeel*).¹⁹

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.²⁰

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

¹⁹ Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*, Cetakan ke-dua, Semarang: Yayasan Sudarto Fakultas Hukum UNDIP, Hal. 22-23.

²⁰ Sofyan Sastrawidjaja, 1995, *Hukum Pidana: Asas Hukum Pidana Sampai pada Penindakan Pidana*, Bandung: Armica, hal. 68-72.

yang mempunyai sifat atau bentuk yang sama dengan perbuatan tersebut, sehingga kedua perbuatan tersebut dipandang analog satu dengan lainnya.

Menurut **Andi Hamzah**²¹, ada dua macam analogi, yaitu: *gesetz analogi* dan *recht analogi*. *Gesetz analogi* adalah analogi terhadap perbuatan yang sama sekali tidak terdapat dalam ketentuan pidana. Sementara *recht analogi* adalah analogi terhadap perbuatan yang mempunyai kemiripan dengan perbuatan yang dilarang dalam ketentuan hukum pidana.

Beberapa alasan yang menyetujui dipakainya analogi, di antaranya adalah karena perkembangan masyarakat yang sedemikian cepat sehingga hukum pidana harus berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat itu. Sementara yang menentang mengatakan bahwa penerapan

analogi dianggap berbahaya karena dapat menyebabkan ketidakpastian hukum dalam masyarakat. Dalam perkembangannya, pembatasan dan penggunaan analogi ini tergantung pada sistem hukum yang dianut suatu negara.

Menurut **Jan Rummelink**²², inti dari penafsiran analogis, bagi pendukung pendekatan ini tidak membatasi pengertian suatu aturan hanya dalam batas-batas *polysem* kata-kata. Bila diperlukan, mereka akan siap sedia mengembangkan dan merumuskan aturan baru (hukum baru), tentu tidak dengan sembarang melainkan dalam kerangka pemikiran, rasio ketentuan yang bersangkutan. Dalam perkembangannya, karena trauma pada saat pemerintahan Nazi,²³ timbul keengganan yang besar terhadap penggunaan metode ini di seluruh Eropa dan Belanda.

²¹ Andi Hamzah, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, hal. 44.

²² Jan Rummelink, *Op.cit.*, Hal. 359.

²³ Dalam hal ini, Jan Rummelink sendiri sebagai salah satu ahli pidana Belanda yang mendukung pelarangan analogi, beberapa alasan yang dikemukakannya antara lain: (i) pelarangan analogi mendukung kepastian hukum, karena sampai sekarang pada tingkat tertentu masih ditemukan adanya kepastian perihal isi ketentuan-ketentuan larangan dari sudut pandang batas-batas kata menurut ilmu bahasa, sekalipun beberapa makna kata ditafsirkan secara sangat luas. Hal itu memunculkan keraguan, namun kita masih tetap menemukan arah perkembangan dengan batas-batas

yang aman; (ii) Pengembangan hukum (perundang-undangan) tidak terutama dibebankan pada hakim; (iii) Kemungkinan untuk tetap dapat menjangkau "terdakwa" di luar batasan bahasa membuka kesempatan bagi hakim untuk mengambil keputusan secara emosional karena pengaruh tidak murni dari opini publik, media, dan dari golongan (instansi ataupun non-instansi) lainnya; dan (iv) Berdasarkan sejarah perundang-undangan, terdapat penolakan, sebagai contoh UU tahun 1886 (Belanda) tidak dimaksudkan sebagai pengakuan terhadap penggunaan metode penafsiran analogis. Jan Rummelink, *Op.cit.* Hal. 360. Lihat juga ELSAM, *Op-Cit*, Hal. 9.

- *Non-retroaktif*

Asas legalitas dipandang dari ruang berlakunya hukum pidana menurut waktu yang berkaitan dengan *non retroaktif* menghendaki bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan yang merumuskan tindak pidana tidak dapat diberlakukan secara surut (*non retroaktif*).

2. Asas Legalitas dalam Hukum

Pidana Positif Indonesia

Asas legalitas dipandang sebagai asas terpenting dalam hukum pidana Indonesia, karenanya diatur dalam KUHP, sebagai *babon* atau induknya hukum pidana. Pengaturan asas legalitas dalam Buku I (satu) KUHP tentang Ketentuan Umum, membawa konsekuensi bahwa ketentuan asas legalitas itu berlaku terhadap kejahatan-kejahatan yang diatur dalam Buku II maupun pelanggaran dalam Buku III KUHP. Demikian juga berlaku bagi semua peraturan pidana yang diatur dalam UU di luar KUHP, kecuali UU tersebut membuat penyimpangan ((*lex specialist derogat lex generalis*)).

Asas legalitas pada hakikatnya adalah tentang ruang berlakunya hukum pidana menurut waktu dan sumber/dasar hukum (dasar legalisasi) dapat dipidananya suatu perbuatan. (jadi sebagai “dasar kriminalisasi atau landasan yuridis pembedaan”).²⁴

Perumusan asas legalitas dalam Pasal 1 KUHP (*WvS*) terdiri dari 2 ayat yang selengkapny sbb:

- (1) *Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.*
- (2) *Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan (menguntungkan) bagi terdakwa.*²⁵

Mengenai makna asas legalitas seperti dirumuskan dalam KUHP/*WvS* tersebut di atas, menurut **Sudarto**,²⁶ membawa 2 konsekuensi yaitu:

- a. Bahwa perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang sebagai tindak pidana tidak dapat dipidana. Jadi dengan adanya asas ini hukum

²⁴ *Ibid*, hlm.3.

²⁵ KUHP, terjemahan Moeljatno, 1979, Cetakan ke XI, Jogjakarta: FH UGM, 1979. hal.13.

²⁶ Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*, Cetakan ke-dua, Semarang: Yayasan Sudarto Fakultas Hukum UNDIP, hal. 22-23.

yang tidak tertulis tidak berkekuatan untuk diterapkan.

- b. Adanya pendapat bahwa ada larangan penggunaan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang.

Senada dengan pendapat di atas, menurut **Romli Atmasasmita**, makna asas legalitas dalam KUHP adalah:²⁷

- a. Tiada suatu perbuatan merupakan suatu tindak pidana, kecuali telah ditentukan dalam undang-undang terlebih dulu.
- b. Ketentuan undang-undang harus ditafsirkan secara harfiah dan pengadilan tidak diperkenankan memberikan suatu penafsiran analogis untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana.

- c. Ketentuan undang-undang tidak berlaku surut.

Menetapkan bahwa hanya pidana yang tercantum secara jelas dalam undang-undang yang boleh dijatuhkan.

Menurut **Muladi**, asas legalitas pada prinsipnya terdiri atas:

- a. *Nullum crimen sine lege* (tiada kejahatan tanpa undang-undang);
- b. *Nulla poena sine lege* (tiada pidana tanpa undang-undang);
- c. *Nulla poena sine crimen* (tiada pidana tanpa kejahatan).²⁸

Selanjutnya **Muladi** menegaskan, bahwa asas ini mencakup pula asas derivatif seperti “*nullum crimen sine lege praevia*” (tiada kejahatan tanpa undang-undang sebelumnya) dan “*nullum crimen sine poena legali*” (tiada kejahatan tanpa pidana yang diatur sebelumnya). Asas lain yang terkait adalah larangan untuk menerapkan “*ex post facto criminal law*” dan kaitannya dengan pemberlakuan surut hukum pidana

²⁷ Romli Atmasasmita, 200, *Perbandingan Hukum Pidana*, Bandung: CV.Mandar Maju, hal. 48.

²⁸ Muladi, 2000, “*Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat Di Era Demokrasi*”, Makalah Seminar, 27 April 2000, hal.16.

dan sanksi pidana (*non-retroactive application of criminal law and criminal sanction*).²⁹

Asas legalitas seperti di atas menghendaki bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan yang merumuskan tindak pidana tidak dapat diberlakukan secara surut (*non retroaktif*). Menurut ELSAM, pemberlakuan secara surut merupakan suatu kesewenang-wenangan, yang berarti pelanggaran hak asasi manusia. Seseorang tidak dapat dituntut atas dasar undang-undang yang berlaku surut.³⁰

Berdasarkan rumusan Pasal 1 ayat (2) KUHP, maka kemungkinan peraturan dapat berlaku "*retroaktif*", dengan syarat.³¹

- Apabila sesudah terdakwa melakukan tindak pidana ada perubahan dalam perundang-undangan,
- Apabila perubahan undang-undang baru itu menguntungkan/
meringankan bagi terdakwa.

Mengenai perubahan dalam perundang-undangan yang berhubungan dengan masalah tindak

pidana, menurut **Nyoman Serikat Putra Jaya**, dapat berupa:³²

1. Baik undang-undang lama maupun undang-undang baru, sama-sama menetapkan perbuatan sebagai tindak pidana;
2. Undang-undang lama menetapkan perbuatan sebagai tindak pidana aduan, sedangkan undang-undang baru menetapkan sebagai tindak pidana biasa;
3. Undang-undang lama menetapkan perbuatan sebagai tindak pidana biasa, sedangkan undang-undang baru menetapkan sebagai tindak pidana aduan, dan
4. Undang-undang lama menetapkan sebagai tindak pidana, sedangkan undang-undang baru tidak lagi menetapkan sebagai tindak pidana.

Selanjutnya **Nyoman Serikat Putra Jaya** menegaskan yang berhubungan dengan kesalahan dapat berupa:

1. Undang-undang lama merumuskan kesengajaan

²⁹ *Ibid*

³⁰ *Ibid*.

³¹ Sudarto, *Hukum Pidana I*, Op-Cit, Hlm 37.

³² Nyoman Serikat Putra Jaya, 2008, *Beberapa Pemikiran Ke Arah Pengembangan Hukum Pidana*, Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, Hal. 5-6.

- sebagai unsur sedangkan undang-undang baru merumuskan kealpaan sebagai unsur;
2. Undang-undang lama merumuskan kealpaan sebagai unsur, sedangkan undang-undang baru tidak merumuskan kesengajaan sebagai unsur;
 3. Undang-undang lama merumuskan kealpaan atau kesengajaan sebagai unsur, sedangkan undang-undang baru tidak merumuskan kesengajaan atau kealpaan sebagai unsur;
 4. Undang-undang lama merumuskan kealpaan atau kesengajaan sebagai unsur, sedangkan undang-undang baru merumuskan kesengajaan atau kealpaan sebagai unsur;³³

Mengenai perubahan dalam perundang-undangan yang berhubungan dengan sanksi pidana, menurut **Nyoman Serikat Putra Jaya**, dapat berupa:

1. Sanksi pidana dalam undang-undang lama dan

undang-undang baru sama beratnya;

2. Sanksi pidana dalam undang-undang lama lebih berat dari sanksi pidana dalam undang-undang baru; dan
3. Sanksi pidana dalam undang-undang lama lebih ringan dari sanksi pidana dalam undang-undang baru.³⁴

Menurut **Barda Nawawi Arief**³⁵ walaupun Pasal 1 ayat (2) KUHP mengandung di dalamnya ketentuan tentang retro-aktif, namun sebenarnya lebih tepat dikatakan bahwa pasal itu mengatur tentang “Aturan Peralihan” (ATPER), yaitu aturan dalam masa transisi karena adanya perubahan UU. Pasal 1 ayat (2) ini mengandung asas/prinsip, bahwa “*ketentuan hukum yang diberlakukan dalam hal ada perubahan UU (dalam masa transisi) adalah ketentuan hukum yang menguntungkan/meringankan terdakwa*”. Jadi Pasal 1 ayat (2) mengandung asas, bahwa dalam menghadapi 2 pilihan perundang-undangan karena ada perubahan, harus “*dipilih (diterapkan/*

³³ *Ibid*

³⁴ *Ibid*

³⁵ Barda Nawawi Arief, *Perkembangan Asas-Asas Hukum Pidana Dalam Konsep KUHP (Perspektif Perbandingan Hukum Pidana)*, *Op-cit*, Hal. 17-18.

didahulukan) hukum yang menguntungkan/meringankan terdakwa". Oleh karena itu dapat dikatakan mengandung "asas subsidiaritas".

Pengertian paling ringan menurut **Nyoman Serikat Putra Jaya** harus diartikan seluas-luasnya, dan tidak hanya mengenai pidananya saja, tetapi mengenai segala sesuatunya dari peraturan itu yang mempunyai pengaruh terhadap penilaian sesuatu tindak pidana. Penentuannya harus dilakukan *in concreto* dan tidak *in abstracto*.³⁶

Namun demikian arti seluas-luasnya hanya sebatas jika perubahan UU itu menguntungkan bagi terdakwa, ketentuan dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP tidak mencakup dalam hal ketentuan yang menguntungkan/meringankan kepentingan masyarakat, artinya *retroaktif* tidak berlaku jika perubahan itu menguntungkan bagi kepentingan masyarakat.

Berdasarkan penjelasan di atas maka Pasal 1 ayat (2) KUHP yang memberi kemungkinan peraturan berlaku "*retroaktif*", dapat dikatakan lebih berorientasi pada kepentingan individu ("*offender*").

Artinya penyimpangan terhadap "*non retroaktif*" (yaitu boleh *retroaktif*) apabila memenuhi syarat/kriteria, bahwa perubahan UU itu menguntungkan/meringankan terdakwa (individu) semata, sedangkan jika perubahan itu menguntungkan masyarakat maka asas tersebut tidak berlaku.³⁷

Dalam perundang-undangan di luar KUHP, asas legalitas ini ada yang menyimpangi atau dibuat *lex specialist* sebagai berikut:

- 1) Menjadikan Hukum Adat atau "hukum yang hidup di masyarakat" menjadi sumber hukum pidana, selain hukum tertulis. Ketentuan yang demikian terdapat dalam:
 - a. UU No. 1 /Drt/1951 tentang Tata Susunan Lembaga Peradilan;
 - b. UU No. 19/1964 tentang Kekuasaan Kehakiman; jo UU No. 14/70 tentang Ketentuan Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman jo. No. 35/1999 tentang Perubahan terhadap UU No. 14/70; jo UU No. 4/2004 tentang Kekuasaan Kehakiman;

³⁶ Nyoman Serikat Putra Jaya, *Op-Cit*, Hal. 7.

³⁷ Sri Endah Wahyuningsih, 2013, *Rekonstruksi Asas-Asas Hukum Pidana Nasional Berlandaskan Nilai-Nilai Kearifan Religius*

Dari Perspektif Hukum Islam, Disertasi, Program Doktor UNDIP Semarang.

- c. Pasal 18B (2) UUD'45
(amandemen ke-2 tahun
2000)
- 2) Pemberlakuan UU secara
RETRO AKTIF diberlakukan
terhadap :
- a. Tindak Pidana Pelanggaran
HAM berat / kejahatan
kemanusiaan :
- "Penjelasan Psl. 4" UU
No. 39/1999
 - Pasal 43 UU No. 26 /
2000
- b. Tindak pidana Terorisme
(Perpu No. 2/2002 jo. UU No.
16/2003) Telah dinyatakan
tidak mempunyai kekuatan
hukum mengikat berdasarkan
Putusan MK No. 013/PUU-
I/2003.

3. Asas Legalitas (*Qawa'id Usuliyah*) dalam Hukum Islam (*Jinayat*)

Asas legalitas yang
merupakan asas kemasyarakatan,
secara substansial terdapat dalam
hukum Islam baik di dalam Al-
Quran maupun *hadist-hadist* Nabi
Muhammad SAW.³⁸

Hukum Islam menyatakan
bahwa dalam penetapan tindak

pidana harus ada *had* yang melarang
perbuatan tersebut dan
mengancam hukuman
terhadapnya. Adanya *had-had* yang
melarang dan mengancam
hukuman terhadap suatu perbuatan
itu tidak cukup untuk menghukum
setiap perbuatan, tetapi ada syarat
lain bagi orang yang melakukan
perbuatan terlarang ini supaya bisa
dihukum, yaitu *had* yang
melarangnya itu valid (berlaku)
pada waktu perbuatan itu dilakukan,
valid menurut tempat terjadinya
tindak pidana, dan valid terhadap
individu yang berbuat. Apabila
salah satu syarat ini tidak bisa
dipenuhi, hukuman tidak bisa
dijatuhkan kepada pelaku tindak
pidana.³⁹

Namun demikian selain
mendasarkan pada *had* / aturan yang
telah ditetapkan, asas legalitas
dalam Islam juga mendasarkan pada
kaidah umum yang merupakan
aturan hukum umum dalam Islam.
Adapun kaidah-kaidah umum
tersebut adalah:⁴⁰

1. "*Tidak ada hukuman bagi
perbuatan orang yang berakal*

³⁸ Menurut Martadha Muntahhari, tujuan hukum Islam yang baik adalah: a) harus mencegah seseorang dari berbuat maksiat; b) batas tertinggi dan terendah suatu hukuman sangat tergantung kepada kebutuhan kemaslahatan masyarakat; c) memberikan hukuman kepada orang yang melakukan tindak pidana bukan berarti membalas dendam, melainkan sesungguhnya untuk kemaslahatannya; d) hukuman adalah upaya terakhir

dalam menjaga seseorang supaya tidak jatuh ke dalam suatu maksiat.
Martadha Muthahhari, 1996, *Islam dan Tantangan Zaman*, Bandung: Pustaka Hidayah, Hal. 25

³⁹ *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, Jilid I, Bogor: PT.Kharisma Ilmu, Hal. 131.

⁴⁰ *Ibid.*, Hal. 134-135.

sehat sebelum ada had (ketentuan)”.

Maksudnya setiap perbuatan *mukallaf (bekwaam)* tidak dapat dikatakan terlarang sebelum adanya had (ketentuan) yang melarangnya dan pelakunya mempunyai kebebasan untuk melakukan perbuatan tersebut atau meninggalkannya sehingga ada had yang melarangnya.

2. “*Dasar segala sesuatu adalah dibolehkan/mubah*”.

Maksudnya, semua perbuatan atau sikap tidak berbuat dibolehkan dengan kebolehan yang asli (yakni bukan kebolehan yang dinyatakan oleh syarak). Jadi, selama belum ada had yang melarang, tidak ada tuntutan terhadap orang yang berbuat atau tidak berbuat.

3. “Menurut syara’, tidak ada pembebanan suatu hukum kecuali terhadap seseorang mukalaf yang berkemampuan untuk memahami dalil-dalil pembebanan dan untuk melaksanakan hukum tersebut. Pekerjaan yang dibebankan hanyalah pekerjaan yang mungkin dilaksanakan dan disanggupi serta diketahui oleh mukallaf sehingga dapat

mendorong dirinya untuk memperbuatnya”.

Aturan pokok tersebut sama-sama mengarah kepada satu pengertian, ”suatu perbuatan atau sikap tidak berbuat tidak boleh dipandang sebagai tindak pidana kecuali ada *had* (ketentuan) yang jelas serta melarang perbuatan dan sikap tidak berbuat tersebut. Apabila tidak ada had yang demikian sifatnya, tidak ada tuntutan ataupun hukuman atas pelakunya.

Karena itu, suatu perbuatan dan sikap tidak berbuat tidak cukup dipandang sebagai tindak pidana hanya karena dilarang, tetapi juga harus dinyatakan hukumannya, baik hukuman *had* maupun hukuman *ta'zir*. Kesimpulan pernyataan tersebut bahwa aturan-aturan pokok hukum Islam telah menetapkan bahwa tidak ada tindak pidana dan tidak ada hukuman kecuali setelah adanya *had* (ketentuan).

Berdasarkan kaidah tersebut maka secara implisit terkandung makna dianutnya asas legalitas dalam hukum Islam. Di mana sesuatu perbuatan atau sikap tidak berbuat tidak boleh dipandang sebagai *jarimah* (tindak pidana) kecuali karena adanya *had* (ketentuan) yang jelas

ada had yang terlebih dahulu disiarkan atau diumumkan kepada masyarakat".

Dalam Al-Qur'an ada beberapa ayat yang berhubungan dengan asas legalitas. Allah SWT tidak menjatuhkan suatu siksa atas umat manusia kecuali sudah ada penjelasan dan pemberitahuan

مَنْ أَهْتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ ۗ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا
يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ

رَسُولًا

dan yang melarang perbuatan dan sikap tidak berbuat tersebut. Apabila tidak ada *had* yang demikian sifatnya maka tidak ada tuntutan ataupun hukuman atas pelakunya.

melalui rasul-rasulNya, dan beban (kewajiban) yang diberikan kepada mereka, yakni perkara yang disanggupi, sebagaimana tampak dalam firman Allah sebagai berikut:

H.A. Djazuli
berpendapat bahwa hukuman itu harus mempunyai dasar, baik dari Al-Qur'an, *hadist*, atau lembaga legislatif yang mempunyai kewenangan menetapkan hukuman untuk kasus *takzir*.⁴¹

a. Al-Qur'an: Surat al - Isra' (Q.S.17 ayat 15)

Artinya:

"Barang siapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), maka sesungguhnya dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri, dan barang siapa yang sesat maka sesungguhnya dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. Dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan

Berdasarkan ketentuan di atas maka dapat diambil pengertian bahwa menurut kaidah hukum Islam "tidak ada suatu tindak pidana tanpa

⁴¹ H.A. Djazuli, 1997, *Fiqh Jinayah (Upaya menanggulangi Kejahatan Dalam Islam)*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, Hal. 25.

*Kami tidak akan mengazab
sebelum Kami mengutus
seorang rasul.*

**b. Al-Qur'an: al - Qasas (QS.28
ayat 59):**

وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِ رَسُولًا

يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَىٰ إِلَّا وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ ﴿٥٩﴾

Qur'an (kepadanya)'

artinya:

*Dan Tuhanmu tidak akan
membinasakan kota-kota,
sebelum Dia mengutus di
ibukota itu seorang rasul yang
membacakan ayat-ayat Kami
kepada mereka dan tidak pernah
(pula) Kami membinasakan
kota-kota, kecuali
penduduknya dalam keadaan
melakukan kezaliman.*

**c. Al-Qur'an: al-An'am (QS.6
ayat 19)**

قُلْ أَيُّ شَيْءٍ أَكْبَرُ شَهَادَةً قُلِ اللَّهُ شَهِيدٌ بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ وَأُوحِيَ إِلَيَّ
هَذَا الْقُرْآنُ لِأُنذِرَكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ أَئِنَّكُمْ لَتَشْهَدُونَ أَنَّ مَعَ اللَّهِ
ءَالِهَةً أُخْرَىٰ قُلْ لَا أَشْهَدُ قُلْ إِنَّمَا هُوَ إِلَهُ وَاحِدٌ وَإِنِّي بَرِيءٌ مِّمَّا

تُشْرِكُونَ ﴿١٩﴾

Artinya:

*Katakanlah: "Siapakah
yang lebih kuat
persaksiannya?", Katakanlah:
"Allah", Dia menjadi saksi antara
aku dan kamu. Dan Al-Qur'an ini*

*diwahyukan kepadaku supaya
dengan dia aku memberi
peringatan kepadamu dan kepada
orang-orang yang sampai Al-*

Berdasarkan ayat-ayat
Al-Qur'an di atas, maka asas
legalitas adalah sesuai dengan jiwa
ayat-ayat tersebut. Jadi menurut
ketentuan hukum Islam tidak ada
suatu perbuatan yang dapat
dihukum, kecuali setelah ada
penjelasan dan pemberitahuan
yang terdapat dalam aturan
hukum terlebih dahulu.

Dalam hukum Islam

semua ketentuan hukum telah
terdapat dalam Al-Qur'an dan sunah
Rasul yang berlaku sampai akhir
zaman, oleh karena itu hukum Islam
telah mengakomodasi semua
perbuatan yang dianggap sebagai

maksiat, bahkan untuk tindak-tindak pidana yang akan datang (belum pernah terjadi dimasa turunya Al-Qur'an maupun di masa kepemimpinan Nabi Muhammad SAW).⁴²

Asas legalitas sebagai asas dasar dalam penegakan hukum pidana berarti mendapat tempat yang sangat penting dalam hukum Islam, karena hal itu menurut **Anwar Haryono** menjadi ukuran keadilan dan jaminan adanya kepastian hukum.⁴³

Namun demikian asas legalitas menurut hukum Islam tidak diterapkan secara absolut/kaku terbukti dengan adanya *hadist-hadist* Nabi Muhammad:

1. *Hadist* Dari Ahad berkata:
“*Tidaklah sesuatu perkara yang di dalamnya terdapat qishas diajukan kepada Rasulullah SAW, kecuali beliau SAW memerintahkan untuk memberi maaf*”.
2. Dalam *Hadist* riwayat Tirmidzi dari Aisyah juga meriwayatkan, bahwa Nabi Muhammad SAW, mengatakan: “*Hindarlah hukuman had dari kaum muslimin, selama masih*

mungkin. Jika ada dasar untuk melepaskannya seseorang dari hukuman, maka biarkanlah dia terbebaskan. Seorang hakim lebih baik keliru dalam memberi ampun daripada keliru dalam memberi hukuman”⁴⁴.

3. Dari Abu Hurairah dari Nabi Muhammad SAW bersabda:
“*Tidaklah seseorang memaafkan dari suatu kezaliman, kecuali Allah akan menambahkannya kemuliaan*”.

Berdasarkan *hadist-hadist* di atas dapat diketahui bahwa asas legalitas tidak diterapkan secara kaku, hal ini juga terlihat dari penerapan asas legalitas menurut hukum Islam yang berbeda-beda tergantung pada jenis tindak pidananya, baik dalam tindak pidana *hudud*, *qishas*-diat maupun *takzir*.

Pada tindak pidana *hudud*, penerapan asas legalitas diterapkan secara teliti dan cermat. Hal ini dapat dilihat dengan jelas dalam tujuh macam tindak pidana *hudud* yaitu: tindak pidana zina, *qazaf* (menuduh orang lain menuduh zina), meminum minuman keras, tindak pidana pencurian, tindak pidana *hirabah* (gangguan keamanan), tindak

⁴² Menurut hukum Islam, tindak pidana (delik, jarimah) diartikan sebagai perbuatan-perbuatan yang dilarang oleh syara' yang diancam oleh Allah SWT dengan hukuman *hudud* atau *takzir*.

Ensiklopedi Hukum Pidana Islam, 2007, Bogor: PT Kharisma Ilmu, Hal. 87.

⁴³ Anwar Haryono, 1985, *Hukum Islam Keluasan Dan Keadilannya*, Jakarta: Bulan Bintang, hal.156.

⁴⁴ *Ibid*, Hal. 19.

pidana murtad, dan tindak pidana pemberontakan/ subversi (*al-bagy*).

Penerapan asas legalitas dalam tindak pidana *takzir* berbeda dengan penerapan asas legalitas pada tindak pidana *hudud* atau tindak pidana *qishas* dan diat. Penerapan asas legalitas pada tindak pidana *takzir* diperlonggar sampai batas tertentu. Kelonggaran dalam tindak pidana ini terdapat baik dalam segi bentuk tindak pidananya maupun segi hukumannya (*sanksinya*). Karena dalam tindak pidana *takzir* bentuk tindak pidananya yang memiliki sifat-sifat tertentu tidak memerlukan ketentuan tersendiri yang menyatakan sebagai tindak pidana, tetapi cukup menyatakannya dengan had dan cara yang bersifat umum. Hukuman *takzir* dijatuhkan atas perbuatan yang membahayakan kemaslahatan individu, masyarakat, atau ketertiban umum.

Menurut **Barda Nawawi Arief**, asas legalitas dalam kaidah fiqhiyyah adalah sebagai berikut:⁴⁵

1. "*Al-Ashlu fi al-asyyai wa al-af'ali al-ibahati hatta yaqumu al-dalilu 'ala khilafih*". (dikutip dari:

Jalaludin al-Suyuti, 1938, *Al-Asybah wa al-Nadhair*, Mesir: Babi al-Halabi, hal. 59)

Artinya, hukum asal (pokok) dari segala perkara dan semua perbuatan adalah diperbolehkan hingga akhirnya ada suatu dalil (dasar hukum) yang membedakannya (tidak lagi diperbolehkan-pen.).

Maksud kaidah di atas ialah bahwa pada dasarnya setiap perbuatan itu boleh/bebas untuk dilakukan (jadi tidak terlarang dan juga tidak diharuskan) dan oleh karenanya maka pelakunya tidak dimintai pertanggung jawaban, sehingga ada/lahir suatu aturan hukum yang menentukannya lain (melarang/ mengharuskan).

2. "*Laa hukma liaf'ali al-'uqala qobla wurudi al-nash*". (Dikutip dari: Fatkhi Banansi, 1958, *Al-Uqubah fi Fiqh al-Islami*, Mesir: Daar al-Kutub, hal. 33)

Artinya, perbuatan orang yang berakal tidak ada hukum apapun terhadapnya sebelum ada nash (aturan) yang menentukannya.

⁴⁵ Barda Nawawi Arief, 2014, *Asas Legalitas Dalam Islam*, Bahan Kuliah Perbandingan Hukum Pidana Pascasarjana UNDIP, Semarang.

Kaidah ini mengandung arti bahwa setiap perbuatan *mukallaf* (yaitu orang yang sudah dapat dibebani suatu tanggung jawab hukum), tidak dapat dituntut sebagai perbuatan pidana kecuali sebelumnya sudah ada nash (aturan hukum) yang menentukan perbuatan tersebut sebagai perbuatan pidana.

Berdasarkan kedua kaidah fiqhiyyah di atas, maka muncullah kaidah fiqhiyyah ke tiga berikut ini:

3. "*Laa jarimata wa laa 'uqubata illa bi nashshin*". (dikutip dari: Abdul Qodir 'Audah, 1963, *Al-Tasyri' al-jina'ie al-Islamie*, jilid I, Beirut: Daar al-Kutub, Hal. 115)

Artinya, tidak ada suatu perbuatan boleh dianggap sebagai suatu *jarimah* (tindak pidana), dan tidak ada pula suatu hukuman (pidana) yang boleh dijatuhkan kepada pelakunya kecuali sebelumnya telah ada *nas* (aturan hukum) yang menentukan demikian.

5. **Komparasi Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia dan Hukum Islam (*Jinayah*)**

Apabila mencermati pengaturan asas legalitas dalam ke dua sistem hukum pidana di atas, dan dilakukan komparasi antar

keduanya, maka babarapa *pointers* dapat dikemuakakan sebagai berikut:

- a. Ke-dua sistem hukum itu, Indonesia dan Islam (*Jinayah*), mengenal asas legalitas, walaupun dengan penamaan dan karakteristik yang berbeda.

- b. Asas legalitas di dalam **KUHP Indonesia** diatur dalam Buku I tentang Ketentuan Umum Pasal 1 ayat (1) dan (2) , yang berarti berlaku untuk semua tindak pidana, baik yang diatur dalam KUHP maupun dalam UU di luar KUHP, kecuali diatur penyimpangan (*lex specialist derogat lex generalis*), yang berbunyi:

- (1) *Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan.*
- (2) *Jika sesudah perbuatan dilakukan ada perubahan dalam perundang-undangan, dipakai aturan yang paling ringan (menguntungkan) bagi terdakwa.*

Asas legalitas yang diatur dalam KUHP pada prinsipnya menolak berlakunya hukum yang tidak tertulis/hukum yang hidup dimasyarakat/hukum adat, dan UU pidana tidak berlaku surut (*retroactive*) serta tidak bolehnya

dipergunakan metode penafsiran analogi.

Akan tetapi asas legalitas ini tidak bersifat mutlak, dalam sejarah pemberlakuannya di Indonesia asas ini telah disimpangi /dibuat *lex specialist* dengan memberlakukan surut UU HAM walaupun dengan persyaratan ketat, demikian juga UU Terorisme.

Demikian juga beberapa peraturan per-UU-an di bidang Kekuasaan Kehakiman (UU 1/Drt/1951, UU 14/1970 jo UU 35/1999, UU 4/2004) telah memberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum pidana.

Dalam **Hukum Pidana Islam (*Jinayah*)**, asas legalitas (*Qawa'id Usuliyah*) dikenal sebagai salah satu prinsip *jinayah*, yang didasarkan pada ayat-ayat Al-Qur'an (antara lain: Q.S. 17 ayat 15, Q.S. 28 ayat 59, QS.6 ayat 19, dll) dan Hadist-hadist Nabi Muhammad SAW.

Dalam *Jinayah*, asas legalitas (*Qawa'id Usuliyah*) dimaknai sebagai sesuatu perbuatan (atau sikap tidak berbuat) tidak boleh dipandang sebagai *jarimah* (tindak pidana) kecuali karena

adanya *had* (ketentuan) yang jelas dan yang melarang perbuatan (dan sikap tidak berbuat) tersebut. Apabila tidak ada *had* yang demikian sifatnya maka tidak ada tuntutan ataupun hukuman atas pelakunya, "*tidak ada suatu tindak pidana tanpa ada had yang terlebih dahulu disiarkan atau diundangkan kepada masyarakat*".

Berbeda dengan asas legalitas dalam KUHP Indonesia dan Latvia, dalam *Jinayah*, asas legalitas tidak diterapkan secara absolut/kaku, hal ini didasarkan pada *hadist-hadist* Nabi Muhammad SAW yang memerintahkan untuk *memberi maaf*, sebelum menerapkan Qishas. Demikian juga *hadist* yang memerintahkan menghindari hukuman *had dari kaum muslimin, selama masih mungkin*. Juga terlihat dari penerapan asas legalitas menurut hukum Islam yang berbeda-beda tergantung pada jenis tindak pidananya, baik dalam tindak pidana *hudud*, *qishas*-diat maupun *takzir*.

D. Penutup

Asas legalitas (dalam *Jinayah* di sebut *Qawa'id Usuliyah*), yang

secara substantif bermakna “seseorang tidak boleh dihukum karena melakukan perbuatan yang dilarang atau tidak melakukan perbuatan yang diperintahkan kecuali sebelum perbuatan dilakukan sudah diatur dulu dalam peraturan umum yang sudah diumumkan kepada masyarakat (diundangkan)”, sudah menjadi asas fundamental dalam hukum pidana Indonesia, Latvia, maupun dalam *Jinayah*.

Dalam pengaturannya, baik di Indonesia maupun dalam Islam, asas legalitas memiliki karakter yang berbeda. Di Indonesia, asas legalitas telah disimpangi dengan memberlakukan hukum adat/hukum yang hidup/hukum tidak tertulis, dan penyimpangan berupa *retroactive* untuk beberapa kejahatan khusus, seperti Pelanggaran HAM Berat dan

teroris. Sedangkan dalam *Jinayah / Hukum Islam*, penerapan asas legalitas lebih lunak, dalam bentuk pemberian maaf kepada pelaku jarimah.

Pembaharuan hukum pidana Indonesia, khususnya dalam pengaturan asas legalitas, seyogyanya juga mempertimbangkan komparasi dengan negara-negara lain sebagai bagian dari komunitas masyarakat dunia yang beradab. Demikian juga harus memperhatikan nilai-nilai spiritual, khususnya Islam sebagai moralitas sebagian besar masyarakat Indonesia, demikian juga memperhatikan nilai-nilai luhur bangsa Indonesia (Pancasila) sehingga keberlakuan hukum pidana itu menjadi lebih efektif mencapai tujuannya melindungi kepentingan negara, masyarakat, dan individu.

BAHAN PUSTAKA

Atmasasmita, Romli, 200, *Perbandingan Hukum Pidana*, Bandung: CV.Mandar Maju.

A. Djazuli, H., 1997, *Fiqh Jinayah (Upaya menanggulangi Kejahatan Dalam Islam)*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

ELSAM, 2005, *Asas Legalitas KUHP Dalam Rancangan 2005*, Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri 1, Jakarta,

Endah Wahyuningsih, Sri, 2013, *Rekonstruksi Asas-Asas Hukum Pidana Nasional Berlandaskan Nilai-Nilai Kearifan Religius Dari*

Perspektif Hukum Islam, Disertasi, Program Doktor UNDIP Semarang
Fitriciada Azhari, Aidul, 2015, *Perbandingan Sistem Hukum*, Bahan Kuliah: Program Doktor Ilmu Hukum UMS.

Hamzah, Andi, 2008, *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara*, Edisi ketiga, Jakarta: Sinar Grafika.

Hamzah, Andi, 2008, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta.

Haryono, Anwar, 1985, *Hukum Islam Keluasan Dan Keadilannya*, Jakarta: Bulan Bintang.

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

- Karfawi, M., 1987, *Asas Legalitas dalam Usul Rancangan KUHP (Baru) dan Masalah-masalahnya*, Jurnal Arena Hukum, Juli 1987.
- Moeljatno, 2002, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Cetakan ke-tujuh, Jakarta: Rineka Cipta.
- Mulad., 1990, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang*. Pidato Pengukuhan Guru Besar FH UNDIP. Semarang. 24 Pebruari 1990.
- Muladi, 2000, “*Prinsip-Prinsip Pengadilan Pidana Bagi Pelanggar HAM Berat Di Era Demokrasi*”, Makalah Seminar, 27 April 2000.
- Muthahhari, Martadha, 1996, *Islam dan Tantangan Zaman*, Bandung: Pustaka Hidayah.
- Nawawi Arief, Barda, 1996. *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- Nawawi Arief, Barda, 2014, *Asas Legalitas Dalam Islam*, Bahan Kuliah Perbandingan Hukum Pidana Pascasarjana UNDIP, Semarang.
- Remmelink, Jan, 2003, *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, Jakarta : PT Gramedia Pustaka Utama.
- Sudarto. 1986, *Hukum dan Hukum Pidana*. Bandung: Alumni.
- Sianturi, S.R., 1982-1983, *Hukum Pidana Perbandingan*, Jakarta: Alumni-AHM-PTHM.
- Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*, Cetakan kedua, Semarang: Yayasan Sudarto Fakultas Hukum UNDIP.
- Sastrawidjaja, Sofyan, 1995, *Hukum Pidana: Asas Hukum Pidana Sampai pada Peniadaan Pidana*, Bandung: Armica.
- Serikat Putra Jaya, Nyoman, 2008, *Beberapa Pemikiran Ke Arah Pengembangan Hukum Pidana*, Bandung: PT.Citra Aditya Bakt.
- KUHP, terjemahan Moeljatno, 1979, Cetakan ke XI, Jogjakarta: FH UGM, 1979.
- Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*, Jilid I, Bogor: PT.Kharisma Ilmu.
<http://panmohamadfaiz.com/2007/02/17/perbandingan-hukum-1/>