

# **Kedudukan Asas Legalitas Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 dan 025/PUU-XIV/2016**

## ***Position of Legality Principle Post Decision of the Constitutional Court Number 003/PUU-IV/2006 and 025/PUU-XIV/2016***

**Warih Anjari**

Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Jakarta  
Jl Sunter Permai Raya Jakarta Utara 14350  
E-mail: a.warih@yahoo.com

Naskah diterima: 04/01/2018, revisi: 06/12/2018 disetujui: 22/01/2019

### **Abstrak**

Korupsi musuh bersama yang harus diberantas sampai dengan akarnya. Putusan MK No. 003/PUU-IV/2006 dan No. 025/PUU-XIV/2016 mempengaruhi pemberantasan korupsi, karena dengan kedua putusan tersebut tindak pidana korupsi sulit dibuktikan. Terjadi perbedaan penerapan asas legalitas berdasarkan putusan mahkamah konstitusi dan yurisprudensi. Putusan mahkamah konstitusi menerapkan asas legalitas formil sedangkan yurisprudensi mengembangkan asas legalitas materiil. Legalitas formil mencegah perlakuan kesewenang-wenangan penguasa, sedangkan legalitas materiil mengakomodir hukum tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dari bangsa Indonesia sendiri. Putusan mahkamah konstitusi berperan sebagai pengontrol penerapan hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan. Rumusan masalah dalam tulisan ini adalah: *pertama*, bagaimanakah kedudukan asas legalitas pasca putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016? *Kedua*, bagaimanakah model asas legalitas yang dapat mengakomodir pemidanaan berdasarkan hukum kebiasaan? Metode penelitiannya menggunakan metode penelitian yuridis normatif. Kesimpulannya adalah: putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 memperkuat kedudukan asas legalitas secara formal, sedangkan perkembangan yurisprudensi mengarah pada penerapan asas legalitas materiil. Model asas legalitas untuk hukum pidana materiil Indonesia adalah asas legalitas formil-materiil. Penerapan legalitas materiil dengan syarat, yaitu: 1. Bersifat kasuistik; 2.

Berlaku untuk orang tertentu; 3. Secara substansi masih diakui oleh masyarakat adat dengan ditunjukkan adanya masyarakat dan lembaga adat; 4. Hakim harus bersifat hati-hati karena tujuannya mencapai keadilan substantif; 5. Pengadilan negara bersifat *ultimum remidium*.

**Kata kunci:** asas legalitas, pemberantasan korupsi, putusan mahkamah konstitusi

### **Abstract**

*Corruption of common enemies that must be eradicated up to their roots. MK decisions No.003/PUU-IV/2006 and No.025/PUU-XIV/2016 affect the eradication of corruption, because with these two decisions corruption is difficult to prove. There has been a difference in the application of the legality principle based on the decision of the constitutional court and jurisprudence. The constitutional court ruling applies the principle of formal legality while jurisprudence develops the principle of material legality. Formal legality prevents treatment of arbitrariness of rulers, while material legality accommodates unwritten law that grows and develops from the Indonesian nation itself. The constitutional court verdict acts as the controller of the application of customary law as a basis for punishment. The formulation of the problem in this paper is: first, what is the position of the legality principle after the Constitutional Court decision Number 003/PUU-IV/2006 and Number 025/PUU-XIV/2016? Second, what is the model of the legality principle that can accommodate punishment based on customary law? The research method uses normative juridical research methods. The conclusion is: MK's decision Number 003/PUU-IV/2006 and Number 025/PUU-XIV/2016 strengthen the position of the principle of legality formally, while the development of jurisprudence leads to the application of principles of material legality. The legality model for Indonesian material criminal law is the principle of formal-material legality. Application of material legality with conditions, namely: 1. Caseistic; 2. Valid for certain people; 3. Substantially still recognized by indigenous peoples as indicated by the existence of indigenous peoples and institutions; 4. Judges must be careful because the objective is to achieve substantive justice; 5. The state court is *ultimum remidium**

**Keywords:** principle of legality, eradication of corruption, decisions of the constitutional court

## **PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang**

Korupsi menjadi musuh terbesar bangsa Indonesia. Saat perjuangan melawan korupsi sedang dilakukan bentuk korupsi baru bermunculan dan menyebar ke sejumlah daerah di Indonesia<sup>1</sup>. Bahkan bentuk korupsi telah beregenerasi dalam dinasti politik yang sulit diatasi.<sup>2</sup> Sehingga layak dikatakan bahwa Indonesia dalam

<sup>1</sup> Kompas, *Korupsi Menjadi Musuh Terbesar*, Senin 25 September 2017, h. 1.

<sup>2</sup> Kompas, *Korupsi Beregenerasi*, Rabu 27 September 2017, h. 2.

darurat korupsi<sup>3</sup>. Di sisi lain, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) mengalami tantangan pelemahan yang mempersulit penegakan kasus-kasus korupsi.

Kinerja KPK akan semakin sulit dengan adanya beberapa putusan Mahkamah Konstitusi yang telah diujikan kesesuaiannya terhadap UUD 1945. Terdapat beberapa putusan MK yang dinilai menghambat kinerja KPK diantaranya *pertama*, putusan MK Nomor 34/PUU-XI/2013 yang membatalkan Pasal 268 ayat (3) KUHP. Pasal ini mengatur peninjauan kembali (PK) hanya dapat dilakukan satu kali. *Kedua*, putusan MK Nomor 21/PUU-XII/2014 terkait uji materi Pasal 77 huruf (a) KUHP yang memperluas objek praperadilan. *Ketiga*, putusan MK Nomor 33/PUU-XIV/2016 tentang pengujian terhadap Pasal 263 ayat (1) KUHP, berdasarkan putusan tersebut Penuntut Umum tidak dapat mengajukan upaya hukum luar biasa peninjauan kembali.<sup>4</sup> Selain mengalami perubahan dalam hukum formilnya, terdapat juga perubahan pada bidang hukum materilnya. Perubahan ini terdapat dalam putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006, putusan MK Nomor 44/PUU-XI/2013, dan Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016.

Ketiga putusan MK tersebut menguji kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK. Dalam putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan MK Nomor 44/PUU-XI/2013 menyatakan frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK, tidak bertentangan dengan UUD 1945. Ditegaskan pula frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” tidak bertentangan dengan hak atas kepastian hukum sesuai dengan Pasal 28D UUD 1945. Namun frasa “dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” diujikan kembali dan berdasarkan putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016, menyatakan frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK bertentangan dengan UUD 1945.

Putusan Mahkamah Konstitusi (MK) merupakan suatu putusan lembaga yudisial yang wajib diikuti oleh lembaga negara lainnya. Sifat *erga omnes* dari putusan dan kedudukan Mahkamah Konstitusi pada ranah publik menjadikan hakim terikat untuk melaksanakan putusan Mahkamah Konstitusi.<sup>5</sup> Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 mengenai pengujian terhadap Penjelasan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 *juncto* Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UUPTPK). Putusan ini menyatakan bahwa,

<sup>3</sup> Kompas, *Indonesia Darurat Korupsi*, Senin 2 Oktober 2017, h. 6.

<sup>4</sup> <http://hukum.rmol.co/read/2016/06/13/249787/jaksa-agung-tiga-putusan-mk-hambat-adili-koruptor->, diunduh 5 November 2017.

<sup>5</sup> Warih Anjari, “Penjara terhadap Dokter dalam Perspektif Mengikatnya Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pemidanaan Integratif Kajian Putusan Nomor 1110K/Pid.sus/2012”, *Jurnal Yudisial*, Vol.10, No.1 April 2017, h. 71.

Penjelasan Pasal 2 UUPTPK dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945 sehingga tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Dalam pertimbangan putusan tersebut menyatakan bahwa Penjelasan Pasal 2 UUPTPK memperluas pengertian melawan hukum. Perbuatan seseorang dapat dipidana atas dasar ketentuan tidak tertulis, yaitu rasa keadilan, norma kesusilaan atau etik, dan norma-norma moral yang berlaku di masyarakat. Sehingga penjelasan pasal tersebut dianggap telah melahirkan norma baru yang memuat digunakannya ukuran-ukuran yang tidak tertulis dalam undang-undang secara formal, untuk menetapkan suatu perbuatan yang dapat dipidana. Sedangkan fungsi penjelasan adalah untuk menjelaskan substansi norma yang ada dalam pasal dan tidak menambahkan norma baru apalagi bertentangan dengan norma pasal yang dijelaskan.<sup>6</sup>

Putusan MK Nomor 025/PUU-XIV/2016 mengenai pengujian terhadap Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK. Putusan MK ini menyatakan mencabut frasa “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK, sehingga terjadi perubahan delik korupsi dari delik formil ke delik materiil. MK menafsirkan unsur “merugikan keuangan negara atau perekonomian negara” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK tidak lagi dipahami merugikan keuangan negara sebagai *potensial loss* tetapi bersifat *actual loss* atau kerugian yang nyata.

Menurut pembentuk UUPTPK, Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK menegaskan bahwa unsur “melawan hukum” dalam kedua pasal tersebut adalah melawan hukum materiil dalam fungsi negatif dan positif. Artinya memperluas ruang lingkup rumusan delik. Tindak pidana korupsi tidak hanya bertentangan dengan hukum tertulis saja, namun membuka ruang bagi dipidananya perbuatan-perbuatan korupsi yang tidak diatur sebelumnya dalam peraturan perundangan. Hal ini akan berkaitan dengan asas legalitas yang tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP.

Terhadap pergeseran dari delik formil ke delik materiil berdasarkan putusan MK Nomor 025/PUU-XIV/2016, dimaksudkan agar pembuktian terhadap kasus korupsi menjadi lebih mudah. Konsekuensi sebagai delik formil adalah apabila telah memenuhi unsur yang tercantum dalam pasal yang didakwakan maka perbuatannya dianggap terbukti sehingga dapat dijatuhi pidana tanpa harus membuktikan adanya akibat yang disyaratkan oleh rumusan delik. Berbeda dengan delik materiil yang mensyaratkan adanya akibat yang harus dibuktikan di pengadilan. Jika hal ini dilakukan untuk delik korupsi maka penuntut umum

<sup>6</sup> Putusan MK Nomor. 003/PUU-IV/2016, h. 74.

harus dapat membuktikan adanya akibat yang disyaratkan oleh rumusan delik. Hal ini mempersulit pembuktian mengingat unsur kerugian negara harus dibuktikan dan membutuhkan waktu yang lama karena harus ada laporan dari lembaga lain.

Dalam praktik pengadilan penerapan konsep melawan hukum terdapat beberapa implementasi. Beberapa putusan pengadilan tersebut adalah:<sup>7</sup>

No.	Melawan Hukum Formal	Melawan Hukum Material Dalam Fungsi Negatif	Melawan Hukum Material Dalam Fungsi Positif
1	Putusan MA Nomor 152K/Kr/1961 tanggal 17 Januari 1961	Putusan MA Nomor 42K/Kr/1965 tanggal 8 Januari 1966	Putusan MA Nomor 275K/Pid/1983 tanggal 28 Desember 1983
2	-	Putusan MA Nomor 97K/Kr/1973 tanggal 17 Oktober 1973	Putusan MA Nomor 2477K/Pid/1988 tanggal 23 Juli 1993
3	-	Putusan MA Nomor 81K/Kr/1973 tanggal 16 Desember 1976	Putusan MA Nomor 1571K/Pid/1993 tanggal 18 Januari 1995
4	-	Putusan MA Nomor 14K/Pid/1992 tanggal 2 Mei 1992	Putusan MA Nomor 2608K/Pid/2006 tanggal 26 Juli 2006
5	-	-	Putusan MA Nomor 103K/Pid/2007 tanggal 28 Februari 2007
6	-	-	Putusan MA Nomor 417K/ Pid. Sus/2014 tanggal 7 Mei 2014
7	-	-	Putusan MA Nomor 837K/Pid. Sus/2015 tanggal 1 Juni 2015

**Tabel 1** : Penerapan Konsep Melawan Hukum pada Putusan MA

Pasca putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 yang menganulir penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif, hakim tetap menjatuhkan pidana atas dasar melawan hukum tersebut. Hakim mengikuti perkembangan yurisprudensi meskipun tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Yurisprudensi penerapan melawan hukum materiil adalah Putusan MA Nomor 103K/Pid/2007 tanggal 28 Februari 2007. Dalam putusan MA tersebut, pengertian melawan hukum dalam Pasal 2 ayat (1) UUPTPK adalah melawan hukum dalam arti luas yaitu formil dan materiil. Artinya menerapkan hukum kebiasaan sebagai dasar untuk menjatuhkan pidana.

<sup>7</sup> Warih Anjari, "Melawan Hukum Materiil dan Penerapannya Dalam Perspektif Asas Legalitas (Kasus-Kasus di Mahkamah Agung RI)", *Jurnal Hukum Staatsrechts*, Volume 1 No.1, Oktober 2014, h. 13-14; Shinta Agustina dkk, *Penjelasan Hukum Unsur Melawan Hukum*, <http://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-tentang-Unsur-Melawan-Hukum-Hukum-Pidana.pdf>, h.13, diunduh 5 Desember 2017; dan Putusan Terkait.

Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016 tanggal 25 Januari 2016 menetapkan kejahatan dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK mengalami perubahan dari semula merupakan delik formil menjadi delik materiil. Hal ini memunculkan ketidakpastian hukum dalam delik korupsi karena terjadi perubahan kualifikasi mendasar yaitu penegak hukum harus membuktikan kerugian keuangan negara atau perekonomian negara secara nyata atau riil (*actual loss*).<sup>8</sup> Implikasi selanjutnya adalah menghambat proses penegakan hukum kasus korupsi, karena kewenangan lembaga negara yang dapat membuktikan kerugian keuangan negara secara riil masih tumpang tindih. Apakah lembaga tersebut Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) atau Badan pemeriksa Keuangan Pusat (BPKP), atau Inspektorat di masing-masing lembaga, atau akuntan Publik.<sup>9</sup>

## B. Perumusan Masalah

Adapun permasalahan dalam penelitian ini adalah: *pertama*, bagaimanakah kedudukan asas legalitas pasca putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016? *Kedua*, bagaimanakah model asas legalitas yang dapat mengakomodir pembedaan berdasarkan hukum kebiasaan?

## PEMBAHASAN

### A. Pergeseran Asas Legalitas Formil ke Asas Legalitas Materiil

Asas legalitas merupakan salah satu asas yang fundamental dalam hukum pidana Indonesia. Selain asas ini terdapat asas lainnya yaitu asas culpabilitas. Peranan kedua asas tersebut adalah menentukan suatu perbuatan dapat dijatuhi pidana atau tidak. Khususnya menentukan titik awal ada atau tidaknya suatu perbuatan pidana pada pelaku yang sekaligus menentukan pertanggungjawabannya.

Keberadaan asas legalitas berkaitan dengan perkembangan kehidupan bernegara yang berhubungan dengan kedudukan hukum dalam negara. Pada awalnya hukum pidana bersumber dari hukum tidak tertulis. Pada zaman Romawi kuno sebagian besar hukum pidana bersifat tidak tertulis. Abad pertengahan saat hukum Romawi Kuno diterima di Eropa Barat, terdapat perbuatan "*crimine extra ordinaria*" atau "kejahatan yang tidak disebutkan dalam undang-undang", yang diterima oleh para raja yang berkuasa. Oleh karena tidak terdapat dalam undang-undang, maka raja yang berkuasa bertindak sewenang-wenang dengan kekuasaan yang dimilikinya secara absolut. Masyarakat atau warga tidak dapat

<sup>8</sup> Fatkhurohman & Nalom Kurniawan, "Pergeseran Delik Korupsi Dalam Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016", *Jurnal Konstitusi*, Volume 14, Nomor 1 Maret 2017, h. 18.

<sup>9</sup> *Ibid.*, h.12 -13.

mengetahui secara pasti tentang perbuatan mana yang dilarang dan perbuatan mana yang tidak dilarang.<sup>10</sup>

Dampak dari kesewenang-wenangan raja, maka rakyat menuntut adanya kepastian hukum (*legal certainty*). Pemikiran *antitese* kesewenang-wenangan raja disebut sebagai zaman Aufklarung. Pada kondisi tersebut muncul para pemikir diantaranya Beccaria. Pendapat Beccaria adalah:<sup>11</sup>

*“Undang-undang pidana itu dibentuk berdasarkan asas-asas yang bersifat lebih rasional yaitu yang di satu pihak dapat membatasi hak-hak penguasa untuk menjatuhkan hukuman-hukuman, berdasarkan pemikiran bahwa kebebasan pribadi para warga negara itu sejauh mungkin harus dihormati yaitu terutama dalam undang-undang pidana, suatu ketentuan pidana yang telah ada terlebih dahulu harus merupakan suatu syarat mutlak untuk dipakai sebagai dasar bagi hakim dalam menjatuhkan suatu hukuman, dan di lain pihak dapat menyelesaikan pertumbuhan hukum pidana sebagai hukum publik”*

Pengaruh pemikiran Beccaria diimplementasikan dalam *Code Penal* Prancis Tahun 1791. Walaupun *Code Penal* ini tidak berlangsung lama berlakunya, namun pendapat Beccaria tersebut merupakan pemikiran awal bagi terbentuknya asas legalitas yang tercantum dalam Pasal 4 *Code Penal* Prancis yang baru dan *Wetboek van Strafrecht* Belanda yang sekarang Pasal 1 ayat (1) KUHP. Pasal 4 *Code Penal* Prancis berkaitan juga dengan Pasal 8 dari *Declaration Des Droits De L’homme Et Du Citoyen*.

Selain Beccaria, pemikiran yang melandasi asas legalitas berasal dari Jean Jacques Rousseau dalam bukunya yang berjudul *“Du contrat social, ou principes du droit politique”*, yang menyatakan<sup>12</sup>:

*“Seluruh hukum bersumber pada suatu contrat social yang kemudian telah diserahkan kepada volonte generale untuk mengaturnya lebih lanjut. Akan tetapi jenis-jenis tindakan yang oleh volonte generale telah dikaitkan dengan akibat yang berupa hukuman bagi pelanggarnya itu wajib dicantumkan dalam undang-undang. Oleh karena itu dalam perikatan kemasyarakatan tersebut, setiap orang hanyalah menyerahkan sebagian kecil saja dari kebebasan-kebebasannya.”*

Pandangan yang berkaitan dengan asas legalitas lainnya dikemukakan oleh Montesquie, yang menyatakan: “Dalam pemerintahan yang moderat hakim harus

<sup>10</sup> Moeljatno, *Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 2000, h. 24.

<sup>11</sup> Pompe, dalam PAF. Lamintang & FT Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2014, h. 125.

<sup>12</sup> JJ Rousseau, dalam *Ibid.*, h. 130.

berkedudukan terpisah dari penguasa dan harus memberikan hukuman setepat mungkin sesuai ketentuan harfiah hukum. Hakim harus bertindak hati-hati untuk menghindari tuduhan tidak adil terhadap orang-orang yang tidak bersalah”.<sup>13</sup>

Mendasarkan pada sejarah terbentuknya asas legalitas maka tujuannya adalah adanya kepastian hukum tentang perbuatan mana yang dipidana dan perbuatan mana yang tidak dipidana. Dengan kepastian hukum tersebut maka akan dapat mencegah kesewenang-wenangan penguasa untuk menetapkan pidanaan kepada pelaku tindak pidana.

Asas legalitas berbunyi “*Nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*” yang dibuat oleh Paul Johann Anselm von Feurbach. Dalam ilmu pengetahuan hukum pidana dikenal dengan ajaran “*leer van de psychologische dwang*” atau “ajaran pemaksaan psikologis”. Menurut Anselm von Feurbach:<sup>14</sup>

*“Tujuan utama dari hukum pidana adalah memaksa penduduk secara psikologis agar jangan sampai mereka melakukan tindakan yang melanggar hukum. Pemaksaan secara psikologis tersebut dapat dilakukan dengan cara memberikan ancaman-ancaman hukuman bagi mereka yang ternyata telah melakukan pelanggaran dan dengan cara menjatuhkan hukuman-hukuman kepada para pelanggarnya. Asas ini dibentuk untuk kepentingan umum dan untuk menjamin hak-hak semua warga masyarakat secara lebih baik dan bukan sebagai pengakuan terhadap individualisme”.*

Berdasarkan pendapat tersebut, maka penjatuhan pidana yang dilakukan oleh hakim harus tercantum dalam undang-undang sehingga merupakan akibat dari adanya ketentuan pidana dalam perundang-undangan.

Asas legalitas berkaitan erat dengan aliran pemikiran positivisme hukum. Positivisme hukum menyatakan bahwa hukum identik dengan undang-undang, yang diluar undang-undang bukan merupakan hukum. Hukum harus dipisahkan dari moral, politik, budaya, ekonomi, dan lain-lainnya. Pandangan positivisme hukum terkait dengan pemikiran filsafat positivisme yang menyatakan bahwa segala sesuatu dianggap benar apabila ia sungguh-sungguh dapat dipastikan sebagai kenyataan<sup>15</sup>. Dalam positivisme hukum harus ada pemisahan yang tegas antara hukum dan moral<sup>16</sup>. Pengaruh pemikiran *positivisme* ke dalam *positivisme* hukum: *pertama*, dalam hukum terdapat hubungan sebab dan akibat, sehingga hukuman yang dijatuhkan kepada pelaku merupakan akibat dari adanya sebab adanya

<sup>13</sup> Montesquie, dalam Eddy O.S Hiariej, *Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Jakarta: Erlangga, 2002, h. 9.

<sup>14</sup> Von Feurbach, dalam PAF Lamintang & FT Lamintang, *Op.cit.*, h. 131.

<sup>15</sup> Theo Huijbers, dalam Sukarno Aburaera, dkk., *Filsafat Hukum Teori dan Praktek*, Jakarta: Kencana, 2013, h.106.

<sup>16</sup> *Ibid.*, h. 107.

undang-undang. Inilah asas legalitas dalam hukum pidana. *Kedua*, aturan hukum merupakan sesuatu yang ada, sedangkan yang tidak ada bukan hukum tetapi moral<sup>17</sup>.

Kelemahan dari *positivisme* hukum adalah dalam mengidentifikasi hukum hanya berupa undang-undang. Dalam pengelolaan kekuasaan negara dapat menjadi otoritarian negara, karena: *pertama*, hanya undang-undang yang menjadi wujud pelaksanaan kekuasaan negara dengan mengesampingkan proses terbentuknya hukum dan penerapan hukum. *Kedua*, hukum dibentuk secara serta merta dan keberlakuannya atas dasar paksaan negara, *ketiga* pembuatan hukum dikuasai oleh negara dan penafsirannya untuk kepentingan negara<sup>18</sup>.

Paham yang bertentangan *positivisme* hukum terdapat adalah *sociological jurisprudence*. Menurut pandangan ini hukum yang baik adalah sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat (*the living law*). Pemikiran ini berkembang di Indonesia dan Amerika.<sup>19</sup> Hukum adat atau kebiasaan yang beragam di Indonesia merupakan salah satu pendukung berkembangnya aliran ini. Dukungan secara normatif ada dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, dimana hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup di masyarakat. Demikian pula Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang intinya menyatakan pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa perkara yang diajukan dengan dalih hukumnya tidak ada, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya. Legalitas penerapan hukum kebiasaan dalam hukum pidana terdapat dalam Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang No. 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan, Susunan, Kekuasaan dan Acara Pengadilan Sipil.

Berkaitan dengan *legal culture*, adalah pendapat dari Werner Menski tentang *triangular concept of legal pluralism* yang menonjolkan karakter plural kultur dan hukum. Hukum yang plural berkaitan dengan keanekaragaman hukum positif, sistem hukum, sistem peradilan, dan perilaku hukum masing-masing individu atau kelompok. Oleh karena bersifat plural maka pendekatan yang dilakukan dapat beragam. Demikian juga Indonesia, tiap daerah memiliki sistem hukum adat yang beragam. Di samping itu, Indonesia juga menghadapi dampak globalisasi terhadap hukum. Sangat tidak relevan jika pendekatan yang dilakukan bersifat

<sup>17</sup> Ricardo Simarmata, dalam Yakub Adi Krisanto, "Penelitian Hukum: Tolak Tarik Antara Positivisme Hukum dan Empirisme Hukum", *Jurnal Refleksi Hukum*, Edisi April 2008, h. 69.

<sup>18</sup> *Ibid*, h. 71.

<sup>19</sup> H. Zainuddin Ali, *Filsafat Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2014, h. 61.

positif maupun sosiologis atau empiris saja. Sehingga dibutuhkan pendekatan normatif, empiris, dan filosofis.<sup>20</sup> Pendekatan ini digunakan dalam *triangular concept of legal pluralism*.

Menurut Werner Menski, terdapat tiga komponen utama dalam hukum yaitu nilai etis, norma-norma sosial, dan aturan yang dibuat oleh negara. Tipe hukum ideal adalah suatu hukum yang menjalin interaksi diantara tiga komponen tersebut secara harmonis.<sup>21</sup> Model yang dikemukakan oleh Menski tersebut di atas, jika dibandingkan dengan negara hukum Pancasila yang demokratis terdapat kesamaan. Konsep negara hukum Pancasila memiliki karakteristik: mengakui asas negara hukum umumnya, yaitu: adanya perlindungan terhadap hak asasi manusia, peradilan yang bebas dan tidak memihak, adanya penerapan asas legalitas; dan prinsip-prinsip lainnya, yaitu: hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan, hubungan fungsional yang proposional antara kekuasaan-kekuasaan negara, penyelesaian sengketa melalui musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir, serta keseimbangan antara hak dan kewajiban.<sup>22</sup> Ciri- ciri negara hukum Pancasila yang merupakan ciri khas Indonesia: a. Hubungan yang erat antara agama dan negara; b. Bertumpu pada Ke-Tuhanan yang Maha Esa; c. Kebebasan beragama dalam arti positif; d. Ateisme tidak dibenarkan; e. Komunisme dilarang; f. Asas kerukunan dan kekeluargaan.<sup>23</sup> Dalam karakteristik negara hukum Pancasila, adanya pengakuan negara hukum umumnya merupakan aturan yang dibuat oleh negara (*state made rules*). Sedangkan ciri lainnya merupakan *ethic values* dan *social norms*.

Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 mengembalikan eksistensi asas legalitas. Hal tersebut kontradiksi dengan perkembangan penerapan asas legalitas dalam putusan Mahkamah Agung. Bahkan penerapan melawan hukum materiil dalam fungsi positif, yang kontradiktif dengan asas legalitas diterapkan sebelum putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006. Kondisi ini menunjukkan langkah progresif lembaga yudikatif yaitu Mahkamah Agung yang diharapkan dapat memberikan solusi terhadap situasi yang sesuai dengan rasa keadilan di masyarakat.<sup>24</sup> Beberapa putusan dalam tindak pidana korupsi yang menerapkan melawan hukum materiil dalam fungsi positif atau dalam arti luas sebelum MK, terdapat dalam tabel di bawah ini:

<sup>20</sup> Achmad Ali, *Op.Cit.*, h. 185.

<sup>21</sup> *Ibid.*, h. 198.

<sup>22</sup> Dodi Haryono, *Identitas dan Elastisitas Konsep Negara Hukum Pancasila Yang Demokratis*, <http://dodiharyono.staff.unri.ac.id/files/2012/06/IDENTITAS-DAN-ELASTISITAS.pdf>, diunduh 27 November 2017.

<sup>23</sup> Oemar Seno Adji, dalam M Hendra Wijaya, "Karakteristik Konsep Negara Hukum Pancasila", *Jurnal Advokasi* Vol.5, No. 2 September 2015, h. 212.

<sup>24</sup> Warih Anjari, *Melawan Hukum Materiil dan Penerapannya Dalam Perspektif Asas Legalitas (Kasus-Kasus di Mahkamah Agung RI)*, *Op.Cit.*, h. 121.

**Tabel 2: Putusan MA menerapkan melawan hukum materiil dalam arti luas sebelum putusan MK No. 003/PUU-IV/2006**

No.	Nomor Putusan MA	Deskripsi Melawan Hukum Materiil dalam Arti Luas
1.	275K/Pid/1983 yo 2477K/Pid/1988 yo 1571K /Pid/ 1993	Korupsi secara materiil melawan hukum karena perbuatan tersebut adalah perbuatan yang tidak patut, tercela, dan menusuk perasaan hati masyarakat banyak dengan menggunakan ukuran asas-asas hukum yang bersifat umum menurut kepatutan dalam masyarakat.

Sedangkan terdapat beberapa putusan MA yang menerapkan melawan hukum materiil dalam fungsi positif pasca putusan MK 003/PUU-IV/2006, tercantum dalam tabel di bawah ini:

**Tabel 3 : Putusan MA menerapkan melawan hukum materiil dalam arti luas pasca putusan MK No. 003/PUU-IV/2006**

No.	Nomor Putusan MA	Deskripsi Melawan Hukum Materiil dalam Arti Luas
1.	2608K/ Pid/2006 tanggal 26 Juli 2006	Perbuatan terdakwa: a. merahasiakan nilai total HPS kepada calon-calon rekanan; b. menerima uang saku dari saksi, padahal ia sudah mendapatkan uang perjalanan dinas dari KPU; dan c. telah mengajukan surat permohonan pembebasan biaya masuk yang harus dibayarkan oleh rekanan merupakan perbuatan yang bertentangan dengan kepatutan masyarakat. Oleh karena itu, perbuatan tersebut merupakan perbuatan melawan hukum materiil dalam fungsi positif.
2.	103K/Pid/2007 tanggal 28 Februari 2007	Mahkamah Agung berpendapat unsur melawan hukum tindak pidana korupsi mencakup perbuatan melawan hukum formil dan materiil, dimana melawan hukum materiil meliputi fungsi positif dan negatif.
3.	417K/ Pid. Sus/2014 tanggal 7 Mei 2014	Dalam pertimbangan majelis hakim untuk perbuatan melawan hukum merujuk pada pengertian melawan hukum formil dan materiil. Namun perbuatan terdakwa merupakan melawan hukum formil yaitu melanggar Pasal 22 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang BUMN <i>jo</i> Pasal 35 ayat (1), (2), dan (3) PP Nomor 45 Tahun 2005 tentang Pendirian, Pengurusan, Pengawasan, dan Pembubaran BUMN.
4.	837K/Pid. Sus/2015 tanggal 1 Juni 2015	Dalam pertimbangan hakim perbuatan melawan hukum merujuk pada pengertian melawan hukum formil dan materiil. Namun perbuatan terdakwa bertentangan dengan Pasal 3 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara.

Perkembangan yurisprudensi penerapan asas legalitas mengalami pergeseran dari legalitas formil ke legalitas materiil. Hal ini diindikasikan pada beberapa putusan yang dihasilkan pengadilan pra dan pasca Putusan MK Nomor 003/

PUU-IV/2006. Pergeseran asas legalitas formal ke asas legalitas material untuk mewujudkan dan menjamin asas keseimbangan antara kepentingan individu dan masyarakat, dan antara kepastian hukum dan keadilan. Kepastian hukum merupakan patokan formal dan keadilan merupakan patokan materiil. Bahkan jika dalam praktik nilai kepastian dan keadilan sama-sama mendesak maka hakim mengutamakan nilai keadilan dari pada kepastian.<sup>25</sup>

Eksistensi hukum kebiasaan semakin dinormakan dengan perubahan pengaturan asas legalitas secara dalam Konsep KUHP 2015. Pada pembaharuan KUHP Nasional asas legalitas formal tetap diperkuat, tetapi perumusan asas legalitas secara materiil diberi ruang pada hukum tidak tertulis sebagai dasar hukum dipidananya perbuatan. Dalam pembaruan hukum pidana masalah kriminalisasi dan dekriminalisasi harus sinkron dengan politik hukum Indonesia yaitu sejauhmana perbuatan bertentangan dengan nilai-nilai fundamental yang berlaku di masyarakat dan oleh masyarakat dianggap patut atau tidak patut dihukum dalam rangka kesejahteraan masyarakat.<sup>26</sup>

Implementasi asas legalitas materiil dalam hukum positif adalah adanya penerapan delik adat berdasarkan Pasal 5 ayat (3) sub b Undang-Undang No. 1 Tahun 1951. Pada dasarnya ketentuan ini memperluas dasar pidanaan yaitu suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup dan tiada bandingnya dalam KUHP. Ancaman pidana untuk perbuatan tersebut telah diatur secara formal yaitu selama 3 bulan penjara dan dapat diperpanjang hingga maksimum 10 tahun penjara. Penerapan asas legalitas materiil tidak hanya dalam kasus korupsi. Terhadap kasus di luar tindak pidana korupsi juga telah diterapkan. Hal ini terdapat pada kasus tentang kesusilaan.

Perkembangan yurisprudensi berkenaan dengan asas legalitas sinkron dengan pendapat dari Werner Menski tentang *triangular concept of legal pluralism*. Nilai etis, norma-norma sosial, dan aturan yang dibuat oleh negara, berinteraksi secara harmonis untuk mewujudkan keadilan masyarakat. Harmonisasi diwujudkan dengan tidak harus mengedepankan diantara ketiganya. Namun dilaksanakan sesuai dengan kondisi konkrit kasus yang terjadi. Hal ini diimplementasikan dalam yurisprudensi yang menerapkan asas legalitas materiil seperti pada beberapa yurisprudensi tersebut di atas. Penegakan hukum yang mendasarkan pada asas legalitas sangat mudah untuk mewujudkan kepastian yang merupakan keadilan

<sup>25</sup> I Made Suartha, "Pergeseran Asas Legalitas Formal ke Formal dan Material dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional", *Yustisia*, Edisi 91 Januari – April 2015, h. 142.

<sup>26</sup> Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Penegakan Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bhakti, 2011, h. 34.

formal, namun belum tentu dapat mewujudkan keadilan khususnya keadilan substansial. Oleh karena hakim dalam memutus suatu perkara hendaknya memperhatikan kebiasaan, tradisi dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat.<sup>27</sup>

Namun perkembangan putusan MK mendeskripsikan sebaliknya. Indikasi penguatan asas legalitas dalam Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016, tercantum dalam tabel di bawah ini:

**Tabel 4: Penguatan asas legalitas dalam Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016**

No.	Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006	Putusan MK Nomor 025/PUU-XIV/2016
1.	Penjelasan norma Pasal 2 ayat (1) melahirkan norma baru yaitu digunakannya ukuran-ukuran tidak tertulis dalam undang-undang secara formal untuk menentukan perbuatan yang dapat dipidana. Seharusnya penjelasan norma berfungsi untuk menjelaskan substansi norma yang ada dalam pasal dan tidak menambahkan norma baru apalagi memuat substansi yang bertentangan dengan norma pasalnya.	Unsur “merugian negara” dalam tindak pidana korupsi tidak lagi dipahami sebagai perkiraan ( <i>potential loss</i> ) tetapi namun harus dipahami harus benar-benar sudah terjadi atau nyata ( <i>actual loss</i> ).
2.	Tuntutan kepastian hukum, dimana seseorang hanya dapat dituntut dan diadili atas dasar peraturan perundangan tertulis ( <i>lex scripta</i> ) yang telah lebih dahulu ada. Oleh karena itu, suatu tindak pidana harus memiliki unsur melawan hukum yang secara tertulis lebih dahulu berlaku sehingga memenuhi prinsip <i>lex strica</i> . Pembentuk undang-undang harus merumuskan secara cermat dan rinci untuk menjamin kepastian hukum ( <i>lex certa</i> ).	Pencantuman kata “dapat” dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUTPK dalam praktik seringkali disalahgunakan untuk menjangkau perbuatan yang diduga merugikan keuangan negara sehingga menimbulkan ketidakpastian hukum. Hal ini karena perumusan tindak pidana tersebut bertentangan dengan prinsip hukum harus tertulis ( <i>lex scripta</i> ), harus ditafsirkan seperti yang dibaca ( <i>lex strica</i> ), dan tidak multi tafsir ( <i>lex certa</i> ).
3.	Konsep melawan hukum yang merujuk pada hukum tidak tertulis, kehati-hatian dan kecermatan yang hidup di masyarakat sebagai suatu norma keadilan merupakan ukuran yang tidak pasti dan berbeda-beda dalam masyarakat. Sedangkan diharuskan adanya jaminan kepastian yang adil berdasarkan Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945.	Penerapan unsur “merugikan negara” dengan konsepsi <i>actual loss</i> memberikan kepastian hukum yang adil dan sesuai dengan upaya sinkronisasi dan harmonisasi instrumen hukum nasional dan internasional.

Berdasarkan pertimbangan dalam kedua putusan MK tersebut, mengindikasikan kedua putusan tersebut mengarah pada asas legalitas formal. Hal ini berbeda dengan perkembangan yurisprudensi yang mengarah pada pergeseran asas legalitas ke material.

<sup>27</sup> Sunarto, “Asas Legalitas dalam Penegakan Hukum Menuju Terwujudnya Keadilan Substantif,” *Masalah-Masalah Hukum*, Jilid 45, No.4 Oktober 2016, h. 257-258.

Dalam perspektif penegakan kasus korupsi, Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016, dapat menghambat pengungkapan kasus korupsi. Akibat putusan Nomor 025/PUU-XIV/2016, pengusutan kasus korupsi berdasarkan Pasal 2 dan 3 UUPTPK akan sulit dilakukan karena KPK dan penegak hukum lainnya bergantung pada pemeriksa keuangan<sup>28</sup>. Dalam Putusan MK Nomor 025/PUU-XIV/2016, unsur “merugikan negara” dalam tindak pidana korupsi tidak lagi dipahami sebagai perkiraan (*potential loss*), namun harus dipahami benar-benar sudah terjadi atau nyata (*actual loss*). Hal ini berakibat pada terjadi perubahan jenis delik yaitu dari delik formil ke delik materiil, tentunya akan berakibat terhadap pembuktian di sidang pengadilan. Kerugian bermakna “*potential loss*” berarti merupakan delik formil, karena titik beratnya pada perbuatan saja. Kerugian bermakna “*actual loss*”, berarti harus ada akibat kerugian yang sudah diperhitungkan untuk selesainya tindak pidana. Delik formil dan delik materiil memiliki konsekuensi berbeda. Perbedaan delik formil dan materiil dapat dilihat dalam tabel berikut:

**Tabel 5 : Perbedaan Delik Formil & Delik Materiil**

No	Delik Formil	Delik Materiil
1.	Perumusannya dititikberatkan pada rangkaian perbuatan yang dilarang.	Perumusannya dititikberatkan pada akibat.
2.	Untuk terjadinya delik selesai, cukup adanya rangkaian perbuatan yang disyaratkan dalam perumusannya.	Untuk terjadinya delik selesai disyaratkan adanya akibat. Jika tidak ada akibat maka merupakan percobaan tindak pidana.
3.	Pembuktian hanya pada perbuatan yang dilarang, sehingga lebih mudah untuk membuktikan adanya tindak pidana.	Pembuktian meliputi perbuatan dan akibat, sehingga sulit untuk membuktikan adanya tindak pidana.

Perubahan ke delik materiil pada Pasal 2 dan 3 UUPTPK mengandung konsekuensi, pemeriksa keuangan yaitu BPK (Badan Pemeriksa Keuangan) harus segera menetapkan kerugian negara yang bersifat nyata. Apabila BPK tidak segera menetapkan perhitungan kerugian negara yang nyata (*actual loss*), maka perbuatan pelaku korupsi tidak terbukti, sehingga tidak dapat dijatuhi pidana.

Berkaitan dengan unsur *bestandelen* atau bagian inti delik dan unsur elemen delik Pasal 2 dan 3 UUPTP, unsur “dapat merugikan keuangan negara” merupakan unsur elemen, bukan unsur *bestandellen*. Sedangkan “unsur memperkaya diri sendiri dan/atau orang lain secara melawan hukum” merupakan unsur

<sup>28</sup> <http://news.metrotvnews.com/hukum/4KZVoyrK-putusan-mk-dianggap-menghambat-pemberantasan-korupsi>, diunduh 3 Desember 2017.

*bestandellen*. *Bestandellen* suatu delik merupakan bagian inti dari perumusan tindak pidana yang harus dicantumkan dalam dalam surat dakwaan penuntut umum dan harus dibuktikan dalam sidang pengadilan. Sedangkan elemen suatu delik adalah syarat-syarat untuk dipidananya suatu perbuatan dan pembuat berdasarkan bagian umum KUH Pidana dan asas hukum umum.<sup>29</sup> Sehingga unsur “dapat merugikan keuangan negara” merupakan unsur yang kedudukannya bukan bagian inti. Apalagi berdasarkan Putusan MK No.003/PUU-IV/2006, delik pasal tersebut merupakan delik formil, karena dengan unsur tindak pidana korupsi terpenuhi sudah dapat diajukan ke pengadilan tanpa melihat kerugian yang nyata (*actual loss*), namun hanya dapat menimbulkan kerugian sebagai kemungkinan (*potential loss*). Di samping itu, perumusan delik formil dalam kedua pasal tersebut dimaksudkan untuk mempermudah pembuktian. Pembuktian kerugian yang nyata, sangat membutuhkan ketepatan dan keakuratan. Untuk mengantisipasi atas akurasi kesempurnaan pembuktian maka sepanjang kerugian negara dapat terjadi dipandang cukup untuk menuntut dan memidana pelaku, dan sepanjang unsur “memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan hukum dengan cara melawan hukum” telah terbukti.

Putusan MK No.003/PUU-IV/2006, memberikan penilai mengenai penjelasan Pasal 2 ayat (1) bertentangan dengan UUD 1945 karena menimbulkan ketidakpastian hukum, dan menyatakan penjelasan pasal tersebut tidak mempunyai kekuatan hukum lagi. Maknanya melawan hukum materiil dalam fungsi positif yang dianut dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUTPK tidak dapat diterapkan sebagai dasar pemidanaan. Sehingga kembali melawan hukum materiil dalam fungsi negatif, dimana dasar pemidanaan adalah peraturan perundangan tertulis. Hal ini merupakan penguatan asas legalitas.

Putusan MK tersebut mempengaruhi praktik pengadilan dalam memutus tindak pidana korupsi, karena terjadi perbedaan penafsiran unsur melawan hukum diantara penegak hukum. Hal ini menunjukkan tidak ada persamaan persepsi mengenai unsur melawan hukum dalam praktek, sehingga memunculkan ketidakpastian hukum dan ketidakadilan.<sup>30</sup> Yurisprudensi dan perkembangan perundangan mendukung adanya penerapan melawan hukum materiil dalam tindak pidana korupsi. Beberapa putusan pengadilan yaitu Putusan Nomor 275K/Pid/1983; Putusan Nomor 2477K/Pid/1988; Putusan Nomor 1571K/Pid/1993;

<sup>29</sup> Muladi dan Dwidjo Prayitno, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Jakarta: Kencana, h. 64. [http://books.google.co.id/books?id=repADwAAQBAJ&pg=PA64&pg=PA64&dq=unsur+bestandellen+dan+elementen&source=bl&ots=yJEX\\_h4w7s&sig=Bbz5-9J4TBIugVmNn](http://books.google.co.id/books?id=repADwAAQBAJ&pg=PA64&pg=PA64&dq=unsur+bestandellen+dan+elementen&source=bl&ots=yJEX_h4w7s&sig=Bbz5-9J4TBIugVmNn) diunduh 5 Desember 2017.

<sup>30</sup> Shinta Agustina dkk, *Penjelasan Hukum Unsur Melawan Hukum*, <http://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-tentang-Unsur-Melawan-Hukum-Hukum-Pidana.pdf>, h.13, diunduh 5 Desember 2017

Putusan Nomor 2608K/Pid/2006; Putusan Nomor 103K/Pid/2007; Putusan Nomor 417K/Pid.Sus/2014; Putusan Nomor ; Putusan Nomor 837K/Pid.Sus/2015, menerapkan melawan hukum materiil dalam fungsi positif. Perkembangan perundangan menunjukkan hal yang sama.

**Tabel 6: Pengaturan Unsur Melawan Hukum**

No.	Peraturan	Model Pengaturan Unsur Melawan Hukum
1.	Peraturan Penguasa Perang Pusat No. Prt/Peperpu/013/1950 <i>jo</i> Peraturan Penguasa Militer No.Prt/PM/06/1957 <i>jo</i> Peraturan Penguasa Militer No.Prt/PM/03/1957 <i>jo</i> Peraturan Penguasa Militer No.Prt/PM/011/1957	Perbuatan korupsi meliputi: korupsi sebagai perbuatan pidana yang merupakan kejahatan dan pelanggaran; dan korupsi sebagai perbuatan lain yaitu bukan perbuatan pidana atau perbuatan lain dengan melakukan perbuatan melawan hukum memperkaya diri sendiri atau orang lain.
2.	Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Darat Nomor Prt/Peperpu/013/1958 dan Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Laut No PRT/Z/I/7/1958	Peraturan ini dikeluarkan pada waktu seluruh wilayah negara Republik Indonesia dinyatakan dalam keadaan perang berdasar Undang-Undang No 74 Tahun 1957 <i>jo</i> . Undang-Undang No 79 Tahun 1957, dalam rangka pemberantasan tindak pidana korupsi
3.	Undang-Undang Nomor 24/Prp/1960	Tindak pidana korupsi merupakan suatu kejahatan atau pelanggaran memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan.
4.	Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971	Tindak pidana korupsi yaitu barang siapa dengan melawan hukum melakukan perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain... (Pasal 1 ayat (1) sub a; sifat perbuatan yang melawan hukum bukan perbuatannya yang dapat dihukum, melainkan sifat melawan hukum merupakan sarana untuk perbuatan yang dapat dihukum yaitu perbuatan memperkaya diri sendiri atau orang lain atau suatu badan.
5.	Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 <i>jo</i> Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001	Rumusan kata"secara melawan hukum.." dalam Pasal 2 ayat (1) dan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UUPTPK, dimaknai sebagai melawan hukum dalam arti formil dan materiil dalam fungsi positif atau materiil dalam arti luas. Artinya membuka ruang dapat dipidananya perbuatan yang tidak diatur oleh undang-undang, sepanjang bertentangan dengan kepatutan atau kebiasaan di masyarakat. Rumusan kata"...dapat memperkaya diri sendiri..." dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 3 UUPTPK, mengindikasikan jenis delik yang diatur adalah delik formil. Dalam delik formil tidak mensyaratkan adanya akibat (kerugian negara). Cukup perbuatan saja, maka telah selesai delik dimaksud.

No.	Peraturan	Model Pengaturan Unsur Melawan Hukum
6.	Konsep KUHP 2015	Tindak pidana selain bertentangan dengan undang-undang, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup di masyarakat (Pasal 12 ayat (2) Konsep KUHP 2015). Artinya melawan hukum yang dianut adalah melawan hukum formil dan materiil, baik materiil dalam fungsi negatif maupun positif.

Berdasarkan tabel 6 tersebut di atas mengindikasikan perumusan unsur “melawan hukum” mengalami perkembangan makna ke arah melawan hukum materiil dalam arti luas. Perkembangan ini selain didukung oleh perundangan, juga ditunjukkan dengan beberapa yurisprudensi yang menerapkan melawan hukum materiil dalam arti luas. Namun penerapan melawan hukum materiil dalam arti luas dalam tindak pidana korupsi harus dimaknai secara ketat, kasuistik, kondisional, mengingat penerapan model ini dalam tindak pidana korupsi sangat eksessif dan menjangkau segala perbuatan seperti jaring laba-laba.<sup>31</sup>

## **B. Model Asas Legalitas untuk Dapat Mengintrodusir Hukum Kebiasaan**

Asas legalitas dalam hukum pidana positif di Indonesia tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. KUHP berlaku sejak tahun 1946 berdasarkan asas konkordansi. Namun berdasarkan Undang-Undang Darurat No. 1 Tahun 1951 Pasal 5 ayat (3) sub b menyatakan perbuatan menurut hukum yang hidup harus dianggap delik sepanjang tiada bandingnya dalam KUHP, hakim dapat menjatuhkan pidana penjara maksimum 3 (tiga) bulan bagi tindak pidana dimaksud. Aturan tersebut hingga sekarang digunakan oleh hakim untuk menjatuhkan pidana terhadap tindak pidana kesusilaan. Demikian pula Konsep KUHP 2015 mengintrodusir hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan dan sanksi adat. Pengaturannya terdapat dalam Pasal 2, Pasal 68 ayat (1) huruf e dan Pasal 68 ayat (3). Sejak tahun 1951 hingga sekarang asas legalitas diterapkan tidak murni dimana terdapat penerapan hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan atas dasar Undang-Undang Darurat No 1 Tahun 1951 yang dikembangkan dalam yurisprudensi.

Secara teoritis asas legalitas terdiri dari dari dua jenis, yaitu: *pertama*, asas legalitas formal menetapkan dasar untuk menentukan suatu perbuatan bersifat melawan hukum atau tindak pidana sehingga dapat dipidananya adalah ketentuan yang terdapat dalam undang-undang yang harus ada sebelum perbuatan

<sup>31</sup> Indriyanto Seno Adji, “Perspektif Ajaran melawan Hukum Terhadap Tindak Pidana Korupsi”, *Jurnal Hukum Pro Justitia*, Oktober 2007 Volume 25, No. 4, h. 303.

itu dilakukan. *Kedua*, asas legalitas material menetapkan bahwa dasar untuk menentukan perbuatan bersifat melawan hukum atau suatu tindak pidana adalah nilai-nilai yang hidup di masyarakat (hukum kebiasaan).<sup>32</sup> Asas legalitas formal secara tertulis telah diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP, sedangkan asas legalitas material terdapat dalam nilai-nilai agama, moral, adat, dan sebagainya, yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat (hukum tidak tertulis). Oleh karena asas legalitas material merupakan nilai-nilai yang hidup di masyarakat maka menjadi refleksi dari keinginan dan rasa keadilan masyarakat, serta memberikan kepastian hukum secara materiil atau substansial. Sedangkan asas legalitas formal memberikan kepastian hukum secara formil.<sup>33</sup>

Penerapan asas legalitas berdasarkan KUHP merupakan suatu *dilemma*, karena keberadaan hukum adat yang masih hidup yang tidak mungkin dikodifikasikan seluruhnya; dan harus adanya kepastian hukum dan perlindungan terhadap hak asasi manusia dari perlakuan yang tidak adil dan tidak wajar dari penguasa dan hakim.<sup>34</sup> Bagi yang kontra asas legalitas menyatakan asas legalitas kurang melindungi kepentingan kolektif, karena memungkinkannya dibebaskannya pelaku perbuatan yang pada dasarnya merupakan perbuatan yang merugikan tapi tidak dirumuskan dalam undang-undang. Sehingga konsep yang ada dalam asas legalitas adalah perbuatan dianggap tindak pidana karena undang-undang atau peraturan menyatakan sebagai kejahatan dan dipidana (*mala qua prohibita*), bukan suatu perbuatan dianggap kejahatan karena perbuatan tersebut buruk atau tercela (*mala per se*).<sup>35</sup>

Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 memperkuat asas legalitas. Melalui kedua putusan MK tersebut pemidanaan kasus korupsi harus berdasarkan peraturan perundangan, dan adanya kerugian negara harus ada secara *actual* bukan sekedar *potential*. Pada dasarnya keberadaan asas legalitas sangat dibutuhkan dalam rangka mencegah kesewenang-wenangan dalam menentukan perbuatan yang dapat dipidana. Melalui asas legalitas penegakan hukum pidana, baik mulai proses penyidikan sampai dengan putusan pengadilan dapat diukur benar atau tidaknya. Selain itu asas ini merupakan titik awal untuk menetapkan suatu perbuatan merupakan tindak pidana atau bukan. Oleh karena itu, asas legalitas merupakan asas yang fundamental dalam hukum pidana.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Tongat, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perspektif Pembaharuan*, Malang: UMM, 2008, h. 51.

<sup>33</sup> *Ibid.*, h. 58.

<sup>34</sup> Loebby Loqman, *Perkembangan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Semarang 26-27 April 2004, h. 9.

<sup>35</sup> Utrecht, *Hukum Pidana I*, Bandung, 1960, h. 194.

<sup>36</sup> Lieven Dupont & Raf. Verstraten, *Handboek Belgisch Strafrecht, Acco Leuven/Amersfoort*, 1990, h. 101. Dalam Cristianto, "Pembaharuan Makna Asas Legalitas", *Jurnal Hukum dan Pembangunan Tahun Ke-39 No.3 Juli-September 2009*, h. 348.

Mengingat eksistensi asas legalitas dan hukum kebiasaan yang sama-sama dibutuhkan dalam penegakan hukum pidana maka diperlukan suatu model asas legalitas yang dapat mengakomodir keduanya. Dalam perkembangan pemahaman makna asas legalitas tidak dapat dipisahkan dari perkembangan hukum pidana itu sendiri. Perkembangan makna asas legalitas meliputi: 1. Asas legalitas sebagai jaminan agar pemerintah tidak sewenang-senang; 2. Asas legalitas sebagai perlindungan proses hukum yang jelas; 3. Asas legalitas sebagai hukum pidana materiil.<sup>37</sup> Dalam makna asas legalitas antara hukum tertulis dengan hukum kebiasaan saling melengkapi. Hakim harus melengkapi perundang-undangan yang dirumuskan secara abstrak dengan ketentuan moral dari rakyat untuk melindungi para pencari keadilan.<sup>38</sup>

Melihat kondisi bangsa Indonesia yang beragam suku bangsa dan adat istiadat dan keberadaan asas legalitas yang membatasi kesewenang-wenangan penguasa, maka keduanya tidak layak dipertentangkan. Untuk kepentingan penegakan hukum pidana Indonesia keduanya diperlukan. Namun dalam penerapan delik adat dimana sifat melawan hukum perbuatan didasarkan pada “perbuatan tercela” berdasarkan hukum kebiasaan, diperlukan sikap ketelitian yang akurat dan sifat kehati-hatian dari hakim. Penerapan asas legalitas dan hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanaan memiliki kelemahan dan kelebihan masing-masing. Kelemahan dan kelebihan dimaksud tercantum dalam tabel berikut:

**Tabel 7: Kelemahan & Kelebihan Asas Legalitas dan Hukum Kebiasaan**

No	Dasar Pemidanaan	Kelemahan	Kelebihan
1.	Asas Legalitas	Bersifat kaku dan rigid	Memiliki kepastian
		Tidak dapat mengakomodir perbuatan yang tidak diatur dalam perundang-undangan	Melindungi pelaku dari kesewenang-wenangan penegak hukum
		Keadilan yang dituju bersifat normatif	Lebih mudah menerapkan krn sudah tercantum dalam perundangan
		-	Unifikasi
2.	Hukum Kebiasaan	Tidak memiliki kepastian hukum	Bersifat fleksibel
		Tidak dapat melindungi pelaku dari kesewenang-wenangan penegak hukum	Keadilan yang dituju bersifat substantif

<sup>37</sup> Christianto, *Pembaharuan Makna Asas Legalitas*, *Jurnal Hukum Dan Pembangunan Tahun ke-39 No.3 Juli-September 2009*, h. 354-360.

<sup>38</sup> Sujjing, *Ibid.*, h. 358.

	Tidak bersifat unifikasi masing-masing wilayah memiliki aturan sendiri	Bersifat pluralistis sehingga dapat mengakomodir kepentingan masyarakat.
	Memerlukan kehati-hatian dalam menerapkan karena harus menentukan perbuatan yang tercela	-

Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016, dan beberapa yurisprudensi yang menerapkan hukum kebiasaan sebagai dasar pemidanan, merupakan fakta yang tidak dapat ditolak bagi perkembangan penerapan hukum pidana di Indonesia. Yurisprudensi sebagai hasil olah pikir hakim yang mengedepankan asas legalitas materiil merupakan penggalan nilai keadilan yang ada di masyarakat. Putusan MK akan melakukan kontrol agar penerapan asas legalitas materiil dalam beberapa yurisprudensi oleh hakim di Indonesia tidak salah arah. Kedua produk hukum pidana ini saling melengkapi untuk menuju pada keadilan yang substantif. Sehingga model asas legalitas yang dapat diterapkan bagi hukum pidana Indonesia adalah asas legalitas formil dan materiil dengan persyaratan. Adapun persyaratan dimaksud terhadap penerapan asas legalitas materiil harus mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut: 1. Bersifat kasuistis ; 2. Berlaku untuk orang tertentu; 3. Secara substansi masih diakui oleh masyarakat adat dengan ditunjukkan adanya masyarakat dan lembaga adat; 4. Hakim harus bersifat hati-hati karena tujuannya mencapai keadilan substantif; 5. Pengadilan formal/negara bersifat *ultimum remidium*.

## KESIMPULAN

Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006 dan Nomor 025/PUU-XIV/2016 memperkuat kedudukan asas legalitas secara formal, yang mempersulit penegakan tindak pidana korupsi. Sedangkan perkembangan yurisprudensi mengarah pada penerapan asas legalitas materiil.

Kedua asas legalitas secara formil maupun materiil sangat dibutuhkan dalam penegakan hukum pidana di Indonesia. Asas legalitas formil diterapkan untuk mencegah kesewenang-wenangan penguasa terhadap orang yang tidak bersalah. Sedangkan asas legalitas materiil untuk mengakomodir hukum tidak tertulis yang masih berlaku di masyarakat. Model asas legalitas untuk hukum pidana materiil Indonesia adalah asas legalitas formil-materiil. Asas legalitas materiil diterapkan dengan syarat tertentu, yaitu: 1. Bersifat kasuistis; 2. Berlaku untuk

orang tertentu; 3. Secara substansi masih diakui oleh masyarakat adat dengan ditunjukkan adanya masyarakat dan lembaga adat; 4. Hakim harus bersifat hati-hati karena tujuannya mencapai keadilan substantif; 5. Pengadilan formal/negara bersifat *ultimum remedium*.

## DAFTAR PUSTAKA

- Aburaera, Sukarno dkk., 2013, *Filsafat Hukum Teori dan Praktek*, Jakarta: Kencana.
- Agustina, Shinta, dkk, 2017, "Penjelasan Hukum Unsur Melawan Hukum", <http://leip.or.id/wp-content/uploads/2016/05/Penjelasan-Hukum-tentang-Unsur-Melawan-Hukum-Hukum-Pidana.pdf>, diunduh 5 Desember.
- Ali, Achmad, 2009, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence)* Jakarta: Kencana.
- Ali, H. Zainuddin, 2014, *Filsafat Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Anjari, Warih, 2017, "Penjara terhadap Dokter dalam Perspektif Mengikatnya Putusan Mahkamah Konstitusi dan Pemidanaan Integratif Kajian Putusan Nomor 1110K/Pid.sus/2012, *Jurnal Yudisial*, Vol.10 No.1 April.
- \_\_\_\_\_, 2014, "Melawan Hukum Materiil dan Penerapannya dalam Perspektif Asas Legalitas (Kasus-Kasus di Mahkamah Agung RI)", *Jurnal Hukum Staarechts*, Volume 1 No.1 Oktober.
- Arief, Barda Nawawi, 2011, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Penegakan Hukum Pidana*, Bandung: Citra Aditya Bhakti.
- Cristianto, *Pembaharuan Makna Asas Legalitas, Jurnal Hukum Dan Pembangunan* Tahun Ke-39 No.3 Juli-September 2009.
- Fatkhurohman & Nalom Kurniawan, "Pergeseran Delik Korupsi Dalam Putusan MK Nomor 25/PUU-XIV/2016", *Jurnal Konstitusi*, Volume 14 Nomor 1 Maret 2017, h. 18
- Haryono, Dodi, 2017, *Identitas dan Elastisitas Konsep Negara Hukum Pancasila Yang Demokratis*,  
<http://dodiharyono.staff.unri.ac.id/files/2012/06/IDENTITAS-DAN-ELASTISITAS.pdf>, diunduh 27 November.
- Hiariej, Eddy O.S, 2002, *Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*, Jakarta: Erlangga.

- Suartha, I Made, 2015, "Pergeseran Asas Legalitas Formal ke Formal dan Material Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional", *Yustisia*, Edisi 91, Januari – April.
- Krisanto, Yakub Adi, 2008, "Penelitian Hukum: Tolak Tarik Antara Positivisme Hukum Dan Empirisme Hukum", *Jurnal Refleksi Hukum* Edisi April.
- Lamintang & FT Lamintang, 2014, *Dasar-Dasar Hukum Pidana di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Loqman, Loebby, 2004, *Perkembangan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Semarang 26-27 April.
- Moeljatno, 2000, *Asas Hukum Pidana*, Jakarta: Rineka Cipta.
- Muladi dan Dwidjo Prayitno, 2017, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Jakarta Kencana, h.64. [http://books.google.co.id/books?id=repADwAAQBAJ&pg=PA64&lpg=PA64&dq=unsur+bestanddelen+dan+elementen&source=bl&ots=yJEx\\_h4w7s&sig=Bbz5-9J4TBiugVmNn](http://books.google.co.id/books?id=repADwAAQBAJ&pg=PA64&lpg=PA64&dq=unsur+bestanddelen+dan+elementen&source=bl&ots=yJEx_h4w7s&sig=Bbz5-9J4TBiugVmNn) diunduh 5 Desember.
- Seno Adji, Indriyanto, 2007, "Perspektif Ajaran melawan Hukum Terhadap Tindak Pidana Korupsi", *Jurnal Hukum Pro Justitia*, Oktober, Volume 25 No. 4.
- Sudarto, 1990, *Hukum Pidana I*. Semarang, Yayasan Sudarto.
- Sunarto, "Asas Legalitas dalam Penegakan Hukum Menuju Terwujudnya Keadilan Substantif", *Masalah-masalah Hukum*, Jilid 45 No.4 Oktober 2016.
- Tongat, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perpektif Pembaharuan*. Malang: UMM.
- Utrecht, 1960, *Hukum Pidana I*, Bandung,
- Wijaya, Made Hendra, 2015, "Karakteristik Konsep Negara Hukum Pancasila", *Jurnal Advokasi* Vo.5 No.2 September.
- Putusan MK Nomor 003/PUU-IV/2006
- Putusan MK Nomor.003/PUU-IV/2016