

IMPLIKASI ASAS LEGALITAS TERHADAP PENEGAKAN HUKUM DAN KEADILAN

Oleh: Sri Rahayu, S.H., M.H.

ABSTRAK

Asas legalitas sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang hukum pidana atau konstitusi masing-masing negara, merupakan salah satu asas fundamental yang harus tetap dipertahankan demi kepastian hukum. Makna asas legalitas harus dimaknai secara bijaksana dalam kerangka penegakan hukum dan keadilan. Jika dilihat dari situasi dan kondisi lahirnya asa legalitas, maka asas tersebut adalah untuk melindungi kepentingan individu sebagai ciri utama tujuan hukum pidana menurut aliran klasik. Dalam perkembangan selanjutnya asas legalitas disimpangi di beberapa negara, antara lain Rusia, Jerman dan bahkan Belanda. Seperti dipahami, bahwa makna yang terkandung dalam asas legalitas adalah suatu perbuatan dapat dipidana hanya jika diatur dalam perundang-undangan pidana, kekuatan ketentuan pidana tidak boleh diberlakukan surut. Dari beberapa perbedaan makna dari asas legalitas, dapat disimpulkan bahwa pada prinsipnya makna asas legalitas: **pertama**, tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana sebelum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang; **kedua**, semua perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik yang sejelas-jelasnya; **ketiga**, aturan-aturan hukum pidana tidak boleh berlaku surut. Makna sebagaimana tersebut diatas merupakan asas **legalitas formil**, seperti dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Asas ini menekankan, bahwa dasar untuk menentukan dapat tidaknya suatu perbuatan dianggap sebagai perbuatan yang diancam dengan pidana harus terlebih dahulu diatur dalam undang-undang. Menurut Barda Nawawi, penerapan asas legalitas dalam KUHP warisan Belanda dalam konteks ke-Indonesiaan (sistem hukum nasional) seharusnya juga jangan diartikan semata-mata sebagai kepastian/kebenaran/keadilan formal (UU), tetapi harus lebih menukik pada kepastian/kebenaran/keadilan nilai-nilai substantif. Dalam pembaharuan hukum pidana kedepan, sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, tidak hanya didasarkan pada asa legalitas formal, tetapi juga didasarkan pada asas legalitas materiel, yaitu dengan memberi tempat kepada hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis.

Kata kunci: Asas Legalitas, Penegakan Hukum, Keadilan.

I. PENDAHULUAN

Asas legalitas ini pertama-tama mempunyai bentuk sebagai undang-undang adalah dalam konstitusi Amerika 1776 dan sesudah itu dalam Pasal 8 Declaration de droits de l' homme et ducitoyen 1789: nul ne peut etre puni qu'en vertu d'une loi etabile et promulguee anterieurement au delit et legalement appliquee. Asas ini selanjutnya dimasukkan ke dalam Pasal 4 Code Penal Perancis yang disusun oleh Napoleon Bonaparte. Dari Code Penal Perancis inilah, asas tersebut kemudian dimasukkan dalam

Pasal 1 ayat (1) Wetboek van Strafrecht di Negeri Belanda yang dengan tegas menyatakan, "Geen feit is strafbaar dan uit kraft van eenedaaraan voorafgegene wetelijke strafbepaling ". Selanjutnya asas tersebut dimuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP Indonesia.¹

Di Inggris, asas legalitas ini dirumuskan oleh seorang filsuf, Francis Bacon dalam adagium *moneat lex, piusquam feriat*. Artinya, undang-undang harus memberikan peringatan terlebih dahulu sebelum merealisasikan ancaman yang terkandung di dalamnya. Dalam perkembangan selanjutnya pada level nasional, asas legalitas ini tidak hanya dicantumkan dalam kitab undang-undang hukum pidana masing-masing negara, namun lebih dari itu, asas legalitas termaktub dalam konstitusi masing-masing negara.²

Asas legalitas sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang hukum pidana atau konstitusi masing-masing negara, merupakan salah satu asas fundamental yang harus tetap dipertahankan demi kepastian hukum. Makna asas legalitas harus dimaknai secara bijaksana dalam kerangka penegakan hukum dan keadilan. Jika dilihat dari situasi dan kondisi lahirnya asa legalitas, maka asas tersebut adalah untuk melindungi kepentingan individu sebagai ciri utama tujuan hukum pidana menurut aliran klasik.

Penerapan asas legalitas memiliki variasi yang beragam antar satu negara dengan negara lainnya, tergantung apakah sistem pemerintahan yang berlaku di negara bersangkutan bersifat demokratis atau tiranis. Variasi juga tergantung pada keluarga hukum yang dianutnya. Sistem Eropa Kontinental cenderung menerapkan asas legalitas lebih kaku daripada penerapannya di negara-negara yang menganut sistem *Common law*, karena di negara-negara Eropa Kontinental asas legalitas menjadi alat untuk membatasi kekuasaan negara. Di negara-negara yang menggunakan sistem Common Law asas legalitas tidak begitu menonjol, karena prinsip-prinsip *rule of law* telah tercapai dengan berkembangnya konsep *due proses of law* yang didukung oleh hukum acara yang baik. Dalam hal ini analogi tidak diijinkan tetapi bahkan menjadi basis pembaharuan *Common Law*. Amerika Serikat lebih ketat dalam membatasi analogi dan berlakunya asas retroaktif hanya dalam hukum acara, khususnya hukum pembuktian.³

¹Eddy O.S. Hiarej, *Asas Legalitas dan Perkembangannya Dalam Hukum Pidana*, Makalah Pelatihan Hukum Pidana Dan Kriminologi, UGM, Yogyakarta, 2014, hal. 12.

²Ibid.

³Muladi, *Demokrasi, Hak Asasi Manusi, Dan Reformasi Di Indonesia*, Habibie Center, Jakarta, Tahun 2002, hal. 74.

Dalam perkembangan selanjutnya asas legalitas disimpangi di beberapa negara, antara lain Rusia, Jerman dan bahkan Belanda. Seperti dipahami, bahwa makna yang terkandung dalam asas legalitas adalah suatu perbuatan dapat dipidana hanya jika diatur dalam undang-undang pidana, kekuatan ketentuan pidana tidak boleh diberlakukan surut. Konsekuensi dari makna tersebut, yaitu perbuatan seseorang yang tidak tercantum dalam undang-undang sebagai suatu tindak pidana tidak dapat dipidana dan adanya larangan penggunaan analogi untuk membuat suatu perbuatan menjadi suatu tindak pidana sebagaimana dirumuskan dalam undang-undang. Sedangkan konsekuensi dari makna berikutnya adalah bahwa hukum pidana tidak boleh diberlakukan surut, semua hal itu akan membawa implikasi pada penegakan hukum dan keadilan individu.

Berkaitan dengan uraian diatas, maka perumusan masalah dalam makalah ini adalah :

1. Bagaimana definisi dan makna asas legalitas?
2. Bagaimana perlunakan asas legalitas dalam rangka penegakan hukum dan keadilan, (Kajian terhadap Pasal 1 ayat (1) KUHP)?

II. PEMBAHASAN

A. Defenisi dan Makna Asas Legalitas.

1. Defenisi Asas Legalitas

Jonkers yang dikutip oleh Eddy O.S, menyatakan bahwa Pasal 1 ayat (1) KUHP, tidak ada perbuatan yang dapat dipidana kecuali atas kekuatan Undang-undang pidana yang ada sebelum perbuatan dilakukan adalah suatu pasal tentang asas. Berbeda dengan asas hukum lainnya, asas legalitas ini tertuang secara eksplisit dalam undang-undang. Padahal, menurut pendapat para ahli hukum, suatu asas hukum bukan merupakan peraturan hukum konkrit.⁴

Selanjutnya menurut **Tongat**, Pasal 1 ayat (1) KUHP, mengandung pengertian bahwa ketentuan pidana dalam undang-undang hanya dapat diberlakukan terhadap suatu tindak pidana yang terjadi sesudah ketentuan pidana

⁴Eddy O.S. Hiariej, Op.Cit., hal.6

dalam undang-undang itu diberlakukan, dengan kata lain, ketentuan pidana dalam undang-undang itu hanya berlaku untuk waktu kedepan.⁵

Selanjutnya menurut **Moeljatno**, asas legalitas (Principle of legality), asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. Biasanya ini dikenal dalam bahasa latin sebagai *nullum delictum nulla poena sine praevia lege*. (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu).⁶ Menurut **Wirjono Prodjodikoro**, bahasa latin yang berbunyi *nullum delictum, nulla puna sine praevia lege punali* diartikan tiada kejahatan, tiada hukuman pidana tanpa undang-undang hukum pidana terlebih dahulu.⁷

Dari beberapa pengertian yang dikemukakan para sarjana atau ahli hukum di atas, terdapat kesamaan pandangan di antara para ahli hukum pidana bahwa *asas legalitas* yang dikenal dengan bahasa latin sebagai *nullum delictum, nulla puna sine praevia lege punali* adalah memiliki pengertian, yaitu tiada perbuatan dapat dipidana kecuali atas dasar kekuatan pidana menurut undang-undang yang sudah ada terlebih dahulu. Ketentuan ini sebagaimana yang termaktub dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP adalah defenisi baku dari asas legalitas.

Perihal pengertian kata 'perbuatan' dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP **Noyon dan Langemeir** dalam **Edy O.S Hiariej**, menyebutkan bahwa perbuatan yang dimaksud dapat bersifat positif dan negatif. Perbuatan bersifat positif berarti melakukan sesuatu, sedangkan perbuatan bersifat negatif mengandung arti tidak melakukan sesuatu. Tidak melakukan apa yang menjadi kewajibannya atau tidak melakukan sesuatu yang seharusnya dilakukan dikenal dengan *omissionis*.⁸ Selanjutnya **Simon**, memberi arti perbuatan pidana sebagai suatu perbuatan yang oleh hukum diancam dengan hukuman, bertentangan dengan hukum, dilakukan oleh

⁵Tongat, Dasar-dasar Hukum Pidana Indonesia Dalam Perspektif Pembaharuan, UMM Press, Malang, 2008, hal.. 49.

⁶Moeljatno, Azas-azas Hukum Pidana, Bina Aksara, Jakarta, 1987, hal.23.

⁷Wirjono Prodjodikoro, Asas-asas Hukum Pidana Di Indonesia, Refika Aditama, Bandung, 2003, hal. 43.

⁸Edy O.S Hiariej, *Op. Cit.*, hal.6.

seorang yang bersalah dan orang tersebut dianggap bertanggung jawab atas perbuatannya.⁹

Menurut Moeljatno, perbuatan yang dapat dihukum adalah *strafbaar feit* dan dalam perundang-undangan dipakai istilah tindak pidana, jika *strafbaar feit* diterjemahkan secara letterlijk, maka terjemahannya adalah peristiwa yang dapat dipidana.¹⁰ Moeljatno kemudian memberikan memberi defenisi perbuatan pidana sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan perbuatan pidana barang siapa melanggar larangan itu, istilah perbuatan pidana untuk menggantikan *strafbaar feit* adalah lebih utama daripada istilah tindak pidana.¹¹ Dalam pengertian perbuatan pidana tersebut. Moeljatno sama sekali tidak menyinggung mengenai pertanggungjawaban pidana. Kesalahan adalah faktor penentu pertanggungjawaban pidana karenanya tidak sepatutnya menjadi bagian definisi perbuatan pidana.

2. Makna yang terkandung dalam Asas legalitas

Banyak dari para ahli hukum pidana memberikan makna yang berbeda dari defenisi asas legalitas. Seperti yang telah diutarakan diatas, terhadap asas legalitas terdapat kesepahaman diantara para ahli hukum pidana, namun perihal makna yang terkandung dalam asas legalitas kiranya terdapat perbedaan pendapat diantara para ahli hukum pidana.

Menurut Enschede hanya ada dua makna yang terkandung dalam asas legalitas:

Pertama, suatu perbuatan dapat dipidana hanya jika diatur dalam perundang-undangan pidana (... *wil een feit strafbaar zijn, dan moet het vallen onder een wettelijke strafbepaling...*). **Kedua**, kekuatan ketentuan pidana tidak boleh diberlakukan surut (... *zo'n strafbepaling mag geen terugwerkende kracht hebben...f'*). Makna asas legalitas yang dikemukakan oleh **Enschede** ini sama dengan makna asas legalitas yang dikemukakan oleh **Wirjono Prodjodikoro** yaitu bahwa sanksi

⁹*Ibid*, hal.7.

¹⁰Muljatno, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban dalam Hukum Pidana*, Bina Aksara, Jakarta, 1983, hal. 7.

¹¹*Ibid*, hal. 10.

pidana hanya dapat ditentukan dengan undang-undang dan bahwa ketentuan pidana tidak boleh berlaku surut.¹²

Sudarto yang juga mengemukakan ada dua hal yang terkandung dalam asas legalitas. *Pertama*, suatu tindak pidana harus dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan. *Kedua*, peraturan perundang-undangan ini harus ada sebelum terjadinya tindak pidana.¹³

Selanjutnya **Muljatno**, asas legalitas mengandung makna tiga pengertian, yaitu: *Pertama*, tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang. *Kedua*, untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi. *Ketiga* aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.¹⁴

Sementara menurut **Groenhuijsen** seperti yang dikutip **Komariah Emong Sapardjaja**, ada empat makna yang terkandung dalam asas ini. Dua dari yang pertama ditujukan kepada pembuat undang-undang dan dua yang lainnya merupakan pedoman bagi hakim. *Pertama*, bahwa pembuat undang-undang tidak boleh memberlakukan suatu ketentuan pidana berlaku mundur. *Kedua*, bahwa semua perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik yang sejelas-jelasnya. *Ketiga*, hakim dilarang menyatakan bahwa terdakwa melakukan perbuatan pidana didasarkan pada hukum tidak tertulis atau hukum kebiasaan. *Keempat*, terhadap peraturan hukum pidana dilarang diterapkan analogi.¹⁵

Makna yang terkandung dalam asas legalitas lebih rinci dikemukakan oleh **Schaffmeister**, **Keijzer** dan **Sutorius** yang menegaskan ada tujuh aspek dari asas legalitas. *Pertama*, tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang. *Kedua*, tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi. *Ketiga*, tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan. Artinya, pelanggaran atas kaidah kebiasaan dengan sendirinya belum tentu menghasilkan perbuatan pidana. *Keempat*, tidak boleh ada perumusan delik yang

¹²Eddy O. S., *Op. Cit.*, hal. 7.

¹³Sudarto, *Hukum Pidana 1*, Yayasan Sudarto, UNDIP., Tahun 1990, hal. 23-24.

¹⁴Muljatno, *Op. Cit.*, hal. 25.

¹⁵Komariah Emong Sapardjaja, *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, Tahun 2002, hal.5.

kurang jelas atau asas *lex certa*. **Kelima**, tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana. Hal ini dikenal dengan prinsip non-retroaktif dari ketentuan pidana. **Keenam**, tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang. Perihal keenam ini, hakim tidak boleh menjatuhkan pidana selain yang telah ditentukan dalam ketentuan undang-undang. **Ketujuh**, atau yang terakhir penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang. Artinya seluruh proses pidana, mulai dari penyelidikan sampai pelaksanaan putusan haruslah berdasarkan undang-undang. Di sini undang-undang yang dimaksud adalah undang-undang dalam arti formal. Dengan kata lain pembentuk undang-undang yang lebih rendah dilarang membuat aturan acara pidana.¹⁶

Dari beberapa perbedaan makna dari asas legalitas sebagai mana tersebut diatas, dapat disimpulkan bahwa pada prinsipnya makna asas legalitas: **pertama**, tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana sebelum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang; **kedua**, semua perbuatan yang dilarang harus dimuat dalam rumusan delik yang sejelas-jelasnya; **ketiga**, aturan-aturan hukum pidana tidak boleh berlaku surut. Makna sebagaimana tersebut diatas merupakan asas **legalitas formil**, seperti dirumuskan dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP. Asas ini menekankan, bahwa dasar untuk menentukan dapat tidaknya suatu perbuatan dianggap sebagai perbuatan yang diancam dengan pidana harus terlebih dahulu diatur dalam undang-undang.

B. Perlunakan asas legalitas dalam rangka penegakan hukum dan keadilan.

Keberadaan asas legalitas sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP dalam penegakan hukum dan keadilan sebenarnya merupakan dilemma. Karena jelas-jelas asas legalitas tersebut hanya mengakui hukum tertulis. Padahal dalam kehidupan masyarakat Indonesia memiliki hukum adat atau hukum tidak tertulis yang eksistennya masih diakui.

Sering hakim dalam mengadili suatu perkara pidana dihadapkan pada perkara yang tidak ada dasar atau aturan hukumnya. Dalam hal ini hakim tidak boleh menolak dengan dalih tidak ada hukum yang mengatur. Sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, yang

¹⁶Edy O.S. Hiarej, *Op. Cit.*, hal. 9-10.

berbunyi :“Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih, bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”

Kewajiban hakim dalam rangka penegakan hukum dan keadilan, untuk mengikuti gerak dinamika hukum, tidak saja dalam pengertian hukum tertulis saja tetapi mencakup artian hukum tidak tertulis dalam masyarakat. Sistem hukum Indonesia yang tadinya banyak dipengaruhi dengan sistem civil law, dalam perkembangan sistem common law juga berpengaruh dalam pembangunan hukum di Indonesia baik melalui perjanjian Internasional maupun pencangkakan. Dalam hukum pidana di Indonesia hakim dapat melakukan Rechtsvinding, walaupun hakim harus mengadili berdasar undang-undang, namun hakim tetap memiliki kebebasan untuk menafsirkan. Asas legalitas Pasal 1 ayat (1) KUHP, memiliki karakteristik formalistik.

Menurut Mardjono, keinginan untuk memperoleh kepastian hukum, secara keliru telah terlalu dikaitkan padaperlunya ada peraturan perundang-undangan pidana (peraturan tertulis). Meskipun benar bahwa peraturan tertulis dapat memberikan perasaan kepastian dan keadilan yang kuat, namun kepastian hukum datangnya terutama dari kepercayaan bahwa hukum pidana tidak diterapkan secara sewenang-wenang (arbitrair). Dimungkinkannya hukum pidana adat mempengaruhi hukumpidana tertulis, seharusnya dapat memperkuat rasa keadilan dan kepastian hukum, karena mendekatkan hukum pidana tertulis dengan rasa keadilan dalam masyarakat. Hakim sebagai “penegak keadilan” mempunyai tugas dan kewajiban untuk selalu “menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup” menurut adat setempat.¹⁷

Dalam kehidupan hukum di Indonesia, yang tidak saja mengenal pengertian hukum secara tertulis, tetapi mencakup ketentuan-ketentuan hukum tidak tertulis yang masih hidup dalam masyarakat, maka keberadaan hukum adat masih sangat memegang peranan tinggi dan berpengaruh dalam penegakan hukum, apalagi ada keharusan bagi hakim untuk menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, meskipun suatu perbuatan pidana tidak diatur secara formal sebagai mana makna dalam asas legalitas.

Bertolak dari kenyataan, bahwa prinsip atau asas legalitas yang dianut hukum pidana yang sekarang berlaku (KUHP) kurang cocok dalam tradisi hukum masyarakat,

¹⁷Mardjono Reksodiputro, *Pembaharuan Hukum Pidana, Pusat Pelayanan Keadilan Dan Pengabdian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta, Tahun 1995, hal. 109.

maka rumusan asas legalitas dalam perkembangan hukum pidana di Indonesia telah mengalami pergeseran atau perlunakan.

Menurut Barda Nawawi, penerapan asas legalitas dalam KUHP warisan Belanda dalam konteks ke-Indonesiaan (sistem hukum nasional) seharusnya juga jangan diartikan semata-mata sebagai kepastian/kebenaran/keadilan formal (UU), tetapi harus lebih menitik pada kepastian/kebenaran/keadilan nilai-nilai substantif.¹⁸ Selanjutnya diungkapkan, adanya Pasal 1 KUHP nampaknya berpengaruh pula pada tersumbatnya atau kurang berfungsinya jalur yurisprudensi dan jalur akademik/keilmuan dalam menggali nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat. Upaya untuk memberi tempat kepada hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum positif berarti melonggarkan berlakunya Pasal 1 KUHP. Demikian pula upaya untuk mengembangkan jalur yurisprudensi dalam menggali sumber hukum tidak tertulis dan nilai-nilai hukum yang hidup, telah dimungkinkan dengan adanya Undang-undang Kekuasaan Kehakiman, namun dalam kenyataan ketentuan tersebut tidak dapat berfungsi dengan baik dalam bidang hukum pidana, karena terbentur pada dinding yang kokoh yaitu Pasal 1 KUHP.¹⁹ Sungguh ironis apabila nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat tidak tersalurkan bahkan terpendam dengan dalih Pasal 1 KUHP sebagai bekas warisan jajahan Belanda.

Dalam rangka pembaharuan dan **penegakan hukum**, ada 3 (tiga) hal yang perlu mendapat perhatian. **Pertama**, pembaharuan substansi hukum, yaitu pembaharuan peraturan perundang-undangan yang sudah tidak lagi relevan dengan perkembangan masyarakat. **Kedua**, pembaharuan struktur hukum, yaitu perlunya penyempurnaan berbagai aspek di bidang kelembagaan hukum. **Ketiga**, pembaharuan budaya hukum yang meliputi perubahan sikap baik aparat penegak hukum maupun masyarakat. Dengan pembaharuan hukum tersebut, maka bidang penegakan hukum merupakan masalah yang strategis dan sekaligus menentukan peranan fungsi hukum dalam menciptakan kepastian hukum untuk mencapai keadilan.

Dalam pembaharuan hukum pidana kedepan, sumber hukum atau landasan legalitas untuk menyatakan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, tidak hanya didasarkan

¹⁸Barda Nawawi Arief, *Reformasi Sistem Peradilan Di Indonesia*, Universitas Diponegoro, Semarang, Tahun 2012, hal. 67.

¹⁹Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Pidana UNDIP, Pustaka Magister, Semarang, Tahun 2011, hal. 53-54.

pada asas legalitas formal, tetapi juga didasarkan pada asas legalitas materiel, yaitu dengan memberi tempat kepada hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis.

Dari kajian bahan-bahan internasional dan perbandingan, dijumpai adanya bentuk-bentuk perlunakan/penghalusan atau pergeseran/perluasan terhadap asas legalitas formal, antara lain:

- Diakuinya "the general principles of law recognized by the community of nations" sebagai sumber hukum (Pasal 15: 2 ICCPR dan KUHP Kanada).
- Diakuinya "pemaafan/pengampuan hakim" ("rechterlijk pardon/judicial pardon/dispensa de pena") sebagai bentuk Judicial corrective to the legality principle" (antara lain di Belanda, Yunani dan Portugal).²⁰

Selanjutnya asas legalitas dalam konteks hukum pidana internasional, dikatakam oleh **Muladi**, bahwa penerapan asas legalitas tidak sama ketatnya antara hukum nasional dan hukum internasional mengingat kekhasan masing-masing negara. Hukum pidana internasional lebih bersifat konvensional, biasanya dalam bentuk instrumen yang dibangun oleh organisasi-organisasi internasional. Formulasi norma-norma yang dihasilkan tidak langsung diarahkan untuk diterapkan pada individu-individu melalui pengadilan pidana internasional. Norma-norma tersebut lebih merupakan rangkaian kewajiban bagi negara-negara untuk menggunakannya sebagai bahan pembaharuan hukum pidana nasional di masing-masing negara. Perumusan kejahatan internasional biasanya dilukiskan dengan sangat umum dan luas dan acap kali melupakan elemen-elemen tindak pidana dan pertanggungjawaban pidana. Sering dijumpai hukum pidana internasional tidak mengatur sanksi pidana, oleh karena itu praktek kebiasaan hukum internasional tidak memasukkan asas nulla poena sine lege (tiada pidana tanpa undang-undang).²¹

Menurut Machteld Boot dalam Edi O.S. Hiariej, bahwa asas legalitas dalam konteks hukum pidana internasional harus diterapkan dengan standar yang berbeda dengan hukum pidana nasional yang berkaitan dengan tanggung jawab pidana individu terhadap kejahatan-kejahatan internasional. Hukum pidana internasional tidak dikodifikasikan seperti halnya hukum pidana nasional tetapi juga bersumber dari hukum

²⁰Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana, Dalam Perspektif Kjian Perbandingan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, Tahun 2011, hal. 12-13.

²¹Muladi, *Op. Cit.*, hal.75.

kebiasaan internasional. Oleh karena itu asas legalitas tidak mengikat seluruhnya dalam konteks kejahatan-kejahatan di bawah hukum internasional.²²

Berkaitan dengan hukum pidana internasional, bahwa berlakunya asas legalitas tidaklah dapat disamakan dengan ukuran berlakunya asas legalitas dengan hukum pidana nasional. Hukum pidana internasional juga bersumber dari kebiasaan internasional sehingga sangat dimungkinkan berlakunya asas legalitas adalah berdasarkan hukum kebiasaan internasional yang berbeda berlakunya asas legalitas pada hukum pidana nasional.

III. PENUTUP

1. Makna asas legalitas :
 - a. Tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang.
 - b. Dalam menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi.
 - c. Aturan hukum pidana tidak boleh berlaku surut.
2. Dalam perkembangan hukum pidana di Indonesia, asas legalitas telah mengalami pergeseran, yaitu tidak saja didasarkan pada asas legalitas formil akan tetapi juga didasarkan pada asas legalitas materiel dengan memberi tempat kepada hukum yang hidup atau hukum tidak tertulis.

DAFTAR PUSTAKA

- Barda Nawawi Arief. 2011. *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*. Citra Aditya Bakti. Bandung
- , 2011. *Beberapa Aspek Pengembangan Ilmu Hukum Pidana*. Pidato Pengukuhan Guru Besar Ilmu Hukum Pidana UNDIP. Pustaka Magister. Semarang.
- , 2011. *Pembaharuan Hukum Pidana*. Dalam Perspektif Kajian Perbandingan. Citra Aditya Bakti. Bandung.
- , 2012. *Reformasi Sistem Peradilan Di Indonesia*. Universitas Diponegoro. Semarang.

²²Edy O.S Hiariej, *Op. Cit.*, hal. 19.

Eddy O.S. Hiarej. 2014. *Asas Legalitas dan Perkembangannya Dalam Hukum Pidana*, Makalah Pelatihan Hukum Pidana Dan Kriminologi. UGM. Yogyakarta.

Komariah Emong Sapardjaja. 2002. *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiil Dalam Hukum Pidana Indonesia*. Alumni. Bandung.

Mardjono Reksodiputro. 1995. *Pembaharuan Hukum Pidana, Pusat Pelayanan Keadilan Dan Pengabdian Hukum*. Universitas Indonesia. Jakarta.

Muladi, 2002 *Demokrasi, Hak Asasi Manusi, Dan Reformasi Di Indonesia*. Habibie center.

Sudarto. 1990 *Hukum Pidana 1*. Yayasan Sudarto. UNDIP.