

Tinjauan Yuridis Mengenai Pertentangan Hukum Yang Hidup dalam Masyarakat dalam Pasal 2 pada Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana dengan Asas Legalitas

M Nabel Fadhilah¹, Siti Saadah Fauziah², Andian Achya D.K.³

¹ Universitas Pasundan Bandung, Indonesia; nabielfsch@gmail.com

² Universitas Pasundan Bandung, Indonesia; Sitisaadahf12@gmail.com

³ Universitas Pasundan Bandung, Indonesia; andianachya16@gmail.com

ARTICLE INFO

Keywords:

RKUHP;
The Living Law;
Asas Legalitas

Article history:

Received 2022-05-12

Revised 2022-08-29

Accepted 2022-11-25

ABSTRACT

The purpose of establishing the RKUHP is in line with the spirit of decolonization and particularization so that it incorporates elements of law that live in society as basic provisions for prosecution in norms considered as a hallmark of the codification of Indonesian criminal law. This renewal in the RKUHP leaves crucial issues, one of which is by incorporating elements of law that live in society (The Living Law) and make laws that live in society as the basis for determining whether someone can be convicted or the basis for prosecution. This study uses a normative juridical method with a descriptive analytical approach. The inclusion of the law that lives in society into Article 2 of the RKUHP shows that there has been a conflict with the principle of legality which is the main principle of Indonesian criminal law as stipulated in Article 1 of the RKUHP which has implications for legal certainty.

This is an open access article under the CC BY license.



Corresponding Author:

M Nabel Fadhilah

Universitas Pasundan Bandung, Indonesia; nabielfsch@gmail.com

1. PENDAHULUAN

RKUHP merupakan rekodifikasi peraturan hukum pidana yang dijadikan sebagai *lex generalis*, tujuan dari pembentukan RKUHP adalah sejalan dengan semangat dekolonisasi dan partikularisasi sehingga memasukkan unsur hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai ketentuan dasar penuntutan dalam norma dianggap sebagai ciri khas dari kodifikasi hukum pidana Indonesia.

Proses pembaharuan pada hukum pidana Indonesia ini berdampak pada norma-norma baru yang berbeda dengan KUHP saat ini. Pembaharuan di dalam RKUHP ini menyisakan isu krusial, salah satunya dengan memasukkan unsur hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dan menjadikan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar untuk menentukan seseorang dapat dipidana atau dasar penuntutan.

Pasal 1 Ayat 1 RKUHP menyatakan “Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan”. Begitu juga dengan Pasal 1 Ayat 2 RKUHP yang menyatakan, “Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang digunakan analogi”.

Pasal tersebut memiliki arti bahwa setiap tindak pidana harus didasarkan pada kekuatan undang-undang yang ada, asas legalitas memberikan batasan terhadap kesewenang-wenangan penguasa untuk mempidana seseorang. Asas legalitas mengandung arti *lex certa, lex praevia, lex stricta, lex scripta*, dengan kata lain undang-undang menjadi ukuran utama keberadaan asas legalitas.

Pasal 2 ayat 1 RKUHP menyatakan “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang ini”. Dalam Pasal 2 Ayat 1 tersebut mengakomodasi hukum yang hidup sebagai unsur dalam delik, maka dalam hal ini menimbulkan konsekuensi hukum tersendiri apabila dihadapkan dengan asas legalitas yang teramanatkan dalam Pasal 1 RKUHP.

Pasal 1 RKUHP menganut asas legalitas formil yang menghendaki adanya peraturan sebelum tindakan yang dianggap melanggar hukum itu terjadi menunjukkan tentang kepastian hukum. Hal ini disebabkan oleh proses hukum pidana yang bersumber pada undang-undang untuk dasar penjatuhan pidana. Selain itu, terdapat asas legalitas materiil yang tereksplisit dalam Pasal 2 yang mengakui keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sebagai dasar penjatuhan pidana.

Tujuan pembentuk undang-undang memasukkan unsur hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar pemidanaan tentu memberikan konsekuensi hukum yang berpotensi menimbulkan pertentangan dengan asas legalitas sebagai asas fundamental dalam hukum pidana Indonesia. Oleh karena itu, penelitian ini hendak mengkaji lebih mendalam mengenai konsekuensi dengan dimasukkannya hukum yang hidup di dalam masyarakat pada Pasal 2 RKUHP dengan asas legalitas.

2. METODE

Penelitian ini dilakukan secara yuridis normatif dengan data penelitian sekunder yang dikumpulkan dari beberapa studi pustaka. Penelitian ini menggunakan tiga tahap, berupa persiapan, pelaksanaan, dan penyelesaian. Data yang dianalisis melalui pendekatan perundang-undangan yang disajikan secara deskriptif dengan cara menganalisis dan memaparkan hasil temuan tersebut.

Analisis data normatif dilakukan menggunakan norma, kaidah, teori-teori dan doktrin yang berasal dari data sekunder guna menjawab konsekuensi hukum dengan dimasukkannya hukum yang hidup di dalam masyarakat ke dalam RKUHP

Tujuan dari penulisan ini untuk mengetahui lebih mendalam tentang hukum yang hidup dalam masyarakat, mengetahui konsekuensi hukum yang akan terjadi apabila hukum yang hidup dalam masyarakat dimasukkan ke dalam RKUHP. Selain itu, juga untuk mengetahui solusi dan upaya hukum yang harus dilakukan apabila hukum yang hidup di dalam masyarakat memberikan konsekuensi yang negatif terhadap hukum pidana Indonesia.

3. PEMBAHASAN

Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana Indonesia

Asas legalitas merupakan salah satu asas yang paling fundamental dalam ilmu hukum pidana di Indonesia. Asas legalitas pada dasarnya disebut “*principle of legality*”, “*non-retroaktif*”, “*de la legalite*”, “*legaliteitbeginnel*”, atau “*ex post facto laws*”. Hal tersebut sejalan dengan pendapat Dupont, bahwa asas legalitas merupakan asas yang paling penting dalam hukum pidana (Mulyadi 2013). Asas legalitas pertama terbentuk di dalam konstitusi Amerika pada tahun 1776 yang mempunyai bentuk sebagai undang-undang yang hingga pada akhirnya asas tersebut dimuat di Indonesia pada Pasal 1 Ayat 1 KUHP. Pasal tersebut merupakan implementasi yang memiliki makna sebagai asas dasar atau sumber hukum untuk menyatakan suatu perbuatan delik.

Asas legalitas dimaknai oleh Fuller sebagai moralitas hukum internal karena menjadi bagian terpenting dalam moralitas kewajiban yang menjadi sumber pembentukan norma hukum, yaitu “*a particular way of achieving social order by guiding human behavior according to rules.*” Dan yang terdalem terletak pada “*universal procedural norms*” (shidarta 2016).

Asas legalitas menitikberatkan kepada perlindungan hukum bagi negara dan masyarakat sehingga dalam Pasal 1 Ayat 1 RKUHP menyatakan “Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai

sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan". Maksud dari pasal tersebut, bahwa setiap tindak pidana harus didasarkan pada kekuatan undang-undang yang ada. Hal tersebut digambarkan oleh Anselm von Feuerbach sebagai ; *nullum crime sine lege; nulla poena sine lege; nulla poena sine crimen* (atmasasmita 2022).

Asas legalitas dicetuskan oleh Paul J. Anselm von Feuerbach, seorang ahli hukum pidana Jerman yang tercantum di dalam bukunya yang berjudul *Lehrbuch des Penlichen Recht* pada tahun 1801 yang mendefinisikan asas legalitas secara mendasar ke dalam bahasa latin yaitu : *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali*. Ketiga frasa tersebut menjadi dasar adanya adagium yang berbunyi *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali* (hieriej 2015).

Asas legalitas bertujuan memberikan batasan terhadap kesewenang-wenangan penguasa untuk mempidanakan seseorang karena di dalamnya mengandung arti *lex scripta lex stricta lex certa.*, yaitu :

- 1) *Lex scripta*, unsur utama dalam pemidanaan hukum positif Indonesia harus berdasarkan pada undang-undang dikarenakan Indonesia menganut sistem *civil law* dengan kata lain berdasarkan hukum yang tertulis. Di dalam Hukum tertulis (undang-undang) mengatur segala perbuatan yang dianggap sebagai delik pidana. Hal ini berimplikasi bahwa hukum pidana adat/hukum yang hidup dalam masyarakat saat ini tidak dapat dijadikan sebagai salah satu unsur utama untuk menghukum seseorang. Oleh karena itu hukum yang hidup dalam masyarakat tidak memiliki peran penting dalam sistem hukum pidana di Indonesia tanpa undang undang yang mengatur perbuatan yang dilarang maka perbuatan tersebut tidak bisa dikatakan sebagai tindak pidana (Elsam 2005).
- 2) *Lex stricta*, memiliki arti bahwa hukum tertulis itu harus dimaknai secara rigid dengan tidak memperluasnya delik yang berimplikasi merugikan subjek hukum.
- 3) *Lex certa*, atau *bestimmtheitsgebot* memiliki arti bahwa *law maker* harus mendefinisikan undang undang secara jelas tanpa memberi kesan ambigu terhadap masyarakat (*nullum crimen sine lege stricta*), yang menyebabkan ketidakpastian hukum, sehingga tidak ada perumusan yang ambigu mengenai perbuatan yang dilarang dan diberikan sanksi dalam kaitannya dengan hukum yang tertulis, pembuat undang-undang (legislatif) dalam merumuskan peraturan harus dimaknai secara jelas dan rinci mengenai perbuatan yang disebut dengan tindak pidana (kejahatan) (Rommelink 2013).

Selain itu, terdapat konsep *lex temporis delicti* yang dimaknai sebagai larangan retroaktif yang berarti hukum pidana selalu berlaku ke depan (prospektif).

Pasal 1 Ayat 1 RKUHP mengatur tentang asas legalitas formil, yang menghendaki adanya peraturan sebelum tindakan yang dianggap melanggar hukum itu terjadi, dengan menunjukkan asas kepastian hukum. Hal ini disebabkan oleh proses hukum pidana yang bersumber pada undang-undang untuk penjatuhan pidana. Selain itu, terdapat asas legalitas materiil pada Pasal 2 Ayat 1 RKUHP yang mengakui keberadaan hukum pidana adat sebagai unsur delik dalam pasal.

Dalam RKUHP mengalami perluasan makna asas legalitas dengan mengakomodasi hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum pidana adat) sebagaimana yang terdapat dalam Pasal 2 Ayat 1 sebagai unsur dalam delik dan dasar penuntutan. Terdapat lima (5) alasan yang dijadikan sebagai landasan perluasan asas legalitas formil ke asas legalitas materiil, diantaranya :

- a) Kajian komparatif;
- b) Kesepakatan seminar-seminar nasional;
- c) Landasan teoritik;
- d) Kebijakan legislatif nasional;
- e) Kesepakatan dokumen dunia (Mawawi 2022).

Perubahan yang ada pada RKUHP merupakan perubahan secara materil atau secara substantif pada formulasi rumusan delik Pasal 1 Ayat (1) KUHP yang eksis pada saat ini.

Perluasan makna asas legalitas ini sejalan dengan pokok pikiran perumus RKUHP untuk mengimplementasikan kepentingan masyarakat yang berkeadilan dan kepastian hukum. Kepastian

hukum merupakan salah satu patokan formil sementara itu keadilan digambarkan sebagai materinya (Suartha 2015).

Dengan diperluasnya asas legalitas yang mengeksistensikan hukum adat dalam delik Pasal 2 Ayat 1, akan menimbulkan konsekuensi tersendiri apabila dihadapkan pada asas legalitas yang berada di dalam pasal 1 RKUHP yang merupakan asas yang memiliki kedudukan yang sangat penting karena menjadi fundamental dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang dapat dipidanakan. Terdapat frasa “Kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan” yang menunjukkan eksistensi fundamental itu sendiri sehingga menjadi asas yang penting dalam hukum pidana.

Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat

Hukum yang hidup dalam masyarakat diakomodir ke dalam Pasal 2 Ayat 1 yang menyatakan “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang ini”. Pembentuk undang-undang menyepakati bahwa hukum yang hidup dalam RKUHP ini adalah hukum pidana adat, akan tetapi terminologi hukum yang hidup dalam Pasal 2 RKUHP memiliki pengertian yang lebih luas daripada hukum pidana adat.

Eugene Ehrlich menyatakan bahwa hukum yang hidup (*The Living Law*) diartikan sebagai “*The law that dominate life it self, even though it has not been printed in legal propositions*”. Pandangan ini dapat ditafsirkan bahwa hukum yang hidup adalah hukum yang berpusat pada masyarakat bukan pada negara (Singh 2010). Maka dari itu hukum yang hidup dalam masyarakat bukan hanya yang berkenaan dengan hukum pidana adat saja, tetapi kebiasaan, kesusilaan, kesopanan, dan norma agama menjadi hukum yang hidup dan eksis di masyarakat.

Hukum yang hidup dalam masyarakat adalah hukum adat yang sesuai dengan pendapat Soepomo, bahwa hukum adat merupakan hukum yang hidup di dalam masyarakat, sebab ia lahir dari nilai nilai yang hidup dan berkembang dalam kehidupan nyata dari masyarakat tersebut. Seiring dengan perkembangan zaman saat ini hukum adat terus menerus tumbuh dan berkembang seperti masyarakat sendiri. Hal tersebut sejalan dengan Cicero yang menyatakan “*ubi societas ibi ius*”. Pernyataan tersebut menyatakan bahwa dalam setiap masyarakat selalu ada hukum yang berfungsi untuk mengatur perilaku mereka. Bahkan hukum merupakan bagian dari perkembangan budaya masyarakat. Tidak heran apabila dikatakan bahwa hukum adalah produk budaya (*Law as a product of culture*) (Martin Kryger).

Hukum adat dalam hal ini delik adat sendiri dapat dimaknai sebagai setiap gangguan dari satu pihak atau dari sekelompok orang baik berwujud maupun tidak berwujud yang menimbulkan suatu reaksi adat (Setiadi, 2008). Dalam delik adat terdapat empat (4) unsur penting yaitu:

1. Ada perbuatan yang dilakukan oleh perseorangan, kelompok atau pengurus adat sendiri;
2. Perbuatan itu bertentangan dengan norma-norma hukum adat;
3. Perbuatan itu dipandang menimbulkan kegoncangan karena mengganggu keseimbangan dalam masyarakat; dan
4. Atas perbuatan itu timbul reaksi dari masyarakat berupa sanksi adat. Untuk menilai adanya suatu hukum adat, maka harus terdapat masyarakat adat (Nella Sumika Puteri 2021).

Hukum yang hidup dalam masyarakat (*The Living Law*) pada saat ini merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dari hukum positif dalam sistem hukum pidana Indonesia. Akan tetapi, pada saat keberadaan *The Living Law* ditempatkan sebagai bagian dari sistem hukum pidana Indonesia menimbulkan permasalahan baru terutama dalam perspektif asas legalitas. Menurut Eugen Ehrlich, perkembangan hukum berpusat pada masyarakat itu sendiri, bukan pada pembentukan hukum oleh negara, putusan hakim, ataupun pada pengembangan ilmu hukum. Eugen Ehrlich ingin menyampaikan bahwa masyarakat merupakan sumber utama hukum. Hukum tidak dapat dilepaskan dari masyarakatnya. Dengan dasar tersebut, Eugen Ehrlich. menyatakan bahwa hukum yang hidup (*The Living Law*) adalah hukum yang mendominasi kehidupan itu sendiri walaupun belum dimasukkan ke dalam proposisi hukum. Eugen Ehrlich menyatakan: (Ehrlich 1936)

“Rules of law were not lifeless constructions which existed independently of the social reality. On the contrary, they are parts of the “living”, i.e. Functioning and effective order of social communications, which protect certain interests privileged by society and discriminates those interests that are denounced and disapproved by society.”

Dari beberapa pendapat di atas, dapat dipahami bahwa *The Living Law* merupakan ketentuan yang timbul bersamaan dengan lahirnya masyarakat. Hukum yang baik merupakan hukum yang dapat menjelaskan nilai yang terdapat di dalam masyarakat, karena hukum itu dari dan untuk masyarakat. Hukum tidak dapat dianggap sebagai peraturan belaka tanpa mempertimbangkan nilai-nilai yang terdapat dalam masyarakat. Hal tersebut sejalan dengan pendapat Romli Atmasasmita yang menyatakan bahwa “Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*The Living Law*) dan sesuai dengan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat tersebut” (Atmasasmita 2012).

Hukum yang hidup dalam masyarakat (*The Living Law*) dilegitimasi lebih ke dalam RKUHP. Hal tersebut termuat dalam Pasal 2 Ayat 1 RKUHP yang berbunyi “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang ini”.

Hukum yang hidup dalam RKUHP silih berganti dengan berbagai istilah yang lain. Setidaknya terdapat 15 ketentuan dengan lima variasi istilah seperti hukum yang hidup dalam masyarakat; nilai hukum dan keadilan yang hidup; norma kesusilaan; kewajiban adat; kewajiban adat setempat dan sebagainya. Pengertian hukum yang hidup dalam masyarakat itu sangat umum bukan hanya hukum adat akan tetapi mencakupi pula hukum kesusilaan, hukum kesopanan dan hukum kebiasaan, sebab dalam setiap masyarakat yang berbudaya selalu menghasilkan hukumnya masing-masing/sesuai dengan budayanya sendiri dan mencitrakan hukumnya sesuai tipe dan jenis hukumnya sendiri misalkan tradisi hukum *civil law* dan *common law* sedangkan dalam ruang lingkup masyarakat selalu ada hukum yang tumbuh dan berkembang yang dijadikan sebagai pedoman berperilaku yang biasa disebut *The Living Law*. Oleh karena itu, terdapat karakteristik dari *The Living Law*, yaitu :

- Sebagai bentuk, dibentuk oleh masyarakat sesuai dengan budayanya sendiri dan bersumber dari kebiasaan atau tradisi yang berlaku di masing-masing daerah, bisa disebut dengan (hukum tidak tertulis/adat kebiasaan, norma agama, dan lainnya).
- Sebagai sifat, F.K. von Savigny mengemukakan teori *volksgeist* (*national character, nationelgeist, volkscharacter*, jiwa bangsa) yang menyatakan bahwa hukum lahir dari keyakinan bangsa tersebut.
- Sebagai pembentuk, F.K. von Savigny menyatakan bahwa hukum merupakan salah satu aspek dari budaya yang hidup dalam masyarakat. Hukum merupakan refleksi jiwa suatu bangsa yang khas dan asasi yang berbeda antara satu bangsa. Hukum bukanlah buatan alam atau tuhan melainkan hukum dapat ditelusuri dalam denyut kehidupan masyarakat. Hukum merupakan bagian terpenting dari kehidupan masyarakat dan bangsa.
- Sebagai tujuan, John Austin mengatakan bahwa hukum sebagai sarana untuk menciptakan kepastian hukum, maka harus dipisahkan dari nilai baik atau buruk, serta nilai adil atau tidak adil agar dapat terciptanya keadilan.
- Sebagai pemaksaan, yang menurut Jeremy Bentham, hukum bukanlah refleksi moral dan etika sehingga hanya dipaksakan berdasarkan kesadaran etis manusia. Namun hukum adalah perintah dari penguasa yang berdaulat. Jeremy Bentham menyatakan hukum sebagai sebuah tanda pernyataan suatu larangan yang diterima dan diberlakukan oleh yang berdaulat dalam suatu negara.
- Sebagai keberlakuan, menjadi terpenting dalam hukum adalah “perintah yang berdaulat” sehingga harus ditaati oleh setiap orang selain berasal dari jiwa masyarakat. Oleh karena itu, eksistensi hukum disebabkan oleh penguasa yang berdaulat sehingga bisa dikatakan valid. Unsur “perintah” itulah yang dipaksakan kepada subjek yang dituju oleh hukum.

Pasal 2 Ayat 1, hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang adalah hukum pidana adat. Hukum yang hidup di dalam masyarakat dalam pasal ini berkaitan dengan hukum yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat di Indonesia. Salah satu karakteristik hukum adat di atas yaitu bentuknya tidak tertulis dan hidup dan berkembang di masyarakat adat.

Dengan masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam delik Pasal 2 Ayat 1 RKUHP, akan memunculkan konsekuensi hukum tersendiri karena akan bertentangan dengan asas legalitas apabila dihadapkan dengan Pasal 1 Ayat 1 RKUHP karena dalam Pasal 2 Ayat 1 ada frasa yang menyatakan bahwa seseorang dapat dipidana walaupun tindak pidana yang dilakukan tidak diatur dalam undang-undang apabila melanggar hukum yang hidup dalam masyarakat. Hal tersebut sangat berbalik dengan Pasal 1 Ayat 1 yang berbunyi "Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan", yang artinya setiap tindak pidana harus didasarkan pada kekuatan undang-undang yang ada.

Pertentangan Asas Legalitas dalam Pasal 2 RKUHP

Sumber hukum utama dalam menentukan suatu perbuatan merupakan tindak pidana mengacu kepada asas legalitas yang terkandung dalam Pasal 1 RKUHP. Ketentuan ini dipertegas dalam Pasal 12 Ayat (1) RKUHP yang pada intinya menyatakan suatu perbuatan bisa dikatakan perbuatan pidana apabila perbuatan tersebut dilarang oleh undang-undang dan memiliki sanksi. Perbuatan yang diancam dan/atau tindakan oleh peraturan perundang-undangan tersebut harus bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Oleh karena itu, keberadaan Pasal 2 RKUHP menjadi inkonsisten dan saling bertentangan dengan ketentuan Pasal 1 dan Pasal 12 RKUHP (Nella Sumika Puteri 2021).

Peraturan pokok hukum pidana ke depan yang telah dikembangkan, kedalam rancangan kitab undang-undang hukum pidana (RKUHP) versi 2019, dengan adanya pembaruan hukum pidana Indonesia mengakibatkan lahirnya norma-norma baru dan juga melahirkan tindak pidana baru (kriminalisasi). Dalam RKUHP ini menyebabkan permasalahan-permasalahan baru yang salah satunya adalah pertentangan mengenai ketentuan Pasal 2 RKUHP yang telah mengakomodir hukum yang hidup dalam masyarakat (The Living Law) ke dalam unsur pasal. Hal tersebut sebagaimana tertuang dalam Pasal 2 RKUHP yang berbunyi:

- [1] Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 Ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang ini.
- [2] Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) berlaku di tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam undang-undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, UUD 1945, hak asasi manusia dan asas-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.

Apabila melihat unsur pasal di atas, dapat ditafsirkan selain hukum tertulis yang dapat dijadikan dasar penjatuhan pidana, diakui juga sumber hukum lain dalam sistem pidana Indonesia yaitu mengakomodasi hukum yang hidup dalam masyarakat.

Tim perumus RKUHP menjelaskan bahwa hukum yang hidup dalam masyarakat adalah hukum pidana adat. Hal tersebut menimbulkan masalah baru karena mayoritas hukum adat di Indonesia tidak tertulis. Apabila hukum yang hidup dalam masyarakat dijadikan sebagai unsur dalam pasal akan bertentangan dengan prinsip *lex scripta*. Hal itu membuat hukum menjadi lebih berbahaya, karena hukum adat tidak secara spesifik membedakan antara pidana dan perdata. Artinya prinsip *lex certa* dan *lex stricta* yang yang termaknai dalam asas legalitas yang memiliki makna hukum pidana harus jelas dan tegas akan tereliminasi.

Ketentuan Pasal 2 Ayat (1) RKUHP di atas merupakan asas legalitas materiil, karena ketentuan tersebut memberikan tempat pada hukum yang hidup dalam masyarakat (The Living Law) sebagai bagian dari pada dasar penuntutan pidana. Dengan adanya ketentuan Pasal 2 RKUHP tersebut, maka

seseorang patut dipidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat meskipun perbuatan tersebut tidak diatur secara spesifik dalam RKUHP (Kurniasari 2022).

Dalam penjelasan pasal 2 RKUHP, dijelaskan bahwa dalam ketentuan pasal 2 berkaitan dengan *The Living Law*, biasa disebut dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (hukum pidana adat) yang nantinya diberlakukan dan dikompilasi dalam bentuk peraturan presiden kemudian ketentuan berkaitan dengan tindak pidana adat sendiri akan dimuat di dalam peraturan daerah baik tingkat provinsi maupun tingkat kabupaten/kota. Hal tersebut disampaikan juga oleh Yasonna mengatakan, hukum adat yang relevan dan tidak bertentangan dengan Pancasila, UUD 1945, HAM dan norma umum lainnya akan diatur dalam Peraturan Daerah (Perda). Selanjutnya, hukum adat tersebut dikodifikasi.

Dari penjelasan pokok RKUHP terlihat pemikiran untuk membentuk RKUHP adalah mencurahkan hukum pidana pada hukum yang hidup ada di masyarakat ke dalam hukum formil yang bertitik pangkal dari kesepadanan monodualistik, yaitu asas keseimbangan antara kepentingan/perindungan perseorangan dengan kepentingan/ perlindungan warga negara, dan keseimbangan antara kepastian hukum dengan keadilan.

Oleh karena itu, dapat disimpulkan bahwa dengan merumuskan RKUHP sesuai ketentuan asas legalitas formil (Pasal 1 Ayat (1) mementingkan asas legalitas materiil dan kepastian hukum yang di dalamnya (pasal 2 ayat 1) terdapat keadilan. Asas legalitas formil lebih mengutamakan kepastian hukum dan asas legalitas materiil lebih mengutamakan keadilan.

Sementara itu, terpaut pada hukum yang hidup dalam masyarakat, Pasal 2 Ayat (2) RKUHP tidak meneruskan pengertian penjelasan mengenai maksud dari hukum tersebut. RKUHP juga tidak memberikan keterangan dari cakupan keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat. Pasal 2 ayat (2) RKUHP menetapkan batasan hukum yang hidup dalam masyarakat sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan prinsip-prinsip yang diakui oleh masyarakat. Akan tetapi, batasan ini tidak meninggalkan kepastian hukum sebab sifatnya masih multi-interpretasi.

Dari uraian Pasal 2 Ayat (1) RKUHP hanya menyebut tindak pidana adat sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat harus dikompilasikan dalam peraturan daerah masing-masing agar bisa berlaku. Ketentuan ini akan memicu ketidakpastian pada hukum yang justru berbenturan dengan asas legalitas itu sendiri, sebab dalam proses penegakan hukumnya akan bertabrakan dengan lembaga penegakan hukum adat yang ada di daerah-daerah.

Selain menjadi asas utama dalam hukum pidana, asas legalitas merupakan wujud dari perlindungan hak asasi manusia yang diakui oleh konstitusi. Asas legalitas memiliki fungsi untuk membatasi kesewenang-wenangan pemerintah. Asas legalitas merupakan asas fundamental dalam hukum pidana Indonesia. Hal tersebut tercantum dalam Pasal 1 Ayat 1 RKUHP yang menyatakan bahwa "Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan". Arti dari pasal tersebut adalah setiap tindak pidana harus didasarkan pada kekuatan undang-undang yang ada. Apabila melihat Pasal 2 Ayat 1 yang menuangkan hukum yang ada di masyarakat ke dalam deliknya akan menimbulkan konsekuensi hukum tersendiri berikut penulis menguraikan dampak dengan dilegitimasinya hukum adat kedalam RKUHP.

Dimuatnya ketentuan Pasal 2 Ayat (1) RKUHP menunjukkan telah terjadinya "pengembangan asas legalitas" sebagaimana diatur di dalam Pasal 1 Ayat (1) RKUHP. Pengembangan asas legalitas tersebut menjelaskan adanya pertentangan pada ketentuan Pasal 1 Ayat (1) RKUHP karena mematuhi adanya peraturan sebelum terjadi tindakan yang dapat melampaui hukum. Maka dari itu, ketentuan ini memegang teguh adanya "kepastian hukum", sedangkan ketentuan Pasal 2 RKUHP mengesampingkan kepastian hukum dengan memprioritaskan "keadilan" untuk memenuhi rasa keadilan pada masyarakat tertentu.

Dengan mencermati Pasal 1 dan Pasal 2 RKUHP, Eddy O.S. Hiariej dalam analisisnya menyatakan bahwa pembatasan pada asas legalitas sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 dan Pasal 2 RKUHP, membuktikan bahwa secara implisit hukum pidana di Indonesia telah memenungkan petunjuk sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang positif. Meskipun perbuatan tersebut tidak menangkup

rumusan delik yang ada pada undang-undang tertulis, hakim dapat menjatuhkan pidana apabila tindakan yang diperbuat adalah tercela, berdampak pada keadilan dan norma-norma sosial lainnya yang ada di dalam kehidupan masyarakat (Hieriej 2009). Asas legalitas memberikan makna, bahwa suatu tindak pidana harus terdapat peraturan perundang-undangan yang mengaturnya; pemidanaan pada hukum yang hidup, kebiasaan, atau hukum adat/hukum tidak tertulis tidak diperbolehkan atau dibatasi.

Berdasarkan makna tersebut, dalam menentukan suatu tindak pidana harus ditetapkan terlebih dahulu pada peraturan perundang-undangan. Secara abstrak, rumusan asas legalitas formil Pasal 1 Ayat (1) dan asas legalitas materil Pasal 2 Ayat (1) dalam RKUHP mengenai dasar menentukan tindak pidana telah bertentangan karena akan mengeliminasi asas legalitas yang memiliki makna sangat penting dalam penjatuhan pidana atau asas fundamental dalam hukum pidana Indonesia.

Selain bertentangan dengan konstitusi, implementasi hukum yang hidup sebagai patokan penuntutan ini mengundang persoalan mengenai kepastian hukum serta kesewenang-wenangan yang akan timbul pada proses penegakan hukum. UUD 1945 secara nyata menyatakan bahwa terdapat perlindungan hak warga negaranya dari hukum yang berlaku surut (asas non- retroaktif). Walaupun ada kemungkinan pengecualian, dalam hal pelanggaran HAM berat berdasarkan Pasal 4 UU HAM dan Pasal 43 UU Pengadilan HAM, keberadaan ketentuan ini tetap membuahkan pro dan kontra.

Dari uraian tentang pertentangan asas legalitas pada RKUHP di atas, penulis berpendapat bahwa penggunaan asas legalitas materil dalam RKUHP adalah keliru. Dengan diberlakukannya hukum yang hidup di dalam masyarakat pada Pasal 2 RKUHP, berimplikasi pada asas legalitas yang menjadi asas utama dalam hukum pidana Indonesia. Tereliminasi oleh adanya asas legalitas materil ini sebab memasukkan Pasal 2 RKUHP dapat menimbulkan kesewenang-wenangan negara dalam penjatuhan pidana yang akan menimbulkan ketidakpastian hukum dan menimbulkan kekeliruan para penegak hukum (polisi, jaksa, dan hakim) dalam menjalankan proses peradilan. Asas legalitas yang harusnya memberikan perlindungan hukum kepada warga negara malah menjadi bencana bagi masyarakatnya.

Ketentuan Pasal 2 RKUHP juga akan bertentangan dengan ketentuan Pasal 1 Ayat (2) RKUHP yang menyatakan bahwa penetapan suatu tindak pidana digunakan analogi. Ketentuan larangan analogi ini pada awalnya merupakan penguatan asas legalitas hukum pidana modern yang di dalamnya diatur perbuatan yang dilarang harus jelas, spesifik, dan tertulis, serta tidak bisa asal mempidanakan perbuatan yang tidak ada aturannya. Oleh karena itu, apabila rumusan asas legalitas materil pada Pasal 2 Ayat (1) RKUHP tidak dihapus dan masih dipertahankan, maka akan terjadi suatu permasalahan bagi negara hukum modern dan demokrasi Indonesia.

Solusi dan upaya hukum untuk menyelesaikan permasalahan di atas, menurut penulis eksistensi Pasal 2 RKUHP yang mengakomodir hukum yang hidup di dalam masyarakat (The Living Law) ke dalam sistem hukum nasional cukup hanya diangkat sebagai dasar pembentukan hukum nasional baik oleh lembaga pembentuk hukum (legislatif-eksekutif) maupun oleh hakim dalam putusannya. Apabila menjadi tataran norma dalam pasal, akan dijadikan sebagai dasar penuntutan yang bertentangan dengan asas legalitas.

Untuk mencegah inkonsistensi dan pertentangan pada asas legalitas, keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat (The Living Law) sepatutnya tidak ditempatkan menjadi bagian dari asas-asas hukum RKUHP. Melainkan, keberadaan hukum tersebut harus tetap dipertahankan sebagai bagian dari proses pembentukan hukum, sehingga dapat menunjang keberagaman masyarakat di Indonesia. Pada Pasal 2 RKUHP juga seharusnya bukan dijadikan tataran norma karena pasal ini bisa menjadi dasar penuntutan apabila terdapat di tataran norma yang tentunya bertentangan dengan asas legalitas.

4. KESIMPULAN

Tujuan dari adanya RKUHP sejalan dengan semangat dekolonisasi dan partikularisasi dengan memasukkan unsur hukum yang hidup di dalam masyarakat sebagai ketentuan dasar penuntutan dalam norma, yang dalam pembaharuannya menimbulkan isu krusial karena tidak sesuai dengan asas

legalitas yang mengandung arti *lex certa*, *lex praevia*, *lex stricta*, *lex scripta*. Hal itulah yang menjadi pertimbangan atau ukuran utama dalam isu ini.

Di dalam Pasal 1 Ayat 1 mengandung makna asas legalitas formil yang memiliki arti tentang kepastian hukum sebab menghendaki adanya peraturan sebelum tindakan yang dianggap melanggar hukum itu terjadi, sedangkan di dalam Pasal 2 Ayat 1 memiliki makna tereksplisit sebagai asas legalitas materil yang mengakui keberadaan hukum yang hidup di tengah masyarakat sebagai dasar penjatuhannya pidana. Tujuan dimasukkannya unsur ini oleh pembentuk undang-undang sebagai dasar pemidanaan yang memberikan konsekuensi hukum, meskipun di dalamnya mengakibatkan suatu pertentangan dengan asas legalitas yang ada di dalam hukum pidana Indonesia sebagai asas yang fundamental.

Maksud dari RKUHP disini adalah melakukan perluasan dari makna asas legalitas itu sendiri dengan memenuhinya melalui *The Living Law* sebagaimana terdapat di dalam Pasal 2 Ayat 1 sebagai unsur dalam delik dan dasar penuntutan. Meskipun begitu, hukum yang hidup dalam masyarakat merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan dari hukum positif sistem hukum pidana Indonesia karena perkembangan hukum berpusat pada masyarakat itu sendiri yang menjadi sumber utama hukum. Oleh karena itu, dalam merumuskan RKUHP ini sesuai dengan ketentuan asas legalitas formil yang lebih mengutamakan kepastian hukum dan asas legalitas materil yang lebih mengutamakan keadilan.

REFERENSI

- Atmasasmita, romli. 2012. *Teori Hukum Integratif, Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan Dan Teori Hukum Progresif*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- — —. 2022. "Asas Legalitas Dalam Sistem Hukum Di Indonesia." *media indonesia*.
- Ehrlich, Eugen. 1936. *Fundamental Principles of the Sociology of Law / by Eugen Ehrlich ; Translated by Walter L. Moll ; with an Introduction by Roscoe Pound*. Cambridge: Harvard University Press.
- Elsam. 2005. *Asas Legalitas Dalam RKUHP 2005*. Jakarta: lembaga studi dan advokasi masyarakat.
- hieriej, Eddy O.S. 2009. *Asas Legalitas & Penemuan Hukum Dalam Hukum Pidana*. Salatiga: Erlangga.
- — —. 2015. *Prinsip Prinsip Hukum Pidana*. Revisi. Yogyakarta: cahaya atma pustaka.
- Kurniasari, Rika. 2022. "Konseptualisasi Dan Aktualisasi Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Pada Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Kaitannya Dengan Pembentukan Hukum Nasional." *UNPAS*: 2.
- mawawi, barda. 2022. "Pembaharuan Asas Legalitas Dalam Hukum Pidana." *UII*.
- Mulyadi, Lilik. 2013. "Eksistensi Hukum Pidana Adat Di Indonesia: Kajian Asas,Teori,Praktik Dan Prosedurnya." *jurnal hukum dan peradilan* 2(2).
- Nella Sumika Puteri. 2021. "Memikirkan Kembali Unsur ' Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat' Dalam Pasal 2 Rkuhp Ditinjau Perspektif Asas Legalitas." *Indonsia Criminal Law Reviw* 1(1): 60-72.
- Remmelink, Jan. 2013. *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.
- shidarta. 2016. "Asas Legalitas." *binus university business law*.
- singh, sahib. 2010. "Eugen Ehrlich's 'Living Law' and Its Legacy for Legal Pluralism." *SSRN*.
- Suartha, i Gede. 2015. "Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting Dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda Dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia." *yustisia* 4(1): 6.

