

## **Dilema Keadilan Hukum antara Hukum Tidak Tertulis yang Hidup (*Ongeschreven Recht*) dan Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Indonesia Ditinjau dari Aspek Filosofis**

**Yuber Lago**

**Universitas Pelita Harapan, yuber.logo@uph.edu**

**Yuni Priskila Ginting**

**Universitas Pelita Harapan, yuni.ginting@uph.edu**

**Fajar Sugianto**

**Universitas Pelita Harapan, fajar.sugianto@uph.edu**

### **Abstract**

*Article finds a middle way between the principle of legality and unwritten norms to fulfill the sense of justice as mandated by the Law on Judicial Power. Researchers use normative juridical methods through statutory approaches to examine the legal ratio of related laws. Next, the researcher applied qualitative analysis. The results of this study found that the KUHP accommodates living laws and unwritten legal norms in harmony with the principle of legality, therefore the Government must immediately stipulate them by considering everything. Article 1 paragraph (1) of the Criminal Code stipulates the principle of legality, that is, no act can be punished except under pre-existing criminal law provisions. However, Article 5 paragraph (1) of UU No.48/2009 stipulates that judges must explore, follow, and understand the living legal norms and values felt by society. The novelty of this legal research is to analyze norms and values that are unwritten and not promulgated like written law in upholding a sense of justice in society, and the UU No.48/2009 has obligated judges to pay attention to *ongeschreven recht* a person can be punished based on the law that lives in society, even though the law does not specify explicitly that the act is a criminal act.*

*Keywords: justice; legality principle; living law*

### **Abstrak**

Penelitian ini bertujuan untuk menemukan jalan tengah antara asas legalitas dan norma tidak tertulis dalam rangka pemenuhan rasa keadilan seperti yang diamanatkan oleh Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman. Peneliti menggunakan metode yuridis normatif melalui pendekatan perundang-undangan untuk mengkaji *ratio legis* Undang-Undang terkait. Selanjutnya, peneliti menerapkan analisis kualitatif. Hasil penelitian ini menemukan bahwa KUHP mengakomodir hukum yang hidup dan norma hukum yang tidak tertulis secara serasi dengan asas legalitas, oleh karena itu Pemerintah harus segera menetapkannya dengan mempertimbangkan segala sesuatunya. Pasal 1 ayat (1) KUHP menetapkan asas legalitas, yaitu tidak ada perbuatan yang dapat dipidana kecuali dengan ketentuan hukum pidana yang telah ada sebelumnya. Namun, Pasal 5 ayat (1) UU No.48/2009 mengatur bahwa hakim harus menggali, mengikuti, dan memahami norma dan nilai hukum yang hidup yang dirasakan masyarakat. Kebaruan penelitian hukum ini adalah dengan menganalisis norma dan nilai yang hidup tidak tertulis dan tidak diundangkan layaknya hukum tertulis dalam menegakkan rasa keadilan masyarakat, dan UU No.48/2009 telah mewajibkan hakim untuk memperhatikan *ongeschreven recht*, seseorang dapat dipidana berdasarkan hukum yang hidup di masyarakat, meskipun Undang-Undang tidak menentukan secara eksplisit bahwa perbuatan tersebut sebagai perbuatan pidana.

Kata kunci: asas legalitas; keadilan; *living law*

### **Pendahuluan**

Keadilan dan hukum adalah dua hal yang tidak dapat terpisahkan. Tujuan hukum sendiri adalah untuk menciptakan keadilan atau yang disebut oleh Gustav Radbruch dalam teori triadnya sebagai *gerechtigheid*. Lebih lanjut, ciri negara hukum (*rechtstaat; rule of law*) yang otentik menurut Artidjo Alkostar, yaitu rakyatnya memiliki keyakinan kolektif bahwa mereka akan diperlakukan secara adil oleh hukum (Alkostar 2011). Pemenuhan keadilan, dalam konteks hukum pidana, biasanya sulit mencapai klimaksnya karena adanya limitasi asas

legalitas (*legaliteit beginsel*) dalam ruang gerak hakim memutus secara berkeadilan. Hal ini berkaitan dengan postulat "*het recht hink achter de feiten aan*", yaitu bahwa hukum terkadang tertatih-tatih untuk mengikuti perkembangan yang ada di dalam masyarakat, ditambah lagi dengan percepatan perkembangan teknologi, komunikasi, transportasi, interaksi sosial yang menambah level dinamisitas perkembangan sosial serta keruwetan *modus operandi* tindak pidana (Hamzah 2015).

Untuk penghukuman perzinahan di Aceh terdapat padanannya dalam hukum pidana positif, yaitu Pasal 284 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Walaupun bagian inti delik (*delictsbestandellen*) sama, yaitu seorang perempuan yang sudah kawin melakukan *mukah*, sanksi pidananya (*strafsanctie*) berbeda secara radikal, yang satu di hukum mati menggunakan lembing, yang satunya lagi penjara selama-lamanya sembilan bulan. Lebih dari itu, dalam konteks pembuktian, tentu beban pembuktian (*bewijslast*) antara secara adat dan secara hukum positif berbeda jauh baik dari cara membuktikan (*bewijsvoering*) maupun kekuatan pembuktian (*bewijskracht*) yang ditimbulkan dari cara itu. Dalam konteks ini, jelaslah bahwa kondisi pengaturan hukum pidana positif belum mencakup seluruh realitas sosial bersifat relatif terhadap budaya dan nilai-nilai luhur setempat yang diadopsi menjadi *living laws*. Hal demikian dikenal juga dengan istilah *cultural relativism* atau *cultural subjectivity* (Lévy and Srebnick 2016: 9). Di daerah selain Aceh, belum pasti perzinahan dihukum mati, misalnya di Pekalongan, Jawa tengah, biasanya perzinahan dihukum dengan sanksi denda dan nikah paksa. Di Belanda (tahun 1971) dan Jepang, delik perzinahan (*mukah/overspel*) telah dihapus karena dianggap merupakan *victimless crime* (Hamzah 2015: 169).

Adakalanya konstelasi tindak pidana menjadi variatif dan berubah sesuai dengan perkembangan-perkembangan sosial, budaya, serta kondisi ekonomi masyarakat. Bahkan tindak pidana yang sederhana sekalipun, seperti misalnya pencurian memiliki macam dan ragam yang sangat luas, dan terkadang hukum pidana positif kewalahan dalam mengakomodasi, contoh yang paling sederhana adalah bagaimana pengaturan di Indonesia mengenai tindak pidana *joyriding*. Kejahatan ini tidak dapat dituntut dengan Pasal 362 KUHP, karena ada bagian inti delik yang tidak terpenuhi yaitu dengan maksud untuk dimiliki secara melawan hukum. Dalam kasus kekerasan seksual, di mana pelaku dan korban memiliki hubungan keluarga, misalnya ayah korban sendiri sebagai pelakunya, maka makin sulit untuk menjangkau korban apalagi memproses pelaku secara hukum. Hukum pidana positif terlihat *powerless* menghadapinya. Orang tua cenderung menjaga korban untuk tidak menjalani proses hukum, ibu korban juga sulit diharapkan untuk membantu korban karena takut kepada suami dan keluarga (Rukmini 2014). Akar permasalahan atau *root causes* adalah tidak adanya hukum yang secara jelas dan eksplisit mengatur sehingga menciptakan suatu *rechtsvacuum*, atau kondisi pengaturannya belum ada terhadap realitas sosial. Adanya suatu kondisi *non liquet* ini diharapkan dapat terpecahkan melalui Undang-Undang Tindak Pidana Kekerasan Seksual (UU TPKS) yang sudah melibatkan perumusan ekstensif, bahkan mendefinisikan arti yuridis perbudakan seks yang belum ditemukan selama ini.

Hukum yang tidak bisa memberikan rasa keadilan sejatinya tidak memenuhi salah satu tujuan pemidanaan, yaitu menciptakan efek jera yang membuat manusia rasional berpikir tentang untung ruginya suatu perbuatan. Dasar pertimbangan untung ruginya perbuatan ini adalah hasil pemikiran ajaran kriminologi klasik pada abad ke-18 dipelopori oleh Jeremy

Bentham, seorang filsuf Inggris, dan juga Cesare Beccaria, ahli kriminologi asal Italia kenamaan (Hamzah and Sumangelipu 1983: 16). Keadilan tentu dimaksudkan untuk menciptakan efek jera ini agar pelaku tidak mengulangi lagi tindakannya (*speciale preventive/ bijzondere preventie theorieen*) (Lamintang and Lamintang 2010: 15) dan khayalak umum dapat menyaksikan tegasnya pidana agar mereka terdemotivasi untuk melakukan hal serupa (*algemene preventie*) (Lamintang and Lamintang 2010). Menurut Ross, menciptakan efek jera adalah menciptakan suatu "guilt" dalam diri pelaku (*offender*). *Guilt* terbagi baik secara objektif-normatif (*guilt is objective in the sense that it expresses a given normative system's requirement that a violator be met with reproach and ill will*) (Ross 1975: 6), maupun secara internal-subjektif ("*few who do not accept the system he has violated, will have no feelings of guilt*"). Oleh karena itu, hukum pidana harus dapat memberikan keadilan yang berpihak pada korban, sedangkan selama ini yang dianut dan dibangun lebih banyak dari konsepsi positivistik mengenai hukum (Rukmini 2014: 11). Dalam hukum pidana, asas legalitas sangat dan teramat terutama. Disebutkan dalam Pasal 1 KUHP, "Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan." Ini adalah adopsi dari Pasal 1 ayat (1) *Wetboek van Strafrecht* di negeri Belanda yang secara tegas menyatakan, "*Geen feit is strafbaar dan uit kracht van eene daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling*" (Hiariej 2016: 81). Di banyak negara, asas legalitas telah dijamin di dalam Konstitusi, misalnya Pasal 7 dan Pasal 8 Konstitusi Perancis, Pasal 103 Konstitusi Jerman yang dikenal dengan *gesetzlichkeitsprinzip*, Pasal 14 Konstitusi Belgia, Pasal 9 dan Pasal 25 Konstitusi Spanyol, Pasal 25 Konstitusi Italia, dan banyak lagi. Tak terkecuali di Indonesia, asas legalitas secara implisit masing-masing menentukan bahwa Indonesia adalah negara hukum dan hak untuk tidak dituntut atas perbuatan di mana belum diundangkan suatu pelarangan ketika kejadiannya adalah HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun. Herbert L.Packer, mengatakan bahwa asas legalitas menekankan perlindungan hukum terhadap individu dalam sistem peradilan pidana (*criminal justice system*) (Packer 1968: 147). Lebih lanjut, Fletcher berpendapat bahwa setidaknya ada dua fungsi asas legalitas, yaitu melindungi individu dari kesewenang-wenangan negara, dan juga melindungi masyarakat dari kejahatan dengan menghukum pelaku kejahatan yang bersalah oleh negara (Fletcher 1998: 207). Asas legalitas ini sejalan dengan adagium hukum yang berbunyi *non obligat lex nisi promulgate*, yang artinya adalah suatu hukum tidak mengikat kecuali telah diberlakukan. Pemberlakuan hukum ini paling tidak harus dimaknai sebagai pengesahan, pengundangan, dan tanggal berlaku. Dalam kata yang sederhana, asas legalitas bersifat determinatif terhadap keberlakuan sebuah norma pidana. Hal tersebut juga ditegaskan dalam rangka perlindungan HAM di Indonesia, yang ditegaskan dalam Pasal 18 ayat (2) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (selanjutnya disebut UU No.39/1999), yaitu "setiap orang tidak boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi pidana, kecuali berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan yang sudah ada sebelum tindak pidana ini dilakukannya". Dalam dogmatik hukum pidana, ketentuan ini disebut juga *lex temporis delicti* (seseorang harus dihukum menurut hukum pidana yang berlaku saat

perbuatan pidana dilakukan, dan bukan hukum masa depan yang diberlakukan surut, sebagai hak asasi manusia yang *non-derogable*). (Hiariej 2016: 96–97).

Di sisi lain, walaupun asas legalitas adalah bentuk perlindungan HAM, Pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD NRI 1945) juga menegaskan dalam bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan independen untuk menegakkan hukum dan keadilan, bukan hanya hukum tetapi juga keadilan. Mochtar Kusumaatmadja mengemukakan bahwa “hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat yang sesuai dengan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat itu” (Kusumaatmadja 2002: 10). Satu contoh dari sekian banyak yang ada, misalnya seorang pencuri di Suku Adat Nias dapat diselesaikan dengan cara musyawarah melalui pelaporan ke kantor desa setempat (*Salawa*) lalu diadjudikasi oleh para *balugu* (penatua adat) yang akan menghimpun para warga untuk memutuskan dengan disaksikan oleh *Satua Mbanua* dan kepala desa. Lalu, pertanggungjawaban pidana dapat hanya berupa ganti rugi uang, beberapa karung beras, dan beberapa ekor babi. Berkaitan dengan contoh yang baru saja, ada permasalahan antara asas legalitas dan hukum yang hidup di masyarakat.

Terdapat 3 (tiga) penelitian sebelumnya seputar keadilan hukum yang membahas hukum tidak tertulis yang hidup dan asas legalitas dalam hukum pidana Indonesia. Pertama, dengan judul Politik Legislasi Hukum Tidak Tertulis dalam Pembangunan Nasional oleh Sharfina Sabila persamaan dengan penelitian ini adalah berfokus pada hukum tidak tertulis sedangkan perbedaannya adalah meninjau keberlakuan hukum tidak tertulis di beberapa daerah khususnya dalam hal penegakan hukum yang ada (Sharfina, 2019). Kedua, naskah berjudul Perluasan Asas Legalitas dalam RKHP oleh Lidya Suryani Widayati. Persamaan dengan penelitian ini adalah perlakuan diskriminasi terhadap pencari keadilan yang semakin kasat mata dengan berbagai pertimbangan latar belakang sosial dan politik serta kedudukan seseorang dalam strata sosialnya, sedangkan perbedaannya adalah spesifikasi penelitian yuridis normative yang menerapkan asas legalitas yang tidak dapat dipertahankan lagi (Lidya, 2019). Ketiga, naskah berjudul Kajian Yuridis Filosofis Pembaharuan Asas Legalitas dalam Pembaharuan Konsep KUHP oleh Erika Priscilia. Persamaan dengan penelitian ini adalah Konsep KUHP melakukan penambahan kualifikasi dari asas legalitas yang mana tadinya berupa asas legalitas formil, menjadi asas legalitas formil dan asas legalitas materiil, sedangkan perbedaannya adalah asas legalitas materiil memberikan ruang bagi hukum adat/hukum tidak tertulis untuk dapat menjadi sumber/dasar hukum yang diakui dalam sistem hukum pidana (Erika, 2019). Berdasarkan uraian tersebut penulis ingin melakukan penelitian lebih lanjut mengenai Bagaimana norma dan nilai dari hukum tidak tertulis yang hidup dalam hukum pidana di Indonesia ditinjau dari aspek filosofis?

### **Metode Penelitian**

Tulisan ini menggunakan jenis penelitian yuridis normatif, memanfaatkan metode studi pustaka berbagai bahan hukum. Bahan hukum yang digunakan adalah bahan hukum primer berupa UUD NRI 1945, dan sejumlah Undang-Undang terkait lainnya. Adapun bahan hukum sekunder, yakni publikasi yang memberikan pendapat-pendapat mengenai hukum terkait seperti publikasi-publikasi para ahli. Bahan hukum sekunder digunakan sebagai pisau analisa bahan hukum primer yang dianalisis secara filosofis, teoritis, doktrinal, dan konseptual.

## Hasil Penelitian dan Pembahasan

### Hukum Adat dan Kebudayaan Setempat Sebagai Cerminan *Living Law*

Dalam sejarah hukum di Indonesia, istilah hukum adat diperkenalkan Snouck Hurgronje pada tahun 1893 yang kemudian dipopulerkan oleh Van Vollenhoven. Menurut Van Vollenhoven, hukum adat adalah hukum yang tidak bersumber kepada peraturan-peraturan yang dibuat oleh pemerintah Hindia Belanda dahulu atau alat-alat kekuasaan lainnya yang terjadi sendirinya dan diadakan sendiri oleh kekuasaan Belanda, dan berlaku bagi orang-orang pribumi dan orang-orang Timur Asing. Di Indonesia masih banyak daerah yang masih menerapkan hukum adat sebagai pedoman bagi masyarakat adat dalam menjalankan aturan-aturan adat yang telah ada sejak dahulu. Hukum adat sudah ada sejak zaman Belanda yang lestari sebagai konsekuensi keberadaan masyarakat hukum adat itu sendiri. Dengan kata lain bahwa hukum adat adalah norma hukum tidak tertulis (*ongeschreven wettelijke normen; unwritten legal norms*) yang pemahamannya dapat dimengerti sebagai menghidupkan kembali *volksgeist* (jiwa masyarakat) yang sudah ada terlebih dahulu (bertumbuh) di tengah-tengah masyarakat adat. Pertumbuhannya bersifat komunal dan oleh karena itu telah berkonversi menjadi suatu fakta sosial/kenyataan sosial, sebagaimana istilah yang digunakan oleh Ter Haar.

Perlu diingat bahwa Cicero (pendalil postulat tersebut) hidup pada zaman 106 BC di bawah rezim pemerintahan diktatorial Julius Caesar, di mana banyak hukum Romawi yang sudah terkodifikasi namun tidak semua. Walaupun Cicero tidak secara spesifik merujuk kepada fenomena hukum adat sebagai dasar postulatnya *ubi societas ibi ius*, namun makna harafiah dari postulat tersebut merujuk bahwa karena ada masyarakat, maka akan ada hukum. Dengan kata lain, hukum adalah konsekuensi alamiah (natural) dari timbulnya masyarakat. *Ubi societas ibi ius* kemudian dimodernisasi oleh banyak ahli-ahli pikir ke dalam suatu mazhab yang dikenal dengan *etnological jurisprudence*. Setiap hukum yang tumbuh adalah penjelmaan dari struktur pikir (*geestestructuur*) dari lingkungan masyarakat itu sendiri, sehingga hukum dari tiap-tiap masyarakat yang berbeda memiliki corak dan karakteristiknya yang akan berbeda dari masyarakat yang satu ke yang lain. Ajaran ini agak miripnya dengan apa yang didalilkan oleh Von Savigny, yaitu bahwa hukum mengikuti *Volksgeist* dari masyarakat tempat hukum itu berlaku, karena *volksgeist* masing-masing masyarakat pun berlain-lainan (Utrecht 1966: 48, 158, 174-76). *Volksgeist* itu bermakna harafiah 'semangat rakyat' atau *the spirit of folk* (semangat masyarakat).

Teguh Prasetyo, dalam bukunya tentang pembaharuan hukum, berpendapat bahwa *volksgeist* itu adalah jiwa, yang dapat berupa administrasi keadilan sosial melalui usaha untuk memanusiaikan manusia (*ngewungke uwong*) (Prasetyo 2017: 98), dapat juga berupa kesepakatan pertama bangsa Indonesia, yaitu Pancasila sebagai *modus vivendi* (Prasetyo 2017: 99), dan juga dapat secara konkret tertuang dalam peraturan perundang-undangan sebagaimana tercontoh dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 1999 tentang Pers (selanjutnya disebut UU No.40/1999) (Prasetyo 2017: 100). *Volksgeist* yang lebih sering bersifat abstrak daripada konkret ini terefleksikan dari adanya keseimbangan yang harmonis dari kehidupan kosmis dan magis dari pergaulan hidup adat itu. *Customs* ini

biasanya dipengaruhi oleh nilai-nilai religius yang diyakini oleh masyarakat adat setempat, contohnya di Aceh, yang menghukum mati istri yang berzinah dengan lembing (Sahetapy 2007: 48), atau di Toraja, yang menghukum mati para inses (*bloedschenders*) dengan memasukkan penyumbang ke dalam keranjang rotan lalu diberati batu dan dilempar ke dalam laut.

Dalam hukum tata negara, tidak semua norma-norma konstitusional diderivasi dari wujud aturan tertulis seperti Undang-Undang Dasar atau *written constitution*. Adakalanya, kebiasaan ketatanegaraan dalam bentuk *custom* menjadi sumber hukum tata negara, misalnya penunjukan seorang perdana menteri oleh presiden pada masa berlakunya UUD NRI 1945 Pra-Orde Baru (Yusa 2016: 47-48). Hal tersebut terlaksana sebab pemimpin-pemimpin parpol atau dari koalisi partai-partai yang mempunyai suara terbanyak dalam komite nasional pusat (KNP). Kebiasaan-kebiasaan tata-negara seperti ini yang juga sering dikenal dengan istilah *convention* atau *custom* adalah suatu aturan-aturan yang didasarkan pada norma yang tidak tertulis namun telah menjadi sebuah asas kewajaran dalam menjalankan urusan tertentu. Hal-hal serupa misalnya juga dikenal di dalam hukum internasional melalui hukum kebiasaan internasional yang menurut Dixon adalah hukum yang berkembang dari praktik atau kebiasaan negara-negara (Sefriani 2017: 32). Pasal 38 Statuta Mahkamah Internasional, di dalam paragraf 1, menyatakan bahwa selain perjanjian internasional (traktat, konvensi, kovenan, dsb), kebiasaan internasional juga merupakan sumber hukum internasional.

Di dalam ranah hukum pidana, posisi *customs* sebagai sumber hukum juga diakui, misalnya, Pasal 5 ayat 3 Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan, dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil (selanjutnya disebut UU No.1/1951). Melalui pasal ini, ditetapkan bahwa "suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggap diancam dengan hukuman yang tidak lebih dari tiga bulan penjara dan/atau denda lima ratus rupiah, yaitu sebagai hukuman pengganti bilamana hukuman adat yang dijatuhkan tidak diikuti oleh pihak terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan yang terhukum." Dalam hal pidana tiga bulan penjara dirasa tidak sepadan dengan pelanggaran hukum yang hidup (hukum adat, *pen.*) itu, hakim dapat menjatuhkan pidana pengganti seberat-beratnya 10 tahun penjara.

Dengan berlakunya KUHP 1873, maka hakim pidana adat tidak boleh dipakai lagi oleh hakim-hakim pemerintah, kecuali untuk daerah-daerah kerajaan, daerah swapraja dan daerah-daerah lainnya yang masih diperbolehkan untuk melaksanakan pengadilan adat (Sriyanto 1991). Secara singkat dapat dikatakan bahwa keadaan tersebut berlangsung sampai tahun 1915, hingga pada akhirnya pemerintah Hindia Belanda berhasil membuat KUHP yang diperuntukkan bagi semua golongan penduduk di Indonesia. Hanya dua peradilan adat yang keberadaannya telah mendapat pengakuan dalam sistem otonomi daerah, yaitu dalam Qanun Aceh No.10 Tahun 2008 tentang Lembaga Adat dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 21 Tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua (selanjutnya disebut UU No.21/2001). Dalam UU No.21/2001 diatur adanya dua sistem peradilan di Papua, yaitu peradilan adat dan peradilan negeri. Pengadilan adat ini memeriksa dan mengadili sengketa perkara perdata adat dan perkara pidana berdasarkan hukum adat. Ada pembatasan ketat yaitu Pengadilan Adat tidak berwenang memeriksa dan mengadili perkara pidana ataupun

perdata di mana pihak pelaku atau pihak yang bersengketa bukan warga masyarakat hukum adatnya.

### **Keadilan Di antara Asas Legalitas dan *Living Law***

Hakim secara filosofis dan yuridis harus memutuskan perkara pidana secara adil. Setidaknya, secara filosofis hakim harus benar-benar adil karena hukum pidana erat hubungannya dengan pembatasan hak dan pencabutan hak, bahkan pada ekstrem terjauh hak untuk hidup (*right to live*) yang dikenal sebagai *non-derogable right* atau hak yang tidak dapat dihilangkan dalam keadaan apapun dalam konteks pidana mati. Setidaknya menurut penelitian penulis, ada delapan delik di KUHP yang mengancam pidana mati, dan juga terdapat dalam KUHP (*bijzonder strafrecht*). Secara filosofis dogmatik (*rechtsfilosofie*), keadilan hukum sering menjadi kritik penting terhadap mazhab positivisme. Moral positif (*positive morality*) dalam artian ini sepadan dengan *living law* atau hukum tidak tertulis yang tumbuh di tengah-tengah masyarakat. Pemikiran positivisme ini menuai banyak kritik karena *written legislation heavy* atau condong ke peraturan hukum yang tertulis. Hal ini sebenarnya baik dalam konteks penegakan hukum pidana, di mana hukum menjadi jelas (*lex certa*) atau secara teoretik dikenal dengan istilah *bestimmtheitsgebot*. Rumusan bahwa hukum pidana harus pasti dan jelas penting karena adanya asas *presumptio iures de jure* atau fiksi hukum, yaitu asas bahwa semua orang dianggap tahu hukum dan juga asas *ignorantio iuris*, yang menyatakan bahwa tak seorang pun boleh mengingkari berlakunya Undang-Undang yang dibebankan kepada dirinya di muka sidang pengadilan dengan dalih bahwa ia tidak pernah tahu akan eksistensi Undang-Undang tersebut. Seseorang dapat dibebankan kewajiban untuk mengetahui suatu hukum dengan sadar hanya jika hukum itu dapat dipahami dengan level pemahaman orang awam dan tertulis secara jelas. Hukum pidana harus dinormakan secara tertulis dikenal juga dengan istilah *lex scripta*. Dengan adanya *lex certa* dan *lex scripta*, maka adagium *ignorantia leges excusat neminem* yang berarti ketidaktahuan akan hukum bukan merupakan alasan pemaaf. Adagium ini merupakan rangkaian dari adagium sebelumnya yaitu *nemo ius ignorare consetur* atau *iedereen wordt geacht de wet te kennen*, yang artinya setiap orang dianggap tahu akan Undang-Undang (hukum) (Hiariej 2016: 170).

Budaya hukum merupakan suatu konkretisasi nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat setempat, oleh karenanya budaya hukum berhubungan erat dengan pola pikir dan suasana batin masyarakatnya. Dalam praktik hukum pidana di beberapa negara, dapat terlihat lebih ditonjolkannya paham mazhab *sociological jurisprudence* daripada *positivism* hukum, misalnya di Republik Rakyat China (RRC) yang tidak mencamtumkan asas legalitas (*nullum crimen sine lege stricta*) (Hamzah 2018: 37). Bahkan di RRC, telah diterapkan prinsip subsosialitas, yaitu perbuatan yang berdasarkan hukum pidana positif harus dipidana, tetapi jika keadaan menunjukkan secara jelas bahwa hal itu secara ekonomis maupun sosial oleh masyarakat dinilai kecil dan kerusakan tidak besar, maka hakim dapat tidak menjatuhkan pidana dan perbuatan tersebut dianggap bukan kejahatan. Hal serupa juga diterapkan di negeri Belanda, melalui Pasal 9a *Wetboek van Strafrecht*, di mana hakim dapat tidak menjatuhkan pidana, jika delik itu kecil artinya, keadaan pada waktu melakukan delik, begitu juga sesudahnya (Hamzah 2018: 16).

Secara yuridis, keadilan hukum bagi *justitiabelen* dijamin di dalam UUD NRI 1945 dan juga di level Undang-Undang. Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945 menetapkan bahwa: “kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan”. Secara seksama, bila diperhatikan frasa hukum dan keadilan dipisah yang berarti bahwa penegakan hukum belum pasti merupakan penegakan keadilan, kata “dan” mengindikasikan bahwa dua-duanya mesti ditegakkan. Di level Undang-Undang, keadilan adalah bagian integral dari penegakan hukum. Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (selanjutnya disebut UU No.48/2009) melanjutkan mandat konstitusi dengan mewajibkan hakim dan hakim konstitusi untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dalam proses pemahaman dibutuhkan penggalan yang adalah proses meneliti dan mempelajari *living law* itu sendiri. Terlepas dari itu, tiga perintah ini adalah perintah obligatif yang mengikat keputusan hakim.

Secara teoretik, dikenal aliran *Freie Rechtslehre* atau *Freie Rechtsbewegung* yang merupakan pembaharuan dari aliran legisme yang ditengarai memiliki kekurangan yaitu bahwa permasalahan-permasalahan hukum yang timbul kemudian tidak dapat dipecahkan oleh Undang-Undang yang telah dibentuk. Penulis berpandangan bahwa walaupun tujuannya mulia, yakni menciptakan cita hukum bernama keadilan dalam praktik di Indonesia yang secara formal menganut sistem hukum Eropa Kontinental. Dalam praktik *civil law legal system*, hukum tertulis yang dikodifikasi adalah patokan hakim dalam memutus, sehingga dalam konteks Indonesia, *vrije gebondenheid* menjadi lebih tepat, yaitu keterikatan hakim yang bebas yaitu bahwa hakim harus mengadili berdasarkan Undang-Undang. Namun demikian, hakim memiliki ruang kebebasan dalam memutuskan perkara dan mengimplementasikan hukum, bahkan dalam hal terdapat kekosongan hukum, hakim harus menemukan hukum (*rechtsvinding*), menciptakan hukum (*rechtsscheping*) dan menemukan hukum (*rechtsvinding*).

Setelah mendefinisikan *living law* dan posisinya, pada sub-bagian ini penulis akan mengurai batasannya yang juga adalah asas legalitas. Sebelum asas legalitas dikenal, pada zaman Romawi, terdapat kesan tatanan hukum yang individualistis, dan dalam bidang politik, kebebasan warga negara semakin dibelenggu (Gilisen and Gorle 2005: 177), misalnya pada zaman itu dikenal adanya *crimine extra ordinaria* yang mencakup kejahatan-kejahatan yang tidak ditentukan melalui Undang-Undang. Di antara *crimine extra ordinaria* ini adalah *crimen stellionatus* yang secara *letterlijk* berarti perbuatan jahat atau durhانا (Hiariej 2016). Seiring berjalannya waktu dan memuncaknya reaksi terhadap kekuasaan mutlak (absolutisme) dari raja, maka disitulah timbul pikiran tentang pentingnya suatu *wet* (Moeljatno 2021: 26). Dari *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, asas ini dimasukkan ke dalam Pasal 4 Code Penal Perancis, di bawah pemerintahan Napoleon pada tahun 1801. Dari sana asas itu kemudian dikenal oleh Belanda di mana sebagai negeri jajahan Napoleon, asas legalitas ini lalu mendapat tempat dalam Pasal 1 *Wetboek van Strafrecht Nederlands* 1881, dan kemudian melalui asas konkordansi (*concordantie-beginsel*) diadopsi ke dalam Pasal 1 *W.v.S Nederlands Indie* pada tahun 1918 yang merupakan cikal-bakal KUHP masa kini.

Oleh karena itu, dalam KUHP sekarang, maka dalam Pasal 1 ayat (1) *expressis verbis* dinyatakan tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam aturan perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan (*een daaraan*



*voorafgegane wettelijke strafbepaling*). Perumusan asas legalitas di dalam bahasa Latin sering menimbulkan kesalahpahaman bahwa rumusan ini berasal dari hukum Romawi kuno (Remmelink 2003: 274).

Baik ajaran Montesquieu dan Rosseau belum secara gamblang merumuskan asas legalitas, namun dua ajaran itu telah mempersiapkan penerimaan umum terhadap asas legalitas. Ajaran-ajaran tersebut pada esensinya yang utama bermaksud melindungi individu terhadap tindakan hakim yang sewenang-wenang dan semena-mena melalui perlindungan kemerdekaan pribadi terhadap suatu tindakan yang sewenang-wenang. Menurut catatan penulis, terdapat kesamaan pemikiran kolektif dari para yuris ternama yaitu bahwa asas legalitas yang berawal dari kondisi kesewenang-wenangan oleh penguasa pemerintahan ataupun peradilan menghendaki agar hukum menjadi jelas (*lex certa*) dan tertulis (*lex scripta*) untuk membatasi kekuasaan dan melindungi kepentingan individu dari kesewenang-wenangan penguasa.

Asas legalitas bukanlah asas yang tidak pernah dilanggar sama sekali, beberapa kali dikesampingkan. Adapun yang dijadikan alasan adalah bahwa asas legalitas lebih menitikberatkan perlindungan pada kepentingan individu, sementara kepentingan masyarakat harus lebih diutamakan (Hiariej 2016: 68). Asas legalitas dapat memuat syarat larangan retroaktif, ketentuan pidana harus dirumuskan dalam wujud peraturan tertulis, dirumuskan secara jelas dan harus ditafsirkan secara ketat, termasuk ke dalamnya larangan penafsiran analogi (Boot 2001: 86). Dalam tradisi sistem *civil law*, ada empat aspek asas legalitas yang diterapkan secara ketat, yaitu peraturan perundang-undangan, retroaktivitas, dirumuskan secara jelas, dan analogi. Oleh karena itu, walaupun asas legalitas dikenal sebagai salah satu *grand principle* dalam hukum pidana, diperlukan hukum pidana progresif yang realistik, humanis, dan sehat (Ancel 1965: 4-5).

Asas legalitas dalam KUHP mengalami perluasan 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. Perubahan yang ada pada KUHP merupakan perubahan secara materil atau secara substantif pada formulasi rumusan delik Pasal 1 Ayat (1) KUHP lama. Perluasan makna asas legalitas mengimplementasikan kepentingan masyarakat yang berkeadilan dan kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan salah satu patokan formil sementara itu keadilan digambarkan sebagai materiilnya. Asas legalitas mengeksistensikan hukum adat dalam delik Pasal 2 Ayat 1 KUHP lama, akan menimbulkan konsekuensi tersendiri apabila dihadapkan pada asas legalitas yang berada di dalam pasal 1 KUHP baru yang merupakan asas yang memiliki kedudukan yang sangat penting karena menjadi fundamental dalam menentukan perbuatan-perbuatan yang dapat dipidanakan. Di lain sisi terdapat sifat melawan hukum materiil yang menurut Moeljatno, suatu perbuatan dapat dikatakan melawan hukum secara materiil apabila perbuatan itu di samping telah memenuhi semua perumusan delik (*delictomschrijving*) yang tertulis dalam suatu pasal, juga harus bertentangan dengan hukum yang tidak tertulis, termasuk di dalamnya adalah norma-norma atau kenyataan-kenyataan yang berlaku dalam masyarakat. Norma-norma dan kenyataan-kenyataan yang berlaku dalam masyarakat ini

tidak lain adalah *living law* yang biasanya berbentuk tidak tertulis (*ongeschreven recht; ongecodificeerd normen*). Menurut Van Bemmelen dan Van Hattum, pembentuk Undang-Undang Pidana (saat itu) tidak berpikir mengenai sifat melawan hukum hingga sejauh artian materiil, sehingga pada tahun 1875, hukum tidak tertulis hampir tidak dibolehkan di Belanda (“*In 1875 werd ongeschreven recht in Nederland nauwelijks geduld*”) (Hiariej 2016: 242).

Kasus yang dapat menjadi contoh sifat melawan hukum materiil adalah sebagaimana yang dikemukakan oleh Oemar Seno Adji, yaitu seorang wanita bersuami dituduh telah melakukan pernikahan dengan suami kedua, sedang diketahuinya bahwa perkawinan keduanya itu dilarang oleh Pasal 279 KUHP, tetapi setelah diperiksa ternyata si wanita itu sebelumnya telah meminta kepada suaminya untuk bercerai. Dengan suatu cara tertentu, perceraian itu dapat dibenarkan oleh hukum adat setempat. Lebih lanjut, pengadilan pada waktu itu dapat menerima keabsahan perceraian secara adat itu, sehingga dengan demikian wanita itu tidak dipidana (Sriyanto 1991: 276–77). Contoh kasus ini terjadi sebelum dikeluarkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya disebut UU No.1/1974), sehingga apabila hal serupa terjadi sekarang akan mendapatkan penyelesaian yang berbeda. Bagaimanapun, kasus ini adalah contoh yang dapat memberi gambaran mengenai kedudukan hukum pidana adat tidak tertulis dalam hukum pidana, dan dalam konteks *materieele wederrechtelijk*, kasus diatas tidak *wederrechtelijk* karena tidak melanggar rasa keadilan masyarakat luas.

Sifat melawan hukum materiil, secara teoretik, terbagi menjadi dua yaitu sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang negatif dan sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif. Pertama, *materieele wederrechtelijkheid* dalam fungsinya yang negatif artinya meskipun suatu perbuatan memenuhi unsur delik secara sempurna tetapi tidak bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat, maka perbuatan tersebut tidak dipidana. Contohnya, kasus penyalahgunaan *Delivery Order* (DO) gula berdasarkan Putusan Mahkamah Agung RI tertanggal 8 Januari 1966, No. 42K/Kr/1965 dalam perkara Machroes Effendi yang dituduh oleh Pengadilan Negeri Singkawang dan terbukti melakukan tindak pidana sebagai pegawai negeri memakai kekuasaan yang diperoleh dari jabatannya melakukan penggelapan berulang kali dan memenuhi unsur delik pada Pasal 372 jo Pasal 64 ayat (1) KUHP. Dalam kasus ini, Machroes sebagai Patih di Kantor Bupati Sambas mengeluarkan DO gula insentif padi yang menyimpang dari tujuan pada bulan Juni 1962. Gula insentif tersebut hanya boleh dikeluarkan dalam rangka pembelian padi untuk pemerintah, namun Machroes mengeluarkannya untuk pemborong P.K.P.N Singkawang, keperluan Hari Natal, para pegawai kabupaten untuk Front Nasional, KODIM, dan keperluan lain seperti ongkos pengangkutan, giling, buruh, dan sebagainya. Kelebihan harga penjualannya digunakan oleh terdakwa untuk penyelesaian pembangunan rumah milik pemerintah daerah. Pada tanggal 24 September 1964, Pengadilan Negeri Singkawang menghukum terdakwa dengan penjara 1 tahun 6 bulan, namun Pengadilan Tinggi (PT) Jakarta melepaskan terdakwa dari segala tuntutan hukum pada tanggal 27 Januari 1965. Putusan PT ini lalu diperkuat oleh Putusan MA. Pertimbangan PT adalah walaupun perbuatan terdakwa menyimpang dari tujuan yang ditentukan oleh yang berwajib akan tetapi dari sudut kemasyarakatan, perbuatan itu malah menguntungkan masyarakat daerah itu dan karenanya melayani kepentingan umum, juga tidak terbukti bahwa terdakwa mendapatkan keuntungan dari perbuatannya itu. Mahkamah Agung memperkuat putusan PT ini dengan memutuskan bahwa sesuatu tindakan pada

umumnya dapat hilang sifat melawan hukumnya berdasarkan asas-asas keadilan dan hukum yang tidak tertulis, misalnya dalam kasus ini adanya faktor kepentingan umum yang terlayani dan faktor tidak adanya keuntungan yang masuk ke saku terdakwa dan tidak adanya derita kerugian pada negara (Sapardjaja 2002: 138–39).

Kedua, sifat melawan hukum materiil dalam fungsinya yang positif adalah meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam hukum pidana positif, namun apabila perbuatan itu dipandang tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan dan norma-norma kehidupan sosial (*living law*) dalam masyarakat, maka perbuatan dapat dijatuhi pidana. Sebagai contoh, kasus korupsi di Bank Bumi Daya dengan terdakwa direktornya, Raden Sonson Natalegawa, yang berulang kali memberi prioritas kredit kepada PT. Jawa Building Indah (perusahaan *real estate*), padahal ia mengetahui bahwa ada larangan pemberian kredit untuk proyek *real estate* melalui Surat Edaran Bank Indonesia No. SE 6/22/UPK per 30 Juli 1973. Adanya penggunaan kekuasaan oleh terdakwa Natalegawa dalam memberikan *overdraft*, perpanjangan kredit, dan sebagainya yang dibalas dengan fasilitas berlebihan dan keuntungan lainnya kepada terdakwa. Mahkamah Agung dalam Putusan 15 Desember 1982, No. 275K/Pid/1982 memberikan arti sifat melawan hukum materiil yaitu apabila menurut kepatutan dalam masyarakat, khususnya dalam perkara-perkara tindak pidana korupsi, seorang pegawai negeri menerima fasilitas berlebihan serta keuntungan lainnya dari seorang lain dengan maksud agar pegawai negeri itu menggunakan kekuasaannya yang melekat pada jabatannya secara menyimpang, maka hal itu sudah merupakan perbuatan melawan hukum, karena menurut kepatutan, perbuatan itu merupakan perbuatan yang tercela dan menusuk perasaan hati masyarakat banyak (Sapardjaja 2002: 138–39).

Terlepas dari keadilan akomodatif dan responsif yang dapat diputuskan hakim melalui ajaran sifat melawan hukum materiil, penulis berpandangan bahwa pada saat yang sama ajaran ini juga memberikan terlalu banyak kewenangan kepada penegak hukum dalam menafsirkan *ongeschreven recht* itu yang tentunya membahayakan bagi penegakan hukum, khususnya hukum pidana yang harusnya adalah *lex certa* atau ketat dalam implementasi. Berkaitan dengan hal ini, Simons memberikan kritik tajam dan berpendapat bahwa sifat melawan hukum materiil tidak dapat diterima karena ajaran ini menempatkan kehendak pembentuk Undang-Undang yang tertuang dalam hukum positif di bawah keyakinan hukum hakim secara pribadi. Lebih lanjut, Simons berpendapat bahwa perwujudan norma kebudayaan sangat tergantung pada pandangan subjektif hakim yang dapat menggoyahkan dasar-dasar hukum positif (Saleh 1987). Senada dengan ini adalah Hazewinkel Suringa yang menyatakan bahwa dalam putusan hakim dapat terjadi ketidaksamaan hukum yang sangat besar, karena hakim yang satu akan menerima sesuatu sebagai jalan yang benar yang oleh hakim lain ditolak, lalu menyebabkan subjektifitas dan kesewenang-wenangan. Pandangan Suringa ini dikenal dengan istilah diskrepansi hukum.

*Lex iniustitia non est lex*, sering juga diistilahkan *a law unjust is not law at all* adalah adagium yang menyatakan bahwa hukum yang tidak adil adalah bukan hukum. Berbicara dalam konteks keadilan tidak bisa melepaskan diri dari rasa keadilan masyarakat yang tidak tertuang dalam hukum tertulis (Undang-Undang). Sifat melawan hukum adalah bukan hanya

formil yang mensyaratkan adanya pelanggaran Undang-Undang secara *an sich*, tetapi juga sifat melawan hukum materiil yang pelanggarannya secara *fait accompli* telah mengganggu keseimbangan magis yang sebelumnya ada di tengah-tengah masyarakat, misalnya, dalam kasus di atas, adanya keseimbangan magis-harmonis masyarakat yang diganggu dengan penyalahgunaan kewenangan jabatan yang walaupun tidak disanksi oleh hukum pidana positif, menciderai rasa-rasa keadilan masyarakat dan menyebabkan *public distrust*. Sebaliknya, pada kasus Machroes, walaupun secara formil yuridis telah dapat dikatakan memenuhi elemen tertulis delik, tetapi tindakannya tidak menciderai rasa keadilan. Oleh karena itu, keadilan sama pentingnya dengan hukum dan bahkan dalam kasus tertentu keadilan bisa mengesampingkan peraturan tertulis.

Adanya pandangan sifat melawan hukum materiil yang benar-benar menjadikan keadilan sebagai ibu kandung hukum, memiliki kekurangan yaitu potensi munculnya subjektifitas hakim. Mengenai masalah ini, mesti ditemukan suatu jalan tengah. Kewenangan hakim sesuai Pasal 5 UU No.48/2009 adalah menggali, mengikuti dan memahami *ongeschreven recht*. Sejalan dengan ini, Pasal 2 ayat (1) KUHP memberikan pembatasan kepada asas legalitas, yaitu bahwa asas legalitas tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan. Berkaitan dengan ini, Pasal 2 ayat (1) KUHP telah menyelesaikan kondisi ketiga pada bagian kata pengantar, yaitu mengantisipasi kekosongan hukum pada tindakan yang tidak ada pasal tertulisnya. Lebih lanjut, Pasal 2 ayat (2) KUHP memberi batasan terhadap hukum yang hidup, yaitu harus sesuai dengan nilai-nilai Pancasila, HAM, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa.

Pasal 2 KUHP ini adalah jalan tengah, namun paling tidak ada dua catatan penulis yang kiranya membutuhkan kajian lebih lanjut: pertama, ayat (1) hanya mengatur mengenai perluasan area pembedaan untuk juga mencakup kepada hukum-hukum pidana tidak tertulis. Lantas, bagaimana jika terjadi kondisi sebaliknya, bahwa suatu perbuatan sudah memenuhi unsur delik, tetapi tidak melanggar hukum yang hidup, atau hukum yang hidup mengatur hukuman yang lebih ringan atau berbeda dengan yang tertulis. Pasal inilah yang telah membuka keberlakuan “hukum yang hidup di masyarakat”. Seseorang dapat dipidana berdasarkan hukum yang hidup di masyarakat, meskipun Undang-Undang tidak menentukan secara eksplisit bahwa perbuatan tersebut sebagai perbuatan pidana. Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat)sepanjang sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, hak asasi manusia, dan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa”, ayat ini bermaksud menentukan batasan terhadap “hukum yang hidup di masyarakat” tersebut.

### **Kesimpulan**

Hukum pidana positif *by itself* tidak bisa menyelesaikan komplikasi hukum pidana yang ada dalam kenyataan sosial masyarakat kita, paling tidak dalam empat kondisi yang dikemukakan di awal. Oleh karena itu, wajib memperhatikan hukum adat yang tidak tertulis (*ongecodificeerd adatrecht*) yang merupakan akumulasi nilai adat-istiadat dari masyarakat setempat. Nilai-nilai ini mencerminkan *volksgeist* atau jiwa masyarakat yang dapat merealisasikan sistem peradilan pidana sebagai forum administrasi keadilan sosial. Hakim dalam memutuskan harus benar-benar adil dan tidak hanya terpaku pada Undang-Undang

secara tekstual formil, sebagaimana diwajibkan oleh Pasal 24 ayat (1) UUD NRI 1945, dan juga Pasal 5 ayat (1) UU No.48/2009. Keadilan harus bersifat substantif yang tidak kaku pada perundang-undangan tertulis namun juga tidak menyimpang secara subyektif. Dengan kata lain, harus ada keseimbangan antara asas legalitas (*legaliteit beginsel*) dan *living law* yang ditemukan dalam ajaran sifat melawan hukum formil dan materiil. Ajaran sifat melawan hukum formil yang lebih terpaku pada tekstual yuridis, dan sifat melawan hukum materiil yang lebih terpaku pada keadilan secara kontekstual substantif. Kedua ajaran sifat melawan hukum ini harus dicarikan jalan tengah untuk memudahkan hakim dalam memutus perkara pidana. Jalan tengah adalah Pasal 2 KUHP terlepas dari kekurangannya yang mengakomodasi hukum yang hidup, pada saat bersamaan memberlakukan asas legalitas secara ketat (*nullum crimen sine lege stricta*). Dengan KUHP ini menjadi hukum positif yang akan memberikan hakim kewenangan untuk menjalankan Pasal 5 UU No.48/2009 tanpa rasa was-was menabrak asas legalitas hukum pidana.

#### Daftar Pustaka

- Alkostar, Artidjo. 2011. "Keadilan Restoratif" <<https://nasional.kompas.com/read/2011/04/04/04534930/twitter.com?page=all>>
- Ancel, Marc. 1965. *Social Defence: A Modern Approach to Criminal Problems* (London: Routledge & Kegan Paul)
- Bentham, Jeremy. 1948. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (New York: Hafner Press)
- Boot, Machteld. 2001. *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes* (Antwerpen-Oxford-New York: Intersentia)
- Cassese, Antonio. 2003. *International Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press)
- David, Rene, and John E.C. Brierley. 1985. *Major Legal Systems in The World Today (Third Edition)* (London: Stevens & Sons)
- Fletcher, George P. 1998. *Basic Concepts of Criminal Law* (New York-Oxford: Oxford University Press)
- — —. 2000. *Rethinking Criminal Law* (New York: Oxford University Press)
- Gilisen, John, and Frist Gorle. 2005. *Sejarah Hukum: Suatu Pengantar* (Bandung: Refika Aditama)
- Hamzah, Andi. 2015. *Delik-Delik Tertentu (Speciale Delicten) Di Dalam KUHP*, 2nd edn (Jakarta: Sinar Grafika)
- — —. 2018. *Perbandingan Hukum Pidana Beberapa Negara (Edisi Ketiga)* (Jakarta: Sinar Grafika)
- Hamzah, Andi, and Andi Sumangelipu. 1983. *Pidana Mati Di Indonesia: Di Masa Lalu, Kini Dan Di Masa Depan* (Jakarta-Ujung Pandang: Ghalia Indonesia)
- Harkrisnowo, Harkristuti. 2000. "Jangan Kirim Aku Bunga," *Harian Umum Kompas*
- Hiariej, Eddy O.S. 2016. *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana (Edisi Revisi)* (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka)
- Huijbers, Theo. 1995. *Filsafat Hukum* (Yogyakarta: Kanisius)
- Jonkers, J.E. 1946. *Handboek Van Het Nederlandsch-Indische Strafrecht* (Leiden: E.J. Brill)

- Kelsen, Hans. 1944. *General Theory of Law and State* (New York: Russell & Russell)
- Kusumaatmadja, Mochtar. 2002. *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan: Kumpulan Karya Tulis* (Bandung: Alumni)
- Lamintang, P.A.F, and Theo Lamintang. 2010. *Hukum Penitensier Indonesia* (Jakarta: Sinar Grafika)
- Lévy, René, and Amy Gilman Srebnick. 2016. *Crime and Culture: A Historical Perspective* (New York: Routledge)
- Moeljatno. 2021. *Asas-Asas Hukum Pidana* (Jakarta: Rineka Cipta)
- Muhammad, Bushar. 2018. *Asas-Asas Hukum Adat: Suatu Pengantar* (Jakarta: Balai Pustaka)
- Packer, Herbert L. 1968. *The Limits of The Criminal Sanction* (Oxford: Oxford University Press)
- Pompe, W.P.J. 1959. *Handboek Van Het Nederlandse Strafrecht* (Zwolle: Vijfde Herziene Dunk, N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink)
- Prasetyo, Teguh. 2017. *Pembaharuan Hukum: Perspektif Teori Keadilan Bermartabat* (Salatiga: Setara Press)
- Rommelink, Jan. 2003. *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-Pasal Terpenting Dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda Dan Padanannya Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Indonesia* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama)
- Ross, Alf. 1975. *On Guilt, Responsibility and Punishment* (Berkeley, California: University of California Press)
- Rukmini, Mien. 2014. *Aspek Hukum Pidana Dan Kriminologi (Sebuah Bunga Rampai)* (Bandung: P.T Alumni)
- Sahetapy, J.E. 2007. *Pidana Mati Dalam Negara Pancasila* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti)
- Saleh, Roeslan. 1987. *Sifat Melawan Hukum Dari Perbuatan Pidana* (Jakarta: Aksara Baru)
- Salman, H.R. Otje. 2018. *Filsafat Hukum (Perkembangan & Dinamika Masalah)* (Bandung: Refika Aditama)
- Sapardjaja, Komariah Emong. 2002. *Ajaran Sifat Melawan Hukum Materiel Dalam Hukum Pidana Indonesia* (Bandung: P.T. Alumni)
- Schaffmeister, D, N. Keijzer, and E.P.H Sutorius. 1995. *Hukum Pidana* (Yogyakarta: Liberty)
- Sefriani. 2017. *Hukum Internasional: Suatu Pengantar (Edisi Kedua)* (Jakarta: Rajawali Press)
- Simons, D. 1937. *Leerboek Van Het Nederlandsche Strafrecht* (Groningen-Batavia: Eerste Deel, Zesde Druk, P. Noordhoof, N.V.)
- Soekanto, Soerjono. 1985. *Meninjau Hukum Adat Indonesia: Suatu Pengantar Untuk Mempelajari Hukum Adat* (Jakarta: Rajawali)
- Sriyanto, I. 1991. "Kedudukan Hukum Pidana Adat Dalam Hukum Pidana Nasional (Sumbangan Pemikiran Bagi Pembentukan KUHP Nasional)," *Jurnal Hukum & Pembangunan*, 21.3
- Suringa, Hazewinkel. 1953. *Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlandse Strafrecht* (Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V.)
- Utrecht, E. 1966. *Pengantar Dalam Hukum Indonesia* (Djakarta: Ichtiar)
- Utrecht, E. 1960. *Hukum Pidana I* (Bandung: Penerbitan Universitas)
- Yusa, I. Gede. 2016. *Hukum Tata Negara Pasca Perubahan UUD NRI 1945* (Malang: Setara Press)