

**TESIS**  
**PEMBERLAKUAN ASAS RETROAKTIF DALAM**  
**KETENTUAN HUKUM PIDANA**  
**DI INDONESIA**

1801.10.12.11  
Tesis  
1801.10.12.11  
1801.10.12.11



**PROGRAM PASCASARJANA**  
**UNIVERSITAS AIRLANGGA**  
**SURABAYA**  
**2006**



**PEMBERLAKUAN ASAS RETROAKTIF DALAM  
KETENTUAN HUKUM PIDANA  
DI INDONESIA**

**TESIS**

Untuk memperoleh gelar Magister  
dalam Program Studi Ilmu Hukum  
pada Program Pascasarjana  
Universitas Airlangga Surabaya

Oleh:

ABDUL JABAR  
NIM: 090315032 M

**PROGRAM PASCASARJANA  
UNIVERSITAS AIRLANGGA  
SURABAYA**

**2006**

Telah diuji

Pada Tanggal 26 - 06- 2006

---

**PANITIA PENGUJI TESIS**

Ketua : Dr. H. Didik Endro P.S.H.,MS

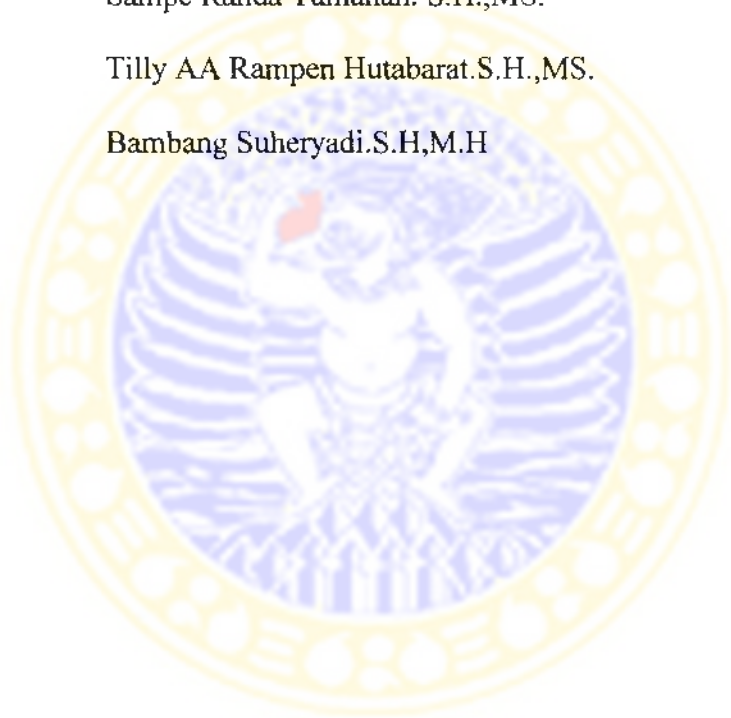
Anggota : Dr. Hj. Sarwirini. S.H., MS.

H..Harjono Mintaroem, S.H.,MS.

Sampe Randa Tumanan. S.H.,MS.

Tilly AA Rampen Hutabarat.S.H.,MS.

Bambang Suheryadi.S.H,M.H



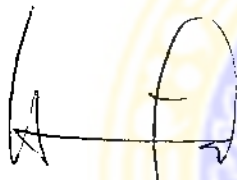
**Lembaran Pengesahan**

Tesis ini telah disetujui

Tanggal : 2006-06-26

Oleh:

**PEMBIMBING I**



(H. Harjono Mintaroem. S.H.,MS.)

**PEMBIMBING II**



(Dr. Hj. Sarwirini. S.H.,MS.)

Mengetahui:

**KETUA PROGRAM STUDI ILMU HUKUM PROGRAM PASCASARJANA**

**UNIVERSITAS AIRLANGGA SURABAYA**



Dr. Hj. Sarwirini. S.H.,MS.

NIP: 131 453 126

## KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan kehadirat Allah SWT, karena atas kekuatan dan petunjuk-Nya-lah, maka penulisan Tesis dengan judul: **PEMBERLAKUAN ASAS RETROAKTIF DALAM KETENTUAN HUKUM PIDANA DI INDONESIA** ini dapat diselesaikan. Penulisan Tesis ini merupakan salah satu syarat yang wajib penulis penuhi untuk memperoleh gelar Megister dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Pascasarjana Universitas Airlangga Surabaya.

Penulisan Tesis ini dilatar belakangi oleh dinamika dan perkembangan kajian masalah hukum kontemporer yang sangat dipengaruhi oleh dinamika wacana (*diskursus*) hukum global dengan segenap kompleksitas masalah sosial budaya, ekonomi dan politik hukum yang melingkupinya. Tidak dapat dipungkiri, bahwa hukum hadir sebagai instrument penjamin bagi tegaknya keadilan, kedamaian, keamanan, demokrasi, dan kesejahteraan masyarakat suatu bangsa. Karena alasan itu, maka ekspektasi masyarakat terhadap penegakan hukum adalah keniscayaan yang harus dipenuhi baik secara teoritik maupun praktis. Dan Tesis ini, di tulis untuk memenuhi ekspektasi masyarakat terhadap diskursus teoritik rasional dan ilmiah mengenai masalah hukum, utamanya berkaitan dengan diskursus pemberlakuan asas retroaktif.

Ucapan terima kasih dan rasa hormat penulis sampaikan kepada Bapak H. Harjono Mintaroem.S.H.,M.S, selaku Pembimbing I, dan Ibu Dr.Hj. Sarwirini,S.H.,M.S, selaku pembimbing II yang telah banyak memberi bimbingan dan arahan dengan sabar dan teliti, sehingga penulisan Tesis ini dapat diselesaikan.

Pada kesempatan ini pula penulis menyampaikan ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada:

- Pemerintah Republik Indonesia c.q. Menteri Pendidikan Nasional, melalui Dirjen Pendidikan Tinggi (Dikti) yang telah memberikan kesempatan kepada penulis untuk mengikuti studi pada Program Megister dengan bantuan finansial melalui Beasiswa Program Pascasarjana (BPPS), sehingga meringankan beban penulis selama studi di Program Pascasarjana Universitas Airlangga.
- Bapak Rektor dan Direktur Program Pascasarjana Universitas Airlangga, yang telah memberikan kesempatan belajar dan menimba ilmu,
- Dr. Hj Sarwirini. S.H.M.S, selaku Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum, yang telah banyak memberikan dorongan dan petunjuk serta arahan guna menyelesaikan studi,

- Bapak Rektor dan Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Jember, yang telah memberikan izin kepada penulis untuk melanjutkan studi di Program Pascasarjana Universitas Airlangga Surabaya,
- Bapak Dr. H.Didik Endro P. SH,MS, Dr. Sarwirini.SH, H.Harjono Mintaroem SH MS, dan Bapak Sampe Randa Tumanan SH MS, Tilly AA Rampen Hutabarat, S.H.,M.S dan Bapak Bambang Suheryadi.S.H.,M.H sebagai anggota Panitia Penguji Tesis ini,
- Para dosen pada Program Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Prof Dr. Siti Sundari Rangkuti SH, Prof Dr.Philipus M Hadjon.SH, Prof Dr. Rudhie Prasetya SH, Prof Dr.Isnaeni SH. Prof Dr.Sri Hadjati,SH, Prof. Dr. Peter Mahmud M, SH,LLM, MS, Dr.Sarwirini.SH, Ibu Dina Sinyowati SH.MH, Dr. Tatiek Sri Djatmiati,SH, Dr. Didik Endro P.SH.MH, Ibu Sri Handayani SH.MH, Bapak H.Harjono Mintaroem.SH.MS. Bapak Urip Santoso.SH.MH yang telah membagi ilmu dan memberi dorongan ketika mengikuti perkuliahan, serta semua staff Administrasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga yang telah banyak membantu Penulis dalam menyelesaikan pendidikan,
- Rekan-rekan Program Studi Magister Ilmu Hukum Angkatan 2003, Khususnya sdr Yorgemes Derek Hegemur (Biro hukum Pemda Prop PAPUA), sdr M Ridwan (dosen STAIN Ambon), yang selalu setia berdiskusi dan membagikan suka dan duka selama menempuh studi, juga rekan Liliek Istiqomah.(dosen Univ Jember), Niken Prasetya (dosen dan staff central HAKI ITS Surabaya), Iwan Rahmat S (dosen Univ Jember), Titik Tri Wulan Tutiek, (dosen IAIN Sunan Ampel Surabaya), dan Nurul Hudi (dosen Universitas Hang Tua Surabaya), atas dorongan dan kebersamaan selama menempuh studi,
- Secara khusus penulis ucapkan terima kasih kepada yang tercinta ayahanda H. Salbini Yacub dan Ibunda tercinta (alm) Hj. St. Hasnah yang telah terus memberi dorongan dan doa untuk meraih gelar Magister dalam bidang Ilmu Hukum, dan juga khusus buat Kakak St Mar'atin, Dr.Abd Qodim.M.Si dan St Nursakinah, S.Pd.I, yang setiap waktu selalu mendoakan dan membantu selama dalam proses pendidikan, dan;



- Kepada semua pihak yang sangat berjasa dalam mengarahkan dan memberikan pendidikan, penulis ucapkan terima kasih tak terhingga, semoga jasa-jasa beliau mendapat limpahan rahmat dari Allah Azza Wajallah, Amin'.

Penulis sadar bahwa Tesis ini secara substantif masih jauh dari keinginan ideal penulis dan para peminat masalah hukum lainnya, karena itu saran dan kritik sangat penulis harapkan. Semoga Tesis ini bermanfaat dan dapat memperkaya khasanah ilmu pengetahuan tentang hukum dengan segala faktor yang mempengaruhinya.

Surabaya, Juni 2006

Penulis,



## RINGKASAN

Perkembangan peradaban manusia yang ditandai dengan kemajuan ilmu dan teknologi, yang diiringi oleh perkembangan ragam bentuk kejahatan. Dalam konteks ini sejumlah pelanggaran hukum dan kejahatan publik dan kemanusiaan baik masa lalu, maupun yang akhir-akhir ini tidak semuanya diatur dalam KUHP Akibatnya, akselerasi perkembangan hukum lebih lambat jika dibandingkan dengan perkembangan ragam bentuk kejahatan. Hal ini wajar karena perkembangan hukum membutuhkan legalitas dari lembaga yang berwenang sedangkan kejahatan tidak membutuhkan legalitas tetapi illegalitas kreativitas para pelaku.

Pemberlakuan asas retroaktif dalam ketentuan hukum pidana di Indonesia berawal dari karakter asas legalitas yang di dalam prakteknya mengharuskan suatu hukuman itu diatur terlebih dahulu di dalam suatu ketentuan hukum yang tertulis. Namun disisi lain ragam dan bentuk kejahatan semakin berkembang dan tidak semuanya sudah diatur dalam ketentuan hukum yang tertulis. Secara historis tujuan digunakan asas legalitas adalah untuk membatasi keinginan manusia untuk melakukan kejahatan. Misi utama dalam asas legalitas adalah *kepastian hukum*, suka atau tidak suka dalam perkembangan sistem hukum, Indonesia menganut civil law sistem, kalau sistemnya civil law system maka hukumnya kodifikasi sehingga asasnya adalah legalitas. Namun dalam praktek sering terjadi benturan antara kepastian hukum dan keadilan, kalau hal ini yang terjadi maka keadilan harus didahulukan, adanya tuntutan keadilan inilah yang melahirkan asas retroaktif. Pada dasarnya asas legalitas bukan digunakan dalam kaitan dengan pembatasan ruang lingkup jangkauan hukum pidana dalam menjerat pelaku kejahatan, kemudian sumber hukum dalam menentukan suatu perbuatan sebagai tindak pidana tidak saja didasarkan pada hukum yang tertulis akan tetapi juga didasarkan pada hukum tidak.

Perkembangan bentuk kejahatan yang terjadi dan tidak dapat diselesaikan dengan undang-undang yang ada, menimbulkan niat pemerintah untuk memberlakukan asas retroaktif. Dasar pemikiran dalam pemberlakuan asas retroaktif adalah dalam rangka untuk melindungi warga negara dan memelihara perdamaian dunia. Pemberlakuan asas retroaktif merupakan suatu kebijakan yang diambil oleh Pemerintah untuk ikut memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan hak asasi manusia memberi perlindungan, kepastiaan, keadilan perasaan aman kepada orang perorangan ataupun masyarakat. Prinsip-prinsip yang ada dalam pemberlakuan asas retroaktif adalah (1) national security, (2) balance of justice, (3) safeguarding rules, (4) safe harbor rules, (5) sunnshine principle dan (6) sunset principle.

Pemberlakuan asas retroaktif pada dasarnya tidak mengganggu eksistensi asas legalitas, namun sebaliknya mendukung pelaksanaan asas legalitas. Akan tetapi pemberlakuan asas retroaktif haruslah dibatasi agar tidak terjadi bias. Bentuk-bentuk kejahatan yang dapat diberlakukan asas retroaktif hendaknya hanya diperuntukkan terhadap kejahatan-kejahatan yang bersifat kemanusiaan dan merupakan extra ordinary crime.



## SUMMARY

The advance of human civilization with all progress on science and technology was also followed by the advance of crime, in this context all law violation and public crime which happen in the past or happen earlier not all of them is stated in KUHP, which slow down the advance of law if compare with the advance of crime, this is natural because law advance of crime doesn't need legality but illegality of the suspect creativity.

The adoption of the principle of retroactive on criminal law in Indonesia start from the character of the principle of legality which in practical force a law to be written before it could apply, but in the other hand from of crime is advancing and not all of them was stated on the written law. Based on the history, the purpose for being used the principle legality for limiting the desire of human being for doing the crime. Principle legality is all about definite law, because in history Indonesia was adopt civil law system, and if the system is civil law system the law is codification so the basic is legality. But in practical conflict frequently happen between definite law and justice that brought principle retroactive, and the source of law in determining an action as a crime is not only based on written law but also unwritten law/living law.

The advance of crime that happen and could not be finished with the current law make the Government try to adopt the principle of retroactive. The basic of thinking in adopting the principle of retroactive in criminal law is in order to protect the citizens and world peace, the adoption of principle retroactive is a government policy for taking to preserve the world peace and to guarantee human right to give protection, assurance, justice, safeness to people or community. The principle on adopting the principle retroactive in criminal law is (1) national security 2) balance of justice, (3) safeguarding rules, (4) safe harbor rules, (5) sunshine principle dan (6) sunset principle

The adoption of principle retroactive basic in general not interfere with the existance of principle legality, but instead as complement for the principle legality, however the use of the principle of retroactive must limited to prevent bias. From of crime that should punished with the principle of retroactive should only limited to crime on mankind and extra ordinary crime.

## ABSTRACT

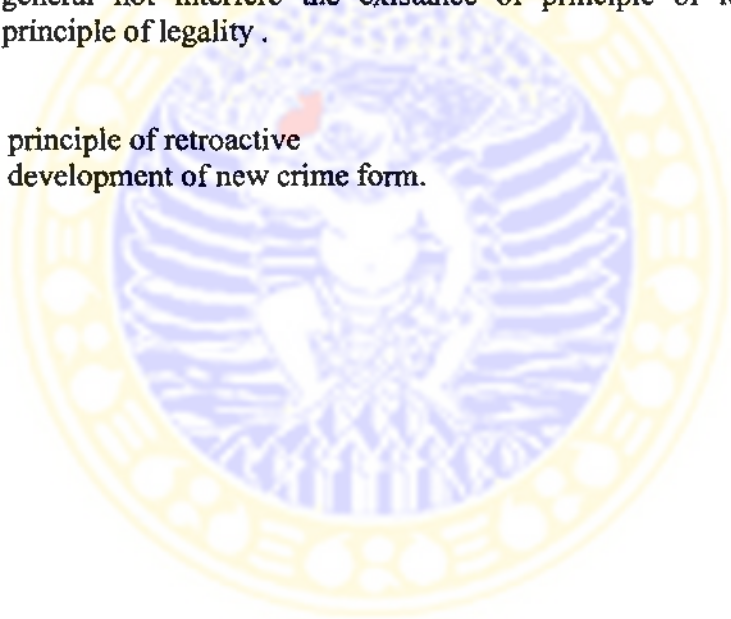
The principle of retroactive is born as demand of justice sense to legality, whereas principle of legality is all about definite law, which has a main characteristic as a law must in written form. Indonesia adopt legality basic, which is consequence of adopted law system, civil law system, but in progress there's some law that use retroactive basic, which draw agreement and disagreement on the existence of principle legality.

This study reveal what become the basic and what principle in criminal law that use principle of retroactive. The method that be used on this study is normative jurisdiction type research with statute approach and history approach, so that the law issues could be analyzed correctly.

The result show that principle of retroactive was used because development of new crime form, and that new form of crime could not be punished KUHP, because principle of legality is what KUHP use, if principle of legality was forced strictly it will be difficult to achieve justice, in the other hand its not fair that there's a crime which could not be punished because not stated in the law. To solve the problem, principle of retroactive could be adopt on criminal law to achieve justice, so that principle of retroactive in general not interfere the existence of principle of legality but as a complement of principle of legality .

Keyword:

- The principle of retroactive
- The development of new crime form.



# Daftar Isi

|  | Hal       |
|--|-----------|
| SAMPUL DEPAN.....  | i         |
| SAMPUL DALAM.....  | ii        |
| PRASYARAT GELAR .....                                      | iii       |
| LEMBARAN PENGESAHAN .....                                  | iv        |
| KATA PENGANTAR .....                                       | v         |
| RINGKASAN.....   | viii      |
| SUMMARY.....   | ix        |
| ABSTRACT.....  | x         |
| DAFTAR ISI.....  | xi        |
| <b>BAB I. PENDAHULUAN .....</b>                            | <b>1</b>  |
| 1. Latar Belakang dan Rumusan Masalah.....                 | 1         |
| 2. Tujuan Penelitian.....                                  | 8         |
| 3. Manfaat Penelitian.....                                 | 8         |
| 4. Tinjauan Pustaka.....                                   | 9         |
| 5. Metode Penelitian .....                                 | 20        |
| 5. 1 Pendekatan masalah .....                              | 20        |
| 5. 2 Sumber bahan hukum .....                              | 21        |
| 5. 3 Prosedur pengumpulan bahan hukum .....                | 21        |
| 5. 4 Analisa bahan hukum .....                             | 22        |
| 6. Sistematika Penulisan .....                             | 23        |
| <b>BAB II. LANDASAN PEMBERLAKUAN ASAS RETROAKTIF</b>       |           |
| <b>PADA KETENTUAN HUKUM PIDANA .....</b>                   | <b>25</b> |
| 2. 1. Penegakan Hukum melalui Asas Legalitas.....          | 25        |
| 2.1.1. Sejarah pemberlakuan asas legalitas.....            | 29        |
| 2.1.2. Hakikat dan tujuan pemberlakuan asas legalitas..... | 34        |

|   |    |
|---|----|
| 2. 2. Karakteristik Asas Legalitas.....                                   | 39 |
| 2. 2. 1. Asas legalitas sebagai konsekuensi dari<br>civil law sistem..... | 43 |
| 2.2.2. Asas legalitas sebagai asas mutlak .....                           | 46 |
| 2. 3. Pasal 1 ayat 2 KUHP dalam kaitan dengan Asas Retroaktif.....        | 50 |
| <b>BAB III. PRINSIP-PRINSIP DASAR DALAM PEMBERLAKUAN</b>                  |    |
| <b>ASAS RETROAKTIF</b> .....  | 54 |
| 3.1. Hakekat dalam Pemberlakuan Asas Retroaktif .....                     | 54 |
| 3.2. Dasar pemikiran dalam Pemberlakuan Asas Retroaktif .....             | 57 |
| 3.2.1. Perkembangan bentuk-bentuk kejahatan<br>dalam masyarakat.....      | 60 |
| 3.2.2 Perlindungan hukum bagi warga negara.....                           | 63 |
| 3.3. Tujuan dalam Pemberlakuan Asas Retroaktif .....                      | 67 |
| 3.4. Prinsip-Prinsip yang ada dalam Pemberlakuan Asas Retroaktif .....    | 72 |
| <b>BAB IV.PENUTUP</b> .....   | 80 |
| 4. 1. Kesimpulan.....   | 80 |
| 4. 2 Saran.....   | 82 |
| <b>DAFTAR BACAAN</b> .....  | 83 |

## BAB I

### PENDAHULUAN

#### 1. Latar Belakang dan Rumusan Masalah

Kejahatan dapat dilakukan oleh siapa saja, baik orang dengan kemampuan sosial ekonomi yang relatif kurang sampai dengan orang yang berkemampuan ekonomi mapan dan berpendidikan tinggi. Bentuk-bentuk kejahatan baru semakin beragam dengan faktor penyebab terjadinya kejahatan juga semakin kompleks. Akibatnya, ada sejumlah bentuk kejahatan baru yang belum dapat atau diluar jangkauan Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Hal ini sesuai dengan pendapat Donald R Taft dan Ralph W England dalam Barda Nawawi Arief bahwa efektivitas hukum pidana tidak dapat diukur secara akurat, hukum hanya merupakan salah satu sarana kontrol.<sup>1</sup> Berhadapan dengan perkembangan kejahatan yang semakin kompleks di satu sisi, dan keterbatasan hukum pidana dalam menanggulangi kejahatan pada sisi yang lain, menjadikan eksistensi hukum pidana dilematis dan dimanfaatkan oleh sejumlah pihak untuk menghindar dari jeratan hukum.

Banyak pelanggaran hukum berskala besar di Indonesia, di antaranya pelanggaran HAM yang dilakukan oleh pemerintah orde baru, dan yang terjadi dalam kurun waktu lima tahun terakhir ini yaitu pembunuhan massal atas nama *Jihad* (*perang membela agama Tuhan*) dan juga pembunuhan massal dengan menggunakan bom belum bisa diselesaikan secara hukum. Hal ini disebabkan oleh karena aturan

---

<sup>1</sup> Donald R Taft dan Ralph W England dalam Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, h. 42.



hukum yang terkait dengan hal tersebut masih belum jelas pengaturannya. Dengan alasan ini, mendorong Pemerintah Indonesia untuk memberlakukan secara surut (*retroaktif*) terhadap undang-undang hukum pidana. Pemberlakuan secara surut (*retroaktif*) terhadap undang-undang hukum pidana tersebut dengan maksud agar dapat menjerat para pelanggar hukum.

Menurut Andrea Faustinus jumlah kasus pembunuhan massal di Indonesia, khususnya yang menggunakan bom termasuk tinggi jika dibandingkan dengan negara-negara Asia Tenggara lainnya.<sup>2)</sup> Banyaknya pelanggar hukum dan meningkatnya jumlah kasus pembunuhan massal yang memakan korban masyarakat sipil dalam kurun waktu lima tahun terakhir ini, menimbulkan pro dan kontra terhadap kinerja aparat penegakan hukum (*law enforcement*), berhadapan dengan kondisi demikian maka pemerintah melakukan kebijakan untuk memberlakukan *asas retroaktif* terhadap beberapa peraturan perundang-undangan hukum pidana.

Kehendak pemerintah untuk memberlakukan asas retroaktif tersebut, dapat dilihat dari beberapa perspektif; **Pertama:** bahwa perkembangan peradaban manusia yang ditandai dengan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, diiringi juga oleh perkembangan dan ragam bentuk pelanggaran hukum dan kejahatan publik dan kemanusiaan. Dalam konteks ini, maka sejumlah pelanggaran hukum dan kejahatan

---

<sup>2)</sup> "Sejumlah kasus pembunuhan massal dengan menggunakan Bom antara lain tragedi Bom Bali Oktober 2002 dengan korban lebih dari 200 orang, Bom Hotel JW Marriott Jakarta Agustus 2003 dengan korban 13 orang, pemboman di Kedutaan Besar Australia di Jakarta September 2004 yang menewaskan 9 orang, peledakan Bom di KBRJ Paris Oktober 2004, dan terakhir pemboman di Pasar Tentena Poso Sulawesi Tengah 28 Mei 2005 yang menewaskan 21 orang dan korban luka-luka sebanyak 72 orang", *Kompas*, Tanggal 6 Juni 2005, h. 4

publik dan kemanusiaan baik masa lalu maupun yang baru tidak semuanya diatur dalam KUHP. Akibatnya, akselerasi perkembangan hukum lebih lamban jika dibandingkan dengan perkembangan ragam bentuk pelanggaran hukum dan kejahatan publik dan kemanusiaan. Hal tersebut wajar, karena perkembangan hukum membutuhkan legalitas dari lembaga yang berwenang, sementara pelanggaran hukum dan kejahatan publik dan kemanusiaan tidak membutuhkan legalitas, tetapi ilegalitas kreativitas para pelaku.

**Kedua:** bahwa penegakan hukum (*law enforcement*) kecuali sebagai kewajiban politik pemerintah, juga sebagai kredit point politik jangka panjang. Dalam konteks ini, maka sesungguhnya pemerintah seakan-akan bermain dalam ruang wacana yang sedang berkembang dalam pikiran masyarakat. Artinya, apa yang dilakukan oleh pemerintah lebih merupakan terapi psikologis ditengah kegalauan dan tuntutan masyarakat agar pemerintah menindak secara tegas para pelanggar hukum dan kejahatan publik dan kemanusiaan;

Namun dalam perspektif yang lain pemberlakuan asas retroaktif menurut Indrianto Seno Adji dapat dinilai sebagai pengakuan terhadap *asas lex talionis* (*kehendak balas dendam*) atau *political revenge*.<sup>3</sup> Dengan demikian tidak dapat dipungkiri bahwa dinamika dan perkembangan hukum di suatu negara, termasuk di Indonesia tidak dapat terlepas dari dinamika dan perkembangan hukum global,

---

<sup>3</sup> Indrianto Seno Adji, "Azas Retroaktif, Non Persuasi terhadap Korupsi" *Kompas*, Tanggal 15 Mei 2005, h.7

artinya, substansi dari pemberlakuan suatu produk hukum sangat sarat dengan kepentingan hukum global.

Semangat dan sejumlah upaya yang dilakukan oleh pemerintah Indonesia untuk menuntaskan kasus-kasus pelanggaran hukum serta untuk menekan dan atau membasmi tindak pelanggaran hukum kejahatan kemanusiaan yang terjadi sekarang ini, dalam batas-batas tertentu patut dihargai. Pemerintah suatu negara memang mempunyai kewajiban dan tanggung-jawab untuk memberantas, membasmi dan menghukum para pelanggar hukum dan kejahatan publik dan kemanusiaan.

Cross and Jones dalam Gerson W Bawengan menyatakan bahwa *A crime is a legal wrong the remedy for which is the punishment of the offender at the instance of the state* (Kejahatan adalah suatu pelanggaran hukum yang diikuti penghukuman oleh Negara terhadap pelanggar hukum itu).<sup>4</sup> Namun, semangat dan upaya tersebut, tidak berarti harus mengorbankan atau melanggar kaidah hukum dan asas-asas hukum khususnya asas legalitas yang menekankan pada prinsip; (*Nullum delictum, nulla poena sine preavia lege poenale*), Bahwa tiada seorang pun dapat dihukum, tanpa peraturan yang mendahului terjadinya perbuatan, dan bahwa peraturan dimaksud harus sudah mencantumkan suatu ancaman hukuman. Dalam bahasa yang lain disebutkan; (*Nullum crime sine lege srica*), Tidak ada delik tanpa ketentuan yang tegas.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Cross and Jones dalam Gerson W Bawengaa, *Beberapa Pemikiran Mengenai Hukum Pidana di dalam Teori dan Praktik*. PT. Pradnya Paramita, Jakarta, 1983, h. 24

<sup>5</sup> *Ibid*.

Pasal 1 ayat (1) KUHP ditegaskan bahwa tiada suatu perbuatan dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan yang telah ada sebelumnya. Anselm von Feuerbach, sarjana hukum pidana Jerman (1775-1833) seperti diikuti oleh D. Schaffmeister, et.al menyatakan bahwa dalam praktek hukum asas legalitas haruslah didasarkan atas:

1. *Nulla poena sine lege* (tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana menurut undang-undang);
2. *Nulla poena sine crimine* (tidak ada pidana tanpa perbuatan pidana), dan;
3. *Nulla crimine sine poena legali* (tidak ada perbuatan pidana tanpa pidana menurut undang-undang).<sup>6</sup>

Dalam Pasal 4 Undang-undang Nomor: 39 tahun 1999 tentang HAM dan telah diakui dalam ICCPR (*International Covenant on Civil and Political Right*) ditegaskan bahwa Hak Asasi Manusia (HAM) adalah hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan dihadapan umum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Dalam Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 ditegaskan bahwa "... dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun".

Menurut Andi Hamzah, ketentuan hukum dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut secara substantif dapat diartikan bahwa:

---

<sup>6</sup> D. Schaffmeister, et al., Penerjemah J.E. Sahetapy., *Hukum Pidana, Kumpulan Bahan Penataran Hukum Pidana dalam Rangka Kerja-sama Hukum Indonesia Belanda*, Konsersium Ilmu Hukum Departemen P dan K, Liberty Yogyakarta, 1995, h. 5.

1. Jika suatu perbuatan yang dilarang atau pengabaian sesuatu yang diharuskan dan diancam dengan pidana, maka perbuatan atau pengabaian tersebut harus tercantum dalam undang-undang pidana;
2. Ketentuan tersebut tidak boleh berlaku surut, dengan suatu pengecualian yang tercantum di dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP.<sup>7</sup>

Hal yang sama juga dikemukakan oleh Moeljatno bahwa kaidah hukum (*asas legalitas*) di atas mengandung 3 (tiga) pengertian, bahwa:

1. tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu terlebih dahulu belum dinyatakan dalam suatu aturan undang-undang;
2. untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (*kiyas*);
3. aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut.<sup>8</sup>

Pembukaan UUD 1945 memang menegaskan bahwa negara berkewajiban untuk melindungi segenap tumpah darah Indonesia, termasuk warganya dan masyarakat dunia yang datang dan tinggal di Indonesia dari setiap ancaman kejahatan nasional, transnasional dan internasional. Namun, kehendak pemerintah untuk memberlakukan asas retroaktif harus dilihat dan dikaji secara kritis, objektif dan ilmiah sehingga tidak larut dalam kepentingan sesaat atas ketidak-mampuannya melakukan penegakan hukum (*law enforcement*) secara massif, dengan mengorbankan prinsip atau kaidah hukum.

Pemberlakuan asas retroaktif menurut Indrianto Seno Adji adalah stigma politik hukum ketatanegaraan bahwa hukum pidana hanya akan menjadi sarana dan alat politik kekuasaan. Kehendak memberlakukan asas retroaktif dalam perundang-undangan kecuali dapat menimbulkan bias hukum, juga dapat menimbulkan

---

<sup>7</sup> Andi Hamzah, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 1994, h. 40

<sup>8</sup> Moeljatno, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Rineka Cipta, Jakarta, 2002, h. 23



instabilitas kepastian hukum dan menimbulkan kesewenang-wenangan (*abus de droit*) dari pelaksana hukum dan politik.<sup>9</sup>

Sejak jaman filsafat alam masalah positivisme dari dulu hingga kini terus masih memperdebatkan mengenai keadilan dan moral dalam konteks asas legalitas kaitannya dengan hati nurani (moral). Para penganut asas legalitas akan selalu berpikir secara *logic and roles* dengan pendekatan ilmu hukum (*jurisprudentia approach*) dan memandang non hukum, termasuk fenomena sosial, kultur, ekonomi, politik, dan agama sebagai fenomena biasa yang belum mempunyai makna sebelum dikonstruksikan oleh hukum menjadi fenomena hukum. Sebaliknya pendekatan sosiologis akan memandang masalah non hukum sebagian dari hukum dan tidak perlu dikonstruksikan terlebih dahulu, tetapi cukup dengan interpretasi.

Pemberlakuan asas legalitas dalam ketentuan pidana ini akan tetap terus diperdebatkan dalam ruang lingkup ilmu hukum, karena kedudukannya sebagai asas yang fundamental. Kecuali itu asas legalitas dianggap belum dapat diterapkan secara tegas dan dirasa belum mampu memenuhi rasa keadilan masyarakat, hal ini menjadi persoalan apalagi dalam ketentuan Pasal 1 ayat (2) KUHP, ditegaskan bahwa dalam hal terjadi perubahan perundang-undangan setelah tindak pidana dilakukan, dipakai ketentuan yang paling menguntungkan bagi tersangka. Rumusan dalam ketentuan ini merupakan bentuk pengecualian terhadap ketentuan Pasal 1 ayat (1) sehingga oleh sebagian pakar hukum pidana menganggap Pasal 1 ayat 2 KUHP ini merupakan celah untuk menyimpangi asas legalitas dengan memberlakukan asas retroaktif.

---

<sup>9</sup> Indrianto Seno Adji, *loc.cit.*

Berdasarkan uraian dalam latar belakang masalah di atas, maka permasalahan yang akan dikaji dalam tesis ini adalah;

1. Apakah yang melandasi pemberlakuan asas retroaktif dalam ketentuan hukum pidana di Indonesia?
2. Prinsip-prinsip apakah yang ada dalam ketentuan hukum pidana Indonesia yang memberlakukan asas retroaktif?

## **2. Tujuan Penelitian**

1. Untuk menganalisa eksistensi asas legalitas dengan adanya beberapa ketentuan hukum pidana di Indonesia yang telah memberlakukan asas retroaktif;
2. Untuk menganalisis pemberlakuan asas retroaktif dalam beberapa ketentuan hukum pidana di Indonesia.

## **3. Manfaat Penelitian**

1. Untuk pengembangan ilmu pengetahuan hukum pidana, khususnya yang terkait dengan pembentukan peraturan perundang-undangan yang ingin memberlakukan asas retroaktif;
2. Sebagai bahan pertimbangan bagi para penegak hukum, khususnya para hakim dalam memeriksa perkara yang terkait dengan penerapan suatu aturan perundang-undangan, terutama yang terkait dengan pemberlakuan asas retroaktif.

#### 4. Tinjauan Pustaka

Beberapa pakar mencoba memberikan diskripsi tentang asas hukum, THE LIANG GIE menyatakan bahwa asas hukum adalah suatu dalil/teori umum yang dinyatakan dalam istilah umum tanpa menyarankan cara-cara khusus mengenai pelaksanaannya, yang diterapkan pada serangkaian perbuatan untuk menjadi petunjuk yang tepat bagi perbuatan itu.<sup>10</sup> Sedangkan Paul Scholten dalam Sudharto menjelaskan bahwa asas-asas hukum adalah "*tendens-tendendes*" yang dituntut dari hukum oleh rasa susila, yang dapat diketemukan dengan menunjukkan hal-hal yang sama dari peraturan yang berjauhan satu sama lain, atau yang merupakan anggapan-anggapan, yang memancarkan pengaturan suatu bidang hukum.<sup>11</sup>

Roeslan Saleh menyatakan, bahwa dalam teori hukum pidana ada sejumlah asas yang seharusnya mengatur peradilan pidana, dan asas-asas tersebut merupakan ukuran atau standar peradilan yang baik, asas-asas tersebut adalah *asas legalitas, asas kesamaan, asas proporsionalitas, asas publisitas, dan asas subsidiaritas*.<sup>12</sup>

Wiarda dalam Sudharto menyatakan bahwa asas-asas hukum adalah pikiran-pikiran yang memberikan arah atau pimpinan, yang menjadi dasar hukum yang ada, sebagaimana dipositifkan dalam perundang-undangan dan jurisprudensi, dan untuk

---

<sup>10</sup> M P Hutagalung, "Penyimpangan Asas-Asas Hukum dalam Reformasi Hukum Nasional", *Jurnal Keadilan* Vol, No: 1 Desember 2000, Lembaga Kajian Hukum dan Keadilan, Jakarta, 2000, h.56.

<sup>11</sup> Paul Scholten dalam Sudharto, *Hukum Pidana dan Perkemhangan Masyarakat, Kajian Terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*, Sinar Baru Bandung, 1983, h.13.

<sup>12</sup> Roeslan Saleh, *Beberapa Asas Hukum Pidana dalam Perspektif*, Aksara Baru Jakarta, 1981, h. 27

sebagian berasal dari kesadaran hukum atau keyakinan susila kita, yang secara langsung dan jelas menonjol kepada kita.<sup>13</sup>

Kant dalam Roscoe Pound merasionalisasikan hukum sebagai suatu sistem asas-asas atau kaidah-kaidah universal, yang diterapkan kepada tindakan manusia yang dengannya kemauan bebas dari tiap petindak boleh hidup bersama selamanya dengan kemauan bebas dari tiap orang lain.<sup>14</sup>

Mochtar Kusumaatmadja dan Arief Sidharta menjelaskan bahwa hukum merupakan perangkat kaidah-kaidah dan asas-asas yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat, menuju terwujudnya keteraturan dan ketertiban serta kepastian hukum dalam kehidupan manusia dalam masyarakat.<sup>15</sup> Disisi lain Muchtar Kusumaatmadja menyatakan bahwa hukum merupakan alat untuk memelihara ketertiban masyarakat. Mengingat fungsinya maka hukum pada dasarnya adalah konservatif. Artinya, hukum memelihara dan mempertahankan yang telah tercapai. Fungsi seperti itu diperlukan dalam setiap masyarakat yang berubah secara cepat, hukum tidak cukup memiliki fungsi demikian, ia juga harus dapat membantu proses perubahan masyarakat.<sup>16</sup>

Roscoe Pound menyatakan bahwa pemberlakuan suatu produk hukum didasarkan atas dua hal. yakni: (1) kepentingan masyarakat berkenaan dengan

---

<sup>13</sup> Wiarda daJam Sudharto, *op. cit.*, h. 13

<sup>14</sup> Kant dalam Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum*, terjemahan Muhammad Radjab, Bhratara, Jakarta, 1972, h. 42.

<sup>15</sup> Muchtar Kusumaatmadja dan Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum, suatu Pengenalan Pertama, Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Buku I, Alumni Bandung, 2000, h. 49

<sup>16</sup> Muchtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Ilmu Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Binacipta, Bandung, 1974, h. 11

keselamatan umum dan menjamin stabilitas sosial masyarakat, (2) tekanan dan dinamika kepentingan masyarakat yang terus bergerak dan selalu menuntut diadakannya pembaharuan untuk menjamin ketertiban social.<sup>17</sup>

Pendapat Roscoe Pound di atas merupakan justifikasi terhadap pendapat Duguit dalam Bambang Purnomo bahwa suatu produk hukum diberlakukan karena hukum merupakan hasil kenyataan sosial, yang tidak dimulai dengan haknya terhadap masyarakat, tetapi dimulai dengan konsepsi bahwa manusia hidup ditengah-tengah masyarakat yang terkait oleh sejumlah kepentingannya sendiri menurut aturan untuk turut serta dalam kehidupan bersama.

Uraian di atas menunjukkan bahwa asas hukum bukanlah peraturan hukum yang konkret terdapat dalam setiap sistem hukum yang terjelma dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang merupakan hukum positif, tetapi dapat ditemukan dengan mencari sifat-sifat umum dalam peraturan konkret tersebut, ada beberapa pakar hukum berpendapat bahwa pada umumnya asas hukum itu dapat berubah mengikuti kaidah hukumnya sendiri, sedangkan kaidah hukum itu kemudian akan berubah mengikuti perkembangan masyarakat atau dinamika masyarakat, jadi terpengaruh dengan waktu (*tempus*) dan tempat (*locus*) dimana mereka berada,<sup>18</sup> dengan demikian secara filosofis tujuan hukum adalah mencapai keadilan dan kedamaian. Kedamaian berarti keserasian antara nilai ketertiban dengan nilai

---

<sup>17</sup> Roscoe Pound dalam Bambang Purnomo, *Asas-Asas Hukum Pidana*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994, h. 18

<sup>18</sup> M P Hutagalung, *loc. cit.*



ketenteraman yang mengejawantah pada tugas hukum dan tujuan hukum dan kesebandingan hukum yang merupakan pasangan nilai-nilai.<sup>19</sup>

Berkenaan dengan pemberlakuan asas retroaktif dalam ketentuan hukum pidana, Indryanto Seno Adji berpendapat bahwa pemberlakuan asas retroaktif adalah memberlakukan secara surut suatu produk legislasi.<sup>20</sup> Produk legislasi yang dimaksud disini adalah berupa undang-undang. Asas retroaktif sebetulnya lahir sebagai jawaban untuk melindungi kepentingan kolektif. Utrecht dalam Bawengan menyatakan bahwa barang siapa yang mengutamakan kepentingan kolektif, sangat sukar untuk mempertahankan asas *nullum delictum*. Asas retroaktif, menurut Utrecht memberi penghormatan yang lebih besar terhadap kepunyaan publik (*public eigendom*) dan telah memperkuat perasaan persatuan (*gemeenschapsgevoe*).<sup>21</sup>

Pemberlakuan asas retroaktif dalam ketentuan hukum pidana positif dapat diartikan sebagai penyimpangan atas asas legalitas. Penyimpangan disini mengandung makna pengecualian terhadap asas legalitas. Dalam konteks hukum pada dasarnya semua sistem hukum tunduk pada asas bahwa tiada hukum tanpa pengecualian (*there is no rule without exeption*), ini menunjukkan bahwa penyimpangan terhadap asas legalitas dengan memberlakukan asas retroaktif pada ketentuan hukum pidana bukan merupakan pelanggaran terhadap norma hukum

Penyimpangan asas *nullum delictum nulla poena sine previe lege poenale* pernah dilakukan dalam kaitan dengan penggunaan Ordonansi 1946 Nomor: 45.

---

<sup>19</sup> *Ibid*

<sup>20</sup> Indriyanto Seno Adji, *loc.cit.*

<sup>21</sup> Utrecht dalam Gersom W Bawengan, *op. cit*, h 61

tentang Hukum Pidana Kejahatan Perang. Penggunaan Ordonansi tersebut menurut Jongkers dimaksudkan untuk mengadili kejahatan-kejahatan perang. Ancaman dengan hukuman atas perbuatan kejahatan dalam peperangan adalah sesuatu yang baru. Supaya perbuatan tersebut dapat diadili, maka penghukuman harus diberlakukan surut sehingga dapat memuaskan kesadaran dan rasa keadilan secara kolektif.<sup>22</sup> Artinya yang ingin dicapai dalam membelakukan aturan secara retroaktif adalah perlindungan secara menyeluruh baik pihak pelaku maupun korban, sementara asas legalitas dalam KUHP sifatnya perlindungan secara orang perorang atau individu dan lebih ditekankan pada pihak pelaku, hal ini dapat dilihat pada pasal 1 ayat 2.

Di Indonesia, *asas nullum delectum nulla poena sine previa leg poenale* juga pernah dikesampingkan karena suatu keadaan darurat, yakni ketika penggunaan Brisbane Ordonantie Stbl. 1945-135 tentang Kejahatan Perang. Oemar Seno Adji dalam Gerson W Bawengan menyatakan bahwa:

pemberlakuan asas retroaktif dapat dimungkinkan dan bahkan oleh keadaan darurat dengan hukuman daruratnya, yang pada hakikatnya mengurangi dan kadang-kadang mengesampingkan hak asasi. Ia mempergunakan kewenangan darurat (*emergency powers*) untuk mengurangi hak asasi manusia (*human right*), seolah-olah menggunakan hukum abnormal untuk waktu abnormal. Pada hakikatnya ia merupakan suatu tindakan ataupun perbuatan yang tidak sah, akan tetapi dibenarkan oleh hukum, karena terpaksa oleh suatu keadaan. Ia merupakan hukum darurat yang terpancar dalam segala bidang hukum, hukum tatanegara, hukum pidana, perdata ataupun dagang."<sup>23</sup>

Pemberlakuan asas retroaktif, khususnya yang berkaitan dengan kejahatan terhadap kemanusiaan atau pelanggaran HAM dianggap tidak melanggar standard

<sup>22</sup> Jongkers dalam Gerson W Bawengan, *op.cit*, h.40-41

<sup>23</sup> *Ibid*

asas legalitas di dalam hukum pidana internasional. Hal tersebut karena semata-mata merupakan perluasan yurisdiksi dari kejahatan perang, dan hukum internasional melarang perbuatan tersebut. Di tingkat internasional, pemberlakuan secara retroaktif hukum pidana juga diatur dalam Piagam Tribunal Militer Internasional, Nuremberg, dan Resolusi Dewan Ekonomi dan Sosial Perserikatan Bangsa-Bangsa serta pernah diberlakukan dalam Tribunal Ad hoc di Nuremberg, Tokyo, bekas Yugoslavia, Rwanda dan lain-lain. Kesemuanya itu didasarkan atas *International Customary Law* dan *The Principle of Justice*. Oleh karena itu, apa yang dilakukan oleh International Military Tribunal di Nuremberg tidak menimbulkan preseden buruk karena hal tersebut bukan menciptakan hukum baru, tetapi semata-mata hanya menerapkan hukum yang sudah ada di dalam kesepakatan internasional tentang kejahatan perang.

Pengaturan mengenai prinsip bahwa tidak ada masa pembatasan bagi kejahatan-kejahatan perang dan kejahatan kemanusiaan ini dapat dilihat dalam Konvensi Tentang tidak dapat Ditetapkannya Pembatasan Statua pada Kejahatan Perang dan Kejahatan Kemanusiaan dalam pasal 1 ditegaskan bahwa: "Tidak ada pembatasan statuta dapat berlaku pada kejahatan-kejahatan berikut, dengan mengabaikan saat pelaksanaan mereka:

- a) Kejahatan-kejahatan perang seperti yang didefinisikan dalam Piagam Tribunal Militer Internasional, Nuremberg, 8 Agustus 1945 dan dikuatkan dengan resolusi-resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa, 3(1) 13 Februari 1945 dan 95 (1) 11 Desember 1945, terutama pelanggaran-pelanggaran berat yang disebut dalam konvensi jenewa 12 Agustus 1949 untuk perlindungan para korban perang.

- b) Kejahatan-kejahatan kemanusiaan apakah dilakukan pada waktu perang atau dalam waktu damai seperti yang didefinisikan dalam Piagam Tribunal Militer Internasional, Nuremberg, 8 Agustus 1945 yang dikuatkan dengan resolusi-resolusi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa, 3 (1) 13 Februari 1946 dan 95 (1) 11 Desember 1946 pengusiran dengan serangan bersenjata, atau pendudukan dan perbuatan-perbuatan tidak manusiawi yang diakibatkan dari kebijakan apartheid, dan kejahatan genosida.

Menurut Muladi, bahwa dalam kasus di atas tidak ada hukum kejahatan baru, karena yang diterapkan adalah hukum pidana yang terdapat dalam hukum internasional (*It has not violated any prohibition against the ex post facto application or criminal laws which may exist in international law*).<sup>24</sup> Penyimpangan *asas nullum delictum nulla poena sine previa lege poenale* dalam hukum pidana, secara historis pernah dilakukan oleh beberapa Negara. Jerman pada tahun 1933 pernah memberlakukan undang-undang 22 Maret 1933 yang memuat ketentuan bahwa undang-undang tersebut berlaku surut yang dikenal dengan *Lex van de Lubbe*. Tujuan pemberlakuan ketentuan tersebut guna melindungi kepentingan rakyat dan Negara. Dengan UU tersebut, Marines van de Lubbe dan kawan-kawannya yang di dakwa membakar Reichstaaatgebouw pada tanggal 21 Februari 1933 dijatuhi pidana berat.<sup>25</sup>

Menurut Jongker dalam Gesorn W Bawengan pemberlakuan asas retroaktif juga pernah dilakukan oleh Negara Uni Sovyet yang ditandai oleh ditinggalkannya *asas nullum delictum* dalam hukum pidananya pada tahun 1926. Namun pemberlakuan asas retroaktif di kedua negara tersebut tidak berlangsung lama, karena

<sup>24</sup> Muladi, *Demokrasi HAM dan Reformasi Hukum Pidana di Indonesia*, The Habibi Center, Jakarta, 2002, h. 32.

<sup>25</sup> Bambang Purnomo, *op.cit* h- 71.



pada tahun 1945 negara Jerman kembali memberlakukan asas *nullum delictum*, dan di Uni Sovyet pada tahun 1958.<sup>26</sup>

Menurut M. Slamet, sejak pengadilan Nuremberg dan Tokyo, beberapa Negara telah mengatur secara nasional tentang pemberlakuan asas retroaktif untuk mengadili kasus-kasus kejahatan terhadap kemanusiaan. Negara Israel telah menuntut Adolf Eichman pada tahun 1960, Negara Prancis mengadili kasus Barbie pada tahun 1988, dan Kanada mengadili Imre Finla pada tahun 1989.<sup>27</sup>

Penyimpangan terhadap *asas nullum delictum nulla poena sine previa lege poenale* juga pernah diberlakukan di Nederland atas nama demi kepentingan dan keselamatan Negara, menetapkan peraturan hukum pidana istimewa terhadap perbuatan-perbuatan tertentu yang dilakukan selama peperangan berlangsung yang menurut sifatnya merupakan perbuatan tercela, sehingga harus mendapatkan pidana tanpa berpegang pada ketentuan pasal 1 Sr.<sup>28</sup>

Sementara di negara-negara yang menganut *common law* sistem tidak secara khusus menerima asas legalitas dalam rumusan undang-undang, oleh karena itu, hukumnya tidak selalu merupakan undang-undang yang tertulis, walaupun asas legalitas yang berupa *maxim "actus non facit reum nisi mens sit rea"* telah diterima sebagai doktrin dan ditaati dalam praktek pengadilan, dengan demikian penerapan

<sup>26</sup> Jongker dalam Gerson W Bawengan, *op.cit*, h.42.

<sup>27</sup> M Slamet, "Analisa Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No: 2 tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang No: 1 tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme secara Retroaktif terhadap Peristiwa Bom Bali. Tgl 12 Oktober 2002", *Makalah*, pada seminar Nasional BEM FH Universitas Narotama, Surabaya, 10 Juli 2004, h.3

<sup>28</sup> Bambang Purnomo, *loc.cit*.



asas retroaktif tidaklah menjadi masalah, artinya pemberlakuan asas retroaktif dapat saja dilakukan.

Menurut Barda Nawawi Arief bahwa hukum pidana positif yang berlaku saat ini, substansi perlindungan terhadap korban kejahatan sudah ada (*inhern*), namun perlindungan tersebut masih bersifat perlindungan abstrak (*in abstraco*) atau tidak langsung terhadap berbagai kepentingan hukum dan hak-hak asasi korban.<sup>29</sup>

Asas retroaktif tidak dikenal dalam KUHP, namun dalam Pasal 1 ayat (2) KUHP disebutkan bahwa jika ada perubahan dalam perundang-undang sesudah perbuatan dilakukan, maka terhadap terdakwa akan diterapkan ketentuan yang paling menguntungkan. Rumusan pasal ini secara tidak langsung memberi kemungkinan untuk memberlakukan asas retroaktif. Namun menurut Barda Nawawi Arief bahwa dilihat dari hukum pidana positif Indonesia yaitu KUHP pasal 1 ayat 2, retroaktif baru ada (*muncul*) kalau ada masa transisi (*yaitu kalau ada perubahan undang-undang*) bukan dalam hal adanya undang-undang baru, kemudian masalah berlakunya undang-undang yang sama sekali baru, termasuk ruang lingkup masalah, sumber hukum yang diatur dalam Pasal 1 ayat 1 KUHP.<sup>30</sup>

Sebelum peristiwa World Trade Center (WTC) tanggal 11 September 2001, masyarakat internasional dan regional serta pelbagai negara telah memberlakukan kebijakan kriminalisasi terhadap perbuatan yang dikategorikan sebagai terorisme. Kebijakan ini adalah respon terhadap kenyataan banyaknya korban masyarakat sipil

---

<sup>29</sup> Barda N Arief, *loc. cit.*

<sup>30</sup> Barda N Arief, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 3003, h. 3.

yang ditimbulkan oleh tindakan kelompok teroris, dalam States of the South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC) Regional Convention on Suppression of Terrorism (1988) dalam Muladi disepakati bahwa terorisme dikategorikan sebagai perbuatan yang dapat menimbulkan dampak yang merugikan perdamaian, kerja sama, persahabatan, hubungan baik bertetangga, dan dapat mencederai kedaulatan dan integritas suatu negara sehingga berbagai negara mengusulkan agar kejahatan terorisme dimasukkan sebagai yurisdiksi dari The International Criminal Court.<sup>31</sup>

Namun dalam perspektif hukum pidana positif, pemberlakuan asas retroaktif dalam beberapa undang-undang pidana menimbulkan dilema yuridis, karena dianggap bertentangan dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP. Salah satu undang-undang di Indonesia yang telah memberlakukan Asas retroaktif yaitu UU No 1 / PrP/ 2002 tentang Pemberantasan Tindak pidana Terorisme. Karena itu Mahkamah Konstitusi melalui keputusan MK Nomor: 013/PUU-I/2003 telah mencabut prinsip retroaktif terhadap undang-undang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, bahkan perundang-undangan pidana, baik dalam konteks hukum pidana formal maupun material, tidak membenarkan untuk diberlakukan surut (*ex post facto law*). Prinsip *ex post facto law* adalah bentuk justifikasi bahwa pada dasarnya hukum harus berlaku kedepan atau *prospective law* (hukum hanya mengikat untuk masa depan). Pemberlakuan asas retroaktif dalam UU No: 15 tahun 2003, erat kaitannya dengan peristiwa Bom Bali yang dalam pandangan hukum pidana dikategorikan sebagai

---

<sup>31</sup> Muladi, *loc.cit.*

tindak pidana terorisme karena menyebabkan banyaknya korban dan menimbulkan rasa takut dari masyarakat sipil.

Pemberlakuan asas retroaktif dalam ketentuan hukum pidana di Indonesia dapat ditemui juga dalam beberapa peraturan perundang-undangan, misalnya undang-undang No:39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dalam penjelasan Pasal 4 ditegaskan bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran berat hak asasi manusia yang digolongkan kedalam kejahatan terhadap kemanusiaan dan juga dalam undang-undang No: 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, Pasal 43 ditegaskan bahwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc dan juga dalam penjelasan umum undang-undang ini ditegaskan bahwa..."mengenai pelanggaran hak asasi manusia yang berat seperti genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang berdasarkan hukum internasional dan nasional dapat digunakan asas retroaktif.

Pemberlakuan asas retroaktif juga dapat ditemukan dalam undang-undang No: 15 tahun 2003 Penetapan PERPU Nomor 1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme menjadi undang-undang No:1 /PrP/ 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme dalam kasus bom Bali. Pasal 46 ditegaskan bahwa ketentuan dalam peraturan pemerintah pengganti undang-undang ini dapat diberlakukan surut untuk tindakan hukum bagi kasus tertentu sebelum mulai berlakunya peraturan pemerintah pengganti undang-undang ini yang penerapannya

ditetapkan dengan undang-undang atau peraturan pemerintah pengganti undang-undang tersendiri. Dari beberapa ketentuan diatas terlihat dengan jelas bahwa ketentuan hukum pidana di Indonesia telah memberlakukan asas retroaktif.

## **5. Metode Penelitian**

### **5.1. Pendekatan Masalah**

Ilmu hukum sebagai ilmu yang khusus dan memiliki karakter tersendiri (*merupakan suatu sui generic discipline*) disebut juga sebagai penelitian hukum normatif, yaitu mengkaji kaidah-kaidah hukum, dogmatik hukum dan sistematik hukum.<sup>32</sup> Dengan demikian tipe penelitian ini adalah yuridis normatif dengan pendekatan yang digunakan adalah pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*), dan pendekatan histories (*historical approach*). Melalui pendekatan peraturan perundang-undangan dan pendekatan histories ini, dilakukan pengkajian terhadap dasar-dasar pertimbangan hukum serta prinsip-prinsip apa yang ada dalam ketentuan hukum yang memberlakukan asas retroaktif dan juga latar belakang filosofinya. Hal ini sesuai dengan pendapat Peter Mahmud Marzuki bahwa penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Philipus M Hadjon, "Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif)", *Yuridika, Jurnal Hukum Unair*, Nomor: 6 Tahun IX November, Desember 1994, h. 4.

<sup>33</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Prenada Media, 2005, Jakarta, h.35.

## 5.2 Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum yang dipergunakan adalah bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum primer (*authoritative records*) seperti Amandemen UUD 1945, KUHP, Undang-Undang No: 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang No: 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, Perpu No:2 Tahun 2002 (18 Oktober 2002) jo Undang-Undang No: 16 Tahun 2003 (14 April 2003) yang memberlakukan Perpu No:1 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme menjadi Undang-Undang berdasarkan UU Nomor: 15 tahun 2003 pada peristiwa peledakan bom Bali, 12 Oktober 2002.

Bahan hukum sekunder (*non authoritative records*), misalnya hasil penelitian dan buku-buku, literature, karangan dari berbagai panitia pembentukan hukum (*law reform organization*) yang terkait dengan topik yang dikaji.

## 5.3. Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum

Prosedur pengumpulan bahan hukum yaitu dengan menggunakan sistem kartu (*card sistem*). Dalam pengumpulan bahan-bahan hukum tersebut, maka kartu-kartu disusun berdasarkan topik, bukan berdasarkan pada nama pengarang. Hal ini dimaksudkan untuk memudahkan dalam menguarai, menganalisa, dan membuat kesimpulan terhadap konsep-konsep dari berbagai pendapat para ahli, sehingga



hakikat konseptual teoritik dan praktisnya dapat dilihat dan dibahas secara tepat, sistematis dan akurat.<sup>34)</sup>

#### 5.4. Analisa Bahan Hukum

Analisa bahan hukum dilakukan dengan melakukan interpretasi hukum yang sesuai dengan penelitian hukum normative, yakni interpretasi autentik (*authentic interpretation*), interpretasi gramatikal (*grammatical interpretation*), interpretasi sistematis (*systematic interpretation*) dan *wets en rechtshistorische interpretation*.<sup>35</sup>

Untuk mempertajam analisa dan pengambilan kesimpulan, maka dilakukan juga studi perbandingan hukum. Analisa bahan hukum dimaksud guna mengkaji kesesuaian dengan teori sehingga isue hukum dapat terjawab dengan benar dan tepat.

#### 6. Sistematika Penulisan

Sistematika dalam penulisan tesis ini diawali dari BAB I, yang merupakan bab Pendahuluan, dalam bab ini diuraikan latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kajian pustaka, metode penelitian. Dalam sub

<sup>34</sup> Surakhmad, *Pengantar Penelitian /Ilmiah, Dasar Metode dan Teknik*, Tarsito Bandung, menjelaskan bahwa kartu-kartu tersebut dibagi menjadi 3 (tiga) yakni: (1) kartu ikhtiar, (2) kartu kutipan, dan (3) kartu analisis/usulan. Kartu ikhtisar memuat nama pengarang, judul buku, tahun penerbitan, nama penerbit, dan halaman pokok masalah yang dikutip, dan disusul dengan kartu analisis/ulasan yang memuat ulasan yang bersifat menambah atau menjelaskan dengan cara mengkritik, menarik kesimpulan, saran maupun komentar, 1993, h.35.

<sup>35</sup> Philipus M Hadjon, "Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif)" menjelaskan bahwa metode interpretasi hukum meliputi: (1) interpretasi gramatikal; mengartikan suatu term hukum atau suatu bagian kalimat menurut bahasa sehari-hari atau bahasa hukum, (2) interpretasi sistematis; dengan titik tolak dari sistem aturan mengartikan suatu ketentuan hukum, (3) *wets-en -rechtshistorische interpretatie*, menelusuri maksud pembentukan undang-undang adalah suatu *vetshistorische interpretatie*- Dalam hal usaha menemukan jawaban atas suatu isue hukum dengan menelusuri perkembangan hukum (aturan) disebut *historische interpretatie*, (4) interpretasi perbandingan hukum; mengusahakan penyelesaian suatu isue hukum dengan membandingkan berbagai sistem hukum, (5) interpretasi antisipasi; menjawab suatu isue hukum dengan berdasarkan pada suatu aturan yang belum berlaku, dan (6) interpretasi teleogis, setiap interpretasi adalah teleogis, *Yuridika*, Jurnal Hukum Unair, Nomor: 6 Tahun IX November, Desember 1994, h. 4.

bab ini meliputi pendekatan masalah, sumber bahan hukum, prosedur pengumpulan bahan hukum dan analisa bahan hukum kemudian yang terakhir dari bab ini adalah sistematika penulisan.

Kemudian dilanjutkan dengan BAB II. Bab ini diberi judul landasan dalam pemberlakuan asas retroaktif pada ketentuan hukum pidana, dalam bab ini akan membahas dan menjawab rumusan masalah yang pertama diawali dari penegakan hukum melalui asas legalitas, dengan sub bahasan mengenai sejarah pemberlakuan asas legalitas dan Hakikat dan Tujuan pemberlakuan asas legalitas, selanjutnya karakteristik pemberlakuan asas legalitas dengan ruang lingkup bahasan asas legalitas sebagai konsekuensi dari civil law sistem, asas legalitas sebagai asas mutlak, kemudian yang terakhir Pasal 1 ayat 2 KUHP dalam kaitan dengan Asas Retroaktif.

Pada BAB III diberi judul bahasan Prinsip-prinsip dasar dalam Pemberlakuan asas retroaktif. Dalam bab ini akan menjawab rumusan masalah yang ke dua yang akan diawali dengan Makna pemberlakuan asas retroaktif dalam ketentuan hukum Pidana, sub bab selanjutnya Dasar pemikiran dalam pemberlakuan asas retroaktif dengan ruang lingkup bahasan perkembangan bentuk-bentuk kejahatan, perlindungan hukum bagi warga negara dan selanjutnya tujuan pemberlakuan asas retroaktif kemudian yang terakhir adalah prinsip-prinsip yang ada dalam pemberlakuan asas retroaktif.

Sedangkan pada BAB yang terakhir (bab IV) yang merupakan bab Penutup. Dalam bab penutup akan dijelaskan secara singkat mengenai kesimpulan dari penulisan tesis ini. Sub bab kesimpulan berisi jawaban secara singkat atas

permasalahan yang diangkat dengan didasari pada landasan teori yang telah dijadikan acuan dalam penulisan. Pada sub bab saran berisi tentang ide-ide dari penulis yang didasarkan atas hasil kajian dalam tesis ini sebagai solusi atas permasalahan yang diangkat.



## BAB II

### LANDASAN PEMBERLAKUAN ASAS RETROAKTIF PADA KETENTUAN HUKUM PIDANA

#### 2. 1 Penegakan Hukum melalui Asas Legalitas

Di Indonesia, asas legalitas “*Nullum delictum nulla poena sine praevea lege poenale*” masih dipertahankan sebagai asas yang fundamental. Asas yang tercantum dalam pasal 1 KUHP ini pada prinsipnya menghendaki adanya undang-undang terlebih dahulu sebelum suatu perbuatan dinyatakan sebagai tindak pidana, yang pelakunya dinyatakan sebagai dapat dipidana. Ini berarti ketentuan dalam pasal 1 ayat (1) KUHP tidak berlaku surut, baik mengenai ketetapan dapat dipidana maupun sanksinya.<sup>36</sup> Artinya, betapapun tercelanya suatu perbuatan, maka proses penghukumannya harus didahului oleh adanya hukum tertulis atau dengan kata lain, jika pembentuk undang-undang tidak menyatakan perbuatan itu sebagai tidak pidana, maka pelakunya tidak mungkin dikenai sanksi pidana.

Apabila persoalan yang hendak diatur dalam asas legalitas adalah terkait dengan ruang lingkup berlakunya hukum pidana atau mengenai sumber hukum dalam menentukan suatu perbuatan adalah sebagai tindak pidana, jika asas legalitas ini lahir sebagai dasar dalam menentukan dan menjerat pelaku tindak pidana harus berpedoman pada aturan hukum yang tertulis, ternyata dalam perkembangan muncul

---

<sup>36</sup> Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat, Kajian terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*, Sinar Baru, Bandung. 1983, h. 49.

beberapa ketentuan hukum pidana yang memberlakukan asas retroaktif atau dengan kata lain menyimpangi asas legalitas.

Disamping itu, sumber hukum dalam menentukan suatu perbuatan sebagai tindak pidana tidak hanya berpedoman pada aturan tertulis, Pengakuan dan pemberian tempat kepada hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dilihat dalam undang-undang kekuasaan Kehakiman No: 4 tahun 2004 yang mencabut undang-undang No: 14 tahun 1970 jo Undang-Undang No: 35 tahun 1999 dalam Pasal 25 (1) ditegaskan bahwa segala putusan Pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili dan Pasal 28 (1) hakim wajib mengadili, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Sementara sebagai bahan perbandingan bahwa dalam Konsep RUU KUHP menurut Barda Nawawi Arief mengatur mengenai dasar patut dipidananya perbuatan tetap bertolak dari asas legalitas formal yaitu bersumber dari undang-undang, akan tetapi konsep juga memberikan tempat terhadap hukum yang hidup / hukum tidak tertulis dalam masyarakat sebagai sumber hukum (*asas legalitas materiel*) dengan kriteria sumber hukum materiel tersebut adalah sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan / atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, h.267-268



Asas legalitas menurut. Hulsman, dalam penegakannya mensyaratkan 3 (tiga) prinsip dasar, yakni: (1) tidak ada suatu perbuatan yang dapat digolongkan sebagai tindak pidana kecuali apabila telah ditetapkan oleh Undang-undang. Undang-undang tersebut dalam arti materiel adalah peraturan yang dibuat oleh badan yang berwenang, yang berlaku umum dan bersifat mengikat penduduk. Sedangkan secara formal adalah Undang-undang yang dibuat berdasarkan cara-cara yang telah ditentukan dalam UUD yakni oleh pemerintah dan DPR, (2) terikatnya hakim pada undang-undang, sehingga tidak ada peluang bagi seorang hakim untuk melakukan analogi hukum atas suatu perbuatan, dan (3) acara pidana juga mensyaratkan harus dijalankan dan ditegakkan menurut cara-cara yang telah diatur dalam undang-undang.<sup>38</sup>

Pasal 1 ayat (1) KUHP tersebut, menurut D. Schaffneister, N. Keizer dan E. PH. Sutorius hanya mensyaratkan adanya ketentuan pidana menurut undang-undang, tetapi tidak memuat syarat-syarat tentang bentuk, isi dan interpretasi dari ketentuan-ketentuan pidana. Namun, Pasal 1 ayat 1 KUHP sudah menunjukkan diri sebagai asas legalitas, untuk memberi jaminan dasar bagi kepastian hukum dalam hukum pidana dan hukum acara pidana. Jaminan kepastian hukum adalah *fungsi instrumental*, artinya tidak ada perbuatan pidana yang tidak dituntut dan fungsi melindungi, artinya tidak ada pembedaan kecuali atas dasar undang-undang dengan

---

<sup>38</sup> Hulsman, *Sistem Peradilan Pidana, dalam Perspektif Perbandingan Hukum*, Soedjono Dirdjosisworo, (Penyadur), CV. Rajawali Jakarta. 1984. h. 99.

maksud untuk melindungi rakyat terhadap pelaksanaan kekuasaan yang tanpa batas dari pemerintah.<sup>39</sup>

Lebih lanjut D. Schaffneister, N. Kejzer dan E. PH. Sutorius menegaskan bahwa dalam penegakannya, asas legalitas harus memperhatikan 7 (tujuh) aspek, yakni:

- 1) Tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang;
- 2) Tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi;
- 3) Tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan;
- 4) Tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas (syarat *lex certa*);
- 5) Tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana;
- 6) Tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang;
- 7) Penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.<sup>40</sup>

Roeslan Saleh menyatakan bahwa dalam penerapannya asas legalitas mempunyai dimensi politik hukum, dimensi politik kriminal dan dimensi organisasi<sup>41</sup>. Dari dimensi politik hukum bahwa undang-undanglah yang dapat menentukan bentuk perbuatan yang dapat dipidana, dan juga sanksi-sanksi yang dapat dikenakan pada pelaku kejahatan. Hal ini menunjukkan esensi perlindungan terhadap masyarakat dari tindakan sewenang-wenang aparat pemerintah.

Pada masa *Ancien Regime*, undang-undang yang jelas dianggap sebagai cita-cita yang terang dan jernih, sehingga dapat menciptakan ketertiban dan keseimbangan dan dapat menekan kemungkinan terjadinya ketidak-tertiban umum. Penerapan asas legalitas menurut Roeslan Saleh sebetulnya tidaklah berarti akan lahir suatu

---

<sup>39</sup> D. Schaffneister, N. Kejzer dan E. PH. Sutorius . *op.cit.* 1995. h.1-2.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Roeslan Saleh. *op.cit.* h.28

perlindungan hukum apapun, jika realisasi dari asas ini akibatnya hanyalah pengalihan pelaksanaan kekuasaan yang kejam dari hakim kepada pembentuk undang-undang. Karena itu, dari dimensi politik hukum, penegakan asas legalitas harus dikaitkan dengan pengertian undang-undang dalam arti “*Kontrak Sosial*” dengan masyarakat.<sup>42</sup>

Dimensi politik kriminal didasarkan pada teori paksaan psikologis, bahwa kriminalitas harus dicegah dengan paksaan psikologis yang terdapat dalam rumusan-rumusan delik dalam undang-undang dan ancaman-ancaman pidana yang jelas dan melekat di dalamnya. Penerapan asas legalitas yang jelas dan tegas menurut Roeslan Saleh akan menghilangkan keraguan terhadap kejahatan-kejahatan dan pidananya, sehingga fungsi politik criminal dapat berjalan dengan baik. Kecuali itu, juga akan memungkinkan warga masyarakat untuk menilai semua akibat merugikan yang ditimbulkan akibat dari suatu perbuatan pidana<sup>43</sup>.

Dimensi organisasi menurut Roeslan Saleh terkait dengan nilai pragmatis dari asas legalitas, dalam hal ini. Roeslan Saleh mengutip Letrosne yang berpendapat bahwa tidak jelasnya perundang-undangan pidana, rumusannya yang samar-samar dan tidak adanya batas-batas yang tegas dari masing-masing wewenang dalam acara pidana menyebabkan banyak sekali kejahatan yang tidak dipidana.<sup>44</sup> Hal ini di khawatirkan akan mencederai rasa keadilan dalam masyarakat.

---

<sup>42</sup> *Ibid*

<sup>43</sup> *Ibid*, h. 33.

<sup>44</sup> *Ibid*, h. 35.

### 2.1.1 Sejarah Pemberlakuan Asas Legalitas

Apapun bentuknya, menurut Soerjono Soekanto kejahatan sebagai gejala sosial akan selalu terjadi dan dihadapi oleh masyarakat. Apapun usaha manusia untuk menghapusnya – *termasuk dengan memberlakukan asas legalitas dan atau asas retroaktif* -- ia tidak mungkin dapat ditangani secara tuntas, karena kejahatan itu memang tidak dapat dihapus, kecuali dikurangi intensitas dan kualitasnya.<sup>45</sup>

Walaupun kejahatan tidak mungkin dihapus, tidak berarti bahwa manusia tidak berupaya apa-apa untuk mencegahnya. Berbagai upaya masih terus dilakukan, sambil terus mencari cara paling efektif untuk mengatasinya. Dari aspek hukum, upaya tersebut di antaranya adalah dengan pemberlakuan asas legalitas guna menjamin kepastian hukum maupun asas retroaktif guna menjamin rasa keadilan masyarakat. Walaupun, realitas histories dan realitas factual penegakan hukum menunjukkan bahwa pemberlakuan kedua asas tersebut tidak serta merta menjamin kepastian hukum dan terpenuhinya rasa keadilan masyarakat.

Soerjono Soekanto menyatakan bahwa kejahatan merupakan suatu peristiwa penyelewengan terhadap norma-norma atau perilaku teratur yang menyebabkan terganggunya ketertiban dan ketentraman kehidupan manusia. Kejahatan terjadi karena ketidak-serasian pada individu atau kelompok masyarakat, dalam hubungan

---

<sup>45</sup> Soerjono Soekanto, "Kejahatan dan Sistem Peradilan Pidana", *Jurnal Prisma*, Nomor: 5 Mei 1982, Tahun IX LP3ES, Jakarta. 1982. h. 10.

timbang balik antara faktor-faktor ekspresif, kekuatan-kekuatan normatif dengan lingkungan.<sup>46</sup>

Menghadapi dinamika dan kompleksitas ragam kejahatan, maka hukum merupakan alat (*instrument*) untuk memelihara keamanan, ketertiban dan keadilan serta stabilitas sosial dalam masyarakat. Terhadap hal tersebut, jelas membutuhkan suatu kepastian hukum. Memenuhi dan menjamin adanya kepastian hukum itulah, maka asas legalitas diciptakan dan diberlakukan.

Asas legalitas "*Nulla delictum nulla poena sine praevia legi poenali*" (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa ketentuan pidana yang mendahuluinya), atau "*Nulla crime sine lege stricta*" (tidak ada delik tanpa ketentuan yang tegas), merupakan produk ajaran klasik awal abad 19, yang digagas oleh pakar hukum pidana Jerman Paul Johann Anselm von Feurbach (1775 – 1833). Ajaran Anselm von Feurbach yang intinya mengenai pembatasan keinginan manusia untuk melakukan kejahatan yang dikenal dengan ajaran *Psychologis zwang* dan dirumuskan dalam bahasa latin. Secara histories, istilah tersebut sekalipun berbahasa latin, bukanlah merupakan berasal dari hukum Romawi, karena hukum Romawi tidak mengenal asas legalitas, baik pada masa Republik maupun sesudahnya. Oleh Hazewinkel Suringa kemudian ditransfer ke dalam bahasa Belanda dengan istilah "*Geen delict, geen straf zonder een voorafgaande straf bepaling*" untuk yang pertama, dan untuk yang kedua "*Geen delict, geen straf zonder een voorafgaande straf bepaling*".

---

<sup>46</sup> *Ibid.*



Asas *Nullum delictum* di atas muncul sebagai reaksi atas kesewenang-wenangan penguasa (*Raja-raja*) terhadap rakyat pada awal abad 19 dan membatasi kekuasaan hakim, sejalan dengan berkembangnya ajaran Montesque (1668 – 1755) dalam bukunya *L'Esprit des lois*, yang didalamnya mengandung ajaran *Trias Politica* (*pemisahan kekuasaan*), dalam buku ini dianggap sebagai awal pertamakalinya muncul asas legalitas. Dalam ajaran ini, tugas pembentuk undang-undang adalah hanya merumuskan aturan umum, sedangkan tugas hakim adalah tidak hanya menerapkan undang-undang, tetapi berdasarkan asas-asas yang dirumuskan oleh pembentuk undang-undang menerapkan pada perbuatan factual.

Selain Montesque (1668 – 1755), Cesare Beccaria (1738 – 1794) merupakan salah satu tokoh penentang kesewenang-wenangan lembaga peradilan yang dikendalikan oleh Raja-raja. Menurut Beccaria, ada delapan prinsip yang harus menjadi landasan dalam menjalankan hukum pidana, yakni:

1. Masyarakat harus dikonstruksi berdasarkan prinsip sosial contract;
2. Undang-undang adalah sumber hukum, bukan hakim, sehingga dalam penjatuhan hukuman harus didasarkan undang-undang;
3. Hakim hanya bertugas menentukan kesalahan para pelaku;
4. Negara berhak menjatuhkan hukuman, di mana hak tersebut dimaksudkan untuk melindungi warga masyarakat dari kekerasan dan keserakahan oknum/individu;
5. Hukuman atas tindak kejahatan yang diperbuat oleh para pelaku harus seimbang atau sebanding kejahatan yang mereka lakukan;
6. Motif manusia berbuat sesuatu -- (*kejahatan dan kebaikan*) -- pada prinsipnya didasarkan pada keuntungan dan kerugian yang dapat diperolehnya (*hedonisme*);
7. Penentuan besarnya kerugian yang ditimbulkan oleh suatu tindak kejahatan, maka yang menjadi dasar penentuan hukuman adalah perbuatannya dan bukan niatnya;

8. Prinsip dari hukum pidana adalah ada pada sanksinya yang positif.<sup>47</sup>

Dari delapan prinsip hukum tersebut, menurut Beccaria adalah konsekuensi dari adanya pelimpahan sebagian hak-hak individu kepada Negara. Dan dari delapan prinsip tersebut, ada tiga prinsip yang kemudian dianggap sebagai embrio dari asas legalitas, yakni:

1. Kepastian hukum, artinya hukum harus dibuat dalam bentuk tertulis. Beccaria juga melarang hakim menginterpretasikan undang-undang untuk menghindari subjektivitas individu hakim dan hak untuk membuat undang-undang hanya dapat dibuat oleh lembaga legislatif;
2. Persamaan hak di depan hukum, artinya hukum haruslah adil pada semua orang dan tidak ada keberpihakan;
3. Keseimbangan antara kejahatan yang dilakukan dengan hukum yang diberikan. Dalam praktiknya, Beccaria melihat bahwa dalam keputusan hakim seringkali tidak sama antara satu dengan lainnya dalam kasus yang sama, karena adanya *spirit of the law* dalam menginterpretasi suatu undang-undang.

Moeljatno dalam Gerson W Bawengan menyatakan bahwa reaksi terhadap kesewenang-wenangan dan kekuasaan raja-raja yang mengebiri para hakim pada zaman *Ancien Regime* melahirkan pemikiran-pemikiran bahwa penghukuman dan larangan-larangan haruslah dicantumkan dalam suatu ketentuan tertulis.<sup>48</sup> Sebagai awal penerapan asas legalitas ke dalam undang-undang adalah seperti tercantum dalam pasal 8 *Declaration des droit de l'homme et du citoyen* pada tahun 1789. Isi dari pasal 8 tersebut adalah: "*Tidak ada sesuatu yang dapat dipidana selain karena sesuatu wet yang ditetapkan dalam undang-undang dan diundangkannya secara syah*".

<sup>47</sup> Cesare Beccaria *Dei Delitti e Delle Pene (On Crimes and Punishments)*, Diterjemahkan oleh Hendry Paolucci, New Jersey: Prentice Hall Inc, 1963, h. 12-17.

<sup>48</sup> Moeljatno dalam Gerson W Bawengan.. *op.cit.* 1983, h 29

Pengaruh dari *Declaration et du citoyen* menyebar ke dalam Code Penal Prancis, yakni dalam pasal 4 Code pada zaman pemerintahan Napoleon. Penjajahan Napoleon yang meluas ke negeri Belanda menjadikan asas legalitas masuk ke dalam Wetboek van Strafrecht 1881, dan kemudian menyebar ke daerah jajahan Belanda, seperti tercantum dalam pasal 1 Wetboek van Strafrecht Ned. Ind 1918. Perkembangan asas legalitas yang pernah berjasa dalam membatasi kedzaliman raja-raja di Eropa dan memberikan perlindungan terhadap hak-hak azasi, berhasil masuk dalam berbagai deklarasi, termasuk *The Declaration of Human Right* PBB. Di Indonesia, substansi dari asas legalitas dapat dilihat dalam pasal 1 ayat 1 KUHP sebagai langkah perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia Indonesia.

Asas legalitas juga sebenarnya diterapkan di sejumlah Negara, seperti dalam Konstitusi Amerika pada tahun 1783 dan kemudian dalam pasal 8 *Declaration et du citoyen* tahun 1789, serta tahun 1787 dicantumkan dalam konstitusi Austria. Dalam KUHP modern, asas legalitas tercantum dalam pasal 1 ayat 1 KUHP Republik Korea, pasal 2 KUHP Thailand, pasal 1 KUHP Turki, pasal 1 KUHP Jepang dan lain-lain. Sementara Kerajaan Inggris dan bekas koloninya, seperti Malaysia, Singapura, Brunei dan Argentina tidak mencantumkan atau menganut asas legalitas. Hukum Inggris tidak menganut asas legalitas, karena secara empirik hukum Inggris merupakan produk keputusan pengadilan terhadap kasus-kasus dan *common law* yang didukung oleh hakim, juri, penuntut umum, pengacara, polisi dan rakyatnya yang memiliki integrasi tinggi.

Pengertian yang terkandung dalam asas legalitas terdiri dari; (1) *nullum crimen sine lege* (tiada kejahatan tanpa undang-undang), (2) *nulla poena sine lege* (tiada hukuman tanpa undang-undang) dan (3) *nulla poena sine crimine* (tiada hukuman tanpa kejahatan). Asas legalitas tersebut mencakup pula asas derivative antara lain asas larangan untuk menerapkan “*ex post facto criminal law*” dan kaitannya dengan pemberlakuan surut hukum pidana dan sanksi pidana (*non retroactive application of criminal laws and criminal sanctions*).<sup>49</sup>

Perkembangan asas legalitas dalam kaitannya dengan asas ruang lingkup berlakunya hukum pidana ternyata mengalami pergeseran dengan munculnya beberapa ketentuan hukum pidana diluar KUHP yang menganut asas retroaktif, ketentuan tersebut diantaranya:

- a) Penjelasan Pasal 4 UU No: 39 tahun 1999 tentang HAM yang menegaskan bahwa “ Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran HAM yang digolongkan ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan.
- b) Pasal 43 UU No: 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang menegaskan bahwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum di undangkannya UU ini diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc.
- c) Keluarnya Perpu No: 2 tahun 2002 (18 Oktober 2002) jo UU No: 16 tahun 2003 (4 April 2003 ) yang memberlakukan Perpu No: 1 tahun 2002 tentang Tindak Pidana Terorisme (menjadi UU berdasarkan UU No: 15 tahun 2003 pada peristiwa peledakan bom Bali 12 Oktober 2002.

### 2.1.2 Hakikat dan Tujuan Asas Legalitas

Pemberlakuan asas legalitas sangat terkait dengan revolusi pemikiran Cesare Becaria (1738 – 1794) yang menentang kesewenang-wenangan lembaga peradilan

---

<sup>49</sup> M. Slamet .*op.cit.* h. 1.



kejahatan, dan (4) pemidanaan tidak dimaksudkan untuk menderitakan dan tidak diperkenankan merendahkan martabat manusia.<sup>52</sup>

Menurut Barda Nawawi Arief, tujuan dan pedoman dalam sistem pidana; (a) bahwa sistem hukum pidana merupakan satu kesatuan yang bertujuan (*purposive sistem*) dan pidana hanya merupakan instrument untuk mencapai tujuan, (b) tujuan pidana merupakan bagian integral (*subsistem*) dari keseluruhan sistem pemidanaan di damping sub-sistem pemidanaan lainnya, yakni sub-sistem tindak pidana, pertanggung-jawaban pidana (*kesalahan*) dan pidana, (c) sebagai fungsi pengendali/control/pengarah dan sekaligus memberikan dasar filosofis, rasionalitas, dan justifikasi pemidanaan.<sup>53</sup>

Dalam perkembangannya, Bambang Purnomo menjelaskan bahwa tujuan hukum pidana (*strafrechtsholen*) dipengaruhi oleh 3 (tiga) aliran, yakni: (1) aliran klasik, (2) aliran modern, dan (3) aliran konvergensi atau kompromisambang. Menurut **Aliran Klasik** bahwa tujuan susunan hukum pidana adalah untuk melindungi individu dari kekuasaan Penguasa atau Negara (*de klassieke shool/de klassieke richting*), untuk itu maka hukum pidana harus diatur dengan undang-undang yang

<sup>52</sup> Andi Hamzah. **Tujuan Pemidanaan**: (1) **Tujuan Reformasi** berarti memperbaiki atau merehabilitasi para pelaku kejahatan sehingga menjadi orang baik dan berguna bagi masyarakat. Tujuan ini perlu digabung dengan tujuan pencegahan; (2) **Restraint** artinya mengasingkan para pelaku kejahatan agar masyarakat dapat hidup lebih aman dan tenang, (3) **Retribution** artinya pembalasan terhadap para pelaku kejahatan karena telah melakukan kejahatan. Tujuan ini dianggap sebagai barbar dan biadab, dan (4) **Detrence** artinya menjerakan atau mencegah sehingga para pelaku kejahatan baik secara individu atau orang lain yang potensial menjadi jahat akan jera atau takut untuk melakukan kejahatan, setelah melihat pidana yang dijatuhkan kepada para pelaku kejahatan, *Op. Cit.* h.28-29

<sup>53</sup> Barda Nawawi Arief. "Sistem Pemidanaan dalam Ketentuan Umum Buku I RUU KUHP 2004", *Makalah, Bahan Sosialisasi Rancangan Undang-undang tentang KUHP 2004*, diselenggarakan oleh Departemen Hukum dan HAM, tanggal 23-24 Maret 2005 di Hotel Sahid Jaya Jakarta. 2004. h. 15



tertulis (*asas legalitas*). Aliran ini dipelopori oleh Beccaria dalam tulisannya *Dei Delitte Edelle Pene* (1764) Diterjemahkan oleh Hendry Paolucci, menjadi *On Crimes and Punishments*.<sup>54</sup> Hal tersebut dimaksudkan untuk menghapus subjektifitas, kesewenang-wenangan dan absolutisme Raja. Pada masa itu, raja adalah kebenaran dan sekaligus hukum dalam memutuskan dan mengintervensi pengambilan keputusan pidana, sementara masyarakat tidak pernah diberi-tahu jenis perbuatan serta jenis dan beratnya pidana yang diancamkan kepadanya. Dalam praktiknya, seorang raja boleh jadi akan menetapkan hukuman atau mengintervensi proses hukum karena faktor balas dendam.

**Aliran Modern** (*de moderne school/demoderne richting*) mengajarkan bahwa tujuan susunan hukum pidana adalah untuk melindungi masyarakat dari kejahatan. Aliran modern dipengaruhi oleh perkembangan kriminologi yang diabaikan oleh aliran klasik, sehingga dalam proses pengambilan keputusan hukum masih memperhatikan perilaku kejahatan dan keadaan pelaku kejahatan.

Selain kedua aliran tersebut, H.B. Vos dalam Bambang Purnomo masih menganggap perlu adanya aliran ketiga (*derderichting*) sebagai konvergensi atau kompromi antara aliran klasik dengan aliran modern. Aliran ini dalam perkembangannya cukup beragam, di antaranya *aliran autoritaire richting*<sup>55</sup>. Menurut W.P.J Pompe, *autoritaire strafrecht* banyak diikuti oleh Negara-negara yang mengatut faham fasis (*fasistisch*) di Italia, faham komunis (*communistische*) di Rusia

---

<sup>54</sup> Bambang Purnomo. *op.cit.* h. 23.

<sup>55</sup> *Ibid.* h.25.

dan faham Nazi (*National Soscialistische*) di Jerman. Faham *autoritaire strafrecht* memandang hukum pidana itu tertulis diadakan untuk melindungi Negara, sehingga kepentingan Negara adalah kepentingan yang paling diutamakan untuk mewujudkan (*komunis*) atau kepentingan penguasa otorite (*fuhrer, dictator*).

Bentuk-bentuk pemidanaan yang lazim dan terpelihara di hampir semua Negara adalah melumpuhkan dan menyingkirkan para pelaku kejahatan, sehingga tidak lagi mengganggu ketentraman hidup masyarakat. Hukum pidana di masa lampau tampil sebagai hukum yang sangat sadis dan keras. His (pakar Sejarah Hukum) dalam Jan Remmelink menyatakan bahwa penerapan hukum pidana sangat dipengaruhi oleh ajaran penjeraan, sehingga sanksi pidana berkembang *ein immer grausamer geprage* (semakin keji dan kejam),<sup>56</sup> sedangkan Jan Remmelink menyatakan bahwa menjelang revolusi Prancis (1789) merupakan awal masa pencerahan dan perombakan secara mendasar terhadap sistem pemidanaan dan peradilan pidana.<sup>57</sup>

Cara-cara penyingkiran, seperti pidana mati, pembuangan, pengiriman ke seberang lautan dan kemudian pemenjaraan, merupakan adopsi dari zaman kerajaan dan kolonial. Kecenderungan tersebut bertahan terus hingga paruh kedua abad 18. bahkan ketidak-seimbangan dan ketidak-pastian hukum berkembang dan dipelihara pada saat itu. Atas dasar itu, maka Hermann Mannheim dalam Andi Hamzah

---

<sup>56</sup> Jan Remmelink .Hukum Pidana, *Komentar atas pasal-pasal terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta; 2003. h.32.

<sup>57</sup> *Ibid.*

menyatakan bahwa hukum pidana di hampir semua Negara dalam 50 tahun terakhir hingga tahun 1985, tidak terkecuali Indonesia telah ketinggalan zaman.<sup>58</sup>

Orientasi hukum pidana karena itu harus diperbaharui sebagai bentuk preverensi umum dan preverensi khusus, dengan tekanan kepada preverensi khusus dan pendidikan ulang (*reeducation*) terhadap para pelaku, karena pemidanaan bukanlah bertujuan untuk balas dendam. Van Hamel penganut teori gabungan (*verenigingstheorieen*) dalam Andi Hamzah menunjukan bahwa preverensi khusus suatu pidana adalah; (1) pidana haruslah memuat suatu unsur menakutkan supaya mencegah penjahat yang mempunyai kesempatan untuk tidak melaksanakan niat buruknya, (2) pidana harus mempunyai unsur memperbaiki terpidana, (3) pidana mempunyai unsur mebinasakan penjahat yang tidak mungkin diperbaiki, dan (4) tujuan satu-satunya suatu pidana adalah mempertahankan tata tertib hukum.<sup>59</sup>

Agar dalam pelaksanaan sistem pemidanaan dan tujuan hukum pidana seperti dalam uraian diatas dapat tercapai maka diperlukan aturan hukum yang kuat, dan jelas (*asas lex certa*), sehingga keadilan dan kepastian hukum tidak dikibiri, disini asas legalitas muncul sebagai pedoman pokok dalam praktek hukum. Ini menunjukkan bahwa makna dan tujuan yang terkandung dalam asas legalitas adalah sebagai upaya untuk memberikan perlindungan hukum pada warga negara dan juga negara melalui cara memperkuat dan menjamin kepastian hukum dan mencegah

---

<sup>58</sup> Andi Hamzah.. *op.cit.* h. 28-29.

<sup>59</sup> *Ibid.*

penyalahgunaan kekuasaan negara, undang-undang hadir sebagai dasar untuk bertindak, sehingga memperkuat penerapan *role of law*.

Kalau hakikat yang terkandung dalam asas legalitas adalah mengenai ruang lingkup berlakunya hukum pidana menurut waktu dan terkait dengan dengan sumber hukum dapat dipidananya suatu perbuatan yang merupakan landasan yuridis dalam pemidanaan, fakta menunjukkan bahwa asas legalitas pada prinsipnya bukan untuk membatasi ruang lingkup jangkauan hukum pidana dalam menjerat pelaku kejahatan.

Sumber hukum dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana juga menunjukan bahwa pedoman dalam menetapkan tindak pidana tidak hanya pada legalitas materiil akan tetapi juga berpedoman pada legalitas formal yaitu diakuinya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum pidana, hal ini dapat dilihat dengan adanya UU No: 1 Drt 1951, Pasal 5 (3) sub b yang menegaskan:

“bahwa suatu perbuatan yang menurut hukum yang hidup harus dianggap perbuatan pidana, akan tetapi tiada bandingnya dalam Kitab Hukum Pidana Sipil, maka dianggapp diancam dengan hukum 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 yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan terhukum.

Pengakuan dan pemberian tempat kepada hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum yang tidak tertulis sebagai sumber hukum bahkan dipertegas pula dalam aturan yang bersifat lebih umum, yaitu: Undang-undang kekuasaan Kehakiman No: 4 tahun 2004 yang mencabut Undang-Undang No: 14 tahun 1970 jo Undang-Undang No: 35 tahun 1999 dalam Pasal 25 (1) Segala putusan Pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula pasal tertentu

dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili dan Pasal 28 (1) hakim wajib mengadili, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat

Pengaturan mengenai dasar pemidanaan tidak hanya berpedoman pada aturan yang tertulis juga diatur dalam Pasal 18 B (2) UUD 1945 (Amandemen ke 2) yang menegaskan bahwa “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang.

## 2.2 Karakteristik Asas Legalitas

Menurut Muladi bahwa jika dibandingkan dengan KUHP Perancis (*The French Penal Code*), KUHP Belanda yang atas dasar asas konkordansi berlaku di Indonesia, menampilkan karakteristik kesederhanaan (*simplicity*), kepercayaan terhadap pengadilan (*faith in the judiciary*) dan bersifat praktis (*practicality*). Kesederhanaan tampak pada definisi hukum dan tindak pidana, pembagian tindak pidana hanya terbatas pada kejahatan dan pelanggaran (Perancis: *crimes, delicts dan contraventions*) dan sistem sanksi yang hanya terdiri dari atas penjara, kurungan, pidana kerja sosial dan denda. Kepercayaan terhadap pengadilan terlihat dengan tidak diaturnya pidana minimum khusus untuk tindak pidana berat, dan wewenang diskresi yang luas dalam pemidanaan. Sifat praktis nampak dari kepercayaan yang luas



kepada pengadilan dan Mahkamah Agung untuk mengembangkan doktrin hukum pidana.<sup>60</sup>

Satochid Kartanegara, dalam. Gerson W Bawengan, menyatakan bahwa asas legalitas tidak boleh bersumber pada hukum adat atau hukum tidak tertulis lainnya.<sup>61</sup>

D. Schaffmeister, N. Kejzer dan E.PH. Sotorius menyatakan bahwa dalam menindak suatu kasus perbuatan tercela, maka legalitas dalam hukum pidana mensyaratkan adanya suatu ketentuan dalam undang-undang pidana yang merumuskan perbuatan tercela itu dan memberikan suatu sanksi terhadapnya. Jika tidak dirumuskan secara jelas dan spesifik (*asas lex cetra*), maka suatu tindakan tercela tersebut tidak dapat dituntut berdasarkan hukum pidana.<sup>62</sup> Ini memperlihatkan keterbatasan daya jangkau dari asas legalitas dalam menjaring suatu kasus pidana.

Pendapat di atas menunjukan tidak diperbolehkannya analogi hukum dalam menerapkan ketentuan pidana (*nullum crimen sine lege stricta*: tiada ketentuan pidana terkecuali dirumuskan secara sempit/ketat di dalam peraturan perundang-undangan). Jan Remmelink menyatakan bahwa sekalipun dalam penerapannya terdapat insikonsistensi, larangan analogi hukum sangat esensial untuk; (1) menjamin kepastian hukum, (2) pengembangan dan interpretasi hukum tidak hanya kewenangan dan dibebankan kepada para hakim, (3) minimasi sikap dan perilaku hakim yang

<sup>60</sup> Muladi, "Beberapa Catatan Terhadap Buku II RUU KUHP". *Makalah*, Disampaikan pada Sosialisasi Rancangan UU Hukum Pidana, diselenggarakan oleh Departemen Hukum dan HAM RI di Hotel Sahid Jaya Jakarta tanggal 23-24 Maret 2005. 2004. h. 6.

<sup>61</sup> Satochid Kartanegara dalam Gerson W Bawengan. *op.cit.* h. 35.

<sup>62</sup> D. Schaffmeister, N. Kejzer dan E.PH. Sotorius. *op.cit.* h. 1.

emosional dan temperamental dalam menetapkan suatu keputusan karena pengaruh dari opini public, institusi dan media masa.<sup>63</sup>

Kecuali di atas, Harkristuti Harkrisnowo menyatakan bahwa hukum pidana tidak boleh berlaku surut (*retroaktif*) agar; (1) menjamin kebebasan individu dari *detournement de pouvoir* oleh penguasa, (2) menjamin kepastian hukum, dan (3) ketiadaan hukum pidana yang memberikan sanksi terhadap suatu perilaku mengakibatkan ketiadaan "*paksaan psikis*" bagi pelaku untuk melakukan perilaku yang bersangkutan.<sup>64</sup>

Menurut Bambang Purnomo bahwa sepanjang sejarah perkembangan hukum pidana dengan segala faktor yang mempengaruhinya, terdapat 4 (empat) macam sifat ajaran yang dikandung oleh asas legalitas, yakni:

1. Asas legalitas hukum pidana dititik beratkan pada *perlindungan individu* untuk mendapatkan kepastian dan persamaan hukum (*rechtszekerheid en rechtsgelijkheid*) terhadap penguasa agar tidak sewenang-wenang. Adigium "*nulla poena sine lege*" atau "*nullum crimen sine lege*";
2. Dititik beratkan pada *dasar dan tujuan pembedaan* agar dengan sanksi pidana itu hukum pidana bermanfaat bagi masyarakat dan tidak terjadi lagi pelanggaran hukum oleh masyarakat, karena itu masyarakat harus mengetahui *lebih dahulu rumusan peraturan* yang memuat tentang perbuatan pidana dan ancaman pidananya. Adigium "*nullum delictum nulla poena sine praevia lege*" atau "*nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*";
3. Dititik beratkan pada *dua unsur yang sama pentingnya*, yakni bahwa yang diatur oleh hukum pidana tidak hanya memuat ketentuan tentang perbuatan pidana saja agar orang mau menghindari perbuatan jahat, tetapi juga harus diatur ancaman pidananya agar penguasa tidak sewenang-wenang dalam

<sup>63</sup> Jan Remmelink .*op.cit.* h. 360.

<sup>64</sup> Harkristuti Harkrisnowo. "Asas Legalitas, Kepastian Hukum dan Keadilan dalam Rancangan KUHP", *Makalah*, pada Seminar Sosialisasi Rancangan KUHP yang diselenggarakan oleh Departemen Kehakiman dan HAM di Jakarta tanggal 7 Nopember 2000. h.9

menjatuhkan pidananya. Terkandung filsafat keseimbangan, dengan adigium "*rondom den regel poena sine lege, nulla poena sine crimen, nullum crimen sine poena legali*";

4. Dititik beratkan pada perlindungan hukum lebih utama kepada Negara dan masyarakat daripada kepentingan individu, "*a crime is a socially dangerous act of commission or omission as prescribed in criminal law*". Pada ajaran ini, asas legalitas menempatkan kepentingan Negara dan masyarakat jauh lebih penting daripada kepentingan individu, sehingga tidak mungkin ada perbuatan jahat yang timbul kemudian dapat meloloskan diri dari tuntutan hukum, dengan adigium "*nullum crimen sine poena*."<sup>65</sup>

Selain itu, menurut Jan Rummelink bahwa hukum pidana berbeda atau setidaknya lebih dibandingkan dengan hukum sipil (*civil law*). Hukum pidana memiliki karakter khas sebagai "*hukum perintah*". Perintah dan larangan tegas memberikan nuansa khas pada hukum pidana. Dalam perspektif *teori imperative* bahwa pokok soal hukum pidana dalam konteks perlindungan objek-objek atau kepentingan hukum adalah pentaatan larangan dan perintah yang dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan yang dituju oleh ketentuan pidana tersebut.<sup>66</sup>

Dalam proses penegakan hukum, asas legalitas ternyata dianggap memiliki keterbatasan dalam kemampuan menyelesaikan persoalan hukum, ini disebabkan oleh karena karakter asas legalitas mensyaratkan bahwa setiap kejahatan baru dapat dijerat dengan hukum apabila aturan hukumnya sudah diatur terlebih dahulu, sehingga kejahatan-kejahatan yang tidak tertampung dalam aturan tidak dapat dikenakan hukuman, asas legalitas juga lebih menitik beratkan pada perlindungan individu.

---

<sup>65</sup> Bambang Purnomo, *op.cit.* 73..

<sup>66</sup> Jan Rummelink. *op.cit.* h.9.

Karakter lain yang ada dalam asas legalitas adalah pemerintahan yang berdasarkan hukum.

### 2.2.1 Asas Legalitas sebagai Konsekuensi dari Civil Law Sistem

Konsep Negara hukum merupakan konsep yang sangat populer, dalam sejarah dikenal dua konsep yang sangat berpengaruh yaitu "*rechtstaat*" Jerman dan "*The Rule of Law*" Inggris, Istilah "*rechtstaat*" mulai populer di Eropa sejak abad XIX. Konsep *rechtstaat* lahir dari perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, sebaliknya konsep *the rule of law* berkembang secara evolusioner, konsep *rechtstaat* bertumpu pada hukum *civil law* sedangkan konsep *the rule of law* berdasarkan pada sistem hukum *common law*.

Sistem hukum yang berkembang di dunia adalah *civil law sistem* dan *common law sistem*, dari dua sistem tersebut Indonesia tidak dapat memungkirkannya bahwa berdasarkan sejarah perkembangan hukum, sistem yang diterimanya adalah *civil law sistem*, kalau sistemnya *civil law* maka hukumnya adalah kodifikasi, hukum dibentuk melalui proses legislasi, dengan demikian asasnya adalah legalitas, misi utama dalam asas legalitas ini adalah kepastian hukum, menurut Van Apeldoorn dalam Peter Mahmud Mz, bahwa kepastian hukum berarti dapat ditentukan hukum apa yang berlaku untuk masalah-masalah yang konkret dan lebih lanjut kepastian hukum berarti perlindungan hukum.<sup>67</sup> Namun terhadap misi kepastian hukum ini masih dianggap belum mampu memenuhi rasa keadilan bagi warga negara.

---

<sup>67</sup> Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.* h. 59-60.



Meskipun asas legalitas dinilai belum mampu menangani permasalahan hukum yang terus berkembang, belum dapat memberikan kepastian hukum dan perlindungan hukum yang maksimal, asas legalitas masih tetap dipertahankan dan dianggap sebagai asas fundamental dalam penegakan hukum (*law enforcement*), bahkan sejumlah pakar hukum seperti Simons, Van Hamel, Van Hantum, dan Vos adalah pendukung utama bagi eksistensi asas legalitas.

Roeslan Saleh menyatakan bahwa asas legalitas merupakan dasar pokok tentang tindak pidana, karena tanpa adanya ketentuan pidana lebih dahulu mengenai apa yang dilarang dan apa yang boleh dilakukan, maka tidaklah diketahui adanya suatu perbuatan pidana.<sup>68</sup> Lebih lanjut Roeslan Saleh menyatakan bahwa pada awalnya arti perlindungan hukum yang terpenting dari asas legalitas adalah bahwa warga negara sendiri dapat berpartisipasi dalam membuat undang-undang yang akan diberlakukan terhadapnya. Partisipasi para justitiabel dalam pembuatan hukum sekarang ini diabaikan. Secara formal, undang-undang pidana terbatas dibicarakan dan diputuskan oleh DPR bersama pemerintah, yang menurut UUD adalah kekuasaan perundang-undangan.<sup>69</sup>

Realitas menunjukan bahwa pembentukan Undang-Undang adalah sesuatu yang tidak sederhana. Neil MacCormick dalam Philipus M Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati menjelaskan bahwa tidak semua aturan hukum dan tidak semua produk legislatif dirumuskan dalam bentuk verbal yang tepat, yang diharapkan memberikan

---

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Ibid.*



jawaban yang jelas terhadap persoalan hukum praktis,<sup>70</sup> hal ini dipertegas lagi oleh G J Wirarda dalam Philipus M Hadjon, bahwa setelah setelah kodifikasi Prancis yang diprakarsai oleh Portalis suatu reaksi yang kuat terhadap kodifikasi adalah bahwa undang-undang tidak sempurna karena pembentuk undang-undang tidak dapat melihat semuanya bahkan tidak dapat meramalkan semuanya dan karena itu adalah suatu pilihan "*L'arbitrage des juges.*"<sup>71</sup>

Asas legalitas merupakan suatu bentuk hak asasi manusia dimana setiap manusia dijamin atas perlakuannya dihadapan hukum. Undang Undang No: 39 tahun 1999 Pasal 18 ayat (2) menegaskan bahwa setiap orang tidak boleh dituntut untuk dihukum atau dijatuhi pidana, kecuali berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan yang sudah ada sebelum tindak pidana itu dilakukan.

Asas legalitas menurut Hulsman, dalam penegakannya mensyaratkan bahwa tidak ada suatu perbuatan yang dapat digolongkan sebagai tindak pidana kecuali apabila telah ditetapkan oleh undang-undang. Undang-undang tersebut dalam arti materiel adalah peraturan yang dibuat oleh badan yang berwenang, yang berlaku umum dan bersifat mengikat penduduk. Sedangkan secara formal adalah undang-undang yang dibuat berdasarkan cara-cara yang telah ditentukan dalam UUD yakni oleh pemerintah dan DPR.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> Philipus M Hadjon dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum (legal Argumentation/legal reasoning)*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta. 2005 h. 24

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> Hulsman. *op.cit.* h.99.

Lebih lanjut, Hulsman menyatakan bahwa kekuasaan-kekuasaan yang lain dari pembuat undang-undang formal dibatasi dalam 2 (dua) hal, yakni: (1) pembuat undang-undang harus tetap berada dalam batas-batas yang ditetapkan oleh statuta yang memberikan kekuasaan untuk membuat peraturan-peraturan dan menetapkan hukuman bagi pelanggarnya. Artinya hukuman dibatasi oleh maksimal tertentu, dan (2) syarat-syarat hukuman yang dapat mereka kenakan harus tunduk pada persyaratan umum yang terdapat dalam KUHP.<sup>73</sup> Pengecualian diberikan berkaitan dengan pengaturan hal-hal khusus dalam undang-undang yang terpisah. Aturan-aturan yang merumuskan tidak pidana atau ketentuan pidana tidak akan ditemukan dalam UUD. Namun, sejak tanggal 17 Pebruari 1983, dapat ditemukan sejumlah peraturan yang sangat penting, khususnya yang berkaitan dengan penegakan hukum pidana materiil.<sup>74</sup>

Oleh karena sistem hukum yang dianut adalah civil law maka konsekuensi hukumnya adalah menganut asas legalitas, namun kedudukan asas legalitas disini bukan dalam kaitan dengan pembatasan ruang lingkup jangkauan hukum pidana dalam menjerat pelaku kejahatan, akan tetapi dalam kaitan dengan konsistensi terhadap sistem hukum yang dianut

---

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Jan Remmelink. Beberapa pasal, misalnya ketentuan Pasal 11 (integritas tubuh), Pasal 15 ayat (4) tentang perampasan kemerdekaan secara legal sebagai pelanggaran atas penikmatan HAM, Pasal 16 berkenaan dengan *asas noella poena* (tiada penjatuhan pidana tanpa adanya peraturan perundang-undangan yang sudah ada terlebih dahulu yang mengaturnya), Pasal 113 ayat (3) yang menetapkan bahwa pidana berupa perampasan kemerdekaan hanya dapat dijatuhkan oleh hakim dan Pasal 114 tentang larangan penjatuhan pidana mati, *op.cit* h.4.

### 2.2.2 Asas Legalitas sebagai Asas Mutlak.

Bambang Purnomo menjelaskan bahwa asas-asas hukum adalah ungkapan-ungkapan hukum yang sangat umum, yang sebagiannya bersumber dari kesadaran hukum dan keyakinan kesusilaan kelompok manusia, pada sebagian yang lain bersumber dari dasar pemikiran di balik undang-undang dan yurisprudensi. Apabila peraturan perundang-undangan tidak didukung oleh suatu asas hukum, maka peraturan itu kehilangan diri dan sifat hukumnya.<sup>75</sup> Ini semata-mata karena asas merupakan meta norma yang dibentuk melalui nilai-nilai yang ada dalam masyarakat.

Sudarto menyatakan bahwa hukum berisi nilai dan asas-asas yang berkedudukan relatif otonom. Fungsi pengendalian masyarakat, penyelenggaraan ketertiban dan penanggulangan kejahatan harus berorientasi kepada asas-asas tersebut. Asas-asas tidaklah bersifat transidental atau melampaui alam kenyataan yang dapat disaksikan oleh pancaindera. Artikulasi dan penjabaran dari asas-asas tergantung pada kondisi sosial. Artinya, asas-asas adalah sesuatu yang *opened*, *multi-interpretable* dan *gesellschaftgebunden* dan tidak bersifat absolute seperti pandangan juridis tradisional.<sup>76</sup>

Lebih lanjut Sudarto menyatakan bahwa dalam proses pembentukan peraturan perundang-undang melewati proses yang tidak singkat dan memerlukan pemikiran yang luas dan dalam. Isi dari suatu undang-undang mempunyai pengaruh yang luas terhadap masyarakat. Yang penting bukan hanya sudah terbentuknya

---

<sup>75</sup> Bambang Purnomo, *op.cit.* h. 23.

<sup>76</sup> Sudarto, *loc.cit.*

undang-undang, melainkan apakah sesudah terbentuknya undang-undang tersebut tujuan yang dicita-citakan masyarakat dapat tercapai.<sup>77</sup> Undang-undang dapat saja memuaskan suatu golongan, tetapi belum tentu bagi sebagian yang lain. Pelaksanaan suatu undang-undang besar atau kecil pasti mempunyai pengaruh dan bahkan dapat membawa konflik dalam kehidupan masyarakat.

Peraturan perundang-undangan, menurut Soerjono Soekanto adalah segala peraturan (tertulis) yang berlaku umum, dan dibuat oleh Penguasa Pusat maupun Daerah yang sah. Misalnya; undang-undang, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, Peraturan Daerah, dan sebagainya. Dalam pemberlakuannya peraturan perundang-undangan tersebut menganut beberapa asas, yakni:

1. Peraturan perundang-undangan tidak berlaku surut,
2. Dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi dan mempunyai kedudukan yang lebih tinggi,
3. Peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus mengesampingkan peraturan perundang-undangan yang bersifat umum, apabila pembuatnya sama,
4. Peraturan perundang-undangan yang berlaku belakangan membatalkan peraturan perundang-undangan yang berlaku terdahulu,
5. Undang-undang tidak dapat diganggu-gugat, dan
6. Peraturan perundang-undangan merupakan suatu sarana prasarana untuk mencapai kesejahteraan spiritual dan material bagi masyarakat.<sup>78</sup>

Lebih lanjut Soerjono Soekanto menyatakan bahwa peraturan perundang-undangan dibuat oleh golongan masyarakat yang biasanya dinamakan lembaga pembentuk peraturan perundang-undangan atau pembentuk undang-undang(dalam

---

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Soerjono Soekanto. *op.ct.* h. 16.

arti material). Agar peraturan perundang-undangan senantiasa dapat mengikuti perkembangan masyarakat, maka harus memenuhi syarat, yakni:

1. Keterbukaan (*transparansi*) yakni bahwa dalam sidang-sidang pembentuk undang-undang serta perilaku pihak eksekutif dalam penyusunan peraturan perundang-undangan diumumkan, agar ada tanggapan dari masyarakat luas;
2. Memberikan hak dan kesempatan kepada masyarakat untuk mengajukan usulan tertulis sebagai bentuk partisipasi publik<sup>79</sup>.

Dalam proses pembentukan Peraturan perundang-undangan, menurut I.C. Van der Vlies dalam Maria Farida Indrati Soeprato, didasarkan atas asas formal dan asas material. Asas-asas formal meliputi; (1) asas tujuan yang jelas (*beginsel van duidelijke doelstelling*), (2) asas organ/lembaga yang tepat (*beginsel van het juiste orgaan*); (3) asas perlunya pengaturan (*het noodzakelijkheids beginsel*); (4) asas dapat dilaksanakan (*het beginsel van uitvoerbaarheid*), dan (5) asas konsensus (*het beginsel van consensus*).<sup>80</sup>

Sedangkan asas-asas material, menurut I.C. Van der Vlies meliputi: (1) asas terminology dan sistematika yang benar (*het beginsel van duidelijke terminologie en duidelijke ssystematiek*), (2) asas dapat dikenali (*het beginsel van de kenbaareheid*), (3) asas perlakuan yang sama dalam hukum (*het rechtsgelijkheidsbeginsel*), (4) asas kepastian hukum (*het rechtszekerheidsbeginsel*), (5) asas pelaksanaan hukum sesuai dengan keadaan individual (*het beginsel van de individuele rechtsbedeling*).

A. Hamid S Attamimi dalam Maria Farida Indrati Soeprato membagi asas pembentukan Peraturan perundang-undangan yang patut, yang berdasarkan asas-asas

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> I.C. Van der Vlies dalam Maria Farida Indrati Soeprato, *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta. 1998. h. 196-197.



formal, yakni: (1) asas tujuan yang jelas, (2) asas perlunya pengaturan, (3) asas organ/lembaga yang tepat, (4) asas materi muatan yang tepat, (5) asas dapatnya dilaksanakan, dan (6) asas dapatnya dikenali. Sedangkan asas material, terdiri dari: (1) asas sesuai dengan cita hukum Indonesia dan norma fundamental Negara, (2) asas sesuai dengan Hukum Dasar Negara, (3) asas sesuai dengan prinsip-prinsip Negara Berdasar Atas Hukum, dan (4) asas sesuai dengan prinsip-prinsip Pemerintahan berdasarkan Sistem Konstitusi.<sup>81</sup>

Prinsip pokok dalam asas legalitas ini adalah suatu aturan hukum dinyatakan memiliki kekuatan hukum apabila aturan tersebut telah diundangkan, prinsip ini menggambarkan bahwa hukum kita adalah hukum yang tertulis, hal ini juga sesuai dengan sistem hukum yang dianut yaitu *civil law sistem*, terhadap prinsip ini maka sesuatu peraturan dapat ditegakkan atau dilaksanakan jika aturan tersebut sudah dibentuk dalam bentuk aturan hukum yang tertulis, dengan demikian maka setiap peraturan-perundang-undangan mutlak menganut asas legalitas, jadi mutlaknya asas legalitas disini semata-mata terkait dengan bentuk hukum yang kodifikasi dari sistem hukum *civil law*.

### 2.3. Pasal 1 ayat 2 KUHP kaitannya dengan Asas Retroaktif

Penegasan tidak berlaku surutnya (legalitas) suatu ketentuan peraturan perundang-undangan sebagaimana telah dibahas menjadi suatu landasan konstitusional dan benar-benar dilindungi melalui Pasal 28i dan Pasal 28j Amandemen UUD 1945, namun dalam praktek, tidak berlaku surutnya ketentuan

<sup>81</sup> A. Hamid S Attamimi dalam Maria Farida Indrati Soeprato, *loc.cit*, h. 198.

peraturan perundang-undangan sering kali menjadi bahan perdebatan, terutama yang terkait dengan Pasal 1 ayat 2 KUHP, yang menegaskan bahwa bilamana aturan perundang-undangan dirubah setelah terjadinya tindak pidana, maka terhadap tersangka akan digunakan ketentuan yang paling menguntungkan baginya, aturan ini sesungguhnya merupakan aturan transitoir dimana adanya perubahan suatu undang-undang maka yang dipakai adalah yang paling menguntungkan bagi tersangka, menguntungkan dalam ketentuan ini bukan hanya dalam arti pidananya lebih ringan akan tetapi juga mengenai penuntutan, jangka waktu daluarsa atau keadaan bahwa tindak pidana itu merupakan delik aduan.

Pertanya pokok dalam kaitan dengan asas legalitas yang pertama adalah apakah asas legalitas itu terkait dengan ruang lingkup jangkauan hukum pidana dalam menjerat pelaku kejahatan dan yang kedua terkait dengan sumber hukum, apakah sumber hukum dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana hanya berpedoman pada undang-undang yang tertulis saja ?.

Dalam KUHP asas legalitas tidak mengalami perubahan, namun dalam perkembangan muncul beberapa ketentuan hukum pidana diluar KUHP yang menyimpangi asas legalitas dengan memberlakukan asas retroaktif, ini menunjukkan bahwa batas yuridiksi ruang lingkup hukum pidana telah disimpangi, demikian juga dalam kaitan dengan sumber hukum, bahkan dalam konsep RUU KUHP 2004 telah memberikan peluang pada hukum yang tidak tertulis sebagai landasan dalam menentukan suatu perbuatan sebagai tindak pidana .

Hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum tidak tertulis sebagai sumber hukum dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana juga diatur dalam UU No: 1 Drt 1951, Pasal 5 (3) sub b yang menegaskan:

“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 hukum 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 yang terhukum dan penggantian yang dimaksud dianggap sepadan oleh hakim dengan besar kesalahan terhukum.

Pengakuan dan pemberian tempat kepada hukum yang hidup dalam masyarakat bahkan dipertegas lagi dalam Undang-Undang kekuasaan Kehakiman No: 4 tahun 2004 yang mencabut Undang-Undang No: 14 tahun 1970 jo Undang-Undang No: 35 tahun 1999 dalam Pasal 25 (1) Segala putusan Pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili dan Pasal 28 (1) hakim wajib mengadili, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Dalam hal adanya perubahan aturan perundang-undangan dalam ketentuan Pasal 1 ayat 2 KUHP, oleh beberapa pakar menganggap sebagai peluang untuk dapat diberlakukan asas retroaktif dalam suatu aturan perundang-undangan. Bertolak dari permasalahan tersebut maka Pasal 1 ayat 2 KUHP memberikan kemungkinan untuk memberlakukan peraturan secara retroaktif, namun pemberlakuan asas retroaktif dalam Pasal 1 ayat 2 KUHP lebih berorientasi pada perlindungan kepentingan individu pelaku atau dengan kata lain penyimpangan asas legalitas dapat dilakukan

apabila memenuhi syarat perubahan undang-undang tersebut menguntungkan tersangka, agar fungsi hukum sebagai pengayom masyarakat maka dalam pemberlakuan asas retroaktif pada ketentuan hukum pidana perlu didasarkan atas dasar ide keseimbangan dalam hal perlindungan antara pelaku dan korban.

Peluang penyimpangan terhadap asas legalitas dalam Pasal 1 ayat 2 KUHP, jika merujuk pada ketentuan Pasal 103 KUHP yang menegaskan bahwa sepanjang diatur secara khusus oleh undang-undang yang bersangkutan maka ketentuan umum dapat dikesampingkan (*lex specialis derogat legi generali*). Hal ini dapat dibenarkan menurut Pasal 18 B (2) UUD 1945 ( *Amandemen ke 2*) yang menegaskan bahwa “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang, ketentuan ini menunjukkan bahwa hukum pidana tidak harus dalam bentuk tertulis.

Berangkat dari Pasal 1 ayat 2 KUHP ini, dimana kedudukan antara pihak pelaku dan korban perlu ada keseimbangan pengaturan dalam kaitan dengan perlindungan maka eksistensi asas legalitas patut dikaji kembali, hal ini sesuai dengan pendapat Barda Nawawi Arief bahwa apabila ide keseimbangan ini dapat diterima maka ketentuan Pasal 1 ayat 2 memberi kemungkinan berlaku surutnya undang-undang (*retroaktif*) dipandang sebagai pasangan pelengkap dan penyeimbang dari

Pasal 1 ayat 1 KUHP yang memuat asas *lex temporis delicti* atau asas *non retroaktif*.<sup>82</sup>

Perubahan undang-undang yang dimaksud dalam Pasal 1 ayat 2 adalah dalam hal masa transisi karena adanya perubahan undang-undang. Menurut Barda Nawawi Arief ada beberapa alternative sikap/ide dasar/prinsip yang dapat dipilih untuk menentukan undang-undang yang mana yang berlaku dalam masa transisi (dalam hal perubahan undang-undang). Alternatif sikap/kebijakan yang dapat dipilih ialah:

- I. Yang berlaku adalah undang-undang lama,
- II. Yang berlaku adalah undang-undang baru'
- III. Yang berlaku adalah undang-undang yang menguntungkan/meringankan,
- IV. Yang berlaku adalah undang-undang lama dengan ketentuan undang-undang baru dapat diterapkan apabila menguntungkan(gabungan I dan II),
- V. Ketentuan yang berlaku adalah undang-undang baru dengan ketentuan undang-undang lama dapat diterapkan apabila menguntungkan (gabungan II dan III).<sup>83</sup>

Terhadap kelima alternatif diatas Barda Nawawi Arief mengelompokkan ke dalam tiga model kebijakan formulasi aturan peralihan yaitu;

1. Kebijakan formulasi aturan peralihan yang berorientasi pada ide/nilai kepastian hukum (yaitu alternatif I dan II); dipengaruhi oleh aliran klasik, yang berorientasi pada perbuatan,
2. Kebijakan formulasi aturan peralihan yang berorientasi pada ide/nilai keadilan (yaitu alternatif III); dipengaruhi aliran modern yang berorientasi pada orang; dan
3. Kebijakan formulasi aturan peralihan yang berorientasi pada ide/nilai keseimbanganantara kepastian hukum dan keadilan (alternatif IV dan V) gabungan aliran klasik dan modern.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> Barda Nawawi Arief, *op.cit*, h.14.

<sup>83</sup> *Ibid*.

<sup>84</sup> *Ibid*.



Dari uraian diatas seandainya bertolak dari ide keseimbangan dalam hal adanya perubahan undang-undang pada masa transisi maka kedudukan ketentuan Pasal 1 ayat 2 patut dikaji dan dipertimbangkan kembali untuk memberlakukan asas retroaktif sebagai penyeimbang asas legalitas. Terhadap adanya perubahan undang-undang yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 1 ayat 2 KUHP mengandung makna bahwa perubahan tersebut haruslah diartikan sebagai perubahan dalam keadaan masa transisi, jika terjadi perubahan undang-undang tersebut maka terhadap tersangka akan dikenakan ketentuan yang paling menguntungkan.



### BAB III

## PRINSIP-PRINSIP DASAR DALAM PEMBERLAKUAN ASAS RETROAKTIF

### 3.1 Makna asas Retroaktif dalam ketentuan Hukum Pidana.

Indrianto seno Adji berpendapat bahwa pemberlakuan asas retroaktif adalah memberlakukan secara surut suatu produk legislatif.<sup>85</sup>, pemberlakuan asas retroaktif ini semata-mata bertujuan untuk memenuhi tuntutan keadilan, walaupun memang pemberlakuan asas retroaktif masih dianggap bertentangan dengan asas legalitas karena asas legalitas dianggap sebagai asas mutlak yang tidak bisa diganggu gugat dan merupakan asas yang fundamental.

Namun sesuai dengan pendapat Peter Mahmud Marzuki, bahwa asas-asas hukum juga dapat mengalami perubahan, akan tetapi mengingat asas hukum merupakan sesuatu yang bersifat abstrak perubahan asas hukum amatlah lamban dibandingkan dengan perubahan peraturan hukum,<sup>86</sup> sedangkan menurut M P Hutagalung bertitik tolak pada paradigma bahwa nilai, asas, kaidah dan perikelakuan (*sikap tindak*) adalah suatu proses dalam interaksi social, maka dapat diartikan bahwa tidak ada suatu asas hukum yang bersifat konstan dan abadi<sup>87</sup>. Ini berarti asas sangat tergantung pada nilai-nilai masyarakat, perubahan nilai masyarakat juga akan menuntut adanya perubahan terhadap asas-asas hukum.

---

<sup>85</sup> Indrianto Seno Adji, *loc.cit.*

<sup>86</sup> Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.* h. 79

<sup>87</sup> M P Hutagalung, *loc.cit.*

Hukum yang dibuat oleh manusia dapat bersifat adil dan dapat pula bersifat tidak adil. Jika hukum itu adil, maka ia akan memiliki kekuatan mengikat manusia dengan kesadarannya. Hukum yang adil adalah hukum yang dapat mendatangkan kebaikan umum. Di samping itu, hukum dapat juga bersifat tidak adil jika hukum yang berlaku itu bertentangan dengan tujuan kebaikan umum, dan justeru memperlihatkan kesombongan penguasa dalam mempertahankan posisi dan kedudukannya.

Thomas Aquinas dalam Eugenius Sumaryono melihat penegakan hukum positif hubungannya dengan hukum kodrat. Menurut Aquinas bahwa hukum positif merupakan; (1) kesimpulan yang diturunkan dari hukum kodrat, dan (2) pembatasan ekstensif dari asas-asas yang terdapat dalam hukum kodrat. Hubungan positif pada hukum kodrat adalah essensial dan merupakan legitimasi keberlakuannya; "*Unde omnis lex humanitus (lex positiva) posita intatum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquot, a lege discordet, iam non erit lex sed legis corruption*" (setiap hukum manusiawi atau hukum positif, akan memiliki kodratnya sebagai hukum jika diturunkan dari kodrat. Jika membias dari hukum kodrat, maka hukum ini bukan lagi hukum melainkan hanya merupakan perwujudan salah satu dari sisi ketidak-baikan hukum.<sup>88</sup>

Setiap hukum haruslah mencerminkan hakekat kodrat manusia sebagai makhluk rasional dan makhluk moral. Oleh karena itu, setiap pemberlakuan hukum

---

<sup>88</sup> Thomas Aquinas dalam Eugenius Sumaryono. "Legalitas dan Moralitas Ketaatan Warga Negara. Respons", *Jurnal Etika Sosial*, Volume 6, Nomor 01 Agustus 2001, Pusat Pengembangan Etika Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya; 2001. h. 36-37.

haruslah ditujukan kepada terciptanya keadilan, jika tidak, maka sesungguhnya hukum tersebut bukan lagi hukum, melainkan hanya sisi jahat dari hukum. Agar hukum positif dapat dinilai adil dan mengikat kesadaran manusia, maka ia harus memenuhi tujuan hukum yaitu harus diarahkan pada kebaikan umum sehingga keadilan bagi masyarakat dapat tercapai.

Pemberlakuan asas retroaktif dalam aturan hukum yaitu memberlakukan ketentuan hukum secara surut, aturan hukum yang dimaksud disini adalah aturan hukum dalam kaitan dengan masa transisi, dengan alternatif pilihan aturan yang akan diterapkan adalah aturan yang menguntungkan, menguntungkan disini harus didasarkan atas keseimbangan, artinya tidak semata-mata menguntungkan bagi tersangka/pelaku tapi juga untuk kepentingan korban dan rasa keadilan dalam masyarakat, hal ini sesuai dengan pendapat Barda Nawawi Arief bahwa bertolak dari ide keseimbangan maka dapat menerima ketentuan Pasal 1 ayat 2 KUHP yang memberi kemungkinan berlaku surutnya undang-undang (*retroaktif*). Pasal 1 ayat 2 ini dipandang sebagai pasangan pelengkap dan penyeimbang dari pasal 1 ayat 1 yang memuat asas *lex temporis delicti* atau asas *nonretroaktif*.<sup>89</sup>

Hukum positif menjadi tidak adil jika ditujukan semata-mata untuk melindungi kepentingan sepihak, dirumuskan secara tidak konstitusional dan melanggar kaidah-kaidah hukum baku, atau didasarkan atas wewenang legislator yang menyalahi konstitusi, diberlakukan secara diskriminatif atas dasar SARA. Hukum yang tidak adil tidak dapat menyadarkan manusia akan pentingnya hukum

---

<sup>89</sup> Barda Nawawi Arief, *loc.cit.*

bagi kehidupan berbangsa dan bernegara, dan terutama untuk kebaikan universal. Hukum yang adil harus konstitusional, berisi dari pikiran legislator yang tidak penuh “*dosa*”, serta memiliki alasan yang rasional dan manusiawi.

### **3.2. Dasar pemikiran dalam Pemberlakuan Asas Retroaktif.**

Dalam perspektif hukum pidana positif, pemberlakuan asas retroaktif dalam beberapa undang-undang menimbulkan dilema yuridis, karena dianggap bertentangan dengan Pasal 1 ayat (1) KUHP, banyak anggapan bahwa pemberlakuan asas retroaktif sangat sarat dengan kepentingan, sekalipun memakai argumentasi hukum yaitu untuk dapat mempersempit ruang gerak, memotong dan membasmi jaringan kejahatan para pelaku teror secara cepat dan akurat.

Dasar pemikiran dalam hal pemberlakuan asas retroaktif bila dikaitkan dengan beberapa undang-undang yang telah memberlakukan asas retroaktif, misalnya undang-undang No: 26 tahun 2000 tentang peradilan HAM, pemberlakuan asas retroaktif dalam undang-undang ini adalah suatu terobosan kebijakan Pemerintah untuk ikut serta memelihara ketertiban dunia dan menjamin pelaksanaan hak asasi manusia serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan perasaan aman kepada perorangan ataupun masyarakat, sedangkan dalam Perpu No: 2 tahun 2002 yang memberlakukan Perpu No:1 tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme (menjadi undang-undang berdasarkan undang-undang No:15 tahun 2003) pada peristiwa peledakan bom Bali 12 Oktober 2002, juga sebagai kebijakan melindungi segenap bangsa Indonesia memajukan kehidupan bangsa dan ikut serta dalam memelihara ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan dan perdamaian



abadi dan keadilan social, maka mutlak diperlukan penegakan hukum dan ketertiban secara konsisten dan berkesinambungan, merupakan prinsip yang fundamental dalam pemberlakuan asas retroaktif.

Pemberlakuan asas retroaktif dalam undang-undang No: 15 tahun 2003, erat kaitannya dengan peristiwa Bom Bali. Akibat dari peristiwa-peristiwa tersebut, pemerintah Indonesia mengeluarkan Perpu No: 1 tahun 2002, yang kemudian ditetapkan menjadi undang-undang No: 15 tahun 2003. Peristiwa Bom Bali, dikategorikan sebagai tindak pidana terorisme, sementara kasus kejahatan HAM masa lalu dikategorikan sebagai kejahatan kemanusiaan. Kejahatan tersebut tidak hanya menyebabkan jatuhnya banyak korban jiwa dari masyarakat sipil, tetapi juga kerugian material dan non material.

Dalam kaitannya dengan kejahatan semacam terorisme -- (*local dan global*) – misalnya, pasal pasal dalam KUHP secara substantif sebetulnya dapat dipakai sebagai payung untuk menjerat dan menghukum para pelaku. Namun, pasal-pasal dalam KUHP belum secara menyeluruh mengatur bentuk dan jenis kejahatan, karena kejahatan memang ada yang diatur dalam undang-undang *mala prohibita* dan yang belum diatur dalam undang- undang/diluar undang-undan *mala in se*, sementara bentuk dan jenis kejahatan terus berkembang. Asas legalitas tidak membenarkan adanya analogi hukum, sehingga hal ini menjadi titik lemah dari KUHP yang ada dalam menjerat dan menghukum para pelaku kejahatan jenis baru.

Realitas faktual menunjukkan bahwa kejahatan adalah gejala sosial yang lahir dalam konteks ketidak-adilan struktural atau perwujudan kebergaman sikap manusia

yang merupakan reaksi atas kondisi sosial seseorang atau kelompok dalam masyarakat. Pemahaman terhadap hal ini akan lebih membantu strategi penangkalan dan pemberantasan kejahatan, disamping itu menemukan teori-teori baru, asas-asas hukum baru sehingga tujuan hukum untuk mencapai keadilan dan kedamaian dapat tercapai.

Harus diakui KUHP yang ada memang secara substantif masih jauh dari sempurna, seiring dengan dinamika sosial, politik dan ekonomi nasional maupun global. Pembaharuan substansi KUHP yang ada adalah suatu keniscayaan dalam dinamika politik hukum, karena hukum merupakan alat untuk memelihara ketertiban dan menjamin stabilitas sosial masyarakat serta harus dapat membantu proses perubahan masyarakat.

Telah diuraikan diatas bahwa hakikat yang terkandung dalam asas legalitas adalah terkait dengan ruang lingkup berlakunya hukum pidana dan sumber hukum pidana, apabila hanya hal ini yang ingin diatur ternyata dalam perkembangan asas legalitas pada prinsipnya tidak membatasi ruang lingkup jangkauan hukum pidana dalam menjerat pelaku kejahatan, dan juga sumber hukum dalam menetapkan suatu perbuatan adalah sebagai tindak pidana tidak hanya didasarkan atas hukum tertulis akan tetapi juga didasarkan pada hukum yang tidak tertulis, sehingga dalam praktek muncul ketentuan hukum pidana yang memberlakukan asas retroaktif

### **3.2.1 Perkembangan Bentuk-bentuk Kejahatan dalam Masyarakat**

Secara umum kejahatan dapat dikelompokkan dalam dua yaitu yang ada diluar atau tidak diatur dalam undang-undang (*mala in se*), disebut kejahatan karena secara

faktual perbuatan tersebut adalah jahat dan diatur dalam undang-undang yang dikukuhkan melalui proses legislasi (*mala prohibita*) disebut jahat karena undang-undang menentukan perbuatan itu sebagai kejahatan, hal ini sesuai dengan pendapat Marvin E Wolfgang, Leonard Savitz, Norman Johnston bahwa originally crimes were divided into those, that were *mala in se*, or wrong in themselves, and those that were *mala prohibita*, or wrong merely because they were prohibited and punished by statute.<sup>90</sup>

Kejahatan merupakan peristiwa penyelewengan terhadap norma-norma atau perilaku teratur yang menyebabkan terganggunya ketertiban dan ketentraman hidup masyarakat. Menurut Richard Quinney bahwa realitas sosial kejahatan adalah realitas konseptual dan fenomenal. Kejahatan adalah suatu ketentuan yang ditentukan dan dirumuskan oleh golongan berkuasa dalam masyarakat yang secara politis terorganisir. Dalam konteks ini, maka semakin banyak jumlah pembentukan dan penerapan ketentuan-ketentuan tentang kejahatan, maka semakin banyak pula kejahatan.<sup>91</sup>

Abraham S. Blumerg menyatakan bahwa rumusan kejahatan dan perilaku menyimpang secara luas berbeda-beda tergantung pada sudut pandang individu tertentu beserta keterkaitan metodologisnya, telah menimbulkan polemik semantik

---

<sup>90</sup> Marvin E Wolfgang, Leonard Savitz, Norman Johnston, *The Sociology of crime and Delinquency*, Printed in the United States of America, New York, 1970, h.19.

<sup>91</sup> Richard Quinney. *The Sosial Reality of Crime*. Boston: Little, Brown and Company. 1970. h.15

dan ideologis.<sup>92</sup> Mengingat perkembangan hukum cukup dinamis, maka Herman dan Julia Schwendinger dalam Mulyana W. Kusumah menyatakan bahwa kejahatan bukan hanya rumusan hukum. Kejahatan atau perilaku menyimpang tidak diukur berdasarkan *functional imperatives of sosial institutions* sebagai criteria moral semata, tetapi juga diukur oleh nilai kerugian yang diakibatkan terhadap masyarakat secara keseluruhan.<sup>93</sup>

Menurut James F Petra dalam Charles E. Reasons and Robert M. Rich, eds bahwa kejahatan dapat dilakukan baik secara individual, institusional, terorganisir maupun structural<sup>94</sup>. Charles E Reasons membagi kejahatan ke dalam beberapa jenis, yakni; *Upperworld Crime*, semisal kejahatan korupsi atau kejahatan korporasi, kejahatan terorganisasi dalam bentuk monopoli kegiatan seperti Mafia, kejahatan terhadap ketertiban umum, kejahatan biasa, kejahatan kekerasan perorangan, kejahatan politik dan kekerasan perorangan, kejahatan politik dan perorangan.<sup>95</sup>

A Karim Nasution menyatakan bahwa represi dan preverensi adalah pemberantasan dan pencegahan kejahatan. Pemberantasan kejahatan mencakup seluruh pelaksanaan sistem peradilan pidana (penyidikan, penuntutan, penghukuman), sedangkan pencegahan kejahatan bersifat lebih luas, yang bukan hanya merupakan tindakan pemberantasan kejahatan dalam sistem criminal, tetapi

<sup>92</sup> Abraham S. Blumberg. *Crime and Sosial Order*, dalam Abraham S. Blumberg, (ed). *Curent Perspectives on Criminal Behavio*. New York: Alfred A. Knopf. 1974. h.17

<sup>93</sup> Mulyana W. Kusumah. "Realitas Sosial Kejahatan" *Jurnal Prisma*, No. 5 Mei 1982 Tahun XI, LP3ES Jakarta. 1982. 7.

<sup>94</sup> James F Perta, "Chile: Crime, Class Conciuosness and the Bourgeoise", dalam Charles E Reasons and Robert M. Rich, eds *The Sosiology of Law, A Conflict Perspektif*. Butterworth & Co .Toronto. 1978. h.413

<sup>95</sup> *Ibid*.



juga mengenai segala tindakan pemerintah atau masyarakat dalam pembangunan politik, ekonomi sosial dan budaya, yang langsung atau tidak langsung ditujukan untuk mencegah maupun mengurangi kejahatan.<sup>96</sup>

Perkembangan peradaban masyarakat dunia di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi membawa dampak yang signifikan terhadap eskalasi dan ragam bentuk kejahatan. Sejumlah bentuk kejahatan baru, belum secara jelas diatur dalam UU yang ada, sehingga menimbulkan rasa khawatir terutama di kota-kota besar. A Karim Nasution menyatakan bahwa mengandalkan pemberantasan kejahatan secara eksklusif pada perundang-undangan pidana, berpijak pada kepercayaan bahwa undang-undang pidana, atau penghukuman yang berat dapat menakut-nakuti calon penjahat, terbukti tidak benar. Walaupun pemerintah dengan cara-cara konvensional, namun upaya pemberantasan kejahatan hingga kini belum membuahkan hasil yang maksima.<sup>97</sup>

Kepolisian RI memasukkan ke dalam statistik kriminalnya kejahatan-kejahatan sebagai berikut; (1) politik, (2) terhadap Kepala Negara, (3) terhadap ketertiban umum, (4) pembakaran, (5) kebakaran, (6) memberi suap, (7) menerima suap, (8) pemalsuan mata uang, (9) pemalsuan meterai, surat, merek, (10) perzinahan, (11) melanggar kesopanan dan pornografi, (10) perkosaan, (12) perjudian, (13) penculikan, (14) pembunuhan, (15) pembunuhan, (16) penganiayaan berat, (17) penganiayaan ringan, (18) pencurian dengan pemberatan, (19) pencurian ringan, (20)

<sup>96</sup> A. Karim Nasution . "Kriminalitas dan Pembangunan, Pencegahan dan Pengendaliannya". *Jurnal Prisma* No. 5 Mei 1982 Tahun XI, LP3ES Jakarta. 1982. h. 19.

<sup>97</sup> *Ibid.*



pencurian dengan kekerasan, (21) pemerasan, (22) penggelapan, (23) penipuan, (24) merusak, (25) penadahan, (26) kejahatan ekonomi, (27) aborsi dan euthanasia, (28) pelanggaran KUHP, (29) pelanggaran lalu-lintas, dan (30) pelanggaran ekonomi, (31) *hacker* dan kejahatan computer atau *cybercrime*, (32) kejahatan lingkungan hidup, (33) pornografi, (34) terorisme global.

Kejahatan-kejahatan seperti tersebut di atas, menurut A Karim Nasution menunjukkan bahwa tindak kejahatan bukanlah sesuatu yang berdiri sendiri, tetapi sangat erat kaitannya dengan proses sosial dan dinamika pembangunan nasional suatu bangsa yang berdampak pada urbanisasi dan pengangguran<sup>98</sup>. Ini menunjukkan bahwa proses social dan dinamika pembangunan sangat mempengaruhi perkembangan bentuk kejahatan.

Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa bentuk-bentuk tindak pidana (*forms of criminal offence*) dilihat dari aturan pidana KUHP (WvS) tidak hanya ditujukan pada orang yang melakukan tindak pidana, tetapi juga terhadap mereka yang melakukan perbuatan dalam bentuk percobaan, permufakatan jahat, penyertaan, perbarengan (*concursum*) dan pengulangan (*recidive*).<sup>99</sup>

### 3.2. 2 Perlindungan Hukum bagi Warga Negara

Secara teoritik, Kant dalam Roscoe Pound menyatakan bahwa hukum merupakan kaidah-kaidah universal yang akan diterapkan kepada tindakan manusia, yang dengan kemauan bebas dari tiap petindak boleh hidup bersama selamanya,

---

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> Barda Nawawi Arief .*op. cit.*.. h.10.

dengan kemauan bebas dari tiap orang lainnya.<sup>100</sup> Tirtaamijdaja dalam Bambang Purnomo, menyatakan tujuan pemberlakuan suatu produk hukum adalah untuk melindungi masyarakat.<sup>101</sup> Van Bemmelen dalam Bambang Purnomo, menyatakan bahwa pelaksanaan hukum adalah wewenang pemerintah yang diberikan oleh masyarakat yang berkaitan dengan ketertiban, ketenangan, keamanan, perlindungan kepentingan tertentu, menghindari main hakim sendiri dari pihak penduduk secara perseorangan atau badan administrasi yang berupa *on rechtmatige daden*.<sup>102</sup>

Hak untuk memperoleh perlindungan hukum adalah hak asasi setiap orang yang dijamin oleh Negara dan wajib dilaksanakan oleh pemerintah. Pembukaan (*Preamble*) UUD 1945 menegaskan bahwa Pemerintah Negara Indonesia berkewajiban melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia. Dalam Bab XA tentang HAM, Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 Hasil Amandemen II ditegaskan bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum. Pasal 28G ayat (1) ditegaskan bahwa setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.<sup>103</sup>

Pasal 28I UUD 1945 hasil Amandemen II ditegaskan bahwa:

<sup>100</sup> Kant dalam Roscoe Pound. *op.cit*.h.42.

<sup>101</sup> Tirtaamijdaja dalam Bambang Purnomo *op.cit*. h. 23 .

<sup>102</sup> Van Bemmelen dalam Bambang Purnomo, *op.cit*.h.26 .

<sup>103</sup> Tim Redaksi Fokusmedia. *UUD 1945 dan Amandemennya (I-IV)*, Fokusmedia, Bandung. 2004. h. 19-22.

- (1) Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun;
- (2) Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif;
- (3) Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan perubahan;
- (4) Perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan HAM adalah tanggung-jawab Negara, terutama pemerintah;
- (5) Untuk menegakkan dan melindungi HAM sesuai dengan prinsip Negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan HAM dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan;

Selanjutnya pada pasal 28J UUD 1945 hasil amandemen II ditambahkan bahwa:

- (1) Setiap orang wajib menghormati HAM orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara;
- (2) Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Dalam Undang-Undang No: 39 tahun 1999 tentang HAM Pasal 1 angka 4 disebutkan bahwa pelanggaran HAM adalah setiap perbuatan seseorang atau kelompok orang termasuk aparat Negara baik disengaja maupun tidak disengaja, atau kelalaian yang secara melanggar hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin undang-undang, dan tidak mendapatkan atau dikuatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

Dalam bab V tentang Kewajiban dan tanggung-jawab Pemerintah, pasal 71 Undang-Undang No:39 tahun 1999 tentang HAM ditegaskan bahwa Pemerintah wajib dan bertanggung jawab menghormati, melindungi, menegakkan dan memajukan HAM. Pada pasal 72 dinyatakan bahwa kewajiban dan tanggung-jawab pemerintah sebagaimana dimaksud dalam pasal 71 meliputi langkah implementasi yang efektif dalam bidang hukum, politik....dst.

UUD 1945 hasil amandemen dan Undang-Undang Nomor: 39 tahun 1999 tentang HAM di atas adalah payung hukum bagi pemerintah dan juga masyarakat dalam penegakan hukum (*law enforcement*) yang berkaitan dengan tindak kejahatan kemanusiaan. Berdasarkan ketentuan hukum positif di atas, maka tidak ada tempat bagi kesewenang-wenangan dan penyalah-gunaan kekuasaan, karena bertentangan dengan prinsip-prinsip keadilan dan demokrasi. Demikian juga, tidak ada tempat bagi tindakan anarki terhadap etnik, agama dan ideologi tertentu, sebagai akibat dari tidak adanya kekuasaan atau tidak diaturnya kekuasaan oleh hukum.

Perlindungan, penegakan dan pemenuhan HAM adalah tanggung-jawab Negara, terutama pemerintah. Karena itu, sekalipun pemberlakuan asas retroaktif dianggap bertentangan dengan norma-norma hukum, ketika hukum pidana positif dengan segala keterbatasannya tidak mampu menjangkau dan menjerat bentuk-bentuk kejahatan baru, atas nama tanggung-jawab melindungi warga Negara, asas retroaktif dapat saja diberlakukan sebagai langkah terobosan hukum. Bagaimanapun, eksistensi hukum bukan hanya melindungi dan cenderung menguntungkan pelaku (dalam kasus



tindak pidana terorisme transnasional), tetapi juga harus mampu melindungi Negara dan warga negaranya dari tindak kejahatan terorisme.

### 3.3 .Tujuan Pemberlakuan Asas Retroaktif.

G.E. Mulder (Profesor Emeritus Hukum Pidana Universitas Nijmegen) dalam Jan Rammelinck menyatakan bahwa hukum pidana merupakan lingkaran terluar dari hukum. Hukum pidana dibandingkan dengan hukum sipil hanya mencakup bidang yang lebih sempit. Hukum pidana tidak menawarkan perlindungan menyeluruh atas kepentingan atau kebendaan hukum, melainkan hanya berkenaan dengan upaya melawan sebagian kecil dari bentuk-bentuk pelanggaran hukum yang harus dianalisis lebih lanjut.<sup>104</sup> Biding (Profesor Hukum Pidana Jerman abad 19) dalam Jan Rammelinck menyatakan bahwa hukum pidana menjaga dan mempertahankan norma-norma materiil secara *fragmentaris*. Artinya, fungsi perlindungan hukum pidana bersifat *accessoir*.<sup>105</sup>

Dalam hukum pidana, perbuatan atau tindakan seseorang berada pada titik sentral. Bahkan, ketika dalam hal penyertaan lebih dari satu orang yang terlibat dalam suatu tindak pidana, titik tolaknya adalah perbuatan atau tindakan perseorangan. Proses peradilan pidana tidak akan pernah berakhir dengan pidana yang dijatuhkan secara kolektif. Karakter personal (*tanggung-jawab pidana Badan Hukum sebagai pengecualian artifisial*), tidak terlepas dari kelemahan-kelemahan praktis. Dalam konteks ini, maka hukum pidana tidak mungkin efektif berhadapan dengan tindak

---

<sup>104</sup> G.E. Mulder (Profesor Emeritus Hukum Pidana Universitas Nijmegen) dalam Jan Rammelinck. *op.cit*.h.7.

<sup>105</sup> Biding (Profesor Hukum Pidana Jerman abad 19) dalam Jan Rammelinck. *op.cit* h.8.



kejahatan sekelompok orang dan massa yang memiliki jaringan organisasi yang kuat. Sejumlah pelaku dapat saja ditangkap dan dijatuhi pidana, tetapi hal tersebut tetap bermasalah kaitannya dengan rasa keadilan dalam kerangka *asas persamaan* dihadapan hukum.<sup>106</sup>

Kelemahan hukum pidana di atas, mendorong pemerintah sebagai pihak yang bertanggung-jawab atas keamanan dan ketertiban masyarakat (Pasal 28I UUD 1945 ayat (4) dan Pasal 71 dan 72 Undang-Undang Nomor: 39 tahun 1999 tentang HAM) - - semisal pada kasus Terorisme lokal dan transnasional -- untuk memberlakukan asas retroaktif, sekalipun dianggap dilematis dan bertentangan dengan prinsip asas legalitas.

Pemberlakuan asas retroaktif, diarahkan kepada kejahatan terhadap kemanusiaan atau pelanggaran HAM, pemberlakuan asas retroaktif terhadap kejahatan tersebut dianggap tidak melanggar standard asas legalitas di dalam hukum pidana internasional. Hal tersebut karena semata-mata merupakan perluasan yurisdiksi dari kejahatan perang, dan hukum internasional melarang perbuatan tersebut. Oleh karena itu, apa yang dilakukan oleh International Military Tribunal di Nuremberg misalnya, itu tidak menimbulkan preseden buruk karena hal tersebut bukan menciptakan hukum baru, tetapi semata-mata hanya menerapkan hukum yang sudah ada di dalam kesepakatan internasional tentang kejahatan perang.

Menurut Muladi, bahwa dalam kasus di atas tidak ada hukum kejahatan baru, karena yang diterapkan adalah hukum pidana yang terdapat dalam hukum

---

<sup>106</sup> *Ibid.*

internasional (*It has not violated any prohibition against the ex post facto application or criminal laws which may exist in international law*).<sup>107</sup> Pemberlakuan asas retroaktif dalam kaitan dengan penyimpangan *asas nullum delictum nulla poena sine previa lege poenale* dapat dilihat sebagai upaya untuk melindungi kepentingan korban kejahatan. Pada Bab V terdapat ketentuan mengenai perlindungan korban dan saksi yang diatur dalam pasal 34 undang-undang No: 26 tahun 2000 tentang Peradilan Hak Asasi Manusia. Ini menunjukkan bahwa asas retroaktif lahir lebih ditujukan pada perlindungan terhadap pihak korban.

Sementara, dalam perspektif dan ketentuan hukum pidana positif pasal 1 angka 2 KUHP ditegaskan bahwa "*terhadap terdakwa akan diterapkan ketentuan yang paling menguntungkan*". Ketentuan tersebut menunjukkan bahwa perlindungan hukum lebih ditujukan pada pihak pelaku kejahatan. Perlindungan terhadap korban kejahatan tidak ditujukan secara langsung dan tidak jelas, harus diakui menurut Muladi dan Barda N Arief, bahwa pengaturan hukum pidana terhadap korban kejahatan belum menampilkan pola yang jelas.<sup>108</sup>

Justifikasi pemberlakuan asas retroaktif atau penyimpangan terhadap *asas nullum crime sine lege* menurut M Slamet, adalah adanya perubahan sudut pandang bahwa asas ini tidak lagi merupakan batasan *restriction* bagi kedaulatan, tetapi harus dipandang dari segi yang lebih mendasar yakni *prinsip keadilan* yang harus ditegakkan. Artinya, adalah tidak adil apabila orang-orang yang nyata-nyata bersalah

---

<sup>107</sup> Muladi, *loc.cit.*

<sup>108</sup> Muladi dan Barda N Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992, h.87.

dibiarkan bebas dari jerat hukum.<sup>109</sup> Ini mengandung makna bahwa harus ada keseimbangan antara hak dasar dan kewajiban dasar. Dalam melaksanakan hak dasar, maka hak dasar orang lain tidak boleh dikorbankan.

Lebih lanjut M Slamet menyebutkan bahwa kemerdekaan, keadilan dan perdamaian di dunia akan tercipta apabila semua pihak konsisten menghormati HAM. Tetapi HAM dan kebebasan dasar yang relative dapat dibatasi dengan undang-undang demi penghormatan HAM orang lain, ketertiban umum, keamanan nasional dan kesejahteraan umum. Bagi *extra ordinary crime* atau *specified crime* yang merupakan pelanggaran berat terhadap HAM termasuk kejahatan terhadap kemanusiaan, maka asas legalitas dapat disimpangkan dengan memberlakukan secara retroaktif undang-undang yang bersangkutan.<sup>110</sup>

Di samping alasan di atas, menurut Romli Atmasasmita, bahwa pemberlakuan ketentuan retroaktif dalam Undang-Undang No: 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM terhadap pelanggaran HAM berat (*Serious or gross Violation of Human Right*) dimaksudkan sebagai upaya rekonsiliasi nasional di antara komponen bangsa Indonesia, yang sedang menghadapi disintegrasi bangsa, akibat masa transisi sistem dan iklim pemerintahan dari otoriter dan *undemocratic* ke pola demokratisasi sistem penyelenggaraan negara; Pemberlakuan asas retroaktif lebih merupakan strategi pemerintah menghadapi masalah nasional yang tengah dihadapi pasca pemerintahan

---

<sup>109</sup> M Slamet, *op.cit.* h.3.

<sup>110</sup> *Ibid.*

Habibie yakni menegakkan hukum yang berkeadilan sosial (*transitional sosial justice*) di masa transisional.<sup>111</sup>

Penegakan hukum berdasarkan asas retroaktif di satu sisi tidak boleh memicu disintegrasi bangsa (*restorative justice*) dengan mengabaikan peristiwa masa lampau yang sarat dengan pelanggaran HAM berat, dan pada sisi yang lain penegakan hukum tersebut tidak boleh semata-mata bersifat balas dendam (*retributive justice*) dengan mencari dan menemukan kesalahan para pelakunya, tetapi juga harus ada pengakuan atas semua kesalahan yang telah dilakukan di masa lalu, baik kesalahan individual maupun kesalahan kolektif<sup>112</sup>. Esensi penegakan hukum yang berkeadilan sosial di masa transisi adalah meletakkan ladaan hukum yang kuat bagi terwujudnya rekonsiliasi nasional demi persatuan dan kesatuan bangsa kini dan mendatang. Misi penegakan hukum tersebut memerlukan dukungan perangkat undang-undang yang kuat dan memadai serta mengadopsi aspirasi rakyat dan memperkuat nilai keadilan sosial yang sedang berkembang pada masanya.

### 3.4. Prinsip-prinsip yang ada dalam Pemberlakuan Asas Retroaktif.

Pasal 28I UUD 1945 ayat (1) hasil Amandemen II ditegaskan bahwa Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

<sup>111</sup> Romli Atmasasmita, *Pengantar Hukum Pidana Internasional Bagian II*, PT. Hecca Mitra Utama, Jakarta, 2004, h. 53-54.

<sup>112</sup> *Ibid*.

Ketentuan Pasal 28I ayat (1) tersebut menunjukkan bahwa UU apapun tidak dapat diberlakukan secara surut. Ini berarti bahwa suatu perbuatan seseorang tidak dapat dinyatakan sebagai bertentangan dengan aturan perundang-undangan, jika perundang-undangan baru disyahkan setelah tindakan tersebut dilakukan.

Pada pasal 28J ayat (2) UUD 1945 dinyatakan bahwa :

“Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertibana dalam suatu masyarakat demokratis”.

Dari ketentuan pokok di atas, maka eksistensi asas legalitas sebagai dasar konstitusi sesungguhnya tidak dapat digantikan atau dipinggirkan oleh kehadiran asas lain, termasuk asas retroaktif sekalipun. Namun, pemerintah harus menjalankan misi penegakan hukum (*law enforcement*) ditengah arus transisi disatu sisi dan juga dituntut harus mampu menahan laju disintegrasi bangsa, sebagai akibat dari pelanggaran HAM berat pada sisi yang lain.

Berdasarkan situasi dan kondisi tersebut, dan ini dimungkinkan melalui penafsiran Pasal 1 ayat (2) KUHP, dan pemahaman terhadap sejarah pemberlakuan asas legalitas dalam ajaran *Psychology Zwang* dari Anselm von Feurbach yang intinya bahwa asas legalitas itu tujuannya untuk membatasi keinginan manusia untuk melakukan kejahatan, maka pemerintah bersama DPR melakukan “*terobosan hukum*” dalam rangka misi penegakan hukum, dengan menyepakati bahwa Pelanggaran HAM Berat (*gross violation of human rights*) bukan semata-mata masalah hukum (*legally*



*heavy*) tetapi juga sarat dengan masalah politik (*politically heavy*) yang tidak identik dengan kejahatan biasa (*ordinary crimes*),<sup>113</sup> sehingga dimungkinkan untuk memberlakukan aturan hukum secara retroaktif dan dianggap tidak melanggar konstitusi.

Kecuali alasan di atas, juga berdasarkan Ajaran *Psychologi Zwang* dari Aselm von Feuerbach yang intinya membatasi keinginan manusia untuk melakukan suatu kejahatan, tujuan ajaran ini bukan untuk membatasi ruang lingkup jangkauan hukum pidana dalam menjerat pelaku kejahatan, dengan demikian prinsip "*nullum delictum nulla poena sine praevea lege poenale*" tidak harus diterapkan secara mutlak terutama terhadap kejahatan-kejahatan dalam lingkup hak asasi manusia, oleh karena ajaran ini merupakan awal lahirnya asas legalitas maka larangan berlaku surut aturan hukum yang ada dalam Amendemen UUD 1945 juga perlu dikaji kembali.

Karakteristik dan sifat pelanggaran HAM berat merupakan pemerkosaan atas hak-hak dasar umat manusia dan bertentangan dengan nilai-nilai kemanusiaan yang dikutuk secara universal. Unsur-unsur pelanggaran HAM berat yang merupakan yurisdiksi Undang-Undang RI No: 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM baik genosida maupun kejahatan terhadap kemanusiaan sangat spesifik. Genosida dilaksanakan dengan sengaja untuk memusnahkan, sebagian atau seluruhnya suatu bangsa, kelompok etnik, kelompok rasial, atau kelompok agama tertentu dengan cara tertentu. Sedangkan kejahatan terhadap kemanusiaan harus memenuhi syarat dilakukan sebagai bagian dari serangan secara sistematis dan meluas terhadap

---

<sup>113</sup> *Ibid.*

penduduk sipil yang diketahui oleh penyerang dengan tujuan untuk memusnahkan kelompok etnis tertentu dengan cara sebagaimana telah ditentukan dalam undang-undang tersebut.

Bentuk kejahatan yang dimaksudkan oleh Undang-Undang RI No: 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM di atas tidak ada padanannya dengan tindak pidana lain yang telah diatur baik dalam KUHP Indonesia maupun dalam undang-undang Pidana Khusus yang berlaku. Kecuali itu, pelanggaran HAM berat hanya dapat terjadi oleh situasi sistem kekuasaan pada masanya di mana korban-korban pelanggaran HAM berat itu terjadi karena kebijakan politik yang diperkuat oleh peraturan perundang-undangan yang bersifat represif dan otoriter.

Jadi untuk membedakan antara kejahatan terhadap kemanusiaan yang dapat digolongkan dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat (*extra ordinary crime*) dengan kejahatan terhadap kemanusiaan yang tergolong tindak pidana biasa sebagaimana diatur dalam KUHP ditentukan unsur-unsur sebagai berikut; (1) Adanya serangan yang meluas atau sistimatis, (2) Diketahui bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung kepada penduduk sipil, (3) Serangan itu berupa kelanjutan dari kebijakan yang berhubungan dengan organisasi. Apabila tidak memenuhi ketiga unsur tersebut, maka perbuatan tersebut merupakan tindak pidana biasa yang diatur dalam KUHP.

Karakteristiknya yang berbeda dengan kejahatan yang sudah termaktub dalam KUHP, maka proses penyelesaiannya harus mempertimbangkan seluruh faktor termasuk faktor sosial, budaya dan politik. Menghadapi masalah ini, Romli

Atmasasmita, menyatakan diperlukan kajian ulang dan kritis terhadap asas-asas hukum dan teori hukum guna mendukung misi penegakan hukum yang berkeadilan dalam masa transisi. Pemerintah dan DPR RI sepakat bahwa pelanggaran HAM berat masa lampau patut dimasukkan ke dalam lingkup yuridiksi undang-undang Pengadilan HAM, tetapi penyelesaiannya dilakukan dengan pembentukan Pengadilan HAM Ad hoc dan mempertimbangkan *tempus delicti* dan *locus delicti*-nya.<sup>114</sup>

Pemberlakuan secara surut suatu undang-undang untuk penyelesaian pelanggaran HAM berat di masa lampau dianggap bertentangan dengan atau menyimpang dengan asas hukum tidak berlaku surut (*non retroactivity principle*), namun, dalam perkembangan, penyimpangan terhadap asas legalitas dapat dilakukan dengan memberlakukan asas retroaktif, karena praktik hukum internasional sudah membuktikan terjadi penyimpangan yang sama ketika Peradilan Nuremberg dan Tokyo yang digelar untuk menghukum para Penjahat Perang Dunia II pada tahun 1946 dan 1948. Prinsip-prinsip peradilan Nuremberg dan Tokyo tersebut sudah diakui sebagai hukum kebiasaan internasional. Praktik hukum internasional terus dilanjutkan dan terbukti dengan pembentukan Ad hoc Tribunal untuk Bekas Yugoslavia (1996) dan Rwanda (1993). Bahkan di Indonesia, praktik hukum ini sedang berlangsung terhadap sejumlah petinggi militer dan masyarakat sipil pada kasus jajak pendapat di Dili Timor Leste tahun 1997.

Pemberlakuan asas retroaktif dengan demikian lebih merupakan solusi untuk mengatasi krisis hukum pada masa transisi dalam suatu pemerintahan. Proses

---

<sup>114</sup> *Ibid.*

pemberlakuannya pun harus berdasarkan pengajuan dan persetujuan DPR RI sebagai lembaga legislatif dan lembaga politik serta representasi dari rakyat Indonesia kepada Pemerintah. Dalam KUHP Belanda, hal ini juga diberlakukan dan dibenarkan D. Schaffmeister, N. Keizer dan E.PH. Sotorius, menyatakan bahwa larangan kekuatan surut hanya berlaku untuk ketentuan pidana. Tidak untuk peraturan yurisdiksi, misalnya yang berhubungan dengan wewenang pembentuk undang-undang nasional lainnya (Pasal 2 sampai Pasal 9 KUHP).<sup>115</sup>

Penyimpangan terhadap larangan kekuatan surut dilakukan oleh pembuat undang-undang Belanda untuk mempidana para penjahat perang setelah Perang Dunia II. Pemerintahan Belanda dengan mencontoh Piagam Pengadilan Militer Internasional di Neurenberg Jerman, membuat Ketetapan Hukum Pidana Luar Biasa (*Besluit Buitengewoon Strafrecht*: BBS), Pasal 1 Sr (KUHP) dinyatakan tidak berlaku, dan perbuatan-perbuatan tercela yang dilakukan selama waktu perang dapat dipidana dengan kekuatan surut.<sup>116</sup> Lebih lanjut disebutkan bahwa asas retroaktif bukan untuk menggantikan kedudukan asas legalitas tetapi untuk melengkapi kekurangan asas legalitas .<sup>117</sup>

Dari pendapat di atas, maka pemberlakuan asas retroaktif adalah sebuah proses kebijakan politik internal bangsa Indonesia. Disebut proses kebijakan politik internal bangsa karena dalam pemberlakuannya harus melibatkan DPR RI sebagai lembaga legislatif sebagai representasi dari rakyat Indonesia. Proses legislasi

---

<sup>115</sup> D. Schaffmeister, N. Keizer dan E.PH. Sotorius. *op.cit.* h. 13 .

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> *Ibid.*

dimaksud, di Indonesia memiliki standard tertentu dan terukur sebagai landasan proses, yakni:

1. Ideologi Pancasila dan UUD 1945, Ketetapan MPR, dan Peraturan perundang-undangan lainnya (Tap MPR RI Nomor: III/MPR/2000);
2. Kebijakan politik pemerintah di semua bidang;
3. Koordinasi, sinkronisasi dan harmonisasi hukum;
4. Uji kelayakan melalui konsultasi publik dan proses sosialisasi;
5. Perspektif substansi menuju kepada *ius constituendum*.

Disamping alasan di atas, pemberlakuan asas retroaktif menurut Romli Atmasasmita, juga terkait dengan:

1. Perkembangan politik global yang dikenal dengan *narco-terrorism*. Kegiatan perdagangan ilegal narkoba yang menjadi salah satu sumber pendanaan terorisme dan kejahatan transnasional lainnya, membutuhkan penanganan dan terobosan hukum yang cepat dan akurat untuk menekan laju gerakan kejahatannya;
2. Dampak kedua kejahatan tersebut dapat digolongkan sebagai kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*), yang memiliki dampak yang sama dan lintas batas wilayah geografis. Karena itu, maka pencegahan dan pemberantasannya harus melibatkan banyak Negara (kejahatan transnasional) atau seluruh Negara (kejahatan internasional);
3. Kedua kejahatan tersebut memiliki karakteristik yang spesifik yang tidak dimiliki kejahatan-kejahatan konvensional \*), yang dilaksanakan secara sistematis, jaringan organisasi yang tersebar luas dapat mengancam eksistensi suatu Negara, pemerintah dan rakyatnya (*society's victims states victims*).<sup>118</sup>

Ancaman terhadap Negara, pemerintah dan rakyatnya (*society's victims states victims*) adalah faktual dan nyata adanya, sementara peraturan perundang-undangan

<sup>118</sup>.Romli Atmasasmita) Kejahatan konvensional dilaksanakan untuk satu tujuan tertentu dengan menggunakan cara-cara biasa dan umum dilakukan oleh satu, dua atau lebih orang. Kejahatan non konvensional (perdagangan manusia (perempuan) narkoba dan terorisme ) dilakukan dengan suatu perencanaan dan menggunakan berbagai strategi, sarana prasarana modern serta dengan tujuan ideologis atau untuk mendapat keuntungan yang sangat besar, sekalipun harus mengorbankan masyarakat luas, merusak tatanan sosial ekonomi, budaya, politik dan hukum suatu bangsa, *op.cit* h.55.



pidana yang berlaku hingga saat ini belum cukup memadai untuk mencegah dan memberantas kejahatan narco-terorism, sehingga diperlukan suatu undang-undang khusus untuk tujuan tersebut, terutama sebagai antisipasi terhadap kegiatan dan gerakan terorisme transnasional dan internasional. Menghadapi ancaman tersebut, Pemerintah Indonesia menerapkan 3 (tiga) paradigma, yakni; (1) paradigma perlindungan kedaulatan wilayah negara kesatuan RI, (2) perlindungan hak asasi warga negara RI baik di dalam maupun di luar negeri, dan (3) perlindungan hak asasi tersangka/terdakwa pelaku tindak pidana terorisme.<sup>119</sup>

Tiga karakteristik paradigma di atas adalah *three in one* yang bersifat dinamis, tepat waktu dan situasi serta dapat melaksanakan tiga fungsi sekaligus, yakni fungsi preventif, represif dan rehabilitasi. Penyusunan undang-undang Nomor: 15 tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme dimaksudkan sebagai langkah antisipatif dan proaktif menghadapi kegiatan dan gerakan terorisme di Indonesia, berdasarkan prinsip-prinsip: (1) *national security*, (2) *balance of justice*, (3) *safeguarding rules*, (4) *safe harbor rules*, (5) *sunshine principle*, dan (6) *sunset principle*.<sup>120</sup>

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> Romli Atmasasmita. Catatan: (1) *Prinsip national security* adalah untuk mewujudkan prinsip teritorialitas dari hukum pidana dan untuk melandasi pertahanan dan keamanan NKRI, (2) *Prinsip Balance of justice* adalah untuk menegakkan prinsip *equality before the law* terhadap tersangka/ terdakwa dan korban sebagai model *due process* yang harus digabung dengan model *crime control* dalam mencegah dan memberantas terorisme, (3) *Safe guarding rules* adalah prinsip untuk mencegah terjadinya abuse of power dalam pencegahan dan pemberantas kejahatan terorisme, (4) *Safe harbour rules* adalah prinsip dilarang melindungi tersangka dan dianggap sebagai tindak pidana, (5) *Sunshine principle* adalah prinsip transparansi dan akuntabilitas dalam proses penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan, dan (6) *Sunset principle* adalah prinsip batasan waktu (*time limits*) terhadap kebijakan pemerintah yang bersifat pembentukan kelembagaan khusus dan atau mekanisme khusus tertentu yang diperlukan untuk mencegah dan memberantas tindak pidana terorisme, *loc.cit.*

Selain prinsip-prinsip diatas, yang sangat penting dalam kaitan pemberlakuan asas retroaktif hendaknya bentuk-bentuk kejahatan yang dapat dijerat dengan asas retroaktif ini harus diterapkan secara selektif, artinya tidak semua bentuk kejahatan dapat dijerat dengan menggunakan asas retroaktif akan tetapi hanya diperuntukan pada bentuk dan jenis kejahatan-kejahatan tertentu, dan juga harus ditentukan secara tegas mengenai ketentuan daya berlaku surutnya agar hakekat dari kepastian hukum juga tetap dapat terjaga.



## IV

### PENUTUP

#### 1. 1 Kesimpulan

Berangkat dari uraian dalam bab II dan III di atas, maka dapat diambil kesimpulan sebagai berikut:

- a. Bahwa di Indonesia, asas legalitas hingga saat ini masih menjadi asas yang fundamental dan mutlak dalam pembentukan dan pemberlakuan suatu produk peraturan perundang-undangan hal ini demi untuk kepastian hukum dan keadilan, namun asas legalitas dalam praktek belum mampu memberikan keadilan bagi masyarakat. Sejarah menunjukkan bahwa pemberlakuan asas legalitas bertujuan untuk membatasi keinginan manusia untuk melakukan kejahatan dan juga sebenarnya pemberlakuan asas legalitas hanya terkait dengan sistem hukum yang dianut yaitu *civi law* sistem sehingga asas ini mutlak dalam pembentukan perundang- undangan, ini menunjukkan bahwa asas legalitas pada dasarnya digunakan bukan dalam rangka untuk membatasi ruang lingkup jangkauan hukum pidana dalam menjerat pelaku kejahatan, selain itu sumber hukum dalam menetapkan suatu perbuatan sebagai tindak pidana tidak hanya berpedoman pada aturan hukum yang tertulis akan tetapi juga berpedoman pada hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum tidak tertulis. Dengan demikian alasan-alasan diatas dapat dijadikan landasan

dalam memberlakukan asas retroaktif terhadap ketentuan hukum pidana. Pemberlakuan asas retroaktif ini juga terkait dengan peluang yang disediakan oleh KUHP sendiri melalui Pasal 1 ayat 2, atas landasan-landasan ini maka Pemerintah melalui Lembaga Legislatif membuat terobosan dengan memberlakukan asas retroaktif.

- b. Pemberlakuan asas retroaktif dalam ketentuan hukum pidana merupakan suatu kebijakan yang diambil oleh pemerintah sebagai jalan keluar dalam kaitannya dengan banyaknya perkembangan bentuk-bentuk kejahatan baru. Beberapa ketentuan hukum pidana di Indonesia yang telah memberlakukan Asas Retroaktif adalah Penjelasan Pasal 4 UU No: 39 tahun 1999 tentang HAM yang menegaskan bahwa “ Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikecualikan dalam hal pelanggaran HAM yang digolongkan ke dalam kejahatan terhadap kemanusiaan, Pasal 43 UU No: 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang menegaskan bahwa pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum di undangkannya UU ini diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc, Keluarnya Perpu No: 2 tahun 2002 (18 Oktober 2002) jo UU No: 16 tahun 2003 (4 April 2003 ) yang memberlakukan Perpu No: 1 tahun 2002 tentang Tindak Pidana Terorisme (menjadi UU berdasarkan UU No: 15 tahun 2003 pada peristiwa peledakan bom Bali 12 Oktober 2002. Pemberlakuan asas retroaktif dilandasi oleh prinsip-prinsip; (1) national security, (2) balance of justice, (3) safeguarding rules, (4) safe harbor rules, (5) sunshine principle, dan (6) sunset principle.

Prinsip tersebut dimaksudkan agar terwujud kepastian hukum dan rasa keadilan masyarakat, yang belum mampu dipenuhi melalui asas legalitas, ini berarti bahwa pemberlakuan asas retroaktif dalam ketentuan hukum pidana adalah sebagai pelengkap dan pendukung asas legalitas bukan untuk menggantikan kedudukan atau untuk menggoyangkan eksistensi asas legalitas. Disamping itu pemberlakuan asas retroaktif juga dimaksudkan agar terjadi keseimbangan terhadap perlindungan atas kepentingan para tersangka/terdakwa dan perlindungan pihak korban serta perlindungan atas bangsa dan negara demi untuk menjaga kedaulatan, dengan demikian kehadiran asas retroaktif adalah sebagai pasangan daripada asas legalitas, namun bentuk dan jenis kejahatan yang dapat dijerat dengan asas retroaktif ini perlu dibatasi dengan jelas, dan juga daya laku surutnya perlu disebutkan secara tegas agar kepastian hukum tetap terjamin.

#### 4.2 Saran

Berdasarkan kesimpulan diatas maka disarankan bahwa;

- a. Kedudukan asas legalitas perlu dikaji secara kritis dan diinterpretasi secara kontekstual dan rasional dengan munculnya beberapa ketentuan hukum pidana yang memberlakukan asas retroaktif. Pemberlakuan asas retroaktif yaitu memberlakukan secara surut ketentuan undang-undang dianggap menyimpangi asas legalitas oleh sebagian pemerhati hukum, agar tidak larut dalam pro dan kontra maka pemberlakuan kedua asas ini perlu dikaji secara kritis. Hal ini penting, mengingat perkembangan



## DAFTAR BACAAN

### Buku :

Arief, Barda Nawawi, *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.

-----, *Kapita Selekta Hukum Pidana*. PT. Citra Aditya, Bandung, 2003.

-----, *Pembaharuan Hukum Pidana dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005

Atmasasmita, Romli, *Pengantar Hukum Pidana Internasional, Bagian II*. PT Hecca Mitra Utama, Jakarta; 2004.

Bawengan, Gerson W, *Beberapa Pemikiran Mengenai Hukum Pidana dalam Teori dan Praktik*. Pradnya Paramita. Jakarta, 1979.

Blumberg, Abraham S, *Crime and Sosial Order*, dalam Abraham S. Blumberg, (ed). *Curent Perspectives on Criminal Behavio*. Alfred A. Knopf , New York, 1974.

E Wolfgang Marvin, Savitz Leonard, Johnston Norman, *The Sosiology of Crime and Delinquency*, Printed in the United States of America, New York, London, Sydney, Toronto, Jhan Wiley & Son inc, 1970.

Hadjon M Philipus dan Tatiek Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum (legal Argumentation / legal reasoning)*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2005.

Hamzah, Andi, *Asas-asas Hukum Pidana*, PT Rineka Cipta Jakarta, 1994.

Hulsman, M.L, *Sistem Peradilan Pidana, dalam Perspektif Perbandingan Hukum*, Penyadur Soedjono Dirdjosisworo, CV. Rajawali, Jakarta; 1984

Kusumaatmadja, Muchtar, *Fungsi dan Perkembangan Ilmu Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Binacipta, Bandung, 1974.

Kusumaatmadja, Muchtar dan Arief Sidharta, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama, Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum, Buku I*, Alumni, Bandung, 2000.

- Main, Summer Hanry, *Encyclopedia Britannica*. Oxford University Press, New York, 1984.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Penelitian Hukum*, Prenada Media, Jakarta, 2005.
- Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Hukum Pidana*, Alumni, Bandung, 1992.
- Muladi, *Demokratisasi, HAM dan Reformasi Hukum Pidana di Indonesia*, The Habibi Center. Jakarta, 2002.
- Molejatno, *Asas-asas Hukum Pidana*. PT. Rineke Cipta, Jakarta, 2002.
- Perta, James F., "Chile: *Crime, Class Conciousness and the Bourgeoise*", dalam *Charles E Reasons and Robert M. Rich, eds. The Sosiology of Law, A Conflict Perspektif*. Butterworth & Co .Toronto, 1978.
- Pound, Roscoe, *Pengantar Filsafat Hukum*, Terjemahan Muhammad Radjab, Bhatara Jakarta, 1994.
- Purnomo, Bambang, *Asas-asas Hukum Pidana, Seri Hukum Pidana I*, Ghalia, Indonesia, Jakarta; 1994.
- Quinney, Richard, *The Sosial Reality of Crime*. Little, Brown and Company, Boston, 1970.
- Rommelink, Jan, *Hukum Pidana, Komentat atas pasal-pasal terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Pidana Belanda dan padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta; 2003.
- Saleh, Roeslan, *Beberapa Asas-asas Hukum Pidana dalam Perspektif*, Aksara Baru, Jakarta, 1981.
- Schaffneister, D ., N. Kejzer dan E. PH. Sutorius. *Hukum Pidana, Kumpulan Bahan Penantaran Hukum Pidana dalam Rangka Kerja-sama Hukum Indonesia Belanda*, J.E. Sahetapy (ed. Penerjemahan), Konsorsium Ilmu Hukum Departemen P dan K, Liberty, Yogyakarta, 1995.
- Soeprato, Maria Farida Indrati. *Ilmu Perundang-undangan, Dasar-dasar dan Pembentukannya*, Kanisius, Yogyakarta; 1998.
- Soesilo, R., *Kitab Undang-undang Hukum Pidana*, Politeia, Bogor, 1994.

Sudarto, *Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat, Kajian terhadap Pembaharuan Hukum Pidana*, Sinar Baru, Bandung; 1983.

Surachmat, Winarno, *Pengantar Penelitian Ilmiah, Dasar dan Teknik*, Tarsito, Bandung, 1993.

#### Peraturan Perundang-undangan:

Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945 dan Hasil Amandemen I – IV;

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor: 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia (HAM), Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor: 165;

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor: 26 Tahun 2002 Tentang Peradilan Hak Asasi Manusia (HAM), Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor: 208;

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor: 15 Tahun 2003 Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang Nomor: 1 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 Nomor: 4284;

#### Jurnal Ilmiah:

Hadjon, Philipus M, “Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif)”, *Yuridika. Jurnal Hukum Fakultas Hukum Universitas Airlangga*, Nomor: 6 tahun IX Nopember-Desember. Surabaya, 1994.

Hutagalung, M.P, “Penyimpangan Asas-asas Hukum dalam Reformasi Hukum Nasional”, *Jurnal Keadilan*, Vo 1 Nomor: 1 Desember 2000, Lembaga Kajian Hukum dan Keadilan Jakarta, 2000.

Kusumah, Mulyana W, “Realitas Sosial Kejahatan”. *Jurnal Prisma*, No. 5 Mei 1982 Tahun XI, LP3ES, Jakarta, 1982.

Nasution, A. Karim, “Kriminalitas dan Pembangunan, Pencegahan dan Pengendaliannya”, *Jurnal Prisma*, No. 5 Mei 1982 Tahun XI LP3ES, Jakarta, 1982.

Soekanto, Soerjono. "Kejahatan dan Sistem Peradilan Pidana," *Jurnal Prisma*, No. 5 Mei 1982 Tahun XI, LP3ES Jakarta, 1982.

Sumaryono, Eugenius. "Legalitas dan Moralitas Ketaatan Warga Negara, Respons", *Jurnal Etika Sosial*, Volume 6, Nomor 01 Agustus 2001, Pusat Pengembangan Etika Universitas Katolik Indonesia Atma Jaya; 2001.

### **Makalah dan Artikel:**

Adji, Indriyanto Seno, "Asas Retroaktif Non Persuasi terhadap Korupsi". *Harian Pagi Kompas*, tanggal 15 Mei 2005;

Andrea, Fautinus, "Teror Tentena dan Terorisme" *Harian Pagi Kompas*, tanggal 6 Juni 2005

Arief, Barda Nawawi, "Sistem Pemidanaan dalam Ketentuan Umum Buku I RUU KUHP 2004", *Makalah*, Bahan Sosialisasi Rancangan Undang-undang tentang KUHP 2004, diselenggarakan oleh Departemen Hukum dan HAM, tanggal 23-24 Maret 2005 di Hotel Sahid Jaya Jakarta; 2004.

Harkrisnowo, Harkristuti, "Asas Legalitas, Kepastian Hukum dan Keadilan dalam Rancangan KUHP", *Makalah*, pada seminar sosialisasi Rancangan KUHP yang diselenggarakan oleh Departemen Kehakiman dan HAM di Jakarta tanggal 7 Nopember 2000.

Muladi, (2004). "Beberapa Catatan Terhadap Buku II RUU KUHP". Disampaikan pada Sosialisasi Rancangan UU Hukum Pidana, *Makalah*, diselenggarakan oleh Departemen Hukum dan HAM RI di Hotel Sahid Jaya Jakarta tanggal 23-24 Maret 2005.

Slamet ,M, "Analisis Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No: 2 tahun 2002 tentang Pemberlakuan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang No: 1 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme secara Retroaktif terhadap Peristiwa Peledakan Bom Bali tanggal 12 Oktober 2002", *Makalah*, disampaikan dalam Seminar Nasional tanggal 10 Juli 2004 di Universitas naotama Surabaya, diselenggarakan oleh Perhimpunan Mahasiswa Hukum Indonesia (PERMAHI) dan Badan Eksekutif Mahasiswa Fakultas Hukum Universitas Narotama Surabaya.,2004.