**ANALISIS NORMATIF ASAS LEGALITAS RUU-KUHP DAN ASAS LEGALITAS HUKUM PIDANA ISLAM**

Moh Khasan

Fakultas Syari’ah dan Hukum UIN Walisongo

*moh\_khasan@walisongo.ac.id*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | ***Abstract*** |
|  |  | *KUHP is experiencing a very important revision process. One important issue is the formulation of the principle of legality of criminal law. Juridically-normative, this article aims to describe the formulation of the principle of legality in the Bill on Criminal Code (RUU-KUHP). As a comparison, the principle of legality of Islamic criminal law is also described. The findings of this study are: First, the legality principle in the KUHP is the result of reconstruction of the legality principle in KUHP. The new construction of the principle of legality is based on several philosophical values ​​and principles, namely the decolonialization of the Criminal Code in accordance with the culture and philosophy of the Indonesian nation's life, harmonization, modernization, and democratization of the law. Second, Islamic criminal law comes from religious texts, therefore religious values ​​and norms dominate the formulation of the principle of legality. However, the influence of religious norms does not always have negative implications for the principle of legality, on the contrary, shows the formulation of principle of legality more dynamic, flexible, and progressive.* |
| ***Keywords*** |  |
| *Principle of Legality, KUHP, RUU-KUHP, Islamic Criminal Law,* |  |
|  |  |
|  |  | ***Abstrak*** |
|  |  | *KUHP tengah mengalami proses revisi yang sangat penting. Salah satu isu pentingnya adalah formulasi asas legalitas hukum pidana. Artikel ini bertujuan untuk menggambarkan secara yuridis-normatif formulasi asas legalitas dalam Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU-KUHP). Sebagai pembanding, juga dideskripsikan asas legalitas hukum pidana Islam. Temuan penelitian ini adalah: Pertama, Asas legalitas dalam RUU-KUHP merupakan hasil rekonstruksi terhadap asas legalitas yang ada dalam KUHP. Konstruksi baru asas legalitas didasarkan pada beberapa nilai dan prinsip filosofis, yaitu dekolonialisasi KUHP sesuai dengan budaya dan falsafah hidup bangsa Indonesia, harmonisasi, modernisasi, dan demokratisasi hukum. Kedua, Hukum pidana Islam bersumber dari nas-nas keagamaan, oleh karenanya nilai-nilai dan norma-norma agama mendominasi formulasi asas legalitasnya. Namun demikian pengaruh norma agama tidak selalu berimplikasi negatif terhadap asas legalitas, bahkan sebaliknya, menunjukkan formulasi asas legalitas yang lebih dinamis, fleksibel, dan progresif* |

**Pendahuluan**

Merumuskan tentang apa dan bagaimana sebuah perbuatan boleh dilakukan atau harus dilarang bukanlah sesuatu yang mudah. Namun di sisi lain rumusan itu menjadi bagian terpenting dari sebuah peraturan (baca: undang-undang) yang menjadi tugas negara untuk menegakkannya. Oleh karena itu diperlukan pendekatan yang komprehensif dan mendalam supaya rumusan perbuatan yang dimaksud dapat benar-benar mencerminkan kepastian hukum dan sekaligus rasa keadilan. Pemenuhan hak negara untuk menegakkan ketentuan pidana (*jus puniendi*), menurut Jan Remmelink, tidaklah cukup didasarkan pada kenyataan bahwa tindakan yang dilakukan telah memenuhi perumusan delik. Namun diperlukan norma lain mengenai berlakunya hukum pidana, yaitu norma berlakunya hukum pidana menurut waktu *(tempus)* dan menurut tempat *(locus).* Norma ini sangat penting untuk menetapkan pertanggungjawaban pidana. (Jan Remmelink, 2003: 359)

Problematika perumusan asas legalitas, sebagaimana yang dimaksud di atas terjadi juga di Indonesia yang tengah berupaya melakukan revisi KUHP yang dikenal sebagai Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RUU-KUHP). Permasalahan yang mendasar antara lain adalah adanya beberapa standar (norma) yang dianut oleh rakyat Indonesia untuk menentukan kebolehan atau ketidakbolehan sebuah perbuatan itu dilakukan. Beberapa standar perilaku yang dimaksud yaitu norma negara, norma agama, norma adat, norma etika dan konvensi, dan norma internasional. Meskipun dalam beberapa hal dimungkinkan terjadi kesamaan pada semua standar terhadap kebolehan atau ketidakbolehan sebuah perbuatan dilakukan, pada beberapa situasi kemungkinan berbeda, bahkan secara ekstrim, juga sangat mungkin terjadi.

Di tengah upaya amandemen dan revisi KUHP sejak tahun 1964 oleh tim pengkajian hukum pidana Lembaga Pembinaan Hukum Nasional (LPHN), salah satu terobosan dalam RUU-KUHP tersebut adalah diperhatikan dan digalinya sumber-sumber hukum yang ada di Indonesia, bahkan dalam situasi tertentu digunakan pula bahan-bahan yang berasal dari mancanegara atau sumber yang berasal dari hukum internasional. Sumber-sumber yang berasal dari hukum yang ada di Indonesia adalah hukum Barat yang berasal dari Eropa Kontinetal, hukum adat yang beraneka ragam, hukum Islam dan hukum agama lain, serta hukum adat golongan Timur Asing. (A. Djazuli, dalam Tjun Surjaman (ed), 1991: 234-235) Pendapat yang sama disampaikan oleh Yusril bahwa dalam merevisi KUHP, selain mengacu ke Belanda, juga akan mengadopsi hukum adat, konvensi internasional dan hukum Islam. (Muhammad Yasin, 2003)

RUU-KUHP diklaim memiliki formulasi yang berbeda secara signifikan dengan KUHP. Perbedaan tersebut terdapat pada dua bidang, yaitu sistematika penulisan dan materi. Sistematika penulisan RUU-KUHP hanya terdiri dari dua buku, yaitu buku ke-1 tentang Aturan Umum dan buku ke-2 tentang Tindak Pidana. Sedangkan substansinya memberikan peluang akomodatif kepada hukum yang hidup dalam masyarakat serta perhatian pada nilai dan falsafah hidup yang diyakini dan dipraktikkan oleh rakyat Indonesia. Perbedaan RUU-KUHP dengan KUHP yang lain adalah diakomodasinya beberapa ketentuan dan prinsip dalam hukum pidana Islam (*fiqh jinayat*) sebagai salah satu sumber dan inspirasi.

Bahkan Muhammad Amin Summa, (Anggota Tim Perumus RUU-KUHP), dalam seminar dan lokarya nasional bertajuk “Membedah dan Merajut RUU-KUHP dan RUU KUHAP Menuju Hukum Pidana dan Acara Pidana yang Berkeindonesiaan,” menyatakan bahwa secara umum dan keseluruhan dapat disimpulkan, bahwa RUU KUHP dan hukum pidana Islam terdapat kesesuaian. Salah satu pasal RUU KUHP yang dinilai selaras dengan hukum pidana Islam, antara lain konsep pemaafan. (Muhammad Amin Summa, 2013).

 Pengaruh Islam paling jelas terlihat pada pasal-pasal kesusilaan, khususnya perzinahan. Draft RUU malah memperkenalkan istilah baru bernuansa islami, yaitu pasal *permukahan*(overspel, adultry). Definisi perzinaan juga mengalami pergantian dari hukum Belanda ke hukum Islam. Semula pasal kesusilaan hanya sembilan belas (281-298), kini di RUU terdapat tiga puluh pasal (411-441). (Muhammad Yasin, 2003). Indonesia, melalui RUU-KUHP memilih untuk memperluas delik permukahan dan zina. Sementara itu negara-negara lain memilih untuk mencabut delik yang dipandang sebagai *victimless crime* itu dari KUHP mereka, seperti Jepang dan hampir seluruh negara Eropa. Bahkan lebih dari itu, selain memperjelas makna permukahan dan zina, ancaman pidananya pun dinaikkan dari maksimum 9 bulan menjadi lima tahun penjara. (dalam Muhammad Yasin, 2003)

Selain pada pasal susila, pengaruh Islam juga terdapat pada tindak pidana pembunuhan. Menurut konsep KUHP sekarang, seorang pelaku pembunuhan berat praktis dihukum karena dianggap merugikan seluruh masyarakat. Tetapi di Indonesia, kerugian lebih banyak dirasakan keluarga. Menurut konsep Islam, anggota keluarga korban pembunuhan punya andil menentukan hukuman kepada pelaku, atau justeru memberikan maaf. (Muhammad Yasin, 2003). Oleh karena itu, menurut Amin Summa, “Meski RUU KUHP tidak menggunakan konsep pemaafaan secara utuh dan menyeluruh, namun keberadaan aspek maaf dalam RUU KUHP jelas merupakan kemajuan dalam RUU ini,” (Muhammad Amin Summa, 2013)

Opini dari berbagai kalangan nampaknya mengarah kepada pendapat yang sama, -tentu dalam ukuran kesamaan yang bervariasi- bahwa terdapat pengaruh Islam (baca: hukum pidana Islam) dalam rumusan RUU-KUHP. Namun mereka semua lebih banyak melihat kepada ketentuan tindak pidana dan hukumannya, seperti ketentuan tentang perzinahan/asusila dan hukumannya, pembunuhan dan hukumannya, pemaafan dan implikasi hukumannya. Oleh karena itulah penelitian/tulisan ini akan menyasar salah satu bagian penting dari latar belakang filosofis, yaitu pada kajian asas legalitas hukum pidana. Tanpa bermaksud memperdebatkan secara pro dan kontra naskah RUU-KUHP, tulisan ini memfokuskan pada kajian yuridis-normatif terhadap *problem research* sebagai berikut: bagaimana konsep asas legalitas RUU-KUHP ?, dan bagaimana konsep asas legalitas hukum Pidana Islam?

**Pengertian dan Makna Asas Legalitas**

Kata asas berasal dari bahasa arab *asasun* yang berarti dasar atau prinsip, sedangkan kata “legalitas” berasal dari bahasa latin yaitu *lex* yang berarti undang-undang, atau dari kata jadian *legalis* yang berarti sah atau sesuai dengan ketentuan undang-undang. Dengan demikian arti legalitas adalah keabsahan menurut undang-undang (Subekti & Tjitrosudibyo, 1969: 63). Asas legalitas berkaitan dengan ketentuan yang menyatakan bahwa tidak ada pelanggaran dan tidak ada hukuman sebelum ada undang-undang yang mengaturnya.

Menurut Moeljatno, asas legalitas (*principle of legality*) adalah asas yang menentukan bahwa tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana jika tidak ditentukan terlebih dahulu dalam perundang-undangan. Dalam bahasa latin disebut sebagai *nullum delictum nulla poena sine praevia lege*. (tidak ada delik, tidak ada pidana tanpa peraturan lebih dahulu). (Moeljatno, 2000: 23). Menurutnya, dari formulasi asas legalitas tersebut setidaknya dikandung tiga pengertian: 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; 3) Aturan-aturan hukum pidana tidak boleh berlaku surut (Moeljatno, 2000: 25). Sedangkan Peter Mahmud Marzuki mendefinisikannya sebagai tiada seorang pun dapat dipidana karena melakukan suatu perbuatan jika tidak ada aturan undang-undang yang mengatur sebelum perbuatan dilakukan (Peter Mahmud Marzuki, 2008: 215). Kedua pengertian di atas memiliki substansi yang sama yaitu perbuatan seseorang pada dasarnya tidak dapat dijerat hukum apabila tidak ada undang-undang yang mengaturnya sebelum perbuatan tersebut dilakukan. Sementara itu, secara lebih tegas menurut Wirjono Prodjodikoro, bahasa latin Asas Legalitas yang berbunyi *nullum delictum, nulla puna sine praevia lege punali* diartikan tiada kejahatan, tiada hukuman pidana tanpa undang-undang hukum pidana terlebih dahulu (Wirjono Prodjodikoro, 2003: 43).

Para ahli hukum pidana pada dasarnya sepakat dengan adanya 3 (tiga) makna dalam asas legalitas, yaitu: a) tidak ada perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana kalau hal itu belum dinyatakan terlebih dahulu dalam suatu undang-undang; b) untuk menentukan adanya perbuatan pidana tidak boleh digunakan analogi (*qiyas*); c) aturan-aturan hukum pidana tidak berlaku surut (Moeljatno, 2000: 25).Tiga makna asas legalitas tersebut mengakibatkan adanya dua implikasi, yaitu: 1) larangan menggunakan analogi (prinsip non analogi); dan 2) keharusan menggunakan undang-undang pidana yang berlaku pada saat perbuatan dilakukan. Artinya, dilarang memberlakukan undang-undang pidana secara retroaktif (prinsip non-retroaktif) (Deni Setyo Bagus Yuherawan, 2014: 5).

Di Indonesia, Asas Legalitas diwujudkan dalam aturan hukum yaitu pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) yang menyatakan: “Tiada suatu perbuatan dapat dipidana kecuali atas kekuatan aturan pidana dalam perundang-undangan yang telah ada, sebelum perbuatan dilakukan” Ketentuan tentang “aturan pidana dalam undang-undang yang telah ada” dalam pasal 1 ayat (1) KUHP ini memiliki pengertian bahwa harus ada empat unsur penting dalam hukum pidana, yaitu: 1) kualifikasi perbuatan pidana; 2) undang-undang pidana yang harus diberlakukan; 3) sumber hukum pidana; dan 4) sistem hukum pidana (Deni Setyo Bagus Yuherawan, 2014: 2-3).

**Asas Legalitas dalam RUU-KUHP**

Asas legalitas dalam RUU-KUHP diatur dalam buku kesatu tentang Aturan Umum pasal 1 ayat (1) dan (2) dan pasal 2 ayat (1) dan (2). Pasal 1 RUU-KUHP menyatakan bahwa:

1. Tiada seorang pun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang dilakukan telah ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan.
2. Dalam menetapkan adanya tindak pidana dilarang menggunakan analogi. (Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana (RUU-KUHP) Hasil Pembahasan Per-28 Juni 2018, dalam http://reformasikuhp.org/r-kuhp/)

Sedangkan pasal 2 RUU-KUHP menyatakan bahwa:

1. Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang undangan.
2. Berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa. (Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana (RUU-KUHP) Hasil Pembahasan Per-28 Juni 2018, dalam http://reformasikuhp.org/r-kuhp/)

Asas legalitas dalam *Wetboek van Straftrecht (WvS)* pada dasarnya menghendaki aturan dasar sebagai berikut: (i) perbuatan yang dilarang harus dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan, (ii) peraturan tersebut harus ada sebelum perbuatan yang dilarang itu dilakukan. Oleh karena itu, ini berarti bahwa adagium *nullum delictum, nulla poena sine praevia lege poenali,* sebagaimana ditetapkan oleh KUHP tersebuttelah mengalami pergeseran.

Beberapa ketentuan baru tentang asas legalitas dalam RUU-KUHP dan sekaligus membedakan dengan KUHP adalah: *pertama,* adanya penggunaan istilah “peraturan-perundang-undangan yang berlaku” dalam pasal 1 (1). *Kedua,* adanya pengaturan dalam pasal 2 (1) bahwa “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang undangan”. Ayat ini secara tegas mengakui keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat yang dapat dijadikan dasar kriminalisasi meskipun KUHP (baru) tidak mengaturnya. *Ketiga,* adalah penjelasan terhadap pasal 2 (1), “yaitu sepanjang hukum yang hidup dalam masyarakat itu sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa” (pasal 2 (2).

Formulasi asas legalitas rumusan RUU-KUHP, oleh Deni Setyo diistilahkan sebagai sebuah rekonstruksi asas legalitas. Menurutnya, bahwa diantara gagasan-gagasan besar yang diperjuangkan dalam RUU-KUHP adalah tentang rekonstruksi asas legalitas, yaitu: a) menempatkan Asas legalitas tidak lagi sebagai kebenaran absolut; b) menerobos, bahkan melemahkan asas legalitas, dan c) Memunculkan asas legalitas baru yakni asas legalitas Materiil. (Deni Setyo Bagus Yuherawan, 2014: 261).

Sementara itu menurut Barda Nawawi Arief, RKUHP dirancang bertolak dari pokok pemikiran keseimbangan monodualistik, dalam arti memperhatikan keseimbangan dua kepentingan antara kepentingan masyarakat dan kepentingan individu. Pandangan monodualistik inilah yang biasanya dikenal dengan istilah “*Daad-dader Strafrecht*”, yaitu hukum pidana yang memper- hatikan segi-segi obyektif dari perbuatan (*daad*) dan juga segi-segi subjektif dari orang/pembuat (*dader*). Bertolak dari prinsip monodualistik itulah, maka konsep RKUHP mempertahankan dua asas yang sangat fundamental dalam hukum pidana, yaitu asas legalitas dan asas kesalahan/kulpabilitas. Kedua asas ini sering disebut dengan “asas kemasyarakatan” dan “asas kemanusiaan”. Dalam KUHP yang berlaku pada saat ini hanya merumuskan asas legalitas saja, sedangkan asas kesalahan/kulpabilitas, sekalipun diakui di dalam praktek peradilan, asas kesalahan sama sekali tidak dirumuskan di dalam KUHP. (Barda Nawawi Arief, 2008: 97; Marcus Priyo Gunarto, 2012: 88)

Filosofi keseimbangan ini, memang sejak awal telah menjadi bagian penting dari konsideran RUU-KUHP. Salah satu konsideran tersebut (bagian c) menyatakan bahwa materi hukum pidana nasional juga harus mengatur keseimbangan antara kepentingan umum atau negara dan kepentingan individu, antara pelindungan terhadap pelaku tindak pidana dan korban tindak pidana, antara unsur perbuatan dan sikap batin, antara kepastian hukum dan keadilan, antara hukum tertulis dan hukum yang hidup dalam masyarakat, antara nilai nasional dan nilai universal, serta antara hak asasi manusia dan kewajiban asasi manusia.

Selain asas keseimbangan antara asas legalitas dan asas kulpabilitas, asas keseimbangan juga tercermin di dalam perlindungan/kepentingan korban dan ide individualisasi pidana; keseimbangan antara unsur/faktor obyektif (perbuatan/lahiriah) dan subyektif (orang batiniah/ sikap batin); keseimbangan antara kriteria formal dan material; keseimbangan antara kepastian hukum; kelenturan/elastisitas/fleksibilitas dan keadilan; dan keseimbangan nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global/internasional/ universal. (Muladi, 2004)

Salah satu bentuk keseimbangan, yaitu keseimbangan asas legalitas formal dan material dirumuskan di dalam Pasal 12 RUU KUHP (Konsep 2018) sebagai berikut:

* + 1. Tindak pidana adalah perbuatan yang oleh peraturan perundang-undangan diancam dengan sanksi pidana dan/atau tindakan.
    2. Untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, selain perbuatan tersebut dilarang dan diancam pidana oleh peraturan perundang- undangan, harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.
    3. Dan setiap tindak pidana selalu dipandang bersifat melawan hukum, kecuali ada alasan pembenar.

Berdasarkan pasal (ayat 2) di atas, maka untuk dapat dipidananya suatu perbuatan harus juga bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Menggunakan pendapat Roelof H. Haveman, bahwa dalam tradisi *cicil law,* kekuatan makna sesungguhnya asas legalitas (*a more* *true meaning to principle of* legality) dapat diukur berdasarkan empat aspek, yaitu: *law, lex scripta* (peraturan perundang-undangan), *lex certa* (kepastian hukum), *retroactivity* (retroaktivitas), dan analogi. Menurutnya, *though it might be said that not every aspect is that strong on its own, the combination of the four aspects gives a more true meaning to principle of legality*. (Roelof H. Heveman, 2002: 50) Oleh karena itu, asas legalitas RUU-KUHP dalam perspektif ini dapat dianalisis secara sederhana sebagai berikut:

*Pertama, Lex Scripta.* Menurut aspek ini, penghukuman harus didasarkan pada undang-undang, dengan kata lain berdasarkan hukum yang tertulis. Undang-undang *(statutory, law)* harus mengatur mengenai tingkah laku (perbuatan) yang dianggap sebagai tindak pidana. Tanpa undang-undang yang mengatur mengenai perbuatan yang dilarang, maka perbuatan tersebut tidak bisa dikatakan sebagai tindak pidana. Hal ini berimplikasi bahwa kebiasaan tidak bisa dijadikan dasar menghukum seseorang. Tidak bisanya kebiasaan menjadi dasar penghukuman bukan berarti kebiasaan tersebut tidak mempunyai peran dalam hukum pidana. Ia menjadi penting dalam menafsirkan *element of crimes* yang terkandung dalam tindak pidana yang dirumuskan oleh undang-undang tersebut. (Fajrimei A. Gofar, 2005: 6-7).

Dirumuskannya asas legalitas ke dalam RUU KUHP memberikan pengertian bahwa sumber hukum yang utama untuk menentukan apakah suatu perbuatan sebagai tindak pidana atau bukan adalah Undang-Undang (hukum tertulis). Namun berbeda dengan asas legalitas yang dirumuskan dalam KUHP yang berlaku sekarang, asas legalitas di dalam RUU KUHP tidak sebatas legalitas formal tetapi rumusannya diperluas secara materiil yaitu dengan menegaskan bahwa ketentuan dalam Pasal 1 ayat (1) itu tidak mengurangi berlakunya ”hukum yang hidup” di dalam masyarakat. Dengan demikian di samping sumber hukum tertulis (UU) sebagai kriteria/patokan formal yang utama, juga masih memberi tempat kepada sumber hukum tidak tertulis, yaitu hukum yang hidup di dalam masyarakat sebagai dasar penetapan patut dipidananya suatu perbuatan. (Marcus Priyo Gunarto, 2012: 88) Arah pemikiran pengaturan ini, menurut Deni Setyo, sudah jelas, yaitu untuk menciptakan hukum pidana dan sistem peradilan pidana yang lebih berkeadilan, terutama lebih memperhatikan kepentingan korban, serta tekad untuk menuntut dan memidana setiap kejahatan. (Deni Setyo Bagus Yuherawan, 2014: 261).

*Kedua, Lex Certa.* adalah bahwa undang-undang harus dirumuskan secara jelas dan rinci mengenai perbuatan yang disebut dengan tindak pidana (kejahatan, *crimes*). Pembuat undang-undang harus mendefinisikan dengan jelas tanpa samar-samar *(nullum crimen sine lege stricta)*, sehingga tidak ada perumusan yang ambigu mengenai perbuatan yang dilarang dan diberikan sanksi. Perumusan yang tidak jelas atau terlalu rumit hanya akan memunculkan ketidakpastian hukum dan menghalangi keberhasilan upaya penuntutan (pidana) karena warga selalu akan dapat membela diri bahwa ketentuan-ketentuan seperti itu tidak berguna sebagai pedoman perilaku (Jan Remmelink, 2003: 358, dalam Fajrimei A. Gofar, 2005: 7).

Secara *lex certa,* rumusan tindak pidana dalam RUU-KUHP dapat dianalisis dari dua sisi. *Pertama,* adanya kepastian hukum dengan dirumuskannya secara lebih rinci (dibanding dalam KUHP) pada beberapa tindak pidana tertentu, seperti, perzinaan dan susila (pasal 411-441), narkoba (pasal 460-461), pemaafan korban tindak pidana (pasal 60), dan lain-lain. *Kedua*, pengaturan tindak pidana selain rinci harus dilakukan secara hati-hati dan melibatkan berbagai pihak. Hal ini supaya tidak menjadi instrumen kriminalisasi yang justru bertentangan dengan prinsip keadilan itu sendiri.

*Ketiga, retroactivity.* Asas legalitas menghendaki bahwa ketentuan peraturan perundang-undangan yang merumuskan tindak pidana tidak dapat diberlakukan secara surut (*retroaktif*). Pemberlakuan secara surut merupakan suatu kesewenang-wenangan, yang berarti pelanggaran hak asasi manusia. Seseorang tidak dapat dituntut atas dasar undang-undang yang berlaku surut. Namun demikian, dalam prakteknya penerapan asas legalitas ini terdapat penyimpangan-penyimpangan. Sebagai contoh, kasus Bom Bali, kasus Pelanggaran Hak Asasi Manusia Timor-Timur, dan kasus Tanjung Priok. Dalam kasus-kasus tersebut, asas legalitas disimpangi dengan memberlakukan asas retroaktif. (Fajrimei A. Gofar, 2005: 7)

RUU-KUHP menganut asas non-retroaktif. Hal ini sebagaimana ditegaskan dalam pasal 1 ayat (1). Namun demikian dalam situasi tertentu, RUU-KUHP memberikan peluang untuk memberikan perlakuan khusus terhadap ketentuan perundang-undangan yang baru pada kasus yang telah terjadi, baik sebelum maupun setelah peraturan yang baru ditetapkan. *Pertama*, ketentuan perundang-undangan yang lama tetap diterapkan dalam kasus yang telah terjadi karena dianggap lebih menguntungkan bagi pelaku dan pembantu tindak pidana dibanding ketentuan perundang-undangan yang baru (pasal 3 ayat (1). *Kedua,* manakala sebuah perbuatan tidak lagi dikategorikan sebagai tindak pidana menurut ketentuan perundang-undangan yang baru, maka proses hukum bagi tersangka atau terdakwa harus dihentikan demi hukum (pasal 3 ayat (2). *Ketiga*, manakala sebuah perbuatan telah diputus dan berkekuatan hukum namun tidak lagi dikategorikan sebagai tindak pidana menurut ketentuan perundang-undangan yang baru, maka pelaksanaan pemidanaan dihapuskan (pasal 3 ayat (4). *Keempat,* manakala sebuah perbuatan telah diputus dan berkekuatan hukum namun ketentuan perundang-undangan yang baru menetapkan hukuman yang lebih ringan, maka putusan pemidanaan disesuaikan dengan batas pidana menurut peraturan perundang-undangan yang baru (pasal 3 ayat (7)).

Romli Atmasasmita menyatakan bahwa prinsip hukum *non-retroaktif* berlaku untuk pelanggaran pidana biasa, sedangkan pelanggaran hak asasi manusia bukan pelanggaran biasa, oleh karenannya prinsip *non-retroaktif* tidak bisa dipergunakan. (Romli Atmasasmita, dalam Fajrimei, 2005: 8). RUU-KUHP mengistilahkan jenis pelanggaran yang tidak biasa dengan “tindak pidana berat terhadap hak asasi manusia” (Bab XXXVIII).

*Keempat,* Analogi. Yaitu apabila terhadap suatu perbuatan yang pada saat dilakukannya tidak merupakan tindak pidana, diterapkan ketentuan hukum pidana yang berlaku untuk tindak pidana lain yang mempunyai sifat atau bentuk yang sama dengan perbuatan tersebut, sehingga kedua perbuatan tersebut dipandang analog satu dengan lainnya.

Analogi merupakan salah satu bentuk penafsiran hukum. Namun justru menjadi bentuk penafsiran hukum yang paling diperdebatkan di antara para yuris yang terbagi ke dalam dua kubu, menerima dan menentang. (Eva Achjani Zulfa, dalam Fajrimei Gofar, 2005: 8) Alasan mereka yang menyetujui analogi, di antaranya adalah karena perkembangan masyarakat yang sedemikian cepat sehingga hukum pidana harus berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat itu. Sementara yang menentang mengatakan bahwa penerapan analogi dianggap berbahaya karena dapat menyebabkan ketidakpastian hukum dalam masyarakat. Dalam perkembangannya, pembatasan dan penggunaan analogi ini tergantung pada sistem hukum yang dianut suatu negara. (Jan Remmelink, 2003: 359)

Pengaturan asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) RUU-KUHP dan diperkuat lagi pada ayat (2) yang melarang penggunaan analogi tentu memiliki arti penting. Maksud dari bunyi Pasal 1 ayat (2) RUU-KUHP sebenarnya adalah menghendaki tidak adanya pengenaan sanksi terhadap perbuatan-perbuatan yang dilakukan seseorang secara berlebihan. Dengan kata lain, menghendaki bahwa perumusan delik diterapkan secara ketat *(nullum crimen sine lege stricta:* tiada ketentuan pidana terkecuali dirumuskan secara sempit/ketat di dalam peraturan perundang-undangan). Menurut Mudzakkir, alasan dicantumkannya pengaturan larangan analogi adalah agar semua asas umum hukum pidana dimuat dalam ketentuan umum hukum pidana Buku I RUU KUHP dan selanjutnya mengurangi perbedaan pendapat dalam menafsirkan hukum yang dapat menghambat penegakkan hukum pidana. Oleh sebab itu, larangan analogi dimasukkan dalam Pasal 1 ayat (2) sebagai bentuk penguatan doktrin hukum pidana yang diterima oleh para ahli hukum tersebut. (Fajrimei A. Gofar, 2005: 6-7)

Lalu, bagaimana ketika berhubungan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat? Dalam hal hakim harus memeriksa dan memutus hukum yang tidak tertulis, hakim dapat menetapkan sanksi berupa “Pemenuhan Kewajiban Adat” setempat yang harus dilaksanakan oleh pembuat tindak pidana. Hal ini mengandung arti, bahwa standar, nilai dan norma yang hidup dalam masyarakat setempat masih tetap dilindungi untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu. Keadaan seperti ini tidak akan menggoyahkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas serta larangan analogi yang dianut dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana. (Marcus Priyo Gunarto, 2012: 88)

**Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Islam**

1. **Ketentuan dan Sumber Asas Legalitas**

Prinsip asas legalitas, dalam Hukum Pidana Islam, ditemukan dalam beberapa aturan pokok dalam ajaran Islam. Pertama, kaidah yang menyatakan: *Lā ḥukma li af’āl al-‘uqalā’ qabla wurūd al-naṣ* (sebelum ada nas (ketentuan), tidak ada hukum bagi perbuatan orang-orang yang berakal sehat) (Ahmad D. Hanafi, 1993: 58; Ahsin Sakho Muhammad, et.al (eds), 2007: 134-135). Artinya, perbuatan seseorang yang cakap (*bekwaam*) tidak mungkin dikatakan dilarang selama belum ada nas yang melarangnya, dan ia memiliki kebebasan untuk melakukan perbuatan itu atau meninggalkannya, sehingga ada nas yang melarangnya (Ahmad D. Hanafi, 1993: 58; Ahsin Sakho Muhammad, et.al (eds), 2007: 134-135). Aturan pokok yang kedua adalah kaidah yang menyatakan: *Al-aṣl fi al-asyyā’ wa al-af’āl al-ibāḥatu.* (Pada dasarnya semua perkara dan semua perbuatan diperbolehkan) (Ahmad D. Hanafi, 1993: 58). Artinya, semua perbuatan dan semua sikap tidak berbuat dibolehkan dengan kebolehan asli, yakni bukan kebolehan yang dinyatakan oleh nas. Jadi selama belum ada nas yang melarang, maka tidak ada tuntutan terhadap semua perbuatan dan semua sikap tidak berbuat (Ahmad D. Hanafi, 1993: 58; Ahsin Sakho Muhammad, et.al (eds), 2007: 134-135). Aturan pokok yang ketiga adalah kaidah yang menyatakan: “Orang yang dapat diberi pembebanan (*taklif*) hanya orang yang memiliki kesanggupan untuk memahami dalil-dalil pembebanan dan untuk mengerjakannya, dan pekerjaan yang dibebankan hanyalah pekerjaan yang mungkin dilaksanakan dan disanggupi serta diketahui pula sehingga dapat mendorong dirinya untuk memperbuatnya” (Ahmad D. Hanafi, 1993: 58; Ahsin Sakho Muhammad, et.al (eds), 2007: 134-135). Ketiga aturan pokok itulah yang diyakini sebagai elemen fundamental keberadaan Asas Legalitas dalam hukum Pidana Islam.

Asas Legalitas dalam Hukum Pidana Islam juga didasarkan pada Al-Qur’an surat al-Baqarah: 286, surat al-An’ām: 19, surat al-Isra’: 15, dan surat al-Qaṣaṣ: 59. Semua ayat tersebut memiliki substansi yang sama, yaitu selama tidak ada ketentuan hukum yang berisi perintah atau larangan maka tidak ada hukum bagi seseorang yang melakukan perbuatan tertentu.

1. **Penerapan Asas Legalitas**

Tindak pidana (jarimah) dalam Hukum Pidana Islam, -berdasarkan berat ringannya hukuman, diklasifikasikan menjadi tiga, yaitu Hudud*,* kisas-diyat*,* dan takzir(Ahsin Sakho Muhammad, et.al (eds), 2007: 99-101; Abd al-Qadir ‘Audah, 1994: 78-81; Ahmad D. Hanafi, 1993: 6-9). Jarimah Hududadalah tindak pidana yang diancam dengan hukuman Hudud*,* yaitu hukuman yang telah ditentukan jenis dan jumlahnya dan menjadi hak Tuhan. Jarimah Hududterdiri atas tujuh macam, yaitu: zina, *qadzaf* (menuduh zina), meminum minuman keras, mencuri, *ḥirābah* (mengganggu keamanan/merampok), murtad, memberontak. (Ahmad D. Hanafi, 1993: 263-279; Abdul Qadir ‘Audah, 1994: 634-662; Rudolph Peters, 2005: 53-65). Jarimahkisas-diatadalah tindak pidana yang diancam hukuman kisas dan diat. Tindak pidana ini terdiri atas lima macam, yaitu: pembunuhan sengaja, pembunuhan menyerupai sengaja, pembunuhan tersalah, penganiayaan sengaja, dan penganiayaan tersalah (Ahmad D. Hanafi, 1993: 284-293; Abdul Qadir ‘Audah, 1994: 663-678; Rudolph Peters, 2005: 44-53). Jarimahtakziradalah tindak pidana yang tidak termasuk dalam kategori Hududmaupun kisas-diyat. Tindak pidana takzirdiancam dengan satu atau beberapa hukuman takzir, yaitu hukuman yang prinsipnya berupa pendidikan dan tidak membinasakan. Jenis tindak pidana ini tidak ditentukan jumlahnya, kecuali sebagian, seperti perbuatan-perbuatan yang selamanya akan tetap dianggap sebagai tindak pidana, misalnya: riba, khianat, memaki orang, menyuap, dan lain-lain. Penentuan jenis tindak pidana takzir diserahkan kepada penguasa (Ahmad D. Hanafi, 1993: 299-318; Abdul Qadir ‘Audah, 1994: 685-706).

Terkait dengan miskonsepsi umum bahwa hakim memiliki kekuasaan bebas dalam menangani pelanggaran takzir*,* Abdul Qadir ‘Audah, sebagaimana dikutip Kamali, menunjukkan bahwa syariah memberikan batasan-batasan tertentu terkait kekuasaan seorang hakim. Maka salah jika dikatakan bahwa hakim memiliki kebebasan wewenang dalam menentukan tindak pidana maupun hukumannya. Hakim pertama-tama, harus menentukan apakah suatu perilaku dianggap maksiat sesuai dengan teks syariat yang jelas. Pelanggarannya kemudian harus dibuktikan melalui bukti yang disyaratkan hukum. Hakim hanya memilih jenis hukuman yang telah divalidasi oleh syariat (Mohammad Hashim Kamali, 2013: 250). Ketika menentukan hukuman untuk tindak pidana takzir*,* seorang hakim harus menentukan hukuman yang sah, dari sekedar peringatan sampai denda dan pemenjaraan, dan memutuskan apakah hukumannya akan ditangguhkan atau dijalankan dengan segera. Dengan kata lain, seorang hakim memiliki kewenangan diskresi dalam tindak pidana takzir*,* sebagaimana digambarkan oleh ‘Audah sebagai *sulṭat al-ikhtiyār* (kekuasaan untuk memilih) dan bukan *sulṭat al-taḥakkum* (kekuasaan untuk membuat hukum sekehendak hati). Menurut ketentuan hukum Islam, tidak ada hakim atau organ pemerintahan lainnya yang memiliki kekuasaan tanpa batas, termasuk dalam tindak pidana takzir*.* (Mohammad Hashim Kamali, 2013: 250).

Klasifikasi tindak pidana dalam hukum pidana Islam tersebut sangat jelas didasarkan pada sistem hukum yang ingin dibangun oleh hukum Islam. Yaitu sistem yang mengutamakan kepatuhan kepada nas (agama) dan prinsip-prinsip keadilan yang paripurna, mencakup keadilan bagi pelaku tindak pidana, keadilan bagi korban tindak pidana, dan keadilan bagi masyarakat dan negara. Pemikiran inilah yang selanjutnya memberikan warna dan karakteristik pada penerapan Asas legalitas hukum pidana Islam. (Moh Khasan, 2017: 29)

Penerapan asas legalitas pada jarimah hudud dilakukan dengan tegas, ketat, dan terkesan tanpa kompromi. Hal ini tergambar pada ayat-ayat al-Qur’an dan Hadis yang menjadi sumber asas legalitas tersebut. Pada jarimah zina, asas legalitas menyatakan: “Pezina perempuan dan pezina laki-laki, deralah masing-masing dari keduanya seratus kali..” (surat al-Nur: 2). Asas legalitas *qadzaf* (menuduh zina) berbunyi: “Dan orang-orang yang menuduh perempuan-perempuan yang baik (berzina) dan mereka tidak mendatangkan empat orang saksi, maka deralah mereka delapan puluh kali, dan janganlah kamu terima kesaksian mereka untuk selama-lamanya..”(surat al-Nur: 4). Adapun asas legalitas pencurian adalah: “Adapun orang laki-laki maupun perempuan yang mencuri, potonglah tangan keduanya (sebagai) balasan atas perbuatan yang mereka lakukan dan sebagai siksaan dari Allah” (surat al-Maidah: 38) (Ahsin Sakho Muhammad, et.al (eds), 2007: 137-141; Ahmad D. Hanafi, 1993: 61-63).

Penerapan asas legalitas jarimah kisas-diattidak berbeda jauh dengan jarimah hudud*.* Kekuasaan hakim pada jarimah ini sama dengan kekuasaan hakim pada jarimah hudud*.* Seorang hakim tidak memiliki kebebasan untuk memilih hukuman atau menentukan berat-ringannya hukuman. Bentuk hukuman telah ditentukan oleh nas, sehingga hakim tinggal menetapkan hukumannya apabila telah terbukti kesalahannya. Perbedaannya terletak pada larangan seorang hakim menjatuhkan hukuman kisas atau diat bila ada pemaafan dari pihak korban. Asas legalitas pembunuhan sengaja yaitu: “Janganlah kamu membunuh jiwa yang dimuliakan oleh Tuhan, kecuali dengan cara yang benar..” (surat al-Isrā’: 33). Asas legalitas penganiayaan yang dimaafkan yaitu: “Siapa yang menganiaya seorang Muslim dengan membunuhnya, maka baginya kisas, kecuali apabila wali korban memaafkannya” (Hadis) (Ahsin Sakho Muhammad, et.al (eds), 2007: 141-144; Ahmad D. Hanafi, 1993: 64-67).

Penerapan asas legalitas dalam jarimah takzir berbeda dengan penerapan asas legalitas dalam jarimah hudud dan kisas-diat. Penerapan asas legalitas pada jarimah ini diperlonggar sampai pada batas tertentu karena pertimbangan maslahat. Kelonggaran di sini terdapat pada penentuan jarimanya dan hukumannya. Abdul Qadir Audah membagi hukuman takzir menjadi tiga bagian: a) Hukuman takzir atas perbuatan maksiat; Yakni hukuman takzir diterapkan atas setiap perbuatan maksiat, yang tidak dikenakan *ḥad* dan tidak pula *kifarat*, baik perbuatan maksiat tersebut menyinggung hak Allah maupun hak adami; b) Hukuman takzir dalam rangka mewujudkan kemaslahatan umum. Menurut kaidah umum yang berlaku selama ini dalam syari’at Islam, hukuman takzir hanya dikenakan terhadap maksiat, yaitu perbuatan yang dilarang karena zat perbuatannya itu sendiri sebagai penyimpangan dari aturan pokok tersebut. c) Hukuman takzir atas perbuatan pelanggaran (*mukhālafah*). Pelanggaran (*mukhālafah*) adalah melakukan perbuatan makruh (yang dibenci) atau melakukan perbuatan *mandub* (sunnah). Untuk menjatuhkan takzir atas perbuatan *mukhālafah*, disyaratkan berulang-ulangnya perbuatan yang dapat dikenakan hukuman. Jadi, sebenarnya penjatuhan itu bukan karena perbuatannya itu sendiri melainkan karena berulang-ulang, sehingga perbuatan itu menjadi adat kebiasaan (Abd al-Qadir ‘Audah, 1994: 128-155; Ahsin Sakho Muhammad, et.al (eds), 2007: 145-147; Ahmad D. Hanafi, 1993: 67-73).

Asas legalitas hukum pidana Islam memiliki karakteristik dan keunikan tertentu sebagaimana diuraikan sebagai berikut: *Pertama,* hukum pidana Islam merupakan hukum yang bersumber dari nas al-Qur’an, Hadis, dan Ijmak. Oleh karenanya memiliki kekuatan secara tertulis (*lex scripta*)karena dicatat dalam kitab suci yang otoritatif. Nas al-Qur’an dan Hadis telah memuat semua ketentuan jarimah, baik yang termasuk dalam kategori hudud, kisas-diat, maupun takzir. Dari sisi sumbernya tersebut, asas legalitas hukum pidana Islam memiliki keistimewaan karena merupakan produk perundang-undangan tertulis (*statutory,* law) yang paling awal diformulasikan secara sistematis (+/- abad 7 M). Sebagai konsekuensi dari bersumber dari nas, hukum pidana Islam menempatkan kepatuhan kepada agama sebagai inspirasi utama, sehingga segala bentuk penyelewengan dan perlawanan terhadap agama (baca: maksiat) merupakan sebuah dosa dan oleh karenanya menjadi jarimah.

*Kedua*, hukum pidana Islam juga menganut prinsip spesifik, teliti, dan rinci (*lex certa*) dalam pengaturan ketentuan jarimah, meskipun terbagi dalam tiga kategori jarimah yang memiliki karakteristik yang berbeda, yaitu hudud, kisas-diat, dan takzir. Pada jarimah hududdibuat ketentuan yang tegas, ketat, dan terkesan tanpa kompromi. Hal ini karena terkait dengan aspek kepastian hukum sebagaimana ketentuan Allah dalam nas, dan oleh karenanya menjadi Hak Allah. Jenis jarimah dan sanksi (‘*uqubah*)nya telah ditentukan oleh nas dan hakim hanya bertugas untuk menetapkan hukumnya tanpa memiliki peluang yang banyak untuk melakukan konstruksi hukum. Demikian juga dengan jarimah kisas-diat, bedanya pada jarimah ini hukum pidana Islam memberikan kepastian kepada para pihak untuk menyelesaikan kasus hukumnya dan menentukan sanksi hukumnya, atau yang dikenal sebagai hak manusia. Hak manusia di sini mengandung arti para pihak dibenarkan melakukan intervensi terhadap kewenangan hakim untuk mencari solusi hukum yang terbaik bagi kedua belah pihak. Adapun pada jarimah takzir mengandung sebuah prinsip yang pasti sebagai sebuah perbuatan maksiat yang tidak termasuk dalam kategori hudud maupun kisas-diat. Oleh karena itu pada jarimah takzir adakalannya bersinggungan dengan hak Allah, dan adakalanya bersinggungan dengan hak manusia.

Kepastian hukum dalam pidana Islam tidak hanya terkait dengan jarimah dan sanksinya yang jelas, rinci, pasti, namun juga pada wilayah otoritas/hak atas jarimah tersebut, apakah menjadi otoritas/hak Allah ataukah otoritas/hak manusia. Signifikansi pembedaan hak ini mengindikasikan dua hal; pertama, implikasi bobot berat dan ringannya sebuah jarimah. Hak Allah mengindikasikan adanya bobot yang berat pada sebuah jarimah dan berpotensi pada implikasi mengganggu keseimbangan hidup masyarakat secara serius dan sistemik. Semua jarimah hudud termasuk dalam kategori ini. Sementara hak manusia mengindikasikan bobot jarimah yang relatif lebih ringan dan tidak berpotensi banyak merusak keseimbangan hidup masyarakat, namun hanya bersifat perseorangan. Jarimah dalam kategori ini meliputi pembunuhan da penganiayaan. Signifikansi kedua, terkait dengan implikasi hak penuntutan dan penyelesaian hukumnya. Jarimah hudud sebagai hak Allah maka hak penuntutan dan penyelesaian ada pada masyarakat yang diwakili oleh institusi negara melalui prosedur peradilan. Sedangkan jarimah kisas-diat karena menjadi hak manusia maka hak penuntutan, penyelesaian hukum, dan penentuan sanksinya ada pada para pihak-pihak yang berperkara, antara pelaku dan korban. Artinya, hak untuk menyelesaikan kasus hukum pada jarimah kisas-diat sebenarnya terdapat pada para pihak. Apabila pihak korban memberikan pemaafan terhadap pelaku, maka negara (hakim) hanya menjadi fasilitator tercapainya kesepakatan antara kedua belah pihak dalam penetapan hukumnya. Sebaliknya, apabila tidak tercapai kesepakatan para pihak, maka proses peradilan tetap dilanjutkan dengan tetap mempertimbangkan keadilan bagi para pihak dan keseimbangan dalam masyarakat yang telah rusak.

*Ketiga,* nas-nas hukum pidana Islam baru berlaku setelah diundangkan dan diketahui oleh orang banyak. Peristiwa-peristiwa yang terjadi sebelum ada nas tidak boleh dihukumi dengan nas yang diturunkan setelahnya. Kaidah ini menegaskan bahwa ketentuan dalam hukum pidana Islam tidak diberlakukan secara surut (*asar raj’i/retroactive*) dan hanya dihukumi berdasarkan nas yang berlaku pada waktu terjadinya perbuatan tersebut. Kaidah hukum pidana Islam juga menyatakan bahwa semua nas syara’, dasar-dasarnya yang umum dan sejarahnya menetapkan bahwa *tasyri’ al-jina’i* (penetapan hukum pidana) tidak memiliki keuatan berlaku surut.

Namun demikian, hukum pidana Islam memberlakukan pengecualian terhadap *asar raj’i* tersebut pada dua situasi, yaitu terhadap perbuatan jarimah yang sangat berbahaya dan mengancam keamanan dan sistem (tatanan) masyarakat umum, dan dalam situasi ketika aturan yang baru dianggap lebih menguntungkan tersangka (demi kemaslahatan pelaku jarimah). (Ahsin Sakho Muhammad, 2007: 286) Pengecualian pertama bersifat *jawazi* (boleh), yaitu aturan-aturan hukum pidana dapat diberlakukan surut dengan syarat terciptanya kepentingan masyarakat umum. Sedangkan pengecualian kedua bersifat *wujubi* (wajib)*,* yaitu bahwa *Syari’* (Allah dan Rasul-Nya) tidak boleh mencegah segala sesuatu yang berimplikasi kemaslahatan bagi masyarakat umum. (Ahsin Sakho Muhammad, 2007: 286)

Jarimah yang dikategorikan sangat berbahaya sehingga dapat berlaku *asar raj’i* padanya adalah *qazaf* (menuduh orang lain berbuat zina tanpa saksi), *ḥirabah* (gangguan keamanan), dan *ẓihar* (menyerupakan istri dengan ibu kandung)*.* Persamaan ketiga jenis jarimah tersebut adalah potensi bahaya sangat besar yang ditimbulkan, yaitu kerusakan secara sistematis, gangguan keamanan dan teror secara meluas, dan ancaman terhadap kemaslahatan masyarakat yang sangat tinggi.

*Asar raj’i* juga diberlakukan manakala ketentuan hukuman nas yang baru lebih menguntungkan bagi tersangka. Syarat berlakunya aturan ini adalah apabila putusan hukum bagi tersangka berdasarkan nas yang lama belum mendapatkan kekuatan hukum tetap (*in karacht van gewijsde*). Pemberlakuan surut atas nas yang lebih menguntungkan ini didasarkan pada pemikiran bahwa tujuan penjatuhan hukuman adalah untuk memberantas perbuatan jarimah dan sekaligus melindungi kepentingan masyarakat. Karena itu penjatuhan hukuman merupakan kebutuhan sosial yang diperlukan untuk kepentingan masyarakat dan setiap kebutuhan diukur untuk kepentingan tersebut. Perlindungan kepentingan masyarakat juga tidak ditentukan oleh beratnya hukuman, tapi pada nilai keadilannya. Sebuah hukuman memenuhi rasa keadilan ketika telah sesuai dengan kebutuhan masyarakat dan memberikan perlindungan terhadap kepentingan masyarakat. Contoh konkrit prinsip ini adalah pemberlakuan nas kisas menurut Islam terhadap pelaku pembunuhan pra Islam.

Ada beberapa kondisi penerapan hukuman yang lebih menguntungkan dalam nas baru berdasarkan *asar raj’i* : *pertama,* jika nas baru ditetapkan sebelum ada keputusan terhadap sebuah jarimah, sedang nas tersebut lebih menguntungkan bagi tersangka, maka pelaku diadili berdasarkan nas baru tersebut. *Kedua,* jika nas baru ditetapkan sesudah ada keputusan, sedangkan nas tersebut lebih mengutungkan, maka hukuman yang telah dijatuhkan harus dijalankan dan disesuaikan dengan dengan ketentuan nas baru. *Ketiga,* jika nas baru ditetapkan sesudah ada keputusan, sedangkan nas itu tidak melihat perbuatan itu sebagai jarimah dan tidak menjatuhkan hukuman, maka keputusan yang telah dijatuhkan berdasarkan nas lama tidak boleh dilaksanakan atau dihentikan. *Keempat,* jika nas baru mengancamkan hukuman yang lebih berat, nas itu tidak berlaku bagi pelaku jarimah karena tidak menguntungkan baginya. (Ahsin Sakho Muhammad, 2007: 286)

*Keempat,* karakteristik nas yang memiliki keterbatasan dari sisi waktu diturunkannya, mungkin akan menimbulkan masalah terutama berkaitan dengan jenis jarimah baru yang belum diatur oleh nas secara khusus. Dalam hal ini bagaimana hukum pidana Islam menyikapinya ?

Hukum pidana Islam terjadi perbedaan pendapat tentang analogi (kias) tindak pidana dan hukuman. Sebagian kecil fukaha membolehkan kias tersebut, sementara sebagian besar fukaha menolak penerapan kias. Mereka yang membolehkan kias mendasarkan pada dua alasan. *Pertama,* Nabi Muhammad telah menetapkan penggunaan kias berdasarkan sebuah hadis yang berisi dialog beliau dengan sahabat Mu’adz. Dalam dialog tersebut diilustrasikan bahwa ketika Mu’adz menghadapi masalah dalam mengemban tugasnya, maka ia akan menyelesaikannya dengan menggunakan al-Qur’an jika ada, kemudian dengan menggunakan Hadis jika ada, dan terakhir dengan menggunakan ijtihad (kias). Hadis ini menunjukkan kebolehan penggunaan kias dalam kasus pidana dan hukumannya. *Kedua,* penggunaan kias sahabat Ali ketika bermusyawarah dengan para sahabat tentang hukuman peminum khamr. Menurut Ali, jika seseorang minum, ia akan mabuk; jika ia mabuk ia akan bicara tidak karuan, ia juga berpotensi membuat fitnah. Karenanya jatuhilah ia hukuman orang yang membuat fitnah. Di sini Ali mengkiaskan meminum khamr dengan melakukan fitnah (kebohongan/*muftari*). Pendapat ini akhirnya menjadi ijmak karena tidak ada bantahan apapun dari sahabat yang lain. (Ahsin Sakho Muhammad, 2007: 211)

Sedangkan kelompok yang menolak kias pada hukum pidana mendasarkan pada tiga alasan: *pertama,* hukuman hudud dan kafarat telah ditentukan batasannya dan tidak mungkin dapat dipastikan alasan dan motifnya. Sementara kias didasarkan atas pengetahuan terhadap ilat hukum *aṣl.* Maka apa yang tidak diketahui ilatnya, kias tidak dapat diterapkan padanya. *Kedua,* kias adalah metode yang memungkinkan terjadi kesalahan sehingga mengakibatkan syubhat. Sedangkan hudud dan kafarat adalah hukuman yang menakutkan karena beratnya. Oleh karenanya hudud tidak boleh diterapkan karena terdapat potensi syubhat (*idra’ al-ḥudūd bi al-syubhāt*). *Ketiga,* beberapa jarimah semestinya mendapatkan hukuman sama karena kualitasnya yang mirip atau bahkan lebih berat dari jarimah yang lain, namun ternyata tidak diperlakukan demikian oleh nas. Misalnya, jarimah pencurian diancam sanksi potong tangan, namun jarimah lain yang diancam dengan sanksi kafarat tidak ada ancaman sanksi potong tangan, padahal semestinya lebih layak. (Ahsin Sakho Muhammad, 2007: 212)

Kias pada hukuman terlebih dahulu mengharuskan kias pada tindak pidana. Mereka yang membolehkan penggunaan kias pada tindak pidana tidak berarti membuat hukum (aturan) yang baru atau menciptakan tindak pidana-tindak pidana yang baru. Penggunaan kias itu sebagai bentuk perluasan daerah penerapan nas (memperluas lingkungan berlakunya aturan yang telah ada). Jadi kias pada tindak pidana dan sanksi bukanlah merupakan sumber hukum (*tasyrī’*), melainkan hanya merupakan sumber penafsiran yang membantu menentukan perbuatan-pebuatan yang termasuk ke dalam cakupan nas tertentu yang telah ada. Penerapan kias dapat dilakukan dengan menyatukan (menganalogikan) setiap bentuk perbuatan semisal yang di dalamnya mengandung ilat pengharaman itu. Contohnya, mengharamkan *liwaṭ* (homoseksual) dengan zina, pembunuhan dengan benda tumpul dengan pembunuhan dengan benda tajam, sesuatu yang memabukkan dengan khamr (menurut sebagian ulama), kuburan dengan rumah atau tempat-tempat lain yang disiapkan untuk menyimpan harta benda, sehingga orang yang mengambil kain kafan dianggap sebagai pencuri, dan seterusnya. (Ahsin Sakho Muhammad, 2007: 212). Pada akhirnya mekanisme kias tetap diakui keberadaannya dalam praktik peradilan hukum pidana Islam, dan justru nampak lebih *compatible* dengan besarnya peran yang diberikan oleh Islam kepada sosok hakim dan dengan tuntutan kemajuan zaman.

**Kesimpulan**

Berdasarkan pembahasan secara normatif terhadap asas legalitas di atas, maka dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut: *Pertama*, Asas legalitas dalam RUU-KUHP merupakan hasil rekonstruksi terhadap asas legalitas yang ada dalam KUHP. Konstruksi baru asas legalitas didasarkan pada beberapa nilai dan prinsip filosofis, yaitu dekolonialisasi KUHP sesuai dengan budaya dan falsafah hidup bangsa Indonesia, harmonisasi, modernisasi, dan demokratisasi hukum di Indonesia.

*Kedua*, Hukum pidana Islam bersumber dari nas-nas keagamaan, oleh karenanya nilai-nilai dan norma-norma agama mendominasi formulasi asas legalitasnya. Namun demikian pengaruh norma agama tidak selalu berimplikasi negatif terhadap asas legalitas, bahkan sebaliknya, menunjukkan formulasi asas legalitas yang lebih dinamis, fleksibel, dan progresif.

**Daftar Pustaka**

Arief, Barda Nawawi. *Beberapa Aspek penegakan dan Pengembangan Hukum Pidana*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2011.

Arief, Barda Nawawi. *Kebijakan Hukum Pidana; Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2014.

Audah, Abdul Qadir. *al-Tasyrī’ al-Jinā’ī al-Islāmī.* Beirut: Muassasah al-Risālah, 1994.

Djazuli, A. “Beberapa Aspek Pengembangan Hukum Islam di Indonesia” dalam Tjun Surjaman (Ed.),  *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek*. Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991.

Gofar, Fajrimei. “Asas Legalitas dalam Rancangan RUU-KUHP, Position Paper Advokasi RUU-KUHP Seri 1”*.* dalam *http://reformasikuhp.org/asas-legalitas-dalam-rancangan-ruu-kuhp/*

Gunarto, Marcus Priyo. “Asas Keseimbangan dalam Konsep Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana”. dalam *Mimbar Hukum,* Vol. 24 nomor 1 Februari 2012.

Hanafi, Ahmad D. *Asas-Asas Hukum Pidana Islam.* Jakarta: Bulan Bintang, 1993.

Haveman, Roelof H. *The Legality of Adat Criminal Law in Modern Indonesia*. Jakarta: Tata Nusa, 2002.

Kamali, Mohammad Hashim. *Membumikan Syariah; Pergulatan Mengaktualkan Islam.* Bandung: Mizan, 2013.

Khasan, Moh. “Prinsip-Prinsip Keadilan Hukum dalam Asas Legalitas Hukum Pidana Islam” dalam *Jurnal RechtsVinding.* Vol. 6 No. 1. April 2017.

Marzuki, Peter Mahmud. *Pengantar Ilmu Hukum.* Jakarta: Kencana Prenada Group, 2008.

Moeljatno. *Asas-Asas Hukum Pidana*. Jakarta: Rineka Cipta, 2000.

Mudzakkir. “Pengaturan Asas Legalitas dalam RUU KUH”*. Makalah* dalam Focus Group DiscussionMengenai Pengaturan Asas Legalitas dalam RKUHP yang diadakan ELSAM, Hotel Ibis Tamarin, Jakarta, 22 Agustus 2005.

Muladi. “Beberapa Catatan tentang Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana”. *Makalah*. Sosialisasi RUU KUHP yang diselenggarakan oleh Departemen Hukum dan HAM, Jakarta, 21 Juli 2004.

Peters, Rudolph. *Crime and Punishment in Islamic Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Prodjodikoro, Wirjono. *Asas-asas Hukum Pidana di Indonesia*. Bandung: Refika Aditama, 2003.

Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana (RUU-HP) Hasil Pembahasan Per-28 Juni 2018, dalam *<http://reformasikuhp.org/r-kuhp/>*

Remmelink, Jan. *Hukum Pidana: Komentar Atas Pasal-pasal Terpenting dari Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Belanda dan Padanannya dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana Indonesia,* Penerbit PT Gramedia Jakarta, 2003.

Sakho, Muhammad Ahsin, et.als, (eds). *Ensiklopedi Hukum Pidana Islam*. Bogor: PT. Kharisma Ilmu, 2007.

Subekti dan Tjitrosudibyo. *Kamus Hukum.* Jakarta: Pradnya Paramita, 1969.

Summa, Muhammad Amin. “RUU-KUHP Selaras dengan Hukum Pidana Islam” dalam [*https://www.uinjkt.ac.id/id/prof-dr-m-amin-suma-sh-ma-mm-ruu-kuhp-selaras-dengan-hukum-pidana-islam/*](https://www.uinjkt.ac.id/id/prof-dr-m-amin-suma-sh-ma-mm-ruu-kuhp-selaras-dengan-hukum-pidana-islam/), 2013.

Yasin, Muhammad. “Islamisasi RUU-KUHP Bukan Mau Menerapkan Hukum Islam” dalam [*https://www.hukumonline.com/berita/baca/hol9233/*](https://www.hukumonline.com/berita/baca/hol9233/) *islamisasi-ruu-kuhp-bukan-mau-menerapkan-hukum-islam*, 2003.

Yuherawan, Deni Setyo Bagus. *Dekonstruksi Asas Legalitas Hukum Pidana; Sejarah Asas Legalitas dan gagasan Pembaharuan Filosofis Hukum Pidana.* Malang: Setara Press, 2014.