

HUKUM YANG HIDUP DALAM MASYARAKAT DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL

Totok Sugiarto

Dosen Fakultas Hukum, Universitas Panca Marga Probolinggo Jl. Yos Sudarso, No.107,
Pabean, Dringu, Probolinggo, Jawa Timur 67271
sugiarto.prob@gmail.com

Purwanto

Dosen Fakultas Hukum, Universitas Panca Marga Probolinggo Jl. Yos Sudarso, No.107,
Pabean, Dringu, Probolinggo, Jawa Timur 67271

Abstrak

Mempersoalkan eksistensi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana setidaknya dapat dilakukan baik dalam perspektif yuridis maupun teoretis. Tulisan ini mencoba membahas dan memaparkan dua perspektif penting tentang hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana. Pertama, bagaimana posisi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana dilihat dari perspektif teori hukum. Kedua, sejauhmana hukum yang hidup dalam masyarakat memperoleh justifikasi untuk dikontribusikan dalam pembaharuan hukum pidana. Kedua permasalahan tersebut ditelaah secara doktrinal dan menghasilkan temuan seperti berikut: Pertama, kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana memperoleh penguatan secara teoretis. Kedua, kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana juga memperoleh justifikasi tidak saja oleh instrumen hukum nasional, tetapi juga oleh instrumen hukum internasional.

A. Latar Belakang

Pembaharuan hukum, termasuk pembaharuan hukum pidana, hakikatnya merupakan pembaharuan terhadap pokok-pokok pemikiran sering juga dimaknai sebagai pembaharuan konsep atau ide dasar bukan sekedar mengganti perumusan pasal secara tekstual. Meski paparan tekstualnya tak bisa diabaikan, nilai dasar dibalik yang tekstual itu adalah kepentingan prioritasnya. Artinya, dalam pembaharuan hukum, termasuk dalam pembaharuan hukum pidana, pembaharuan terhadap nilai-nilai itulah yang menjadi kebutuhan mendasarnya. Sebab substansi hukum adalah nilai. Hukum sejatinya merupakan gambaran atas sebuah tata nilai. Hukum bukanlah rangkaian kata-kata mati dan kosong. Karena itu, seindah dan sebaik apapun paparan tekstualnya, ia tak dapat diberi kualitas sebagai hukum, manakala tidak berisi dan tidak menjelmakan sebuah tata nilai. Menilik hakikatnya yang demikian, maka pembicaraan tentang pembaharuan hukum pidana dalam tulisan ini akan dimulai dengan pembicaraan tentang pokok-pokok pemikiran atau ide dasar yang menjadi landasan sekaligus rambu-rambunya.

Secara konseptual, terdapat sejumlah pokok pikiran atau ide dasar yang melandasi dan menjadi rambu-

rambu dalam pembaharuan hukum pidana nasional. Muladi menyebut setidaknya ada lima pokok pikiran atau rambu-rambu dalam pembaharuan hukum pidana nasional. Masing-masing adalah : *Pertama*, pembaharuan hukum pidana selain dilakukan atas alasan sosiologis, politis dan praktis, secara sadar harus disusun dalam kerangka ideologi nasional Pancasila. *Kedua*, pembaharuan hukum pidana tidak boleh mengabaikan aspek-aspek yang berkaitan dengan kondisi manusia, alam dan tradisi Indonesia dengan tetap mengakui hukum yang hidup dalam masyarakat baik sebagai sumber hukum positif maupun sebagai sumber hukum yang bersifat negatif. *Ketiga*, pembaharuan hukum pidana harus disesuaikan dan diadaptasikan dengan kecenderungan-kecenderungan universal yang tumbuh di dalam pergaulan masyarakat beradab. *Keempat*, dengan mengingat sifat keras peradilan pidana serta salah satu tujuan pemidanaan yang bersifat pencegahan, maka pembaharuan hukum pidana harus memikirkan pula aspek-aspek yang bersifat preventif. *Kelima*, pembaharuan hukum pidana harus selalu tanggap dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi guna peningkatan efektifitas fungsinya di dalam masyarakat.

Mempertegas apa yang dikemukakan Muladi di atas tergambar secara jelas, bahwa pembaharuan hukum termasuk pembaharuan hukum pidana tidak dapat mengabaikan aspek-aspek tradisi Indonesia dengan tetap mengakui hukum yang hidup dalam masyarakat baik sebagai sumber hukum positif maupun sebagai sumber hukum yang bersifat negatif. Narasi yang dikemukakan Muladi sesungguhnya menjadi penegasan, betapa hukum yang hidup dalam masyarakat merupakan bahan penting dalam pembaharuan hukum, termasuk pembaharuan hukum pidana nasional. Bahkan menurut Muladi, kehadiran hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut tidak saja hanya dimungkinkan berkontribusi sebagai sumber hukum yang bersifat negatif, tetapi juga sebagai sumber hukum positif. Artinya, nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat tersebut dapat berkontribusi sebagai nilai yang menghapus atau menegasikan sifat melawan hukumnya perbuatan yang sudah nyata-nyata diatur dalam undang-undang (sumber hukum yang bersifat negatif), dan selain itu, dapat juga nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat itu berkontribusi sebagai sumber hukum positif, artinya sebagai dasar untuk menentukan patut tidaknya suatu

perbuatan dianggap bersifat melawan hukum.

Berkelindan dengan pemikiran Muladi, Barda Nawawi Arief juga pernah mengingatkan, bahwa hukum suatu bangsa bersifat "Bangsa Sentris". Karena itu, pembaharuan hukum suatu bangsa termasuk pembaharuan hukum pidana hakikatnya merupakan usaha untuk melakukan peninjauan dan penilaian kembali nilai-nilai sosiopolitik, sosiofilosofik dan sosiokultural yang melandasi dan memberi isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana yang dicita-citakan. Pembaharuan hukum suatu bangsa dengan demikian tidak dapat dilepaskan dari budaya bangsa yang bersangkutan.

B. Perumusan Masalah

Bertolak dari pemikiran di atas, tulisan ini akan mendiskusikan persoalan tentang bagaimana hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai refleksi budaya suatu masyarakat berkontribusi dalam pembaharuan hukum nasional. Mempertimbangkan juga, dinamika masyarakat yang demikian pesat dengan kompleksitas implikasinya khususnya dalam menggeser tata nilai masyarakat nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat perlu terus ditampilkan dalam konteks kekinian, sehingga tidak menjadi "benda asing" di tengah komunitas sosialnya.

Mengusung ide/gagasan tentang hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional, tulisan ini akan menjawab dua permasalahan yang diajukan, masing-masing adalah: *Pertama*, bagaimana posisi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana ditinjau dari perspektif teori hukum? *Kedua*, sejauhmana justifikasi yuridis atas kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional?

C. Pembahasan

1. Posisi Hukum yang Hidup dalam Masyarakat dalam Pembaharuan Hukum Pidana Ditinjau dari Perspektif Teori Hukum

Pembahasan tentang hukum yang hidup dalam pembaharuan hukum pidana nasional telah dilakukan oleh beberapa penulis. Artikel paling mutakhir terkait bahasan ini antara lain dapat dilacak dalam tulisan Prianter Jaya Hairi, Pusat Penelitian Badan Keahlian DPR RI dengan judul “Kontradiksi Pengaturan “Hukum yang Hidup di Masyarakat” sebagai Bagian dari Asas Legalitas Hukum Pidana Indonesia”. Fokus kajian tulisan ini pada bahasan tentang dasar pengaturan asas legalitas materiil dalam RUU KUHP. Kajian dalam tulisan ini menyimpulkan, bahwa

dasar pengaturan asas legalitas materiil dalam RUU KUHP adalah kebijakan legislatif nasional pasca kemerdekaan dan kesepakatan dalam seminar-seminar nasional. Tulisan lain yang berdekatan dengan tema tulisan penulis adalah artikel Tody Sasmitha Jiwa Utama, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dengan judul “ ‘Hukum yang Hidup’ Dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP): Antara Akomodasi Dan Negasi”. Fokus tulisan ini membahas bagaimana konstruksi hukum yang hidup dalam RUU KUHP dan implikasinya. Kajian ini menyimpulkan, bahwa akomodasi terhadap hukum yang hidup ke RUU KUHP merupakan rekonstruksi parsial. RUU KUHP hanya menggunakan “hukum yang hidup” untuk menjatuhkan pidana tetapi mengabaikan “hukum yang hidup” sebagai dasar mengurangi pidana atau membebaskan seseorang dari pidana. Sedangkan tulisan penulis memfokuskan pada dua hal pokok, yaitu tentang posisi hukum yang hidup dalam Rancangan KUHP dalam perspektif teori hukum dan justifikasinya secara yuridis dengan simpulan yang jauh berbeda dengan dua tulisan di atas.

Memosisikan hukum yang hidup dalam masyarakat (living law) dalam pembaharuan hukum pidana nasional

akan dihadapkan pada kemapanan teoretis yang mengungkungnya. Pertama, secara embryonal, pemikiran CartesianNewtonian yang kemudian diikuti secara berjamaah oleh John Austin, August Comte, Hans Kelsen yang telah mendominasi dan menghegemoni pemikiran hukum, tidak memberi ruang pada berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam kerangka sistem hukum nasional. Kedua, berbagi dengan pemikiran Cartesian-Newtonian, teori resepsi yang digagas Snouck Hurgronje memperkuat dominasi pemikiran hukum yang demikian. Karena itu, dapat dipahami manakala dalam perdebatan intelektual yang mengiringi pembaharuan hukum pidana nasional muncul pemikiran untuk membersihkan anasir tradisional (hukum yang hidup dalam masyarakat) dalam sistem hukum pidana nasional. Masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional dikhawatirkan akan menimbulkan persoalan sebagaimana dinarasikan I Dewa Made Suartha (2015) yang dikutip Budi Suhariyanto, yang pada intinya menyatakan, rencana pembaruan hukum pidana yang menyandingkan asas legalitas dengan pengakuan terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat ini bukan tanpa persoalan. Batasan tindak pidana

diperluas, tidak saja pada yang tertulis dalam undang-undang tetapi juga menurut hukum (pidana) adat baik yang tertulis maupun tidak tertulis. Dalam konteks ini penyimpangan terhadap asas lex certa sangat mungkin terjadi.

Keberatan beberapa pihak terhadap asas legalitas materiil yang memungkinkan digunakannya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum positif, berkelindan dengan pemikiran di atas. The Institute for Criminal Justice Reform (ICJR), sebuah lembaga penelitian independen yang memfokuskan diri pada reformasi hukum pidana dan keadilan serta reformasi hukum pada umumnya di Indonesia, menyampaikan beberapa keberatannya terhadap diadopsinya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum positif dalam Rancangan KUHP Baru Indonesia. Beberapa catatan yang disampaikan ICJR terkait masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat yang dirumuskan dalam Pasal 2 Rancangan KUHP13 antara lain adalah sebagai berikut :

Pertama, *Rumusan Pasal 2 RKUHP di atas, tanpa membutuhkan analisis yang panjang berarti dapat dianggap penyimpangan dari ketentuan Pasal 1RKUHP atau asas legalitas, dengan begitu, RKUHP secara tegas*

memastikan bahwa ketentuan asas legalitas, tidak lagi menjadi yang utama dalam hukum pidana, sebab ketentuan ketentuan itu nyatanya bisa disimpangi.

Kedua, dalam penjelasannya, tim perumus RKUHP menyebutkan bahwa hukum yang hidup dalam masyarakat adalah hukum adat. Masalahnya, mayoritas hukum adat di Indonesia tidak tertulis, dan jangan dilupakan juga, hukum adat tidak secara tegas memisahkan hukum pidana dan hukum perdata. Hal ini berarti, hukum pidana bisa tidak tertulis, hal ini melanggar prinsip *lex scripta*. Lebih berbahaya, dengan pidana adat yang secara struktur tidak memisahkan pidana dan perdata, berarti prinsip *lex certa* dan *lex stricta* atau hukum pidana harus jelas dan tegas akan disimpangi.

Kungkungan teoretis atas masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum, khususnya di Indonesia akan diuraikan dalam paparan berikut. Secara analitis, pemikiran Descartes yang kemudian dilanjutkan dan dielaborasi Hans Kelsen menjadi inti ajaran positivisme hukum hingga kini masih menyisakan problem teoretis yang belum berkesudahan. Meski hingga kini positivisme hukum masih mendominasi dan menghegemoni pemikiran hukum para pewaris hukum Eropa Kontinental termasuk Indonesia

dokumen akbarnya perlu digelar agar penerimaan atas ajarannya tidak dilakukan secara membabi buta (taken for granted). Lebih-lebih bagi masyarakat Indonesia yang basis tradisionalnya lebih banyak “berhadapan” dari pada “berkelindan” dengan tradisi Eropa Kontinental.

Gagasan/ide tentang positivisme hukum bersumber dari positivisme ilmu yang digagas Rene Descartes dan Isaac Newton. Positivisme hukum merupakan perwujudan paradigma Cartesian-Newtonian. Descartes dan Newton yang terkukuhkan sebagai peletak dasar positivisme ilmu memberikan pengaruh kuat dalam positivisme hukum melalui prinsip-prinsip ajarannya : Pertama, subjektivitas-antroposentris, yaitu prinsip yang merepresentasikan kesadaran bahwa manusia merupakan pusat dunia. Kesadaran ini ditancapkan Descartes melalui prinsip ajarannya, “karena berpikir aku ada” (*cogito ergo sum*). Kesadaran ini menjadi basis ontologis terhadap eksistensi realitas eksternal di luar diri sangsubjek. Kedua, dualistik, prinsip ini merepresentasikan adanya pembagian realitas menjadi subjek dan objek, manusia dan alam, dengan menempatkan superioritas subjek atas objek. Keterpilahan ini merupakan konsekuensi alamiah dari prinsip Descartes untuk menemukan kebenaran

objektif dan universal, yaitu prinsip jelas (clearly) dan terpilah (distinctly). Pandangan ini menganggap manusia dapat mengupas realitas yang terbebas dari konstruksi mental manusia, mengukur objek tanpa dipengaruhi objek. Dualisme meliputi pula pemisahan yang nyata dan mendasar antara kesadaran dan materi, antara pikiran dan tubuh, antara jiwa cogitans dan benda extensa, serta antara nilai dan fakta. Ketiga, reduksionis, pandangan yang menganggap realitas dapat dipahami dengan menganalisis dan memecahnya menjadi bagian-bagian kecil, lalu dijelaskan dengan pengukuran kuantitatif. Keempat, mekanistik-deterministik, asumsi kosmologis bahwa alam raya merupakan sebuah mesin raksasa yang mati, tidak bernyawa dan statis, bahkan bukan alam saja, segala sesuatu yang di luar kesadaran subjek dianggap mesin yang bekerja menurut hukum-hukum matematika yang kuantitatif, termasuk tubuh manusia.

Tanpa mengurangi arti penting kehadirannya dalam membangun peradaban *manusia*, transplantasinya dalam positivisme hukum telah memunculkan problem akut yang—tidak saja—bersifat teoretis, tetapi juga berimplikasi praksis. Secara teoretis, transplantasi ajaran Descartes dan Newton dalam positivisme hukum

khususnya prinsip dualisme dan reduksionis berimplikasi seperti berikut.

Pertama, positivisme hukum membangun asumsi, bahwa hukum harus dipisahkan dengan moral. Hukum harus dibersihkan dari anasir-anasir non hukum, termasuk moral. Tidak ada kebutuhan untuk menghubungkan hukum dengan moral (koersif dari penulis), hukum sebagaimana diundangkan, ditetapkan, positif, harus senantiasa dipisahkan dari hukum yang seharusnya diciptakan, yang diinginkan. Konsepsinya tentang hukum sebagai perintah (negara/penguasa) yang mewujudkan dalam bentuk undang-undang merupakan upayanya mereduksi kekuatan lain di luar negara sebagai pemegang otoritas membuat hukum (undang-undang).

Karenanya positivisme hukum tidak memberi ruang pada berlakunya hukum adat *dalam* kerangka sistem hukum negara/sistem hukum nasional. Positivisme hukum hanya melihat hukum sebagai teks positif, sementara realitas simboliknya telah dihilangkan. Hukum menjadi wilayah yang isoterik, terlepas dari konteks sosialnya. Basis pemikiran positivisme hukum ini menimbulkan pragmatisme tekstual dalam penegakan hukum. Penegakan hukum lebih terasa sebagai "arena" menegakan prosedur ketimbang substansi.

Konsep pemisahan hukum dengan moral sebagaimana terparap dalam narasi yang dibangun positivisme hukum tentu tidak sejalan dengan pemikiran di Indonesia yang selalu menekankan aspek *nilai* dalam pembangunan hukum, lebih-lebih dalam perspektif hukum yang hidup dalam masyarakat yang penuh dengan muatan nilai-nilai moral sebagai refleksi atas budaya masyarakat. Hildreed Greertz dalam bukunya *The Javanese Family, a Study of Kinds and Socialization* sebagaimana dikutip Rochaeti dan Rahmi misalnya, menulis, bahwa nilai dasar budaya masyarakat (Jawa, pen.) adalah “urmat” (respect) dan “Rukun” (maintain social harmony). Urmat merupakan kaidah yang berinti, bahwa dalam setiap situasi manusia hendaknya bersikap sedemikian rupa agar manusia dalam cara berbicara dan membawa diri selalu menunjukkan sikap hormat terhadap orang lain sesuai dengan derajat dan kedudukan mereka. “Rukun” merupakan satu sikap yang berdimensi sosial, bertujuan untuk mempertahankan masyarakat agar selalu dalam keadaan harmonis. Perilaku sosial individu Jawa harus selalu mengedepankan dua kaidah dasar itu, berperilaku sopan penuh hormat sesuai derajat dan kedudukannya serta berperan serta aktif untuk mempertahankan kerukunan dalam konteks sosialnya.

Karena itu dalam pembaharuan hukum pidana dibuka ruang diadopsinya hukum yang hidup untuk berkontribusi dalam pembaharuan hukum pidana nasional.

Kedua, positivisme hukum membangun asumsi, bahwa wilayah hukum *hanya* merupakan wilayah empirisme dan rasionalisme, karenanya hukum hanya dipahami sebagai rules and logic. Hukum hanya dilihat sebagai tatanan logis-rasional, sehingga fokusnya hanya pada membuat rumusan-rumusan, definisi spesifik, memilahkan dan menggolongkan, mensistematisasi dan diterapkan belaka pada undang-undang. Ilmu hukum sebagai ilmu yang sarat nilai dan makna simbolik menjadi ilmu yang kering, karena pendekatan yang berbasis pembagian realitas menjadi subjek dan objek. Positivisme (hukum) melalui kredo angkuhnya “cogito ergo sum” menganggap manusia dapat mengupas realitas yang terbebas dari konstruksi mental manusia.

Sementara itu—hukum Islam—*sebagai* bagian tak terpisahkan dari hukum yang hidup dalam masyarakat (living law) juga mengalami degradasi peran dalam pembaharuan hukum (pidana) nasional khususnya karena munculnya dominasi teori resepsi (receptie theory) yang digagas Snouck Hurgronje. Dalam perspektif teori resepsi, eksistensi hukum Islam sebagai

hukum yang hidup dalam masyarakat bahkan kian mengeras. Secara esensial, teori ini mendalilkan, bahwa hukum yang hidup dan berlaku bagi rakyat Indonesia—terlepas dari agama yang dianutnya—adalah hukum adat. Sedangkan hukum Islam meresepsi ke dalam dan berlaku sepanjang dikehendaki oleh hukum adat. Penegasan ini juga diikuti pemikir Belanda lainnya seperti Franz and Keebet Von BendaBeckmann yang menyatakan : “In the Dutch adat law literature, Islamic law was not a possible candidate for ‘living law...’”. Dalam wacana hukum di Indonesia dua pikiran inilah yang paling mengemuka, padahal di luar pikiran ini terdapat sejumlah pikiran/teori yang lebih bersahabat dengan kondisi di Indonesia seperti teori *Receptio in Complexu* dari C.F. Winter dan Salomon Keyzer, teori *Receptio a Contrario* dari Hazairin, dan teori Sinkritisme dari M.B. Hooker. Karena itu Hazairin menegaskan, bahwa setelah Indonesia merdeka dan berlakunya UUD 1945, *Indische Staats Regeling (IS)* digantikan fungsinya oleh UUD 1945 yang sekaligus mengakhiri berlakunya *Theorie Receptie*. Menurut Hazairin Guru Besar Hukum Adat dan Hukum Islam Universitas Indonesia, sejak proklamasi itulah *Theorie Receptie*—sebagai teori “Iblis”—secara

konstitusional tidak berlaku lagi di dalam tata hukum di Indonesia. Berdasarkan Pasal 29 UUD 1945 yang dijiwai oleh semangat “Piagam Jakarta”, kedudukan hukum Islam diakui keberadaannya di dalam sistem hukum di Indonesia.

Perdebatan teoretis tentang diadopsinya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum (pidana) nasional terus mengemuka seiring masih kuatnya hegemoni positivisme hukum di Indonesia. Meski demikian, ruang diadopsinya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum (pidana) nasional juga memperoleh penguatan secara teoretis. Dalam konteks kekinian, di mana pluralisme sedang menjadi isu masyarakat internasional, kehadiran tata nilai tradisional memperoleh tempat dalam berbagai forum ilmiah. Karena itu juga mudah dipahami manakala banyak kajian teoretis yang mengambil objek kajian persoalan pluralisme, termasuk pluralisme di bidang hukum. Penguatan secara teoretis atas kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana nasional nampak dari adanya pengakuan dari berbagai teori mutakhir di bidang hukum, antara lain sebagaimana terpapar di bawah ini :

Pertama, teori Segitiga Pluralisme Hukum (Triangular Concept of Law) Werner Menski. Memfokuskan kajiannya pada tiga tipe utama hukum, yaitu hukum yang diciptakan oleh masyarakat, hukum yang diciptakan oleh negara dan hukum yang timbul melalui nilai serta etika, Menski sampai pada kesimpulan, bahwa pandangan positivistik/legalistik/formalistik yang mengasumsikan hanya hukum negara sebagai satu-satunya hukum yang dapat menyelesaikan perselisihan dalam masyarakat merupakan pandangan yang *unsufficient* dan *unsatisfactory*. Tidak ada satu sistem hukum pun yang dapat berdiri sendiri tanpa pengaruh dari sistem hukum lain.

Pandangan Menski di atas mempertegas pemikiran, bahwa pluralism hukum merupakan keniscayaan. Karena itu menurut Menski, pandangan yang mengasumsikan hanya hukum negara sebagai satu-satunya hukum yang dapat menyelesaikan perselisihan dan problem dalam masyarakat dianggap sebagai pandangan yang tidak memuaskan. Menurut Menski, tiga tipe utama hukum, yaitu hukum yang diciptakan oleh masyarakat, hukum yang diciptakan oleh negara dan hukum yang timbul melalui nilai serta etika, ketiganya selalu saling membutuhkan

dan melengkapi. Tidak ada hukum yang dapat berdiri *sendiri* terlepas dari peran dan kontribusi hukum yang lain. Dengan demikian, konsep positivisme hukum yang hanya memberikan peran kepada hukum negara secara monopolistik dalam penyelesaian perselisihan dalam masyarakat juga tidak dapat dipertahankan sepenuhnya.

Kedua, teori Cermin (Mirror Thesis) Brian Z. Tamanaha. Mengutip pendapat Vago, Tamanaha menulis bahwa “Every legal system stand in a close relationship to the ideas, aims and purposes of *society*. Law reflects the intellectual, social, economic, and political climate of its time”. Hukum, menurut Tamanaha hakikatnya merupakan pantulan dari masyarakatnya. Hukum merupakan refleksi atas cita, kehendak dan keinginan dari masyarakat. Cita, kehendak dan keinginan masyarakat itulah yang seringkali telah melembaga dalam hukum yang hidup dalam masyarakat. Karena itu, hukum juga harus berbasis pada nilai-nilai yang hidup dalam masyarakatnya.

Ketiga, konsep reintitutionalization of norms Paul Bohannon. Melalui konsep yang dibangunnya “Pelebagaan kembali norma-norma (reinstitutionalization of norms)”, Bohannon mengemukakan, bahwa

masyarakat sejatinya memiliki pranata-pranata sendiri, baik yang berupa pranata hukum maupun non hukum. Dalam pandangannya, pembangunan hukum (undang-undang) sesungguhnya merupakan upaya untuk melembagakan kembali norma-norma hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Konsep Bohanan jelas mempertegas, bahwa norma-norma hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat hakikatnya merupakan basis dari pembangunan suatu hukum.

Keempat, asas legalitas menurut Pasal 1 (1) *WvS* yang melarang sumber hukum tidak tertulis telah “dibuka” dalam Rancangan dengan menyatakan bahwa asas tersebut tidak boleh ditafsirkan sebagai “... mengurangi berlakunya hukum yang hidup yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana bilamana perbuatan itu tidak ada persamaan dalam peraturan perundang-undangan”. Menurut Barda Nawawi Arief (Beberapa Pokok Pemikiran Dalam Aturan Umum Konsep KUHP Baru”, dalam “Penataran Nasional Hukum Pidana dan Kriminologi” di Bandung-Ambarawa 14 s/d 30 Nopember 1994) sebagaimana dikutip Mardjono Reksodiputro,³ menyatakan, bahwa konsep ini merupakan

“karakteristik asas legalitas menurut pandangan dan pemikiran orang Indonesia yang tidak terlalu formalistik dan terpisah-pisah”.

Kelima, kelebihan dimasukkannya asas legalitas materiel dalam RUU KUHP yang *memungkinkan* adanya kontribusi hukum yang hidup dalam masyarakat antara lain: Pertama, untuk menggali nilai-nilai masyarakat Indonesia yang selama ini terabaikan dengan hukum asing. Kedua, agar penegak hukum mengedepankan keadilan daripada kepastian hukum. Meskipun selama ini hukum yang hidup itu telah ada dalam UU Drt. No. 1 Tahun 1951 maupun dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman, tetapi pola pikir penegak hukum telah terkooptasi dengan KUHP (*WvS*), sehingga sulit menerapkan undang-undang di luar KUHP itu sendiri. Ketiga, sebagai penyeimbang asas legalitas. Namun pengaturannya harus serba hati-hati, demi menjaga keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan, baik terhadap asas legalitas formil maupun asas legalitas materiel.

2. Justifikasi Yuridis atas Kontribusi Hukum yang Hidup dalam Masyarakat dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional

Sekiranya dilacak secara yuridis, kontribusi hukum yang hidup dalam

masyarakat dalam pembaharuan hukum nasional memperoleh justifikasi tidak saja oleh instrumen nasional, *tetapi* juga oleh berbagai instrumen internasional. Bagian ini akan mengupas secara benderang tentang bagaimana hukum yang hidup dalam masyarakat memperoleh justifikasi (pembenaran) sebagai sumber hukum yang berlaku khususnya di Indonesia (sumber hukum positif). Untuk mempermudah pembahasan, bagian ini akan memulai dengan menyajikan berbagai instrument hukum nasional yang akan disajikan secara hierarkhis mulai dari peraturan perundang-undangan yang paling tinggi, yaitu konstitusi.

Sebagai dokumen akbar tentang manusia Indonesia (the great Indonesian anthropological document), Undang-Undang Dasar 1945 (selanjutnya akan ditulis UUD 1945) merupakan dokumen yang tidak saja mengatur tentang persoalan hukum di Indonesia, tetapi juga mengatur semua persoalan tentang manusia Indonesia. UUD 1945 hakikatnya merupakan dokumen akbar tentang manusia Indonesia secara keseluruhan yang meliputi pengaturan secara konstitusional mengenai hukum, ideologi, politik, ekonomi, sosial, budaya, dan hankam. Masuk dalam pengaturan konstitusi itu adalah hak-hak masyarakat tradisional (masyarakat

adat). Hak-hak masyarakat tradisional tersebut sudah barang tentu termasuk pengakuan terhadap norma-norma dan nilai-nilai yang hidup dan berkembang dalam masyarakat itu. Meski UUD 1945 sejak awal (sebelum amandemen) memberikan pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat, tetapi harus diakui, bahwa pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat memperoleh porsi pengakuan lebih setelah adanya amandemen.

Apabila dilacak dalam UUD 1945 pasca amandemen, maka setidaknya ada tiga ketentuan yang memberikan pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat. Tiga ketentuan itu masing-masing adalah:

- a. Pasal 18B ayat (2) yang secara eksplisit menegaskan: “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat serta hak-hak tradisonalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”.
- b. Selain ketentuan Pasal 18B ayat (2) UUD 1945, terdapat pula Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 yang juga secara eksplisit memberikan pengakuan terhadap keberadaan masyarakat

adat. Ketentuan Pasal 28I ayat (3) selengkapnya berbunyi: “Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban”.

- c. Selain kedua pasal tersebut di atas, pengakuan terhadap keberadaan masyarakat adat juga diberikan oleh ketentuan Pasal 32 (1) dan ayat (2) UUD 1945. Ketentuan Pasal 32 (1) UUD 1945 menegaskan : “Negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin kebebasan masyarakat dalam memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya”. Sementara ketentuan Pasal 32 ayat (2) UUD 1945 juga memberikan penegasan: “Negara menghormati dan memelihara bahasa daerah sebagai kekayaan budaya nasional”.

Tiga pasal pengakuan konstitusi pasca amendemen tentang eksistensi masyarakat adat sebagaimana dikemukakan di atas, sesungguhnya tidak dapat dilepaskan dari pergulatan yang terbangun pada saat amendemen UUD 1945 dalam membangun negara hukum Indonesia. Melalui ketentuan Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil amendemen, Indonesia bertekad tidak menjadi negara yang hanya melandaskan

pada hukum tertulis saja (*rechstaat*), tetapi juga melandaskan pada hukum yang tidak tertulis untuk mengadopsi rasa keadilan masyarakat. Melalui amendemen UUD 1945 telah terjadi lonjakan paradigma negara hukum Indonesia, yaitu dari negara hukum yang hanya berorientasi pada hukum tertulis menuju negara hukum yang memberikan pengakuan pada hukum yang tidak tertulis, dengan menghapus penjelasan konsepsi Negara hukum Indonesia dan memasukannya menjadi Pasal 1 ayat (3) UUD 1945. Menurut Mahfud MD, melalui amendemen UUD 1945, yang meniadakan penjelasan konsepsi negara hukum Indonesia, kemudian dicantumkan pada Pasal 1 ayat (3), yang menyebutkan bahwa Indonesia adalah negara hukum, tanpa embel-embel itu, sebenarnya dilakukan dengan sengaja (bukan sekedar penyederhanaan semantik) dengan maksud untuk memberi tempat yang lebih luas pada pemenuhan rasa keadilan (*the rule of law*) tanpa dominasi kepastian hukum dan formalitas (*rechstaat*).³⁵ Menurut Mahfud sebagaimana dikutip Eddy O.S. Hiariej, demi tegaknya keadilan, seyogianya perbuatan yang tidak wajar, tercela, atau yang tidak sesuai dengan nilai-nilai dalam masyarakat dapat dipidana meskipun secara formal tidak ada hukum tertulis yang melarangnya.

Secara embryonal, gagasan untuk mengadopsi hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum positif di Indonesia telah dimulai dengan keluarnya UU No. 19 tahun 1948 tentang Susunan dan Kekuasaan Badan-Badan Kehakiman dan Kejaksaan. Dalam ketentuan Pasal 10 undang-undang tersebut dinyatakan secara tegas, bahwa :

- 1) Perkara-perkara yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat dosa dan sebagainya harus diperiksa dan diputus oleh pemegang kekuasaan dalam masyarakat itu, tinggal tetap pada mereka untuk diperiksa dan diputusnya.
- 2) Ketentuan dalam ayat 1 sekali-kali tidak mengurangi hak dari pihak yang berperkara untuk sewaktu-waktu memajukan perkaranya dimuka badan kehakiman yang melakukan peradilan umum, baik sebelum maupun sesudah ada putusan yang dimaksudkan dalam ayat (1).

Menurut Choky R. Ramadhan yang mengutip Han Bing Siong (1998), ketentuan Pasal 10 UU No. 19 tahun 1948 tentang Susunan dan Kekuasaan Badan-Badan Kehakiman dan Kejaksaan, memberikan otoritas kepada

pimpinan masyarakat di suatu desa yang diamanatkan untuk memutus perkara berdasarkan hukum yang berlaku di masyarakat tersebut. Pasal tersebut menjadi dasar hukum keberlakuan peradilan adat yang seiring masa kepemimpinan Soekarno dihapuskan dengan menetapkan UUDRI No. 1 Tahun 1951 tentang Tindakan Sementara untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil.

Selain pada ranah konstitusi, pengakuan terhadap eksistensi masyarakat hukum adat juga diberikan oleh berbagai peraturan perundang-undangan di bawah konstitusi. Bahkan berbagai perundang-undangan yang muncul pasca amandemen UUD 1945 memberikan pengakuan terhadap eksistensi masyarakat adat dari berbagai aspek. Berbagai perundang-undangan tersebut dapat disebut antara lain :

Tabel.1.

Daftar Undang-Undang yang Mengakui Eksistensi Masyarakat Adat Pasca Amandemen UUD 1945

| Undang-undang | | |
|---------------|-------|-------------------|
| Nomor | Tahun | Tentang |
| 39 | 1999 | Hak Asasi Manusia |

| | | |
|----|------|--------------------------------------|
| 41 | 1999 | Kehutan an |
| 22 | 2001 | Minyak dan Gas Bumi |
| 20 | 2003 | Sistem Pendidik an Nasional |

| | | |
|----|------|------------------------|
| 24 | 2003 | Mahkamah Konstitusi |
| 27 | 2003 | Panas Bumi |
| 7 | 2004 | Sumber Daya Air |
| 18 | 2004 | Perkebunan |
| 31 | 2004 | Perikanan |
| 26 | 2007 | Penataan Ruang |

Di luar berbagai instrumen nasional tersebut di atas, dalam instrumen internasional khususnya Deklarasi PBB juga mulai disuarakan tentang pentingnya pengakuan terhadap eksistensi masyarakat adat. Salah satu instrumen internasional yang telah memberikan pengakuan terhadap masyarakat adat adalah Deklarasi PBB tentang Hak-Hak Penduduk Asli, sebuah deklarasi yang disahkan Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa (MU PBB) dalam sesi ke-61-nya di Markas PBB di New York, 13 September 2007. Deklarasi

ini menggariskan hak individual dan kolektif para penduduk asli (pribumi), dan juga hak mereka terhadap budaya, identitas, bahasa, pekerjaan, kesehatan, pendidikan dan isu-isu lainnya. Deklarasi ini juga menekankan hak mereka untuk memelihara dan memperkuat institusi, budaya dan tradisi mereka, dan hak mereka akan pembangunan untuk memenuhi kebutuhan dan aspirasi mereka. Deklarasi ini juga melarang diskriminasi terhadap penduduk asli, dan memajukan partisipasi mereka secara penuh dan efektif dalam segala hal yang menyangkut masalah mereka, serta hak mereka untuk tetap berbeda, dan mengusahakan visi pembangunan ekonomi dan sosial mereka sendiri.

Memperhatikan spirit yang dibangun dalam amandemen UUD 1945 tersebut terbaca secara terang, bahwa kehendak untuk mengakui eksistensi hukum yanghidup dalam masyarakat sebagai sumber hokum baik dalam fungsinya yang negatif maupun dalam fungsinya yang positif telah menjadi tekad segenap bangsa. Dalam kaitan ini Satjipto Rahardjo juga menulis, cetak biru negara hukum yang telah didirikan para pendahulu bangsa hakikatnya telah secara jelas eksplisit termuat dalam pembukaan UUD 1945 dalam alinea ke-4. Dalam alinea tersebut secara tegas dinyatakan :

"Kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia yang terbentuk dalam suatu susunan Negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan yang adil dan beradab, Persatuan Indonesia dan Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia".

Menurut Satjipto Rahardjo, melihat cetak biru yang demikian sesungguhnya negara hukum Indonesia—berdasarkan konstitusinya—adalah negara hukum yang demikian peduli dengan masyarakat dan bangsanya. Negara hukum Indonesia seharusnya menjadi negara hukum yang demikian peduli pada bangsa dan negaranya. Sekiranya disepakati, bahwa UUD 1945 merupakan aras hukum dasar yang menjadi pedoman di dalam

membangun bangsa, maka tidak ada yang lain kecuali negara hukum Indonesia harus mewujudkan menjadi negara yang mengabdikan kepada kepentingan bangsa dan rakyatnya. Kejujuran beliau mengapresiasi cetak biru UUD 1945 mengalir dalam uraian kalimat berikut:

Pembacaan saya terhadap Undang-Undang Dasar kita memunculkan satu nilai moral penting, yaitu menghadirkan dan membangun "suatu negara dengan komitmen kuat untuk membahagiakan rakyatnya". Sekalian hal yang tercantum dalam Pancasila menunjukkan komitmen moral yang demikian itu. Sila-sila "Ketuhanan Yang Maha Esa", "kemanusiaan yang adil dan beradab", "musyawarah dalam mengambil keputusan" dan "keadilan sosial bagi seluruh rakyat", membuat negara dan pemerintah memikul amanah untuk menjalankan tugas dengan sekalian moralitas tersebut. Masuknya sila Ketuhanan Yang Maha Esa yang meta-rasional itu, memberikan warna unik dan watak khas serta sekaligus menjadi alasan penting untuk mengatakan bahwa Negara Indonesia menginginkan agar rakyatnya hidup bahagia (koersif dari penulis).

Meski demikian, menurut Satjipto, negara hukum Indonesia masihlah tampil sebagai negara hukum dalam pengertiannya yang sangat formal. Hakikatnya tidak ada

yang salah dengan tekad pendahulu bangsa yang telah mengikatkan diri dan akhirnya memproklamirkan Indonesia sebagai negara hukum. Sebab, negara hukum telah menjadi tuntutan universal bagi kehadiran negara modern. Namun demikian, negara hukum yang telah didirikannya itu mestilah dibangun dan diisi dengan sekalian perangkat yang dapat membahagiakan rakyat. Negara hukum yang berpihak kepada rakyat, bukan negara hukum yang menakut-nakuti rakyat dengan jargon negara hukum.

D. Kesimpulan

Melandaskan pada analisis sebagaimana terpapar di atas, dapat ditarik kesimpulan, bahwa dalam perspektif teori hukum, diadopsinya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum nasional merupakan langkah yang dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah. Ada penjelasan teoretis tentang masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana. Demikianpun secara yuridis, masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana memperoleh pembenaran secara kuat, tidak saja oleh instrumen hukum nasional, tetapi juga oleh instrumen hukum internasional.

DAFTAR PUSTAKA

Arief, Barda Nawawi, 1996, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana (Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru), Kencana Prenada Media Group, Jakarta.

-----, 2005, Tujuan dan Pedomen Pemidanaan Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana dan Perbandingan Beberapa Negara, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang.

Elwina S, Marcella, 2010, Sanksi Verbal : Alternatif Jenis Sanksi Pidana Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional, Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.

Hairi, Prianter Jaya, 2016, Kontradiksi Pengaturan “Hukum Yang Hidup Di Masyarakat” Sebagai Bagian Dari Asas Legalitas Hukum Pidana Indonesia, NEGARA HUKUM: Vol. 7, No. 1, Juni.

Heriej, Edy O.S., 2014, Prinsip-prinsip Hukum Pidana, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta. Hiariej, Eddy O.S., Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana, Jakarta: Erlangga.

Hertogh, Marc (ed.), 2009, Living Law Reconsidering Eugen Ehrlich, HART Publishing, Oxford And Portland Oregon.

Ihromi, T.O., (Penyunting), 1993, *Antropologi dan Hukum*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta.

Jaya, Nyoman Serikat Putra, 2016, "Hukum (Sanksi) Pidana Adat Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional", *Masalah - Masalah Hukum*, Jilid 45 No. 2, April.

Mahfud MD, Moh., 2007, *Hukum Tak Kunjung Tegak*, Bandung : Citra Aditya Bakti.

Mardani, 2010, *Hukum Islam : Pengantar Ilmu Hukum Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar,

Menski, Werner, 2006, *Comparative Law in a Global Context The Lgal Systems of Asia and Africa*, Second edition, Cambridge University Press, Cambridge, UK.

Natsir, Muhammad, Andi Rachmad, 2018, "Penetapan Asas Kearifan Lokal Sebagai Kebijakan Pidana dalam Pengelolaan Lingkungan Hidup di Aceh", *Jurnal Magister Hukum Udayana*, Vol. 7 Nomor 4, Desember.

Prasetya, Teguh, dan Abdul Halim Barkatullah, 2009, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

Rahardjo, Satjipto, 2008, *Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya*, Genta Press, Yogyakarta

-----, 2009, *Hukum dan Perilaku Hidup Baik adalah Dasar Hukum yang Baik*, Jakarta : PT. Kompas Media Nusantara.

Ramadhan, Choky R., 2018, "Konvergensi Civil Law dan Common Law di Indonesia dalam Penemuan dan Pembentukan Hukum", *Mimbar Hukum*, Volume 30, Nomor 2, Juni.

Reksodiputro, Mardjono, *Menyelaraskan Pembaruan Hukum, Komisi Hukum Nasional RI*, Jakarta, Cetakan Pertama: Mei 2009.

Rochaeti, Nur dan Rahmi Dwi Sutanti, 2018, "Kontribusi Peradilan Adat dan Keadilan Restoratif Dalam Pembaruan Hukum Pidana di Indonesia", *MasalahMasalah Hukum*, Jilid 47 No.3, Juli.

Soemadiningrat, Otje Salman, 2001, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer*, Alumni, Bandung.

Sudarto, 1989, *Hukum Pidana Jilid I A-B*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.

Suhariyanto, Budi, 2018, "Problema Penyerapan Adat oleh Pengadilan dan Pengaruhnya Bagi Pembaruan Hukum

Pidana Nasional”, *Mimbar Hukum*, Volume 30, Nomor 3, Oktober.

Sukerti, Ni Nyoman, I Gst. Ayu Agung Ariani, 2018, “Budaya Hukum Masyarakat Adat Bali Terhadap Eksistensi Perkawinan Beda Wangsa”, *Jurnal Magister Hukum Udayana*, Volume 7, Nomor 4, Desember.

Sulastriyono dan Sartika Intaning Pradhani, 2018, “Pemikiran Hukum Adat Djojodigoeno dan Relevansinya Kini”, *Mimbar Hukum*, Volume 30, Nomor 3, Oktober.

Susanto, Anthon F., 2010, *Dekonstruksi Hukum Eksplorasi Teks dan Model Pembacaan*, Yogyakarta: Genta Publishing.

Tabiu, Ramadan dan Eddy O.S Hiariej, 2015, *Pertentangan Asas Legalitas Formil Dan Materiil Dalam Rancangan Undang-Undang KUHP*, *Jurnal Penelitian Hukum* Volume 2, Nomor 1, Maret.

Tongat, 2008, *Dasar-Dasar Hukum Pidana Indonesia dalam Perspektif Pembaharuan*, UMM Press, Malang.

Utama, Tody Sasmitha Jiwa, 2020, “ ‘Hukum Yang Hidup’ Dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP): Antara Akomodasi dan Negasi”, *Masalah-Masalah Hukum*, Jilid 49 No.1, Januari.

<https://icjr.or.id/ketentuan-hukum-yang-hidup-dalam-masyarakat-di-rkuhpancamhak-warga-negara/> , diakses hari Jum’at, 5 Juli 2019.

<https://referensi.elsam.or.id/2014/10/deklarasi-pbb-tentang-hak-hak-masyarakatadat/>, diakses hari Kamis, 4 Juli 2019.