

Jurist-Diction

Volume 7 No. 2, April 2024

Implikasi Pelunakan Pengaturan Asas Legalitas dalam KUHPN Terhadap Konsep ‘Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat’

Edwing Gregorio, Dewi Adi Kusumastuti dan I Gusti Komang Wijaya Kesuma

edwin.g.h@mail.ugm.ac.id
Universitas Gadjah Mada

How to cite:

Edwing Gregorio, Dewi Adi Kusumastuti dan I Gusti Komang Wijaya Kesuma ‘Implikasi Pelunakan Pengaturan Asas Legalitas dalam KUHPN Terhadap Konsep ‘Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat’ (2024) Vol. 7 No. 2 Jurist-Diction

Histori artikel:

Submit 28 Januari 2024;
Diterima 10 Maret 2024;
Diterbitkan 19 April 2024.

DOI:

10.20473/jd.v7i2.56124

p-ISSN: 2721-8392

e-ISSN: 2655-8297



Abstract

The inclusion of "living law" in Article 2 of the Criminal Code (KUHPN) has sparked a national debate concerning the static character of criminal law against the dynamic essence of living law. This study aims to investigate the growth of the concept of living law and the material legality principle following its development in the KUHPN. It is conducted as normative legal research and essentially consists of evaluating relevant documents and legislation. The results indicate that the KUHPN have the potential to alter the nature of living law, which was originally dynamic and encompassed both criminal and civil realms, into a static framework largely focused on criminal issues. The expansion allows for a softer application of the criterion of legality in criminal law enforcement, as punishment is regulated not only by laws but also by area rules.

Keywords: Living Law; Principle of Legality; KUHPN.

Abstrak

Akomodasi “hukum yang hidup” pada Pasal 2 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHPN) menimbulkan perdebatan nasional karena hukum pidana bersifat statis sedangkan hukum yang hidup bersifat dinamis. Penelitian ini bertujuan untuk menggali pergeseran konsep hukum yang hidup dalam masyarakat dan dampak dari perluasan asas legalitas materiil terhadap paradigma asas legalitas setelah diatur dalam KUHPN. Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang fokus melakukan studi pustaka terhadap literatur dan peraturan perundang-undangan yang relevan. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa akomodasi hukum yang hidup pada Pasal 2 KUHPN berpotensi menggeser maknanya yang semula bersifat dinamis dan tidak membedakan ranah pidana dan perdata menjadi bersifat statis serta cenderung menjadi ranah pidana saja. Perluasan asas legalitas di dalam KUHPN tidak hanya berimplikasi pada eksistensi hukum yang hidup tetapi juga berdampak pada penegakan hukum pidana. Perluasan itu memberikan ruang bagi pelunakan penerapan asas legalitas dalam penegakan hukum pidana karena pemidanaan tidak hanya diatur di dalam undang-undang tetapi juga diatur dalam peraturan daerah.

Kata Kunci: DPSP; Pembangunan; Demokrasi.

Copyright © 2024 Edwing Gregorio, Dewi Adi Kusumastuti dan I Gusti Komang Wijaya Kesuma

Pendahuluan

Destinata Tantum Pro Factis Non Hebentur. Maksud yang baik tidak serta merta membawa kepada tindakan-tindakan yang baik. Peribahasa hukum ini memiliki makna bahwa hukum menjangkau hal-hal yang sifatnya kasat mata sehingga maksud yang baik harus diikuti pula dengan tindakan yang baik.¹ Salah satu niat baik pemerintah adalah dengan melakukan pembentukan suatu kitab undang-undang hukum pidana nasional sebagai pengganti Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang berlaku sekarang karena merupakan warisan pemerintah Hindia Belanda yang sarat akan kepentingan kolonial. Hal ini dilatarbelakangi dengan semangat konsolidasi, dekolonisasi, harmonisasi, demokratisasi, dan aktualisasi terhadap hukum pidana.² Tentu ini adalah niat yang sangat baik dari pemerintah, namun kenyataannya Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang Baru (KUHPN) justru menuai sejumlah polemik. Salah satu contohnya adalah pengakomodasian hukum yang hidup dalam masyarakat, yang membuat keberlakuan asas legalitas pun mulai dipertanyakan oleh masyarakat karena dinilai mengkooptasi hukum adat itu sendiri.³

Asas legalitas yang sering dikenal dalam adagium *nullum delictum, nulla poena, sine praevia lege poenali* yang berarti tiada pidana tanpa peraturan yang mengaturnya terlebih dahulu, dikemukakan pertama kali pada tahun 1801 oleh Paul Johan Anselm von Feuerbach dalam bukunya *Lehrbuch des Penlichen Recht*. Dalam tahap perkembangan awal, asas legalitas memiliki tujuan untuk melindungi masyarakat terhadap perlakuan sewenang-wenang negara. Ajaran mengenai asas legalitas tidak hanya terbatas pada pembatasan kekuasaan pemerintah saja. Namun menurut Fletcher asas legalitas juga memiliki fungsi untuk melindungi masyarakat

¹ Zainal Arifin Mochtar dan Eddy O.S Hiariej, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum: Memahami Kaidah, Teori, Asas, dan Filsafat Hukum* (Red & White Publishing 2021).[127-128].

² Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Ver-si 2015.[17].

³ Pusat Kajian Hukum Adat Djodjodigono Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law, *Brief Paper 'Hukum Yang Hidup' Dalam Rancangan Undang Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana* (Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia & Pusat Kajian Hukum Adat Djodjodigono Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada 2020).[8].

dari tindak kejahatan.⁴

Indonesia sendiri telah mengadopsi asas legalitas sejak disahkannya *Wetboek van Strafrecht* (WvS) sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Asas legalitas tertulis secara *expressis verbis* sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP.⁵ Asas legalitas yang terkandung dalam pasal *a quo* merupakan asas legalitas formil yang pada intinya menyatakan bahwa untuk mempidanakan suatu perbuatan, maka perbuatan tersebut harus diatur di dalam undang-undang yang tertulis terlebih dahulu. Asas legalitas secara materil memberi konsekuensi terhadap tidak dapat dijatuhi pidananya suatu perbuatan sebelum perbuatan tersebut diatur dalam peraturan perundang-undangan meskipun perbuatan tersebut dianggap sebagai perbuatan tercela oleh masyarakat.⁶

Makna utama dari asas legalitas menurut Machteld Boot dikategorikan kedalam empat prinsip yaitu; prinsip *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, yang bermakna hukum pidana tidak boleh berlaku surut, *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* yang mengartikan bahwa tidak ada pidana tanpa undang-undang yang tertulis, prinsip *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* yang artinya mengharuskan bahwa aturan pidana dalam undang-undang haruslah jelas, dan prinsip *nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta* yang berarti aturan pidana dalam undang-undang haruslah ketat dan tidak diperbolehkan untuk melakukan analogi.⁷

Dewasa ini pengaturan dalam KUHPN, dikenalkan perluasan terhadap prinsip asas legalitas yaitu dengan dimuatnya asas legalitas materil dalam Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) KUHPN. Dengan dianutnya asas legalitas materil dalam KUHPN para ahli pidana berpandangan bahwa hal ini adalah upaya perluasan

⁴ J.E. Sahetapy, 'Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana' (1978) Disertasi.[244].

⁵ Pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana berbunyi "Suatu perbuatan tidak dapat dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan ketentuan perundang-undangan pidana yang telah ada".

⁶ I Dewa Made Suartha, 'Pergeseran Asas Legalitas Formal Ke Formal Dan Material Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional' (2015) 4 Yustisia.[236].

⁷ Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes* (Intersentia, Antwerpen 2001).[94].

makna daripada asas legalitas formil dalam KUHPN.⁸ Ketentuan asas legalitas tidak bersifat absolut layaknya KUHP lama dikarenakan tidak lagi membatasi lingkup asas legalitas terhadap undang-undang dalam arti formil dan materil saja, yaitu undang-undang yang dirumuskan dan disahkan oleh DPR dan Presiden dan Peraturan Daerah, namun juga mengakomodasi norma dan asas hukum yang hidup di masyarakat (*living law*). Hal ini dapat dilihat di dalam Pasal 2 ayat (1)⁹ dan Pasal 2 ayat (2) KUHPN¹⁰ yang pada pokoknya menyatakan keberadaan asas legalitas dalam KUHPN tidak mengurangi keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat sepanjang sesuai dengan pembatasan yang ditetapkan undang-undang *in casu* KUHPN itu sendiri.

Akar konsep *living law* pertama kali dikemukakan oleh Eugen Ehrlich sebagaimana teori *the living law* dalam ajaran *sociological jurisprudence*. Menurut Ehrlich titik pusat perkembangan atau pembangunan hukum tidak terletak pada undang-undang, putusan hakim, atau ilmu hukum tetapi berdasar pada nilai yang ada, tumbuh dan berkembang dalam masyarakat itu sendiri serta mencerminkan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat (*volksgeist*).¹¹ Hukum yang hidup dalam masyarakat atau *the living law* memiliki pengertian yang sangat luas. Tercakup diantaranya hukum adat, hukum kebiasaan, hukum lokal, bahkan bisa jadi hukum lain yang dianggap hidup dalam masyarakat.¹² Hukum adat merupakan bagian dari *the living law* karena hukum adat akan senantiasa tumbuh dan berkembang seiring dinamisme budaya masyarakat.¹³ Perda menjadi salah satu langkah yang ditempuh oleh pembentuk undang-undang dalam mengakomodasi hukum yang hidup dalam masyarakat agar sesuai dengan asas legalitas. Hukum adat bersifat dinamis plastis

⁸ Ramadan Tabiu dan Eddy O.S Hiariej 'Pertentangan Asas Legalitas Formil Dan Materil Dalam Rancangan Undang-Undang KUHP' (2015) 2 Jurnal Penelitian Hukum.[30].

⁹ Pasal 2 ayat (1) Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana versi 4 Juli 2022.

¹⁰ Pasal 2 ayat (2) Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana versi 4 Juli 2022.

¹¹ Syofyan Hadi, 'Hukum Positif dan The Living Law (Eksistensi dan Keberlakuannya dalam Masyarakat)' (2017) 13 DiH Jurnal Ilmu Hukum.[261].

¹² Fajrime A.Gofar, *Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #1: Asas Legalitas Dalam Rancangan KUHP* (ELSAM 2005).[3].

¹³ Joeni Arianto Kurniawan, 'Hukum Adat dan Problematika Hukum Indonesia' (2007) 7 Perspektif Hukum.[112].

serta tidak tertulis sehingga hukum adat tidak perlu dikodifikasikan.¹⁴ Menjadi pertanyaan bagaimana pemerintah dapat mengakomodasi hukum adat sebagai *the living law* melalui Perda, padahal hukum yang hidup akan tumbuh dan berkembang sesuai dengan perkembangan dan kebutuhan masyarakat (*the living law*). Begitu hukum dipositifkan, maka pada saat itu pula hukum tersebut ketinggalan jaman.¹⁵ Adagium tersebut menggambarkan terbatasnya fleksibilitas suatu hukum jika dipositifkan. Ketika sudah ditetapkan hukum akan bersifat tertulis, rigid, kaku, kuno dan sulit diubah untuk menjamin kepastian hukum.¹⁶

Pengakomodasian hukum adat melalui Perda justru menimbulkan permasalahan baru. Pertama, pembuat Perda bukanlah masyarakat hukum adat itu sendiri, akan sangat susah untuk mensinkronisasi konsep suatu perbuatan melawan hukum versi masyarakat adat dengan versi pembentuk Perda. Kedua, konsekuensi logis dari permasalahan pertama adalah timbul kesulitan dalam mengakomodasi penormaan delik adat yang bahkan tidak membedakan ranah publik dan privat. Jika tetap memaksakan penormaan delik adat melalui Perda maka yang akan terjadi adalah bentuk kesewenang-wenangan negara dalam memformalkan delik adat. Pengakomodasian hukum adat melalui Perda akan menggeser sifat kedinamisan hukum adat. Pada akhirnya, hal tersebut akan mengubah esensi dari hukum adat sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Penelitian oleh Tody Sasmitha menemukan bahwa RKUHP (sekarang menjadi KUHPN) telah melakukan rekonstruksi terhadap ‘hukum yang hidup’.¹⁷ Adanya rekonstruksi tersebut membuka peluang munculnya kesewenang-wenangan negara dalam pemidanaan. Budi Suhariyanto menunjukkan bahwa penyerapan hukum adat dalam KUHPN perlu memberikan penjelasan khusus mengenai definisi,

¹⁴ Sulastriyono dan Sartika Intaning P, ‘Pemikiran Hukum Adat Djodjodigono dan Relevansinya Kini’ (2018) 30 *Mimbar Hukum*. [454].

¹⁵ Joeni Arianto Kurniawan, *Op. Cit.* [104].

¹⁶ Sulastriyono dan Sartika Intaning P, *Op. Cit.* [454].

¹⁷ Tody Sasmitha Jiwa Utama “‘Hukum Yang Hidup’ Dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP): Antara Akomodasi dan Negasi’ (2020) 49 *Masalah-Masalah Hukum*. [23].

ruang lingkup serta kategorisasi.¹⁸ Hal ini ditujukan untuk menjawab kekhawatiran terjadinya disparitas putusan pemidanaan terkait penegakan hukum adat. Dari studi terdahulu Pasal 2 KUHPN seringkali menimbulkan perdebatan. Oleh karena itu, riset ini ditujukan untuk melengkapi pengetahuan terkait pergeseran konsep hukum yang hidup dalam masyarakat setelah diatur dalam KUHPN dan dampak dari perluasan asas legalitas materiil terhadap paradigma asas legalitas.

Berdasarkan latar belakang masalah tersebut maka penelitian ini mengangkat dua pertanyaan penelitian yaitu bagaimana potensi pergeseran “hukum yang hidup dalam masyarakat” setelah diatur dalam Pasal 2 KUHPN? dan bagaimana sebenarnya *Wesenschau* Pasal 2 KUHPN apakah Pelunakan atau malah bentuk Penguatan terhadap Asas Legalitas

Metode Penelitian

Para penulis dalam melakukan penelitian hukum ini menggunakan penelitian hukum normatif dengan melakukan studi kepustakaan (*literature review*) terhadap data sekunder yang meliputi bahan hukum primer, sekunder dan tersier yang bersangkutan. Penulis menggunakan sumber data berupa dokumen seperti: 1) peraturan perundang-undangan tentang kitab undang-undang hukum pidana serta rancangan undang-undang tentang kitab undang-undang hukum pidana; dan 2) literatur baik secara general maupun spesifik terkait topik asas legalitas dan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Potensi Pergeseran “hukum yang hidup dalam masyarakat” Setelah Diatur dalam Pasal 2 KUHPN

Setiap masyarakat memiliki sistem kontrol sosialnya masing-masing.¹⁹ Untuk memelihara sistem kemasyarakatannya, maka dihasilkan kesamaan dan keserasian

¹⁸ Budi Suhariyanto, ‘Problema Penyerapan Adat oleh Pengadilan dan Pengaruhnya bagi Pembaharuan Hukum Pidana Nasional’ (2018) 30 *Mimbar Hukum*. [434].

¹⁹ E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* (Harvard University Press 1967). [4].

perilaku yang disebut dengan “norma” atau “upaya”.²⁰ Norma akan mempunyai kekuatan hukum, apabila digunakan oleh penguasa untuk mengatur perilaku komunitas agar memiliki tatanan yang teratur.²¹ Demikian akan terdapat hukum apabila terdapat masyarakat dan penguasa pada suatu komunitas.²²

Hukum merupakan keinginan yang wajar dari rakyat.²³ Terjelma dari jiwa rakyatnya (*volksgeist*) serta tumbuh dan berkembang bersama-sama dengan pertumbuhan dan perkembangan masyarakat itu sendiri. Keberadaan aturan hukum dalam kehidupan masyarakat tidak lahir begitu saja tetapi ditentukan dan dipengaruhi oleh eksistensi serta perkembangan masyarakat itu sendiri. Hukum merupakan cerminan masyarakat tempat berlakunya hukum tersebut. Aliran *historis jurisprudence* yang dipelopori oleh Von Savigny (1779-1861) menyatakan bahwa hukum tidak disusun secara sengaja oleh pembentuk hukum tetapi secara fundamental terbentuk oleh adat istiadat dan kepercayaan populer atau oleh kekuatan-kekuatan internal yang bekerja secara diam-diam.²⁴ Pandangan di atas kemudian mempengaruhi Eugen Ehrlich yang pertama kali memperkenalkan istilah hukum yang hidup (*living law*) dalam bukunya yang berjudul *Grundlegung der Soziologie des Recht (Fundamental Principles of Sociology of Law)*. *The living law* dapat berwujud hukum adat, hukum kebiasaan atau hukum agama. Hukum adat adalah suatu hukum yang hidup karena menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat sesuai fitrahnya sendiri. Hukum adat terus menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup itu sendiri.²⁵

Semua perbuatan atau kejadian yang bertentangan dengan kepatutan, kerukunan, ketertiban, keamanan, rasa keadilan, dan kesadaran hukum masyarakat bersangkutan, akibat perbuatan seseorang diartikan I Gede A.B. Wiranata sebagai

²⁰ E. Adamson Hoebel, *Op. Cit.*[14].

²¹ Hilman Hadikusuma, *Antropologi Hukum Indonesia* (PT Alumni 2013).[8].

²² *ibid.*[10].

²³ Soerjono Soekanto, *Teori yang Murni tentang Hukum* (PT Alumni 1985).[9].

²⁴ Zulfa Aulia, ‘Friedrich Carl von Savigny tentang Hukum: Hukum sebagai Manifestasi Jiwa Bangsa’ (2020) 3 Undang: Jurnal Hukum.[202-203].

²⁵ Soepomo, *Bab-bab Tentang Hukum Adat* (Pradnya Paramita 1983).[5].

pelanggaran adat atau delik adat.²⁶ Menurut B. Ter Haar Bzn, yang dianggap suatu pelanggaran (*delikt*) adalah setiap gangguan sepihak terhadap keseimbangan pribadi seseorang maupun suatu kelompok dari segi materiil atau immateriil.²⁷ Akibat adanya pelanggaran maka munculah reaksi adat yang mengharuskan untuk mengembalikan keseimbangan.²⁸

Soepomo dalam bukunya Bab-Bab Tentang Hukum Adat menyatakan bahwa hukum adat memiliki sifat yakni salah satunya tidak membedakan antara pelanggaran yang bersifat pidana yang harus diperiksa oleh hakim pidana, dengan pelanggaran yang bersifat perdata yang harus diperiksa oleh hakim perdata.²⁹ Hal tersebut menimbulkan konsekuensi tidak adanya perbedaan hukum acara ketika menyelesaikan delik adat. Dalam hal ini dimensi hukum adat adalah mengembalikan keseimbangan atau kesatuan kosmis yang terganggu karena adanya pelanggaran adat.³⁰ Untuk itu tidak ada pembeda antara pidana-perdata maupun publik-privat. Lebih lanjut apabila terjadi pelanggaran hukum, maka petugas hukum akan mengambil tindakan konkret untuk memperbaiki kembali hukum yang dilanggar agar seperti semula (*restitutio in integrum*).³¹

Istilah delik adat adalah konsepsi yang diciptakan oleh para akademisi untuk menyebut adanya pelanggaran adat.³² Di beberapa wilayah bahkan hampir tidak mengenali konsepsi tersebut. Masyarakat hukum adat cenderung menggunakan istilahnya masing-masing seperti “salah” di Lampung dan “sumbang” di Sumatera Selatan.³³ Istilah delik adat ini kemudian disalah artikan oleh akademisi hukum pidana sehingga mengartikan delik adat sebagai pidana adat sebagaimana

²⁶ I Gede A. B. Wiranata, *Hukum Adat Indonesia: Perkembangannya dari Masa ke Masa* (Citra Aditya Bakti 2005).[207].

²⁷ B. Ter Haar Bzn, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat* Terjemahan K.Ng. Soebakti Poesponoto (Pradnya Paramita 1979).[218].

²⁸ *ibid.*

²⁹ Soepomo, *Op.Cit.* [108].

³⁰ Rikardo Simarmata, ‘Kedudukan dan Peran Peradilan Adat Pasca Unifikasi Sistem Peradilan Formal’ (2021) 4 Undang: Jurnal Hukum.[286].

³¹ *ibid.*[108-109].

³² Joeni Arianto Kurniawan Seminar Diskusi Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana Gerakan Mahasiswa Nasional Indonesia (2022).

³³ I Gede A. B. Wiranata, *Op.Cit.*[206].

tercantum dalam Pasal 2 KUHPN dan bagian penjelasannya. Padahal tidak seperti delik pidana, *element core crime* dalam delik adat tidaklah rinci³⁴ dan berfokus pada kesatuan atau keseimbangan kosmis. Memasukan hukum adat ke dalam Perda berarti membakukan hukum adat ke dalam peraturan perundang-undangan membuat statis hukum adat dan mengklasifikasikan hukum adat ke ranah pidana. Perbedaan konsepsi tersebut tentunya berujung pergeseran makna hukum adat.

Apa yang pemerintah coba lakukan sejalan dengan teori sentralisme hukum yang menghendaki panggung hukum kodifikasi dan unifikasi. Negara mengontrol semua institusi, termasuk hukum, sehingga terjadi hegemoni hukum negara, yang menghilangkan hukum dan peradilan asli. Satu-satunya hukum yang harus diterapkan di seluruh negara adalah hukum negara. Dalam paradigma sentralisme hukum, hukum tidak lagi dianggap sebagai asas-asas moral meta yuridis yang abstrak tentang hakikat keadilan, tetapi sebagai ius yang telah dipositifisasi sebagai *lege* atau *lex*. Akibatnya, pandangan positivisme berkembang menjadi paham yang melihat hukum hanyalah semata-mata undang-undang formal yang berlaku.³⁵

Berdasarkan penjelasan Pasal 2 KUHPN maka pemerintah mensyaratkan adanya Perda agar pelanggaran terhadap hukum adat dapat diproses dengan hukum acara pidana. Syarat tersebut merupakan wujud dari pengabaian terhadap prinsip prinsip dasar hukum adat. Hukum adat akan kehilangan sifat dinamisnya ketika dikodifikasikan melalui Perda. Tidak hanya itu, adanya penjelasan Pasal 2 KUHPN akan membuat hukum pidana menjadi relatif dikarenakan hukum adat yang amat beragam di Indonesia. Akan terdapat banyak Perda yang mengatur terkait keberagam hukum adat dan dapat dimungkinkan antara satu daerah dengan daerah mengatur hal yang berbeda dan dengan implikasi yang berbeda pula. Tidak adanya definisi masyarakat adat dalam KUHPN menjadikan setiap orang bisa saja tidak atau menganggap dirinya masyarakat adat sehingga ia dapat menolak atau mengubah ketentuan yang seharusnya berlaku baginya.³⁶ Pada akhirnya hukum

³⁴ Budi Suhariyanto, *Op.Cit.*[429].

³⁵ Adi Sulistiyono, 'Kematian Positivisme Dalam Ilmu Hukum?' (2004) 59 Jurnal Newsletter.[8].

³⁶ Budi Suhariyanto, *Op.Cit.*[428].

adat yang dikodifikasikan dan keberagaman pengaturannya pada Perda yang dapat menjadi celah tersendiri yang akan menimbulkan ketidakpastian hukum, hal yang amat bertolak belakang dengan hukum pidana itu sendiri.

Perumusan Pasal 2 KUHPN menimbulkan polemik di berbagai kalangan akademisi dan praktisi hukum. Hal tersebut dikarenakan asas legalitas pidana materiil yang mengakomodasi hukum pidana adat, dikhawatirkan menyimpang dari prinsip *lex certa* dan *lex stricta*, serta berpotensi mencederai kepastian hukum. Keberadaan hukum pidana harus dibatasi karena hukum pidana merupakan alat koersivitas negara.³⁷ Maka dari itu hukum pidana haruslah bisa menjamin kepastian hukum. Menjadikan hukum adat sebagai landasan pemidanaan oleh negara dapat berujung pada terjadinya kooptasi hukum adat oleh pemerintah terlebih oleh aparat penegak hukum. Situasi demikian berpotensi melemahkan kepastian hukum dan terjadinya inkonsistensi dalam penerapan hukum pidana di Indonesia.³⁸

Konsekuensi logis yang dapat muncul dengan mengkompilasikan hukum pidana adat dalam Perda menimbulkan potensi over kriminalisasi tindak pidana adat. Dalam rumusan pasal 2 ayat (2) dijelaskan bahwa salah satu parameter pemberlakuan pidana adat dalam Perda adalah, konsep pidana adat tersebut haruslah sama sekali tidak diatur dalam KUHPN, dengan demikian munculah potensi mengkriminalisasi perbuatan yang tidak diatur dalam undang-undang namun diatur dalam hukum pidana adat. Berbeda dengan penalisasi yang memberikan sanksi pada aturan yang sudah dilarang dalam undang-undang, pengertian kriminalisasi secara teoritis diartikan sebagai proses penetapan suatu perbuatan seseorang sebagai perbuatan yang dapat dipidana. Proses ini diakhiri dengan terbentuknya undang-undang dimana perbuatan itu diancam dengan suatu sanksi berupa pidana.³⁹ Maka dari itu keberadaan hukum pidana harus dibatasi karena hukum pidana merupakan alat koersivitas negara yang digunakan untuk

³⁷ Joeni Arianto Kurniawan Seminar Diskusi Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana Gerakan Mahasiswa Nasional Indonesia (2022).

³⁸ Tody Sasmitha Jiwa Utama, *Op.Cit.*[16].

³⁹ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana* (Alumni 1986).[31].

melindungi kepentingan masyarakat dan kehidupan bersama. Parameter perbuatan yang perlu dikriminalisasi haruslah perbuatan-perbuatan yang secara langsung mengganggu kehidupan dan ketertiban masyarakat.⁴⁰

Menjadi pertanyaan lanjutan, bagaimana eksistensi Perda yang akan mengakomodasi hukum adat. Apakah perda tersebut mengatur sistem hukum pidana adat secara rinci yang mana tertera jelas secara *ekspresif verbis* unsur melawan hukum dan pertanggungjawaban pidana dalam perda tersebut ataukah perda tersebut mengatur hukum adat secara umum dan abstrak. Pertanyaan inilah yang menunjukkan bahwa *ius constituendum* mengenai pengakomodasian pengaturan hukum adat melalui Perda tidaklah tepat. Hal ini dikarenakan Perda belum bisa memberikan parameter yang kuat untuk menjamin kepastian hukum dalam memberikan solusi penyelesaian pidana adat yang bersifat dinamis dan abstrak.

Posisi tujuan pemidanaan sangat sentral dan fundamental, menjadikannya sebagai jiwa dari sistem pemidanaan.⁴¹ Mengacu pada pendapat H.L Packer bahwa dalam menyusun sistem pidana dan pemidanaan pembentuk undang-undang harus melakukan tindakan berupa tidak menjadikan lembaga pidana sebagai alat yang bersifat tiranis dan destruktif, selalu mengadakan penelitian yang seksama terhadap lembaga pidana dan proses peradilan pidana, dan selalu mempertimbangkan secara teliti dalam mengkriminalisasi suatu perbuatan.⁴² Hal ini adalah suatu hal yang penting agar tujuan pemidanaan itu dapat terwujud sebagaimana dituangkan dalam Pasal 51 huruf a sampai dengan huruf d KUHPN, yaitu mencegah terjadinya tindak pidana, membimbing dan membina terpidana agar menjadi pribadi yang lebih baik, memulihkan kembali keadaan semula sebelum terjadinya tindak pidana (*restitutio in integrum*), dan menumbuhkan rasa penyesalan dan membebaskan terpidana dari rasa bersalah.⁴³

⁴⁰ Salman Luthan, 'Asas Dan Kriteria Kriminalisasi', (2009) XVI Jurnal Hukum.[7].

⁴¹ Naskah Akademik. *Op. Cit.*[20].

⁴² *ibid.*[49-50].

⁴³ *Vide* Pasal 51 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2023 Nomor 1). *jo.* Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana versi 4 Juli 2022 .

Disisi lain dengan merumuskan sistem pidana dan pemidanaan yang jelas dan teliti berdasarkan penelitian akan mempermudah aparat penegak hukum dalam menjalankan ketentuan peraturan perundang-undangan. Sehingga lembaga penegak hukum seperti lembaga kekuasaan kehakiman yang berperan sentral dalam menegakkan hukum dan keadilan dalam sistem peradilan pidana dapat dengan mudah melakukan penafsiran. Menurut Jan Remmelink bahwa hakim dalam memutus perkara di pengadilan pasti menggunakan penafsiran. Hal ini kemudian melahirkan yurisprudensi yang akan menjadi salah satu sumber hukum. Pada saat inilah hakim berperan sebagai lembaga yang melakukan penemuan hukum.⁴⁴ Mengacu pada KUHPN maka hukum yang hidup di dalam masyarakat digunakan sebagai pertimbangan pemidanaan oleh hakim. Hukum yang hidup di dalam masyarakat sebagai pertimbangan pemidanaan oleh hakim berarti bahwa hakim harus melakukan penafsiran terkait dengan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sebelum menjatuhkan pidana pada seseorang. Hal ini dirumuskan menjadi tujuan hukum pidana nasional.⁴⁵

Konsep pengakomodasian hukum dalam masyarakat dapat dilakukan menggunakan yurisprudensi yang memuat asas hukum adat di dalamnya. Menurut Roeslan Saleh yurisprudensi sebagai sumber hukum dianggap sebagai pergeseran batas yang ketat antara fungsi legislatif lembaga pembentuk undang-undang dan fungsi yudikatif lembaga peradilan. Keluar dari legisme yang ketat juga merupakan konsekuensi dari penerimaan yurisprudensi. Dari sudut pandang hukum pidana, penerapan ini hanya dapat dilakukan setelah adanya konsep alasan-alasan penghapusan pidana di luar undang-undang, atau konsep yang melawan hukum dalam arti negatifnya. Melawan hukum dalam arti negatif berarti bahwa meskipun tindakan seseorang memenuhi rumusan unsur dalam pasal tetapi tidak mengganggu rasa keadilan masyarakat, maka tindakan tersebut tidak boleh dipidana.⁴⁶ Oleh karena itu,

⁴⁴ Naskah Akademik. *Op.Cit.*[104-105].

⁴⁵ Pusat Kajian Hukum Adat Djodjodigono Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law, *Op.Cit.*[5].

⁴⁶ Eddy O.S Hiariej, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana* (Cahaya Atma Pustaka 2016).[243].

norma tidak hanya bersifat legal tetapi juga berperan dalam menentukan keadilan. Dengan demikian, jelas bahwa peran sistem acara peradilan sangat penting untuk mempromosikan hukum, terutama hukum yang berlaku di masyarakat. Oleh karena itu, pembentuk undang-undang mulai menggunakan prinsip legalitas secara tidak absolut dalam penyusunan KUHPN.⁴⁷

Penggunaan hukum yang hidup dalam masyarakat yang sifatnya tidak tertulis harus ada batasannya. Hal ini oleh P.A.F Lamintang dan Franciscus Theojunior Lamintang menyatakan bahwa jika penggunaan asas hukum umum yang hidup dalam masyarakat itu menjadi tidak dibatasi maka akan sangat mungkin kekuasaan lembaga negara seperti polisi, jaksa, dan hakim dapat menciptakan perbuatan pidana baru.⁴⁸ Dimana sistem interpretasi yang dipergunakan adalah *subjective interpretatie* yang bahkan jauh lebih buruk dari interpretasi analogi.⁴⁹ Hal ini tentu akan menghancurkan sendi utama hukum pidana itu sendiri karena *subjective interpretatie* membuat aparat penegak hukum menginterpretasikan hukum berdasarkan pandangan subjektif mereka saja.⁵⁰ Sehingga yurisprudensi yang telah memuat asas-asas hukum adat yang telah diputus oleh Mahkamah Agung dalam putusannya dapat dipergunakan sebagai sumber hukum dalam menentukan apakah perbuatan seseorang itu adalah bersifat melawan hukum ataukah tidak.⁵¹ Tindakan demikian lebih selaras dengan maksud pembentuk undang-undang untuk memperlunak asas legalitas dengan tetap mengakui hukum yang hidup dalam masyarakat tanpa harus melakukan penormaan dalam Perda yang cenderung bersifat mengkooptasi hukum yang hidup dalam masyarakat itu sendiri.⁵² Sehingga tidak menghilangkan karakter dari sebuah *living law* itu sendiri. Hal ini senada dengan salah satu dari empat landasan filosofis KUHPN, yaitu pidana dimaksudkan untuk

⁴⁷ Naskah Akademik. *Op. Cit.*[108].

⁴⁸ P.A.F Lamintang dan Franciscus Theojunior Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana di Indonesia* (Sinar Grafika 2018).[371].

⁴⁹ *ibid.*[372].

⁵⁰ *ibid.*

⁵¹ *ibid.*[381].

⁵² Pusat Kajian Hukum Adat Djojodigoeno Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law, *Op. Cit.*[8].

melindungi masyarakat dari penyalahgunaan sanksi atau respons dari penegak hukum atau warga masyarakat pada umumnya, sehingga dapat mencegah tindakan sewenang-wenang di luar hukum.⁵³ Dengan demikian maka solusi dalam menggunakan yurisprudensi untuk tidak menormatiskan hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dipergunakan. Faktanya, meskipun masyarakat hukum adat termasuk dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia, tetapi mereka memiliki wilayahnya sendiri. Negara mengakui masyarakat hukum adat, menurut Pasal 18B Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945). Dalam hal ini, masyarakat hukum adat memiliki kebebasan untuk membuat aturan, tradisi, dan sistem mereka sendiri, tetapi tetap dilakukan di bawah kekuatan hukum negara yang lebih besar. Alih-alih mengakui adanya masyarakat hukum adat dan otoritasnya, adanya Pasal 2 KUHPN yang coba pemerintah lakukan justru memperkokoh akar hukum negara dan mengesampingkan nilai dalam masyarakat. Untuk itu merupakan keniscayaan agar dilakukan peninjauan kembali terhadap Pasal 2 KUHPN.

***Wesenschau* Pasal 2 KUHPN: Pelunakan atau Penguatan terhadap Asas Legalitas?**

Sanksi dalam hukum pidana berfungsi untuk menjamin serta mendorong dipatuhinya norma yang diatur undang-undang yang menyebabkan terjadinya pelanggaran dalam hukum pidana, sesuai dengan asas *in cauda venenum* (di ekor ada racun).⁵⁴ Seiring perkembangan zaman, fungsi dan tujuan hukum pidana juga ikut mengalami perubahan. Pada aliran klasik dimasa lampau tujuan daripada hukum pidana adalah melindungi kepentingan individu terhadap kesewenangan para penguasa. Prof Sudarto berpendapat bahwa hukum pidana pada aliran klasik memiliki bersifat represif dan retributif. Dalam Aliran klasik, tiga hal yang menjadi tiang hukum pidana yakni terdiri dari asas kesalahan, asas pembalasan, dan asas legalitas. Pada Aliran modern, ketiga paham tersebut berganti menjadi: memerangi kejahatan; memperhatikan ilmu lain; dan *ultimum remedium*.

⁵³ Naskah Akademik, *Op.Cit.*[171].

⁵⁴ Naskah Akademik, *Op.Cit.*[23].

Dewasa ini, pemerintah telah berupaya untuk melaksanakan pembaharuan hukum pidana di Indonesia, dengan dibuatnya KUHPN. Maksud dari pembaharuan hukum pidana Indonesia melalui KUHPN, dilandaskan terhadap pembaharuan dan meninjau kembali 3 (tiga) masalah utama dalam hukum pidana yakni perbuatan pidana, pertanggungjawaban pidana dan perumusan sanksi baik berupa sanksi pidana maupun sanksi tindakan. Oleh karena itu berangkat dari semangat dekolonialisasi, harmonisasi, demokratisasi dan aktualisasi, pembaharuan hukum pidana nasional melalui RKUHP dilakukan tidak secara imparsial, melainkan dengan mengubah sistem hukum pidana Indonesia secara komprehensif yang dapat mengakomodasi nilai-nilai dalam Pancasila serta UUD NRI 1945 dan asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.⁵⁵

Salah satu pembaharuan substansi dalam KUHPN adalah pengenalan asas legalitas materil. Asas legalitas sebagai asas fundamental dalam hukum pidana, berlaku tidak hanya terhadap konsep hukum pidana materil saja tapi juga berlaku pada hukum pidana formil. Konsep asas legalitas dalam hukum pidana materil tercantum pada Pasal 1 ayat (1) KUHP yakni *"Suatu perbuatan tidak dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan perundang-undangan pidana yang telah ada"* kemudian konsep asas legalitas pada hukum pidana formil, tercantum dalam Pasal 3 Undang-Undang No.8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHP) yang menyatakan *"Peradilan dilakukan menurut cara yang diatur dalam undang-undang ini"*. Prinsip asas legalitas yang sebelumnya terkandung dalam KUHP Indonesia hanya mengandung asas legalitas formil, namun dalam dalam KUHPN selain mengandung asas legalitas formil, asas legalitas dalam KUHPN juga mencakup asas legalitas materil. Asas legalitas materil rumsanya tercantum pada Pasal 2 ayat (1) yaitu sebagai berikut: *"... Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang Undang ini."* Frasa hukum yang hidup dalam masyarakat

⁵⁵ *Vide* Konsideran bagian a Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, versi 4 Juli 2022.

(*living law*) sebagaimana Pasal 2 ayat (1) *aquo* mengacu pada hukum pidana adat.⁵⁶ Dasar pemberlakuan pidana adat adalah untuk mengakomodasi hukum adat yang masih berkembang dan berlaku, serta terkait pengakomodasian hukum pidana adat tidak *mutatis mutandis* dapat diterapkan, melainkan haruslah dikompilasi terlebih dahulu melalui peraturan daerah. Terhadap berlakunya hukum pidana adat (*living law*) itu sendiri, dijelaskan parameter pemberlakuannya pada penjelasan pasal 2 ayat (1) KUHPN.

Parameter dapat dikompilasinya suatu hukum pidana adat (*living law*) ke dalam Perda dibatasi dengan pasal 2 ayat (2) KUHPN, yaitu; pertama, *living law* masih eksis dan masih berlaku di tempat hukum itu hidup; kedua pengaturan *living law* sama sekali tidak diatur dalam KUHPN; dan ketiga *living law* harus sejalan dengan nilai-nilai yang termaktub dalam Pancasila, UUD NRI 1945, hak asasi manusia, serta asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab yang berlaku secara kumulatif. Suatu peraturan perundang-undangan dibuat pasti memiliki tujuan. Tujuan ini terlihat dari maksud pembentuk undang-undang itu sendiri. Kehendak pembentuk undang-undang (*Wesenschau*) dari Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) KUHPN adalah untuk memberikan pengakuan terhadap hukum adat (*living law*) yang masih eksis dan selama tidak bertolakbelakang dengan nilai-nilai Pancasila, UUD NRI 1945, dan hak asasi manusia.⁵⁷

Perbedaan fundamental sifat tidak tertulisnya hukum adat dengan sifat hukum pidana sebagai hukum publik yang tertulis, mengharuskan adanya positivisasi dari hukum adat untuk menjadi legal formal sehingga hukum pidana dapat memberikan keresmian terhadap hukum pidana adat melalui sarana Perda.⁵⁸ Perlu digaris bawahi bahwa perda disini hanya bersifat keresmian, terhadap persoalan dan aplikasi hukum adat dilaksanakan oleh pranata hukum adat yang ada.⁵⁹

⁵⁶ *Vide* Penjelasan Pasal 2 ayat (1) Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, versi 4 Juli 2022.

⁵⁷ Eddy Omar Sharif Hiariej 'Seminar Diskusi Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana Gerakan Mahasiswa Nasional Indonesia' (2022).

⁵⁸ *ibid.*

⁵⁹ *ibid.*

Apabila terjadi suatu konflik adat (delik adat) di wilayah masyarakat hukum adat, maka perkara tersebut haruslah diupayakan untuk diselesaikan menggunakan mekanisme hukum yang dimiliki oleh masyarakat adat tersebut terlebih dahulu, yang mana dalam hal demikian, polisi atau dalam hal ini aparat penegak hukum, tidak bisa membawa perkara tersebut melalui persidangan. Hal demikian dikarenakan delik adat sendiri memiliki dimensi yang ekstensif dan tidak terbatas pada hukum pidana adat saja, tapi juga terdapat unsur hukum perdata atau hukum privat lainnya dalam suatu cakupan delik adat. Kendatipun demikian, apabila dalam hal perkara adat tersebut tidak bisa diselesaikan oleh mekanisme milik masyarakat hukum adat yang bersangkutan, maka dapatlah menggunakan sarana Perda yang telah lebih dahulu mengakomodasi delik adat tersebut sebagai delik pidana adat atau *living law*.

Suatu peraturan perundang-undangan dibuat pasti memiliki tujuan. Tujuan ini terlihat dari maksud pembentuk undang-undang itu sendiri. Kehendak pembentuk undang-undang (*Wesenschau*) dari Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) KUHPN adalah untuk memberikan pengakuan terhadap hukum adat (*living law*) yang masih eksis dan selama tidak bertentangan terhadap nilai-nilai Pancasila, UUD NRI 1945, dan hak asasi manusia.⁶⁰

Disisi lain, alasan dirumuskannya Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) KUHPN berangkat dari prinsip keadilan. Mengutip catatan Eddy.O.S Hiariej terhadap Pasal 2 KUHPN, pembatasan terhadap asas legalitas, kiranya telah sesuai dengan amandemen ketiga Undang-Undang 1945 pasal 1 ayat (3) yang berbunyi "*Indonesia adalah negara hukum*".⁶¹ Berdasarkan pandangan Mahfud MD, rumusan Pasal 1 ayat (3) tidak menggunakan embel-embel *rechtsstaat* seperti dalam penjelasan UUD NRI 1945 sebelum dilakukannya amandemen, hal ini dimaksudkan supaya konsep negara hukum yang ada di Indonesia saat ini adalah merupakan hukum

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi*, (Sekretariat Jenderal 2003).[59].

prismatik. Artinya, segi-segi positif yang dimiliki *rechtsstaat* dan *rule of law* dapat diakomodir. Kemudian juga menurut Mahfud, perumusan yang tanpa menggunakan embel-embel sebenarnya sengaja dilakukan dengan maksud memberi tempat yang leluasa terhadap pemenuhan rasa keadilan (*the rule of law*). Artinya untuk menjunjung tegaknya keadilan maka seyogyanya perbuatan yang tidak wajar, tercela meskipun secara formal tidak dilarang dalam hukum tertulis, haruslah tetap di hukum untuk mengembalikan pada keadaan semula sebelum pelanggaran itu terjadi (*restitutio in integrum*).⁶²

Dimuatnya asas legalitas formil dan materiil dalam KUHPN, merupakan usaha pelunakan asas legalitas terhadap pemberlakuan hukum pidana di masa depan.⁶³ Frasa “...*Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang ini*” yang tertulis dalam Pasal 2 ayat (1) KUHPN, menitikberatkan bahwa terjadinya pergeseran perspektif hukum pidana yang sebelumnya berlandaskan asas “*Nulla poena sine lege*” yang berarti tidak ada pidana tanpa undang-undang, menjadi berlandaskan asas “*Nulla poena sine jure*” yang berarti tidak ada pidana tanpa hukum.⁶⁴

Berangkat dari penelitian sebelumnya yang dilakukan oleh Ramadan Tabiu dan Eddy O.S Hiariej mengenai pertentangan asas legalitas materiil formil dalam RKUHP, disimpulkan bahwa baik secara teoritis maupun *ius constituendum*, penerapan asas legalitas materiil dalam Pasal 2 ayat (1) RKUHP (sekarang menjadi KUHPN) bertentangan terhadap asas legalitas formil pada Pasal 1 ayat (1) RKUHP. Namun secara *ius constituendum* pengakomodasian hukum yang hidup di masyarakat sebagai dasar asas legalitas materiil dapat menyeimbangi asas legalitas

⁶² Moh. Mahfud MD, ‘Beberapa Catatan Tentang Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 Tentang Perbuatan Melawan Hukum Secara Materiil’ Diskusi publik Eksaminasi Putusan Mahkamah Konstitusi dengan perkara nomor: 003/PUU-IV/2006 Tentang Pengujian Undang-Undang nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (2006).

⁶³ I Dewa Made Suartha, *Op. Cit.*[235].

⁶⁴ Eddy Omar Sharif Hiariej ‘Seminar Diskusi Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana Gerakan Mahasiswa Nasional Indonesia’ (2022).

formil dikarenakan pengakomodasian haruslah melalui proses *legal formal* dan berasaskan *ultimum remedium* dengan memberikan kesempatan masyarakat adat untuk menyelesaikan persoalan adat terlebih dulu.⁶⁵ Dengan begitu dapat dibatasinya pelunakan terhadap asas legalitas agar tidak menyimpang terlalu jauh. Terhadap kualifikasi Perda untuk memuat sanksi pidana adat, Perda provinsi maupun Perda kabupaten atau Perda kota menganut asas *no punishment without representative*, yang berarti pencantuman norma sanksi pidana hanya diberikan dengan persetujuan rakyat melalui perwakilannya di parlemen, dalam hal ini, atas persetujuan dari Gubernur, Bupati dan/atau Walikota.⁶⁶

Alternatif Pengakomodasian Hukum yang Hidup Dalam Masyarakat di KUHPN

Pasal 53 ayat (1) KUHPN pada pokoknya menyatakan bahwa hakim dalam mengadili suatu perkara maka wajib menegakkan hukum dan keadilan.⁶⁷ Pasal ini dapat dimaknai sebagai pelaksanaan lembaga kekuasaan kehakiman yang posisinya sangat penting dalam mengadili suatu perkara, karena tidak hanya hukum yang harus ditegakkan tetapi juga keadilan yang merupakan salah satu dari tiga esensi hukum, yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Kemudian dalam Pasal 54 ayat (2) KUHPN mengandung bentuk pemaafan hakim dimana hakim dapat tidak menjatuhkan pidana jika dipandang keadaan pelaku sedemikian rupa sehingga membuat hakim merasa perbuatan pelaku dapat dimaafkan.⁶⁸ Tentunya semangat pembaharuan hukum pidana ini adalah bentuk paradigma baru dalam hukum pidana Indonesia, sehingga memungkinkan segala bentuk perbuatan yang dikriminalisasi

⁶⁵ Ramadan Tabiu dan Eddy O.S Hiariej, *Op. Cit.*[35].

⁶⁶ Vide Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 13 Tahun 2022 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2022 Nomor 143).

⁶⁷ Vide Pasal 53 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2023 Nomor 1) *jo.* Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana versi 4 Juli 2022 .

⁶⁸ Vide Pasal 54 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2023 Nomor 1) *jo.* Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana versi 4 Juli 2022.

berasal dari undang undang atau perbuatan yang berasal dari hukum yang hidup dalam masyarakat tidak selamanya harus berakhir dalam persidangan. Walaupun berakhir di persidangan maka masih ada lembaga pemaafan hakim yang dapat dipergunakan hakim dalam memberikan keadilan bagi pelaku. Sayangnya, lembaga pemaafan hakim ini adalah diskresi mutlak dari hakim yang bersifat subjektif. Sehingga akan menjadi beralasan jika dari sisi masyarakat hukum adat mengkhawatirkan ketika lembaga perbuatan melawan hukum menurut hukum yang hidup dalam masyarakat diatur dalam KUHPN *in casu* Perda akan mendistorsi *living law* itu sendiri.

Joeni Arianto Kurniawan, Direktur Centre for Legal Pluralism (CLeP) Universitas Airlangga, menyatakan bahwa kebutuhan masyarakat adat bukanlah untuk melakukan serangkaian pidanaaan, melainkan membutuhkan serangkaian pengakuan dari negara bahwa mereka juga memiliki hak dan kewajiban dalam melembagakan hukum yang mereka miliki.⁶⁹ Hal ini tidak terlepas dari kenyataan bahwa hukum yang hidup dalam masyarakat itu tidak akan bisa terlepas dari eksistensi masyarakat hukum adat itu sendiri, sehingga negara dalam hal ini sebelum mengakomodasi hukum yang dimiliki oleh masyarakat hukum adat, maka yang pertama dilakukan adalah dengan mengakui keberadaan, eksistensi, hak, dan kewajiban masyarakat hukum adat itu sendiri.⁷⁰ Karena eksistensi dari suatu hukum itu dibuat adalah untuk mengatur manusia. Joeni Arianto Kurniawan juga menyatakan Pasal 2 RKUHP yang kini telah diundangkan sebagai KUHPN tersebut dapat dikatakan akan memiliki makna yang kabur dengan keinginan dekolonisasi yang justru dalam penerapannya malah melakukan kolonisasi terhadap masyarakat hukum adat karena kewenangannya dalam menegakkan hukumnya telah dikooptasi oleh negara.⁷¹

Sehingga niat pemerintah yang awalnya adalah untuk mensinergikan sistem hukum negara dengan sistem keteraturan yang ada di dalam masyarakat, kenyataanya KUHPN justru mengkooptasi hukum yang hidup dengan cara

⁶⁹ Joeni Arianto Kurniawan Seminar Diskusi Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana Gerakan Mahasiswa Nasional Indonesia (2022).

⁷⁰ *ibid.*

⁷¹ *ibid.*

memperluas kewenangan negara dalam menjatuhkan pidana, melalui konsep Perda. Negara dapat saja menjadikan hukum yang hidup untuk mengkriminalisasi pihak-pihak yang perbuatannya atau visinya tidak sejalan dengan pemegang kekuasaan sekalipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam suatu peraturan perundang-undangan.⁷² Tentunya hal ini akan sangat berbahaya.

Menegakkan hukum dan keadilan harus terlepas dari adanya suatu niatan menyingkirkan orang-orang yang tidak sejalan dengan pandangan pemegang kekuasaan. Maka dari itu hakim sebagai aparat penegak hukum yang independen harus diberikan kewenangan dalam menafsirkan dan menggali hukum yang hidup dalam masyarakat jika secara kasuistis perkara yang sedang ditanganinya berkaitan dengan pelanggaran terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat tertentu. Putusan hakim yang mempertimbangkan hukum yang hidup dalam masyarakat adalah bentuk penemuan hukum yang telah diterima dalam sistem hukum di Indonesia walau jarang dipraktekkan.⁷³

Maka diperlukan suatu pengkajian ulang terhadap konsep pengakomodasian hukum yang hidup dalam masyarakat dalam KUHPN. Pengkajian ulang ini dapat dimulai dengan konsep dimana penegakan hukum yang hidup dalam masyarakat jika sampai ranah pengadilan maka diserahkan sepenuhnya pada hakim dan bekerjasama dengan masyarakat hukum adat melalui sebuah payung hukum setingkat undang-undang yang khusus membahas terkait pengakuan negara terhadap masyarakat hukum adat sebagai alat untuk mengobjektifkan penggunaan diskresi hakim dalam menilai penggunaan hukum yang hidup dalam masyarakat. Dimana dalam hal ini peraturan setingkat undang-undang seperti rancangan undang-undang masyarakat hukum adat perlu diletakkan suatu dasar yang mengatur bahwa antara hakim dan masyarakat hukum adat saling bekerjasama dalam menilai perbuatan melawan hukum terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat serta membantu pula mempermudah hakim dalam melakukan penemuan hukum dalam hukum

⁷² *ibid.*

⁷³ Siti Chadijah, 'Pengaturan Delik Adat Dalam Rancangan Kuhp Sebagai Bagian Dari Ius Constituendum' (2019) 2 Pamulang Law Review.[109].

yang hidup dalam masyarakat. Sehingga dengan demikian masyarakat hukum adat dapat menggunakan hukum mereka sendiri. Hal ini sesuai dengan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman⁷⁴ (UU Kekuasaan Kehakiman) dan mempertimbangkan keberadaan hukum adat dalam perkara yang ditangani secara kasuistis.⁷⁵ Tindakan ini tentu harus dan akan dilakukan dengan masyarakat pengemban hukum adat itu sendiri sehingga penerapan konsep perbuatan melawan hukum dalam ranah hukum adat sesuai dengan kerangka berpikir masyarakat adat itu sendiri.

Hal ini tentu berbeda jika berbagai macam ketentuan hukum pidana adat ditetapkan melalui Perda. Mengingat bahwa Indonesia sebagai negara dengan hukum adat yang beragam maka akan menghasilkan Perda yang beragam pula sesuai dengan kondisi kedaerahan masing-masing serta Perda juga tidak mengakomodasi hal spesifik tertentu, hal ini akan bertentangan dengan semangat pembentuk undang-undang KUHPN yang menginginkan kodifikasi, sehingga berpotensi mendatangkan ancaman distorsi terhadap hukum adat.⁷⁶ Proses pembuatan Perda sendiri tentu tidak akan melibatkan secara aktif langsung pengemban hukum adat dalam proses pembuatannya. Sehingga hal ini akan menimbulkan suatu kondisi dimana akan tercipta dualisme hukum adat yang oleh Tody Sasmita Jiwa Utama dinyatakan sebagai *Lawyer's Adat Law* dan *People's Adat Law*.⁷⁷ Kondisi ini tercipta karena perbedaan cara pandang dan pola berpikir yang dipergunakan oleh masyarakat pengemban hukum adat terkait dengan pelanggaran norma adat dengan konsep yang dipergunakan oleh pembentuk undang-undang itu sendiri. Pengakomodasian dalam Perda juga akan susah menentukan perbuatan apa yang harus dikriminalisasi dari sisi adat, disebabkan saat ini, tidak banyak perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai tindak pidana yang belum diatur dalam KUHP atau undang-undang di

⁷⁴ Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157).

⁷⁵ Pusat Kajian Hukum Adat Djodjodigono Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law. *Op.Cit.*[12].

⁷⁶ *ibid.*

⁷⁷ Tody Sasmita Jiwa Utama, *Op.Cit.*[22].

luar KUHP. Kalau pun ada, pada prakteknya masyarakat adat telah memiliki suatu mekanisme tersendiri dalam melakukan penyelesaian pelanggaran atau kejahatan yang terjadi di wilayah adat mereka. Praktek ini telah berlangsung tanpa atau dengan intervensi dari proses penegakan hukum pidana formal melalui sistem peradilan pidana.⁷⁸ Selain itu sifat dari hukum adat yang sebenarnya tidak membedakan terkait dengan delik pidana atau perbuatan perdata. Hal ini disebabkan karena sifat hukum adat yang dinamis, berbeda jika telah dituangkan dalam bentuk Perda maka akan mematikan sifat dinamis dari konsep hukum adat itu sendiri.

Jika menilik kembali dalam Pasal 5 UU Kekuasaan Kehakiman ketentuan *a quo* belum cukup dalam mengakomodasi bagaimana proses penemuan hukum itu oleh hakim. Lilik Mulyadi dalam Budi Suharyanto menyatakan bahwa penerapan hukum pidana adat oleh hakim akan cenderung memberatkan hakim, karena hakim harus mampu dalam memahami terkait dengan konsepsi hukum adat yang terlanggar dengan perbuatan pidana seseorang itu serta juga harus benar-benar memahami bagaimana perasaan keadilan di masyarakat.⁷⁹ Maka sudah seharusnya oleh negara menyiapkan suatu rancangan undang-undang terkait dengan masyarakat hukum adat yang mampu mewadahi proses dan mekanisme penegakan hukum adat oleh masyarakat adat itu sendiri yang mengatur secara teknis terkait penerapan penemuan hukum yang hidup dalam masyarakat.

Kesimpulan

Pengakomodasian “hukum yang hidup dalam masyarakat” melalui Pasal 2 KUHPN menimbulkan pergeseran “hukum yang hidup dalam masyarakat” dari hukum yang hidup tumbuh dan berkembang dalam masyarakat dengan karakteristik yang sangat dinamis, tidak membedakan ranah pidana, perdata serta ranah hukum lainnya kemudian menjadi bergerak ke arah hukum yang dibakukan dalam peraturan perundang-undangan berbentuk perda yang bersifat statis dan terklasifikasi ke

⁷⁸ Pusat Kajian Hukum Adat Djodjodigono Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law. *Op.Cit.*[13].

⁷⁹ Budi Suhariyanto, *Op.Cit.*[425].

ranah pidana. Tentu hal ini menghilangkan esensi dari “hukum yang hidup dalam masyarakat” itu sendiri sebagai *the living law*. Pengakomodasian melalui perda berakibat terjadinya pengkriminalisasian berbagai macam bentuk perbuatan yang sebelumnya bukan merupakan tindak pidana atau tidak diatur dalam undang-undang sebagai perbuatan pidana. Pengaturan yang demikian akan mempengaruhi asas legalitas, karena telah terjadi pelunakan terhadap penerapan asas legalitas dalam penegakan hukum pidana, yang tidak hanya memidana perbuatan yang diatur dalam undang-undang tetapi juga memidana perbuatan yang diatur dalam perda dengan dalih “hukum yang hidup dalam masyarakat”.

Pada dasarnya eksistensi hukum adat tidak dapat dipisahkan dengan masyarakat hukum adat. Negara seharusnya mengakui terlebih dahulu eksistensi masyarakat hukum adat melalui suatu undang-undang. Demikian masyarakat hukum adat mampu menegakan lembaga hukumnya jika terjadi suatu perkara yang menyinggung hukum yang hidup dalam masyarakat. Hakim dilibatkan untuk melakukan *rechtsvinding* (penemuan hukum) dalam menyelesaikan perkara. Hal ini akan tetap memberikan hukum yang hidup dalam masyarakat berada di masyarakat sehingga tidak perlu dilakukan penormaan melalui perda yang cenderung mencabut kedudukan hukum yang hidup dalam masyarakat ke dalam bentuk hukum positif negara. Dengan mekanisme ini karakteristik hukum yang hidup dalam masyarakat tidak akan terhapuskan.

Daftar Bacaan

Buku

B. Ter Haar Bzn, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat* Terjemahan K.Ng. Soebakti Poesponoto (Pradnya Paramita 1979).

Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum (Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia)* (PT Raja Graemedia Pustaka Utama 1995).

E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* (Harvard University Press 1967).

Eddy O.S Hiariej, *Prinsip-Prinsip Hukum Pidana* (Cahaya Atma Pustaka 2016).
Fajrimei A.Gofar, Position Paper Advokasi RUU KUHP Seri #1: Asas

Legalitas Dalam Rancangan KUHP (ELSAM 2005).

Hilman Hadikusuma, *Antropologi Hukum Indonesia* (PT Alumni 2013). Hilman Hadikusuma, *Pengantar Ilmu Hukum Adat* (Penerbit Mandar Maju 2014).

I Gede A. B. Wiranata, *Hukum Adat Indonesia: Perkembangannya dari Masa ke Masa* (Citra Aditya Bakti 2005).

Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, (Intersentia, Antwerpen 2001).

Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, 'Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Dan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi' (Sekretariat Jenderal 2003).

P.A.F Lamintang dan Franciscus Theojunior Lamintang, *Dasar-Dasar Hukum Pidana di Indonesia* (Sinar Grafika 2018).

Pusat Kajian Hukum Adat Djojodigono Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada dan Koalisi Masyarakat Sipil Tolak Living Law, Brief Paper 'Hukum Yang Hidup' Dalam Rancangan Undang Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia & Pusat Kajian Hukum Adat Djojodigono Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada 2020).

Soepomo, *Bab-bab Tentang Hukum Adat* (Pradnya Paramita 1983). Soerjono Soekanto, *Teori yang Murni tentang Hukum* (PT Alumni 1985). Sudarto, *Hukum Pidana I* (Yayasan Sudarto Fakultas Hukum Universitas Diponegoro 1990).

Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana* (Alumni 1986).

Zainal Arifin Mochtar dan Eddy O.S Hiariej, *Dasar-Dasar Ilmu Hukum: Memahami Kaidah, Teori, Asas, dan Filsafat Hukum* (Red & White Publishing 2021).

Jurnal

Adi Sulistiyono, 'Kematian Positivisme Dalam Ilmu Hukum ?' (2004) 59 Jurnal Newsletter.

Budi Suhariyanto, 'Problema Penyerapan Adat oleh Pengadilan dan Pengaruhnya bagi Pembaruan Hukum Pidana Nasional' (2018) 30 Mimbar Hukum.

I Dewa Made Suartha, 'Pergeseran Asas Legalitas Formal ke Formal dan Material

Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional', (2015) IV Yustisia.

J.E. Sahetapy, 'Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana' (1978) Disertasi.

Joeni Arianto Kurniawan, 'Hukum Adat dan Problematika Hukum Indonesia' (2007) 7 Perspektif Hukum.

Rikardo Simarmata, 'Kedudukan dan Peran Peradilan Adat Pasca Unifikasi Sistem Peradilan Formal' (2021) 4 Undang: Jurnal Hukum.

Ramadan Tabiu dan Eddy O.S Hiariej 'Pertentangan Asas Legalitas Formil dan Materiil Dalam Rancangan Undang-Undang KUHP' (2015), 2 Jurnal Penelitian Hukum.

Salman Luthan, 'Asas Dan Kriteria Kriminalisasi', (2009) XVI Jurnal Hukum. Siti Chadijah, 'Pengaturan Delik Adat Dalam Rancangan Kuhp Sebagai Bagian Dari Ius Constituendum', (2019) 2 Pamulang Law Review.

Sulastriyono dan Sartika Intaning P, 'Pemikiran Hukum Adat Djojodigoeno dan Relevansinya Kini' (2018) 30 Mimbar Hukum.

Syofyan Hadi, 'Hukum Positif dan The Living Law (Eksistensi dan Keberlakuannya dalam Masyarakat)' (2017) 13 DiH Jurnal Ilmu Hukum.

Tody Sasmitha Jiwa Utama "Hukum Yang Hidup' Dalam Rancangan Kitab Undang Undang Hukum Pidana (KUHP): Antara Akomodasi dan Negasi' (2020) 49 Masalah-Masalah Hukum.

Zulfa Aulia, 'Friedrich Carl von Savigny tentang Hukum: Hukum sebagai Manifestasi Jiwa Bangsa'(2020) 3 Undang: Jurnal Hukum.

Makalah

Moh. Mahfud MD, ' Beberapa Catatan Tentang Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU IV/2006 Tentang Perbuatan Melawan Hukum Secara Materiil' Diskusi publik Eksaminasi Putusan Mahkamah Konstitusi dengan perkara nomor: 003/PUU-IV/2006 Tentang Pengujian Undang-Undang nomor 31 Tahun 1999 sebagaimana yang telah diubah dengan Undang Undang Nomor 20 Tahun 2001 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (2006).

Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana versi 2015.

Perundang-undangan

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157).

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 13 Tahun 2022 Tentang Perubahan Kedua Atas Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2022 Nomor 143).

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2023 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2023 Nomor 1).

Rancangan Undang-Undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana versi 4 Juli 2022.

Lain-Lain

Seminar Diskusi Rancangan Undang-Undang Hukum Pidana Gerakan Mahasiswa Nasional Indonesia yang dilaksanakan pada 31 Juli 2022.

--halaman ini sengaja dibiarkan kosong--