**Jurnal**

**KONSEPTUALISASI DAN AKTUALISASI HUKUM YANG HIDUP DALAM MASYARAKAT PADA RANCANGAN KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA KAITANNYA DENGAN PEMBENTUKAN HUKUM NASIONAL**

Oleh:

**RIKA KURNIASARI A**

NPM: 209030043



**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM**

**FAKULTAS PASCASARJANA**

**UNIVERSITAS PASUNDAN**

**BANDUNG**

**2022**

**KONSEPTUALISASI DAN AKTUALISASI HUKUM YANG HIDUP DALAM MASYARAKAT PADA RANCANGAN KITAB UNDANG-UNDANG HUKUM PIDANA KAITANNYA DENGAN PEMBENTUKAN HUKUM NASIONAL**

Oleh:

**RIKA KURNIASARI A**

NPM: 209030043

**ABSTRAK**

Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dan sesuai dengan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat tersebut. Dalam perkembangannya, peraturan pokok hukum pidana ke depan yang telah dirumuskan dalam RKUHP telah mengakomodir *the living law* sebagai bagian dari pada hukum positif sebagaimana tertuang dalam Pasal 2 ayat (1) RKUHP. Penelitian ini menganalisa mengenai konsepsi keberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana diatur dalam Pasal 2 Ayat (1) RKUHP dalam konteks pembentukan hukum nasional. Hasil penelitian menunjukan bahwa dimuatnya asas legalitas materiil dalam RKUHP adalah keliru. Apabila rumusan asas legalitas materiil dalam Pasal 2 ayat (1) RKUHP ini tidak dihapus dan masih dipertahankan, maka sistem hukum Indonesia akan mengalami kemunduran. Oleh karena itu, keberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dalam sistem hukum nasional cukup hanya dijadikan sebagai dasar pembentukan hukum nasional.

Kata Kunci: Pancasila, *Living Law*, Pembentukan Hukum.

# **PENDAHULUAN**

1. **Latar Belakang**

Pembangunan hukum nasional haruslah berpijak pada nilai-nilai yang berasal dari budaya Indonesia sendiri. Oleh karena itu, landasan terpenting yang dipergunakan untuk menjelaskan nilai-nilai dasar bagi pembentukan hukum Nasional tidak lain adalah Pancasila yang mengandung lima sila atau nilai dasar. Lima nilai dasar ini dianggap sebagai cerminan sejati dari budaya bangsa Indonesia yang plural. Artinya, lima nilai dasar itu menjadi sumber asas-asas hukum nasional, sekaligus basis ideal (spiritual) untuk menentukan suatu norma hukum.

Pemerintah saat ini ingin meyakinkan kepada bangsa Indonesia melalui semangat “Meneguhkan Kembali Jalan Ideologis”, yaitu Pancasila.[[1]](#footnote-1) Pada prinsipnya terdapat tiga arti utama dari kata ideologi, yaitu ideologi sebagai kesadaran palsu, ideologi dalam arti netral dan ideologi dalam arti keyakinan yang tidak ilmiah.[[2]](#footnote-2)

Ideologi dalam arti yang pertama, yaitu sebagai kesadaran palsu biasanya dipergunakan oleh kalangan filosof dan ilmuwan sosial. Ideologi adalah teori-teori yang tidak berorientasi pada kebenaran, melainkan pada kepentingan pihak yang mempropagandakannya. Ideologi juga dilihat sebagai sarana kelas atau kelompok sosial tertentu yang berkuasa untuk melegitimasikan kekuasaannya. Arti kedua adalah ideologi dalam arti netral. Dalam hal ini ideologi adalah keseluruhan sistem berpikir, nilainilai, dan sikap dasar suatu kelompok sosial atau kebudayaan tertentu. Arti kedua ini terutama ditemukan dalam negara-negara yang menganggap penting adanya suatu ”ideologi negara”. Disebut dalam arti netral karena baik buruknya tergantung kepada isi ideologi tersebut.[[3]](#footnote-3) Arti ketiga, ideologi sebagai keyakinan yang tidak ilmiah, biasanya digunakan dalam filsafat dan ilmu-ilmu sosial yang positivistik. Segala pemikiran yang tidak dapat dibuktikan secara logis-matematis atau empiris adalah suatu ideologi. Segala masalah etis dan moral, asumsi-asumsi normatif, dan pemikiran-pemikiran metafisis termasuk dalam wilayah ideologi.[[4]](#footnote-4)

Terdapat dua tipe ideologi sebagai ideologi suatu negara. Kedua tipe tersebut adalah ideologi tertutup dan ideologi terbuka.[[5]](#footnote-5) Ideologi tertutup adalah ajaran atau pandangan dunia atau filsafat yang menentukan tujuan-tujuan dan norma-norma politik dan sosial, yang ditasbihkan sebagai kebenaran yang tidak boleh dipersoalkan lagi, melainkan harus diterima sebagai sesuatu yang sudah jadi dan harus dipatuhi. Kebenaran suatu ideologi tertutup tidak boleh dipermasalahkan berdasarkan nilai-nilai atau prinsip-prinsip moral yang lain. Isinya dogmatis dan apriori sehingga tidak dapat dirubah atau dimodifikasi berdasarkan pengalaman sosial. Oleh karena itu, ideologi ini tidak mentolerir pandangan dunia atau nilai-nilai lain. Ideologi terbuka hanya berisi orientasi dasar, sedangkan penerjemahannya ke dalam tujuan-tujuan dan norma-norma sosial-politik selalu dapat dipertanyakan dan disesuaikan dengan nilai dan prinsip moral yang berkembang di masyarakat. Operasional cita-cita yang akan dicapai tidak dapat ditentukan secara apriori, melainkan harus disepakati secara demokratis. Dengan sendirinya ideologi terbuka bersifat inklusif, tidak totaliter dan tidak dapat dipakai melegitimasi kekuasaan sekelompok orang. Ideologi terbuka hanya dapat ada dan mengada dalam sistem yang demokratis.

Pancasila dapat dikatakaan sebagai falsafah dasar, pandangan hidup dan ideologi kenegaraan Indonesia. Dalam posisi seperti itu, Pancasila juga mengandung cita hukumnya (*rechtsidee*)[[6]](#footnote-6) tersendiri, yang menempatkannya sebagai norma dasar bernegara (*Grundnorm/ Staatsfundamental norm*), sebagai sumber dari segala sumber hukum di Indonesia.[[7]](#footnote-7) Pancasila sebagai norma dasar negara bisa berdiri kokoh manakala dijalankan dengan mengusahakan koherensi antarsila, konsistensi dengan produk-produk peraturan perundang-undangan, dan korespondensi dengan realitas sosial.[[8]](#footnote-8)

Dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 secara tegas menyebutkan bahwa “Negara Indonesia adalah negara hukum”, kemudian dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 diatur bahwa “Segala warga Negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.” Dari ketentuan tersebut, menunjukan bahwa Negara hukum adalah negara yang menjunjung penegakan hukum dan keadilan untuk mencapai tujuan nasional.

Pembentukan undang-undang adalah bagian dari pembangunan hukum yang mencakup pembangunan sistem hukum nasional. Pembangunan hukum harus harmonis dengan tuntutan global seperti saat ini, namun tidak boleh meninggalkan nilai-nilai kebangsaan Indonesia. Politik hukum yang demikian akan menjadikan Indonesia sebagai negara yang bukan saja maju, adil, dan makmur tetapi juga mandiri sehingga mampu mewujudkan kehidupan bangsa sejajar dan sederajat dengan bangsa lain dengan mengandalkan pada kemampuan dan kekuatan sendiri. Pembangunan hukum tersebut dapat tercapai jika seluruh cakupan yang terkait dengannya dapat difungsikan sebagai sarana untuk memperbarui masyarakat (*social engineering*). Namun, perekayasaan sosial perlu didukung kajian yang mendalam tentang hukum yang hidup di masyarakat (*the living law*) dan tingkat kesiapan masyarakat dalam menyikapi pembaruan yang akan dilakukan. Pada akhirnya untuk melaksanakan pembangunan dan pembaharuan hukum yang merupakan suatu sistem, diperlukan perencanaan.[[9]](#footnote-9)

Secara umum, peraturan pokok hukum pidana yang sampai sekarang masih berlaku di Indonesia adalah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP), yang diberlakukan berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 *juncto* Undang-Undang Nomor 73 Tahun 1958 tentang Pemberlakuan KUHP Untuk Seluruh Indonesia. Dengan demikian KUHP sebagai sumber pokok hukum pidana materiil yang memuat tentang aturan umum hukum pidana dan rumusan-rumusan tindak pidana tertentu. Selain dalam KUHP, eksistensi hukum pidana juga terdapat dalam beberapa peraturan perundang-undangan yang khusus mengatur tindak pidana, seperti Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2009 tentang Narkotika, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, dan peraturan lainnya. Peraturan perundang-undangan tersebut dalam ilmu hukum sering disebut juga dengan “tindak pidana khusus diluar KUHP”.

Dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP dinyatakan bahwa “Suatu perbuatan tidak dipidana, kecuali berdasarkan kekuatan perundang-undangan pidana yang telah ada”. Ketentuan tersebut mengandung makna Asas Legalitas yang pada dasarnya merupakan perwujudan dari pembatasan penguasa untuk tidak bertindak secara sewenang-wenang dalam hal penjatuhan hukuman. Dengan demikian, maka setiap tindakan atau perbuatan yang dikualifikasian sebagai tindak pidana harus tercantum secara lengkap dalam peraturan perundang-undangan.

Dalam ilmu hukum dijelaskan bahwa hukum yang mengatur kehidupan masyarkat bukan saja yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan atau hukum yang tertulis saja, akan tetapi harus dimaknai pula hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*), seperti: hukum adat, hukum agama, hukum moral dan hukum kesusilaan, sehingga suatu perbuatan yang melanggar hukum yang hidup dalam masyarakat, walaupun tidak tertulis dalam peraturan perudang-undangan, maka harus dikualifikasikan sebagai perbuatan yang melanggar hukum. Pernyataan tersebut tentunya kontradiksi dengan isi Pasal 1 ayat (1) KUHP di atas, yang mengharuskan bahwa hukum pidana haruslah dibuat secara tertulis.

Pemahaman terhadap hukum harus dimaknai secara luas, bukan saja terhadap peraturan perundang-undangan, akan tetapi hukum lain yang mengatur segala aspek kehidupan masyarakat termasuk di dalamnya nilai-nilai sosio-kultur, dan agama. Hukum yang baik merupakan hukum yang mampu merepresentasikan nilai yang ada dalam masyarakat, karena hukum itu dari dan untuk masyarakat. Hukum tidak dapat dipandang sebagai suatu peraturan semata tanpa mengindahkan nilai yang ada dalam masyarakat. Hal tersebut sejalan dengan pendapat Romli Atmasasmita yang menyatakan bahwa “Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dan sesuai dengan pencerminan dari nilai-nilai yang berlaku dalam masyarakat tersebut”.[[10]](#footnote-10)

Dalam perkembangannya, peraturan pokok hukum pidana ke depan yang telah dirumuskan dalam Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) versi 2019, ternyata telah mengakomodir hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) sebagai bagian dari pada hukum positif. Hal tersebut sebagaimana tertuang dalam Pasal 2 RKUHP yang berbunyi:

1. *Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang ini.*
2. *Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang-Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.*

Dengan adanya ketentuan Pasal 2 di atas, maka seseorang patut dipidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat meskipun perbuatan tersebut tidak diatur secara spesifik dalam RKUHP. Apabila melihat Penjelasan Pasal 2 ayat (1) RKUHP, telah dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana adalah “Hukum Pidana Adat”. Selanjutnya dijelaskan bahwa untuk memberikan dasar hukum mengenai berlakunya hukum pidana (delik adat), perlu ditegaskan dan dikompilasi oleh pemerintah yang berasal dari Peraturan Daerah masing-masing tempat berlakunya hukum adat tersebut.

Berdasarkan uraian permasalahan di atas, maka penulis bermaksud untuk melakukan penelitian dan mengkaji lebih mendalam terkait mengenai konsepsi keberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana diatur dalam Pasal 2 Ayat (1) RKUHP dalam konteks pembentukan hukum nasional. Penelitian tersebut, akan dituangkan ke dalam penelitian yang berjudul: “Konseptualisasi Dan Aktualisasi Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Pada Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Kaitannya Dengan Pembentukan Hukum Nasional”.

1. **Identifikasi Masalah**
	1. Bagaimana hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar pembentukan hukum nasional?
	2. Bagaimana konseptualisasi asas legalitas materiil dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana kaitannya dengan pembentukan hukum nasional?
2. **Metode Penelitian**

Penelitian ini merupakan penelitian hukum (*legal research*) dengan tipologi penelitian hukum normatif atau penelitian doktrinal. Alasan peneliti menggunakan penelitian hukum normatif karena untuk menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai praktisi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi.

Penelitian ini menggunakan 3 (tiga) pendekatan, yaitu pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan filsafat (*philosophical approach*) dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*).

Tahapan utama penelitian ini lebih menekankan pada penelitian kepustakaan. Adapun penelitian kepustakaan dilakukan dengan meneliti data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.

Penelitian ini menggunakan teknik pengumpulan data studi kepustakaan (*library research*). Studi kepustakaan dilakukan untuk mendapatkan data-data secara umum dengan memahami secara teoritis mengenai pokok pembahasan tentang konseptualisasi dan aktualisasi hukum yang hidup dalam masyarakat pada RKUHP kaitannya dengan pembentukan hukum nasional dengan menjelaskan berbagai permasalahan yang terjadi dalam tataran konsep sesuai dengan yang telah diidentifikasi.[[11]](#footnote-11)

Data yang terkumpul melalui studi kepustakaan kemudian dianalisis secara yuridis kualitatif. Data yang bersifat kualitatif yang telah dikumpulkan kemudian dikelompokan dan dihubungkan satu dengan yang lainnya berdasarkan sifatnya untuk mendapatkan gambaran yang jelas mengenai permasalahan yang akan dikaji. Setelah itu, lalu dilakukan analisis penafsiran dan evaluasi dalam tingkat abstraksi data secara maksimal. Analisis data kualitatif dilakukan dengan menggunakan norma, kaidah, teori-teori dan doktrin yang berasal dari data sekunder yang tersaji guna menjawab permasalahan terkait konseptualisasi dan aktualisasi hukum yang hidup dalam masyarakat pada RKUHP kaitannya dengan pembentukan hukum nasional.

# **PEMBAHASAN**

1. **Hukum Yang Hidup Dalam Masyarakat Sebagai Dasar Pembentukan Hukum Nasional**

Pengakuan terhadap hukum tidak tertulis dahulu hanya dijelaskan atau dicantumkan dalam Penjelasan Umum Undang-Undang Dasar 1945 angka I yang menyebutkan: ”...Undang-Undang Dasar itu berlakunya juga hukum dasar yang tidak tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam praktik penyelenggaraan negara meskipun tidak tertulis”.

Pasal 18B ayat (2) Amandemen UUD 1945 menyebutkan: ”Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang”. Menurut pasal ini hukum adat yang diakui adalah hukum adat yang masih nyata-nyata hidup, jelas materi dan lingkup masyarakat adatnya. Dari ketentuan pasal tersebut dapat dipahami bahwa UUD 1945 lebih mengutamakan hukum yang tertulis dari pada tidak tertulis. Ini maknanya bahwa pengakuan terhadap hukum adat yang masih hidup dalam masyarakat di suatu daerah harus dilakukan dengan pengaturan dalam peraturan perundang-undangan (tertulis).

Van Vollenhoven menyatakan bahwa hukum adat adalah bagian dari hukum yang berasal dari adat istiadat, yakni kaidah-kaidah sosial yang dibuat dan dipertahankan oleh para fungsionaris hukum dan berlaku serta dimaksud untuk mengatur hubungan-hubungan hukum dalam masyarakat dan mempunyai sanksi.[[12]](#footnote-12)

Satjipto Rahardjo sebagai seorang pakar Sosiologi Hukum mengemukakan, bahwa hukum adat adalah hukum yang tidak dibuat secara sengaja, yang memperlihatkan aspek-aspek kerohanian yang kuat dan yang berhubungan erat dengan dasar-dasar dan susunan masyarakat setempat.[[13]](#footnote-13) Sementara Soepomo mengemukakan bahwa hukum *non statutair* yang sebagian besar adalah hukum kebiasaan dan sebagian kecil hukum Islam. Hukum itu mencakup hukum yang berdasarkan keutusan-keputusan hakim yang berisi asas-asas hukum dalam lingkungan, dimana ia memutuskan perkara. Hukum adat berakar dari kebudayaan tradisional. Hukum itu merupakan hukum yang hidup yang berasal dari perasaan hukum yang nyata dari rakyat.[[14]](#footnote-14)

Hukum adat adalah hukum yang hidup dalam masyarakat. Soepomo menyatakan bahwa hukum adat adalah hukum nyang hidup, karena ia menjelmakan perasaan hidup yang nyata dari rakyat. Sesuai dengan fitrahnya, hukum adat terus menerus tumbuh dan berkembang seperti masyarakat sendiri. Dari seluruh pengertian di atas dapat diketahui *the living law* adalah hukum yang hidup dan sedang aktual dalam suatu masyarakat, sehingga tidak membutuhkan upaya reaktualisasi lagi. *The living law* bukan sesuatu yang statis, tetapi terus berubah dari waktu ke waktu. *The living law* adalah hukum yang hidup di dalam masyarakat, bisa tertulis bisa juga tidak.[[15]](#footnote-15)

Secara sosiologis, *the living law* senantiasa akan hidup terus dalam masyarakat. Sehubungan dengan hal itu, perlu dicatat asumsi-asumsi sebagai berikut: [[16]](#footnote-16)

* 1. Hukum tidak tertulis pasti ada karena hukum tertulis tidak akan mungkin mengatur semua kebutuhan masyarakat yang perlu di atur dengan hukum,
	2. Pada masyarakat yang sedang mengalami perubahan sosial yang cepat, peranan hukum tidak tertulis lebih menonjol dari hukum tertulis,
	3. Yang menjadi masalah adalah mana yang merupakan hukum tidak tertulis yang dianggap adil,
	4. Untuk menjamin adanya kepastian hukum memang perlu sebanyak mungkin menyusun hukum tertulis. Ini bukan berarti bahwa keadaannya pasti demikian sebab dalam bidang kehidupan yang bersifat publik, maka hukum tertulis terutama dibuat untuk mencegah kesewenang-wenangan penguasa.

Bila mengkaji apa yang dirumuskan di atas paling tidak ada 2 (dua) unsur dari konsep tersebut, yaitu: [[17]](#footnote-17)

* 1. Hukum yang menjelma dari perasaan hukum yang nyata dari rakyat; dan
	2. Hukum yang tumbuh terus-menerus.

Konsep ini tidak terlepas dari pengaruh aliran historis *jurisprudence,* yang dikemukan pertama kali oleh Frederich Carl Von Savigny (1779-1861). Ia mengatakan bahwa hukum itu terjelma dari jiwa rakyatnya (*volkgeist*), dimana hukum itu tidak diciptakan tetapi tumbuh dan berkembang bersama masyarakatnya. Pendapat yang tidak jauh berbeda apa yang telah diuraikan di atas adalah apa yang dikemukakan oleh seorang pelopor *sociology of law,* Eugen Erlich yang menempatkan *volkgeist* nya Von Savigny dalam fakta-fakta hukum (*fact of law)* dan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law of the people)*. Erlich adalah orang yang pertama kali menggunakan istilah *living law.*[[18]](#footnote-18)

Meminjam pendapat Mohd. Mahfud. MD, undang-undang merupakan produk politik yang memandang hukum sebagai formalisasi atau kristalisasi dari kehendak-kehendak politik yang saling berinteraksi dan saling bersaingan.[[19]](#footnote-19) Dengan demikian hukum di Indonesia yaitu hukum yang dibuat oleh lembaga eksekutif dan legislatif atau kekuasaan lain yang berwenang membuat hukum dalam membentuk dan pelaksanaannya apakah semuanya dapat diterima oleh masyarakat, kalau tidak upaya apa yang perlu ditempuh sehingga hukum tersebut ditaati, dipatuhi dan membawa manfaat bagi masyarakat serta mempunyai nilai kepuasan hukum bagi masyarakat. Untuk tercapainya tujuan tersebut maka hukum di Indonesia perlu adanya penemuan hukum, konstruksi hukum.

Peran hakim dalam pembentukan hukum nasional dinilai sangat penting untuk mendapat perhatian yang seksama di masa depan, karena sistem hukum Indonesia mewarisi tradisi hukum Eropah *(civil law system*) yang sangat mengutamakan pembentukan peraturan tertulis. Padahal, akibat pengaruh perekonomian global yang didominasi oleh sistem hukum Amerika Serikat, yang dianut dalam praktek sehari-hari banyak mengikuti logika sistem hukum “*common law”* yang mengutamakan peranan hakim (*judge-made law).* Bahkan negara-negara tetangga seperti Malaysia, Brunei Darussalam, Singapura dan Philipina menganut tradisi “*common law*” yang berbeda dari Indonesia.[[20]](#footnote-20)

Dalam sistem hukum *civil law*, hukum dikonsepsikan sebagai peraturan perundang-undangan tertulis yang telah dikodifikasikan secara sempurna dan lengkap.[[21]](#footnote-21) Sejarah kelahiran hukumnya hanya dilihat dari aspek legalitas formal. Hukum hanya ada dalam peraturan perundang-undangan formil yang proses pembentukanya melalui Lembaga legislatif, sedangkan hukum yang lahir diluar proses lembaga legislatif harus dianggap sebagai hukum yang tidak mempunyai otoritas sebagai hukum terapan yang mengikat.[[22]](#footnote-22)

Nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan masyarakat yang dihormati dan dihargai secara kolektif dari generasi ke generasi, selama belum masuk dalam rumusan kodifikasi hukum, maka tetap tidak memiliki daya normatif yang dapat diterapkan dalam hukum kasus. Sistem hukum *civil law*, hukum sengaja dikontruksi dalam bentuk rumusan tertulis yang disusun secara sistematis dalam kitab hukum perundang-undangan, dan hakim terikat secara ketat untuk menerapkannya secara apa adanya. Tertutup bagi hakim untuk menafsirkan hukum meskipun hukum terasa gersang dari nilai-nilai keadilan.[[23]](#footnote-23)

Sistem hukum tersebut, telah menempatkan hakim hanya sebagai corong undang-undang atau juru bicara undang-undang, hakim dalam menjalankan fungsi kekuasaan kehakiman tidak memiliki kompetensi untuk menafsirkan pasal-pasal dalam undang-undang, adil atau tidak adilnya undang-undang mesti diterapkan oleh hakim, meskipun bertentangan dengan keyakinan dan hati nurani. Berikut ini akan diuraikan 2 (dua) putusan hakim, yang berhubungan dengan *the living law* atau nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat:[[24]](#footnote-24)

* 1. Putusan Nomor 247/Pid.B/2009/PN.Btg

Adapun duduk perkaranya bahwa sudah menjadi kebiasaan masyarakat desa di Jawa yang berlahan sempit dan tak bertanah melakukan *gresek/ngasak* atau mengambil sisa hasil panen padi, randu, daun cengkeh dan hasil pertanian lainnya. Ada kesepakatan tak tertulis dalam masyarakat Jawa terutama di pedesaan bahwa mengambil sisa panen tidak termasuk pencurian. *Gresek/ngasak* bagi orang Jawa diartikan sebagai mencari sisa yang punya. Bagi masyarakat Jawa di pedesaan, bertani tidak hanya sekedar mencari nafkah, tetapi juga mempunyai fungsi social. Putusan hakim menjatuhkan pidana kepada 4 (empat) orang terdakwa masing-masing dengan pidana penjara selama 24 (dua puluh empat) hari potong masa tahanan.[[25]](#footnote-25)

* 1. Perkara No.24/Pdt.G/2010/PN-Bireuen

Adapun duduk perkara bahwasanya dalam perspektif hukum adat Aceh, *hak useuha* atas *lampoeh* selanjutnya dapat menjadi objek kekayaan berupa benda tetap yang berharga dan bernilai tinggi, yang dalam masyarakat Aceh disebut dengan *boinah. Boinah* merupakan suatu hasil usaha yang telah menjadi barang yang tidak mudah hilang kembali. *Boinah* dan tanah melekat, sehingga sulit memisahkannya. Jikalau *boinah* diwariskan kepada keturunan atau kepada para ahli waris maka *hak useuha* atas tanah pun turut diwariskan. Dengan perkataan lain *hak useuha* atas tanah masyarakat hukum dapat turun temurun, atau telah dapat dialihkan kepada orang lain dengan imblan sejumlah *ganto peumayah.* Adapun putusan hakim menyatakan bahwa penggugat sebagai ahli wari yang sah dari almarhum, bahwa *hak useuha* atas *lampoh* yang menjadi objek perkara merupakan peninggalan almarhum yang berhak dimiliki oleh ahli waris.

Berdasarkan putusan hakim pada kasus di atas dapat dianalisis bahwa balam pemberlakuan *the living law* sebagai hukum positif ada 2 (dua) konsep pemikiran tentang hukum yang sangat tajam mempertentangan kedudukan hukum adat dalam sistem hukum yaitu konsep pemikiran legisme (termasuk aliran positivisme) dan aliran mazhab sejarah. Aliran legisme menghendaki bahwa pembuatan hukum dapat begitu saja dilakukan dengan undang-undang, sedangkan aliran sejarah menentang penyamaan hukum dengan undang-undang sebab hukum itu tidak mungkin dibuat melainkan harus tumbuh dari kesadaran hukum masyarakat.[[26]](#footnote-26)

Oleh karena itu, sangat dimungkinkan ada beberapa nilai hukum yang hidup dalam masyarakat dan sesuai dengan rasa keadilan masyarakat yang terabaikan seperti Putusan Nomor 247/Pid.B/2009/PN. Btg. Tergambar jelas hakim yang memutuskan perkara tersebuy mengutamakan hukum tertulis semata (undang-undang), tanpa pertimbangan apakah undang-undang tersebut masih sesuai dengan perkembangan zaman, adat istiadat masayarakat setempat, apalagi sebagian besar undang-undang peninggalan Belanda (Kitab Undang-Undang Hukum Pidana/KUHP), tidak memperhatikan kepada nilai-nilai keagamaan, adat istiadat, kemanfaatan, keadilan masyarakat setempat tetapi hanya mementingkan kepastian hukum semata. Sehingga pembentukan dan penemuan hukum di indonesia akan menjadi pertanyaan bersama apakah sudah sesuai dengan mazhab *sociological jurisprudence*, seperti yang dipelapori oleh, Roscoe Pound, Eugen Ehrlich, Bennyamin Cardozo, Kantorowics, Gurvitch, dan lain-lain. Inti pemikiran ini berkembang di Amerika yang maksudnya adalah “hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat”. Artinya hukum itu harus mencerminkan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Hukum harus berubah sesuai dengan perubahan nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan *taghayyarul ahkami bitaghayyaril azmani wal-ahwali wal imkani*[[27]](#footnote-27)dengan tujuan untuk mewujudkan kemaslahatan manusia, dengan prinsip dasar mengekploitasi manfaat dan menolak kerusakan.[[28]](#footnote-28)

Tempat dan waktu (*locus dan tempus*) sangat berperan dalam menciptakan norma hukum yurisprudensi oleh hakim yang akan diterapkan dalam hukum kasus, karena kewajiban hakim untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat adalah nilai-nilai hukum dan rasa keadilan masyarakat disuatu tempat dan waktu tertentu, sehingga hukum yang dijatuhkan itu hukum rill dan hidup dalam masyarakat. sehingga elastisitas, kelenturan dan keaktualnya sangat ditentukan oleh situs dan tempus.[[29]](#footnote-29)

Hakim dalam memutuskan perkara, secara kasuistis selalu dihadapkan kepada tiga asas yaitu: asas kepastian hukum; asas keadilan; dan asas kemanfaatan.[[30]](#footnote-30) Sudikno Mertokusumo mengatakan, ketiga asas tersebut harus dilaksanakan secara kompromi, yaitu dengan cara menerapkan secara seimbang atau proposional.[[31]](#footnote-31)

Asas kemanfaatan bergerak diantara titik tersebut, yang lebih melihat kepada tujuan atau kegunaan dari hukum itu kepada masyarakat. Hukum adalah ciptaan manusia dan utuk kepentingan manusia, sebab itu bersifat artifisia.[[32]](#footnote-32) Penekanan asas kepastian hukum oleh seorang hakim, lebih cenderung untuk mempertahankan norma-norma hukum tidak tertulis dari hukum positif yang ada.

1. **Konseptualisasi Asas Legalitas Materiil dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Kaitannya Dengan Pembentukan Hukum Nasional**

Dalam perkembangannya, peraturan pokok hukum pidana ke depan yang telah dirumuskan dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) versi 2019, ternyata telah mengakomodir hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) sebagai bagian dari pada hukum positif. Hal tersebut sebagaimana tertuang dalam Pasal 2 RKUHP yang berbunyi:

1. *Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang ini.*
2. *Hukum yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak diatur dalam Undang-Undang ini dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.*

Ketentuan Pasal 2 ayat (1) RKUHP di atas merupakan asas legalitas materiil, karena ketentuan tersebut memberikan tempat pada hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) sebagai bagian dari pada dasar penuntutan pidana. Dengan adanya ketentuan Pasal 2 RKUHP tersebut, maka seseorang patut dipidana atas dasar hukum yang hidup dalam masyarakat meskipun perbuatan tersebut tidak diatur secara spesifik dalam RKUHP.

Apabila melihat Penjelasan Pasal 2 ayat (1) RKUHP, telah dijelaskan bahwa yang dimaksud dengan hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana adalah “Hukum Pidana Adat”. Selanjutnya dijelaskan bahwa untuk memberikan dasar hukum mengenai berlakunya hukum pidana (delik adat), perlu ditegaskan dan dikompilasi oleh pemerintah yang berasal dari Peraturan Daerah masing-masing tempat berlakunya hukum adat tersebut.

Dari Penjelasan Umum RKUHP tergambar bahwa pemikiran pembentuk RKUHP untuk memasukan hukum pidana yang hidup dalam masyarakat ke dalam hukum formal, bertitik tolak dari keseimbangan monodualistik yaitu asas keseimbangan antara kepentingan/perlindungan individu dengan kepentingan/ perlindungan masyarakat dan keseimbangan antara kepastian hukum dengan keadilan.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa menurut Perumus RKUHP ketentuan asas legalitas formil (Pasal 1 ayat (1))[[33]](#footnote-33) mengedepankan kepastian hukum dan asas legalitas materiil (Pasal 2 ayat (1))[[34]](#footnote-34) mengedepankan keadilan. Asas legalitas formil lebih mementingkan kepastian hukum di atas keadilan dan asas legalitas materiil lebih mementingkan keadilan di atas kepastian hukum.

Asas legalitas formil menghendaki adanya peraturan sebelum tindakan yang dianggap melanggar hukum itu terjadi, dengan kata lain menunjukkan tentang kepastian hukum dan mengesampingkan keadilan, hal ini disebabkan karena proses hukum pidana bermuara pada penjatuhan pidana. Asas legalitas merupakan sarana utama untuk mencegah kesewenang-wenangan penguasa dalam pemidanaan, dengan kata lain segala kewenangan penguasa harus berdasarkan peraturan perundang-undangan yang telah ditetapkan. Dengan demikian sebagai sarana kepastian hukum bagi rakyat, hal ini berarti asas legalitas formil dapat menjadi sarana mewujudkan keadilan dalam pemidanaan.

Asas legalitas materiil yang mengakui keberadaan hukum adat sebagai hukum tidak tertulis mengedepankan keadilan di atas kepastian hukum. Sulit membayangkan bagaimana agar keseimbangan antara kepastian dan keadilan tersebut dapat terwujud apabila keadilan sendiri tidak dapat diukur. Tepat bahwa tujuan hukum adalah keadilan, tanpa keadilan sebagai tujuan akhirnya, maka hukum hanya akan menjadi alat pembenaran kesewenang-wenangan mayoritas atau pihak penguasa terhadap minoritas atau pihak yang dikuasai. Namun bagaimana mewujudkan keadilan di atas kepastian hukum apabila konsep keadilan itu sendiri belum jelas, banyak pandangan yang berbeda mengenai keadilan dari beberapa teoritikus hukum. Ukuran keadilan bisa “subyektif” dan “relatif”, subyektif karena ditentukan oleh manusia yang mempunyai wewenang memutuskan itu tidak mungkin memiliki kesempurnaan yang absolut, sedangkan relatif karena bagi seseorang dirasakan sudah adil, namun bagi orang lain dirasakan sama sekali tidak adil.

Penekanan keadilan di atas, kepastian hukum dikhawatirkan akan memberikan pembenaran kepada hakim untuk menyimpang dari kepastian hukum. Keadilan seharusnya mengandung elemen tidak memihak, jujur dan adil, persamaan perlakuan dan kepatutan atas dasar nilai-nilai yang berkembang dan diterima masyarakat. Permasalahan lain adalah apakah dengan menjadikan hukum yang hidup dalam masyarakat menjadi hukum yang formil dapat menjamin terpenuhinya rasa keadilan masyarakat.

Mengutip rumusan filsafat hukum dari Teguh Prasetyo bahwa tujuan hukum adalah terciptanya suatu kedamaian yang didasarkan pada suatu keserasian antara ketertiban dengan ketentraman. Tujuan hukum akan tercapai apabila didukung oleh tugas hukum, yakni keserasian antara kepastian hukum dengan kesebandingan hukum, sehingga akan menghasilkan suatu keadilan.[[35]](#footnote-35) Dengan demikian, keadilan adalah tujuan hukum yang dapat dicapai dengan adanya kepastian hukum.

Alasan lain Perumus RKUHP memasukan hukum yang hidup dalam masyarakat karena masih banyak perbuatan lain yang oleh masyarakat dianggap sebagai perbuatan jahat tetapi belum tertampung dalam RKUHP. Pemikiran demikian dapat dipersamakan dengan anggapan masih terdapat *criminal extra ordinaria* dalam konsep zaman Romawi Kuno. Dengan kata lain, masih banyak *crimina stellionatus* (perbuatan jahat atau durjana) yang tidak tertampung KUHP. Padahal dalam RKUHP sudah banyak dirumuskan jenis-jenis tindak pidana baru. Tindak pidana baru tersebut antara lain: janji kawin (yang bersetubuh dengan perempuan dengan janji kawin yang kemudian diingkari), kumpul kebo, dan sebagainya.

Pada dasarnya tujuan akhir dari kebijakan kriminal, yaitu perlindungan masyarakat untuk mencapai tujuan utama yang sering disebut dengan berbagai istilah misalnya “kebahagiaan warga masyarakat/penduduk” *(happines of the citizens);* “kehidupan kultural yang sehat dan menyegarkan” *(a wholesome and cultural living),* “kesejahteraan masyarakat” *(social welfare)* atau untuk mencapai keseimbangan *(equality).*[[36]](#footnote-36) Perlindungan masyarakat yang dimaksud tentunya meliputi kepentingan pelaku, korban, dan masyarakat. Jika masih banyak *crimina stellionatus* yang perlu dipidana apabila perbuatan tersebut dilanggar, maka dapat dilakukan melalui kebijakan kriminal melalui pembentukan undang-undang dengan tujuan untuk menegakkan norma-norma pokok dari masyarakat (termasuk norma adat, tindak pidana adat) tersebut.

Melalui kebijakan kriminal, hukum pidana menyaring dari sekian banyak perbuatan yang tercela, yang tidak susila atau yang merugikan masyarakat sejumlah perbuatan yang dijadikan tindak pidana. Tidak mungkin semua perbuatan tersebut (yang tercela, yang tidak susila, atau yang merugikan) dapat dijadikan tindak pidana. Dalam hal ini, Perumus RKUHP sebagai pembuat kebijakan harus memperhatikan 4 (empat) hal yaitu: 1) Tujuan hukum pidana; 2) Penetapan perbuatan yang tidak dikehendaki; 3) Perbandingan antara sarana dan hasil; dan 4) Kemampuan badan penegak hukum.[[37]](#footnote-37)

Selanjutnya terkait dengan hukum yang hidup dalam masyarakat, Pasal 2 ayat (2) RKUHP tidak memberikan pengertian yang jelas mengenai apa yang dimaksud dengan hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut. RKUHP juga tidak memberikan lingkup keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat. Pasal 1 ayat (4) RKUHP menentukan batasan hukum yang hidup dalam masyarakat adalah yang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan prinsip-prinsip yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa. Namun, batasan ini tidak memberikan kepastian hukum karena masih bersifat multi-interpretasi.

Dari penjelasan Pasal 2 ayat (1) RKUHP hanya ada penyebutan mengenai tindak pidana adat sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat yang harus dikompilasikan dalam Peraturan Daerah masing-masing dimana hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut berlaku. Ketentuan ini akan menimbulkan ketidakpastian hukum yang justru bertentangan dengan asas legalitas itu sendiri, karena dalam proses penegakan hukumnya akan bertabrakan dengan lembaga penegakan hukum adat yang ada di daerah-daerah.

Meskipun hukum ketentuan adat didasarkan pada tradisi yang menurut hukum adat berlaku, tetapi dalam cara penyelesaiannya akan selalu terbuka dan selalu dapat menerima segala sesuatu yang baru, oleh karenanya akan selalu tumbuh ketentuan-ketentuan yang baru. Hal ini disebabkan karena apa yang disepakati di hari kemarin belum tentu sesuai dengan apa yang disepakati hari ini, begitu pula yang akan disepakati di masa-masa mendatang, walaupun segala sesuatunya berpedoman pada apa yang digariskan dari masa leluhur.

Selain itu, hukum yang hidup dalam masyarakat tidak bersifat pasti, sifat ketentuannya selalu terbuka untuk segala peristiwa atau perbuatan yang mungkin terjadi, sangat berbeda dengan konsep asas legalitas yang menghendaki aturan yang tertutup. Yang penting dijadikan ukuran menurut hukum adat adalah rasa keadilan menurut kesadaran hukum masyarakat sesuai dengan perkembangan keadaan, waktu, dan tempat.[[38]](#footnote-38) Hal ini menunjukkan tidak adanya kepastian bagi masyarakat. Dengan demikian, apa yang disebutkan dalam Penjelasan RKUHP bahwa pencantuman hukum yang hidup dalam masyarakat tidak akan mengganggu asas legalitas adalah tidak tepat. Dengan kata lain, perluasan asas legalitas yang mencantumkan hukum yang hidup dalam masyarakat bertentangan dengan makna dari asas legalitas itu sendiri.

Dimuatnya ketentuan Pasal 2 ayat (1) RKUHP menunjukan bahwa telah terjadi “Perluasan Asas Legalitas” sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (1) RKUHP. Perluasan asas legalitas tersebut menggambarkan adanya pertentangan antara ketentuan Pasal 1 ayat (1) RKUHP. Pertentangan tersebut terjadi karena Pasal 1 ayat (1) RKUHP menghendaki adanya peraturan sebelum tindakan yang dianggap melanggar hukum itu terjadi. Dengan demikian, ketentuan ini menghendaki adanya “kepastian hukum”, sedangkan ketentuan Pasal 2 RKUHP mengesampingkan kepastian hukum dengan mengedepankan “keadilan” yaitu untuk memenuhi rasa keadilan pada masyarakat tertentu.

Di satu sisi, melalui asas legalitas dalam Pasal 1 ayat (1) RKUHP, hukum pidana menghendaki aturan yang tertulis dan cermat. Sementara hukum yang hidup dalam masyarakat tidak tertulis (untuk menunjuk hukum selain hukum yang dibentuk oleh negara).

Perlu dicermati bahwa perluasan asas legalitas yang memberi tempat kepada hukum yang hidup (hukum adat), menurut pandangan Barda Nawawi Arief hal tersebut didasarkan pada hal-hal sebagai berikut:[[39]](#footnote-39)

1. Adanya berbagai kebijakan produk legislatif nasional setelah kemerdekaan;
2. Kajian sosiologis mengenai “karakteristik” sumber hukum/asas legalitas menurut pandangan dan pemikiran orang Indonesia yang tidak terlalu formalistik dan terpisah-pisah/parsial;
3. Berbagai hasil penelitian hukum adat;
4. Kesepakatan ilmiah/seminar nasional; dan
5. Berbagai hasil kajian komparatif dan dokumen/statement pertemuan Internasional.

Dengan memperhatikan Pasal 1 dan Pasal 2 RKUHP, menurut Eddy O.S. Hiariej dalam catatannya menyatakan bahwa pembatasan terhadap asas legalitas sebagaimana termaktub dalam Pasal 1 dan Pasal 2 RKUHP, menunjukan bahwa secara implisit hukum pidana di Indonesia telah mengakui ajaran sifat melawan hukum materiil dalam fungsi yang positif. Artinya, meskipun suatu perbuatan tidak memenuhi rumusan delik dalam undang-undang tertulis, hakim dapat menjatuhkan pidana apabila perbuatan tersebut dianggap tercela, bertentangan dengan keadilan dan norma-norma sosial lainnya dalam kehidupan masyarakat.[[40]](#footnote-40)

Walaupun sebagian ahli hukum pidana menganggap bahwa pengaturan tersebut merupakan perluasan dari asas legalitas. Akan tetapi, sebagian lagi menganggap pengaturan tersebut sebagai kemunduran. Akibatnya banyak timbul perdebatan di antara para yuris Indonesia, bahkan yuris Belanda. Perdebatan ini seolah mengulang perdebatan lama ketika Kerajaan Belanda akan memberlakukan KUHP di Hindia Belanda, yaitu apakah akan diberlakukan bagi seluruh lapisan masyarakat di Hindia Belanda atau tidak.[[41]](#footnote-41) Namun, Van Vollenhoven menentang keras jika KUHP diberlakukan juga kepada pribumi.

Menurut penjelasan umum RKUHP, latar belakang hadirnya ketentuan ini didasarkan pada kenyataan di beberapa daerah tanah air, masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis, yang hidup dan diakui sebagai hukum di daerah yang bersangkutan, yang menentukan bahwa pelanggaran atas hukum itu patut dipidana. Berdasarkan RKUHP, hakim dapat menetapkan sanksi berupa pemenuhan kewajiban adat setempat yang harus dilaksanakan oleh pelaku tindak pidana. Hal tersebut mengandung arti bahwa standar nilai dan norma yang hidup dalam masyarakat setempat masih tetap dilindungi agar memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu. Keadaan seperti itu tidak akan menggoyahkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas serta larangan analogi yang dianut dalam undang-undang ini.

Selanjutnya penjelasan tentang keberlakuan hukum yang hidup mengerucut pada penjelasan Pasal 2 ayat (1) bahwa yang dimaksud dengan “hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana” adalah hukum pidana adat. Hukum yang hidup di dalam masyarakat dalam pasal ini berkaitan dengan hukum yang masih berlaku dan berkembang dalam kehidupan masyarakat di Indonesia.

Di beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut, yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana. Untuk memberikan dasar hukum mengenai berlakunya hukum pidana (delik adat), perlu ditegaskan dan dikompilasi oleh pemerintah yang berasal dari Peraturan Daerah masing-masing tempat berlakunya hukum adat. Kompilasi ini memuat mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat yang dikualifikasi sebagai tindak pidana adat. Sama seperti pada penjelasan umum, keberadaan hukum yang hidup ditegaskan tidak akan mengesampingkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas serta larangan analogi yang dianut dalam RKUHP.

Penjelasan Pasal 2 ayat (2) mempertegas yang dimaksud dengan “berlaku dalam tempat hukum itu hidup” adalah berlaku bagi setiap orang yang melakukan tindak pidana adat di daerah tersebut. Pembentuk undang-undang menjelaskan juga bahwa Pasal 2 ayat (2) RKUHP berisikan pedoman dalam menetapkan hukum pidana adat yang keberlakuannya diakui oleh undang-undang ini.

Penempatan ketentuan Pasal 2 RKUHP ke dalam bagian asas-asas hukum pidana memberikan suatu permasalahan yang perlu untuk dikaji. Hal ini menjadi penting mengingat RKUHP sendiri meskipun mengakui hukum yang hidup secara tegas menyatakan bahwa tidak akan mengesampingkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas serta larangan analogi yang dianut dalam RKUHP.

Apabila melihat pada rumusan Pasal 2 RKUHP terdapat 4 (empat) permasalahan yang akan dianalisis. *Pertama*, keberlakuan asas legalitas tidak mengurangi keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat dan sebaliknya keberlakuan hukum yang hidup tidak akan mengesampingkan dan tetap menjamin pelaksanaan asas legalitas serta larangan analogi; *Kedua*, pengertian hukum yang hidup dalam masyarakat; *Ketiga*, hukum yang hidup dalam masyarakat dijadikan dasar untuk menuntut pidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang; dan *Keempat*, ukuran pemberlakuan hukum yang hidup dalam proses penegakan hukum.

Tim Perumus RKUHP sendiri mengklaim bahwa ketentuan hukum tidak tertulis yang hidup di masyarakat dalam RKUHP adalah untuk mengakomodir hukum adat. Sebagaimana dijelaskan dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1) RKUHP bahwa untuk memberikan dasar hukum mengenai berlakunya hukum pidana (delik adat), perlu ditegaskan dan dikompilasi oleh pemerintah yang berasal dari “Peraturan Daerah” masing-masing tempat berlakunya hukum adat. Kompilasi ini memuat mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat yang dikualifikasi sebagai Tindak Pidana adat. Namun niatan ini tampaknya naif, karena hukum adat eksis dengan adanya pembatasan yurisdiksi yang mencakup teritori dan genealogis keanggotaan masyarakat adat. Selain itu, hukum adat eksis karena adanya konsepsi religio magis dan holistik hukum adat yang dipercayai oleh para penganut dan anggota masyarakat adatnya.[[42]](#footnote-42)

Konsepsi religio magis dalam penegakan hukum adat ini yang kemudian melekat pada kesadaran warga adat dari bawah, dan dilegitimasi oleh simbol suci pada sosok Tetua Adat/Tokoh Adat. Oleh karenanya, hukum adat adalah hukum yang datang dari bawah, dan tidak dipaksakan dari atas. Kekuatan pemberlakuan hukum adat hanya tetap ada pada struktur yang dituakan dan disucikan di masyarakat adat, tidak bisa ditarik atau direbut oleh negara secara represif. Namun dalam proyek RKUHP, hukum adat justru hendak dibawa paksa oleh negara, dan diterapkan secara represif lewat penegakan hukum pidana nasional. Pada posisi ini, yang terjadi adalah hukum adat ditegakkan secara paksa dan direbut oleh negara sebagai otoritas tunggal penegak hukum.

Pemberlakuan Pasal 2 RKUHP sendiri sangat tidak cocok dengan konteks masyarakat urban di perkotaan, dimana nilai, moralitas, etika, dan kebudayaan sangatlah dinamis dan cepat berubah. Tim perumus RKUHP tampaknya begitu naif dalam memandang kebudayaan beserta isi-isinya (nilai, moral, etika, dll.), dimana kebudayaan diletakkan pada posisi yang esensialis (seolah tetap dan baku). Padahal fakta sosial global menunjukkan, bahwa nilai, moralitas, etika, dan kebudayaan sangatlah anti esensialis (dinamis, berubah dengan cepat). Tentu menjadi sangat berbahaya bilamana hukum ditentukan oleh suatu tautan yang cepat berubah-berubah dan relatif, karena alasan mengapa hukum itu harus dibuat pasti dan ketat adalah untuk menjamin hukum digunakan sebagaimana mestinya dan tidak sewenang-wenang.

Di satu sisi lain, ketentuan Pasal 2 RKUHP juga akan berbentrokan dengan ketentuan Pasal 1 ayat (2) RKUHP yang menyatakan bahwa dalam menetapkan suatu tindak pidana digunakan analogi. Ketentuan larangan analogi ini pada dasarnya penguatan Asas Legalitas Hukum Pidana Modern yang menyatakan bahwa perbuatan yang dilarang harus jelas, spesifik, dan tertulis, dan tidak bisa mempidanakan perbuatan yang tidak diatur.

Larangan analogi pada dasarnya mencakup larangan *gesetz* analogi dan recht analogi, dimana larangan analogi terhadap perbuatan yang sama sekali tidak dilarang dan tidak ditulis dalam ketentuan hukum pidana. Dengan diberlakukannya ketentuan hukum tidak tertulis yang hidup di masyarakat, maka potensi analogi bakal tidak terbendung, karena perbuatan-perbuatan yang tidak diatur namun dianggap mirip dengan perbuatan kejahatan dan kriminal dalam hukum pidana, dapat dipidana atas dasar bertentangan dengan nilai dan hukum yang hidup di masyarakat.

Selain mengadakan/memberlakukan (mempositifkan) hukum tidak tertulis yang hidup di masyarakat sebagai dasar aturan pemidanaan, ketentuan Pasal 2 RKUHP ini menjadi kontradiktif lagi bilamana dianggap dapat menegatifkan (meniadakan) hukum pidana tertulis dalam KUHP. Misalnya dalam KUHP diatur secara tertulis terkait tindak pidana pencurian dengan ancaman sekian tahun. Namun di suatu masyarakat, pencurian tersebut bukanlah suatu kejahatan dalam hukum yang hidup di masyarakat yang mereka miliki atau paling tidak, di masyarakat tersebut pencurian memang suatu kejahatan, tapi hukum yang hidup disana mengatakan sanksinya hanyalah permaafan (bukan penjara atau pun denda). Apakah kemudian hukum yang hidup di masyarakat ini dapat menjadi hukum yang berlaku, sembari menegasikan ketentuan hukum pidana tertulis dalam KUHP? Kesimpangsiuran pemberlakuan ketentuan ini, maka dengan sangat jelas akan menimbulkan implikasi ketidakpastian hukum di Indonesia.

Tidak adanya batasan dengan apa yang disebut sebagai hukum yang hidup di masyarakat inilah, mengakibatkan hukum menjadi tidak pasti, karena selain ia tidak tertulis juga ditentukan berdasarkan klaim semata, terlepas klaim tersebut representatif, legitimasi dan berwenang, atau tidak. Maka potensi kesewenang-wenangan penegakan hukum pidana sangat besar kemungkinan terjadi ketika asas legalitas yang diperluas dalam RKUHP ini diberlakukan.

Padahal dalam hukum pidana modern, jika suatu delik dan hukum hendak dirumuskan, disahkan, dan disebut sebagai “suatu hukum”, maka harus melalui proses uji yang panjang, baik dari segi argumentasi filsafatnya, historisnya, sosiologisnya, saintifikasinya, keadilannya, hingga kepastian hukumnya. Proses perumusan dan penetapan ini dilakukan oleh lembaga Negara yang berwenang, sehingga hukum tersebut legitim dan dapat dipertanggungjawabkan.

Berbeda dengan status hukum tidak tertulis yang hidup di masyarakat, apakah ditetapkan dengan melalui proses pengkajian sistematis, pengujian, verifikasi dan falsifikasi. Tentu tidak, karena penetapannya dilakukan sepihak berdasarkan asumsi dan kehendak demografi mayoritas kelompok di suatu masyarakat yang merasa moralnya paling absah dan itu bersifat sentimentil semata. Kondisi tanpa otoritas riil dan absah dalam penentuan hukum tidak tertulis yang hidup di masyarakat sebagai dasar pemidanaan adalah kondisi anarkis, dimana pemidanaan dilakukan tanpa dasar hukum yang jelas, melampaui struktur dan wewenang yang ada, maka yang terjadi adalah kesewenang-wenangan penegakan hukum yang dapat mencederai kepastian dan keadilan berhukum.

Sejauh hukum tidak tertulis yang hidup di masyarakat mengacu pada kalkulasi demografi moral mayoritas di suatu masyarakat, maka berpotensi melahirkan overkriminalisasi dan persekusi, terutama terhadap kelompok-kelompok minoritas dan rentan yang lemah. Hukum akhirnya dijadikan oleh kelompok mayoritas untuk menindas kelompok minoritas yang tidak disukainya, meski pun penindasan itu sendiri bertentangan dengan kemanusiaan dan keadilan, maka posisi yang tepat bagi DPR-RI dan Pemerintah RI hari ini terhadap pengaturan asas legalitas hukum pidana adalah dengan membiarkan norma asas legalitas apa adanya sebagaimana yang termaktub dalam KUHP saat ini, tanpa dikurangi maupun ditambahi.

Dari uraian mengenai konseptualisasi asas legalitas materiil dalam RKUHP di atas, penulis berpendapat bahwa penggunaan asas legalitas materiil dalam RKUHP adalah keliru. Apabila rumusan asas legalitas materiil dalam Pasal 2 ayat (1) RKUHP ini tidak dihapus dan masih dipertahankan, maka akan menjadi bencana bagi Negara Hukum Modern dan Demokrasi Indonesia.

Dunia hukum Indonesia akan mengalami kemunduran, persis seperti kondisi abad pertengahan di Eropa, dimana yang memiliki kekuatan mayoritas, yang merasa memiliki moral paling absah dan memiliki kekuasaan dapat secara sewenang-wenang melakukan penghukuman, maka dalam posisi ini yang dipertaruhkan adalah nasib hak asasi manusia dan kebebasan individu warga negara Indonesia yang akan semakin memburuk keadaannya.

Dengan memasukkan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) menjadi hukum yang formal membawa implikasi yaitu penegakan hukum yang hidup dalam masyarakat akan dilakukan oleh negara melalui sistem peradilan pidana. Jika terjadi pelanggaran, maka akan diproses melalui proses formal baik penyelidikan, penyidikan, penuntutan, pemeriksaan di pengadilan maupun pelaksanaan pidana. Artinya, diperlukan aparat penegak hukum (polisi, jaksa, dan hakim) yang mengerti mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat dimana dia bertugas sedangkan aparat penegak hukum dari waktu ke waktu selalu berganti. Dengan demikian, maka pemberlakuan hukum pidana adat (*the living law*) dalam penegakan hukum pidana nasional mempunyai konsekuensi yaitu berakibat tidak harmonisnya hubungan antara aparat penegak hukum (polisi, jaksa, dan hakim) dengan lembaga adat yang menjadi simbol budaya lokal, yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa, seperti Lembaga Adat Baduy, Lembaga Adat Meunasah Aceh, dan lain sebagainya, karena akan terjadi pengambilalihan kewenangan penanganan kasus hukum pidana adat menjadi proses penanganan hukum pidana adat berdasarkan sistem peradilan pidana.

Untuk menyelesaikan permasalahan di atas, menurut hemat penulis keberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dalam sistem hukum nasional cukup hanya dijadikan sebagai dasar pembentukan hukum nasional baik oleh lembaga pembentuk hukum (legislatif-eksekutif) maupun oleh hakim dalam putusannya.

Adapun untuk memberikan keadilan dalam proses penegakan hukum adat sebagai bagian dari pada hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*), menurut penulis alangkah baiknya pemerintah menghidupkan kembali peradilan adat sebagaimana telah dihapuskan berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) huruf b Undang-Undang Darurat Nomor 1 Tahun 1951 tentang Tindakan-Tindakan Sementara Untuk Menyelenggarakan Kesatuan Susunan, Kekuasaan dan Acara Pengadilan-Pengadilan Sipil, yang menyatakan bahwa:

*“Pada saat yang berangsur-angsur akan ditentukan oleh Menteri Kehakiman dihapuskan: (1) Segala Pengadilan Swapraja (Zelfbestuurs-rechtspraak) dalam Negara Sumatera Timur dahulu, Karesidenan Kalimantan Barat dahulu dan Negara Indonesia Timur dahulu, kecuali peradilan Agama jika peradilan itu menurut hukum yang hidup merupakan satu bagian tersendiri dari peradilan Swapraja; (2). Segala Pengadilan Adat (Inheemse rechtspraak in rechtstreeksbestuurd gebied), kecuali peradilan Agama jika peradilan itu menurut hukum yang hidup merupakan satu bagian tersendiri dari peradilan Adat”.*

Dengan dihidupkannya kembali peradilan adat, maka akan menghindari ketegangan-ketegangan sosial, oleh karena terjadi pelanggaran adat oleh seseorang atau sekelompok warga masyarakat dalam suatu lingkungan adat. Peristiwa ketegangan sosial tersebut akan pulih kembali jika terjadi reaksi masyarakat yang berupa sanksi adat dan telah dilaksanakan atau dipatuhi oleh si pelanggar yang menimbulkan ketegangan tersebut.

# **PENUTUP**

1. **Kesimpulan**
2. Hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*)merupakan aturan-aturan yang digunakan dalam hubungan kehidupan yang sedang berlangsung, yang bersumber dari nilai-nilai keagamaan, adat istiadat, kebiasaan, kesusilaan/moral, kesopanan/etika, nilai kemanfaatan dan nilai keadilan masyarakat setempat. Diterapkannya hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*)dalam hukum nasional merupakan salah satu masalah politik hukum yang dihadapi dalam rangka pembentukan peraturan perundang-undangan oleh lembaga pembentuk hukum (legislatif-eksekutif) maupun oleh hakim dalam putusannya. Peranan lembaga pembentuk hukum (legislatif-eksekutif- yudikatif), mutlak diperlukan dengan memperhatikan nilai-nilai hukum tidak tertulis dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, sehingga produk hukum atau putusan pengadilan yang dihasilkan dapat mendekati nilai keadilan bukan hanya sekedar mewujudkan kepastian hukum semata. Dengan demikian, maka proses pembentukan hukum dengan memperhatikan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) secara aktual sesuai dengan kebutuhan dan perkembangan yang terjadi di tengah-tengah kehidupan masyarakat pencari keadilan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, UUD 1945, hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab.
3. Dimuatnya asas legalitas materiil dalam RKUHP adalah keliru. Apabila rumusan asas legalitas materiil dalam Pasal 2 ayat (1) RKUHP ini tidak dihapus dan masih dipertahankan, maka akan menjadi bencana bagi negara hukum modern dan demokrasi Indonesia. Dunia hukum Indonesia akan mengalami kemunduran, persis seperti kondisi abad pertengahan di Eropa, dimana yang memiliki kekuatan mayoritas, yang merasa memiliki moral paling absah dan memiliki kekuasaan dapat secara sewenang-wenang melakukan penghukuman, maka dalam posisi ini yang dipertaruhkan adalah nasib hak asasi manusia dan kebebasan individu warga negara Indonesia yang akan semakin memburuk keadaannya. Dengan memasukan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) menjadi hukum yang formal membawa implikasi yaitu penegakan hukum yang hidup dalam masyarakat akan dilakukan oleh negara melalui sistem peradilan pidana. Jika terjadi pelanggaran, maka akan diproses melalui proses formal baik penyelidikan, penyidikan, penuntutan, pemeriksaan di pengadilan maupun pelaksanaan pidana. Artinya, diperlukan aparat penegak hukum (polisi, jaksa, dan hakim) yang mengerti mengenai hukum yang hidup dalam masyarakat dimana dia bertugas sedangkan aparat penegak hukum dari waktu ke waktu selalu berganti. Dengan demikian, maka pemberlakuan hukum pidana adat (*the living law*) dalam penegakan hukum pidana nasional mempunyai konsekuensi yaitu berakibat tidak harmonisnya hubungan antara aparat penegak hukum (polisi, jaksa, dan hakim) dengan lembaga adat yang menjadi simbol budaya lokal, yang digunakan untuk menyelesaikan sengketa, karena akan terjadi pengambilalihan kewenangan penanganan kasus hukum pidana adat menjadi proses penanganan hukum pidana adat berdasarkan sistem peradilan pidana. Untuk menyelesaikan permasalahan tersebut, menurut hemat penulis keberlakukan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) dalam sistem hukum nasional cukup hanya dijadikan sebagai dasar pembentukan hukum nasional baik oleh lembaga pembentuk hukum (legislatif-eksekutif) maupun oleh hakim dalam putusannya.
4. **Saran**
5. Untuk mencegah inkonsistensi dan pertentangan dengan asas legalitas, keberlakuan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) sebaiknya tidak ditempatkan sebagai bagian dari asas-asas hukum dalam RKUHP. Akan tetapi, keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*) harus tetap dipertahankan sebagai bagian dari proses pembentukan hukum, sehingga tetap dapat mengakomodasi pluralisme masyarakat Indonesia.
6. Pada dasarnya bahwa asas legalitas formil (Pasal 1 ayat (1) RKUHP) lebih mementingkan kepastian hukum di atas keadilan dan asas legalitas materiil (Pasal 2 ayat (1) RKUHP) lebih mementingkan keadilan di atas kepastian hukum. Atas dasar tersebut, maka untuk memberikan keadilan dalam proses penegakan hukum adat sebagai bagian dari pada hukum yang hidup dalam masyarakat (*the living law*), alangkah baiknya pemerintah menghidupkan kembali peradilan adat. Untuk menjamin Peradilan Adat berjalan sesuai dengan fungsinya, maka Pemerintah dan DPR agar segera merumuskan dan mengesahkan Rancangan Undang-Undang tentang Peradilan Adat yang mempertegas eksistensi peradilan adat dalam sistem peradilan di Indonesia.

# **DAFTAR PUSTAKA**

**Sumber Buku**

Ahmad Kamil Fauzan, *Kaedah-Kaedah Hukum Yurisprudensi*, Cetakan Ke 2, Prenada Media, Jakarta, 2005.

Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2018.

Eddy O.S. Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, Erlangga, Jakarta, 2009.

Franz Magnis-Suseno, *Filsafat Sebagai Ilmu Kritis*, Kanisius, Jakarta, 1992.

Hasbi Ash-Shiddiq, *Falsafah Hukum Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1975.

Hilman Hadikusuma, *Hukum Pidana Adat,* Alumni, Bandung, 1989.

Karl Mannheim, *Ideologi dan Utopia: Menyingkap Kaitan Pikiran dan Politik,* Judul Asli: *Ideology and Utopia, An Introduction to the Sociology of Knowledge*, Penerjemah: F. Budi Hardiman, Kanisius, Jakarta, 1998.

Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem,* Cetakan ke II, Mandar Maju, Bandung, 2003.

\_\_\_\_\_, dan Ira Tania Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat hukum dan Teori hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2004.

M. Solly Lubis, *Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan,* Mandar Maju Bandung.

Mahfud M.D, *Politik Hukum di Indonesia,* LP3S, Jakarta, 1998.

Maringan Masri Simbolon, *Dasar-dasar Administrasi dan Manajemen*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004.

Martin Hewitt, *Welfare, Ideology and Need, Developing Perspectives on the Welfare State*, Harvester Wheatsheaf, Maryland, 1992.

Mohd. Mahfud M.D, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, 2012.

Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana,* Alumni, Bandung, 1992.

Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif, Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2012.

Soepomo, *Bab-bab tentang Hukum Adat,* Pradnya Paramita, Jakarta, 2003.

Sri Mamuji, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 2005.

Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana,* Alumni, Bandung, 2007.

Sudikno Mertokusumo, Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2007.

Sugianto Darmadi, *Kedudukan Hukum Dalam Ilmu Dan Filsafat*, Mandar Madju, Bandung, 1998.

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

Van Vollenhoven, *Penemuan Hukum Adat,* terjemahan *De Ontdekking Van Het Adatrecht*, Djambatan, Bandung 1981.

Yasonna H. Laloy dalam Backy Krisnayuda, *Pancasila dan Undang-Undang: Relasi dan Transformasi Keduanya dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Prenadamedia, Jakarta, 2016.

Yudi Latif, *Negara Paripurna*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2015.

**Peraturan Perundang-undangan**

Undang-Undang Dasar Tahun 1945 Amandeman Ke-4;

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP);

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;

Rancangan Undang-Undang tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (RKUHP) versi September 2019;

**Sumber Lain**

Cut Asmaul Husna TR, *Penemuan dan Pembentukan Hukum “The Living Law” Melalui Putusan Hakim,* Mizan Vol. 2 No. 3. Februari 2012.

Hibnu Nugroho, *Efektivitas Fungsi Koordinasi dan Supervisi Dalam Penyidikan Tindak Pidana Korupsi Oleh Komisi Pemberantasan Korupsi*, Jurnal Dinamika Hukum, Vol.13, No.3, Fakultas Hukum Universitas Jenderal Soedirman, 3 September 2013.

Muhammad Rasyid Ridha, *Mewaspadai Lahirnya Ketidakpastian Hukum Pidana Dalam RKUHP,* diakses dari <https://bantuanhukum.or.id/mewaspadai-lahirnya-ketidakpastian-hukum-pidana-dalam-ruu-kuhp/> pada tanggal 24 Februari 2021.

Muhammad Rasyid Ridha, *Mewaspadai Lahirnya Ketidakpastian Hukum Pidana Dalam RKUHP,* yang diapload dalam websitenya <https://bantuanhukum.or.id/mewaspadai-lahirnya-ketidakpastian-hukum-pidana-dalam-ruu-kuhp/> diakses pada tanggal 24 Februari 2021.

Rehngena Purba, *Hukum Adat dalam Yurisprudens*, Makalah disampaikan Pada Seminar Tentang *Reinterprestasi Nilai Hukum Tidak Tertulis Dalam Pembentukan dan Penemuan Hukum* Yang Diselengarakan Tanggal 28-29 Septemeber, Makasar, Sulawesi Selatan, 2005.

Satjipto Rahardjo, *Pengertian Hukum Adat sebagai Hukum yang Hidup dalam Masyarakat (Living Law) dan Hukum Nasional,* Makalah disampaikan pada Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional,Jakarta, 1976.

Widodo Dwi Putro, 2011, *Perselisihan Hukum Modern dan Hukum Adat dalam Kasus Pencurian Sisa Panen Randu,* Jurnal Yudisial, Vol.IV/No.02/Agustus.

Yudi Latif, *Pancasila Sebagai Norma Dasar Negara: Implikasinya Terhadap Perumusan Konstitusi,* Makalah Disampaikan Dalam FGD Evaluasi Dan Proyeksi Pembangunan Hukum Nasional Dalam Rangka Penyusunan Dokumen Pembangunan Hukum Nasional Tahun 2016, diselenggarakan di BPHN, 9 November 2016.

1. Yasonna H. Laloy dalam Backy Krisnayuda, *Pancasila dan Undang-Undang: Relasi dan Transformasi Keduanya dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia*, Prenadamedia, Jakarta, 2016, hlm vi. [↑](#footnote-ref-1)
2. Franz Magnis-Suseno, *Filsafat Sebagai Ilmu Kritis*, Kanisius, Jakarta, 1992, hlm. 230. [↑](#footnote-ref-2)
3. Martin Hewitt, *Welfare, Ideology and Need, Developing Perspectives on the Welfare State*, Harvester Wheatsheaf, Maryland, 1992, hlm. 1 dan 8. [↑](#footnote-ref-3)
4. Karl Mannheim, *Ideologi dan Utopia: Menyingkap Kaitan Pikiran dan Politik,* Judul Asli: *Ideology and Utopia, An Introduction to the Sociology of Knowledge*, Penerjemah: F. Budi Hardiman, Kanisius, Jakarta, 1998, hlm. xvii. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibid*., hlm. 232-238. [↑](#footnote-ref-5)
6. M. Solly Lubis, *Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan,* Mandar Maju Bandung, hlm. 85. [↑](#footnote-ref-6)
7. Yudi Latif, *Negara Paripurna*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2015, hlm. 31. [↑](#footnote-ref-7)
8. Yudi Latif, *Pancasila Sebagai Norma Dasar Negara: Implikasinya Terhadap Perumusan Konstitusi,* Makalah Disampaikan Dalam FGD Evaluasi Dan Proyeksi Pembangunan Hukum Nasional Dalam Rangka Penyusunan Dokumen Pembangunan Hukum Nasional Tahun 2016, diselenggarakan di BPHN, 9 November 2016, hlm. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Maringan Masri Simbolon, *Dasar-dasar Administrasi dan Manajemen*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2004, hlm. 36. [↑](#footnote-ref-9)
10. Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif, Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2012, hlm.65-66. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sri Mamuji, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, Universitas Indonesia Press, Jakarta, 2005, hlm. 28-29. [↑](#footnote-ref-11)
12. Van Vollenhoven, *Penemuan Hukum Adat,* terjemahan *De Ontdekking Van Het Adatrecht*, Djambatan, Bandung 1981, hlm.5. [↑](#footnote-ref-12)
13. Satjipto Rahardjo, *Pengertian Hukum Adat sebagai Hukum yang Hidup dalam Masyarakat (Living Law) dan Hukum Nasional,* Makalah disampaikan pada Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional,Jakarta, 1976. [↑](#footnote-ref-13)
14. Soepomo, *Bab-bab tentang Hukum Adat,* Pradnya Paramita, Jakarta, 2003, hlm. 3. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cut Asmaul Husna TR, *Penemuan dan Pembentukan Hukum “The Living Law” Melalui Putusan Hakim,* Mizan Vol. 2 No. 3. Februari 2012, hlm.67. [↑](#footnote-ref-15)
16. Rehngena Purba, *Hukum Adat dalam Yurisprudens*, Makalah disampaikan Pada Seminar Tentang *Reinterprestasi Nilai Hukum Tidak Tertulis Dalam Pembentukan dan Penemuan Hukum* Yang Diselengarakan Tanggal 28-29 Septemeber, Makasar, Sulawesi Selatan, 2005, hlm. 1-2. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cut Asmaul Husna TR, *op.cit*, hlm.33. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-18)
19. Mahfud M.D, *Politik Hukum di Indonesia,* LP3S, Jakarta, 1998, hlm.7. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cut Asmaul Husna TR, op.cit, hlm.40. [↑](#footnote-ref-20)
21. Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem,* Cetakan ke II, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm.163. [↑](#footnote-ref-21)
22. Lili Rasjidi dan Ira Tania Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat hukum dan Teori hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2004, hlm.56. [↑](#footnote-ref-22)
23. *Ibid., .*hlm. 63. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cut Asmaul Husna TR, op.cit., hlm.44. [↑](#footnote-ref-24)
25. Widodo Dwi Putro, *Perselisihan Hukum Modern dan Hukum Adat dalam Kasus Pencurian Sisa Panen Randu,* Jurnal Yudisial, Vol.IV/No.02/Agustus 2011, hlm.133. [↑](#footnote-ref-25)
26. Mohd. Mahfud M.D, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, Rajawali Press, Jakarta, 2012, hlm. 28. [↑](#footnote-ref-26)
27. Hasbi Ash-Shiddiq, *Falsafah Hukum Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1975, hlm. 329. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Ibid.* [↑](#footnote-ref-28)
29. Ahmad Kamil Fauzan, *Kaedah-Kaedah Hukum Yurisprudensi*, Cetakan Ke 2, Prenada Media, Jakarta, 2005, hlm.24. [↑](#footnote-ref-29)
30. Sugianto Darmadi, *Kedudukan Hukum Dalam Ilmu Dan Filsafat*, Mandar Madju, Bandung, 1998*,* hlm. 63. [↑](#footnote-ref-30)
31. Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2007, hlm 56. [↑](#footnote-ref-31)
32. Sugijarto Darmadi, *op.cit*., hlm. 5. [↑](#footnote-ref-32)
33. Pasal 1 ayat (1) RKUHP, berbunyi: “Tidak ada satu perbuatan pun yang dapat dikenai sanksi pidana dan/atau tindakan kecuali atas kekuatan peraturan pidana dalam peraturan perundang-undangan yang telah ada sebelum perbuatan dilakukan”. [↑](#footnote-ref-33)
34. Pasal 1 ayat (1) RKUHP, berbunyi: “Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang ini”. [↑](#footnote-ref-34)
35. Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, *Ilmu Hukum dan Filsafat Hukum-Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman,* Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2009, hlm. 39. [↑](#footnote-ref-35)
36. *Summary report* dari 34th *International Training Course* yang diselenggarakan oleh UNAFEI di Tokyo tahun 1973, dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-Teori dan Kebijakan Pidana,* Alumni, Bandung, 1992, hlm. 158. [↑](#footnote-ref-36)
37. Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana,* Alumni, Bandung, 2007, hlm. 36. [↑](#footnote-ref-37)
38. Hilman Hadikusuma, *Hukum Pidana Adat,* Alumni, Bandung, 1989, hlm. 12. [↑](#footnote-ref-38)
39. Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2018, hlm.33. [↑](#footnote-ref-39)
40. Eddy O.S. Hiariej, *Asas Legalitas dan Penemuan Hukum dalam Hukum Pidana*, Erlangga, Jakarta, 2009, hlm. 39-40. [↑](#footnote-ref-40)
41. Pada saat itu masyarakat Hindia Belanda dibagi ke dalam tiga kelompok, yaitu: Eropa, Timur Asing, dan Pribumi. [↑](#footnote-ref-41)
42. Muhammad Rasyid Ridha, *Mewaspadai Lahirnya Ketidakpastian Hukum Pidana Dalam RKUHP,* yang diapload dalam websitenya <https://bantuanhukum.or.id/mewaspadai-lahirnya-ketidakpastian-hukum-pidana-dalam-ruu-kuhp/> diakses pada tanggal 24 Februari 2021. [↑](#footnote-ref-42)