

## PENEGAKAN ASAS LEGALITAS TERHADAP LIVING LAW SEBAGAI DASAR HUKUM DALAM POSITIVISME PEMINDAHAN HUKUM ADAT

Martono Anggusti<sup>1</sup>, Debora Tambunan<sup>2</sup>, Juita Sari Manalu<sup>3</sup>

[martono.anggusti@uhn.ac.id](mailto:martono.anggusti@uhn.ac.id)<sup>1</sup>, [debora@uhn.ac.id](mailto:debora@uhn.ac.id)<sup>2</sup>, [juitasarimanalu6@gmail.com](mailto:juitasarimanalu6@gmail.com)<sup>3</sup>

Universitas HKBP Nomensen Medan

**Abstrak:** Hukum yang hidup dalam masyarakat tidak terlepas dari sistem hukum yang ada di Indonesia. Akan tetapi keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat ditempatkan sebagai bagian dari hukum positif yang saat ini menjadi kontroversi terhadap masyarakat dan pemerintah akibat dikeluarkannya RKUHP yang tidak sesuai dengan asas legalitas. Dalam hal ini keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat yang terdapat dalam pasal 2 RKUHP sebagai dasar penuntutan pidana meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang pidana belum terpecahkan sehingga menimbulkan argumen-argumen yang tidak sesuai dengan sistem hukum di Indonesia. Adapun permasalahan yang akan dibahas dalam jurnal ini adalah bagaimana menerapkan hukum yang hidup dalam masyarakat dijadikan sebagai dasar untuk menuntut pidana dan di hubungkan dengan asas legalitas, serta bagaimana penerapan hukum yang hidup dalam masyarakat dan proses penegakan hukumnya. Berdasarkan analisis di atas dapat disimpulkan bahwa keberadaan pasal 2 ayat (1) RKUHP menjadikan hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai dasar untuk menentukan seseorang dapat dipidana meskipun pun undang-undang tidak mengaturnya sehingga bertentangan dengan asas legalitas dan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Pemberlakuan hukum ini menimbulkan ketidakpastian hukum bagi masyarakat serta menimbulkan kesewenag-wenangan bagi pemerintah tanpa memikirkan dampak negatifnya terhadap masyarakat yang bersifat kumulatif dalam RKUHP.

**Kata Kunci:** Hukum yang hidup, Asas legalitas, Pasal 2 RKUHP.

*Abstract:* Living law is an inseparable part of the Indonesian criminal law system. However, in perspective of legality principle, living law causing pros and cons. The idea of regulating the living law in Indonesian, as the basis for criminal prosecution, for unregulated act is still debated. The issue that will be analysed in this article is how to apply living law/adat law as a basis for prosecuting criminals related to the existence of legality principle and, how to measure the enforcement of living law in criminal process. Based on the analysis using the principle of legality, it can be concluded that living law, as basis for prosecution, is contrary to principle of legality and protection of human rights. The enactment of living law can potentially create legal uncertainty and abuse of power by the government. Law enforcement against living law is also difficult to implement, because it is tied to the four indicators. Therefore, the living law provision better not be placed as part of general principles in the Indonesian Penal Code Bill. **Keywords:** Code Bill; Legality principle; Living law.

**Keywords:** Living law, Principle of legality, Article 2 RKUHP.

## **PENDAHULUAN**

Hukum pidana Indonesia tidak semata-mata melahirkan tindak pidana baru (kriminalisasi) melainkan berdampak pada hukum adat, norma-norma yang berlaku saat ini. Hal ini dapat dilihat melalui RUKHP yang masih banyak menyisahkan masalah-masalah salah satunya adalah kontroversi yang terdapat dalam pasal 2 RKUHP tentang keberlakuan hukum hidup.

Secara substansial menyatakan bahwa seseorang dapat di pidana akibat perbuatan yang dia lakukan meskipun tidak ada aturan tertulis yang mengatur perbuatan tersebut sejauh perbuatan itu dianggap bertentangan dengan nilai-nilai yang hidup di masyarakat living law dan tidak ada eksistensi yang jelas untuk menentukan sebuah nilai hidup di masyarakat, serta tidak ada juga institusi berdaulat yang cukup legitimate untuk menentukan apakah sesuatu tersebut merupakan sebuah nilai yang hidup di masyarakat atau tidak. Dalam asas legalitas hukum pidana modern atau *The Principle of Legality* seperti yang terdapat dalam pasal 1 ayat 1 KUHP menyatakan "suatu perbuatan tidak dapat dihukum, kecuali berdasarkan ketentuan perundang-undangan yang telah ada". Sedangkan secara teoritis, asas legalitas dapat dilihat dari pendapat legendaris Von Feuerbach menyebutkan "nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali" artinya "tidak ada tindak pidana dan tidak ada hukuman tanpa didasari peraturan yang mendahuluinya. Dengan adanya dasar hukum peraturan perundang-undangan secara tertulis maka akan menjamin kepastian hukum dan mencegah terjadinya penghukuman sewenang-wenang yang dilakukan oleh pejabat atau pemerintah.

Kontroversi tentang keberlakuan pasal 2 RUKHP terkait keberlakuan hukum yang hidup saat ini belum menemukan titik temu. Keberadaan Pasal 2 RKUHP mempertahankan keberlakuan hukum yang hidup dilandasi pemikiran bahwa di beberapa wilayah tanah air masih berlaku ketentuan hukum tidak tertulis, yang hidup dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut serta dianggap lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Hukum yang hidup merupakan perwujudan karakteristik bangsa Indonesia dan menolak keberadaan Pasal 2 RKUHP. Latar belakang penolakan ini didasarkan penempatan aturan hukum yang hidup dalam RKUHP bertentangan dengan ketentuan Pasal 1 RKUHP dan Pasal 1 KUHP yang berlaku saat ini yaitu asas legalitas.

Sebagai konsekuensi dari dimasukkannya hukum adat dan perspektif hukum adat dalam RUU KUHP, maka inventarisasi hukum adat menyajikannya dalam bentuk Peraturan Daerah (Perda). Perda ini menjadi acuan bagi hakim dan penegak hukum lainnya dalam menentukan apa yang dapat dianggap sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat. Hal ini diyakini akan memperkuat keberlakuan hukum negara karena penegakannya didukung oleh negara. Perumusan RUU juga meyakini bahwa tindakan ini akan lebih menjamin rasa keadilan masyarakat. Penempatan ketentuan keberlakuan hukum yang hidup merupakan bagian dari Buku I RKUHP yang mengatur tentang asas-asas hukum pidana menimbulkan suatu permasalahan yang perlu dikaji. RKUHP sendiri menegaskan bahwa tidak akan mengesampingkan dan tetap menjamin keberlakuan asas legalitas serta melarang adanya analogi pada Pasal 2 RKUHP tentang keberlakuan hukum yang hidup. Jika melihat dari rumusan Pasal 2 RKUHP, ada dua permasalahan pokok yang akan diulas dalam artikel ini yaitu, Pertama, bagaimana menerapkan hukum yang hidup dalam masyarakat dijadikan sebagai dasar untuk menuntut pidana dihubungkan dengan asas legalitas dan Kedua, bagaimana ukuran pemberlakuan hukum yang hidup dalam proses penegakan hukum.

## **METODE PENELITIAN**

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif atau penelitian doktrinal. Alasan peneliti menggunakan penelitian hukum normatif karena menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai praktisi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi. Penelitian ini menggunakan pendekatan yaitu pendekatan konseptual, filsafat dan pendekatan perbandingan. 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 masyarakatserta kaitannya dengan RUKHP dalam pembentukan hukum nasional dengan menjelaskan berbagai permasalahan yang terjadi dalam tataran konsep sesuai dengan yang telah diidentifikasi.

## **HASIL DAN PEMBAHASAN**

### **1. Posisi Hukum yang hidup dalam Masyarakat dalam Pembaharuan Hukum Pidana ditinjau dalam aspek Perspektif dan Teori**

Rancangan kitab undang-undang telah disahkan, walaupun RKUHP berlaku 3(tiga) tahun kedepan namun ada banyak perdebatan terhadap lahirnya RKUHP tersebut. Sementara dalam suatu negara hukum, proses penegakan hukum merupakan suatu hal yang sangat penting agar sebuah keadilan dapat dicapai, dikarenakan proses penegakan hukum adalah suatu titik tumpu dalam menentukan apakah suatuhukum sudah berjalan dengan baik dan sudah mencapai tujuannya. Hukum yang hidup dalam masyarakat (living law) hukum pidana akan dihadapkan pada ketentuan teoritis. Menurut ahli hukum John Austin “hukum yang hidup dalam masyarakat masih banyak mengalami perdebatan intelektual terhadap pembaharuan hukum pidana nasional. 2Masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat memberikan pembaharuan hukum pidana nasional dikhawatirkan akan menimbulkan perspektif terhadap RKHUP sebagaimana yang dikutip Budi Suhariyanto menyatakan, rencana pembaharuan hukum pidana yang menyandingkan asas legalitas dengan pengakuan terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat ini bukan tanpa persoalan. Akan tetapi dalam konteks ini penyimpangan terhadap asas lex certa sangat mungkin terjadi. Keberatan beberapa pihak terhadap asas legalitas materil yang memungkinkan digunakannya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum positif. The Institute for Criminal Justice Reform(ICJR), sebuah lembaga penelitian independen yang memfokuskan diri pada Reformasi hukum pidana dan keadilan hukum pada umumnya di Indonesia, menyampaikan beberapa keberatannya terhadap diadopsinya hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai sumber hukum positif dalam Rancangan KUHP Baru Indonesia.

Beberapa catatan yang disampaikan ICJR (institute for criminal justice reform) terkait masuknya hukum yang hidup dalam masyarakat yang dirumuskan dalam Pasal 2 Rancangan RKUHP antara lain adalah sebagai berikut;

- a. Rumusan Pasal 2 RKUHP di atas, dianggap menyimpang dari ketentuan Pasal 1 RKUHP atau asas legalitas dengan begitu, RKUHP secara tegas memastikan bahwa ketentuan asas legalitas, tidak lagi menjadi yang utama dalam hukum pidana, sebab ketentuan- ketentuan itu nyatanya bisa dilanggar
- b. Dalam penjelasan perumusan RKUHP menyebutkan bahwa hukum yang hidup dalam masyarakat adalah hukum adat.

Masalahnya, mayoritas hukum adat di Indonesia tidak tertulis, dan harus diketahui bahwa hukum adat tidak memisahkan hukum pidana dan hukum perdata. Hal ini berarti, hukum pidana bisa tidak tertulis dan melanggar prinsip *lex scripta*. Di samping itu, pasal tersebut juga menyalahi asas legalitas yang mengedepankan kepastian hukum. Asas legalitas hanya mengakui hukum yang tertulis. Sementara hukum yang hidup di masyarakat tidak tertulis sehingga mengandung ketidakpastian yang menyinggung dengan prinsip legalitas.

Dalam hal ini positivisme hukum berasumsi, bahwa hukum harus dipisahkan dengan moral. Konsepsi tentang hukum sebagai perintah negara atau penguasa yang dibuat dalam bentuk undang-undang merupakan upaya yang dilakukan untuk mereduksi kekuatan lain diluar negara sebagai pemegang otoritas undang-undang. Karenanya positivisme hukum tidak member ruang pada hukum adat dalam kerangka sistem hukum negara atau sistem hukum nasional. Positivisme hukum hanya melihat hukum sebagai teks positif, sementara realitas simboliknya telah dihilangkan. Hukum menjadi wilayah yang isoterik, terlepas dari konteks sosialnya. Basis pemikiran positivisme hukum ini menimbulkan pragmatisme tekstual dalam penegakan hukum.

Konsep pemisahan hukum dengan moral sebagai mana terpapar dalam narasi yang dibangun, positivisme hukum tentu tidak sejalan dengan pemikiran di Indonesia yang selalu menekankan aspek nilai dalam pembangunan hukum, terlebih dalam perspektif hukum yang hidup dalam masyarakat yang penuh dengan muatan nilai-nilai moral sebagai refleksi atas budaya masyarakat. Sementara itu hukum islam sebagai bagian yang tak terpisahkan dari hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) mengalami degradasi peran dalam pembaharuan hukum pidana nasional khususnya dalam teori resepsi (*receptie theory*). Dalam persepektif teori resepsi, eksistensi hukum islam sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat bahkan kian mengendur. Secara esensial teori ini mendalilkan bahwa hukum yang hidup dan berlaku bagi rakyat indonesia terlepas dari agama yang dianutnya adalah hukum adat.

## **2. Persoalan Paradigma dan Praksis dalam RKUHP baru**

Secara historis, konsep *living law* muncul di era dimana paradigma hukum positif berkembang cepat. *Living law* adalah respon terhadap positivisme hukum yang mereduksi hukum sekadar kepada hukum yang tertulis yang disusun oleh negara dan mengesampingkan hukum yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Namun ada beberapa hal yang penulis buat dalam pemindahan di KUHP yang baru. Pertama, secara paradigmatis ada konsistensi dari para pembuat hukum ketika merumuskan KHUP. Berdasarkan asas kepastian hukum yang diatur di dalam Pasal 28D Undang-undang Dasar 1945, Indonesia menerapkan prinsip *civil law*. Hanya hukum yang tertulis yang ditetapkan melalui prosedur legislasi nasional yang dapat dianggap sebagai hukum. Karena itulah seorang hakim sekalipun tidak bisa membuat hukum (*judge do not make law*), selain yang ditetapkan di dalam hukum positif. Hal ini tentu berbeda dengan prinsip kerja hukum yang hidup karena tidak tertulis, maka yang berperan menentukannya adalah kejujuran untuk berbicara berdasarkan nurani rakyat yang menganggap dan meyakini mekanisme kontrol sosial tertentu merupakan hukum yang berlaku. Hukum sejenis ini hanya diterapkan di dalam negara yang menganut prinsip *common law*, di mana seorang hakim memiliki kelenturan untuk membuat hukum berdasarkan penelusurannya terhadap hukum yang diakui oleh setiap anggota masyarakat. Kedua, persoalan konseptual ketika *living law* diintegrasikan kedalam sistem pidana nasional. KUHP menjelaskan bahwa tindak pidana meliputi dua hal sekaligus, yaitu kejahatan dan pelanggaran. Konsekuensinya setiap pelanggaran terhadap kebiasaan, cara hidup dan segenap norma informal lain dapat disebut sebagai tindakan pidana.

Ketiga, pemanfaatan living law dalam struktur hukum nasional sudah terakomodasi secara proporsional pada Pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa seorang hakim konstitusi wajib menggali serta mengikuti nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat. Dalam penegakan hukum Pemanfaatan living law lebih banyak bersifat negatif ketimbang positif. Artinya, hakim bisa mengabaikan ketentuan hukum positif (negative action) jika keputusan yang dibuat berpotensi menyinggung rasa keadilan dalam masyarakat. Persoalannya, dalam memberi penegakan pidana terhadap tindakan yang patut dipidana menurut living law adalah tindakan positif (positive action).

### **3. Hukum yang Hidup Sebagai Dasar Penuntutan Pidana Terhadap Perbuatan yang Tidak diatur dalam Undang-undang**

Adapun asas legalitas merupakan asas utama dalam hukum pidana yang berfungsi untuk memberikan perlindungan hak asasi manusia yang diakui oleh konstitusi. Meskipun tidak secara tegas dinyatakan dalam Undang-Undang Dasar 1945, akan tetapi ketentuan tentang asas legalitas dapat dimaknai dari kalimat “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum” yang terdapat dalam Pasal 28D ayat (1) dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945. Berdasarkan pasal 28I UUD 1945, asas non-retroaktif yang merupakan bagian dari asas legalitas termasuk kedalam nonderogablerights, atau hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Norma hukum tentang asas legalitas terdapat dalam konstitusi kemudian dipertegas kembali melalui Pasal 4 Undang-Undang No 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UUHAM), khususnya tentang hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut. Pengakuan terhadap asas legalitas dalam konteks hak asasi manusia dipengaruhi bermula dari turut sertanya Indonesia sebagai negara Peratifikasi International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) yang terdapat dalam Pasal 15 ayat (1) yaitu “Tidak seorang pun dapat dinyatakan bersalah atas suatu tindak pidana karena melakukan atau tidak melakukan tindakan yang bukan merupakan tindak pidana pada saat dilakukannya, baik berdasarkan hukum nasional maupun internasional dan tidak diperbolehkan untuk menjatuhkan hukuman yang lebih berat daripada hukuman yang berlaku pada saat tindak pidana tersebut dilakukan. Apabila setelah dilakukannya suatu tindak pidana muncul ketentuan yang lebih ringan hukumannya, maka pelaku harus mendapatkan keuntungan dari ketentuan tersebut. Tindak pidana sangat erat kaitannya dengan pembatasan hak asasi seseorang, Pasal 73 dan Pasal 74 Undang-undang HAM menyatakan bahwa pembatasan dan larangan terhadap hak asasi hanya dapat dilakukan melalui dan berdasarkan undang-undang. Hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 1 angka 2 Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2019 yang merubah Undang-Undang No 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan (UUP), yang menyatakan bahwa peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Hal ini sejalan dengan pendapat dari Thomas Aquinas, bahwa hukum yang tidak dibuat oleh pemerintah yang berdaulat bukanlah hukum yang mencerminkan keadilan. Selanjutnya Putusan Mahkamah Konstitusi No 003/PUU-IV/2006 25 Juli 2006, dalam pertimbangannya mempertegas keberadaan asas legalitas dengan menyatakan bahwa asas legalitas yang termuat dalam Pasal 1 ayat (1) KUHP merupakan suatu tuntutan akan kepastian hukum dimana orang hanya dapat dituntut dan diadili atas dasar suatu peraturan perundang-undangan yang tertulis (lex scripta) yang telah lebih dahulu ada.

Dalam penegakan hukum, keberadaan asas legalitas juga diakui dalam pasal 3 Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) juga menyatakan bahwa peradilan (hukum acara pidana) hanya dijalankan berdasarkan cara yang ditentukan oleh undang-undang. Keberadaan asas legalitas saat ini, mulai dari konstitusi sampai ke dalam ranah hukum materiil maupun formil menunjukkan bahwa sistem hukum Indonesia tidak hanya menempatkan asas legalitas dalam kerangka hukum pidana semata, melainkan telah menjadi norma dasar yang merupakan bagian dari hak asasi manusia dan dilindungi oleh konstitusi. Sehingga pelanggaran terhadap keberlakuan asas legalitas dianggap bertentangan dengan konstitusi. Penerapan hukum yang hidup sebagai dasar penuntutan pidana. Dalam sistem hukum pidana Indonesia berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan tidak hanya bertentangan dengan asas legalitas tetapi juga bertentangan dengan hak asasi manusia.

Kembali ke RKUHP, Pasal 1 RKUHP tentang asas legalitas telah menjadikan undang-undang sebagai sumber hukum utama dalam menentukan suatu perbuatan merupakan tindak pidana. Ketentuan ini kemudian dipertegas dalam Pasal 12 ayat (1) RKUHP bahwa “tindak pidana merupakan perbuatan yang oleh peraturan perundang-undangan diancam dengan sanksi pidana dan/atau tindakan” selain itu untuk dinyatakan sebagai tindak pidana, suatu perbuatan yang diancam dan/atau tindakan oleh peraturan perundang-undangan tersebut harus bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Oleh karenanya keberadaan Pasal 2 RKUHP menjadi inkonsisten dan saling menegasikan dengan ketentuan Pasal 1 dan Pasal 12 RKUHP. Meskipun konstitusi di satu sisi mengakui asas legalitas dalam bentuk asas non-retroaktif akan tetapi di sisi lain, keberadaan masyarakat adat juga diakui dalam Pasal 18b ayat (2) UUD 1945 dimana negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip-prinsip negara kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang. Selanjutnya Pasal 28I ayat (3) UUD 1945 menyatakan bahwa identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradaban. Oleh karena itu, jika ingin tetap mempertahankan keberlakuan hukum yang hidup dalam sistem hukum pidana Indonesia, hukum yang hidup tidak dapat digunakan sebagai dasar untuk menuntut atau memidana seseorang melainkan dapat ditempatkan sebagai dasar penafsiran hukum. Menjadikan hukum yang hidup sebagai bagian dari sumber hukum maupun sebagai bagian dari penafsiran hukum tidak akan mengurangi eksistensi keberlakuan hukum yang hidup.

Sebagai suatu falsafah bangsa, hukum yang hidup merupakan bagian dari dogmatik hukum. Norma hukum yang hidup seharusnya merupakan bagian dari proses pembentukan hukum. Hukum yang hidup (adat) dalam hal ini menjadi bagian dari faktor sosiologis yang dijadikan sebagai bahan pertimbangan bagi pembentuk undang-undang pidana dalam merumuskan perbuatan yang dilarang.

#### **4. Hukum yang Hidup Sebagai Dasar Pemindahan**

Sebagai dasar pemindahan, hukum yang hidup diatur dalam pasal 2 ayat (1) Menyatakan bahwa ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan”. Ketentuan ini berimplikasi pada diperluasnya tafsir atas asas legalitas yang selama ini diatur dalam Kitab Undang-Undang. Hukum Pidana (KUHP) yang berlaku saat ini. Dari yang sebelumnya hanya mendasarkan pada Asas Legalitas Formil (Pasal 1 KUHP lama), RUU KUHP memberi pintu masuk bagi penerapan Asas Legalitas Materiil.

Dalam ilustrasi yang lebih konkret, seseorang dapat di pidana dengan mendasarkan pada hukum tidak tertulis yang disebut juga sebagai hukum yang hidup dalam masyarakat. Kemudian pasal 2 ayat (2) menyatakan bahwa hukum yang hidup berlaku sebatas 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-asas hukum umum yang diakui masyarakat beradab”. Berdasarkan rumusan ini, keberlakuan hukum yang hidup dibatasi oleh ruang (tempat), konstitusi, nilai-nilai yang dianut oleh bangsa Indonesia dan RUU KUHP itu sendiri. Hukum yang hidup juga digunakan sebagai dasar pemidanaan dalam Pasal 12 ayat (2). Pasal ini menegaskan bahwa “untuk dinyatakan sebagai Tindak Pidana, suatu perbuatan yang diancam sanksi pidana dan/atau tindakan oleh peraturan perundang-undangan harus bersifat melawan hukum atau bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat”. Melalui Pasal 12 ayat (2) ini, pelanggaran hukum yang hidup dikonstruksikan terpisah dari unsur melawan hukum. Hal ini berarti bahwa unsur melawan hukum tidak lagi menjadi unsur mutlak untuk menentukan tindak pidana. Meskipun tidak terdapat unsur melawan hukum baik formil maupun materil dalam perbuatan pelaku, perbuatan tersebut dapat dianggap sebagai tindak pidana jika bertentangan dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.

#### **5. Rekonstruksi Selektif atas Hukum Adat**

Sebagaimana telah disampaikan pada bagian sebelumnya, terdapat tiga corak pengaturan hukum yang hidup dalam RUU KUHP. Dari corak tersebut menunjukkan orientas penggunaan hukum yang hidup untuk pemidanaan dasar pemidanaan dan bentuk pidana atau kewajiban adat dengan kata lain, ketentuan hukum yang hidup dan istilah yang berkaitan dengan pasal tersebut memungkinkan seseorang dijatuhi dipidana. Sementara itu, tidak ada ada satupun ketentuan yang secara tegas mengatur hukum yang hidup sebagai upaya pengurangan pidana atau pembebasan dari pidana.

Perumusan rancangan undang-undang untuk menjadikan hukum yang hidup sebagai dasar pemindahan dan pada saat yang sama, mengabaikannya sebagai dasar membebaskan atau meringankan pidana adalah sebuah selective reconstruction. Hal ini menunjukkan bahwa upaya pengakuan hukum yang hidup dalam tidak dilandasi oleh semangat dan pemahaman atas pluralisme hukum.

#### **6. Implikasi dari Penempatan Hukum yang Hidup Dalam RUU Hukum Pidana**

Dalam perspektif pluralisme hukum, rekonstruksi parsial atas hukum yang hidup dalam RKUHP membawa setidaknya dua implikasi. Dengan orientasi pengaturan yang dimiliki saat ini, hukum yang hidup justru meneguhkan dominasi negara atas hukum adat. Tafsiran atas hukum adat dalam proses pidana menjadi diskresi eksklusif penegak hukum. Situasi ini akan membuka peluang kesewenang-wenangan negara terhadap pengaturan hukum yang hidup dalam RKUHP membutuhkan tindak lanjut berupa penulisan hukum adat dalam Peraturan daerah. Tindakan ini berpotensi untuk menciptakan kualitas hukum adat dan menciptakan ketidakpastian dalam penggunaannya.

### **KESIMPULAN**

Penulis mengambil kesimpulan bahwa dalam pasal 2 RKUHP tentang livinglaw bahwa hukum yang hidup dalam masyarakat harus sesuai dengan ketentuan perundang-undangan dan asas legalitas. Sesuai dengan RKUHP hukum yang hidup memberi kita pelajaran bahwa upaya inkorporasi justru menguatkan dominasi negara indonesia atas penyelenggaraan negara untuk dijadikan sebagai falsafah negara. Asas legalitas telah menjadikan undang-undang sebagai sumber hukum utama dalam menentukan suatu

perbuatan merupakan tindak pidana. Untuk itu sebagai bangsa Indonesia penulis mengharapkan agar semua masyarakat ikut berpartisipasi dalam perancangan RKUHP agar pemerintah tidak sewenang-wenang dalam mengeluarkan suatu peraturan tanpa memikirkan kepentingan bangsanya.

#### **DAFTAR PUSTAKA**

- Aliansi Masyarakat Adat Nusantara. (2015). Pernyataan AMAN dalam Memperingati 2 tahun Putusan MK No. 35/PUU-IX/2012
- Amalia, N., Mukhlis, & Yusrizal. (2018). Adat Court Judge: Tradition and Practice of Dispute Resolution Between Societies in Aceh. *Journal of Law, Policy and Globalization*, 77, 11.
- Badan Pembinaan Hukum Nasional. (2015).
- Draft Naskah Akademik Rancangan Undang-Undang Tentang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). <https://www.bphn.go.id/data/documents>
- Benda-Beckmann, F. von, & Benda-Beckmann, K. von. (2009). The Social Life of Living Law in Indonesia. In *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*. <https://doi.org/10.5040/9781472564603>
- Gunarto, M. P. (2018). Asas Legalitas, Kriminalisasi, Pemidanaan dalam R- KUHP Serta Dampaknya Terhadap Hukum Pidana Nasional.
- Presented at the Seminar & Lokakarya Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (R-KUHP) "Mewujudkan Pembaharuan Hukum Pidana Melalui R-KUHP yang Berkeadilan, Demokratis dan Responsif Pada Perkembangan Tindak Pidana," Jakarta.
- Heriej, Edy O. S., 2014, Prinsip-prinsip Hukum Pidana, Cahaya Atma Pustaka.