



Dediametralisasi Living Law dan Kepastian Hukum dalam Pasal 2 RKUHP

Ahmad Rifan¹, Ilham Yuli Isdiyanto^{2*}

¹ Universitas Ahmad Dahlan

² Universitas Ahmad Dahlan

Corresponding Author: ahmadrifan0303@gmail.com

Histori Artikel	Abstrak
<p>Masuk: 25 Jan 2021 Review: 17 April 2021 Diterima: 4 Mei 2021 Terbit: 5 Mei 2021</p>	<p><i>Living law dan kepastian hukum sering diposisikan sebagai sesuatu yang diametral atau berlawanan, dimana living law dianggap tidak memberikan kepastian hukum karena sifatnya tidak tertulis. Namun, menjadi pertanyaan besar jika kemudian konsep living law diakomodir dalam hukum tertulis sebagaimana yang muncul dalam Pasal 2 RKUHP sehingga apakah konsep living law yang tidak tertulis namun diakomodir dalam sistem hukum tertulis dapat berkorelasi dengan prinsip kepastian hukum sebagaimana salah satu ciri hukum tertulis. Tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengetahui dan menganalisis kedudukan Pasal 2 RKUHP dalam menjamin eksistensi living law sekaligus pelaksanaan prinsip kepastian hukum. Untuk dapat mengetahui hal ini, penelitian normatif ini menggunakan pendekatan historis-normatif-konseptual dengan teknik analisa deskriptif dan kualitatif, terakhir adalah membuat kesimpulan secara preskriptif. Pokok permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini adalah bagaimana analisa Pasal 2 RKUHP dalam perspektif living law dan kepastian hukum serta bagaimana korelasi kedua perspektif ini dalam implementasinya? Hasilnya, living law sebagai memiliki legitimasi historis dan budaya tidak bisa dinegasikan, sedangkan kepastian harus dimaknai bahwa hukum itu benar-benar ditegakkan, terlepas dari hukum yang tertulis atau tidak tertulis. Pasal 2 RKUHP adalah upaya untuk mengakomodir living law dalam bingkai kepastian penegakan hukumnya, dan dalam hal ini tidak ada pertentangan berarti antara living law dan kepastian hukum.</i></p> <p>Kata Kunci: Living law; Kepastian hukum; RKUHP</p>
Article's History	Abstract
<p>Received: 25 Jan 2021 Reviewed: 17 April 2021 Accepted: 4 Mei 2021 Published: 5 Mei 2021</p>	<p><i>Living law and legal certainty are often positioned as something that is diametric or contradictory, where the living law is considered not to provide legal certainty because it is unwritten. However, it becomes a big question if then the concept of living law is accommodated in written law as appears in Article 2 of the RKUHP, thus whether the concept of living law that is not written but is accommodated in the written legal system can correlate with the principle of legal certainty as one of the characteristics of written law. The purpose of this research is to find out and analyze the position of Article 2 of the</i></p>



RKHUP in ensuring the existence of living law as well as the implementation of the principle of legal certainty. To be able to find out this position, this normative research uses a historical-normative-conceptual approach with descriptive and qualitative analysis techniques, the last is to make prescriptive conclusions. The main issues that raised in this research are how to analyze Article 2 of the RKHUP in the perspective of living law and legal certainty and how are the two perspectives correlated in its implementation? As a result, living law which is having historical and cultural legitimacy can't be negated, while legal certainty must be interpreted as the law is actually enforced, regardless of written or unwritten laws. Article 2 of the RKUHP is an effort to accommodate living law in the frame of legal certainty enforcement, and in this case there is no significant conflict between living law and legal certainty.

Keywords: Living law; legal certainty; RKUHP

All articles are published online in <http://journal2.uad.ac.id/index.php/adlp/>

Pendahuluan

Aturan menjadi pilar penting didalam menjaga ketertiban, keamanan dan ketentraman dalam sistem sosial yang merupakan relasi antar individu atau sesama. Dengan adanya aturan, maka ada barometer untuk menilai suatu perbuatan, apakah perbuatan atau tindakan tersebut bisa dibenarkan didalam sistem sosial atau sebaliknya akan menimbulkan ketidaktertiban. Aturan-aturan ini pada dasarnya bertujuan untuk sedapat mungkin menjadi keharmonisan dan keamanan didalam masyarakat, sehingga tidak ada kepentingan yang dirugikan satu sama lain, tidak ada ketidakadilan antar sesama, dan jalinan atas relasi sosial dapat berjalan dengan baik (Santoyo, 2008).

Hukum dan kepuasan masyarakat memang menjadi satu tali temali, dimana keberadaan hukum pada dasarnya sebagai cara untuk mengatur tatanan sosial yang dinyatakan adil apabila benar-benar dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan (kepatuhan) sehingga mewujudkan kebahagiaan didalamnya (Apriyani, 2018). Titik penekanan Hans Kelsen memang pada hukum itu sendiri dalam otoritasnya yang kuat, sehingga kepatuhan masyarakat terhadap hukum tidak dapat ditawar kembali. Hukum akan kehilangan kekuatan dan daya cengkramnya jika tidak ada kepatuhan yang kuat dan sistem yang mendukung untuk mewujudkan hal itu.

Indonesia sendiri memiliki cara memandang hukum yang sangat beragam, karena bentuk geografis yang berbentuk kepulauan telah melahirkan beragam budaya dan cara pandang atas suatu hal, termasuk didalamnya adalah cara pandang atas hukum. Masyarakat memiliki cara tersendiri mengartikan hukum itu, seperti masyarakat di



masyarakat Bali dengan sistem *desa, kala, patra* yang lebih fleksibel tentu berbeda dengan masyarakat Baduy yang lebih saklek dengan asas *yang pendek jangan di sambung, yang panjang jangan dipotong*. Disini, setiap masyarakat menentukan karakter dan ciri hukum itu sendiri. Berbagai bentuk dan macam masyarakat ini kemudian menampilkan ciri yang khusus atau khas sesuai dengan cara pandangan budayanya yang telah melembaga sejak dahulu kala dan eksist dijalankan oleh kelompok masyarakat tersebut secara turun menurun (Yudho & Tjandrasari, 2017). Disinilah kemudian apa yang disebut kedudukan hukum dalam artian *volgeist* atau jiwa bangsa harus dipahami secara utuh, baik dari aspek ontologi, kesejarahan, maupun gen hukumnya (Isdiyanto, 2018a).

Hukum tidak dapat dilepaskan dari kehidupan masyarakat, karena masyarakat sendiri adalah asal muasal dari tujuan pembentukan hukum tersebut. Secara lebih khusus, hukum pada dasarnya muncul dikarenakan adanya hubungan didalam masyarakat guna menjaga ketertiban hubungan masyarakat itu sendiri (Syamsudin, 2008). Hal ini sudah menjadi adagium lama yang dikumandangkan oleh Marcus Tullius Cicero yang terkenal mengatakan “*Ubi societas ibi ius*” atau yang diterjemahkan dalam bahasa Indonesia “Dimana ada masyarakat disitu ada hukum”. Korelasi hukum dan masyarakat adalah korelasi abadi yang tidak bisa dipisahkan, karena masyarakat sendiri adalah ‘subyek hukum’. Tidak heran kemudian masyarakat disebut sebagai *fabric of rules* yang berarti jalinan aturan-aturan dimana hukum tersebut dilahirkan sebagai sebuah kaidah yang mengatur relasi kehidupan sosial (Mebri, 2017).

Masyarakat sejatinya tidak hanya diatur dalam sistem hukum yang sebatas tertulis, namun banyak juga hukum yang hidup di masyarakat (*living law*) atau adat yang banyak turut andil dalam menjaga keamanan dan ketertiban masyarakat. Biasanya, *living law* ini bersumber dari agama, budaya, adat, dan kaidah sosial lainnya (Maladi, 2010). Tidak heran jika kemudian *living law* itu adalah cerminan atas masyarakat itu sendiri yang pada akhirnya dianggap sebagai aturan yang hidup dalam masyarakat dan dijalankan oleh masyarakat tersebut (Syahbandir, 2010).

Hukum yang tidak tertulis biasanya lebih pada implementasi atas dasar ‘budi-nurani’ (moral) sehingga terwujud harmonisasi dan masyarakat tidak bergejolak sehingga diberikan sanksi terhadap individu atau kelompok yang telah mengganggu ketentraman didalam masyarakat (Salim, 2016). Sanksi ini menjadi representasi atas rasa keadilan dalam lingkup kehidupan masyarakat agar tidak ada yang dirugikan, sebagaimana disebutkan oleh Scholten, “*bahwa keadilan harus dicari dalam hukum,.. dan*



pada akhirnya hukum itu bergantung pada putusan budi-nurani (moral)” dan budi-moral tidak dapat dilepaskan dari subjek hukum yaitu masyarakat (Isdiyanto, 2016: 11).

Di Indonesia sendiri upaya untuk mengakomodir *living law* mulai muncul kembali, salah satunya dapat dilihat pada Pasal 2 Ayat (1) bahwa hukum yang hidup didalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang, sedangkan dalam Pasal 2 Ayat (2) hukum yang hidup di dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada Pasal 2 Ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak di atur dalam undang-undang dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945), Hak asasi manusia, dan asas hukum umum yang diakui masyarakat beradap (Akbari et al., 2019: 30).

Sebagaimana diketahui dalam Pasal 2 RKUHP yang berbunyi: Ayat (1) RKUHP “bahwa *living law* diberikan kewenangan untuk menentukan apakah seseorang yang melanggar *living law* dapat diberikan sanksi pidana atau tidak”. Ayat (2) berbunyi: “hukum yang di maksud dalam Pasal 2 Ayat (1) berlaku dimana tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila,UUD NRI 1945 , Hak asasi manusia, dan asas hukum umum, *living law* tersebut di perbolehkan untuk dilaksanakan di tengah-tengah masyarakat.

Di dalam pasal 2 RKUHP tersebut terdapat beberapa syarat agar *living law* tersebut bisa memberikan sanksi pidana atau bisa diterapkan terhadap kepada pelaku tindak pidana yaitu selama tidak bertentangan dengan asas-asas yang ada salah satunya asas kepastian hukum, Sehingga ini menjadi permasalahan yang menarik untuk di kaji kembali dalam penelitian ini bagaimanakah Pasal 2 RKUHP dapat menjamin kepastian hukum bagi masyarakat.

Kepastian hukum menurut Mertokusumo merupakan sebuah jaminan bahwa hukum tersebut harus dijalankan sesuai aturan dan dilaksanakan dengan tata cara yang baik. Artinya jaminan bahwa suatu hukum harus dijalankan dengan baik dan benar tanpa adanya suatu tindakan kesewenangan dari para penegak hukum, karena tujuan utama dari hukum adalah memberikan kepastian agar hukum tersebut dapat menjamin bahwa kehidupan masyarakat dijaga dari tindakan-tindakan yang bisa merusak tatanan sosial serta hukum juga dapat memberikan rasa keadilan terhadap kehidupan masyarakat (Mertokusumo, 2007: 160).

Seringkali hukum *positif* (hukum tertulis) tidak sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat dikarenakan hukum yang hidup didalam masyarakat dijalankan



sesuai dengan keyakinan masyarakat tempat hukum itu berlaku, maka seringkali hukum yang hidup dalam masyarakat dianggap bukan hukum yang dapat memberikan kepastian karena penegakannya yang dianggap tidak ada pengaturan secara tertulis. Sehingga hukum *positif* (hukum tertulis) dalam penerapannya seringkali tidak sesuai dan tidak berpihak pada tradisi hukum yang hidup dalam masyarakat yang di identikkan dengan hukum tidak tertulis yang dijalankan dengan budi-moral (Lubis, 2020).

Padahal diketahui bahwa *living law* menjadi salah satu sumber hukum yang ada di Indonesia, salah satunya dapat dilihat bahwa banyak hukum-hukum agama islam yang kaji oleh hukum positif dan dimasukkan kedalam peraturan perundang-undangan. Sehingga ini mencerminkan keberadaan *living law* (hukum yang hidup dalam masyarakat ini) juga perlu untuk perhatikan agar keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat ini tidak begitu saja dilupakan oleh hukum positif (Sabardi, 2014).

Dari analisa diatas, maka seakan-akan kedudukan *living law* tidak selaras dengan hukum tertulis, sehingga hukum tertulis sebagai representasi dari kepastian hukum menjadikan posisi *living law* dan kepastian hukum menjadi suatu yang diametral. Namun, sebenarnya pemahaman akan hal ini perlu untuk diluruskan, aspek diametral disini sifatnya tidaklah definitif, karena *living law* dengan kepastian hukum dapat dilihat dalam situasi yang selaras atau dediametrasilasi. Disinilah kemudian penelitian ini menjadi penting untuk menganalisi hal tersebut.

Metodologi

Setiap penelitian hukum pada dasarnya adalah penelitian normatif (Marzuki, 2010), namun beragam tehnik cara pandangnya. Jenis penelitian ini adalah normatif-konseptual, di dalamnya penelitian ini mengkaji bukan hanya berdasarkan peraturan perundang-undangan (*lex*) yang mengatur masyarakat namun juga membahas tentang norma-norma yang berlaku dalam kehidupan masyarakat, serta pendapat para ahli mengenai norma dan nilai-nilai yang dijalankan oleh masyarakat demi tercapainya kehidupan yang damai. Sehingga dalam penelitian ini dapat menemukan tujuan dari penerapan Pasal 2 RKUHP terhadap *living law* dan kepastian hukum bagi masyarakat dalam pemahaman ilmu hukum maupun kajian teoritik (konsep) untuk pengembangan hukum yang lebih lanjut.

Pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan melalui studi kepustakaan, yaitu pengumpulan bahan hukum dengan cara melakukan studi terhadap bahan hukum secara sistematis. Penelitian ini menggunakan analisis data kualitatif, yaitu bahan-bahan hukum yang ada kemudian dijelaskan dan diuraikan dengan menggunakan



kalimat yang disusun secara logis. Analisis ini dilakukan dengan mengolah bahan-bahan hukum yang telah dikumpulkan secara sistematis untuk menghasilkan kesimpulan yang dapat menjawab rumusan masalah penelitian ini.

Hasil and Analisis

A. Konsep Living Law dan Kepastian Hukum

Aturan diperlukan agar menjadi pedoman masyarakat sehingga dapat hidup berdampingan dan tidak ada yang dirugikan kepentingannya satu sama lain (Syahbandir, 2010) sehingga dalam hal ini akan tercipta ketentraman dan kertiban. Dalam kehidupan bermasyarakat sendiri memang telah ada aturan dalam masyarakat (*living law*) yang lahir secara alami dari dalam kehidupan sosial masyarakat yang bertujuan untuk membatsi dan mengatur tingkah laku masyarakat dalam berinteraksi dan agar dapat menjaga ketertiban umum, hukum ini memang telah lama hidup didalam masyarakat dan berkembang dari generasi ke generasi bahkan hingga sekarang. Lahirnya *living law* sendiri bertujuan untuk sedapat mungkin menjaga masyarakat yang memiliki beragam corak budaya dan agama yang berbeda, sehingga perbedaan itu bukan menjadi suatu masalah dikemudian hari jika terdapat hukum yang menjadi pedomannya, toleransi antara satu sama lainnya dapat membuat masyarakat saling menghargai perbedaan yang ada, agar tidak terjadi perselisihan dalam masyarakat. Oleh karena itu *living law* muncul secara alamiah dari diri masyarakat dan menjadi sebuah aturan dalam masyarakat, supaya kepentingan-kepentingan pribadi dan perbedaan itu dapat dijaga dan tidak ada yang mendapat diskriminasi serta menghindari terjadinya perpecahan dalam masyarakat (Mebri, 2017).

Hukum sebagai kaidah sosial tentunya tidak bisa lepas dari nilai yang berlaku dalam hubungan suatu masyarakat, bahkan dapat dikatakan bahwa hukum merupakan refleksi dari nilai-nilai dalam kehidupan masyarakat. Dimana hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*), karena mencerminkan bahwa hukum itu benar-benar murni lahir dari pergaulan hidup masyarakat yang bertujuan menjaga kepentingan setiap individu maupun kelompok masyarakat lainnya (Bruggink, 2015: 247)

Lahirnya hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) sendiri bertujuan agar masyarakat bisa menjalin hubungan yang baik antara satu dengan yang lain, sehingga ketika masyarakat yang hidup berdampingan ini melakukan interaksi ada suatu aturan yang mejadi pelindung agar tidak ada yang merasa dirugikan dari pergaulan yang terjadi. Setiap warga masyarakat atau kelompok sedikit banyaknya pasti mempunyai kesadaran terhadap hukum, namun persoalan yang sering timbul adalah



taraf kepatuhan masyarakat terhadap hukum, yaitu kepatuhan hukum yang tinggi, sedang, atau kurang. Dengan adanya kepatuhan masyarakat terhadap hukum dapat menandakan bahwa berfungsi atau tidaknya hukum yang bersangkutan bagi kehidupan masyarakat (Apriyani, 2018)

Living law dapat menjadi sebuah contoh dari penciptaan aturan yang mendekati kata paling baik karena kepatuhan masyarakat yang bersumber dari kesadaran moral masyarakat, kesadaran moral itu tumbuh dari dalam qolbu masyarakat, sehingga lahir secara alami rasa kepatuhan kepada hukum demi menjaga keseimbangan dalam melakukan hubungan sosial. Kesadaran terhadap hukum menandakan bahwa hukum tersebut telah berjalan dengan baik dalam menata kehidupan masyarakat ditandai dengan kepatuhan masyarakat dalam pelaksanaannya yang tanpa ada suatu paksaan dari hukum itu sendiri (Isdiyanto, 2018b)

Disisi lain, sering kali kepastian hukum menjadi suatu permasalahan karena pandangannya yang berkaitan dengan *positivisme*, karena dalam perspektif *positivisme* hanya menganggap bahwa hukum itu merupakan teks tertulis yang di undang-undangkan dan menganggap hukum dan moral tidak ada hubungannya. Menurut Hart, moral sendiri adalah penyifatan dari norma hukum, bukan sebagai tujuan hukum. Sehingga, tujuan dari hukum bukanlah sebagai penegakan atas moralitas, melainkan logika hukum adalah sebuah penyifatan atas norma hukum sehingga terciptanya sebuah hukum yang berkeadilan (Isdiyanto, 2016: 27)

Asas legalitas masih dimaknai dalam aspek teks secara utuh, bukan sebagai validitas atas hukum dari 'marwah' hukum itu sendiri. Legalitas kemudian ditransformasi sebagai kepastian hukum, karena perwujudan atas kepastian hukum didasarkan dari penegakan asas legalitas. Kepastian hukum sendiri berpegang pada prinsip bahwa bagaimana hukumnya yang berlaku secara *positif* atau hukum yang telah di undang-undangkan itulah yang harus dijalankan, tidak dibolehkan menyimpang dari ketentuan tersebut dikarenakan hal itu menjadi esensi dari kepastian hukum. Sebagaimana yang telah diklaim oleh aliran *positivisme* bahwa kepastian hukum hanya dapat dicapai jika hukum tersebut telah diundang-undangkan atau telah dibuat menjadi aturan tertulis (Mertokusumo, 2010: 10)

Situasi ini memang tidak bisa kemudian dipecahkan secara sederhana, kepastian secara akademik telah mengakar sebagai bagian dari konstruksi pemikir legisme, namun disisi lain seharusnya pemahaman atas kepastian hukum ini menjadi bias. Korelasi antara 'kepastian' dan 'hukum' adalah pandangan yang relatif, karena pemahaman hukum hanya dibatasi pada peraturan (tertulis) sehingga seharusnya



lebih tepat disebut sebagai ‘kepastian peraturan’ (Raharjo, 2007: 78). Jika menjelajah lebih dalam, ‘hukum’ dalam bahasa Belanda adalah ‘*ius*’, sedangkan peraturan (tertulis) dalam bahasa Belanda adalah ‘*lex*’. Hukum (*ius*) memiliki arti yang lebih luas, bukan sekedar pemahaman atas perundang-undangan atau hukum tertulis, namun juga norma lain seperti agama, adat, maupun *living law*. Sehingga, dalam hal ini, kepastian hukum harus dimaknai sebagai ‘kepastian penegakan hukum’ bukan dipersempit menjadi ‘kepastian penegakan hukum tertulis’.



Gambar 1. Nilai Dasar yang harus diperhatikan dalam penegakan Hukum didalam masyarakat

B. Analisa Pasal 2 RKHUP dalam Perspektif Living Law dan Kepastian Hukum

Keberadaan rumusan norma Pasal 2 RKUHP adalah Langkah progresif yang perlu diapresiasi sebagai basis bagi keberadaan *living law* sebagai satu corak hukum yang sesuai dengan keadaan dan budaya lokal masyarakat Indonesia. Akan tetapi perlu pula dilakukan kajian yang lebih mendalam mengenai pengaturan serta pelaksanaan penegakannya dalam kerangka sistem hukum Indonesia. Keberadaan muatan Pasal tersebut ialah rumusan normatif akan pengakuan negara terhadap eksistensi *living law* sebagai satu keniscayaan yang melekat dalam kehidupan masyarakat Indonesia (Akbari et al., 2019:21)

Pengakuan terhadap *living law* yang merupakan salah satu sumber hukum Indonesia juga telah diakui secara konstitusional dan juga beberapa undang-undang, diantaranya; Pasal 18b Ayat (2) UU NRI 1945, Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 103 huruf d dan e UU No 6 Tahun 2014 Tentang Desa, dan Pasal 6 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia dengan jelas mengatur pengakuan terhadap kearifan lokal, adat maupun hak yang sifatnya asal usul. Selanjutnya, ketika terjadi suatu penegasian terhadap hukum yang hidup didalam masyarakat maka akan memunculkan pertentangan mengenai makna kepastian hukum itu sendiri (Hadi, 2018).

Pada September 2019 lalu Negara Republik Indonesia memberikan legitimasi lebih terhadap *living law* yaitu dengan cara memasukkan hukum yang ada didalam masyarakat sebagai hukum pidana, berlaku sebagai mana hukum pidana yang ada di



Indonesia namun hukum tersebut hanya berlaku di tempat masyarakat yang masih mengakuinya, ketentuan itu dibuat oleh pemerintah dan DPR dalam draf RKUHP yang mengatur tentang hukum yang hidup dalam masyarakat sebagai salah satu corak dalam penegakan hukum pidana di Indonesia bunyi pasal 2 RUU KUHP Ayat 1 dan 2:

“hukum yang hidup didalam masyarakat yang menentukan bahwa seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam undang-undang”;

“sebagaimana dimaksud pada Ayat (1) berlaku dalam tempat hukum itu hidup dan sepanjang tidak di atur dalam undang-undang dan sesuai dengan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI 1945), Hak asasi manusia, dan asas hukum umum”

Merujuk pada uraian pasal tersebut diatas memang pada kenyataannya dalam beberapa daerah tertentu di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat (*living law*) dan hukum itu masih dijalankan sebagai peraturan yang tidak boleh dilanggar di daerah tersebut. Keberlakuan hukum tersebut memang telah hidup dari dahulu hingga sekarang sehingga tidak dapat di hilangkan begitu saja. Untuk memberikan dasar hukum yang mantap mengenai berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat ini, pemerintah mengakomodir hal tersebut dengan memasukkan *living law* dalam draf RKUHP, sebagai bentuk pengakuan secara tegas bahwa peraturan undang-undang memberikan legitimasi terhadap keberadaan *living law* ini. Ketentuan pada ayat ini merupakan pengecualian dari asas bahwa ketentuan pidana diatur terlebih dahulu dalam peraturan perundang-undangan. Diakuinya tindak pidana adat tersebut dalam Pasal 2 RKUHP ialah untuk lebih memenuhi rasa keadilan yang hidup di dalam masyarakat tertentu (Widayati, 2011).

Kendati demikian, sampai saat ini keberadaan *living law* terutama yang dimaksud dalam Pasal 2 RKUHP belum diberikan kepastian atau penjelasan yang lebih detail bagaimana *living law* itu bisa terima oleh hukum positif, karena dalam penerapan dan dalam penegakan hukum tertulis cenderung mengabaikan keberadaan hukum yang hidup dalam masyarakat ini. Legalitas yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan terhadap *living law* ini perlu mendapatkan kajian yang lebih mendalam lagi agar dikemudian hari keberadaan *living law* yang masih memiliki daya mengikat yang kuat dalam masyarakat ini dapat terealisasi karena tidak dapat dipungkiri masih banyak daerah-daerah tertentu di Indonesia yang masih menjalankan hukum ini.



Idealnya agar tidak terjadi tindakan sewenang-wenang dari para penegak hukum dalam menangani kasus yang terjadi didalam masyarakat seperti ini, maka para penegak hukum di haruskan berdialog dan mencari solusi dengan para tetua adat (pemangku adat) setempat untuk bisa menentukan suatu tindakan yang telah dilakukan tersebut, agar dapat menentukan apakah tindakan itu merupakan tindakan pidana atau tidak. Sehingga dengan cara seperti itu dapat meningkatkan kepercayaan masyarakat terhadap para penegak hukum dalam merealisasikan *living law* ini.

Jika mengacu pada kacamata ini, maka pandangan yang menilai Pasal 2 RKUHP tidak sesuai dengan asas legalitas atau kriminalisasi (Arigi & Hantoro, 2019) yang tidak jelas adalah hanya asumsi yang tidak mendasar dan mencirikan cara berfikir yang *legisme*. Hal ini didasarkan pada, dalam sistem hukum di Indonesia, regulasi yang mengakomodir ketentuan *living law* tidak hanya pada Pasal 2 RKUHP, melainkan juga termaktub pada UUD 1945 maupun berbagai UU sectoral lainnya. Sehingga, persoalan penolakan terhadap Pasal 2 RKHUP lebih pada aksi reaksoneer bukan pada tataran kritis.

C. Asas Legalitas dan Pencapaian Keadilan dalam Masyarakat

Idealnya penegakan hukum (*law enforcement*) saling terhubung dengan penegakan keadilan (*justice enforcement*) dalam artian upaya penegakan hukum tersebut sebenarnya untuk memberikan rasa keadilan terhadap masyarakat, karena hukum dengan keadilan bagaikan dua mata koin yang berbeda namun tidak dapat dipisahkan. Hukum dan keadilan tersebut berada dalam satu keadaan yang bersamaan yaitu penegakan hukum yang bertujuan untuk memberikan nilai-nilai keadilan seperti kondisi ideal yang diharapkan oleh masyarakat. Bukan hukum yang memberikan kepastian namun menyampingkan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, bagaimana mungkin hukum bisa dapat mengenyampingkan nilai keadilan jika tujuan dari penegakan hukum itu sendiri memberikan keadilan terhadap masyarakat (Julyano & Sulistyawan, 2019). Hal juga tergambar jelas, dalam bunyi irah-irah putusan hakim, bukan “Demi Keadilan Berdasarkan Hukum Tertulis” melainkan “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” sehingga dalam hal ini keadilan didasarkan pada konstruksi Nurani, dimana pertanggungjawaban hakim dalam putusannya tidak hanya pada hukum atau institusi negara, melainkan pertanggungjawaban kepada Tuhan. Disini proses dalam mencapai keadilan bukan hanya *an sich* berdasarkan hukum tertulis, melainkan hakim memutus berdasarkan juga kaidah agama dan kepercayaan masing-masing, kepada diri sendiri, kedudukannya sebagai penegak hukum, dan nantinya putusan



yang mampu mencerminkan rasa keadilan yang dapat diterima seluruh rakyat Indonesia pada umumnya (Samosir, 2019).

Sehingga tidak jarang penegakan peraturan perundang-undangan sendiri sering bertentangan dengan keadilan dalam masyarakat, dikarenakan kepastian hukum yang dijamin oleh asas legalitas bertentangan dengan kehidupan masyarakat terutama masyarakat adat yang masih mengakui hukum tidak tertulis guna mencapai keadilan dalam masyarakat tersebut. Seperti halnya Pasal 2 RKUHP ini yang dianggap bertentangan dengan asas legalitas formil, karena hukum yang hidup dalam masyarakat dianggap tidak dapat menjamin kepastian hukum terhadap masyarakat, dalam artian tidak ada hukum tertulis yang mengatur secara jelas tentang sesuatu yang dilarang untuk dilakukan dalam ruang lingkup tempat *living law* itu berlaku (Akbari et al., 2019: 30).

Dalam pandangan lain dengan adanya keikutsertaan masyarakat yang di libatkan oleh para penegak hukum dalam menentukan suatu tindak pidana yang terjadi di dalam ruang lingkup kehidupan masyarakat tersebut maka para penegak hukum dapat menemukan hukum yang jelas agar dapat memenuhi rasa keadilan bagi masyarakat. Sehingga dapat meminimalisir tindakan sewenang-wenang yang bisa dilakukan oleh para penegak hukum ketika menghadapi kasus yang merugikan masyarakat namun tidak ada peraturan yang jelas didalam hukum positif yang mengatur ketentuan pidananya.

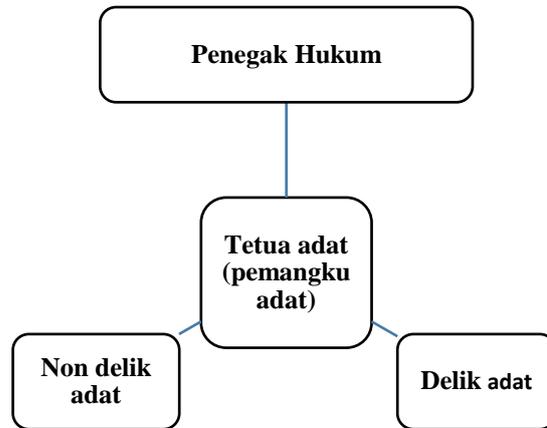
Memang diketahui bahwa ukuran keadilan bisa “subyektif” dan “relatif”, “Subyektif”, karena ditentukan oleh manusia yang mempunyai wewenang memutuskan, dan itu tidak mungkin memiliki kesempurnaan yang absolut. Sedangkan “Relatif”, keadilan diberikan kepada masyarakat sesuai dengan proporsionalnya masing-masing termasuk hak masyarakat untuk mendapatkan kehidupan yang tentram, sehingga pelaku kejahatan didalam masyarakat yang masih menggunakan *living law* sebagai hukum yang mengatur tatanan kehidupan sosialnya juga harus dapat memberikan hukuman sesuai dengan apa yang telah ia lakukan, jangan sampai dengan tidak adanya peraturan perundang-undangan yang jelas pelaku kejahatan di tengah masyarakat malah terlepas begitu saja (Widayati, 2011).

Dari uraian diatas dapat dipahami bahwa kepastian hukum yang sekarang dijalankan hanyalah merupakan kepastian bahwa peraturan perundang-undangan tersebut dilaksanakan sesuai ketentuan yang telah ditetapkan oleh Negara dan masyarakat dianggap telah mengetahui apa yang seharusnya dilakukan dan apa yang seharusnya tidak dilakukan, memang peraturan perundang-undangan dirasa sangat keras dan tegas, oleh karena itulah kepastian hukum yang dimaksud adalah “kepastian



peraturan” dan jauh dari kepastian hukum yang sebenarnya yaitu tujuannya sebenarnya dari kepastian hukum itu adalah menemukan keadilan, dengan artian untuk menemukan keadilan, kepastian hukum mencari cara bagaimana agar pemberlakuan peraturan tersebut dapat memberikan kepastian hukum yang adil sesuai dengan ketentuan pasal 28D ayat (1) UUD 1945, demi memenuhi dan dapat memberikan rasa keadilan bagi masyarakat. Dengan demikian, dalam penegakan hukum harus kembali kepada masyarakat yang tidak lain adalah asal muasal dari munculnya penegakan peraturan tersebut. Sehingga dari pemahaman tersebut kepastian hukum yang sebenarnya adalah kepastian hukum yang dapat memberikan kepastian bukan hanya terhadap hukum tertulis namun juga hukum tak tertulis, karena anggapan terhadap kepastian hukum mengenai hukum itu harus lah tertulis merupakan kepastian peraturan bukan kepastian hukum yang sebenarnya, kepastian hukum yang sebenarnya hukum yang dapat memberikan kepastian sekaligus hukum yang adil, sama halnya jika pelanggaran yang dilakukan tersebut merupakan pelanggaran yang mengancam ketertiban masyarakat dan ketertiban umum, maka kepastian hukum tersebut harus dijalankan meskipun belum ada aturan yang mengatur tindak pidananya. Tidak mungkin hukum hanya melihat suatu tindak pidana yang terjadi dalam masyarakat tanpa adanya tindakan (Tahir, 2012).

Mengenai implementasi Pasal 2 RKUHP dalam perspektif *living law* dan kepastian hukum, Sebagaimana yang telah diuraikan tersebut di atas, rumusan Pasal 2 RKUHP mengakomodir penegakan hukum dengan lebih mengedepankan aspek keadilan sebagai marwah dari hukum itu sendiri. Dengan demikian penegakan asas legalitas tetap dijalankan akan tetapi dalam artian asas legalitas materil dengan tidak saja menegakan hukum tertulis semata, melainkan juga ikut serta dalam penegakan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*). Dengan demikian, paradigma kepastian hukum sebagai tujuan utama dari penegakan hukum yang bercorak legalitas formil dalam KUHP mengalami pergeseran paradigma secara fundamental dalam rumusan RKUHP yakni dari pemahaman formal ke pemahaman material. Karena kepastian hukum yang sesungguhnya tidak boleh mengabaikan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) karena akan menyebabkan ketidakadilan, maka penegakan hukum pidana juga harus mengakomodir keberadaan nilai-nilai luhur yang hidup dalam masyarakat Indonesia demi memberikan keadilan (Akbari et al., 2019:33)



Gambar 2. Korelasi kepastian hukum di dalam penerapan *living law*

Bahkan dengan adanya pengakuan dari berbagai regulasi seperti UUD 1945 dan UU sectoral lainnya sebagaimana telah disebutkan dalam analisa diatas, menandakan bahwa kepastian hukum dapat menjadi landasan bagi *living law* agar bisa ditegakkan, karena *living law* merupakan hukum yang dijalankan didalam masyarakat yang juga memiliki hak-hak yang harus dilindungi oleh kepastian hukum itu sendiri.

Sehingga dalam hal ini tidak ada pertentangan substansial dalam proses penegakan hukum antara aspek *living law* sebagai bagian dari kekayaan nusantara dengan aspek kepastian hukum. Karena kepastian hukum yang sebenarnya adalah kepastian penegakan peraturan tersebut dapat memeberikan keadilan bagi masyarakatnya. Keberadaan *living law* ini merupakan konsekuensi logis dari karakteristik sosiologi dan antroposentris masyarakat Indonesia yang plural dengan pelbagai keberagaman adat istiadat, agama, suku, bahasa dan budaya. Dengan keberagaman tersebut barang tentu masing-masing memiliki corak dan ciri khas tersendiri yang berbeda dengan yang lainnya, corak tersebutlah yang kemudian menjadi hukum yang hidup dalam masyarakat tertentu yang memiliki daya paksa dan daya mengikat yang dijadikan oleh masyarakat sebagai pedoman untuk menemukan suatu keadilan. Keberadaan *living law* di Indonesia dimanifestasikan kedalam pola kebiasaan, hukum adat, dan hukum agama. Bukan hanya berdasarkan pada legitimasi yang diberikan secara yuridis oleh negara namun juga mendapat legitimasi-legitimasi yang jelas secara historis dari para pendiri bangsa (*founding fathers*) serta legitimasi sosiologis yang pada kenyataannya memang masih diberlakukan oleh masyarakat hingga saat ini. Oleh karena itu mustahil kita mengabaikan hukum yang hidup dalam masyarakat ini jika hal itu terjadi sama saja kita melupakan sejarah bangsa Indonesia sendiri yang memiliki keberagaman (Isdiyanto, 2018b).



Kesimpulan

Pengaturan *living law* dalam Pasal 2 RKUHP ialah sebagai satu terobosan penting dalam proses pembaharuan hukum nasional yang sering bertentangan dengan kehidupan masyarakat Indonesia yang memiliki beragam corak budaya. Penegakan hukum pidana dengan memperhatikan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) dapat memberikan rasa keadilan bagi masyarakat oleh karena penegakan hukum pidana tidak lagi bersifat legalitas formil yaitu melalui pendekatan undang-undang belaka, sehingga dengan dimasukkannya rumusan *living law* di RKUHP berarti penegakan hukum pidana Indonesia bisa lebih akomodatif dan partisipatif dalam menjalankan peraturannya. Akan tetapi problem kedepan yang harus segera diantisipasi ialah mengenai implementasi pasal 2 RKUHP tersebut dalam proses penekan hukumnya oleh para penegak hukum. Para penegak hukum dan masyarakat perlu diberikan pembekalan mengenai pemberlakuan *living law* yang ada didalam Pasal 2 RKUHP agar ketika terjadi suatu pelanggaran tindak pidana didalam masyarakat para penegak hukum mengundang masyarakat atau tetua adat setempat untuk dapat menemukan solusi agar permasalahan tersebut dapat di selesaikan sesuai dengan hukum yang berlaku didalam masyarakat tersebut, sehingga hukum didalam masyarakat tersebut tidak terabaikan begitu saja.

Pun demikian dengan korelasi antara pengaturan *living law* dengan aspek kepastian hukum tidak dapat dipisahkan secara tajam. Kepastian hukum dapat menjadi pondasi bagi berlakunya *living law* dalam penegakan hukum Indonesia dikarenakan kepastian hukum juga telah memberikan legitimasi terhadap keberadaan hukum yang hidup didalam masyarakat ini. Sehingga ketika terjadi korelasi antara *living law* dengan kepastian hukum maka kepastian hukum telah menjalankan aturan tertulis yang memang telah mengakui dan melindungi keberadaan *living law* yang memang merupakan jati diri dari masyarakat itu sendiri.

Terdapat satu garis konvergensi antara keduanya sebagai titik temu, antara penegakan *living law* dengan kepastian hukum. Dalam penegakan *living law* kepastian hukum juga menjadi sesuatu yang penting akan tetapi dengan sifatnya yang sedikit lebih fleksibel atau tidak terlalu kaku. Sebagaimana dalam ketentuan pasal 2 RKUHP bahwa keberadaan *living law* tidak serta merta menegasikan prinsip kepastian hukum.

Referensi

- Akbari, A. R., Arsil, Ginting, M. S., Amanda, P. K., & Aziezi, M. T. (2019). *Membedah Konstruksi Buku 1 Rancangan KUHP*. Sekolah Tinggi Hukum Indonesia Jentera.
- Apriyani, R. (2018). Keberadaan Sanksi Adat Dalam Penerapan Hukum Pidana Adat. *Jurnal Hukum PRIORIS*, 6(3), 227-246.



- Arigi, F., & Hantoro, J. (2019). *13 Poin yang Bermasalah dalam RKUHP Versi ICJR*. Tempo.Co. <https://nasional.tempo.co/read/1242031/13-poin-yang-bermasalah-dalam-rkuhp-versi-icjr/full&view=ok>
- Bruggink, J. H. (2015). *Refleksi tentang Hukum Pengertian-Pengertian Dasar dalam Teori Hukum* (B. A. Sidharta (ed.); IV). Citra Aditya Bakti.
- Hadi, S. (2018). HUKUM POSITIF DAN THE LIVING LAW (Eksistensi dan Keberlakuannya dalam Masyarakat). *DiH: Jurnal Ilmu Hukum*, 5(2), 259-266. <https://doi.org/10.30996/dih.v0i0.1588>
- Isdiyanto, I. Y. (2016). *Rekonstruksi Hukum dan Ketatanegaraan Indonesia* (U. P. Yogyakarta (ed.)). UII Press.
- Isdiyanto, I. Y. (2018a). Menakar “Gen” Hukum Indonesia Sebagai Dasar Pembangunan Hukum Nasional. *Jurnal Hukum Dan Pembangunan*, 48(3), 589-611. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.21143/jhp.vol48.no3.1747>
- Isdiyanto, I. Y. (2018b). Problematika Teori Hukum, Konstruksi Hukum, dan Kesadaran Sosial. *Jurnal Hukum Novelty*, 9(1), 54. <https://doi.org/10.26555/novelty.v9i1.a8035>
- Julyano, M., & Sulistyawan, A. Y. (2019). Pemahaman Terhadap Asas Kepastian Hukum Melalui Konstruksi Penalaran Positivisme. *Jurnal Crepido*, 01, 13-22. <https://ejournal2.undip.ac.id/index.php/crepido/>
- Lubis, R. (2020). *Sistem Hukum Menurut Hukum Adat dan Hukum Barat*. 1, 31-36.
- Maladi, Y. (2010). Eksistensi Hukum Adat dalam Konstitusi Negara Pasca Amandemen. *Mimbar Hukum - Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada*, 22(3), 450-464. <https://doi.org/10.20303/jmh.v22i3.272>
- Marzuki, P. M. (2010). *Penelitian Hukum* (VI). Prenada Media Group.
- Mebri, J. A. (2017). Kedudukan Hak Atas Tanah Masyarakat Hukum Adat Untuk Kepentingan Umum. *DiH: Jurnal Ilmu Hukum*, 13(25), 69-84. <https://doi.org/10.30996/dih.v13i25.2223>
- Mertokusumo, S. (2007). *Penemuan Hukum*. Liberty.
- Mertokusumo, S. (2010). *Mengenal Hukum*. Cahaya Atma Pustaka.
- Raharjo, S. (2007). *Biarkan Hukum Mengalir*. Kompas.



- Sabardi, L. (2014). Konstruksi Makna Yuridis Masyarakat Hukum Adat Dalam Pasal 18B Uudn Ri Tahun 1945 Untuk Identifikasi Adanya Masyarakat Hukum Adat. *Jurnal Hukum & Pembangunan*, 44(2), 170. <https://doi.org/10.21143/jhp.vol44.no2.19>
- Salim, M. (2016). Adat Sebagai Budaya Kearifan Lokal Untuk Memperkuat Eksistensi Adat Ke Depan. *Al Daulah : Jurnal Hukum Pidana Dan Ketatanegaraan*, 5(2), 244-255. <https://doi.org/10.24252/ad.v5i2.4845>
- Samosir, S. S. M. (2019). Penerapan Penggunaan Irah-Irah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” dalam Konteks Pencapaian Keadilan. *Jurnal Supremasi*, 9(2).
- Santoyo. (2008). Penegakan Hukum di Indonesia. *Jurnal Dinamika Hukum*, 8(3), 199-204. <https://bit.ly/2FhMAKf>
- Syahbandir, M. (2010). Kedudukan Hukum Adat dalam Sistem Hukum (The Structure of Customary Law In Indonesia’s Legal System). *Kanun*, 4(50), 1-13.
- Syamsudin. (2008). Beban Masyarakat Adat Menghadapi Hukum Negara. *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, 15(3), 338-351. <https://doi.org/10.20885/iustum.vol15.iss3.art9>
- Tahir, A. (2012). Menggali Makna Asas Legalitas dan Perkembangannya di Indonesia. *Al-Mazahib*, 1(2), 271-287.
- Widayati, L. S. (2011). Perluasan asas legalitas dalam RUU KUHP. *Negara Hukum*, 2(2), 307-328.
- Yudho, W., & Tjandrasari, H. (2017). Efektivitas Hukum Dalam Masyarakat. *Jurnal Hukum & Pembangunan*, 17(1), 57. <https://doi.org/10.21143/jhp.vol17.no1.1227>