

## **“Jalan Mundur (dalam) Positivisme Hukum Indonesia”**

(Kritik atas putusan M.K terhadap pembatalan penjelasan pasal 2(1) No.31 Th 99)

Sebagaimana telah diketahui, baru-baru ini Mahkamah Konstitusi (M.K) melalui putusnya telah melakukan pembatalan terhadap penjelasan pasal 2(1) UU No 31 Th 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yaitu tentang diadopsinya *ajaran melawan hukum materiil*. Maksud dari ajaran melawan hukum materiil ini adalah ajaran yang menyatakan bahwa seseorang dapat dipidana atas suatu perbuatannya meskipun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan (baca: hukum tertulis) yakni apabila perbuatan tersebut dianggap tercela karena tidak sesuai dengan rasa keadilan atau norma-norma kehidupan sosial dalam masyarakat (baca: hukum tidak tertulis).

Adapun alasan M.K mengeluarkan putusan ini adalah disebabkan oleh “alasan klasik” demi *kepastian hukum*, melalui penegakan asas legalitas yang jika sebelumnya hanya merupakan meta kaidah dalam terhadap norma undang-undang –dalam hal ini KUHP seperti yang terjabarkan dalam pasal 1- kini rupanya telah menjadi suatu *grundnorm* dengan diadopsinya asas legalitas ini menjadi meta kaidah hukum dasar dalam hal ini UUD 1945 sebagaimana yang tergambar dalam pasal 28 I (1) UUD 1945 hasil amandemen yaitu yang menyebutkan bahwa: “...*dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.*”

Sebagaimana juga prinsip pelarangan analogi, prinsip *non retro aktif* dalam ruang lingkup hukum pidana ini adalah berpangkal pada asas legalitas yang menyebutkan bahwa seseorang dapat dikatakan telah melakukan suatu tindak pidana hanya jika telah diatur oleh suatu perundang-undangan (Prof. Moeljatno, **KUHP**, Bumi Aksara 1996). Adapun tujuan dari asas ini adalah agar jangan sampai seseorang dipidana tanpa adanya dasar hukum yang jelas, atau dengan kata lain untuk menjamin adanya kepastian hukum.

Jika dilihat kesejarahannya, maka pemikiran terhadap perlunya prinsip kepastian hukum ini adalah berasal dari semangat yang digelorakan pada revolusi eropa akhir abad ke-18. Pada saat itu, digelorakan semangat *liberty, equality, and fraternity* yang artinya adalah: kebebasan, persamaan, dan persaudaraan, untuk menghapuskan absolutisme kekuasaan monarkhi feodal dengan segala otoritarianismenya. Salah satu bentuk kesewenang-wenangan kekuasaan pada saat itu adalah seringnya dilakukan penjatuhan hukuman terhadap seseorang hanya atas dasar perkataan raja dan tanpa adanya dasar hukum yang jelas, sehingga begitu revolusi eropa pada paruh akhir abad ke-18 tersebut berhasil dengan ditandai berhasilnya revolusi Perancis melalui tokohnya Napoleon Bonaparte maka mulai dicanangkanlah pemikiran tentang perlunya kepastian hukum melalui pengaturan pola perilaku masyarakat dengan penetapan norma-norma ke dalam hukum tertulis yang dilakukan terlebih dahulu sebelumnya, dan pemilihan bentuk hukum tertulis ini dilakukan karena didasarkan pada keyakinan bahwa hanya dengan bentuk hukum tertulislah maka segala macam norma yang mengatur masyarakat dapat dirujuk dan dilihat dengan jelas dan pasti sehingga nantinya diharapkan dapat menjamin kepastian hukum. Adanya perkembangan pemikiran bahwa segala macam norma atau aturan yang mengatur perilaku masyarakat harus dituangkan dalam bentuk hukum tertulis ini membawa konsekuensi munculnya apa yang dinamakan dengan pemikiran *legisme*, yakni pemikiran yang menyatakan bahwa apa yang dapat disebut sebagai hukum hanyalah undang-undang dan oleh karenanya segala macam norma diluar undang-undang bukanlah hukum.

Pemikiran legisme ini kemudian mendapat kekuatan filosofisnya melalui aliran pemikiran *positivisme hukum* dengan tokoh-tokohnya yang terkenal seperti Hans Kelsen ataupun John Austin. Menurut Kelsen, metodologi ilmu hukum haruslah mengikuti metodologi ilmu pada umumnya (sains) karena menurutnya metode ilmu pada hakekatnya adalah satu, sehingga ruang lingkup hukum haruslah dibersihkan dari segala hal yang sifatnya abstrak dan tidak pasti (positif = pasti) seperti halnya masalah-masalah etika, moral, dan keadilan, sehingga ruang lingkup hukum hanyalah apa yang sudah nyata dan pasti saja yang tidak lain adalah undang-undang.

Di sisi lain, adanya tujuan pengadopsian ajaran melawan hukum materiil dalam UU No. 31 Th 1999 (dan juga pada RUU KUHP yang hingga kini masih belum juga berhasil diselesaikan) salah satunya adalah untuk mengakui, mengangkat, dan mengakomodir eksistensi hukum adat materiil yaitu dalam hal nilai-nilai, kebiasaan, serta norma-norma yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat atau apa yang sering disebut sebagai *the living law*. Jika dipikirkan, maka adanya usaha ini juga terdapat hal positifnya. Antara lain adalah agar hukum senantiasa responsif mengikuti perubahan masyarakat. Pada prinsipnya hukum adalah bersumber dari nilai-nilai di masyarakat. Namun pada prakteknya, seringkali terjadi apa yang dianggap baik atau jelek oleh hukum positif (dalam hal ini undang-undang atau hukum tertulis) ternyata tidak lagi dianggap demikian di dalam masyarakat, dan begitu juga sebaliknya apa yang dianggap normatif dalam masyarakat tidak selalu tercantum dan terakomodasi dalam hukum positif. Hal ini antara lain dapat disebabkan oleh dua hal. **Pertama**, dalam pembentukannya hukum positif tersebut memang tidak menggali dan mencerminkan nilai-nilai masyarakat. **Kedua**, telah terjadi *legal gap* antara hukum positif dengan nilai-nilai dalam masyarakat akibat telah berubahnya nilai-nilai masyarakat ini tanpa diikuti oleh perubahan hukum positif, yang merupakan salah satu kelemahan mendasar dari bentuk hukum tertulis yang memiliki sifat statis, tertutup, dan kaku sehingga sulit untuk berubah dan berkembang sebagaimana yang digambarkan dalam ungkapan: "begitu suatu undang-undang dipositifkan, maka pada saat itu pula ia ketinggalan jaman." Maka jika konsisten pada prinsip bahwa hukum berasal dari nilai-nilai masyarakat, maka hukum haruslah senantiasa sesuai dengan nilai-nilai dan rasa keadilan masyarakat, karena hanya dengan begitulah hukum mampu memenuhi kebutuhan masyarakat. Oleh karena itu hukum harus senantiasa responsif mengikuti perubahan dan perkembangan di dalam masyarakat, dan sudah menjadi hal yang logis jika demi memenuhi tujuan tersebut kemudian diadopsi ajaran melawan hukum materiil agar jika seseorang telah melakukan suatu perbuatan yang mencederai dan bertentangan dengan rasa keadilan masyarakat walaupun tidak diatur dalam undang-undang perbuatan tersebut tetap dapat dihukum.

Namun dengan ditransplantasikannya asas legalitas ke dalam UUD 1945, maka hal ini jelas membawa konsekuensi yang sangat besar dalam keberlangsungan hidup tata hukum Indonesia. Dengan adanya asas legalitas yang kini berfungsi sebagai *grundnorm* ini, maka jelas bahwa dalam tata hukum Indonesia pasca amandemen UUD 45 kini menganut pandangan legisme dan positivisme hukum, dengan begitu khususnya dalam ruang hukum publik –dalam hal ini hukum pidana- muncul kecenderungan bahwa apa yang dianggap hukum hanyalah hukum tertulis (peraturan perundang-undangan) dan di sisi lain hukum yang hidup di masyarakat atau *the living law* menjadi terabaikan (jika tidak dikatakan dinafikan eksistensinya). Penolakan ajaran melawan hukum materiil oleh M.K jelas membuktikan hal tersebut, karena dengan begitu walaupun perbuatan seseorang jelas-jelas melanggar norma-norma dan rasa keadilan masyarakat namun selama perbuatan tersebut tidak melanggar peraturan perundang-undangan

maka hal tersebut tidak bisa dikatakan sebagai perbuatan melawan hukum. “*Onrechtmatigedaad*” telah berubah menjadi “*onwetmatigedaad*”.

Pertanyaannya, apakah demikian tata hukum Indonesia harus dibangun?

Jika melihat pada penjelasan umum UUD 1945 bagian I –yang berlaku hingga sebelum amendemen-, maka di sana dijelaskan bahwa UUD bukanlah satu-satunya hukum dasar negara, UUD hanyalah hukum dasar yang tertulis (*loi constitutionnelle*) dan di luar itu ada hukum dasar yang tidak tertulis. Menurut Prof.Koesnoe, kedudukan hukum dasar yang tidak tertulis adalah lebih kuat dari pada hukum dasar yang tertulis (**Beberapa Masalah Dasar dalam Tata Hukum Kita Dewasa Ini**, Ubhara Press 1997). Dalam penjelasan umum UUD 1945 bag III dijelaskan bahwa hukum dasar negara dikuasai oleh suatu suasana kebatinan dari Undang-Undang Dasar atau yang juga disebut sebagai cita hukum atau *rechtsidee* –yang dalam penjelasan umum bagian II salah satunya dituangkan dalam bagian Pembukaan UUD 1945- untuk kemudian dijabarkan dalam pasal-pasal UUD tersebut. Dikarenakan *rechtsidee* ini menguasai hukum dasar, maka secara logis segala macam aturan hukum yang ada harus tunduk dan menyesuaikan diri dengan *rechtsidee* ini. Pertanyaannya, di manakah *rechtsidee* ini dapat dilihat atau dicari sumbernya? Menurut Prof. Koesnoe, eksistensi *rechtsidee* ini berwujud dalam suasana kebatinan yang hidup dalam masyarakat. Maka dapat disimpulkan bahwa dengan kata lain eksistensi *rechtsidee* dapat dilihat pada norma-norma, nilai-nilai, kebiasaan, serta rasa keadilan yang hidup di masyarakat. Atau dapat dikatakan bahwa *rechtsidee* ini berjalinkan dengan *the living law* yang ada di masyarakat, yang ini berarti hukum tidak tertulis. Inilah mengapa dikatakan hukum dasar tidak tertulis memiliki kedudukan yang lebih kuat dari pada hukum dasar yang tertulis. Justru hukum dasar yang tidak tertulis inilah yang berfungsi sebagai batu ujian bagi hukum dasar yang tertulis beserta seluruh peraturan hukum di bawahnya. Dari penjabaran ini, maka dapat jelas terlihat bahwa sebelum amendemen UUD 1945, hukum tidak tertulis –yang berupa norma-norma, nilai-nilai, serta rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat- tidak saja diakui keberadaannya namun justru memiliki kedudukan yang lebih kuat dibanding dengan hukum tertulis. Hal ini tentu saja akan sejalan dengan prinsip bahwa hukum pada hakekatnya berasal dari nilai-nilai masyarakat sebagaimana dijabarkan di atas, dan juga menjadi suatu hal yang logis jika kemudian diadopsi ajaran melawan hukum materiil.

Pertanyaannya, bagaimanakah nasib dari prinsip tata hukum kita yang berinduk pada *rechtsidee* ini pasca diadakannya amendemen UUD 45? Satu-satunya tempat –secara formal (jika mengikuti pola pikir positivisme, artinya di luar dasar menurut logika filsafat hukum naturalisme)- yang dapat dijadikan rujukan bahwa kita menganut prinsip *rechtsidee* sebagai pijakan dasar segala macam aturan hukum adalah penjelasan UUD 1945 dan kedudukan penjelasan ini setelah amendemen sesuai ketentuan aturan tambahan pasal II adalah sudah bukan bagian dari UUD 1945 secara keseluruhan lagi. Namun meskipun begitu, jika diteliti secara mendalam tidak serta merta bahwa prinsip *rechtsidee* sebagai *grundnorm* ini dinyatakan juga tidak berlaku lagi. Hal ini dibuktikan dengan masih dimasukkannya Pembukaan ke dalam bagian UUD 1945, sedangkan kedudukan dan fungsi dari Pembukaan –sebagai salah satu wujud penguasaan *rechtsidee*- hanyalah dijelaskan dalam Penjelasan Umum UUD 1945 khususnya bagian II dan III. Jika Pembukaan UUD 1945 masih dipertahankan, sedangkan kedudukannya adalah sebagai suasana kebatinan yang menjiwai isi UUD (sebagai *rechtsidee*) maka secara logis hal ini berarti prinsip bahwa *rechtsidee* merupakan *grundnorm* yang oleh karenanya segala macam aturan hukum harus tunduk padanya tetaplah berlaku. Hal ini berarti kedudukan hukum tidak tertulis yaitu berupa nilai-nilai, norma-norma, dan rasa keadilan masyarakat adalah tetap lebih kuat dan berada di atas kedudukan hukum tertulis, yang artinya pula bahwa ajaran

melawan hukum materiil adalah suatu hal yang logis untuk diterapkan dan nantinya untuk terus dikembangkan. Hal ini memang dikarenakan secara filsafati-ontologis hukum haruslah berasal dari masyarakat, dan oleh karenanya harus sesuai dan mengikuti perkembangan *the living law* dalam masyarakat, dan untuk itu jika hanya mendasarkan diri pada undang-undang (hukum tertulis) sebagaimana yang dikembangkan oleh pemikiran *legisme* beserta *positivisme hukum*-nya akan ditemui kesulitan karena bagaimanapun hukum tertulis walaupun memiliki sifat yang lebih jelas dan pasti juga memiliki kekurangan karena bersifat statis, tertutup, dan kaku sehingga akan kurang responsif dalam mengikuti perubahan dan perkembangan.

Oleh karena itu dari penjabaran di atas dapat terlihat bahwa penolakan terhadap adopsi ajaran melawan hukum materiil seperti yang dilakukan M.K dalam putusannya pada khususnya , serta pengadopsian asas legalitas beserta paham *legisme* dan *positivisme hukum* di dalamnya pada umumnya hakekatnya merupakan suatu kerancuan dalam pembangunan tata hukum Indonesia dan tidak lebih sebagai jalan mundur dalam usaha penciptaan hukum yang responsif untuk mencapai tujuan hukum yang berkeadilan masyarakat.

-----  
"Menuju Revolusi Bangsa Indonesia"