
KEDUDUKAN “LEX NE SCRIPTA” DALAM SISTEM HUKUM INDONESIA

A. Widiada Gunakaya
Dosen Tetap Sekolah Tinggi Hukum Bandung

Abstract

The values of Pancasila in our country does not become an ideal principle in every activity of lives. It is not used as a main basis of national law even as the source of all sources of law. The implication is that; in the level of application there are always stagnancy and resistance in the implementation and law enforcement. This is because of there is no “lex scripta” as a norm of positive law which regulates and can become juridical principle to ensnare an unlawful act. Whereas, “lex scripta” norm of law is acknowledged as the norm of law in Indonesia which derives from values of Pancasila as “rechsidee”, “grundnorm”, both in Pancasila and 1945 Constitution, and also judicial authority which merely gives authority to law enforcement apparatus to investigate, sue, punish, and decide an unlawful acts. In the system of law in Indonesia, the position “lex ne scripta” is equal to “lex scripta”. The consequence of law is that; “lex ne scripta” can replace the position of “lex scripta” if in the norm of positive law does not regulate unlawful acts. Related to the compilation of national law system in Indonesia, “lex ne scripta” plays an important role in developing law, especially in the context of determination of legal substance, implementation and law enforcement, and also law behavior.

Keywords: *Pancasila - National Law System - Implementation and Law Enforcement*

A. Pendahuluan

Di republik ini, aktivitas kehidupan berbangsa dan bernegara sampai dengan detik ini semakin jauh dari landasan idiil yang substansinya telah berurat-berakar di bumi Republik Indonesia ini. Sebutlah dalam kehidupan berpolitik yang terkait dengan kehidupan berdemokrasi. Sejak Orde Reformasi, memang kehidupan berpolitik di negeri ini sudah semakin demokratis, tetapi sistem dan model demokrasi macam apa yang telah kita jalankan, kita anut dan bahkan kita agung-agungkan. Dalam tataran praksis, liberalisasi demokrasi sudah menyusup sampai di tingkat politik “balai desa”. Semua keputusan diambil dengan penghitungan suara, tidak lagi dengan musyawarah mufakat. Akibatnya, yang

kalah suara merasa tidak puas, kemudian beserta pengikutnya mereka mengadakan aksi-aksi anarkhis merusak semua fasilitas yang ada di balai desa tersebut. Demikian pula di pihak yang menang suara, mereka juga tidak tinggal diam dengan mengadakan aksi perlawanan, sehingga “tawuran” antar warga tidak dapat dihindarkan. Suasana desa yang tadinya tenang, tentram dan damai, menjadi carut marut dan mencekam. Kejadian seperti ini pada tataran praksis yang lebih luas sering pula terjadi, baik dalam pemilihan bupati, wali kota maupun gubernur, bahkan dalam pemilihan legislatif serta pemilihan presiden dan wakil presiden. Berbagai kemuakan telah disajikan oleh partai-partai dan KPU, baik KPU Daerah maupun Pusat. Disinyalir ada indikasi KPU sebagai

lembaga independen ikut "bermain" untuk memenangkan salah satu pihak. Terjadinya kasus DPT yang mengakibatkan puluhan juta rakyat kehilangan hak suara, juga karena ulah KPU. Selanjutnya, dengan diagendakannya "perdebatan" antar capres dan cawapres yang ditenggarai oleh KPU sebagai cerminan demokrasi, apakah secara materiil memang demokrasi demikian yang dianut oleh Indonesia?. Apakah nenek moyang kita memang mewariskan "perdebatan" seperti itu untuk memilih kepala suku, kepala desa, kepala adat dan kepala-kepala lainnya?. Dimana nilai-nilai musyawarah-mufakat yang terejawantah dalam sila keempat Pancasila dalam kehidupan berpolitik dan berdemokrasi dibawa? Di pihak lain, karena diberikannya doktrinisasi fanatis yang tidak beretiket oleh pengurus partai, di desa-desa dan di kota-kota kecil di daerah telah terjadi anarkis dengan merusak toko-toko, gedung-gedung perkantoran, fasilitas berlalulintas, sampai terjadinya "tawuran" antar pendukung partai yang berakibat saling bunuh. Etika, itulah kata kuncinya. Di Indonesia, dalam hampir semua aktivitas kehidupan sudah tidak lagi mendasarkan pada etika, tetapi pada kepentingannya. Selama ini terjadi selama itu pula ketidaktertiban akan terjadi. Termasuk dalam aktivitas berpolitik, para politikus kita menempatkan etika politiknya "jauh panggang dari api" dalam mencapai tujuannya. Di dalam berpolitik, alih-alih berdemokrasi seolah-olah halal segala cara. Pertanyaannya, apakah demokrasi

individualistis liberalistis yang demikian ini yang akan dianut dan dijalankan dalam negara Pancasila?

Demikian pula dalam kehidupan berekonomi, kita telah dengan sengaja mengemiriskan Pasal 33 UUD 1945, dengan secara diam-diam tetapi pasti menggantikannya dengan sistem ekonomi *neo liberalism* atau ekonomi fundamentalisme pasar atau apapun namanya, yang jelas di republik ini sistem ekonomi Pancasila jelas semakin tergerus. Tolok ukur kesejahteraan menurut sistem ini adalah semakin banyaknya investasi asing dan semakin banyak diperolehnya dana pinjaman.¹ Syarat untuk mendapatkan dana pinjaman adalah, kebijakan ekonomi makro pemerintah harus ramah terhadap investor asing (*investor friendly*). Ini berarti pemerintah Indonesia harus menjalankan *liberalisasi*, *privatisasi*, dan *deregulasi*. Akibatnya, bukannya koperasi raksasa yang banyak ditemukan, tetapi dengan diaplikasikannya ketiga kebijakan" di bidang ekonomi tersebut, korporasi raksasalah yang semakin banyak menggurita yang siap-siap menelan semua aspek kehidupan ekonomi rakyat.

Liberalisasi adalah meminimalisasi peran negara dalam aktivitas pasar. Negara Indonesia wajib membuka pasar finansial dan pasar modal serta membiarkan kompetisi pasar berkembang sendiri. Semua beban dalam bentuk kebijakan fiskal, pajak, tarif, subsidi, dan tenaga kerja ditiadakan. Liberalisasi selalu berpihak pada korporasi-korporasi berskala

¹ Pada tahun 2009 jumlah utang Indonesia semakin banyak karena semakin meningkat setiap tahunnya. Pada tahun ini jumlah utang Indonesia sebanyak 1700 triliun rupiah, pinjaman dari Bank Dunia, negara-negara donor, dan dari negara-negara lainnya, sehingga bayi yang baru lahir pun akan menanggung utang sebanyak 9,7 juta rupiah (Laporan Koran Tempo, 19 Mei 2009).

raksasa. (Bank-bank di Indonesia lebih suka memberi kredit kepada 331 korporat raksasa daripada menyalurkan kredit ke sektor usaha mikro (kecil dan menengah) yang jumlahnya mencapai 44 jutaan. Sistem ekonomi liberal sangat menggerus dan memarjinalkan pengusaha lokal (kecil dan menengah) dan petani miskin. Rakyat dan pebisnis lokal tidak diberi ruang gerak untuk mengakses dan mengenal pasar, sehingga menyulitkan mereka mengakses sumber dana untuk modal usaha.

Deregulasi adalah ketentuan-ketentuan hukum positif tidak mengatur secara ketat peran negara dalam aktivitas pasar, termasuk memudahkan syarat-syarat untuk investasi asing di segala bidang kegiatan bisnis, dan segala keputusan hukum yang menyangkut kebijakan negara, khususnya di bidang ekonomi harus sesuai dengan kepentingan investor asing. Undang-undang parlemen pun harus disesuaikan dengan persyaratan yang disodorkan oleh negara-negara donor. Akibatnya Indonesia kehilangan kedaulatan negara dalam hal menetapkan kebijakan legislasi atau menetapkan 'yurisdiksi legislatif'-nya. Demokrasi memang berjalan, tetapi demokrasi yang mengabdikan pada kepentingan pebisnis, khususnya pebisnis asing. Kepentingan pebisnis ini seringkali menghalalkan segala cara untuk mencapai tujuannya, yakni dengan menyuap aparat pemerintah/negara, membeli supervisi, ber hukum sesuai dengan keinginannya. Akibat dari perbuatan demikian itu korupsi di Indonesia meluas, baik yang terjadi di pemerintah pusat maupun di

pemerintah daerah.

Privatisasi adalah pengalihan perusahaan-perusahaan milik negara ke sektor swasta, termasuk pengalihan tanggung jawab dari publik ke privat. Segala bentuk jaminan bagi pengangguran, dana pensiun dan jaring pengaman sosial bagi kaum miskin ditiadakan. Hal-hal tersebut menjadi agenda negara-negara donor dan negara-negara peminjam untuk meminimalisasi peran negara dari urusan ekonomi rakyat.²

Liberalisasi, deregulasi dan privatisasi merupakan pintu masuk bagi investasi asing ke Indonesia, namun perlu diingat, lembaga-lembaga ekonomi global tidak sendirian mendesak agenda ini, tetapi disertai dan merupakan perpanjangan tangan kebijakan dari komunitas bisnis dan finansial (*International Corporate*) negara-negara maju. Diterapkannya kebijakan "ekonomi fundamentalisme pasar" di Indonesia, nampak iklim ekonomi mikro tidak tumbuh dengan baik karena terjadi kesenjangan antara sektor makro dan mikro. Guna mengatasi hal ini ditempuh kebijakan-kebijakan ekstrim dengan melakukan kebijakan devisa bebas dan membiarkan suku bunga dideterminasi oleh kekuatan pasar. Kebijakan demikian ini dinilai sangat destruktif dan bersifat mekanistik, yang berarti pasar seolah-olah bergerak laksana pendulum yang melaju tanpa kendali dan tanpa pelaku.

Tidak ketinggalan pula dalam kehidupan sosial-budaya, dengan terjadinya revolusi informasi, kita telah dengan sengaja pula membiarkan bangsa

² Ketiga agenda di atas merupakan pilar utama **Washington Consensus** pada th 1990 yang melibatkan lembaga-lembaga ekonomi global dan US Treasury.

ini terabsorpsi, terkontaminasi dan mengimitasi nilai-nilai sosial-budaya individualistis-liberalistis bangsa lain yang sama sekali tidak cocok dengan nilai-nilai bangsa sendiri yang sangat bersifat "kekeluargaan". Akibatnya, integrasi sosial dan ikatan sosial dalam kehidupan bermasyarakat menjadi melemah, karena digeser oleh nilai kehidupan bermasyarakat yang "egoistis". Anggota masyarakat tidak lagi mengacu pada "petatah-petitih" nenek moyang dalam bersikap polah. "*Goreng kubasa, hade kubasa*", dan "*angguh-ungguh*" lainnya, tidak lagi dipedomani dalam bertutur kata. Demikian juga *asas suka duka*, yang artinya dalam situasi dan kondisi apapun suka dan duka harus dirasakan bersama-sama, *asas paras paras*, yang berarti orang lain adalah bagian dari dirinya sendiri, *asas salulung sabayantaka*, yang bermakna baik buruk, mati hidup ditanggung bersama, serta *asas saling asih, saling asuh, dan saling asah*, yang artinya saling menyayangi, saling mengoreksi dan saling membantu, tidak lagi dijadikan landasan bersikap-tindak. Sejatinya, sosialisasi keemapt asas tersebut melahirkan sikap "kekeluargaan" dan "gotong royong". Maknanya adalah: di antara kita satu sama lain harus berperilaku saling kasih mengasihi, saling memperhatikan, dan saling tolong menolong dalam irama kerjasama yang harmonis, karena kita pada hakikatnya adalah satu saudara yang berasal dari Satu Pencipta.

Kenyataannya apa yang terjadi, di satu sisi telah menurunnya solidaritas sosial, ditenggarai dengan munculnya perilaku-perilaku tertentu seperti ketidakacuhan, kesibukan dengan urusan pribadi,

ketidakpedulian terhadap sesama, menurunnya solidaritas sosial, dan menurunnya disiplin pribadi, seperti munculnya berbagai pola perilaku mau menang sendiri, kurangnya kepatuhan terhadap etika dan hukum atau peraturan-peraturan yang berlaku. Di sisi lain, terjadi peningkatannya perilaku agresif, seperti tingkah laku kekerasan, baik berupa pengerusakan, kebrutalan, pembunuhan, perampokan, perkosaan, dan pertikaian fisik (tawuran) antar pelajar dan antar kampung, juga meningkatnya kecenderungan gaya hidup materialistik, seperti wabah korupsi menyebar secara sistemik, serta terjadinya kejahatan-kejahatan ekonomi lainnya. Dari semua itu yang lebih membahayakan lagi adalah, melunturnya fungsi utama keluarga sebagai sarana untuk menyiapkan anggota keluarganya untuk hidup bermasyarakat, dan menurunnya penghayatan terhadap ajaran-ajaran agama.

Faktor-faktor di atas merupakan insiden kritical bagi manusia Indonesia, yang pada dewasa ini cenderung bersikap instrumental, egosentris, kurang peka terhadap lingkungan, konsumtif, terlalu berorientasi pada materi, hedonistik serta menghalalkan segala cara untuk memenuhi kepentingan pribadinya. Dalam hal bersosialisasi dan berinteraksi, tidak lagi dilakukan berdasarkan kasih sayang, akan tetapi berdasarkan kepentingan. Keramahtamahan dan rasa hormat terhadap seseorang atau sekelompok orang dilakukan secara semu, karena seringkali dilandasi atas kepentingan-kepentingan tertentu. Sikap-sikap hidup bersosialisasi demikian ini sangat bertentangan dengan konsep "pandangan

hidup” Pancasila yang terimplementasi ke dalam asas-asas atau “petatah-petitih” sebagaimana dikemukakan di atas. Lunturnya nilai-nilai sosial budaya bukanlah suatu karangan belaka, karena di masyarakat memang telah terjadi tigrak polah “semau gue”, tidak santun dan tidak berbudi pekerti yang dilakukan oleh para remaja. Dalam pergaulan antar muda mudi, telah dilakukan “pergaulan bebas” bahkan “sex bebas” baik antar jenis kelamin apalagi yang berbeda kelamin. Media massa melaporkan, di kota-kota besar telah terjadi kehidupan pranikah, sehingga banyak kondom ditemukan berserakan di tempat-tempat kost seperti di Jakarta, Medan, Bandung, DIY, Surabaya, Bali bahkan di kota-kota kecil sekalipun.

Bagaimana dengan kehidupan ***berhukum***? Apakah kita telah menggunakan Pancasila sebagai landasan idiilnya? Juga, apakah kita telah menggunakan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum? Kita secara sadar telah tidak menggunakan Pancasila, baik sebagai landasan idiil maupun sebagai sumber dari segala sumber hukum. Kita secara sadar telah menggunakan landasan idiil lain yang sama sekali tidak cocok dengan substansi dari landasan tadi. Padahal **Pancasila** oleh bangsa Indonesia telah disepakati sebagai landasan idiil dalam setiap beraktivitas, termasuk dalam berhukum. Bahkan, kesepakatan nasional tersebut yang secara konstitusional dituangkan dalam Pembukaan UUD 1945 telah disepakati pula untuk tidak dilakukan perubahan, apa lagi menggantinya dalam setiap dilakukan amandemen terhadap pasal-pasal (“batang tubuh”) UUD 1945. Tetapi, mengapa sampai kini pengingkaran

terhadap “kesepakatan bangsa” tersebut secara sistemik tetap terus terjadi. Aktivitas berhukum yang dimaksud, tidak hanya dalam hal penegakan hukum *an sich*, tetapi juga dalam pembuatan hukum dan “berperilaku hukum”. Kasus Prita misalnya, yang semula diadakan melakukan pencemaran nama baik Pasal 310 dan fitnah Pasal 311 KUHP, tetapi jaksa mendakwa dengan Pasal 27 ayat (3) UU No. 11 Th. 2008 tentang Informasi dan Transaksi Elektronik (ITE), adalah contoh menyesatkan yang ditontonkan dalam berhukum oleh “penguasa hukum”. Hukum yang dikuasai oleh penguasa hukum tadi, pembuatannya kerap kali tidak berpijak pada nilai-nilai Pancasila sebagai landasan idiilnya. Apalagi *ius operatum*-nya seringkali mengingkari keadilan sosial.

Demikian pula perilaku hukum masyarakat, sering pula tidak merefleksikan nilai-nilai budaya bangsa. Dalam berhukum mereka menganut prinsip “***kepentingan***”. Bisa demi kepentingan “*status quo*” penguasa, bisa atas nama kepentingan negara lain, bisa untuk kepentingan lembaga keuangan dunia (*world bank*, IMF atau yang lainnya dalam rangka memberikan pinjaman kepada Indonesia), bisa untuk kepentingan konglomerat (misalnya: korporat raksasa atau investor asing: mereka mau invest di Indonesia, asalkan Indonesia mau ***menderegulasi*** ketentuan-ketentuan yang menyangkut perbankan, perindustrian, perdagangan, perpajakan, dan lainnya yang berhubungan dengan seluk beluk investasi). Mereka ini, juga mensponsori pembuatan dan sekaligus penegakan dan penerapan hukum sesuai dengan kepentingannya, sehingga

"kedaulatan negara" di bidang hukum menjadi dikebiri. Dalam ber hukum bisa juga untuk kepentingan diri sendiri, keluarga dan perusahaan, seperti kasus BLBI, termasuk kasus Rumah Sakit Omni "Internasional" yang nyata-nyata menggunakan nama atau kata "internasional" untuk membohongi publik. Padahal di Indonesia satupun belum ada rumah sakit yang betul-betul bertaraf internasional. Ujung-ujungnya adalah untuk meraup keuntungan yang sebanyak-banyaknya. Untuk kepentingan lembaga adalah kasus Joko Candra (*cessi* Bank Bali) yang PK-nya diajukan oleh Jaksa, padahal yang berhak mengajukan PK adalah terpidana atau ahli warisnya.

Begitu pula untuk kepentingan suku, ras, golongan, politik, agama dalam berperilaku hukum dan atau ber hukum sudah merupakan tontonan biasa di Indonesia, sehingga awam hukum beranggapan bahwa ber hukum demikianlah yang "benar". Kebanyakan aparat hukum, termasuk pengacara dalam ber hukum semata-mata hanya untuk

kepentingan diri sendiri (untuk karier, jabatan dan yang terpenting untuk memenuhi angan-angan kemewahannya), kepentingan korp atau nama baik lembaganya, untuk kepentingan profesinya, dan bukan untuk hukum itu sendiri apalagi untuk dan atas nama keadilan. **Satjipto Raharjo** telah lama mengingatkan:

"Berhentilah bermain-main dengan hukum, jadi pembuat hukum, jadi hakim, jaksa, maupun pengacara janganlah membuat atau menjalankan hukum untuk kepentingan-kepentingan tertentu, selain untuk kepentingan keadilan".³

Di Indonesia, bukannya "kedaulatan hukum" dan atau "kedaulatan negara" sebagai "panglima", tetapi semua kepentingan-kepentingan yang disebutkan tadi, terkardinal kepentingan politik⁴ dan ekonomi. Akibatnya, "kedaulatan hukum" termemarjinalkan dan "kedaulatan negara", terutama kekuasaannya dalam menetapkan

³ Satjipto Rahardjo, Kuliah Sosiologi Hukum, pada Program Pascasarjana bidang Ilmu Hukum (S2) Universitas Diponegoro, Semarang, Tahun 1990.

⁴ Kendatipun disadari: "*law is produced by political power*", namun perlu ditanyakan, pertama: '*sampai batas mana kekuasaan politik itu harus berhenti dalam ber hukum*'? Kedua: '*sejauhmana kekuasaan politik yang dimiliki dibolehkan untuk digunakan sebagai wewenang dalam mengimplementasikan "kepentingan" tadi dalam ber hukum*'? Ketiga: '*lembaga politik mana yang diberikan kekuasaan sebagai lembaga kontrol untuk setiap saat mengendalikan perilaku-perilaku kekuasaan politik seperti itu*'. Sesungguhnya pertanyaan-pertanyaan tersebut bukan merupakan domain dari ilmu hukum, bahkan sama sekali tidak bermakna dalam dogmatik ilmu hukum. Akan tetapi, pertanyaan-pertanyaan tersebut sekalipun menjadi domain dari ilmu politik, namun sangat perlu diketahui jawabannya, karena sangat berimplikasi bahkan sangat signifikan pengaruhnya dengan aktivitas kita dalam ber hukum, termasuk pula dalam pendidikan hukum. Ilmuwan hukum hendaknya menyadari, bahwa dalam perkembangan ilmu hukum, bukan jamannya lagi memaknai hukum sebagai fenomena tersendiri terlepas dari fenomena sosial lainnya. Hukum tidak lagi imun dan tidak lagi terbebas dari gejala-gejala sosial tadi. Bahkan, insan hukum secara sadar harus memperhitungkan pengaruh-pengaruh dari gejala-gejala sosial tadi terhadap aktivitas ber hukum, dan harus pula diperhitungkan 'sejauhmana dalam aktivitas ber hukum hasilnya berpengaruh terhadap gejala-gejala sosial tadi. Namun, kendatipun hukum itu bukan fenomena yang bersifat otonom, karena dibentuk oleh berbagai fenomena lain dalam suatu proses interaksi antar fenomena, tetapi hukum harus tetap berpusat dan dipusatkan pada masyarakat, baik sebagai adresat pengaturan hukum serta tempat berlakunya hukum, maupun sebagai sistem sosial yang ikut mempengaruhi dan menentukan aktivitas ber hukum itu sendiri. Sehingga secara tidak langsung bentuk, sifat dan karakteristik masyarakat akan terefleksi, baik dalam bentuk, penegakan maupun perilaku hukumnya. Jadi, sesungguhnya hukum itu merupakan suatu entitas yang sangat kompleks, meliputi kenyataan kemasyarakatan yang majemuk, multi aspek, dimensi dan faset, sehingga menyerupai 'prisma multifaset' yang tidak dapat dilihat hanya dari satu sudut pandang semata.

yurisdiksi legislasi, yurisdiksi yudisial dan yurisdiksi penegakkan/penerapan hukum menjadi sangat bergantung pada "pesan sponsor".

Di sisi lain, aktivitas ber hukum di Indonesia terutama dalam tataran aplikasi hukum sering kali mengalami stagnan, di samping disebabkan karena hal-hal di atas, juga karena tidak adanya "kaidah hukum tertulis" yang mengatur tentang suatu perbuatan hukum. Pada tataran yudikasi aparat hukum menjadi tidak berani menyentuh kasus hukum seperti itu, dengan alasan tidak ada dasar hukum yang dapat dijadikan sebagai landasan yuridis untuk menjerat perbuatan demikian. Padahal UU Kekuasaan Kehakiman nyata-nyata telah memberikan kewenangan, bahwa: "*Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila*". Pada ketentuan berikutnya juga ditegaskan, bahwa: "*Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat*".⁵ Dengan demikian, jika aparat penegak hukum ingin menegakkan hukum dan keadilan, maka sesungguhnya sangat tidak beralasan bila kasus-kasus hukum seperti itu tidak dapat disentuh oleh hukum, kecuali aparat tadi tekadnya adalah "menegakkan undang-undang".

Apabila secara tertulis yang merupakan "*lex scripta*" tidak ada ketentuannya, maka peradilan negara, dalam hal ini polisi atau penyidik, jaksa penuntut umum, dan hakim, dapat

menerapkan dan menegakkan hukum serta mengadili dan memutus kasus yang tidak memiliki dasar "*lex scripta*" tersebut, dengan hukum yang berbentuk "*lex ne scripta*". (Ingat : pertama, hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan dengan alasan tidak ada hukum yang mengatur, kedua, hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, ketiga, jika hakim memutus berdasarkan ketentuan hukum tidak tertulis ("*lex ne scripta*"), maka hakim dalam putusannya tersebut di samping harus memuat alasan-alasan dan dasar-dasar putusan itu, juga hakim harus memuat pula sumber hukum dari hukum tidak tertulis tersebut).⁶ Ini artinya, peradilan negara dapat menggunakan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat tadi itu sebagai kaidah hukum untuk menyidik, menuntut, mengadili dan memutus kasus-kasus seperti itu.

Permasalahan dalam tulisan ini dapat dirumuskan, bahwa dalam aktivitas ber hukum di Indonesia terutama dalam tataran aplikasi senantiasa mengalami stagnan atau resistensi, terutama dalam penerapan dan penegakan hukum pidana. Hal ini, disebabkan karena tidak adanya "*lex scripta*" sebagai kaidah hukum positif yang mengatur dan yang dapat dijadikan landasan yuridis untuk menjerat suatu perbuatan yang menurut kaidah hukum "*lex ne scripta*" merupakan perbuatan melawan hukum secara materiil. Padahal "*lex ne scripta*" dijamin keberadaannya,

⁵ Vide Pasal 3 ayat (2) jo. Pasal 28 ayat (1) UU No. 4 Th. 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

⁶ Pasal 25 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman No. 4 Th. 2004 menetapkan : "Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau *sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili*". (Kursif. pen.)

baik di dalam Pancasila maupun UUD 1945. Demikian pula UU Kekuasaan Kehakiman, nyata-nyata telah memberikan kewenangan untuk menyidik, menuntut, mengadili dan memutus perbuatan-perbuatan melawan hukum seperti itu. Sehubungan dengan hal tersebut, signifikan dicari dan ditemukan pokok permasalahannya untuk kemudian dilakukan elaborasi dengan menggunakan telaah Pancasila sebagai *cita hukum* (*rechtsidee*) maupun sebagai *norma dasar* (*grundnorm*) atau sebagai *norma fundamental negara* (*staatsfundamentalnorn*) atau sebagai *norma hukum tertinggi* yang pokok-pokok pikirannya dirumuskan dalam Alinea IV Pembukaan UUD 1945. Kemudian telaah terhadap pokok permasalahan disinergikan dengan **Sistem Hukum Indonesia**. Pokok-pokok permasalahannya adalah :

1. Sejauhmana "*lex ne scripta*" diakui sebagai kaidah hukum di Indonesia?.

2. Bagaimanakah kedudukan "*lex ne scripta*" dalam sistem hukum Indonesia?.

B. Pembahasan

1. "*Lex Ne Scripta*" Sebagai Kaidah Hukum Di Indonesia

a. "*Lex Ne Scripta*" dan "*Lex Scripta*"

Di dalam aktivitas ber hukum, "*lex ne scripta*" kerap kali dihadapkan dengan "*lex scripta*". Memang antara satu dengan yang lainnya seolah-olah nampak memiliki perbedaan karakteristik, bahkan sama-sama bersitegang. Namun, jika diteliti lebih lanjut masih terdapat persamaan hakiki, terutama jika dilihat dari sumber isi kaidah hukumnya, normativitas keberlakuannya, dan peruntukannya sama-sama untuk ketertiban masyarakat dalam rangka mencapai keadilan. Oleh karena itu, menurut hemat penulis, dalam aktivitas ber hukum antara "*lex ne scripta*" dengan "*lex scripta*" supaya tidak dikhotomikan.⁷ Bahkan harus dipandang sebagai

⁷ Negara penganut "*civil law system*" dan "*common law system*" seolah-olah benar-benar mendikhotomikan antara "*lex ne scripta*" dengan "*lex scripta*". Penganut "*civil law system*" menilai "*lex ne scripta*" bukan merupakan hukum karena bentuknya "*ne scripta*", sehingga tidak bersifat "*stricta*" apalagi "*certa*", (bahkan oleh Mahkamah Konstitusi, hukum demikian ini dinilai melanggar UUD 1945 Pasal 28D ayat (1) tentang "*kepastian hukum yang adil*" dalam putusan *judicial review*-nya Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006). Sedangkan penganut "*common law system*" mengkonstatir "*lex scripta*" sangat rigid dan selalu ketinggalan karena tidak mampu mengikuti perkembangan masyarakat, dan ilmu pengetahuan. Kendatipun mengklaim diri, bahwa "*lex scripta*" bersifat pasti, namun putusan pengadilannya bersifat "*inconsistency*" karena tidak menganut sistem "presedent" yang bersifat mengikat (*binding*). Demikian di antaranya perdebatan penganut sistem hukum yang berbeda tersebut, akan tetapi jika ditelisik lebih jauh, di dalam perkembangannya di Inggris negara yang dikenal sebagai penganut "*common law system*" sejak dari dulu telah mengkodifikasikan hukumnya terhadap perbuatan-perbuatan tertentu ke dalam "*law act*", kendatipun masih bersifat kodifikasi parsial, seperti : *Offences against the Person Act* tahun 1861, *Prejury Act* th 1911, *Sexual Offences Act* th 1956, *Abortion Act* th 1967, *Theft Act* th 1968 dan lain sebagainya. Sedangkan Belanda sebagai penganut "*civil law system*" telah pula melakukan 'revolusi' hukum terhadap "*lex scripta*" melalui **Arrest Hoge Raad tanggal 31 Januari 1919** dalam perkara perdata antara Lindenbaum dan Cohen, telah merumuskan pengertian "*onrechtmatig*" yang diatur dalam Pasal 1365 BW dengan rumusan yang baru sama sekali, yakni bahwa "*onrecht*" itu tidak lagi hanya berarti "*wat in breuk maakt op eens anders recht of in strijd is met des daders rechtsplicht*" (apa yang bertentangan dengan hak orang lain atau yang bertentangan dengan kewajiban hukum si pelaku), melainkan juga "*wat indruist betzij tegen de goede zeden, betzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt t.a.v. eens anders persoon of goed*" (apa yang bertentangan baik dengan *tata susila* maupun dengan *kepatutan dalam pergaulan masyarakat*, yakni yang berkenaan dengan perhatian yang harus diberikan kepada orang lain ataupun kepada harta benda orang lain). Ini berarti, ditinjau dari sejarah pembentukan UU, bahwa pengetahuan "*wederrechtelijk*" itu tidak harus dibatasi hanya sebagai "*in strijd met het gescreven recht*" atau hanya "*bertentangan dengan hukum yang tertulis*" saja, tetapi juga hukum tidak tertulis ("*lex ne scripta*"). Di dalam Hukum Pidana tercatat *arrest* yang sangat terkenal yakni *Arrest Dokter Hewan* berdasarkan **Arrest Hoge Raad tanggal 20 Pebruari 1933**.

komplementer bagi yang lain dalam rangka mencapai tujuan hukum, tidak terkecuali di Indonesia.

Dilihat dari segi bentuknya, yang disebut pertama berbentuk kaidah hukum 'tidak tertulis', sedangkan yang kedua berbentuk kaidah hukum 'tertulis'. Demikian pula ditinjau dari segi pembentukannya, yang pertama dibentuk oleh masyarakat dan atau oleh suatu komunitas tertentu, sehingga sifatnya sangat 'materiil' namun tetap bersifat normatif. Masyarakat yang dimaksud di sini bisa masyarakat lokal, nasional, regional dan internasional. Komunitas yang dimaksud bisa berupa komunitas ilmiah, komunitas profesional, komunitas keagamaan, dan komunitas kelembagaan. Sedangkan yang disebut kedua, dibentuk oleh suatu lembaga resmi yang berwenang, sehingga sifatnya sangat 'formal', yuridikal dan normatif. Jika dilihat dari isi kaidah hukumnya, "*lex ne scripta*" berisi nilai-nilai panutan yang hidup dan berlaku serta sangat dipatuhi oleh masyarakat atau komunitas yang bersangkutan. Oleh karena itu, "*lex ne scripta*" bagi masyarakat atau komunitas tadi dipandang sebagai suatu "*asas legalitas materiil*", karena keberlakuannya sangat normatif bagi masyarakat atau komunitas tersebut dalam rangka ketertiban masyarakat untuk mencapai keadilan. Namun, mengingat ketertiban yang hendak dituju untuk mencapai keadilan pada umumnya tidak diformulasikan melalui sarana hukum yang diakui oleh negara, maka keadilan yang hendak dicapainya pun sangat bersifat materiil (keadilan materiil). Sedangkan isi kaidah hukum dari "*lex scripta*" sejatinya diambil pula (*take*

over) dari nilai-nilai tertentu yang menjadi panutan hidup yang berlaku dalam masyarakat atau dalam suatu komunitas tertentu. Hanya normativitas keberlakuannya oleh negara diresmikan atau diformalkan melalui (pembentukan) undang-undang. Akan tetapi jika ada nilai-nilai sosial lainnya yang secara formal tidak ditetapkan dan tidak diberlakukan sebagai kaidah hukum dalam undang-undang, maka nilai-nilai sosial tersebut tidak dipandang sebagai suatu kaidah hukum. Oleh karena itu asas hukum yang ditimbulkan dalam "*lex scripta*" adalah "*asas legalitas formal*". Dan mengingat ketertiban untuk mencapai keadilan diformulasikan dalam suatu kaidah hukum yang ditetapkan keberlakuannya melalui sarana hukum berupa undang-undang, sehingga lebih memiliki "kepastian hukum", maka keadilan yang hendak dicapainya pun keadilan menurut undang-undang (keadilan formal).

Bagi negara Indonesia bentuk hukum manakah yang harus diakui, apakah "*lex ne scripta*" atau "*lex scripta*"? Di atas telah dikemukakan, hendaknya kedua bentuk hukum tersebut jangan dikhotomikan, karena sebagaimana telah dipaparkan pada catatan kaki nomor 8 antara satu dengan yang lain sama-sama memiliki kelebihan dan kelemahan. Pada akhirnya kita ketahui pula, bahwa Inggris sebagai negara penganut "*common law system*" untuk mengatasi kelemahannya menghendaki hukumnya berbentuk tertulis yang dikodifikasikan dalam satu kitab, kendatipun kodifikasinya baru bersifat parsial. Sedangkan negeri Belanda yang menganut "*civil law system*" juga telah mengadakan revolusi hukum untuk

mengatasi kelemahannya, yakni dengan menambah kaidah-kaidah hukum tidak tertulis dalam perumusan Pasal 1365 BW-nya. Berdasarkan kelebihan dan kelemahan tersebut, negara Indonesia yang bukan penganut murni "*civil law system*", karena sejatinya dan harus diakui bahwa hukum asli bangsa Indonesia adalah hukum tidak tertulis (hukum adat) yang sampai dengan saat ini masih hidup, berlaku, dipanuti dan dipatuhi.⁸ Maka dalam berhukum hendaknya "*lex scripta*" dan "*lex ne scripta*" satu dengan yang lain harus senantiasa dikomplementasikan. Jadi, dalam sistem hukum Indonesia, (bentuk) hukum yang harus diakui adalah "*lex scripta*" dan "*lex ne scripta*". Pengakuan terhadap kedua bentuk hukum demikian itu berimplikasi pada aktivitas berhukum, yakni : "Di dalam berhukum, tidak hanya "*lex scripta*" saja yang ditegakkan dalam rangka memenuhi "*the rule of law*", tetapi "*lex ne scripta*" perlu juga ditegakkan sebagai aturan yang berlaku di dalam masyarakat untuk mencapai "*the rule of justice*" ("*the rule of social cohabitation*").

Namun pada kenyataannya, "*lex ne scripta*" seolah-olah menjadi tersisih karena adanya pengaruh yang kuat dari paham legisme yang dibawa oleh kolonial Belanda ketika mulai menjajah bangsa Indonesia dengan mengaplikasikan "*lex scripta*". Belanda sendiri menganut paham

demikian, karena dipengaruhi juga oleh kolonial Jerman ketika menjajah bangsa Belanda. Ditinjau dari disiplin perbandingan hukum, bangsa-bangsa atau negara-negara tadi itu dan juga bangsa-bangsa atau negara-negara lainnya yang termasuk dalam negara-negara Eropa Kontinental memang sebagian besar bentuk hukumnya tertulis karena menganut paham legisme. Sejalan dengan perkembangan zaman dan karena telah sedemikian lamanya Indonesia dijajah oleh Belanda, sehingga bangsa Indonesia sendiri seolah-olah sudah terbiasa menggunakan bentuk hukum "*lex scripta*" yang sejatinya dilandasi oleh paham liberalistis dan individualistis.

Jadi, dapat dikatakan bangsa Indonesia sendirilah yang menyisihkan, kurang menghormati dan kurang menghargai hukumnya sendiri yang sejatinya dilandasi oleh nilai-nilai kekeluargaan sebagai nilai-nilai bangsa sendiri. Untuk kepastian hukum, bentuk hukum "*lex scripta*" memang penting, **tetapi bukan "terpenting"**, karena kelemahan-kelemahan yang melekat yang merupakan "cacat" dan terbawa dari sejak hukum tertulis itu dilahirkan, yakni: sangat bersifat kaku, selalu tertinggal oleh perkembangan jaman, sangat terbatas dalam mengakomodasi dan mengatur substansi hukum, bahkan demi mengutamakan dan mengkardinalkan

⁸ Harkristuti Harkrisnowo, menyatakan bahwa: "...Berbagai kitab hukum kuno dan juga hukum adat dari berbagai daerah telah menyiratkan tujuan dari respons yang dibuat khusus dalam hal terjadinya pelanggaran terhadap aturan bersama. Sayang sekali sejarah hukum (pidana) tidak banyak mendapatkan perhatian, apalagi tentang naskah-naskah yang ditulis sebelum kedatangan Belanda ke Indonesia. Dengan sedikitnya perhatian para akademisi untuk menggali sumber-sumber hukum kuno, maka lengkaplah penderitaan khasanah hukum (pidana) kuno di Indonesia. Akibatnya, naskah-naskah kuno, kakawin, papakem, babad, jayapatra, prasati, dan lontar yang tersebar di berbagai wilayah Indonesia hampir tidak tersentuh, kecuali di Bali dengan adanya "awig-awig" yang sampai saat ini masih dipergunakan untuk hal-hal tertentu, serta di Sulawesi Selatan dengan Lontara Latoanya". Lihat: Harkristuti Harkrisnowo, "Tantangan dan Agenda untuk Hak-hak Anak (suatu usulan pemikiran)". Jurnal Komisi Hukum Nasional (KHN), kumpulan karya ilmiah anggota KHN, WWW//Komisi Hukum Nasional RI, Jakarta, 2003, hlm. 13.

kepastian hukum, keadilan materiil dengan sengaja disisihkan, keadilan UU-lah yang diutamakan. Semua “cacat” yang disebutkan tadi itu tidak dimiliki oleh hukum *“lex ne scripta”*. (Bentuk) hukum demikian ini, akan selalu berkembang mengikuti dinamika perkembangan masyarakat dan bangsanya. Jadi bersifat fleksibel, substansi hukum akan selalu sesuai dengan perkembangan jaman, dan keadilan materiil yang dikardinalkan. Hanya kelemahannya tidak menyurutkan kepastian hukum. Akan tetapi kelemahan ini sesungguhnya dapat diatasi dengan menganut asas *stare decisis* sebagaimana dianut dalam sistem hukum *Common Law* yang sejatinya juga memiliki karakteristik yang sama dengan hukum asli bangsa Indonesia. Asas seperti itu sebenarnya oleh MA telah diterapkan dalam sistem peradilan Indonesia. MA akan menolak putusan pengadilan tingkat bawahnya, jika putusan dimaksud tidak mengikuti kaidah-kaidah hukum yang telah ditetapkan terlebih dahulu di dalam yurisprudensi dalam menghadapi kasus-kasus konkrit yang substansinya sama. MA menerapkan hal ini, karena di dalam sistem peradilan Indonesia sesungguhnya menganut *“kewajiban etis”* dan *“kewajiban praktis”*. Dimaksud dengan “kewajiban etis”, yurisprudensi diikuti karena atas dasar tuntutan untuk menghormati putusan peradilan tertinggi. Sedangkan “kewajiban praktis”, yurisprudensi diikuti karena berkaitan dengan kewajiban MA sebagai lembaga peradilan tertinggi harus menjaga dan menjamin kesatuan dan keseragaman penerapan hukum, dalam rangka pembinaan hukum untuk menuju pada satu sistem hukum dan peradilan nasional.

Dengan demikian, di dalam peradilan dengan menggunakan asas atau “kewajiban” seperti itu sesungguhnya prinsip kepastian hukum secara tidak langsung akan tetap terakomodasi dan terjamin keberlangsungannya, sehingga tertib hukum dalam penyelenggaraan peradilan dengan sendirinya akan tercipta pula.

Hal di atas itulah di antaranya yang melandasi mengapa secara materiil keberadaan hukum tidak tertulis itu atau *“lex ne scripta”* menjadi “penting” di samping hukum formal atau *“lex scripta”* yang bentuknya tertulis. Hukum formal ini “penting” karena memang keterikatan kita terhadap asas legalitas, tetapi hukum materiil menjadi penting juga karena hukum formal itu diperuntukkan bagi setiap anggota masyarakat, ‘apakah substansi hukum formal itu masih sesuai dengan nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat itu sendiri, sehingga hukum dimaksud dirasakan adil’. Di sinilah hukum formal atau *“lex scripta”* demikian itu perlu diuji dan dikaji kaidah hukumnya secara materiil.

Namun pada dewasa ini, yang diberlakukan hanyalah *“lex scripta”* saja (vide Putusan *Judicial Review* Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-IV/2006 tanggal 25 Juli 2006). Seharusnya di samping memperhatikan pendapat di atas, hakim Mahkamah Konstitusi harus bercermin pada suatu kenyataan, bahwa di daerah-daerah di Indonesia masih terdapat ketentuan hukum yang tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat dan berlaku sebagai hukum di daerah tersebut (*the living law*). Hal demikian terdapat, baik dalam ranah hukum

perdata, waris maupun hukum pidana (tindak pidana adat). Seharusnya hukum demikian diberikan dasar hukum yang mantap mengenai berlakunya hukum tidak tertulis maupun hukum adat. Bukannya dimarjinalkan apalagi dinyatakan "tidak mengikat secara hukum". Soal yang harus dijawab adalah : 'apakah Mahkamah Konstitusi menjamin, bahwa "*lex scripta*" telah mengatur segala hal yang berkaitan dengan obyek permasalahan yang ditetapkan dalam suatu undang-undang'? Padahal pengakuan terhadap ketentuan hukum tidak tertulis yang hidup di dalam masyarakat (*the living law*) dan atau hukum adat adalah untuk lebih memahami rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat tersebut. Hanya saja *the living law* tersebut sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila, bila perlu harus pula sesuai dengan prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa" dunia ini (masyarakat Internasional).

Sinergi dengan permasalahan di atas, Kongres ke-6 PBB mengenai *The Prevention of Crime and The Treatment of Offenders* telah melaporkan bahwa:

"Often, lack of consistency between laws and reality was criminogenic the farther the law was removed from the feeling and the values shared by the community, the greater was the lack of confidence and trust in the efficacy of the legal sistem".⁹

Apabila komponen substansial dari suatu kaidah hukum seperti yang

dilaporkan oleh Kongres ke-6 PBB di atas, maka oleh masyarakat tentu dirasakan sebagai "*unjustice law*". Jika aparat hukum secara positivist legalistik tetap menerapkan kaidah hukum seperti ini, maka di dalam proses penegakannya akan terjadi pula "*undue process of law*", sebab secara positivist legalistik aparat tadi akan mengaplikasi hukum secara *preskriptive*. Ini berarti kepatuhan aparat hukum terhadap hukum akan mengundang problema hukum. Di lain pihak, dengan adanya hukum positif seperti itu, jangan harap masyarakat akan bangkit kesadaran hukumnya untuk mematuhi hukum demikian, kecuali penegakan hukumnya dilakukan secara represif. Menghadapi situasi seperti ini tentu masyarakat akan bersikap apatis dan fatalis. Artinya hakikat penegakan hukum tidak lagi merupakan proses penyesuaian antara nilai-nilai, kaidah-kaidah dan pola perilaku nyata, yang bertujuan untuk mencapai kedamaian,¹⁰ tetapi justru dimaknakan sebagai bencana yang akan menciptakan *ketidakkedamaian* dan *ketidakadilan*.

Pengujian hukum secara materiil oleh Mahkamah Konstitusi di atas, sejatinya telah menerapkan ajaran-ajaran hukum Barat dengan mendasarkan pada landasan filosofikal *individualisme - liberalisme*. Ajaran-ajaran demikian dari zaman *Recht Hoge School* sampai dengan sekarang, secara intent baik secara langsung atau tidak langsung telah mendominasi dan mendoktrin kita dengan dogma-dogma, asas-asas, dan konsep-konsep, pola pikir hukum Barat, sehingga jiwa dari hukum

⁹ *Sixth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. (New York, Department of International Economic Social Affairs, United Nations, 1981), hlm. 5.*

¹⁰ Soerjono Soekanto, *Faktor-faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1983, hlm. 5.

dan para penegak hukum kita, tanpa disadari, telah berubah pula menjadi individualistis-liberalistis dan imperialis-kapitalistis. Ajaran-ajaran demikian tentu berbanding terbalik dengan sistem hukum Pancasila. Di dalam negara hukum Pancasila yang menghendaki kesejahteraan lahir batin – dunia aherat, yang eksistensinya dijamin secara konstitusional di dalam Mukadimah UUD 1945 tidaklah berpahamkan 'prinsipnya prinsip' *individualisme - liberalisme*¹¹ dan *kapitalisme - imperialisme*, akan tetapi negara hukum kesejahteraan yang berdasarkan pada '*principium in principii*'nya moral Pancasila yang secara utuh menyeluruh terdapat dalam kesatuan dan kebulatan Sila pertama sampai dengan Sila kelima.¹²

Sehubungan dengan hal di atas, perlu kiranya kita renungkan pendapat **Satjipto Rahardjo** sebagai Begawan Hukum yang mengatakan:

“Hukum modern yang digunakan di Indonesia tidak dapat disebut sebagai suatu institusi yang tumbuh dan berkembang dari dalam masyarakat Indonesia sendiri. Hal itu antara lain tampak dalam penggunaan doktrin besar *Rule of Law* (ROL) yang umumnya dianggap sebagai sesuatu yang universal. Terlepas dari penilaian terhadap doktrin itu sendiri, maka secara historis-sosiologis kita tidak

dapat mengelak untuk mengatakan, bahwa ROL muncul dari sejarah panjang perkembangan masyarakat Eropa, yang membentang dari masa feodalisme sampai ke negara konstitusi di abad ke XIX. Oleh sebab itu dapatlah dikatakan, bahwa ROL adalah suatu institusi yang *euro* sentris, yaitu tumbuh dari dalam bagian dunia tersebut. Dari fakta sejarah itu dapatlah disimpulkan, bahwa ROL berkembang setapak demi setapak sejalan dengan perkembangan masyarakatnya, yaitu masyarakat Eropa.”¹³

Lebih lanjut ditegaskan:

“Indonesia “ialah negara yang berdasar atas hukum” demikian ditegaskan dalam UUD. Apabila kita kurang berhati-hati, maka konstataasi tersebut dapat tergelincir dalam konteks pemahaman ROL. Artinya, pikiran kita terus melompat begitu saja kepada penggunaan doktrin tersebut secara otomatis. Antara “negara berdasar atas hukum” dan “ROL” terdapat kesamaan-kesamaan tetapi juga perbedaan yang penting, terutama sekali dalam konteks sosial kultural di mana keduanya berada dan ditumbuhkan.”¹⁴

Apa yang dikemukakan oleh doktorum hukum kita itu sangat tepat, kendatipun dengan bahasa yang sedemikian halus dan terkesan diplomatis, akan tetapi pesan

¹¹ Menurut Satjipto Rahardjo, budaya hukum perseorangan menghasilkan konsep “legalisme liberal” dan konsep “*the rule of law*”. Sedangkan budaya hukum kekeluargaan menghasilkan konsep “legalisme kekeluargaan” dan konsep “*the rule of justice/moral*”. Satjipto Rahardjo dalam Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum & Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hlm. 51.

¹² Widiada Gunakaya, *Penegakan Hukum Bermoral Pancasila Dalam Mewujudkan Cita Negara Hukum Kesejahteraan*, Orasi yang disampaikan pada Dies Natalis ke 50 dan Wisuda Sarjana Sekolah Tinggi Hukum Bandung Tahun 2008, hlm. 3.

¹³ Satjipto Rahardjo, “50 Tahun Membangun Hukum Bermoral”, dalam *Jurnal Wawasan Hukum*, Sekolah Tinggi Hukum Bandung, Tahun IV No. 6, Mei 1996, hlm. 36.

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 42.

yang hendak disampaikan kepada kita adalah jelas: “janganlah kita ber hukum (baik dalam membuat atau menegakan hukum) dengan menggunakan doktrin ROL yang asli *made in* Eropa, karena sesungguhnya, doktrin itu hanya cocok untuk ber hukum dalam sosial kultural masyarakat Eropa, tidak untuk masyarakat dan budaya Indonesia yang telah memiliki sistem sosialnya sendiri, sistem budayanya sendiri dan sistem hukumnya sendiri, yang semuanya itu berasal dari satu sumber, yaitu PANCASILA”.

b. Pancasila Sebagai Kaidah Hukum “Lex Ne Scripta”

Kendatipun di dalam UU Kekuasaan Kehakiman telah ditetapkan, bahwa “Peradilan negara menerapkan dan menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila” (vide Pasal 3 ayat (2) UU No. 4 Th. 2004), bukan berarti yang dimaksud hanya penerapan dan penegakan hukum dan keadilannya saja yang berdasarkan Pancasila, tetapi kaidah hukum yang akan diterapkan dan ditegakkan serta keadilan yang hendak ditimbulkan atau dicapai oleh peradilan negara pun haruslah kaidah hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila.

Dimaksud dengan kaidah hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, adalah kaidah hukum dan keadilan yang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila mulai dari sila

pertama sampai dengan sila kelima, dan sila-sila tersebut secara imperatif harus ditafsirkan sebagai suatu kesatuan, kebulatan, utuh penuh dan menyeluruh.¹⁵ Nilai-nilai substantif dari sila-sila Pancasila demikian itulah yang nantinya menjadi dan dijadikan substansi dari norma hukum “*lex ne scripta*”.

Pertanyaannya adalah ‘*mengapa harus mengacu pada nilai-nilai Pancasila*’? Sebagaimana diketahui, di negeri ini Pancasila secara ‘intersubjektif’ telah disetujui sebagai *cita hukum* (*rechtsidee*), maupun sebagai *norma dasar* (*grundnorm*) atau *norma fundamental negara* (*staatsfundamentalnorm*) atau *norma hukum tertinggi* yang pokok-pokok pikirannya dirumuskan dalam Alinea IV Pembukaan UUD 1945. Pancasila sebagai *rechtsidee*, dengan meminjam istilah **Rudolf Stammler**, nilai-nilai Pancasila mempunyai fungsi “*konstitutif*” dan “*regulatif*”. Berfungsi konstitutif, adalah untuk menentukan apakah tata hukum Indonesia merupakan tata hukum yang benar. Berfungsi regulatif, adalah untuk menentukan apakah hukum positif di Indonesia merupakan hukum yang adil secara materiil. Pancasila sebagai Cita Hukum yang mempunyai fungsi demikian akan dapat menjamin harmonisasi antara Pancasila sebagai norma hukum tertinggi dengan norma-norma hukum yang lebih

¹⁵ Sebagai suatu sistem filsafat, sila-sila dalam Pancasila adalah menyatu dan utuh menyeluruh. Masing-masing sila saling membatasi dan memperkaya makna dari masing-masing sila tersebut, dan kemudian memaparkannya sebagai satu keterkaitan, interkoneksi dan satu keutuhan. Jadi, tidaklah dibenarkan memandang manusia Indonesia dari masing-masing sila secara parsial. Bandingkan pendapat penulis dengan pendapat **J.E. Sahetapy** yang mengatakan, bahwa menjabarkan prinsip dasar Pancasila sila demi sila secara terpisah, hanya akan menghasilkan konsep-konsep abstrak dan saling bertentangan sehingga tidak menyentuh substansi Pancasila yang sesungguhnya. Prinsip-prinsip Pancasila sesungguhnya terkait secara timbal balik satu dengan yang lain yang terarah pada satu susunan yang seimbang. Lihat: J.E. Sahetapy, *Ancaman Pidana Mati Terhadap Pembunuhan Berencana*, Alumni, Bandung, 1979, hlm. 284.

rendah. Sedangkan **Pancasila** sebagai *staatsfundamentalnorm*, menciptakan semua norma-norma yang lebih rendah dalam sistem norma hukum tersebut, serta menentukan berlaku atau tidaknya norma-norma dimaksud. Oleh karena Indonesia adalah negara hukum, maka dalam rangka mencapai kesejahteraan, haruslah diatur oleh suatu kaidah atau norma hukum, baik hukum dalam bentuknya yang tertulis maupun tidak tertulis. Norma atau kaidah hukum dimaksud haruslah selalu sesuai dengan nilai-nilai Pancasila. Jadi, untuk mewujudkan cita negara hukum kesejahteraan dalam kenyataannya, diperlukan sarana berupa aturan-aturan hukum yang normanya terdapat di dalam Pancasila, baik sebagai *rechtsidee* maupun sebagai *staatsfundamentalnorm*.

Dengan demikian, Pancasila sebagai *rechtsidee* dan *grundnorm* negara RI oleh seluruh bangsa Indonesia dijadikan "**pandangan hidup**" yang secara koheren diyakini kebenarannya. Oleh sebab itu, suka tidak suka, mau tidak mau eksistensinya harus diterima dan diakui baik secara *de facto* maupun *de jure*, serta harus dijadikan sebagai "*leitstern*" dalam setiap aktivitas bermasyarakat, berbangsa, bernegara, *althaan* dalam berhukum.

1) Kaidah Hukum Dalam Pandangan Hidup Pancasila

Bagamanakah sejatinya kaidah hukum dalam Pandangan Hidup Pancasila? Sebagaimana diketahui, bahwa

hakikat dari Pandangan Hidup Pancasila adalah "kekeluargaan". Gayut dengan hakikatnya yang demikian, menurut **Arief Sidharta**, *hukum juga harus bersifat kekeluargaan*. Sebab, *ketertiban yang dikehendaki haruslah juga merupakan ketertiban dan keteraturan yang bersuasana ketentraman batin, kesenangan bergaul antar sesama, keramahan dan kesejahteraan yang memungkinkan terselenggaranya interaksi antar manusia yang otentik*.¹⁶

Mengingat titik tolak dan tujuan penyelenggaraan ketertiban itu adalah penghormatan atas martabat manusia, maka *tujuan hukum berdasarkan Pancasila* adalah ***pengayoman terhadap manusia*** (di dalam kebersamaan dengan sesamanya) dalam arti baik pasif maupun aktif. Dalam arti pasif, meliputi upaya ***mencegah tindakan sewenang-wenang dan pelanggaran hak***. Dalam arti aktif, meliputi upaya menumbuhkan kondisi sosial yang manusiawi dan mendorong manusia merealisasikan diri sepenuh mungkin. Tujuan hukum itu meliputi juga pemeliharaan dan pengembangan budi pekerti kemanusiaan dan cita-cita moral yang luhur berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Kesemuanya itu hanya mungkin ada maknanya, jika secara fundamental "*the sancity of life*" diakui, dihormati, dan dilindungi.¹⁷

Lebih lanjut ditekankan, bahwa eksistensi manusia dikodratkan dalam

¹⁶ B. Arief Sidharta, Analisis Filosofikal Terhadap Hukuman Mati di Indonesia, Bandung, 2005, hlm. 6. Lihat pula Soediman Kartohadiprodjo, Hukum Nasional Beberapa Catatan, Penerbit Binacipta, tanpa kota penerbit, cetakan ketiga, 1978, hlm. 24, mengatakan, bahwa kalau Pancasila ini merupakan dasar pokok Hukum Nasional, maka hukum itu seolah-olah dengan ketentuan-ketentuannya bangkit dari, dalam dan karena pergaulan hidup yang anggota-anggotanya berjiwa kekeluargaan.

¹⁷ Ibid.

kebersamaan dengan sesamanya. Dengan demikian penyelenggaraan kehidupan manusia atau proses merealisasikan diri dari setiap manusia berlangsung di dalam kebersamaannya itu, yakni di dalam masyarakat. Untuk dapat merealisasikan dirinya secara wajar, manusia memerlukan adanya ketertiban dan keteraturan (*berekenbaarheid*, prediktabilitas, hal dapat diperhitungkan terlebih dahulu) di dalam kebersamaannya itu. Ketertiban diwujudkan dalam perilaku manusia. Untuk mewujudkan ketertiban itu, manusia memunculkan *keharusan-keharusan berperilaku* dengan cara tertentu yang dirumuskan dalam bentuk kaidah hukum. Kaidah hukum menetapkan, bahwa jika terjadi situasi tertentu, maka subyek tertentu dalam hubungannya dengan subyek lain harus bertindak (melakukan perilaku) dengan cara tertentu. Jadi, pada hakikatnya, kaidah hukum menetapkan hubungan antara syarat dan apa yang seharusnya terjadi jika syarat itu dipenuhi. Jika apa yang diharuskan itu dalam kenyataan ditaati (dilaksanakan), maka akan terwujudlah ketertiban di dalam masyarakat. Namun, mengingat ketertiban dan kaidah hukum yang diperlukan manusia adalah ketertiban dan kaidah hukum yang secara otentik mampu menciptakan kondisi yang memungkinkan manusia secara wajar merealisasikan dirinya secara utuh-penuh, maka ketertiban dan kaidah hukum yang demikian hanya mungkin terwujud, jika yang menjadi titik tolak dan tujuan penyelenggaraan ketertiban adalah *pengakuan dan penghormatan atas*

martabat manusia dalam kebersamaannya, yang secara implisit memuat pengakuan atas "*the sancity of life*".

Dengan demikian, ***pengertian hukum berdasarkan Pancasila*** meliputi keseluruhan proses-proses pengaturan dan penyusunan struktur tata kehidupan dan pergaulan hidup manusiawi yang fungsional bagi upaya manusia untuk dalam rangka kebersamaan dengan sesamanya secara wajar merealisasikan diri secara utuh dan penuh.¹⁸

2) Nilai-nilai Pancasila Sebagai Kaidah Hukum "*Lex Ne Scripta*".

Jika kaidah dan pengertian hukum berdasarkan nilai-nilai Pancasila dirumuskan demikian, maka menurut hemat penulis kaidah hukum "*lex ne scripta*" yang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila adalah:

- a) Kaidah hukum yang sesuai dengan nilai/paradigma moral religius yang tertuang dalam ajaran agama, yaitu ***kaidah yang benar menurut ajaran Tuhan***.

(Berdasarkan berbagai kesimpulan seminar nasional, sumber hukum nasional diharapkan berorientasi pada nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, yang bersumber dari nilai-nilai hukum adat dan agama. Di dalam salah satu kesimpulan dan rekomendasi Hasil Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII Tahun 2003 di Kuta Denpasar Bali ditegaskan antara lain:

"Menjadikan ajaran agama sebagai

¹⁸ Ibid.

sumber motivasi, sumber inspirasi, dan sumber evaluasi yang kreatif dalam membangun insan hukum yang berakhlak mulia, sehingga **wajib dikembangkan** upaya-upaya konkret dalam **muatan kebijakan pembangunan hukum nasional** yang dapat:

- (1) memperkuat landasan **budaya keagamaan** yang sudah berkembang dalam masyarakat;
- (2) memfasilitasi **perkembangan keberagaman** dalam masyarakat dengan kemajuan negara;
- (3) **mencegah konflik sosial** antar umat beragama dan meningkatkan kerukunan antar umat beragama).¹⁹

b) Kaidah hukum yang sesuai dengan nilai/paradigma kemanusiaan, yaitu kaidah yang ***tidak melanggar hak asasi manusia, tidak diskriminatif, berkeadilan sekaligus beradab, mengakui, melindungi dan menghormati martabat kemanusiaan.***

(Terdapat kecenderungan internasional di dalam upaya “pemikiran kembali” dan “penggalan hukum” dalam rangka

memantapkan strategi penegakan hukum yang integral, yakni melakukan “pendekatan yang berorientasi pada nilai-nilai kemanusiaan (pendekatan humanis)”).

- c) Kaidah hukum yang sesuai dengan nilai/paradigma kebangsaan, yaitu ***sikap tindak yang tidak mementingkan diri sendiri, orang lain atau golongannya saja***, tetapi harus pula dilakukan untuk memenuhi dan atau mendahulukan kepentingan negara dan bangsa.
- d) Kaidah hukum yang sesuai dengan nilai/paradigma demokrasi (***kerakyatan / hikmah kebijaksanaan***), yakni kaidah yang tidak bertentangan dengan keputusan rakyat yang telah diambil secara konstitusional dan demokratis.
- e) Kaidah hukum yang sesuai dengan nilai/paradigma keadilan sosial, yaitu ***kaidah hukum yang berkeadilan menurut kepentingan bersama***, yakni kaidah yang dapat menuntun dan memberi arah pada penumbuhan kesadaran setiap individu sebagai makhluk sosial yang menjunjung keadilan bersama dengan orang lain sebagai sesama warga

¹⁹ Lihat Rumusan Hasil Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII angka II sub 7 dalam Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII, Buku I, BPHN Depkeh dan HAM, Jakarta, 2003, hlm. 7.

Di dalam Kongres PBB mengenai “The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders” sering dinyatakan, bahwa: “Sistem hukum pidana yang selama ini ada di beberapa negara, terutama yang berasal dari hukum asing semasa jaman kolonial, pada umumnya bersifat “obsolete and unjust” (telah usang dan tidak adil) serta “outmoded and unreal” (sudah ketinggalan jaman dan tidak sesuai dengan kenyataan). Alasannya, karena sistem hukum pidana di beberapa negara yang berasal/diimpor dari hukum asing semasa jaman kolonial, tidak berakar pada nilai-nilai budaya dan bahkan ada “diskrepansi” dengan aspirasi masyarakat, serta tidak responsif terhadap kebutuhan sosial masa kini. Kondisi demikian oleh Kongres PBB dinyatakan sebagai faktor kontribusi untuk terjadinya kejahatan. Bahkan dinyatakan, bahwa kebijakan pembangunan (termasuk di bidang hukum) yang mengabaikan nilai-nilai moral dan kultural, antara lain dengan masih diberlakukannya hukum warisan jaman kolonial, dapat menjadi faktor kriminogen”.

masyarakat, bangsa dan negara.

3) Substansi Kaidah Hukum "*Lex Ne Scripta*"

Jika menurut nilai-nilai Pancasila kaidah hukum "*lex ne scripta*" demikian, kemudian '*bagaimanakah isi atau muatan substantif dari kaidah hukum "lex ne scripta" itu*'?

Sinergi dengan kaidah hukum "*lex ne scripta*" berdasarkan nilai-nilai Pancasila di atas, maka isi hukum yang akan diciptakan (ditetapkan) harus pula berisikan asas-asas hukum dan norma hukum berdasarkan nilai-nilai hukum Pancasila. Ini berarti, kebijakan penetapan hukum selain memperhatikan cita hukum yang terkandung dalam falsafah bangsa dan konstitusi, juga memperhatikan kesadaran hukum, kebutuhan hukum dan kenyataan-kenyataan sosial yang ada di dalam masyarakat Indonesia.

Kesadaran hukum masyarakat tidak akan bangkit jika hukum positif yang akan ditaatinya mengabaikan nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat. (Lihat kembali Laporan Kongres ke-6 PBB). Oleh karena itu dalam rangka pembentukan hukum, secara imperatif "nilai-nilai hukum yang hidup di dalam masyarakat" harus selalu dijadikan landasan "*legalitas materiil*" oleh pembentuk undang-undang, sebab nilai-nilai hukum yang demikian itulah sebenarnya merupakan cerminan dari kesadaran hukum masyarakat. Secara sosiologikal, hukum seperti itu dalam penegakannya dipastikan efektif, karena masyarakat merasakan bahwa hukum yang ditegakkan itu adalah sesuai dengan kesadarannya. Secara sosiologikal dapat pula diukur, bahwa

efektivitas hukum merupakan variable berpengaruh terhadap ketertiban sosial, karena hukum sebagai salah satu unsur (subsistem) dari "sistem sosial" memiliki fungsi dan peranan penting dalam menciptakan keteriban sosial. Di Indonesia banyak hukum yang tidak mengacu pada landasan "legalitas materiil" demikian, baik itu produksi kolonial Belanda maupun hasil produksi bangsa Indonesia sendiri, terutama ketika pemerintahan ORDE LAMA dan ORDE BARU (termasuk ORDE REFORMASI). Pada masa-masa ini banyak hukum positif yang dibuat hanya untuk kepentingan politik penguasa. Masyarakat menaati hukum seperti itu bukan karena kesadarannya, tetapi semata-mata karena penegakan hukumnya yang normatif, preskriptif dan represif. Kebijakan penegakan hukum demikian jelas tidak efektif dan tidak akan mencapai keberhasilan. Efektivitas dan keberhasilan penegakan hukum baru dapat tercapai, jika terdapat "*inner awareness of law*" dari masyarakat. Hal ini harus disadari oleh pembentuk undang-undang dalam *membentuk* serta *memformulasikan hukumnya* (kebijakan legislasinya). Dan dalam perencanaan kebijakannya itu agar tujuan hukum dapat tercapai, harus sudah direncanakan pula *kebijakan penegakan hukumnya* dan *sekaligus* memperhitungkan *efektivikasi hukumnya* pada tahap aplikasi (kebijakan yudikasi) dan pada tahap "pelaksanaan putusan hukumnya" (kebijakan eksekui/administrasi). Karena kebijakan legislasi di samping merupakan landasan "legalitas formal", juga berfungsi untuk menciptakan "*legislated environment*" bagi tahap-tahap berikutnya. Di sini diperlukan

ekspertivitas dan kecermatan aplikasi politik hukum dalam upaya pembentukan dan penegakan hukum yang baik. Dalam rangka *practical* inilah politik hukum merupakan suatu seni (*legal policy is an art*).²⁰

Menurut **Bagir Manan** isi hukum nasional harus diarahkan dan mengandung dimensi-dimensi tujuan dan sendi-sendi nasional yaitu:

- a) Hukum nasional harus berisi dan merupakan instrument yang dapat mewujudkan kesejahteraan umum dan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.
- b) Hukum nasional harus berisikan dan merupakan instrumen yang dapat mewujudkan masyarakat Indonesia yang demokratis dan mandiri.
- c) Hukum nasional harus berisi dan merupakan instrument penyelenggaraan Negara berdasarkan atas hukum dan konstitusi, yang bukan saja mengandung berbagai bentuk pembatasan kekuasaan, tetapi juga mencerminkan kepastian hukum, keadilan dan kebenaran.²¹

4) "*Lex Ne Scripta*" Sebagai Asas Hukum Materiil

Berdasarkan paparan di atas, simpulan yang dapat ditarik adalah, bahwa sesungguhnya ontologikal *Pancasila* oleh bangsa Indonesia dijadikan landasan atau

dasar pokok hukum nasional, sehingga ia merupakan sumber dari segala sumber hukum. Oleh karena itu, kaidah hukum "***lex ne sripta***" yang mencocoki nilai-nilai Pancasila, sesungguhnya pula merupakan sumber hukum dari kaidah hukum tidak tertulis di Indonesia. Dengan demikian, kaidah hukum tersebut menjadi dan dijadikan subsistem dari sistem hukum Pancasila. Secara negatif dapat dikatakan, suatu kaidah bukanlah merupakan kaidah hukum, bila kaidah tersebut tidak sesuai dengan nilai-nilai Pancasila yang terkandung dalam Sila Pertama sampai dengan sila terakhir, atau kaidah dimaksud tidak sesuai dengan sistem hukum Pancasila. Kaidah hukum demikian inilah yang merupakan kaidah hukum secara materiil (**asas hukum materiil**), karena tidak bertentangan dan atau tidak menghambat tata pergaulan yang dicita-citakan oleh masyarakat Indonesia.

Sinergi dengan kaidah hukum materiil tersebut, di dalam kehidupan (berhukum) sehari-hari kaidah tadi dapat dijadikan ukuran untuk menilai 'apakah suatu perilaku hukum yang dilakukan, baik oleh warga masyarakat, aparat hukum, pejabat pemerintah dan atau pejabat negara telah sesuai dengan kaidah hukum materiil tadi'? Apabila tidak sesuai, tentu secara materiil perilaku atau perbuatan yang dilakukan tersebut dapat ***dicela*** secara hukum, karena perilaku demikian merupakan "***perbuatan yang bersifat melawan hukum secara materiil***".

²⁰ Pengertian demikian, terlihat dalam definisi "penal policy" dari Marc Ancel, yaitu : "Suatu ilmu sekaligus seni yang bertujuan untuk memungkinkan peraturan hukum positif dirumuskan secara lebih baik", Marc Ancel dalam Barda Nawawi rief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 28.

²¹ Bagir Manan, Politik Perundang-undangan, Makalah disajikan pada Penataran Dosen FH/STH PTS se-Indonesia. Diselenggarakan oleh Dit Gutiswa Ditjen DIkti, di Cisarua, Bogor, 26 September s.d. 16 Oktober 1993, hlm. 12.

Mengapa demikian?

Perbuatan tercela dimaksud di atas, pada hakikinya tidak dibenarkan dalam Pandangan Hidup kekeluargaan yang dilandasi dan dijiwai oleh cinta kasih sebagai sikap dasar yang menjiwai hubungan antar manusia dan antara manusia dengan masyarakat, yang pada hakikatnya bersumber pula pada cinta kasih sejati Tuhan Yang Maha Esa. Secara singkat perbuatan demikian bertentangan dengan jiwa Pancasila, yaitu *kekeluargaan*. Dengan kata lain dapat pula diungkapkan, mengingat Pancasila '*idem dito*' dengan kekeluargaan, seharusnya tidak mungkin dalam suasana kekeluargaan atau dalam "tata pergaulan yang dicita-citakan oleh masyarakat Indonesia" terdapat "perbuatan bersifat melawan hukum secara materiil" seperti itu. Jadi, berdasarkan Hukum Pancasila sejatinya manusia ditempatkan pada keluhuran harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dengan kesadaran untuk mengemban kodratnya sebagai makhluk pribadi dan sekaligus makhluk sosial. Pancasila yang bulat dan utuh menyeluruh itu memberi keyakinan kepada rakyat dan bangsa Indonesia, bahwa kebahagiaan hidup akan tercapai apabila didasarkan atas keselarasan dan keseimbangan, baik dalam hidup manusia sebagai pribadi, dalam hubungan manusia dengan alam, dalam hubungan berbangsa, dan dalam hubungan manusia dengan Tuhannya, maupun dalam memenuhi kemajuan lahiriah dan kebahagiaan

rohaniah.

Jadi, berdasarkan sistem hukum Pancasila, perbuatan tercela secara materiil seperti itu jelas-jelas tidak dibenarkan, karena perbuatan tersebut di samping tidak taat asas dengan hukum Pancasila yang berasaskan kekeluargaan, juga tidak sesuai dengan tujuan hukum Pancasila itu sendiri, yakni: "*menghormati harkat dan martabat manusia dalam kebersamaannya (inklusif tidak menghormati "the sancity of (human) life")*". Dengan demikian, perbuatan tercela seperti itu di dalam sistem hukum Indonesia sudah sepatutnya dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang.

2. "*lex Ne scripta*" Dalam Sistem Hukum Indonesia

a. Letak Keberadaan "*Lex Ne Scripta*" Dalam Tata Hukum Indonesia

Sebelum dipaparkan "*lex ne scripta*" dalam sistem hukum Indonesia, perlu dimasalahkan lebih dahulu '*dimanakah dapat ditemukan atau dimanakah letak keberadaan kaidah hukum "lex ne scripta" dalam tata hukum Indonesia*'? Kaidah hukum "*lex ne scripta*" berdasarkan nilai-nilai Pancasila pada kenyataannya dapat ditemukan dalam hukum adat atau hukum tidak tertulis, yaitu hukum yang hidup di dalam masyarakat Indonesia (*The Indonesia's living law*). Hukum demikian ini, merupakan faktor yang turut menentukan baik dalam hal pembentukan,²² maupun dalam hal penerapan hukum di Indonesia.

²² Di dalam pembentukan hukum, dalam hal ini R-KUHP "Baru" (Edisi Th. 2006-2007), "hukum yang hidup dalam masyarakat" digunakan sebagai unsur untuk menentukan 'suatu perbuatan bersifat melawan hukum'. Dalam Pasal 1 ayat (3)-nya ditetapkan: "Ketentuan sebagaimana dimaksud pada 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". Sedangkan dalam Pasal 1 ayat (4)-nya ditetapkan: "Berlakunya hukum

Satjipto Rahardjo mengatakan:

“Dengan timbulnya tata hukum Indonesia, hukum adat harus diperhitungkan sebagai kenyataan yang hidup di dalam masyarakat. Dengan demikian, maka hukum adat merupakan faktor yang turut menentukan baik dalam hal pembentukan, maupun dalam hal penerapan hukum di Indonesia. Dalam hal ini Pancasila, di samping merupakan ide yang harus diwujudkan dalam kenyataan, juga berperan sebagai “realien”, yaitu norma dasar yang menjadi alat pengukur atau menyaring mengenai apa yang bisa diterima oleh tata hukum Indonesia”.²³

Sehubungan dengan keberadaan hukum adat dalam tata hukum Indonesia, barangkali masih banyak yang memasalahkan, apakah pandangan tradisonal bangsa Indonesia tentang hakikat manusia yang mendasari jalannya hukum adat dengan segala aspeknya, dapat diberlakukan pada masa modern ini, yang sistem hukumnya sudah berbeda, baik strukturnya, substansinya maupun kultur hukumnya?²⁴

Untuk menjawab permasalahan tersebut, di samping dapat mengacu pada pendapat Satjipto Rahardjo di atas, juga dapat dikemukakan pendapat **Sunaryati Hartono**, yang mengatakan, bahwa:

“Karena Pancasila itu antara lain juga digali dari Hukum Adat yang sesungguhnya tidak lain dari hukum asli bangsa kita, maka dengan sendirinya hukum nasional kita yang bersama-sama kita bentuk itu harus berakar pada Hukum Adat itu. Akan tetapi untuk dapat memenuhi kebutuhan masyarakat Indonesia abad ke-20 ini Hukum Nasional kita harus pula *disesuaikan dengan kebutuhan-kebutuhan masyarakat kita yang ber-Pncasila dalam abad ke-20 ini*; dan selanjutnya harus dapat memenuhi kebutuhan masyarakat di masa yang akan datang”.

Selanjutnya dikatakan:

“Lagi pula tidak boleh dilupakan, bahwa jalan pikiran dan tanduk kita harus senantiasa dijiwai oleh Pancasila, sehingga Pancasila itu dapat diibaratkan “jantungnya” hukum nasional Indonesia. Akan tetapi dalam hal-hal yang “*universeel menselijk*”, yang sesuai dengan perikemanusiaan yang universal, kiranya tidak bertentanganlah dengan Pancasila, bahkan adalah sesuai dengan Sila ke-2, yaitu “Kemanusiaan yang adil dan beradab” (Pembukaan UUD 1945), jika kita pun mengikuti arah hukum yang universal itu”.²⁵

Kendatipun di atas dikatakan demikian, namun dalam ranah Hukum

yang hidup dalam masyarakat sebagaimana dimaksud pada ayat (3) sepanjang sesuai dengan nilai-nilai Pancasila dan/atau prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh masyarakat bangsa-bangsa”.

²³ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1979, hlm. 120-121.

²⁴ Lawrence M. Friedman, *Law and Society An Introduction*, Prentice Hall Inc, Englewood Cliffs, New Jersey, 1977, hlm. 6, mengatakan sistem hukum dapat dijabarkan ke dalam 3 bagian. Pertama adalah “struktur” yang merupakan batang tubuh, kerangka, bentuk abadi dari suatu sistem. Kedua adalah “substansi” yang menyatakan aturan-aturan dan norma-norma aktual yang dipergunakan oleh lembaga-lembaga, kenyataan, bentuk-bentuk perilaku dari para pelaku yang dapat diamati di dalam sistem. Ketiga “kultur hukum”, yang merupakan gagasan-gagasan, sikap-sikap, keyakinan-keyakinan, harapan-harapan dan pendapat tentang hukum.

²⁵ Sunarjati Hartono, *Dari Hukum Antar Golongan Ke Hukum Antar Adat*, Alumni Bandung, 1979, hlm. 16 dan 18.

²⁶ Mardjono Reksodiputro, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Buku Keempat, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian

Pidana seringkali mengalami resistensi sehubungan dengan keterikatannya pada asas legalitas formal. Dengan keterikatannya pada asas legalitas formal tersebut, akibatnya jaksa atau hakim wajib menuntut atau mengadili suatu perkara pidana berdasarkan ketentuan-ketentuan (pasal-pasal) yang mengatur perbuatan terdakwa tersebut. Padahal sebagaimana telah dikemukakan di atas, **Pasal 25 ayat (1) UU Kekuasaan Kehakiman No. 4 Th. 2004** menetapkan, bahwa:

“Segala putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, memuat pula pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan yang bersangkutan atau **sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili**”. (Kursif.pen.).

Sinergi dengan ketentuan di atas, **Mardjono Reksodiputro** juga mengatakan:

“Sumber hukum pidana Indonesia, dapat dicari dalam hukum adat. Hakim harus menjaga bahwa seseorang yang bersalah melakukan perbuatan yang dicela oleh masyarakat dan patut dipidana memang haruslah mendapatkan pidananya. Ukuran perbuatan apa yang “tercela” dan “patut dipidana” **tidak dapat ditentukan oleh pembuat UU**, tetapi dapat pula didasarkan pada *hukum (adat) yang hidup dalam masyarakat...*”.²⁶

Muladi menambahkan :

“Di samping dapat menjadi *sumber hukum yang bersifat positif*, nilai-nilai yang bersumber pada hukum adat dan hukum yang hidup di dalam masyarakat dapat berfungsi sebagai *sumber hukum yang bersifat negatif*, dalam arti bahwa, nilai-nilai tersebut dapat dijadikan alasan pembenar (*rechtsvaardigingsgrond*) yang menghapuskan sifat melawan hukumnya perbuatan, atau dapat berfungsi sebagai alasan-alasan yang memperingan pemidanaan (*minimasing circumstance*), dan sebaliknya mungkin justru menjadi alasan yang memperberat pemidanaan (*aggravating circumstance*)”.²⁷

b. Kedudukan “*Lex Ne Scripta*” Dalam Sistem Hukum Indonesia

1) Landasan Konstitusional Kaidah Hukum “*Lex Ne Scripta*”

Kaidah hukum “*lex ne scripta*” sesungguhnya mendapat jaminan secara konstitusional. Di dalam **Pasal 18B ayat (2) UUD 1945 Perubahan Kedua** ditetapkan sebagai berikut:

“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”.

Sedangkan dalam **Penjelasan UUD 1945**²⁸ diformulasikan, bahwa:

Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, Jakarta, 1995, hlm. 108.

²⁷ Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang*. Pidato Pengukuhan Guru Besar, dalam Ilmu Hukum Pidana, pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari 1990.

²⁸ Menurut **Pasal I Aturan Peralihan UUD 1945 Perubahan Keempat**, Penjelasan dimaksud harus ditafsirkan sebagai masih tetap berlaku sepanjang belum diadakan yang baru. Kendatipun setelah dilakukan perubahan Penjelasan UUD 1945 dinyatakan tidak berlaku. Hal ini berlaku pula untuk TAP MPR, sepanjang TAP MPR tersebut tidak dicabut sendiri oleh MPR.

²⁹ C.F. Strong, *Modern Political Constitution*, The English Language Book Society and Sidwick and Jackson Limited,

“... Undang-Undang Dasar suatu Negara ialah hanya sebagian dari hukumnya dasar Negara itu. Undang-Undang Dasar ialah hukum dasar yang tertulis, sedang di sampingnya Undang-Undang Dasar itu berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis, ialah aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam praktek penyelenggaraan Negara, meskipun tidak tertulis”.

Pengakuan dan jaminan terhadap hukum tidak tertulis tersebut ditemukan juga dalam beberapa Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (TAP MPR RI) antara lain TAP MPR RI No. II/MPR/1993 jo TAP MPR RI No. II/MPR/1998 tentang Garis-garis Besar Haluan Negara, khususnya mengenai materi hukum. TAP MPR tersebut menyatakan antara lain:

“Materi hukum meliputi aturan hukum tertulis dan tidak tertulis, berlaku dan mengikat semua penduduk dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Dengan demikian, d a p a t d i t e g a s k a n b a h w a penyelenggaraan negara Republik Indonesia bertumpu pada dua pilar hukum dasar, yakni hukum dasar tertulis dan hukum dasar tidak tertulis”.

Kendatipun di dalam ketentuan-ketentuan di atas tidak ditegaskan mengenai hukum tidak tertulis itu, namun

secara teoritikal, istilah hukum tidak tertulis itu lajim disebut hukum kebiasaan (*customary law*) atau hukum yang hidup di dalam masyarakat (*living law*).²⁹ Istilah *customary law* dan *living law* itu sebenarnya merupakan sinonim dengan istilah hukum adat,³⁰ sedangkan istilah hukum adat juga sinonim dengan hukum tidak tertulis.³¹ Hanya saja persoalannya, apakah yang dimaksud dengan hukum tidak tertulis sebagaimana dinyatakan dalam Penjelasan UUD 1945 itu ? Mengenai hal ini **Moch. Koesnoe** mengatakan: “Hukum tidak tertulis yang dimaksud pada Penjelasan UUD 1945 cenderung kepada pengertian hukum adat”. Lebih lanjut dikemukakan:

“Hukum dasar tertulis tersebut hanyalah sebagian kecil saja dari hukum tidak tertulis, bahkan hukum tertulis itu berada dalam subordinasi hukum tidak tertulis yang disebut semangat atau suasana kebatinan atau *rechtsidee* yang seharusnya menentukan segala isi peraturan tertulis dan peraturan perundang-undangan. Konsekuensinya, segala peraturan yang tidak sejawa dengan hukum tidak tertulis atau *rechtsidee* tersebut di dalam sistem hukum kita harus ditempatkan di luar sistem juridis, karenanya perlu diuji dan ditinjau serta bilamana perlu di kesampingkan”.³²

Penulis sepeham dengan pendapat di atas, sekalipun ada pendapat yang

London, 1966, hlm. 6.

³⁰ Gusti Ketut Sutha, “Peranan Hukum Adat Sebagai Hukum Tidak Tertulis Dalam Pembangunan Masyarakat”, dalam I Made Wiadnyana, dkk, *Bunga Rampai Pembangunan Hukum Indonesia*, Ersco, Bandung, 1995, hlm. 229.

³¹ *Ibid.*

³² Moch. Koesnoe, “Hukum dan Peraturan dalam Sistem Hukum Tata Hukum Kita”, dalam *Varia Peradilan* No. 84, Edisi September 1992, hlm. 26.

³³ Marwan Effendi, *Menjerat Fungsi Legislasi Daerah Dengan Delik Korupsi Dan Sejauh Mana Implikasi Putusan Yudicial*

mengatakan, bahwa hukum dasar yang dimaksud oleh Penjelasan UUD 1945 adalah bukan hukum adat tetapi kebiasaan ketatanegaraan, namun bukan berarti UUD 1945 tidak mengakui hukum tidak tertulis yang secara hirarkhis derajatnya berada di bawah UUD. Dengan kata lain dapat dikatakan, UUD 1945 sebagai hukum dasar tertulis saja mengakui hukum dasar tidak tertulis, maka tidaklah mungkin jika UUD 1945 tidak mengakui hukum tidak tertulis yang derajatnya berada di bawah UUD tersebut, tentu sepanjang tidak bertentangan dengan nilai-nilai konstitusional yang termuat di dalam Pembukaan UUD 1945 sebagai *grundnormnya*. Oleh karena itulah penulis berpendapat pula, bahwa dengan memperhatikan Penjelasan UUD 1945, khususnya yang menyatakan, bahwa “UUD ialah hukum dasar yang tertulis sedang **di sampingnya** UUD itu berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis”, maka dengan adanya kata 'di sampingnya itu' menunjukkan bahwa antara hukum tertulis dan hukum tidak tertulis mempunyai kedudukan yang sejajar. Ini berarti, dalam aktivitas pembinaan hukum terhadap hukum tidak tertulis harus diperlakukan sama dengan hukum tertulis (UU). Demikian pula jika terdapat pelanggaran terhadap hukum tidak tertulis ini, maka terhadap pelanggarannya dapat dilakukan pemeriksaan pula oleh aparat peradilan, sebagaimana pelanggaran yang terjadi terhadap hukum tertulis (UU). Terbawa oleh faktor ekualitas demikian, maka terhadap perbuatan melawan hukum secara materiil, yang kaidah hukumnya berasal dari kaidah hukum tidak tertulis, harus pula mendapat

perlakuan dan pembinaan hukum yang sama dengan yang tertulis, dan terhadap pelanggarannya pun harus dilakukan pemeriksaan melalui aparat peradilan.

Berdasarkan hal di atas, dapat disimpulkan bahwa keberadaan sifat melawan hukum materiil yang kaidah hukumnya berasal dari hukum tidak tertulis, dalam negara hukum Indonesia sejatinya sangat dibenarkan, karena mendapatkan jaminan secara “yuridis konstitusional” dalam UUD 1945 (dan Penjelasannya). Selain itu, hukum demikian *a quo* memiliki derajat sama atau sejajar dengan hukum tertulis, terhadap pelanggarannya juga dapat dilakukan dengan menggunakan kekuasaan yang bersifat formal dari badan yudikatif. Jika hal ini dikaitkan dengan putusan Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006 yang menyatakan “*tidak mengikat secara hukum*” terhadap keberadaan sifat melawan hukum materiil, karena dinilai bertentangan dengan Pasal 28D ayat (1) UUD 1945, maka sudah seharusnya putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dapat dinyatakan “**batal demi hukum**” karena putusan Mahkamah Konstitusi itu sendiri sesungguhnya bertentangan dengan UUD 1945 yang merupakan suatu sistem konstitusional sebagai landasan utama bernegara hukum di Indonesia.

Putusan *judicial review* Mahkamah Konstitusi di atas, juga menimbulkan persoalan ikutan, yakni: '**apakah yurisprudensi termasuk lingkup yurisdiksi Mahkamah Konstitusi**' ? MA berpendirian, bahwa yurisprudensi tidak termasuk lingkup yurisdiksi MK. Dengan demikian, ajaran sifat melawan hukum materiil oleh MA masih tetap dapat

diterapkan. Latar belakang pemikirannya adalah, bahwa MA telah sejak lama menganut ajaran tersebut di dalam berbagai putusannya yang menyangkut perkara tindak pidana korupsi.³³

Kembali pada kaidah hukum tidak tertulis sebagaimana dimaksud di atas, memang pembentukannya di antaranya dapat pula ditemukan dalam putusan-putusan hakim (MA). Praktik peradilan tepatnya yurisprudensi Indonesia secara tegas menganut pula ajaran sifat melawan hukum materiil. Hal ini dapat diketahui dari sejak adanya putusan Mahkamah Agung (MA) RI tertanggal 8 Januari 1966 Nomor 42/K/Kr/1965 yang telah menjadi yurisprudensi 'tetap', bahkan dapat dikatakan sudah menjadi "*land mark decision*" dalam peradilan pidana Indonesia. Di dalam putusan MA tersebut, ditegaskan:

"Suatu tindak pidana pada umumnya dapat hilang sifatnya sebagai melawan hukum bukan hanya berdasarkan suatu ketentuan dalam perundang-undangan, melainkan juga berdasarkan asas-asas keadilan atau asas hukum yang tidak tertulis dan bersifat umum, yakni:

- a) Faktor negara tidak dirugikan;
- b) Terdakwa tidak mendapat untung;
- c) Kepentingan umum dilayani;

Sejak adanya yurisprudensi tersebut, berarti MA secara tegas telah mengakui dan menganut ajaran sifat melawan hukum secara materiil. Pengadilan-pengadilan yang ada di tingkat bawahnya, seperti pengadilan-pengadilan negeri dan

pengadilan-pengadilan tinggi di seluruh Indonesia, dalam setiap mengadili suatu perkara pidana selalu pula mengikuti dan menerapkan ajaran sifat melawan hukum demikian dalam setiap putusannya. Kendatipun sesungguhnya, sistem peradilan pidana Indonesia tidak menganut sistem *precedent* atau asas *stare decisis* sebagaimana dianut dalam *common law system*, yang berarti hakim berkewajiban mengikuti putusan pengadilan terdahulu secara normatif, tetapi di dalam sistem peradilan Indonesia berlaku ***kewajiban etis*** dan ***tuntutan praktis*** sebagaimana telah dikemukakan di atas.

2) Kedudukan "*Lex Ne Scripta*" Dalam Sistem Hukum Indonesia

Sebagaimana telah dikemukakan di atas, bahwa pendapat pen3ulis tidak mendikhotomikan antara "*lex ne scripta*" dan "*lex scripta*". Antara keduanya, kendatipun memiliki karakteristik berbeda bukan berarti kita mesparasikannya secara tajam, lebih-lebih yang satu sangat dikardinalkan dan yang lainnya dimarjinalkan. Dalam domain sistem hukum Pancasila, yang pada hakikatnya secara simultan juga merupakan domain sistem hukum Indonesia, sikap subyektivitas "picik" seperti itu seharusnya tidak mendapat tempat terhormat di negeri ini. Berawal dari sikap akademis demikian, seharusnya mulai sekarang, dalam setiap aktivitas berhukum seyogyanya tidak lagi mengacu kepada normativitas keberlakuan di luar

Review Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006. Kajian ditulis Untuk Menyambut Hari Ulang Tahun ke-80 Prof. Dr. H. Ateng Syafrudin, SH., Bandung, 26 Agustus 2006, hlm. 1.

³⁴ Menurut Teuku Mohamad Radhie politik hukum adalah : "Suatu pernyataan kehendak penguasa negara mengenai

sistem hukum Pancasila. Namun demikian, jika menurut penalaran filosofikal Pancasila nilai-nilai ber hukum menurut “civil law system” yang selama ini diberlakukan di Indonesia dapat dibenarkan, maka bukan berarti secara apriori kita harus menolak nilai-nilai ber hukum demikian itu. Dengan perkataan lain, antara “*lex ne scripta*” dan “*lex scripta*” dalam aktivitas ber hukum harus bersifat komplementari satu dengan lainnya. Oleh karena itu, keduanya harus diintegrasikan dan dipadukan dalam satu kesatuan (di-monodualistis-kan). Hanya permasalahannya : “*di dalam sistem hukum Indonesia, manakah yang mempunyai kedudukan utama*”?.

Persoalan di atas sangat penting artinya dalam konteks pembangunan hukum di Indonesia, karena dalam rangka penyusunan sistem hukum nasional yang sejalan dengan perkembangan globalisasi, persoalan tersebut menjadi bahan masukan mengenai 'bagaimana seharusnya kedudukan bentuk hukum nasional harus ditentukan'? (Secara lebih luas sesungguhnya termasuk pula penentuan substansi dari bentuk hukum nasional itu sendiri).

Jawaban dari permasalahan tersebut, sangat bergantung pada jawaban atas pertanyaan: “bagaimanakah politik hukum³⁴ nasional menentukan tentang tata urutan sumber hukum” ? Sebelum hal ini dijawab perlu dikemukakan, mengapa

harus dikaitkan dengan 'politik hukum' ? Menurut **Sunaryati Hartono**: “politik hukum adalah sebagai *alat* yang dapat digunakan oleh pemerintah untuk menciptakan *sistem hukum nasional* yang dikehendaki, dan dengan sistem hukum nasional itu akan diwujudkan cita-cita bangsa Indonesia.³⁵

Dalam konteks penyusunan sistem hukum nasional, **Sunaryati Hartono** telah memperkenalkan suatu pendekatan sistemik yang digambarkan ke dalam 6 (enam) lingkaran konsentris. Keenam lingkaran tersebut Pancasila diletakkan pada titik tengah lingkaran yang membentuk sistem hukum nasional (lingkaran I). Lingkaran berikutnya adalah UUD 1945 yang menjadi landasan setiap bidang hukum dalam sistem hukum nasional (lingkaran II). Lingkaran III terdiri dari peraturan perundang-undangan atau hukum tertulis. Lingkaran IV adalah yurisprudensi, dan lingkaran V adalah hukum kebiasaan. Sedangkan lingkaran VI adalah hukum internasional (HI), menggambarkan pengaruh HI terhadap hukum nasional.³⁶

Berdasarkan pendekatan sistemik di atas, tampak secara jelas wujud sistem hukum nasional Indonesia yang akan disusun, yaitu suatu bentuk sistem hukum nasional yang dapat mencerminkan, baik aspek nasional maupun internasional, sehingga diharapkan akan terjadi suatu sistem hukum nasional yang

hukum yang berlaku di wilayahnya, dan mengenai arah perkembangan hukum yang dibangun”. Lihat: Teuku Mohamad Radhie, “Pembaharuan dan Politik Hukum dalam Rangka Pemabangunan Nasional”, Jurnal *Prisma*, No. 6 Tahun II, Desember 1973, hlm. 4.

³⁵ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991, hlm.1

³⁶ Disarikan dari Sunaryati Hartono, “Kebijakan pembangunan Hukum Menuju Sistem Hukum Nasional”. *Analisis CSIS*, Tahun XXII. No.1, Jakarta, 1993, hlm. 4-10.

mencerminkan 2 (dua) kepentingan sekaligus, yakni "kepentingan (masyarakat) nasional" dan "kepentingan (masyarakat) internasional".

Sinergi dengan pendekatan sistemik tersebut, politik hukum nasional tentang penentuan tata urutan sumber hukum dapat dilihat dari landasan konstitusional sebagaimana telah dikemukakan di atas, yakni setelah Pancasila dan UUD 1945, "hukum tertulis" (termasuk yurisprudensi, *pen.*) ditentukan pertama dan "hukum tidak tertulis" yang kedua. Jadi, penentuan tata urutan sumber hukum demikian memang dikehendaki untuk menciptakan sistem hukum nasional. Namun menurut penulis yang harus selalu disadari adalah : "mengingat "hukum tertulis" seringkali limitatif dalam menetapkan dan mengatur obyek hukumnya, dan selalu tertinggal oleh perkembangan jaman (iptek), maka peranan "hukum tidak tertulis" dapat menggeser kedudukan dari "hukum tertulis" jika situasi dan kondisi demikian secara riil dihadapi dalam aktivitas ber hukum. Dan keputusan hakim yang kaidah hukumnya diambil dari "hukum tidak tertulis" ini kemudian dapat dijadikan "yurisprudensi". Dengan demikian, dalam sistem hukum nasional untuk mewujudkan cita-cita bangsa Indonesia, *maka tata urutan dasar hukum atau sumber hukum ditentukan sebagai berikut:*

Pertama, sumber hukum formal, dalam hal ini UU ("lex scripta"), karena untuk memenuhi asas legalitas pertama-tama perbuatan yang akan diatur dan ditetapkan terlebih dahulu harus ditetapkan dalam UU (legislasi). Jadi dasar kebijakannya adalah

kebijakan legislasi, dan asas legalitasnya adalah asas legalitas formal.

Kedua, sumber hukum materiil yang bentuknya tidak tertulis ("lex non scripta") yaitu "living law", yakni nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat, dan asas-asas hukum yang berlaku umum di dalam masyarakat (adat kebiasaan). Jadi dasar kebijakannya adalah kebijakan hukum tidak tertulis, dan asas legalitasnya adalah asas legalitas materiil. Termasuk dalam sumber hukum materiil ini adalah, nilai-nilai global yang telah diakui keberadaannya dan disepakati oleh masyarakat beradab di seluruh dunia serta perkembangan hukum internasional.

Berdasarkan penentuan demikian, berarti sistem hukum nasional sudah berorientasi pada berbagai pokok pemikiran dan ide dasar keseimbangan, yakni keseimbangan antara kriteria "formal" dan "materiil", keseimbangan antara "kepastian hukum" dan "keadilan", dan keseimbangan antara nilai-nilai nasional dan nilai-nilai global, internasional atau universal. Berkaitan dengan ide dasar keseimbangan ini, maka dalam masalah pengaturan dan penetapan suatu "substansi hukum" pun, ide dasar keseimbangan tersebut dapat diejawantahkan, hanya secara imperatif harus diorientasikan pada masalah sumber hukum, yaitu di samping sumber hukum atau dasar/asas legalitas formal (berdasarkan UU), juga berdasarkan pada asas legalitas materiil dengan memberi tempat kepada "hukum yang hidup dalam masyarakat atau hukum tidak tertulis".

C. Penutup

Berdasarkan eksplanasi afirmasi terhadap pokok-pokok permasalahan yang dielaborasi dalam tulisan ini, maka kristalisasi telaahnya yang substansinya bersangkutan dengan premis “sejauhmana *“lex ne scripta”* diakui sebagai kaidah hukum di Indonesia” dan premis “bagaimanakah kedudukan *“lex ne scripta”* dalam sistem hukum Indonesia”, dapat diejawantahkan dalam suatu argumen seperti di bawah ini:

1. Premis “sejauhmana *“lex ne scripta”* diakui sebagai kaidah hukum di Indonesia”. Telaah argumentatifnya adalah sebagai berikut:

Pertama, Pancasila sebagai Pandangan Hidup bangsa Indonesia memandang hakiki dan eksistensi manusia Indonesia adalah berdasarkan atas *kekeluargaan*, karena sifat hubungan antar manusia dan antara manusia dengan masyarakat dilandasi dan dijiwai oleh *cinta kasih*, yang pada hakikatnya bersumber pada cinta kasih sejati Tuhan Yang Maha Esa, sehingga kekeluargaan merupakan jiwa Pancasila. *Kedua*, “Pancasila mempunyai kedudukan sebagai *rechtsidee, grundnorm* dan sebagai *staatsfundamentalnorn*, oleh karena itu, Pancasila dijadikan landasan atau dasar pokok hukum nasional, sehingga ia menjadi sumber dari segala sumber hukum, yang juga bersifat kekeluargaan dan bertujuan mengayomi setiap manusia Indonesia. Jadi, *“lex ne scripta”* yang kaidah hukumnya berasal dari nilai-nilai Pancasila, dengan sendirinya pun bersifat *kekeluargaan atas dasar cinta*

kasih. Sifat kekeluargaan berdasarkan cinta kasih ini, sudah seharusnya mengejawantah dalam aktivitas ber hukum, baik dalam proses penetapan, penegakan dan penerapan kaidah hukum maupun dalam perilaku hukum.

2. Premis “bagaimanakah kedudukan *“lex ne scripta”* dalam sistem hukum Indonesia”. Telaah argumentatifnya adalah sebagai berikut:

Kedudukan “lex ne scripta” dalam sistem hukum Indonesia, secara konstitusional ditentukan: setelah Pancasila dan UUD 1945, “hukum tidak tertulis” keberadaannya ditempatkan “di samping” hukum tertulis. Namun, kendatipun “Hukum tertulis” ditempatkan pada kedudukan pertama dalam penetapan *tata urutan dasar hukum atau sumber hukum di dalam sistem hukum Indonesia*, maka: *pertama, kedudukan “hukum tertulis” dan “hukum tidak tertulis” adalah tetap sejajar*. Ini berarti, dalam aktivitas pembinaan hukum terhadap “hukum tidak tertulis” harus diperlakukan sama dengan “hukum tertulis” (UU). Demikian pula jika terdapat pelanggaran terhadap “hukum tidak tertulis”, maka terhadap pelanggarannya dapat dilakukan pemeriksaan pula oleh aparat peradilan, sebagaimana pelanggaran yang terjadi terhadap “hukum tertulis” (UU). *Kedua, sebagai akibat dari hal yang pertama tadi implikasinya adalah: “peranan “hukum tidak tertulis” dapat menggeser kedudukan “hukum tertulis” jika dalam aktivitas ber hukum “kaidah hukum tertulis”*

tidak secara lengkap menetapkan dan mengatur obyek hukum yang menjadi permasalahan hukum”.

Materi “hukum tidak tertulis” (sama halnya dengan “hukum tertulis”), berlaku dan mengikat semua penduduk dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Dengan demikian, penyelenggaraan negara Republik Indonesia bertumpu pada dua pilar hukum dasar, yakni hukum dasar tertulis dan hukum dasar tidak tertulis”.

Berdasarkan argumen deduksi di atas, yang disusun atas dasar model berfikir problematik - sistematik berdasarkan premis-premis yang telah ada (ditulis sebelumnya), baik yang menyangkut premis “sejauhmana *“lex ne scripta”* diakui sebagai kaidah hukum di Indonesia” dan premis “bagaimanakah kedudukan *“lex ne scripta”* dalam sistem hukum Indonesia”, maka secara silogistik simpulannya, adalah:

“bahwa *“lex ne scripta”* yang nilai-nilainya bersumber dari sistem hukum Pancasila, mempunyai peranan penting dalam pembangunan hukum, terutama dalam konteks penetapan substansi hukum, penegakan dan penerapan hukum maupun dalam berperilaku hukum, dalam kerangka menuju pada penyusunan sistem hukum nasional Indonesia yang dicita-citakan”.

DAFTAR PUSTAKA

- B. Arief Sidharta, *Analisis Filosofikal Terhadap Hukuman Mati di Indonesia*, Bandung, 2005.
- BPHN Depkeh dan HAM, *Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII*, Buku I, Jakarta, 2003.
- Bagir Manan, *Politik Perundang-undangan*, Makalah disajikan pada Penataran Dosen FH/STH PTS se-Indonesia. Diselenggarakan oleh Dit Gutiswa Ditjen DIkti, di Cisarua, Bogor, 26 September s.d. 16 Oktober 1993.
- Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- , *Massalah Penegakan Hukum & Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Departemen Hukum Dan HAM RI, Direktorat Jenderal Peraturan Perundang-undangan, *Rancangan Undang-Undang Tentang KUHP*, 2007.
- Friedman, Lawrence M., *Law and Society An Introduction*, Prentice Hall Inc, Englewood Gliffs, New Jersey, 1977.
- Harkristuti Harkrisnowo, “Tantangan dan Agenda untuk Hak-hak Anak (suatu usulan pemikiran)”. *Jurnal Komisi Hukum Nasional (KHN)*, kumpulan karya ilmiah anggota KHN, WWW//Komisi Hukum Nasional RI, Jakarta, 2003.
- I Made Wiadnyana, dkk, *Bunga Rampai Pembangunan Hukum Indonesia*, Ersco, Bandung, 1995.
- J.E. Sahetapy, *Ancaman Pidana Mati*

- Terhadap Pembunuhan Berencana*, Alumni, Bandung, 1979.
- Mardjono Reksodiputro, *Pembaharuan Hukum Pidana*, Buku Keempat, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, Jakarta, 1995.
- Marwan Effendi, *Menjerat Fungsi Legislasi Daerah Dengan Delik Korupsi Dan Sejauh Mana Implikasi Putusan Yudicial Review Mahkamah Konstitusi No. 003/PUU-IV/2006*. Kajian ditulis Untuk Menyambut Hari Ulang Tahun ke-80 Prof. Dr. H. Ateng Syafrudin, SH., Bandung, 26 Agustus 2006.
- Moch. Koesnoe, "Hukum dan Peraturan dalam Sistem Hukum Tata Hukum Kita", dalam *Varia Peradilan No. 84*, Edisi September 1992.
- Muladi, *Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia di Masa Datang*. Pidato Pengukuhan Guru Besar, dalam Ilmu Hukum Pidana, pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Februari 1990.
- Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Alumni, Bandung, 1979.
- , Kuliah Sosiologi Hukum, pada Program Pascasarjana KPK UI-UNDIP bidang Ilmu Hukum (S2) Universitas Diponegoro, Semarang, Tahun 1990.
- , "50 Tahun Membangun Hukum Bermoral", dalam *Wawasan Hukum*, Majalah Hukum Sekolah Tinggi Hukum Bandung, Tahun IV No. 6, Mei 1996.
- Soediman Kartohadiprodjo, *Hukum Nasional Beberapa Catatan*, Penerbit Binacipta, tanpa kota penerbit, cetakan ketiga, 1978.
- , *Dari Hukum Antar Golongan Ke Hukum Antar Adat*, Alumni Bandung, 1979.
- , *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991.
- , "Kebijakan pembangunan Hukum Menuju Sistem Hukum Nasional", *Analisis CSIS, Tahun XXII. No.1*, Jakarta, 1993.
- Strong, C.F., *Modern Political Constitution*, The English Language Book Society and Sidwick and Jackson Limited , London, 1966.
- Teuku Mohamad Radhie, "Pembaharuan dan Politik Hukum dalam Rangka Pemabangunan Nasional", *Jurnal Prisma, No. 6 Tahun II*, Desember 1973.
- United Nations, *Sixth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Department of International Economic Social Affairs, New York, 1981.
- Widiada Gunakaya, *Penegakan Hukum Bermoral Pancasila Dalam Mewujudkan Cita Negara Hukum Kesejahteraan*. Orasi disampaikan pada Dies Natalis ke 50 dan Wisuda Sarjana Sekolah Tinggi Hukum Bandung Tahun 2008.